

LAURA ANNA KLEIN

Reproduktive Freiheiten

*Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht*

60

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht

Band 60



Laura Anna Klein

Reproduktive Freiheiten

Mohr Siebeck

Laura Anna Klein, geboren 1992; Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg (Albert-Ludwigs-Universität), Santiago de Chile (Universidad de Chile) und Berlin (Humboldt-Universität); 2017 Erste Juristische Prüfung; 2022 Promotion (Mainz); Rechtsreferendariat am Kammergericht Berlin; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie der Universität Mainz.

ISBN 978-3-16-162298-4 / eISBN 978-3-16-162299-1
DOI 10.1628/978-3-16-162299-1

ISSN 1867-8912 / eISSN 2568-745X (Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>. Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Promovieren bedeutete für mich, auszuhalten über lange Strecken nicht klar zu sehen, sich und die Welt ständig in Frage zu stellen und enorme Freude an Erkenntnisgewinn. Mit dem Thema dieser Arbeit habe ich ein Herzensanliegen entdeckt, das mich nicht nur am Schreibtisch, sondern ständig und überall begleitete. Die Neugier, das ehrliche Interesse und die Diskussionsfreudigkeit meiner Mitmenschen waren auf dem wissenschaftlichen Weg der Suche nach der Verankerung reproduktiver Freiheiten im Verfassungsrecht von unschätzbarem Wert.

Allen voran danke ich meiner Doktormutter *Prof. Dr. Friederike Wapler* für ihre bedingungslose und wohlwollende Förderung. Ihr Vertrauen in dieses Projekt und ihre Begabung, ihr Gegenüber auf Augenhöhe zum Denken anzuregen, haben mich zu dieser Arbeit erst befähigt, ihre Reflexionen über Freiheit und Gleichheit in einer pluralistischen Gesellschaft und ihr scharfer Blick auf Strukturen im Recht und außerhalb des Rechts prägen das Ergebnis. Herrn *Prof. Dr. Friedhelm Hufen* danke ich sehr für seine intensive Auseinandersetzung mit meiner Arbeit, seine fachliche Aufgeschlossenheit und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Chris Ambrosi förderte durch wiederkehrendes Feedback und fortwährende Ermutigung die Entwicklung dieser Arbeit, wofür ich außerordentlich dankbar bin. Für zahlreiche Denkanstöße und konstruktive Diskussionen danke ich weiterhin den vielen klugen Köpfen aus drei ins Leben gerufenen Kolloquien sowie den Rückfragenden bei Vorträgen zu rechtspolitischen Themen dieser Arbeit. Für eine kritische Durchsicht und wertvolle Anregungen danke ich insbesondere *Dr. Tanja Altunjan, Lucy Chebout, Sara Fuchs, Charlotte Heppner, Lucie Kretschmer, Friederike Mainz, Dr. Jakob Schemmel, Dr. Leonie Steinl, Dr. Elmar Stracke, Marie-Luise Weckerling* und *Nora Wienfort*.

Tiefster Dank gebührt meiner Mutter *Annette Molter-Klein, Roman Haselmann, Tamara Maul* und *Dr. Friederike Wedemeyer*, die mich geduldig während des Entstehungsprozesses der Arbeit bestärkt und mich tatkräftig bei dem letzten Feinschliff für die Endfassung unterstützt haben. Nicht nur ihnen bin ich außerordentlich dankbar, sondern meiner gesamten Familie und allen Herzensmenschen, die mich auf diesem Weg begleitet und immer wieder ermutigt haben. *Dr. Christoph Cordes* gilt dabei mein besonderer Dank. Diese Arbeit wäre vermutlich nicht ohne seine Aufforderung zur Disziplin begonnen worden und wäre jedenfalls nicht rechtzeitig fertig geworden. Für sein Vertrauen

in mich, seinen immerwährenden Ansporn und unsere Freundschaft bin ich täglich dankbar. Ihm ist diese Arbeit gewidmet.

Die Friedrich-Ebert-Stiftung hat mir neben der ideellen Wertevermittlung durch die finanzielle Sicherheit die Freiheit geschenkt, mich den Inhalten dieses Buches zu widmen. Besonderer Dank gilt daneben der Förderung und dem Netzwerk der Gutenberg Akademie, nicht zuletzt für die großzügige Unterstützung bei der Veröffentlichung der Arbeit.

Mit der Arbeit wurde ich im Wintersemester 2022/2023 am Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an der Johannes Gutenberg-Universität promoviert.

Berlin, im Dezember 2022

Laura Anna Klein

Inhaltsübersicht

| | |
|--|-----|
| Vorwort..... | V |
| Abkürzungsverzeichnis | XIX |
| | |
| <i>Kapitel 1: Einführung</i> | 1 |
| I. Einleitung..... | 1 |
| II. Disziplinübergreifende Erkenntnisse | 4 |
| III. Konzeption der Arbeit | 19 |
| | |
| <i>Kapitel 2: Bisherige Konzepte und Begriffsvorschlag</i> | 21 |
| I. Von Konzepten und Kontroversen..... | 21 |
| II. Begriffsvorschlag: Reproduktive Freiheiten als Analysebegriff..... | 30 |
| | |
| <i>Kapitel 3: Reproduktive Freiheiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts</i> | 49 |
| I. Einleitung..... | 49 |
| II. Zum Verhältnis von Sexualität und Reproduktion | 53 |
| III. Von der Freiheit, über die eigene Fortpflanzungsfähigkeit zu bestimmen | 77 |
| IV. Zum Verhältnis von Ehe, Familie und reproduktiven Freiheiten..... | 106 |
| V. Vom Schutz von Schwangeren und zur Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden. | 158 |
| VI. Zusammenfassung und Würdigung der Rechtsprechung..... | 236 |
| | |
| <i>Kapitel 4: Reproduktive Freiheiten in der Verfassungsrechtsliteratur</i> | 251 |
| I. Einleitung..... | 251 |
| II. Reproduktion als Bestandteil des verfassungsrechtlichen Schutzes der Ehe (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG)..... | 252 |

| | |
|--|---------|
| III. Reproduktive Freiheiten als Bestandteil des Familiengrundrechts (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG)..... | 274 |
| IV. Reproduktion als Bestandteil des Elternrechts (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG)..... | 278 |
| V. Schwangerschaft, Geburt und Stillzeit als Teil des Schutz- und Fürsorgeanspruchs der Mutter (Art. 6 Abs. 4 GG)..... | 282 |
| VI. Reproduktive Freiheiten als Bestandteil des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG)..... | 286 |
| VII. Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)..... | 288 |
| VIII. Reproduktive Freiheiten als Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)..... | 306 |
| IX. Exkurs: Embryozentrierte Erörterung reproduktiver Fragestellungen im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 GG. | 312 |
| X. Zusammenfassung und Würdigung der Literatur | 319 |
| <i>Kapitel 5: Reproduktive Rechte im internationalen Recht</i> | 329 |
| I. Einleitung..... | 329 |
| II. Menschenrechtliche Garantien | 331 |
| III. Europäische Menschenrechtskonvention und Äußerungen des Europarats..... | 352 |
| IV. Zusammenfassung und Würdigung..... | 360 |
| <i>Kapitel 6: Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption reproduktiver Freiheiten</i> | 363 |
| I. Einleitung..... | 363 |
| II. Berücksichtigung internationaler Garantien bei der Auslegung von Grundrechten..... | 364 |
| III. Wesentliche Grundrechtsnormen für die Gewährleistung reproduktiver Freiheiten | 367 |
| IV. Lebensweltlich orientierte Überlegungen zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption reproduktiver Freiheiten | 381 |
| <i>Kapitel 7: Schlussbetrachtung</i> | 417 |
| Literaturverzeichnis..... | 423 |
| Sachregister..... | 433 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| Vorwort..... | V |
| Abkürzungsverzeichnis | XIX |
| | |
| Kapitel 1: Einführung | 1 |
| <i>I. Einleitung.....</i> | <i>1</i> |
| <i>II. Disziplinübergreifende Erkenntnisse</i> | <i>4</i> |
| <i>III. Konzeption der Arbeit</i> | <i>19</i> |
| | |
| Kapitel 2: Bisherige Konzepte und Begriffsvorschlag | 21 |
| <i>I. Von Konzepten und Kontroversen.....</i> | <i>21</i> |
| 1. Reproduktive Gesundheit | 21 |
| 2. Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung | 23 |
| 3. Reproduktive Gerechtigkeit | 28 |
| <i>II. Begriffsvorschlag: Reproduktive Freiheiten als Analysebegriff</i> | <i>30</i> |
| 1. Begriffskonzeption..... | 31 |
| a) Freiheiten des Individuums als Ausgangspunkt..... | 32 |
| b) Gleichheitsrechtliche Adressierung..... | 34 |
| c) Orientierung an der Lebenswirklichkeit | 37 |
| 2. Umfang des Begriffs der reproduktiven Freiheiten | 38 |
| 3. Differenzierung des Begriffs der reproduktiven Freiheiten | 40 |
| 4. Abgrenzungen und Überschneidungen | 43 |
| a) Reproduktive Freiheiten und das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) | 44 |
| b) Reproduktive Freiheiten und das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) | 47 |

| | |
|--|-----|
| Kapitel 3: Reproduktive Freiheiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts..... | 49 |
| <i>I. Einleitung</i> | 49 |
| <i>II. Zum Verhältnis von Sexualität und Reproduktion</i> | 53 |
| 1. Einleitung | 53 |
| 2. Entscheidung zum Verbot homosexueller Handlungen (1957) | 54 |
| a) Inhalt | 55 |
| b) Würdigung..... | 60 |
| 3. Entscheidung zum Geschwisterbeischlafverbot (2008)..... | 63 |
| a) Inhalt | 65 |
| aa) Entscheidung der Senatsmehrheit | 65 |
| bb) Abweichendes Votum | 70 |
| b) Würdigung..... | 71 |
| aa) Entscheidung der Senatsmehrheit | 71 |
| bb) Abweichendes Votum | 74 |
| 4. Zusammenfassung und Würdigung | 74 |
| <i>III. Von der Freiheit, über die eigene Fortpflanzungsfähigkeit zu bestimmen</i> | 77 |
| 1. Einleitung | 77 |
| 2. Exkurs: BGH-Entscheidung zur ärztlichen Haftung nach freiwilliger Sterilisation (1976)..... | 78 |
| a) Inhalt | 78 |
| b) Würdigung..... | 80 |
| 3. Entscheidung zur ärztlichen Haftung nach fehlgeschlagener Sterilisation (1997)..... | 81 |
| a) Inhalt | 82 |
| b) Würdigung..... | 84 |
| 4. Entscheidungen zum Transsexuellengesetz | 86 |
| a) Inhalt | 89 |
| aa) Trans I-Entscheidung (1978) | 89 |
| bb) Trans II-Entscheidung (1982)..... | 90 |
| cc) Trans V-Entscheidung (2005)..... | 90 |
| dd) Trans VIII-Entscheidung (2011)..... | 91 |
| b) Würdigung..... | 95 |
| aa) Phase I..... | 95 |
| bb) Phase II | 97 |
| 5. Zusammenfassung und Würdigung | 103 |

| | |
|--|-----|
| <i>IV. Zum Verhältnis von Ehe, Familie und reproduktiven Freiheiten.....</i> | 106 |
| 1. Einleitung | 106 |
| 2. Exkurs: BGH-Entscheidung zur Zerrüttung der Ehe (1966) | 107 |
| a) Inhalt | 107 |
| b) Würdigung..... | 109 |
| 3. Trans I-Entscheidung (1978)..... | 110 |
| a) Inhalt | 110 |
| b) Würdigung..... | 111 |
| 4. Entscheidung zum Unterhaltsvorrang (1984) | 111 |
| a) Inhalt | 112 |
| b) Würdigung..... | 112 |
| 5. Entscheidung zum Familiennachzug (1987) | 113 |
| a) Inhalt | 113 |
| b) Würdigung..... | 114 |
| 6. Nichtannahmebeschluss zur Eheschließung zwischen gleichgeschlechtlichen Personen (1993)..... | 114 |
| a) Inhalt | 115 |
| b) Würdigung..... | 115 |
| 7. Entscheidung zum Lebenspartnerschaftsgesetz (2002) | 116 |
| a) Inhalt | 117 |
| aa) Entscheidung der Senatsmehrheit | 118 |
| bb) Abweichendes Votum | 118 |
| b) Würdigung..... | 120 |
| aa) Senatsmehrheit..... | 121 |
| bb) Abweichendes Votum | 121 |
| 8. Entscheidung zur Kostentragung der assistierten Reproduktion (2007) . | 124 |
| a) Inhalt | 125 |
| b) Würdigung..... | 129 |
| 9. Nichtannahmebeschluss zur Kostentragung der assistierten Reproduktion (2009)..... | 130 |
| a) Inhalt | 130 |
| b) Würdigung..... | 132 |
| 10. Entscheidung zur Hinterbliebenenversorgung (2009)..... | 133 |
| a) Inhalt | 133 |
| b) Würdigung..... | 135 |
| 11. Entscheidung zum Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz (2010) | 136 |
| a) Inhalt | 136 |
| b) Würdigung..... | 137 |
| 12. Entscheidung zum Familienzuschlag (2012) | 138 |
| a) Inhalt | 138 |
| b) Würdigung..... | 139 |
| 13. Entscheidung zur Sukzessivadoption (2013) | 140 |

| | |
|---|-----|
| a) Inhalt | 140 |
| b) Würdigung..... | 142 |
| 14. Entscheidung zum Ehegattensplitting (2013) | 143 |
| a) Inhalt | 143 |
| aa) Entscheidung der Senatsmehrheit | 144 |
| bb) Abweichendes Votum | 145 |
| b) Würdigung..... | 146 |
| aa) Entscheidung der Senatsmehrheit | 147 |
| bb) Abweichendes Votum | 147 |
| 15. Entscheidung zur Stiefkindadoption (2019)..... | 147 |
| a) Inhalt | 148 |
| b) Würdigung..... | 151 |
| 16. Zusammenfassung und Würdigung | 153 |
| | |
| <i>V. Vom Schutz von Schwangeren und zur Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden.....</i> | 158 |
| 1. Einleitung | 158 |
| 2. Entscheidung zum Kündigungsschutz von Schwangeren (1972) | 160 |
| a) Inhalt | 161 |
| b) Würdigung..... | 162 |
| 3. Schwangerschaftsabbruch I-Entscheidung (1975) | 163 |
| a) Inhalt | 164 |
| aa) Entscheidung der Senatsmehrheit | 164 |
| (1) Konzeption des Embryos | 164 |
| (2) (Grund)-Rechtspositionen der schwangeren Frau..... | 164 |
| (3) Rolle der Ärzteschaft | 168 |
| bb) Abweichendes Votum | 169 |
| (1) (Grund)-Rechtspositionen der schwangeren Person | 169 |
| (2) Konzeption des Embryos | 172 |
| (3) Gesellschaftliche und politische Bedingungen | 172 |
| b) Würdigung..... | 174 |
| aa) Senatsmehrheit | 174 |
| (1) Verfassungsrechtsdogmatische Überlegungen | 174 |
| (2) Konzeption des Embryos | 175 |
| (3) Rechte und Pflichten der schwangeren Person | 176 |
| (a) Schwangerschaft als Teil der Intimsphäre | 176 |
| (b) Austragungspflicht..... | 177 |
| (c) Paternalistischer Ansatz | 177 |
| (d) Leitbild von Frauen als Mütter..... | 178 |
| (e) Bevölkerungspolitische Hintergrundannahme | 180 |
| (4) Stigmatisierende Bilder der Ärzteschaft | 181 |
| (5) Moralische Maßstäbe..... | 182 |

| | |
|--|-----|
| bb) Abweichendes Votum | 183 |
| (1) (Grund-)Rechtspositionen der schwangeren Person | 183 |
| (a) Ungewollte Schwangerschaft als Konfliktsituation | 183 |
| (b) Individuelle Motivationslagen | 184 |
| (3) Konzeption des Embryos | 184 |
| (4) Gesellschaftliche und politische Bedingungen | 184 |
| 4. Schwangerschaftsabbruch II-Entscheidung (1993) | 185 |
| a) Inhalt | 186 |
| aa) Entscheidung der Senatsmehrheit | 186 |
| (1) Konzeption des Embryos | 186 |
| (2) (Grund-)Rechtspositionen der schwangeren Person | 187 |
| (3) Vorgabe der Beratungspflicht und Wartefrist | 191 |
| (4) Kostenübernahmeverbot durch Krankenversicherung | 194 |
| (5) Flächendeckender Zugang | 195 |
| (6) Rolle der Ärzteschaft | 196 |
| (7) Rolle des engeren sozialen Umfelds | 199 |
| (8) Gesellschaftliche und politische Bedingungen | 200 |
| bb) Abweichendes Votum I | 202 |
| (1) (Grund-)Rechtspositionen der schwangeren Person | 203 |
| (2) Konzeption des Embryos | 208 |
| (3) Aufgabe des Gesetzgebers | 209 |
| cc) Abweichendes Votum II | 210 |
| (1) Kostenübernahme durch Krankenversicherung | 210 |
| (2) Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs als „Notordnung“ | 211 |
| b) Würdigung | 211 |
| aa) Senatsmehrheit | 211 |
| (1) Verfassungsrechtsdogmatische Überlegungen | 211 |
| (2) Konzeption des Embryos | 212 |
| (3) Umfassende Schutzpflicht gegenüber dem Embryo | 212 |
| (4) Rechte und Pflichten der schwangeren Person | 213 |
| (a) Austragungspflicht | 213 |
| (b) Paternalistischer Ansatz | 214 |
| (c) Leitbild von Frauen als Mütter | 215 |
| (d) Bevölkerungspolitische Hintergrundannahme | 215 |
| (e) Embryozentrierter Verantwortungsbegriff | 216 |
| (f) Hinweis auf psychische Spätfolgen nicht belegbar | 217 |
| (5) Stigmatisierende Begründung des Verbots der Kostenübernahme durch Krankenversicherung | 218 |
| (6) Ärzteschaft als moralische Instanz | 220 |
| (7) Gesamtgesellschaftliche und embryozentrierte Perspektive bei der Interpretation des Schutzauftrags des Art. 6 Abs. 4 GG | 222 |

| | |
|---|---------|
| (8) Umfassende verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Vorgaben für rechtliche und soziale Bedingungen | 223 |
| (9) Moralische Maßstäbe | 224 |
| bb) Abweichendes Votum I | 224 |
| (1) (Grund)-Rechtspositionen der schwangeren Person | 224 |
| (a) Zum Verhältnis von Sexualität und Kinderwunsch | 225 |
| (b) Ungewollte Schwangerschaften im Kontext soziologischer Erkenntnisse | 225 |
| (c) Freiheitsfundierter Verantwortungsbegriff | 225 |
| (d) „Zweiheit in Einheit“ als grundrechtsdogmatischer Ausgangspunkt | 226 |
| (2) Stufenkonzept der staatlichen Schutzpflicht | 227 |
| cc) Abweichendes Votum II | 227 |
| dd) Exkurs: Moralische Vorverständnisse bei der Verfassungsinterpretation | 228 |
| 5. Entscheidung zur Haftung nach fehlgeschlagener Sterilisation (1997) .. | 228 |
| a) Inhalt | 229 |
| b) Würdigung | 230 |
| 6. Entscheidung zum Unterhaltsverzichtsvertrag (2001) | 230 |
| a) Inhalt | 230 |
| b) Würdigung | 232 |
| 7. Zusammenfassung und Würdigung | 233 |
| VI. Zusammenfassung und Würdigung der Rechtsprechung | 236 |
| Kapitel 4: Reproduktive Freiheiten in der Verfassungsrechtsliteratur | 251 |
| I. Einleitung | 251 |
| II. Reproduktion als Bestandteil des verfassungsrechtlichen Schutzes der Ehe (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG) | 252 |
| 1. Gewährleistungsgehalt | 255 |
| a) Ehegestaltungsfreiheit | 255 |
| b) Exkurs: Leitbild der verschiedengeschlechtlichen Ehe als Basis der Familiengründung | 256 |
| c) Exkurs: Bevölkerungsreproduktion als gesellschaftliche Aufgabe und Abgrenzungskriterium | 257 |
| 2. Würdigung | 262 |
| a) Unklares Verhältnis zwischen Individuum und Kollektiv | 263 |

| | |
|--|-----|
| b) Exkurs: Zum Problem von interpretationsfest deklarierten Leitbildern | 264 |
| c) Verkürzung des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs | 266 |
| d) Kollision mit Vielfalt von Lebens- und Familienmodellen..... | 268 |
| e) Ungleichwertige Freiheitsrechte und Missachtung von Gleichheitsrechten | 270 |
| f) Methodik der Verfassungsinterpretation | 272 |
| | |
| III. <i>Reproduktive Freiheiten als Bestandteil des Familiengrundrechts (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG)</i> | 274 |
| 1. Gewährleistungsgehalt | 274 |
| 2. Würdigung | 277 |
| | |
| IV. <i>Reproduktion als Bestandteil des Elternrechts (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG)</i> | 278 |
| 1. Gewährleistungsgehalt | 279 |
| 2. Würdigung | 281 |
| | |
| V. <i>Schwangerschaft, Geburt und Stillzeit als Teil des Schutz- und Fürsorgeanspruchs der Mutter (Art. 6 Abs. 4 GG)</i> | 282 |
| 1. Gewährleistungsgehalt | 283 |
| 2. Würdigung | 285 |
| | |
| VI. <i>Reproduktive Freiheiten als Bestandteil des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG)</i> | 286 |
| 1. Gewährleistungsgehalt | 286 |
| 2. Würdigung | 288 |
| | |
| VII. <i>Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)</i> | 288 |
| 1. Gewährleistungsgehalt | 291 |
| a) Freiheit, sich fortzupflanzen: | |
| Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren | 291 |
| aa) Hinzuziehung ärztlicher Unterstützung..... | 292 |
| bb) Hinzuziehung von freiwillig handelnden Dritten | 294 |
| cc) Differenzierung nach Indikationslagen | 294 |
| dd) Zukunftsoffenheit des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung | 295 |

| | |
|---|---------|
| e) Reproduktive Selbstbestimmung für die weiteren am Reproduktionsvorgang Beteiligten | 296 |
| b) Freiheit, sich (nicht) fortzupflanzen: Inanspruchnahme gendiagnostischer Verfahren | 297 |
| c) Freiheit, sich nicht fortzupflanzen: Inanspruchnahme von Verhütungsmitteln und einer freiwilligen Sterilisation | 298 |
| d) Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden | 299 |
| e) Selbstbestimmte Entscheidungen während Schwangerschaft und Geburt..... | 302 |
| 2. Würdigung | 303 |
| a) Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren | 304 |
| b) Alltagsrelevante Fragen der Reproduktion als Leerstelle | 304 |
| c) Umfassender Schutz | 305 |
| <i>VIII. Reproduktive Freiheiten als Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)</i> | 306 |
| 1. Gewährleistungsgehalt | 307 |
| 2. Würdigung | 309 |
| <i>IX. Exkurs: Embryozentrierte Erörterung reproduktiver Fragestellungen im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 GG....</i> | 312 |
| 1. Kein expliziter Schutz von Embryonen im Grundgesetz..... | 313 |
| 2. Uneindeutige Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG.. | 314 |
| 3. Ungelöste Streitpunkte zum verfassungsrechtlichen Schutz des werdenden Lebens..... | 315 |
| a) Bezugspunkt: Entwicklungsstadium | 316 |
| b) Absoluter oder gestufter Schutz | 317 |
| 4. Würdigung: Überprüfungswürdige Streitpunkte | 317 |
| <i>X. Zusammenfassung und Würdigung der Literatur</i> | 319 |
| Kapitel 5: Reproduktive Rechte im internationalen Recht | 329 |
| <i>I. Einleitung.....</i> | 329 |
| <i>II. Menschenrechtliche Garantien.....</i> | 331 |
| 1. UN-Frauenrechtskonvention | 332 |
| a) Konventionsbestimmungen..... | 332 |
| b) Äußerungen des CEDAW-Ausschusses | 332 |
| c) Staatenberichtsverfahren und Zwischenbericht | 338 |
| 2. UN-Sozialpakt (IPwskR) und UN-Zivilpakt (IPbpR) | 343 |

| | |
|--|------------|
| a) Konventionsbestimmungen..... | 343 |
| b) Äußerungen des UN-Sozialausschusses | 343 |
| 3. UN-Behindertenrechtskonvention | 346 |
| a) Konventionsbestimmungen..... | 346 |
| b) Äußerungen des UN-BRK-Ausschusses | 347 |
| c) Gemeinsame Stellungnahme des CEDAW- und BRK-Ausschusses. | 349 |
| d) Staatenberichtsverfahren..... | 350 |
| | |
| <i>III. Europäische Menschenrechtskonvention und Äußerungen des Europarats</i> | <i>352</i> |
| 1. Europäische Menschenrechtskonvention | 352 |
| a) Konventionsvorschriften..... | 352 |
| b) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte | 353 |
| 2. Äußerungen des Europarats..... | 356 |
| | |
| <i>IV. Zusammenfassung und Würdigung</i> | <i>360</i> |
| | |
| Kapitel 6: Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption reproduktiver Freiheiten..... | 363 |
| | |
| <i>I. Einleitung.....</i> | <i>363</i> |
| | |
| <i>II. Berücksichtigung internationaler Garantien bei der Auslegung von Grundrechten</i> | <i>364</i> |
| | |
| <i>III. Wesentliche Grundrechtsnormen für die Gewährleistung reproduktiver Freiheiten</i> | <i>367</i> |
| 1. Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) | 368 |
| 2. Familiengründungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) | 373 |
| 3. Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Alt. 2 GG)..... | 374 |
| 4. Anspruch auf Schutz und Fürsorge der Mutter (Art. 6 Abs. 4 GG)..... | 377 |
| 5. Diskriminierungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG) und Gleichberechtigungsgebot (Art. 3 Abs. 2 GG)..... | 377 |
| | |
| <i>IV. Lebensweltlich orientierte Überlegungen zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption reproduktiver Freiheiten</i> | <i>381</i> |
| 1. Information und Aufklärung über Zeugung, Schwangerschaft und Geburt..... | 382 |

| | |
|--|---------|
| a) Gegenwärtige Rechtslage..... | 382 |
| b) Völkerrechtliche Kritik..... | 383 |
| c) Erkenntnisse aus der Lebenspraxis..... | 383 |
| d) Relevante Grundrechtsnormen..... | 385 |
| e) Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum | 386 |
| 2. Inanspruchnahme von Verhütungsmitteln | 388 |
| a) Gegenwärtige Rechtslage..... | 388 |
| b) Völkerrechtliche Kritik..... | 389 |
| c) Erkenntnisse aus der Lebenspraxis..... | 389 |
| d) Relevante Grundrechtsnormen..... | 390 |
| e) Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum | 391 |
| 3. Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren am Beispiel des Verbots der sog. Leihmutterschaft | 392 |
| a) Gegenwärtige Rechtslage..... | 392 |
| b) Keine völkerrechtliche Kritik..... | 394 |
| c) Erkenntnisse aus der Lebenspraxis..... | 394 |
| d) Relevante Grundrechtsnormen..... | 396 |
| e) Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum | 397 |
| 4. Selbstbestimmte Entscheidungen im Kontext von Zeugung, Schwangerschaft und Geburt..... | 402 |
| a) Gegenwärtige Rechtslage..... | 402 |
| b) Völkerrechtliche Kritik..... | 403 |
| c) Erkenntnisse aus der Lebenspraxis..... | 405 |
| d) Relevante Grundrechtsnormen..... | 406 |
| e) Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum | 408 |
| 5. Die Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden..... | 409 |
| a) Gegenwärtige Rechtslage..... | 409 |
| b) Völkerrechtliche Kritik..... | 410 |
| c) Erkenntnisse aus der Lebenspraxis..... | 411 |
| d) Relevante Grundrechtsnormen..... | 414 |
| e) Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum | 415 |
| Kapitel 7: Schlussbetrachtung | 417 |
| Literaturverzeichnis..... | 423 |
| Sachregister..... | 433 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|----------|---|
| a. A. | andere Ansicht |
| a. a. O. | am angegebenen Orte |
| a. E. | am Ende |
| a. F. | alte Fassung |
| Abs. | Absatz |
| AG | Amtsgericht |
| Art. | Artikel |
| ARSP | Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie |
| AsylbLG | Asylbewerberleistungsgesetz |
| AöR | Archiv des öffentlichen Rechts |
| APuZ | Aus Politik und Zeitgeschichte |
| Az. | Aktenzeichen |
| BAföG | Berufsausbildungsförderungsgesetz |
| Bd. | Band |
| Begr. | Begründer |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| biko | Beratung, Information und Kostenübernahme |
| BMAS | Bundesministerium für Arbeit und Soziales |
| BMG | Bundesministerium für Gesundheit |
| BMFSFJ | Bundesministerium für Familie, Frauen, Senioren und Jugend |
| BMJV | Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz |
| BR-Drs. | Bundesratsdrucksache |
| BRK | UN-Behindertenrechtskonvention |
| BT-Drs. | Bundestagsdrucksache |
| BVerfGG | Bundesverfassungsgerichtsgesetz |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| BVerwGE | Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts |
| BZgA | Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung |
| CDU | Christlich Demokratische Union |
| CEDAW | Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women/Committee on Elimination of Discrimination against Women |
| CESCR | Committee on Economic, Social and Cultural Rights |
| CRPD | Committee on the Rights of Persons with Disabilities |

| | |
|-----------|--|
| ders. | derselbe |
| dies. | dieselbe |
| djbZ | Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes |
| DP | Deutsche Partei |
| ebd. | ebenda |
| EGMR | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| EheG | Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet |
| ESTG | Einkommensteuergesetz |
| EMRK | Europäische Konvention der Menschenrechte und Grundfreiheiten |
| ESchG | Embryonenschutzgesetz |
| FamPra.ch | Die Praxis des Familienrechts |
| f./ff. | folgende |
| FDP | Freie Demokratische Partei |
| Fn. | Fußnote |
| GG | Grundgesetz |
| GesR | GesundheitsRecht |
| Hrsg. | Herausgeber |
| IPbpr | Internationaler Pakt für bürgerliche und politische Rechte (Zivilpakt) |
| IPwskR | Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle (Sozialpakt) |
| ICSI | Intrazytoplasmatische Spermieninjektion |
| i. e. S. | im engeren Sinne |
| i. E. | im Erscheinen |
| IVF | In-Vitro-Fertilisation |
| i. V. m. | in Verbindung mit |
| JöR | Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart |
| JuS | Juristische Schulung |
| JZ | JuristenZeitung |
| Kap. | Kapitel |
| KJ | Kritische Justiz |
| LoIPR | List of Issues and Questions Prior to Reporting |
| LPartG | Lebenspartnerschaftsgesetz |
| MedR | Medizinrecht |
| MuSchG | Mutterschutzgesetz |
| m. w. N. | mit weiteren Nachweisen |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NRW | Nordrhein-Westphalen |
| NVwZ | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht |
| OLG | Oberlandesgericht |
| Parl. | Parlamentarisch |
| PID | Präimplantationsdiagnostik |
| PND | Pränataldiagnostik |
| RdJB | Recht der Jugend und des Bildungswesens |
| Rn. | Randnummer |

| | |
|----------|--|
| S. | Seite |
| SchKG | Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten |
| SGB II | Sozialgesetzbuch Zweites Buch – Grundsicherung für Erwerbsuchende |
| SGB V | Sozialgesetzbuch Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung |
| SGB XII | Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch – Sozialhilfe |
| SPD | Sozialdemokratische Partei Deutschlands |
| SRGR | Sexuelle und reproduktive Gesundheit und Rechte |
| StGB | Strafgesetzbuch |
| st. Rsp. | ständige Rechtsprechung |
| UN | United Nations |
| UN-BRK | UN-Behindertenrechtskonvention |
| VVDStRL | Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer |
| WRV | Weimarer Reichsverfassung |
| WHO | World Health Organization |
| Ziff. | Ziffer |
| ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik |

Kapitel 1

Einführung

I. Einleitung

Verhütungsmethoden, reproduktionsmedizinische und gendiagnostische Verfahren, zahlreiche Untersuchungen während der Schwangerschaft, medizinische Betreuung und Interventionen bei der Geburt veränderten den Lebensbereich der Fortpflanzung schon seit geraumer Zeit von einer Frage des Zufälligen hin zur Möglichkeit individueller Entscheidungen.¹ Diese medizinischen Entwicklungen eröffnen Wahlfreiheiten bei reproduktiven Entscheidungen mit Blick auf den Akt der Zeugung, während der Schwangerschaft und hinsichtlich

¹ *Nelson*, Law, Policy and Reproductive Autonomy, 2013, 1, 353; *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 5. Zu den sozialpolitischen und technologischen Zäsuren vom „Schicksal“ der Kinderfrage hin zur möglichen Entscheidung siehe *Büchler/Bleisch*, Kinder wollen, 2020, 26 ff., 61 ff. Grundlegend die kulturhistorische Betrachtung zu reproduktionsmedizinischen Verfahren des Soziologen *Bernhard*, Kinder machen, 2014, 373 ff., 426 ff., insb. 441 ff. Die vorliegende Arbeit verwendet die Begriffe reproduktionsmedizinische Verfahren oder Maßnahmen und spricht von ärztlicher Assistenz. Die Begriffe wähle ich in Abgrenzung zu häufig zu lesenden Termini wie „Techniken“ oder „künstlicher Befruchtung“, die mit dem Gegensatz zur „Natur“, der „Natürlichkeit“, der „natürlichen Fortpflanzung“ in Verbindung und in Stellung gebracht werden. Diese Konnotation belegt die empirische Forschung, wonach die Bezeichnungen „Reproduktionsmedizin“ und „künstliche Befruchtung“ auf die Mehrheit ungewollt kinderloser Frauen und Männer „technisch und kalt“ wirken, weil sie Bilder von einem „industriellen Prozess“, eines „artifiziellen, zentral technisch hergestellten „KindProdukts“ erzeugen, was gerade nicht ihren Vorstellung einer Befruchtung als Vorgang der Beziehung zweier Menschen, der Ausdruck von „Wärme, Emotion, Liebe“ ist, verbunden wird, vgl. die Untersuchung von *Wippermann* im Auftrag des BMFSFJ (Hrsg.), Ungewollte Kinderlosigkeit 2020, 2020, 9, 13 ff. *Bernhard*, Kinder machen, 2014, 426 geht noch weiter und schlägt vor, Verfahren wie ICSI und IVF heute eher „als Variante natürlicher Empfängnis“ zu verstehen. Die Befragten in der eben zitierten Untersuchung im Auftrag des BMFSFJ schlugen Begriffe wie „Kinderwunsch-Behandlung“, „ärztliche Kinderwunsch-Hilfe“, „Kinderwunschzentrum“, „Fruchtbarkeitsunterstützung“ (S. 14) vor, was als Beschreibung von Menschen, die diese Maßnahmen anwenden und von Stigmatisierungen sprechen, nachempfunden werden kann, jedoch für diese Arbeit, die wertneutrale Begriffe für eine rechtliche Analyse zu suchen findet, welche eine sachliche Diskussion ermöglichen kann, bei der unterschiedliche Positionen erörtert werden sollen, weniger geeignet erscheint.

der Geburt. Wahlfreiheit bedeutet zugleich eine Vervielfachung von komplexer werdenden Entscheidungssituationen und Entscheidungsinhalten sowie eine Bandbreite an Entscheidungsoptionen, die mit Unsicherheiten, Hoffnungen, Enttäuschungen und Entscheidungsnöten einhergehen können.² Weil aus dem ehemals wenig beeinflussbaren Lebensbereich damit heute ein medizinisch jedenfalls in Grenzen steuerbarer Bereich wurde und weiter werden wird, ist die Ausübung reproduktiver Freiheiten mit neuer Verantwortung verbunden und geht mit zuweilen schwierigen Fragen einher, wie Individuen diese Freiheiten in Verantwortung nutzen können.³ Korrespondierende Ambivalenzen müssen dabei nicht als Bedrohung einer selbstbestimmten Entscheidung angesehen werden, sondern sind vielmehr zunächst Ausdruck der Komplexität der Bedingungen, unter denen menschliche Reproduktion heute stattfindet.

Angesichts der vielschichtigen reproduktiven Entscheidungssituationen, mit denen komplexe Rechtsfragen einhergehen, und den einschneidenden Erfahrungen, die Zeugung, Schwangerschaft und Geburt mit sich bringen, ist es erstaunlich, wie wenig grundlegend sich die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft bisher mit diesen Fragen aus der Perspektive der entscheidenden und handelnden Subjekte beschäftigt hat. Wie diese Arbeit herausarbeiten wird, fehlt es bisher an einer lebensweltlich orientierten Konzeptualisierung reproduktiver Freiheiten im Verfassungsrecht.⁴ Diese Forschungslücke, so werde ich eingehend zeigen, stellt nicht nur ein theoretisches Problem dar. Der fehlende theoretische Überbau führt dazu, dass zentrale grundrechtliche Freiheiten des Individuums nicht erkannt oder verkannt werden. Es kristallisiert sich

² Bächler, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 29. Siehe auch Bernhard, *Kinder machen*, 2014, insb. 442–447: „Die Macht des Willens und die Gegebenheiten des Körpers: Zwischen diesen beiden Polen, könnte man vielleicht sagen, bewegen sich die Hoffnungen und Enttäuschungen der Frauen, die heute durch assistierte Empfängnis schwanger werden wollen.“ (S. 443). Siehe zur empirischen Forschung: BMFSFJ (Hrsg.), *Ungewollte Kinderlosigkeit 2020*, 2020, 12, wonach die in den letzten Jahren gestiegene Aufmerksamkeit und Sorge vor Risiken reproduktionsmedizinischer Verfahren sowie das Bedürfnis nach mehr Informationen Folge von Unsicherheit und Entscheidungsdruck zugleich ist: „je mehr Wissen, umso größer das Bewusstsein für Risiken; je mehr Risikobewusstsein, umso größer das Bedürfnis nach Informationen, die Sicherheit bieten“.

³ Vgl. Bächler/Bleisch, *Kinder wollen*, 2020, 18, 25, *passim*. Grundlegend für die medizinische Debatte Wiesemann, *Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen*, 2006, 98 ff., insb. 105 ff., 128 ff., *passim*.

⁴ Eine lebensweltlich orientierte Konzeptualisierung meint in dieser Arbeit erstens, Reproduktion als einen gesamten Lebensbereich, der Zeugung, Schwangerschaft und Geburt umfasst, analytisch zusammenhängend zu betrachten. Zweitens beabsichtigt dieser Ansatz, bei der Verfassungsinterpretation unterschiedliche Lebensrealitäten und Erfahrungswelten und damit Erkenntnisse aus weiteren Wissenschaftsdisziplinen zu berücksichtigen.

zudem heraus, dass die Verfassungsrechtsdebatte mit Blick auf Zeugung, Schwangerschaft und Geburt „frischen Wind aus der Lebenspraxis“⁵ benötigt.

Anliegen dieser Arbeit ist es deshalb, den Blick für die lebenspraktische Bedeutung reproduktiver Belange von Individuen im verfassungsrechtlichen Diskurs zu öffnen und zu schärfen. Anspruch der Arbeit ist es, die Vorstellung einer jedem Menschen zukommenden reproduktiven Freiheit zu präzisieren und zu überprüfen. Diese Untersuchung verfolgt dabei zwei zentrale Ziele: Erstens geht es darum, mit einer analytischen und reflexiven Vorgehensweise zu verstehen, ob und wie reproduktive Freiheiten im Verfassungsrechtsdiskurs, bestehend aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Verfassungsrechtswissenschaft, bisher verhandelt wurden und werden. Dabei kristallisiert sich heraus, dass die physischen, psychischen und sozialen Umstände von Zeugung, Schwangerschaft und Geburt bisher wenig in den Blick genommen werden. Wenig Beachtung im verfassungsrechtlichen Diskurs finden zudem Menschen, die strukturell diskriminierungsgefährdeten Gruppen zugeordnet werden oder aufgrund einer spezifischen Situation, etwa einer Geburt, besonders verletzlich sind. Die Arbeit hat es sich deshalb zur Aufgabe gemacht, diese bisher unbearbeiteten Bereiche sichtbar werden zu lassen und dabei Ungereimtheiten der bisherigen fragmentarischen Darstellung des Lebensbereichs der Fortpflanzung aufzudecken. Zweitens ist Ziel der Arbeit, unter Einbeziehung der erarbeiteten disziplinübergreifenden Erkenntnisse und unter Berücksichtigung menschenrechtlicher Garantien einen Vorschlag einer grundrechtlich angemesseneren Konturierung reproduktiver Freiheiten zu unterbreiten. Aus dieser grundrechtlichen Perspektive werden dann Handlungsspielräume, Aufträge und Grenzen für gesetzgeberisches Handeln aufgedeckt. Meine Hoffnung ist es, mit der Blickrichtung reproduktiver Freiheiten einen theoretischen Rahmen für das weitere systematische Nachdenken über reproduktive Entscheidungen liefern zu können. Im Idealfall kann die Arbeit somit Anregungen für die künftige verfassungsrechtliche Debatte und für gesellschaftspolitische Aushandlungsprozesse um reproduktive Rechte geben. Aufgabe zukünftiger Forschung ist es dann, die vielfältigen und komplexen reproduktiven Entscheidungssituationen im Einklang mit Grund- und Menschenrechten weiter zu beleuchten und deren Grenzen im Einzelnen auszuloten.

Die Fragestellung der Arbeit ist für den deutschen Verfassungsrechtsdiskurs im Wesentlichen aus drei Gründen ein Novum: Erstens ist die bisherige Verfassungsrechtsdebatte traditionellerweise vom (ungelösten) Status bzw. der kontrovers diskutierten Frage des Lebensrechts des Embryos bzw. Fötus geprägt. Zweitens lassen sich im verfassungsrechtlichen Diskurs, besonders in

⁵ *Wiesemann*, Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen, 2006, 13 konstatiert dies für die Medizinethik. Ein ähnliches Anliegen verfolgt die Schweizer Rechtswissenschaftlerin *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 29–31.

der Kommentarliteratur, Perspektiven auf den Lebensbereich der Fortpflanzung vorfinden, welche ein Kollektiv als Bezugspunkt reproduktiver Fragen wählen, etwa in Gestalt der Ehe als Paargemeinschaft oder in Form eines größeren Kollektivs, der staatlichen Gemeinschaft im Sinne einer Bevölkerungsreproduktion als Gesellschaftsaufgabe. Drittens führen diese Betrachtungsweisen, wie allgemein die fragmentarische Darstellung des Lebensbereichs der Reproduktion, dazu, dass Verbindungslinien zwischen einzelnen reproduktiven Entscheidungsfreiheiten der Individuen nicht gezogen werden. Aus diesen Gründen gilt es für diese Arbeit, das breite Meinungsspektrum zu reproduktiven Fragen herauszuarbeiten und daraufhin zu überprüfen, ob die einzelnen Positionen den verbrieften Freiheits- und Gleichheitsrechten von Individuen Genüge tun.

II. Disziplinübergreifende Erkenntnisse

Die folgende Darstellung dient einem ersten Überblick über die lebenspraktischen Bedingungen, unter denen Menschen gegenwärtig reproduktive Entscheidungen treffen. Wenn auch dieser Überblick keine rechtssoziologische Untersuchung darstellt, so erfordert eine realistische Betrachtung von Recht, also der Versuch einer wirklichkeitsnahen Betrachtung, einen Blick auf die tatsächlichen Umstände.⁶ Wenngleich wir einige Umstände der Fortpflanzung beeinflussen können – durch Antikontrazeptiva, Notfallverhütung, Schwangerschaftsabbrüche, ärztliche Assistenz bei der Zeugung, medizinische Betreuung während der dSchwangerschaft und der Geburt –, so handelt es sich weder um rechtlich grenzenlos gewährleistete Freiheiten noch um einen, lebensweltlich betrachtet, vollends steuerbaren Bereich. Faktisch ist der Lebensbereich der Fortpflanzung von zahlreichen Unwägbarkeiten geprägt.

Das Verhütungsverhalten von Menschen variiert je nach Alter, Geschlecht, Partnerschaft und Motivationslage.⁷ Mit Blick auf die gewählten Verhütungsmethoden manifestiert sich ein Verhaltenswandel in Deutschland: Die (alleinige) Nutzung von Kondomen ist in den letzten Jahren deutlich angestiegen und wird für Männer wie Frauen eine wichtigere Verhütungsmethode, während

⁶ Baer, Rechtssoziologie, 4. Auflage 2021, 154.

⁷ Vgl. BZgA (Hrsg.), Verhütungsverhalten Erwachsener, 2019. Mit mehr als 70 Prozent verwendet der Großteil der sexuell aktiven Bevölkerung bei sexuellen Kontakten ein Verhütungsmittel (S. 7). Der Rest führt je nach Lebensalter als Hauptgrund für das Nichtverhüten entweder einen vorhandenen Kinderwunsch oder Infertilität an (S. 8). Als Verhütungsmethoden im Alter zwischen 18 und 49 Jahren werden im Durchschnitt gegenwärtig gleichermaßen die Anti-Baby-Pille (47%) oder Kondome (46%) verwendet (S. 9), besonders im jüngeren Alter findet eine Doppelnutzung statt (S. 11).

der Anteil derjenigen, welche die Anti-Baby-Pille nutzen, besonders im jüngeren Alter deutlich zurückging.⁸ Eine Repräsentativbefragung im Auftrag der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA) offenbart zudem in der Bevölkerung weit verbreitete Bedenken gegenüber hormonellen Verhütungsmethoden mit Blick auf deren negative Auswirkungen auf Körper und Psyche von Frauen.⁹ Die gesellschaftliche Risikowahrnehmung von hormonellen Verhütungsmethoden hat sich damit also verändert. Das individuelle Verhütungsverhalten steht zudem unter dem Einfluss einfachgesetzlicher Regulierung. So müssen jegliche Verhütungsmittel in Deutschland grundsätzlich privat finanziert werden. Eine flächendeckende Versorgung bzw. ein bundeseinheitlicher Rechtsanspruch auf Kostenübernahme existiert gegenwärtig nicht.¹⁰ Ausnah-

⁸ Vgl. BZgA (Hrsg.), Verhütungsverhalten Erwachsener, 2019, 10–13, 29. Die alleinige Kondomnutzung ist besonders bei den 25- bis 29-Jährigen verbreitet (41 %, 13 Prozentpunkte mehr als im Jahr 2011), ebd., 12 f. „Es sind de facto die männlichen 25- bis 29-Jährigen, die in diesem Altersabschnitt so stark das Kondom allein favorisieren (52%). Bei den jungen Frauen ist zwar ebenfalls ab Mitte Zwanzig der Umschwung von der zuvor vielfach kombinierten zur alleinigen Nutzung des Kondoms zu beobachten („Kondom allein“: 26% gegenüber 12% bei den 18- bis 24-Jährigen), es vollzieht sich aber verhaltener.“ (S. 13). Die insgesamt festgestellte rückläufige Pillennutzung zeichnet sich am deutlichsten in der Altersgruppe der 18- bis 29-Jährigen ab: Pillennutzerinnen (56 %, 16 Prozentpunkte weniger als im Jahr 2011), Kondomverwender (58 %, 7 Prozentpunkte mehr als im Jahr 2011), ebd., 11. Die Bedeutung der Pille geht damit insgesamt zurück, bereits innerhalb der Altersspanne 18 bis 29 Jahre sind erhebliche Unterschiede festzustellen: Von den 18- bis 24-Jährigen verhüten drei von fünf mithilfe der Pille (61%), während der Anteil unter den 25- bis 29-Jährigen deutlich niedriger ist (47%) (S. 13).

Zum Begriff „Frauen“: Nicht alle gebärfähigen Menschen sind Frauen, weil Geschlechtsidentitäten vielfältig sind. Auch Personen, die sich als männlich oder nicht-binär begreifen, können schwanger werden und Kinder gebären. Adäquate Bezeichnungen zu finden, ist gerade deshalb herausfordernd, weil sich im Entstehungsprozess dieser Arbeit gezeigt hat, dass sich der geschlechtergerechte Sprachgebrauch fortlaufend verändert und einem stetigen Wandel unterliegt. Für den rechtlichen Kontext kann folglich bisher nicht auf einen etablierten Sprachgebrauch zurückgegriffen werden. Sofern nachfolgend von „Frauen“ und „Männern“ die Rede ist, beabsichtigt diese Arbeit die Vielfältigkeit von Menschen anzuerkennen und die Belange von cis-Frauen und Männern ebenso wie die Belange aller Menschen, deren selbst empfundene Geschlechtlichkeit etwa eine männliche, trans* oder nicht-binäre Geschlechtsidentität ist, zu berücksichtigen.

⁹ Vgl. BZgA (Hrsg.), Verhütungsverhalten Erwachsener, 2019, 24–26, 29.

¹⁰ Die Versorgungslage ist unübersichtlich, die Regelungen uneinheitlich. Mangels bundeseinheitlicher Lösung existieren in einzelnen Bundesländern (etwa Berlin, Bremen, Hamburg) und Kommunen freiwillige Projekte zur Kostenübernahme. Zudem ermöglichte im Entstehungsprozess dieser Arbeit das vom BMFSFJ geförderte Modellprojekt „biko“ (Beratung, Information, Kostenübernahme bei Verhütung, 2016–2019) Menschen mit geringem Einkommen (etwa Personen, die Arbeitslosengeld II, Grundsicherung, Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz oder BAföG beziehen) vorübergehend an sieben regionalen Standpunkten die Kostenübernahme von verschreibungspflichtigen Verhütungsmitteln.

men gelten derzeit nur für gesetzlich Versicherte bis zum vollendeten 22. Lebensjahr: Für sie übernehmen die gesetzlichen Krankenversicherungen die Kosten für verschreibungspflichtige Verhütungsmittel und für Notfallverhütung, sog. „Pille danach“ (§ 24a Abs. 2 SGB V), die seit dem Jahr 2015 zwar rezeptfrei zugänglich ist, allerdings nur nach ärztlicher Verordnung und ausschließlich für diese Personengruppe auch kostenfrei erhältlich ist. Personen im Transferleistungsbezug des SGB II und SGB XII haben seit dem Jahr 2004 die Kosten für Verhütungsmittel aus dem Regelbetrag zu bestreiten, in dessen Berechnung für den gesamten Bereich „Gesundheitspflege“ auch nach Einführung des sog. Bürgergeldes derzeit ein Betrag von 19,16 Euro im Monat vorgesehen ist (Stand: 2023).¹¹ Die Kosten variieren je nach Verhütungsmethode erheblich, übersteigen zum Teil bereits den vorgesehenen Betrag für die gesamte Gesundheitspflege gänzlich und sind jedenfalls von diesem Regelsatzsegment häufig nicht finanzierbar.¹² Reformvorhaben zur Schaffung einer bundeseinheitlichen Regelung zur Kostenübernahme von Verhütungsmethoden (für Menschen mit geringem Einkommen) scheiterten allerdings vorerst.¹³

¹¹ Vgl. BSG, Urteil vom 15. November 2012 – B 8 SO 6/11 R –, juris Rn. 15 ff., wonach die Kosten für Verhütung keine Leistung der Hilfen zur Gesundheit im Sinne des SGB XII darstellen und deshalb aus den Regelsätzen finanziert werden müssen; siehe zur Kritik bereits *Klein/Wapler*, APuZ 20/2019, 20–26 (23 f.); *Wersig/Dern*, info also 2020, 56–61 (57 f.). Vgl. BT Drs. 17/3404, 58, wonach hierunter pharmazeutische Produkte fallen, also nicht verschreibungspflichtige Medikamente, wie etwa Kopfschmerztabletten oder Heuschnupfenmittel, therapeutische Mittel und Geräte und weitere medizinische Produkte, wie die Kosten zur individuellen Verhütung.

Sämtliche Gerichtsentscheidungen sind aufgrund der pandemiebedingten Schließung der Bibliotheken aus Juris zitiert.

¹² Vgl. *Medizinischer Arbeitskreis pro familia NRW*, Verhütung – Aktuelle Preise und Zusatzkosten, Juli 2020, wonach gegenwärtig die Kosten für Kondome bei 0,15 bis 1,20 Euro pro *Stück* liegen, die monatlichen Kosten für die Anti-Baby-Pille zwischen 3,92 und 22,10 Euro und für Verhütungsringe bei ca. 19 bis 23 Euro liegen. Die Kosten für kupferhaltige Spiralen u.Ä. variieren inkl. der ärztlichen Einsetzung stark und liegen nach dieser Kostenaufstellung zwischen 120 und 500 Euro zzgl. der jährlichen Ultraschallkontrolle i.H.v. 40 Euro. Eine Notfallverhütung, auf deren rechtzeitigen Einnahme es entscheidend ankommt, um den Eintritt einer ungewollten Schwangerschaft zu verhindern, kostet zwischen 16 und 36 Euro. Siehe aus sozialrechtlicher Perspektive mit Lösungsvorschlägen für die Kostendeckung teurer (Langzeit-)Verhütungsmittel, die durch den Regelsatz oder Einsparmöglichkeiten nicht sicher finanziert werden können, *Wersig/Dern*, info also 2020, 56–61 (insb. 57 f., 60).

¹³ Vgl. etwa bereits die Initiative des Bundesrats aus dem Jahr 2017: BR-Drs. 617/17 sowie die gescheiterten Gesetzesentwürfe im Nachgang: BT-Drs. 19/2514 sowie BT-Drs. 19/2699. Rechtspolitisch plant die amtierende Bundesregierung nun, den Krankenkassen zu ermöglichen, Verhütungsmittel als Satzungsleistung zu erstatten; bei Geringverdienenden sollen die Kosten übernommen werden: Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 92.

Empirisch ist inzwischen erforscht, dass eine Bandbreite an Personen mit geringem Einkommen unterschiedlichen Alters, mit und ohne Migrationshintergrund, mit bereits vorhandenen Kindern oder ohne Kinder, innerhalb und außerhalb einer Partnerschaft hierzulande einen ungedeckten Bedarf an Verhütungsmitteln hat und aus Kostengründen nicht oder weniger sicher verhütet.¹⁴

Abhängig von finanziellen Ressourcen kann einer Schwangerschaft damit grundsätzlich vielseitig vorgebeugt werden. Verhütungsmethoden, inklusive der Notfallverhütung „Pille danach“, können unabhängig von Alter, Bildung, Partnerschaftsstatus oder Herkunft dennoch fehlschlagen.¹⁵ Eine Schwangerschaft kann deshalb *unbeabsichtigt* eintreten; gemeint ist damit, dass eine Schwangerschaft schlicht ungeplant, aber gewollt eintreten kann, sie als zwiespältig im Sinne von unentschieden empfunden werden kann, oder dass eine Schwangerschaft erst später oder überhaupt nicht gewollt ist und deshalb ungewollt eintritt.¹⁶ Die sprachliche Differenzierung ist an dieser Stelle herausfordernd und zugleich essentiell, um die Problemlagen richtig zu erfassen. Eine unbeabsichtigt eingetretene Schwangerschaft kann somit nicht geplant, aber

¹⁴ Vgl. bereits die Studie aus dem Jahr 2016 von *Helfferrich/Klindworth/Heine/Wlosnewski*, auf Initiative des BMFSFJ durchgeführt und im Auftrag der BZgA (Hrsg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, insb. 114 ff., 126, 132, wonach Kosten eine Zugangsbarriere zur Verhütung darstellen. Die Ergebnisse des Modellprojekts „biko“ zur Verhütungsmittelversorgung von Frauen mit geringem Einkommen sind besorgniserregend, vgl. pro familia Bundesverband (Hrsg.), *Modellprojekt biko, Abschlussbericht 2019*, insb. 94 f., 99–102: „Die Beraterinnen vor Ort waren mit Berichten von Frauen konfrontiert, die sich bspw. zwischen dem Schulranzen für ihr Kind oder für die eigene Verhütung entscheiden mussten. Andere Frauen berichteten über Sparstrategien, dass sie bspw. begannen die Pille zu ‚strecken‘, also mit Pausen einzunehmen, damit sie länger hält. Dies hat Konsequenzen für die Verhütungssicherheit und die Gesundheit der Frauen.“ (S. 99). Siehe ebenso zur überdurchschnittlich häufig genannten Nichtverhütung aus finanziellen Gründen bei Befragten mit einfacher Bildung, jedoch ohne weitere Einordnung BZgA (Hrsg.), *Verhütungsverhalten Erwachsener*, 2019, 8 f.

¹⁵ Keine aussagekräftigen aktuellen Daten habe ich zu der Frage gefunden, wie häufig ungewollte Schwangerschaften trotz Anwendung von Verhütungsmethoden aufgrund fehlender Wirksamkeit oder Anwendungsproblemen eintreten. Siehe aber die Studie aus dem Jahr 2016 der BZgA (Hrsg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, insb. 114 ff. Mehr als ein Drittel der *nicht beabsichtigten* Schwangerschaften traten unter Verhütung (35,8 Prozent) ein (S. 127, 282). Aufschlussreich sind auch die weiteren zahlreichen Aspekte, die sich auf das Verhütungsverhalten auswirken (S. 133, Abbildung 6-2). Feststeht jedenfalls, dass es keinen hundertprozentigen Schutz vor ungewollt eintretenden Schwangerschaften geben kann, wenn man sich Anwendungsprobleme bei der Kondomnutzung sowie den Pearl Index einer Methode wie der Pille oder der Kupferspirale vor Augen führt und das in Verhältnis zum grundsätzlich reproduktionsfähigen Alter von Frauen setzt, das etwa 35 Jahre beträgt (15–49 Jahre).

¹⁶ BZgA (Hrsg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 23–26, 277, 282, *passim*.

gewollt sein.¹⁷ Umgekehrt zeigen die erforschten Gefühlslagen zu ungewollt eingetretenen Schwangerschaften mehrdeutige Abstufungen von ungewollt, etwa „eigentlich ungewollt“ oder „nicht 100 % gewollt“.¹⁸ Ein großer Teil, ungefähr ein Drittel der Schwangerschaften, ist nach einer Untersuchung im Auftrag der BZgA *nicht beabsichtigt* gewesen.¹⁹ 17,7 Prozent dieser Schwangerschaften waren explizit *ungewollt*, von denen aber deutlich mehr als die Hälfte ausgetragen wurde.²⁰ Die Studie weist darauf hin, *ungewollte* Schwangerschaften als multifaktorielles Geschehen zu begreifen, das unter dem Einfluss von Bedingungsfaktoren wie sexueller Aktivität, Verhütungsverhalten, (nicht) vorhandenem Kinderwunsch, Alter, Partnerschaft, bereits vorhandenen Kindern, Beruf, Wohnung, Geld, Gesundheit und sozialen Normen wie persönlichen Ressourcen steht.²¹ Jährlich entscheiden sich derzeit etwa 100.000 ungewollt schwangere Frauen in Deutschland für einen Schwangerschaftsabbruch, etwa 60 Prozent dieser Frauen haben bereits Kinder.²² 96 % der im Jahr 2020 verzeichneten Schwangerschaftsabbrüche wurden nach der sog. Beratungsregelung vorgenommen.²³ Nach den hierfür maßgeblichen strafrechtlichen Vorschriften der §§ 218 ff. StGB ist eine ungewollt schwangere Person, die während der ersten zwölf Wochen einen Abbruch vornehmen lassen möchte, verpflichtet, sich zuvor einer Beratung zu unterziehen und eine im Strafgesetzbuch vorgesehene Wartefrist von drei Tagen vor Durchführung des Eingriffs abzuwarten (§§ 218, 218a Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3, 219 StGB). Aufgrund der strafrechtlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs haben Betroffene die Kosten

¹⁷ BZgA (Hrsg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 26.

¹⁸ BZgA (Hrsg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 24.

¹⁹ BZgA (Hrsg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 282 f.

²⁰ BZgA (Hrsg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 282 f. Danach wurden 57 Prozent der ungewollten Schwangerschaften ausgetragen, 43 Prozent durch einen Schwangerschaftsabbruch beendet (S. 283).

²¹ BZgA (Hrsg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 278, 284. Neue wissenschaftlich basierte Erkenntnisse zum Erleben und Verarbeiten ungewollter Schwangerschaften, zu den psychosozialen Beratungs- und Unterstützungsangeboten sowie zur medizinischen Versorgungssituation soll eine Studie mit dem Titel „Erfahrungen und Lebenslagen ungewollt Schwangerer – Angebote der Beratung und Versorgung (Elsa)“ in Auftrag gegeben vom BMG bis Herbst 2023 liefern, vgl. <https://elsa-studie.de/> (zuletzt 27.12.2022).

²² Statistisches Bundesamt, *Anzahl der Schwangerschaftsabbrüche in Deutschland nach rechtlicher Begründung, Dauer der Schwangerschaft und vorangegangenen Lebendgeborenen im Zeitvergleich ab 2012*, Stand 24. März 2021; siehe zu den pandemiebedingten Schwankungen Statistisches Bundesamt, *Anzahl der Schwangerschaftsabbrüche in Deutschland im 2. Quartal 2021 insgesamt nach verschiedenen Merkmalen, Anteilen und Veränderung zum Vorjahr*, Stand 28. September 2021.

²³ Statistisches Bundesamt, *Anzahl der Schwangerschaftsabbrüche in Deutschland nach rechtlicher Begründung, Dauer der Schwangerschaft und vorangegangenen Lebendgeborenen im Zeitvergleich ab 2012*, Stand 24. März 2021.

nach der sog. Beratungsregelung – also in 96 Prozent der Fälle – grundsätzlich selbst zu tragen.²⁴ Anders ist dies bei den nach wie vor bestehenden gesetzlichen Indikationen für einen Schwangerschaftsabbruch, wenn also medizinische Gründe bestehen (§ 218a Abs. 2 StGB) oder die Schwangerschaft auf eine Sexualstraftat zurückgeht (§ 218a Abs. 3 StGB). Die Kriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs hat daneben folgenschwere praktische Auswirkungen für ungewollt Schwangere.²⁵ So gibt es Hinweise auf eine sich in den letzten Jahren abzeichnende verschlechternde Gesundheitsversorgungslage in Deutschland mit zum Teil erheblichen regionalen Versorgungslücken.²⁶

²⁴ Je nach gewählter Methode – operativ oder medikamentös – betragen die Kosten etwa zwischen 350 und 600 Euro, vgl. <https://www.familienplanung.de/schwangerschaftskonflikt/schwangerschaftsabbruch/die-kosten-eines-schwangerschaftsabbruchs/#c65076> (zuletzt 27.12.2022). Einen Anspruch auf Kostenübernahme haben ungewollt schwangere Personen im Transferleistungsbezug (vgl. § 19 Abs. 1, 3 SchKG). Bei geringem Einkommen können Betroffene vor dem Eingriff einen Antrag auf Kostenübernahme stellen. Die Einkommensgrenze liegt derzeit bei monatlich 1.325 Euro und erhöht sich bei bereits vorhandenen Kindern (vgl. § 19 Abs. 2 SchKG, Stand Juli 2022).

²⁵ Siehe weiterführend WHO, Abortion care guideline, 2022, 21 ff.

²⁶ Die Datenlage zur tatsächlichen Versorgungslage ist bisher allerdings äußerst lückenhaft, vgl. dazu die Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage in BT-Drs. 19/16988, 2 f.: „Die Anzahl der Einrichtungen, die einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen, liegt der Bundesregierung nicht vor. Gemäß § 18 Absatz 1 Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG) wird eine Anzahl von Meldestellen erhoben, bei denen ein Schwangerschaftsabbruch durchgeführt wurde. Diese Zahl lässt allerdings nur bedingt Rückschlüsse auf die Zahl der Einrichtungen zu, da z. B. zentrale ambulante OP-Praxen für mehrere Arztpraxen mitmelden. Die Gesamtzahl der Meldestellen in Deutschland ist für den Zeitraum der letzten zehn Jahre nicht verfügbar. [...] Die Zahl der Meldestellen wurde bislang nicht regionalisiert, d. h. Angaben für die Länder sind – wie beigefügt – nur aktuell möglich. [...] Eine tiefere Darstellung nach Kliniken und Arztpraxen ist nicht verfügbar.“ Notwendige neue belastbare Daten zur medizinischen Versorgungssituation soll die bereits erwähnte Studie mit dem Titel „Erfahrungen und Lebenslagen ungewollt Schwangerer – Angebote der Beratung und Versorgung (Elsa)“ in Auftrag gegeben vom BMG bis Herbst 2023 liefern, vgl. <https://elsa-studie.de> (zuletzt 27.12.2022). Die mediale Berichterstattung verweist auf folgende vorläufige Erkenntnisse: Nach einer Berechnung des Statistischen Bundesamtes für das ARD-Politikmagazin Kontraste sei jedenfalls die Anzahl der Meldestellen seit 2003 bis 2018 um 40 Prozent zurückgegangen – von 2.000 auf 1.200 Stellen (zuletzt 23.8.2018, online nicht mehr verfügbar); diese Situation hat sich offenbar weiterhin verschärft, vgl. etwa Deutschlandfunk, Schwangerschaftsabbrüche in Deutschland. Warum immer weniger Ärzte Abtreibungen durchführen, 29.7.2021, <https://www.deutschlandfunk.de/schwangerschaftsabbrueche-in-deutschland-warum-immer-100.html> (zuletzt 27.12.2022) oder Tagesschau, Schwangerschaftsabbruch, 100 Kilometer bis zur nächsten Arztpraxis, 24.6.2022, <https://www.tagesschau.de/inland/schwangerschaftsabbruch-aerzte-101.html> (zuletzt 27.12.2022).

Umgekehrt bleibt der Eintritt einer Schwangerschaft nicht selten unfreiwillig aus. Ungewollte Kinderlosigkeit gehört seit jeher zur sozialen Gemeinschaft.²⁷ Sie bleibt auch weiterhin bestehen – trotz der hierzulande begrenzt zugelassenen Möglichkeiten reproduktionsmedizinischer Verfahren und aller physischen, emotionalen, finanziellen und zeitlichen Belastungen, die Menschen hierfür auf sich nehmen und die empirisch betrachtet gegenwärtig noch deutlich unterschätzt werden.²⁸ Es gibt inzwischen eine Vielzahl an möglichen und hierzulande erlaubten medizinischen Methoden. Hierzu zählen Medikamente zur Hormonkorrektur bei Frauen (etwa der Schilddrüse), eine hormonelle Stimulation der Eierstöcke, ein vorsorgliches Konservieren/Einfrieren von Eizellen beziehungsweise Samenzellen aus medizinischen Gründen (etwa im Rahmen einer Krebsbehandlung) oder ohne medizinische Gründe, eine sog. Samenspende eines Dritten, die privat mithilfe der sog. Bechermethode oder ärztlich assistiert von einer offiziellen Samenspenderbank erfolgen kann, eine Insemination (Sperma wird direkt in die Gebärmutter eingeführt), eine intrazytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI: mithilfe einer hauchdünnen Spritze wird ein einzelnes Spermium in eine Eizelle eingeführt, danach wird die befruchtete Eizelle der Frau eingesetzt) oder eine In-Vitro-Fertilisation (Zusammenbringen von Eizelle und Sperma außerhalb des Körpers in einer Petrischale, wobei das Eindringen des Spermiums in die Eizelle dem Zufall überlassen wird, danach wird die befruchtete Eizelle der Frau eingesetzt).²⁹ Daneben gibt es in engen Grenzen die Möglichkeit eines straffreien Embryonentransfers (konservierter Embryo eines anderen Paares).³⁰ Dagegen sind jede Form der Eizelltransplantation von Eizellen Dritter (sog. Eizellspende), auch die sog. reziproke Befruchtung mit der Eizelle einer lesbischen Partnerin (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG) wie auch jede Variante der „Leihmutterchaft“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG; siehe auch §§ 13a, b, c, d AdVerMiG) in Deutschland einfachgesetzlich verboten. In Deutschland nicht strafbar machen sich allerdings die Eizellspenderin, die Frau, auf die die Eizelle übertragen werden würde, sowie Leihmutter und intendierte Eltern (§ 1 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 2 ESchG; siehe auch § 14 b AdVerMiG). Empirisch erforscht ist, dass einem großen Teil

²⁷ Statisches Bundesamt, Datenreport 2021 – Kapitel 2: Familie, Lebensformen und Kinder, 75.

²⁸ Gegenwärtig, wie bereits in der Vorgängeruntersuchung im Auftrag des BMFSFJ aus dem Jahr 2013, unterschätzen weiterhin 60 Prozent der Befragten die Belastungen im Vorhinein, BMFSFJ (Hrsg.), Ungewollte Kinderlosigkeit 2020, 2020, 117 ff., siehe auch 120 ff.

²⁹ BMFSFJ (Hrsg.), Ungewollte Kinderlosigkeit 2020, 2020, 102.

³⁰ Vgl. OLG Bayern, Urteil vom 4. November 2020 – 206 StRR 1459 – 1461/19 –, juris Rn. 24 ff., Rn. 69 ff. m. w. N. zum Meinungsstand, wonach die Übertragung bereits imprägnierter Eizellen, die das Entwicklungsstadium eines Embryos noch nicht erreicht haben (sog. Vorkernstadium), gerade strafbar ist (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG), die Übertragung einer befruchteten Eizelle dagegen straffrei, Rn. 65–68.

ungewollt kinderloser Frauen und Männer milieuübergreifend viele der zugelassenen medizinischen Behandlungsmöglichkeiten dem Namen nach nicht bekannt sind.³¹ Erforscht ist zudem, dass Bekanntheit und Nutzung dieser Verfahren erheblich auseinanderfallen, die Inanspruchnahme zudem je nach Milieu variiert, und dass gegenwärtig ein großer Teil ungewollt kinderloser Personen je nach Alter vor allem Verfahren der sog. Alternativmedizin oder Naturheilmaßnahmen in Anspruch nehmen.³² Die Geburtenrate nach reproduktionsmedizinischen Behandlungen, also die Wahrscheinlichkeit, ein Kind zu bekommen, wird vom Deutschen IVF-Register gegenwärtig mit 23,5 Prozent angegeben.³³ Reproduktionsmedizinische Verfahren können damit die Chance einer erfolgreichen Schwangerschaft zwar erhöhen, sind jedoch für die Menschen, die dieses Angebot in Anspruch nehmen, dennoch „allenfalls ein Versprechen auf die Zukunft“³⁴. Ebenso wenig ist der Eintritt einer Schwangerschaft allerdings auch beim ungeschützten Geschlechtsverkehr garantiert. Die weit verbreitete alltagswissenschaftliche Annahme einer eigenen uneingeschränkten Fruchtbarkeit ist insofern verzerrend, als dass der biologische Befruchtungsakt stets den Gesetzen des Zufalls unterliegt und es – nicht nur altersbedingte – eingeschränkte Fertilität bzw. Infertilität aus unterschiedlichen Gründen mit nicht stets aufzuklärenden Ursachen schon immer gab und vermutlich auch weiterhin geben wird.³⁵

³¹ Zu ausdifferenzierten Zahlen BMFSFJ (Hrsg.), *Ungewollte Kinderlosigkeit 2020*, 2020, 102 ff.

³² BMFSFJ (Hrsg.), *Ungewollte Kinderlosigkeit 2020*, 2020, 108 ff., 110 ff.

³³ *Deutsches IVF-Register*, Jahrbuch 2019, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie, 2020; 17 (5), 1–59 (8) (Nachdruck). Die Bundesregierung führt zu diesen Fragen keine amtlichen Statistiken. Das Deutsche IVF-Register gibt jährlich eine Auswertung der von den Mitgliedszentren („Kinderwunschzentren“) gemeldeten Behandlungen und Behandlungszyklen heraus. Für das Jahr 2019 wurden demnach 110.786 Behandlungszyklen dokumentiert und aus den Behandlungen des Jahres 2018 wurden wiederum 21.385 Kinder geboren, ebd., 8.

³⁴ *Wiesemann*, *Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen*, 2006, 129.

³⁵ Siehe für eine kulturhistorische Perspektive zum Wissen von der Zeugung, *Bernhard*, *Kinder machen*, 2014, 25–74 und zum „Diktat der Fruchtbarkeit“ im Wandel der Zeit, 436 ff., 440 ff., 442 ff. Zu Ursachen dieses verzerrten Alltagsbildes siehe BMFSFJ (Hrsg.), *Kinderlose Frauen und Männer*, 2014, 17 f., 104 ff., wonach neben weiteren Ursachen als zentraler Grund die ausschließliche Fokussierung der Aufklärungsarbeit auf *Verhütung* genannt wird, was „implizit als ungewollten Nebeneffekt die Botschaft selbstverständlicher Fertilität“ impliziere (S. 107). Siehe dazu auch BMFSFJ (Hrsg.), *Ungewollte Kinderlosigkeit 2020*, 2020, 10: „Auch wenn Frauen und Männer viele Jahre lang vergeblich auf ein erstes Kind hoffen, ist 44 Prozent der Frauen und 55 Prozent der Männer noch nie (!) der Gedanke gekommen, dass es mit einem eigenen Kind auf natürlichem Wege, das heißt ohne eine Kinderwunschbehandlung, möglicherweise nicht klappt.“, siehe für aktuelle Erkenntnisse zu geschlechterasymmetrischer und milieuspezifischer *Stigmatisierung* und *Tabuisierung* von ungewollter Kinderlosigkeit, insb. 97 ff.

So wie Schwangerschaften nur ein bedingt planbares Geschehen darstellen, scheint auch die Geburt als mehrstündiger oder gar mehrtägiger Prozess für die Gebärende und ihre Vertrauensperson im Vorhinein ein wenig vorhersehbares, aber zweifelsfrei einschneidendes Ereignis zu sein. Bestenfalls geschieht eine Geburt mit körperlicher und psychischer Anstrengung, ist mit positiven Erinnerungen besetzt und bringt ein gesundes Kind hervor, im ungünstigsten Fall bleibt eine Geburt mit traumatischen Erfahrungen verbunden. Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) verweist auf zahlreiche mögliche Menschenrechtsverletzungen in der Geburtshilfe, die es dringend überhaupt erst wissenschaftlich aufzudecken und sodann praktisch zu verhindern gilt.³⁶ In Deutschland mangelt es laut einem Bericht aus dem Jahr 2021 bisher an statistischer Datenerhebung zur Verbreitung von Gewalt unter der Geburt und zum Einfluss auf Gesundheit, Wohlbefinden und Entscheidungen der Frauen.³⁷ Im Jahr 2018 übte die Weltgesundheitsorganisation jedenfalls Kritik an der steigenden medizinischen Interventionsrate während der Geburt und hat zu zahlreichen üblichen geburtshilflichen Praktiken evidenzbasierte Empfehlungen erstellt, die Selbstbestimmungsrechte für Frauen besser wahren sollen.³⁸

Reproduktion findet zudem in *sozialen Bezügen* statt, auf die wir nur bedingt Einfluss nehmen können. Personen können unabhängig von ihrer sexuellen Orientierung, ihrer Geschlechtsidentität, ihrem Alter, einer Behinderung oder einer Partnerschaft Kinderwünsche haben oder nicht. Zum Überblick über die gegenwärtigen sozialen Umstände, unter denen Menschen Kinder bekommen oder nicht, gehört auch ein Blick auf die Pluralisierung von Lebens- und Familienformen, womit umschrieben wird, dass Menschen sich zunehmend frei für ein von ihnen bevorzugtes Lebensmodell entscheiden.³⁹ Der Anteil an Lebensmodellen ohne Kinder stieg in den letzten dreißig Jahren kontinuierlich an und

³⁶ Als missbräuchliche Behandlungen werden unter anderem genannt die körperliche Misshandlung, verbale Beleidigung, aufgezwungene oder ohne ausdrückliche Einwilligung vorgenommene medizinische Eingriffe, die Nichteinhaltung der Einholung einer vollumfänglich informierten Einverständniserklärung, Verweigerung der Schmerzbehandlung, grobe Verletzung der Intimsphäre oder die Verweigerung der Aufnahme in medizinische Einrichtungen: WHO, Vermeidung und Beseitigung von Geringschätzung und Misshandlung bei Geburten in geburtshilflichen Einrichtungen, 2015.

³⁷ Vgl. dazu die Antwort der Bundesregierung in BMFSFJ, Neunter Bericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), 44, Zu Ziffer 16. Zu Definition, möglichen Folgen und Ursachen von Gewalt unter der Geburt siehe aber aus soziologischer Perspektive etwa *Mundlos*, Die Hebamme 30 (2017), 312–318; aus Perspektive einer Hebamme etwa *Domanig*, Die Hebamme 30 (2017), 336–345 sowie die Initiative „Gerechte Geburt“: <https://www.gerechte-geburt.de/wissen/gewalt-in-der-geburtshilfe/> (zuletzt 27.12.2022).

³⁸ Vgl. WHO, WHO recommendations: intrapartum care for a positive childbirth experience, 2018.

³⁹ Statistisches Bundesamt, Datenreport 2021 – Kapitel 2: Familie, Lebensformen und Kinder, 51.

liegt derzeit durchschnittlich bei 21 Prozent.⁴⁰ Dieser Durchschnittswert variiert allerdings erheblich nach Region, inklusive urbaner und ländlicher Divergenzen, und ist abhängig vom Bildungsstand, den spezifischen Berufsfeldern und der konkreten beruflichen Stellung.⁴¹ In Thüringen etwa liegt die Kinderlosenquote bei 13 Prozent und in Hamburg bei 31 Prozent.⁴² Zutreffend ist, dass weiterhin die weit überwiegende Anzahl von minderjährigen Kindern bei verheirateten Eltern aufwächst, nämlich 74 Prozent.⁴³ Zur Befundlage gehört auch der Umstand, dass ein Drittel der Ehen geschieden bzw. aufgelöst werden und etwa die Hälfte dieser geschiedenen Ehepaare Kinder unter 18 Jahren hatten.⁴⁴ Empirisch belegt ist auch, dass die Zahl der Ehepaare mit Kind bzw. Kindern kontinuierlich gesunken ist, während die Anzahl der unverheirateten Lebensgemeinschaften mit Kindern zwischen 2009 und 2019 um 34 Prozent gestiegen ist.⁴⁵ Der Anteil der alleinerziehenden Mütter oder Väter liegt in diesem Zeitraum konstant bei 19 Prozent aller Familien.⁴⁶ Lebensgemeinschaften mit Kindern machen 12 Prozent aller Familien aus.⁴⁷ Derzeit leben nach einer Erhebung des Statistischen Bundesamts 15.000 gleichgeschlechtliche Paare

⁴⁰ Statistisches Bundesamt, Datenreport 2021 – Kapitel 2: Familie, Lebensformen und Kinder, 76 Abbildung 1, 77 Abbildung 2.

⁴¹ Siehe zum Ganzen Statistisches Bundesamt, Datenreport 2021 – Kapitel 2: Familie, Lebensformen und Kinder, 75–78.

⁴² Statistisches Bundesamt, Datenreport 2021 – Kapitel 2: Familie, Lebensformen und Kinder, 77, Abbildung 2.

⁴³ Statistisches Bundesamt, Datenreport 2021 – Kapitel 2: Familie, Lebensformen und Kinder, 61. Differenziert man bei den Familienformen nach dem Migrationsstatus macht das ehebasierte Familienmodell bei Personen mit Migrationshintergrund 79 Prozent aller Familien aus, ohne Migrationshintergrund liegt der Anteil bei 65 Prozent, ebd., 58, Abbildung 8.

⁴⁴ Statistisches Bundesamt, Datenreport 2021 – Kapitel 2: Familie, Lebensformen und Kinder, 57 f. Das Bundesamt prognostiziert, dass nach den derzeitigen Scheidungsverhältnissen etwa 32% aller in einem Jahr geschlossenen Ehen im Lauf der nächsten 25 Jahre wieder geschieden werden, ebd.

⁴⁵ Statistisches Bundesamt, Datenreport 2021 – Kapitel 2: Familie, Lebensformen und Kinder, 59.

⁴⁶ Statistisches Bundesamt, Datenreport 2021 – Kapitel 2: Familie, Lebensformen und Kinder, 59. Zur Definition, ebd., 54: „Zu den alleinerziehenden Elternteilen zählen im Mikrozensus alle Mütter und Väter, die ohne Ehe oder Lebenspartnerin beziehungsweise -partner mit ledigen Kindern im Haushalt zusammenleben. Unerheblich ist dabei, wer im juristischen Sinn für das Kind sorgeberechtigt ist. Im Vordergrund steht der aktuelle und alltägliche Lebens und Haushaltszusammenhang.“

⁴⁷ Statistisches Bundesamt, Datenreport 2021 – Kapitel 2: Familie, Lebensformen und Kinder, 59. Zum Begriff: „Lebensgemeinschaften sind gemischtgeschlechtliche und gleichgeschlechtliche Paare, die unverheiratet zusammenleben.“ (S. 52, Abbildung 1).

mit Kind(ern) zusammen, 89 Prozent davon leben bei Frauenpaaren.⁴⁸ Damit leben jedenfalls nach dieser Erhebung gegenwärtig 22.000 Kinder mit einem gleichgeschlechtlichen Elternpaar zusammen.⁴⁹

Zwar kann Elternschaft damit faktisch vielfältig organisiert werden, wenn auch das gegenwärtige einfache Recht diese Vielfalt eher weniger abbildet.⁵⁰ Das *Schwangerwerden* kann jedoch nur bis zu einem gewissen Punkt ausgehandelt werden und kann trotz der Möglichkeit der Kryokonservierung von Eizellen nur bedingt auf einen späteren Zeitpunkt aufgeschoben werden. Bisher jedenfalls lässt sich das Schwangersein auch nicht geschlechterunabhängig zwischen Frauen und Männern aufteilen, was sich sinnbildlich mit dem Begriff der „reproduktiven Differenz“ beschreiben lässt.⁵¹ Zudem sind wir bei Fragen rund um die menschliche Fortpflanzung den sozialen Einflüssen unseres Umfelds ausgesetzt, weshalb unsere Wahrnehmungen, Einstellungen und Handlungsweisen zu Kinderwunsch oder Kinderlosigkeit in verschiedenen Altersstufen, Lebensphasen und Milieus unterschiedlich sind und entscheidend von gesellschaftlichen Erwartungen und Rollenbildern geprägt werden.⁵² Sozialwissenschaftlich erforscht ist insofern, dass Frauen nicht nur ein engeres biologisches Fertilitätsfenster als Männer haben, sondern zugleich „soziokulturell stärker und im Lebenslauf länger (als Männer in Bezug auf Vaterschaft) mit der Erwartung und Norm konfrontiert“ sind, „eine Frau habe irgendwann Mutter zu sein, sonst fehle ihr etwas Substanzielles“.⁵³ Ein Kinderwunsch kann als intensiv und existentiell empfunden werden, ein nicht zu realisierender Kinderwunsch kann schmerzhaft sein und eine ungestillte Sehnsucht bleiben.⁵⁴ Bei manchen führt dieser Umstand sowie unhinterfragte weit verbreitete Alltagsannahmen – und damit unzureichendes Wissen zu Möglichkeiten und Grenzen

⁴⁸ Statisches Bundesamt, Datenreport 2021 – Kapitel 2: Familie, Lebensformen und Kinder, 54. Seit 2009 hat sich die Anzahl gleichgeschlechtlicher Partnerschaften mit einem Anstieg von 125 Prozent mehr als verdoppelt, sie machen in absoluten Zahlen gleichwohl (bisher noch) einen geringen Anteil aus (2019: 142.000 Paare).

⁴⁹ Statisches Bundesamt, Datenreport 2021 – Kapitel 2: Familie, Lebensformen und Kinder, 54.

⁵⁰ Zu verfassungsrechtlichen Fragen der vielfältigen Elternschafts- und Familienmodellen zwischen Recht und Realitäten siehe *Klein* in: Rendtorff/Mahs/Warmuth (Hrsg.), *Geschlechterverwirrungen*, 2020, 229–236; vgl. auch *Richarz*, RdJB 2019, 53–75 (61 ff., 65); monographisch dazu: *Reuß*, *Theorie eines Elternschaftsrechts*, 2018, insb. 192 ff., 285 f.; *Sanders*, *Mehrelternschaft*, 2018, insb. 144 ff., 147 ff., 197 ff., 228 ff., 263 ff., 272 ff., 311 ff., 359 ff.

⁵¹ *Schrupp*, *Schwangerwerdenkönnen*, 2019, 39 f.

⁵² Zu näheren sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen siehe BMFSFJ (Hrsg.), *Kinderlose Frauen und Männer*, 2014, insb. 157 ff., siehe auch 10 ff., 53 ff., 82 ff., *passim*. Siehe auch BMFSFJ (Hrsg.), *Ungewollte Kinderlosigkeit* 2020, 2020, insb. 73 ff., 84 ff., 97 ff., *passim*.

⁵³ BMFSFJ (Hrsg.), *Kinderlose Frauen und Männer*, 2014, 161.

⁵⁴ Diese Erfahrungen schildert eindrücklich, tiefgründig und einfühlsam *Hyatt*, *Ungestillte Sehnsucht*, 3. Auflage, 2017.

der Realisierung von Kinderwünschen – zu verzerrten Selbstbildern, enormen Selbstansprüchen und zerbrochenen Hoffnungen.⁵⁵ Andere Personen stellen im Laufe ihres Lebens ihre Elternschaft in Frage.⁵⁶ Wiederum andere zeigen gesellschaftliche Normvorstellungen auf, wenn ihr Kinderwunsch oder ihre Elternschaft zu Irritationen führt, weil sie etwa sehr jung oder in höherem Alter Kinder bekommen, weil zu ihrem Person-Sein eine Transidentität oder eine Behinderung gehört.⁵⁷ Besonders ein Teil der Jüngeren in unserer Gesellschaft sieht sich bei der Frage des Kinderbekommens Ängsten ausgesetzt, die sich auf die Zukunft dieses Planeten und die damit einhergehende politische Weltlage beziehen.⁵⁸ Wenngleich man Forderungen nach individuellem Kinderverzicht

⁵⁵ Besonders tragisch und berührend vermittelt diese Erkenntnis die Schauspielerin Caroline Peters in der Inszenierung „Yerma“ von Simon Stone, Premiere an der Schaubühne Berlin, 27. Juli 2021. Siehe zu Erkenntnissen aus der empirischen Forschung: BMFSFJ (Hrsg.), *Kinderlose Frauen und Männer*, 2014, 106 f., wonach die „Tabuisierung des Unfruchtbarkeitsverdachts“ ein weit verbreitetes Phänomen ist. „Die feste Überzeugung von der eigenen Fruchtbarkeit auch gegen die Alltagsevidenz ist eine Ursache für das biografische Aufschieben des Kinderwunsches, die Distanz gegenüber einer Kinderwunschbehandlung sowie des letztlich hohen Anteils ungewollt Kinderloser“ (S. 107). Siehe zudem die Ergebnisse der Anschlussuntersuchung BMFSFJ (Hrsg.), *Ungewollte Kinderlosigkeit 2020*, 2020.

⁵⁶ Die Soziologin *Donath*, *Regretting Motherhood*, 2016, brach mit ihren Befragungen von anderen Frauen, die darüber berichteten, ihre Mutterschaft zu bereuen, aber, der Hinweis scheint wichtig, ihre Kinder dennoch lieben, ein gesellschaftliches Tabu, vgl. zu dieser Debatte *Büchler/Bleisch*, *Kinder wollen*, 2020, 67 f.

⁵⁷ Auf diese Perspektiven machen etwa die Beiträge von *Zinsmeister*, *Pixa-Kettner/Rischer* und *Krumm* in diesem Sammelband aufmerksam: Clausen/Herrath (Hrsg.), *Sexualität leben ohne Behinderung*, 2013 sowie die geschilderten Erfahrungswelten in: Tretau (Hrsg.), *Nicht nur Mütter waren schwanger*, 2018.

⁵⁸ Die Debatte über Kinderverzicht trotz Kinderwunsch als individuelle Verantwortungsübernahme für die Klimakrise erfuhr durch die britische Sängerin Blythe Pepino zunächst in den sozialen Medien Aufmerksamkeit (Motto #Birthstrike), siehe dazu die ARTE-Reportage *BirthStrike – Kinderlos dem Klima zuliebe?*, 2020, abrufbar unter: <https://www.youtube.com/watch?v=6HY0JX3Z3s> (zuletzt 27.12.2022). Siehe zu diesem Thema auch etwa Deutschlandfunk, *Kinder, Klima, Katastrophen. Ist die Menschheit noch zu rechtfertigen?*, 2.12.2020, abrufbar unter: https://www.deutschlandfunk.de/kinder-klima-katastrophen-ist-die-menschheit-noch-zu.2540.de.html?dram:article_id=487341 (zuletzt 27.12.2022). Zur Gegenposition aus klimaschutzwissenschaftlicher Perspektive siehe Deutschlandfunk, *Adolf Klocke-Lesch im Gespräch mit Georg Ehring, Experte über Klimawandel und Bevölkerungswachstum. Entscheidend ist tatsächlich der Lebensstil*, 7.8.2019: https://www.deutschlandfunk.de/experte-ueber-klimawandel-und-bevoelkerungswachstum.697.de.html?dram:article_id=455725 (zuletzt 27.12.2022). Antinatalistische Positionen sind allerdings kein neues Phänomen. Die philosophische Debatte weist eine Tradition moralischer antinatalistischer Positionen auf, nach denen es prinzipiell unverantwortlich sei, Menschen eine Existenz mit Leid aufzuzwingen, siehe dazu den Überblick bei *Büchler/Bleisch*, *Kinder wollen*, 2020, 85 ff. m. w. N. („Existenz als Zumutung“). Siehe bei *Büchler/Bleisch*,

als Ausdruck des Protests durchaus kritisch gegenüberstehen und ihm argumentativ entgegentreten kann, dürften die zugrundeliegenden Befürchtungen nicht mehr ganz leicht von der Hand zu weisen sein.⁵⁹

Auf einer abstrakteren Ebene erscheint die *Entscheidung für* und genauso die Entscheidung *gegen Kinder* überdimensional weitreichend. Zunächst müssen sich die meisten Menschen im Laufe ihres Lebens zur Möglichkeit, Kinder zu zeugen, zwangsläufig verhalten, jedenfalls sobald und sofern sie sexuell aktiv sind und dabei heterosexuelle Präferenzen verfolgen: Sie können dann entweder Vorsorgemaßnahmen treffen, um keine Kinder zu zeugen, oder die Verhütung unterlassen und sich so auf die Möglichkeit von Nachwuchs einstellen oder diese Möglichkeit jedenfalls in Kauf nehmen.⁶⁰ Da wir unser sich wandelndes Selbst nur bedingt antizipieren können, sind wir zu dem Zeitpunkt des Entscheidens in der Regel jedoch nicht wirklich im Stande zu beurteilen, ob und wie wir der Verantwortung einer Elternrolle gewachsen sind und ob wir das Elternsein oder ein kinderfreies Leben im Laufe unseres Lebens anzweifeln werden.⁶¹ Zudem kommt der Entscheidung für oder gegen leibliche Kinder deshalb eine zentrale Bedeutung zu, weil sie ab einem gewissen Zeitpunkt irreversibel ist. Sofern sich der Wunsch, Kinder zu bekommen, realisieren lässt, handelt es sich auch dann um ein „existentielles Abenteuer“, ein „Wagnis“, das daraus besteht, sich auf etwas Unkündbares einzulassen, ohne vorher zu wissen, auf was man sich einlässt.⁶²

Bei Reproduktion handelt es sich damit heute, so könnte man vielleicht sagen, bedingt durch die Vielfalt verfügbarer Optionen und der medizinischen Entwicklungen bei Schwangerschaft und Geburt, um einen Lebensbereich, bei dem die meisten *glauben*, vieles kontrollieren zu können, und bei dem wir evi-

sch, Kinder wollen, 2020, 87 ff. auch die philosophische Debatte zur „Elternschaft mit Lizenz?“ mit von dieser Arbeit geteilter überzeugender kritischer Einordnung (S. 88 f.). Gegenwärtige antinatalistische Positionen werden mit unterschiedlicher Zielsetzung im umweltpolitischen, völkisch-nationalistischen sowie feministisch-klimaaktivistischen Milieu vertreten, siehe hierzu aus soziologischer Perspektive *Schultz* in: *Kitchen Politics* (Hrsg.): *Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit*, 2021, 97–123 (insb. 108–113 m. w. N.).

⁵⁹ Grundlegend BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18 –, juris Rn. 194, 220–229, 245 ff., insb. 247 f., *passim*. Siehe für eine Auseinandersetzung von „Kinderwunsch und Klimadebatte“ *Büchler/Bleisch*, *Kinder wollen*, 2020, 77–84, insb. 80 ff.

⁶⁰ *Büchler/Bleisch*, *Kinder wollen*, 2020, 74.

⁶¹ *Büchler/Bleisch*, *Kinder wollen*, 2020, 75; siehe auch *Wiesemann*, *Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen*, 2006, 129. Siehe zu diesen und weiteren philosophischen Überlegungen Deutschlandfunk, *Sein und Streit im Gespräch mit Barbara Bleisch und Catherine Newmark, Philosophie der Geburt. Wie das Neue auf das Alte wirkt*, 3.1.2021, https://www.deutschlandfunkkultur.de/philosophie-der-geburt-wie-das-neue-auf-das-alte-wirkt.2162.de.html?dram:article_id=490115 (zuletzt 27.12.2022).

⁶² *Büchler/Bleisch*, *Kinder wollen*, 2020, 71, 75 f.

denzbasiert *wissen*, dass das nur in Grenzen möglich ist. Jedoch wäre es geradezu verfehlt, aus der Einsicht dieser Unwägbarkeiten, die mit den Fragen rund um Zeugung, das Schwangerwerden und -sein und das Gebären einhergehen, zu einem fatalistischen Schluss zu kommen und reproduktive Wahlfreiheiten des Individuums als solche in Frage zu stellen oder sie gar an ein Kollektiv zu delegieren. Es handelt sich bei diesen Freiheiten um grund- und menschenrechtlich verbriefte Rechte der einzelnen Person darüber zu entscheiden, ob, wann, wie oft und mit wem sie sich fortpflanzen möchte oder nicht. Kollektive Vorgaben einer Bevölkerungsreproduktion oder -reduktion, so werde ich eingehend ausführen, sind damit eher schwer zu vereinbaren. In einer pluralistischen Gesellschaft ist es dementsprechend auf *individueller* Ebene jeder Person selbst überlassen, welche Gründe der Entscheidung für oder gegen leibliche Kinder zugrunde liegen. Die Motivationslagen sind dabei unterschiedlich.⁶³ Gründe für Kinder können etwa eine kulturell oder religiös geprägte Vorstellung eines guten Lebens sein, oder die Hoffnung, Kinder bereicherten die eigene Identität und verliehen einen größeren Lebenssinn. Umgekehrt kann Motivation für die Entscheidung gegen Kinder sein, sich Freiräume zu bewahren oder die reale Sorge, die eigene finanzielle Situation, berufliche Anforderungen an Mobilität und Flexibilität, äußere Infrastrukturen oder partnerschaftliche Umstände ließen eine Realisierung des Kinderwunsches nicht oder vorübergehend nicht zu. Empirisch belegt gibt es eine Vielfalt von Haltungen zum Kinderwunsch und zu gewollter wie ungewollter Kinderlosigkeit, die geschlechter-, milieu- und lebenslaufdifferenziert zu betrachten sind.⁶⁴ Erforscht ist, dass gesellschaftliche und politische Rahmenbedingungen, ob und zu welchem Zeitpunkt ein Kinderwunsch realisiert werden kann, will und soll, eine zentrale Rolle spielen.⁶⁵ Bei einer großen Anzahl von Menschen mögen reproduktive Wünsche und Entscheidungen reibungslos realisierbar sein, andere mögen unerwartet, wiederum andere ungewollt zu Kindern kommen und in allen Altersgruppen, Lebensphasen und Milieus gehört auch gewollte und ungewollte Kinderlosigkeit zur weit verbreiteten Normalität.⁶⁶ Dementsprechend

⁶³ Statt vieler *Baer*, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), 290–354 (318 Fn. 118); *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, 107–147 (122); *Büchler/Bleisch*, Kinder wollen, 2020, 63 ff., 71 ff.

⁶⁴ Siehe die aufschlussreiche Untersuchung und geschlechter-, milieu- und lebenslaufdifferenzierte Daten zu gewollter und ungewollter Kinderlosigkeit BMFSFJ (Hrsg.), *Kinderlose Frauen und Männer*, 2014. Siehe ebenso die Anschlussstudie, jedoch bedauerlicherweise mit einem verengten Blick der Fragestellung BMFSFJ (Hrsg.), *Ungewollte Kinderlosigkeit 2020*, 89 ff., *passim*.

⁶⁵ BMFSFJ (Hrsg.), *Kinderlose Frauen und Männer*, 2014, 10 ff.

⁶⁶ BMFSFJ (Hrsg.), *Kinderlose Frauen und Männer*, 2014, 10: Im Jahr 2014 waren nach dieser Studie 75 % aller kinderlosen Frauen und Männer im Alter zwischen 20 und 50 Jahren *gewollt* kinderlos und wollten momentan kein Kind, 25 % waren demnach ungewollt kinderlos, d. h. sie wollten (teilweise schon seit vielen Jahren) ein Kind, konnten sich diesen

sollte das Recht den Individuen zunächst einen Raum für Wahlfreiheit gewähren, einen Strauß an lebhaften Optionen eröffnen, in dem die Bandbreite an Wertüberzeugungen und persönlichen Haltungen rund um Reproduktion Platz findet.

Im gegenwärtigen Zeitalter und für die Zukunft dieses dynamischen Lebensbereichs erscheint es mir zentral, die *Belange des Individuums* und seine reproduktiven Entscheidungsfreiheiten ins Zentrum des Rechts zu rücken. Denn zentrale Aufgabe des Rechts ist es in diesem Lebensbereich, individuelle Freiheitsräume des Einzelnen zu sichern und dabei in sich konsistente Wertentscheidungen zu treffen.⁶⁷ Dabei stellen die genannten Unwägbarkeiten und Ungewissheiten, die mit dem Lebensbereich der Fortpflanzung verbunden sind, in einer Welt, die heute und besonders für nachwachsende Generationen Kontrollierbarkeit suggeriert und medizinische Machbarkeit verspricht, nicht nur einen wichtigen Hinweis dar, sondern bedeuten eine andauernde Herausforderung, der sich Individuen unweigerlich stellen. Dieser Umstand ist im Recht und besonders in der medizinischen und weiteren Beratungspraxis zu berücksichtigen. Es gilt damit Orientierung zu bieten, nicht im Sinne einer vorgegebenen Empfehlung einer reproduktiven Entscheidung, sondern im Sinne von Transparenz über Für und Wider, über Chancen, Risiken und Grenzen von Wahlfreiheiten, sodass Menschen selbst eine von ihnen reflektierte und verantwortete Entscheidung treffen können.⁶⁸ Aus der Sozialforschung ist bekannt, dass das gegenwärtige Zusammentreffen von gesteigertem Erfolgsdruck bei der Familienplanung und dem Anspruch zur mentalen Entspannung ein paradoxes Spannungsverhältnis erzeugen.⁶⁹

Wunsch aber bislang noch nicht erfüllen (z. B., weil ein passender Partner fehlte oder aufgrund von Fertilitätsproblemen). Für eine Perspektive zu gewollter Kinderlosigkeit und gesellschaftlichen Erwartungshaltungen an Frauen siehe *Diehl*, *Die Uhr, die nicht tickt*, 2018. Siehe auch die Ergebnisse aktueller Forschung BMFSFJ (Hrsg.), *Ungewollte Kinderlosigkeit 2020*, 2020, 37 ff., wonach der Anteil ungewollt kinderloser Frauen und Männer im Alter zwischen 20 und 50 Jahren zwischen 2013 und 2020 erheblich gestiegen ist, von 25 auf 32 Prozent. 67,7 Prozent der Frauen und 67,9 Prozent der Männer wollen demnach derzeit kein Kind, hingegen haben gegenwärtig 32,3 Prozent der Frauen und 32,1 Prozent der Männer einen bisher unerfüllten Kinderwunsch. Bei Frauen ist der Anteil ungewollter Kinderlosigkeit im Vergleich der früheren Studie um sechs Prozentpunkte, bei Männern um acht Prozentpunkte gestiegen.

⁶⁷ *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (222).

⁶⁸ BMFSFJ (Hrsg.), *Ungewollte Kinderlosigkeit 2020*, 2020, 128.

⁶⁹ Siehe dazu BMFSFJ (Hrsg.), *Ungewollte Kinderlosigkeit 2020*, 2020, 20 f.: „Durch die wachsende Fokussierung auf das richtige Timing für den Geschlechtsverkehr, durch wiederholte Schwangerschaftstests, durch die Recherche zur Beförderung einer Schwangerschaft, den Einsatz einzelner Maßnahmen, nach denen sich bisher kein Erfolg eingestellt hat, werden immer mehr und intensivere Anstrengungen notwendig, endlich schwanger zu wer-

III. Konzeption der Arbeit

Die Arbeit begann mit einem Überblick über die sozialen Umstände, unter denen Menschen gegenwärtig reproduktive Entscheidungen treffen (Kapitel 1, II.). Im folgenden Kapitel setzt sich die Arbeit mit Konzepten zu reproduktiver Gesundheit, reproduktiver Selbstbestimmung und reproduktiver Gerechtigkeit und ihren Kontroversen auseinander (Kapitel 2, I.). Sodann unterbreite ich den Begriffsvorschlag der reproduktiven Freiheiten (Kapitel 2, II.). Den Begriff der reproduktiven Freiheiten versteht diese Arbeit als Einordnungs- und Kritikmaßstab, um den Verfassungsrechtsdiskurs, bestehend aus bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung (Kapitel 3) und Literatur (Kapitel 4), systematisch und reflexiv zu rekonstruieren. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind systembedingt punktuell, verraten jedoch in ihrer Zusammenschau einiges darüber, wie das Bundesverfassungsgericht bisher reproduktive Freiheiten verhandelt hat und verhandelt (Kapitel 3, VI.). Die verfassungsrechtliche Literatur fokussiert sich derzeit vor allem auf wichtige Detailfragen zur Regulierung reproduktionsmedizinischer Verfahren, ohne sich jedoch über eine Konzeptualisierung reproduktiver Freiheiten zu verständigen (Kapitel 4, X.). Aufgrund der fragmentarischen Darstellung einzelner reproduktiver Belange werden zwischen den verschiedenen Entscheidungsfreiheiten im Bereich der Zeugung, während der Schwangerschaft und der Geburt häufig noch keine Verbindungslinien in der Verfassungsrechtswissenschaft gezogen. Anders geschieht dies im internationalen Menschenrechtsdiskurs. Dort erstrecken sich reproduktive Entscheidungen auf den gesamten Lebensbereich von der Zeugung über Schwangerschaft hin zur Geburt. Die internationalen Bezüge reproduktiver Freiheiten dienen deshalb zum einen als Orientierungspunkt (Kapitel 2, I. 2.), um den derzeitigen deutschen Rechtsdiskurs einzuordnen. Zum anderen wirft der internationale Diskurs um reproduktive Rechte (Kapitel 5) die Frage auf, ob das internationale Recht im deutschen Verfassungsrecht rezipiert wird (Kapitel 3, VI., Kapitel 4, X.) und wie es weiter berücksichtigt werden kann. Ziel der Arbeit ist es deshalb in einem letzten Schritt, eine lebensweltlich orientierte menschenrechtsbasierte grundrechtliche Konturierung reproduktiver Freiheiten zu skizzieren, um auf diese Weise die disziplinübergreifenden Erkenntnisse (Kapitel 1, II.) und die internationalen Garantien (Kapitel 5) bei der Verfassungsinterpretation zu berücksichtigen (Kapitel 6). Die Arbeit

den. Insofern stehen praktische und psychische Maßnahmen zur Schwangerschaftsbeförderung, und psychische Anstrengungen zur Entspannung in einem Steigerungsverhältnis“; ebd., 22: „Die Gleichzeitigkeit der Sehnsucht nach einem Kind; die Partnerschaft mit dem Kinderwunsch nicht belasten wollen; den Partner und sich selbst nicht unter Druck setzen wollen, weil das die Befruchtungschancen mindern könnte – diese Normen geraten mit andauernder Enttäuschung über die ausbleibende Schwangerschaft in Konkurrenz[.]“

schließt mit einer Schlussbetrachtung (Kapitel 7). Nicht Gegenstand dieser Arbeit ist die Frage, ob und wann welche Grundrechte Dritter betroffen sind und welche verfassungsrechtlichen Grenzen den reproduktiven Freiheiten im Einzelnen gesetzt werden können. Es ist unbestritten, dass grundrechtlich geschützte Rechtspositionen Dritter mit den einzelnen Grundrechten, welche die reproduktiven Freiheiten gewährleisten (Kapitel 6), in Abwägung zu bringen sind. Die verfassungsrechtlichen Grenzen reproduktiver Freiheiten müssen jedoch für den jeweiligen Kontext und für Zeugung, Schwangerschaft und Geburt bereichsspezifisch beantwortet werden, was eigene Forschungsprojekte verdient.⁷⁰ Wünschenswert wäre es, wenn die Bedingungen und Grenzen dieses Lebensbereichs im trans- und interdisziplinären Austausch ausgelotet werden, da das Recht bei der Frage menschlicher Fortpflanzung und der Frage nach dem Beginn des Lebens vor die Herausforderung gestellt ist, dem *vielfältigen* Meinungsspektrum in weiteren Disziplinen, wie der Entwicklungsbiologie, Medizin, Medizinethik, Philosophie, Theologie und deren jeweiliger Bandbreite an Ansätzen, Rechnung zu tragen.⁷¹

⁷⁰ Bächler, Reproductive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 17 (a. E.), 18 (a. E.).

⁷¹ Wapler in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.) Autonomie im Recht, 2018, 185–213 (213). Warnend vor der schlichten Übernahme einseitiger Positionen Dreier in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 1 ff., 7 ff., 13 ff., insb. 16, 51, der auf die Gefahr des „Einfallstor[s] des Art. 1 GG] für bestimmte Partikularethiken oder politische Anschauungen“ hinweist, „die dann als allgemeinverbindliche Maxime des positiven Verfassungsrechts ausgegeben werden“ (Rn. 51); kritisch auch Hufen, MedR 2001, 440–451 (445); ebenso Siehr, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?, VVDStRL 78 (2019), 393–440 (416), siehe dort auch für einen prägnanten Überblick zur Vielfalt der verschiedenen religiösen Positionen, ebd., 412 ff.

Kapitel 2

Bisherige Konzepte und Begriffsvorschlag

I. Von Konzepten und Kontroversen

Dass *einzelne* Aspekte reproduktiver Freiheiten von der deutschen Verfassung geschützt sind, ist unbestritten. Wie diese Arbeit allerdings herausarbeiten wird, ist eine umfassende Theoretisierung reproduktiver Freiheiten im deutschen Verfassungsrechtsdiskurs bisher noch wenig erkennbar. Ziel dieses Kapitels ist es, unterschiedliche Verständnisse individualfreiheitsrechtlicher Konzeptionen samt ihren Gemeinsamkeiten herauszuarbeiten und dabei auch Begrifflichkeiten zu klären. Aus diesem Grund werden das Konzept der *reproduktiven Gesundheit* und Rechte aus dem internationalen Recht (1), rechtswissenschaftliche Kontroversen um *reproduktive Autonomie* (2) sowie Forderungen nach *reproduktiver Gerechtigkeit* (3) vorgestellt. In einem weiteren Schritt entwickle ich sodann den Begriff der *reproduktiven Freiheiten* (II.). Wie bereits in der Einführung erwähnt, dient dieser Begriff vor allem als Einordnungs- und Kritikmaßstab, um den Verfassungsrechtsdiskurs systematisch und reflexiv zu rekonstruieren. Der Begriff der reproduktiven Freiheiten ist damit gerade nicht als *ein* Grundrecht zu verstehen.

1. Reproduktive Gesundheit

Das Konzept der reproduktiven Rechte stammt aus dem internationalen Recht (Kapitel 5). Reproduktive Rechte haben primär das Ziel, die *reproduktive Gesundheit* von Individuen abzusichern.

„Reproductive health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity, in all matters relating to the reproductive system and to its functions and processes. Reproductive health therefore implies that people are able to have a satisfying and safe sex life and that they have the capability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so. Implicit in this last condition are the right of men and women to be informed and to have access to safe, effective, affordable and acceptable methods of family planning of their choice, as well as other methods of their choice for regulation of fertility which are not against the law, and the right of access to appropriate

health-care services that will enable women to go safely through pregnancy and childbirth and provide couples with the best chance of having a healthy infant.“¹

Unter reproduktiver Gesundheit wird im internationalen Recht damit ein Zustand uneingeschränkter körperlicher, geistiger und sozialer Wohlbefindens in allen Lebensbereichen der Fortpflanzung verstanden. Darunter wird die Freiheit jeder Person gefasst, selbst darüber zu entscheiden, ob, zu welchem Zeitpunkt und wie viele Kinder sie möchte. *Reproduktion* in diesem Sinne meint damit nicht nur den unmittelbaren Vorgang der Zeugung, sondern den gesamten Lebensbereich, der die Zeugungsfähigkeit als solche, die Entscheidung für oder gegen eine Zeugung sowie Schwangerschaft und Geburt umfasst. Reproduktive Gesundheit wird weiter als Recht aller Paare und Einzelpersonen beschrieben, frei von Diskriminierung, Zwang und Gewalt Entscheidungen in reproduktiven Belangen zu treffen.² Seit Einführung des Konzepts reproduktiver Rechte auf der Internationalen Konferenz über Bevölkerung und Entwicklung in Kairo (1994) hat sich im internationalen Recht ein umfassender Katalog entwickelt, der sich auf unterschiedliche Menschenrechtsverträge stützt, wie etwa die UN-Frauenrechtskonvention (Art. 5, 12, 16), die UN-Behindertenrechtskonvention (Art. 23) und die UN-Menschenrechtspakte (Art. 3, 6, 7, 17, 23, 26 IPbpR, Art. 12 IPwskR). Die entsprechenden UN-Fachausschüsse sowie diverse Instrumente des Europarats prägen das heutige Verständnis reproduktiver Rechte.³ Zu den reproduktiven Rechten im internationalen Menschenrechtsdiskurs zählen demnach (1) die Information und Aufklärung über reproduktive Rechte, (2) der Zugang zu sicheren und erschwinglichen Verhütungsmitteln, (3) eine selbstbestimmte Schwangerschaft, wozu informierte Entscheidungsfindungen bei gynäkologischen Eingriffen zählen wie auch die Möglichkeit, eine Schwangerschaft sicher und legal zu beenden, sowie (4) eine selbstbestimmte Geburt mit sicherer Gesundheitsversorgung vor, während und nach der Geburt. Wie bereits die Definition zeigt und wie später weiter herauszuarbeiten sein wird, betonen die menschenrechtlichen Gewährleistungen die reproduktive *Gesundheit* von Individuen, verweisen jedoch zugleich – und in jüngerer Zeit zunehmend – auf die Verbindung von reproduktiver Gesundheit und *reproduktiver Selbstbestimmung*. Keine Aussage treffen die internationalen Verpflichtungen über reproduktionsmedizinische Verfahren, wie etwa die Verwirklichung eines Kinderwunsches mit Hilfe einer Leihmutter.

¹ UN, Programme of Action of the International Conference on Population and Development, 1994, Ch. VII, Art. 7.2.; UN, Beijing Declaration and Platform for Action, 1995, Annex II, Ch. IV, Art. 94.

² UN, Beijing Declaration and Platform for Action, 1995, Annex II, Ch. IV, Art. 95.

³ Zu den menschenrechtlichen Gewährleistungen bereits *Klein/Wapler*, APuZ 20/2019, 20–26.

2. Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung

Im deutschsprachigen rechtswissenschaftlichen Diskurs wird unter dem Begriff der *reproduktiven Autonomie bzw. Selbstbestimmung* zunehmend auf die soeben erwähnte menschenrechtliche Dimension reproduktiver Rechte, eben auf das aus dem internationalen Recht stammende Konzept reproduktiver Gesundheit und Rechte, Bezug genommen.⁴ Die überwiegende deutsche Literatur erörtert unter dem Terminus des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) oder unter den Begriffen der „Fortpflanzungsfreiheit“⁵ bzw. „Familiengründungsfreiheit“⁶ (Art. 6 Abs. 1 GG) dagegen vornehmlich die Regulierung derzeit einfachgesetzlich verbotener *reproduktionsmedizinischer Verfahren*.⁷ Denn die assistierte Reproduktion ist in

⁴ *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 5, 11 f., 39, *passim*; *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2018, 185–213 (186 ff.); *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (35 ff.); *Klein/Wapler*, APuZ 2019, 20–26; siehe zudem bereits *Baer*, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), 290–354 (319–322, insb. 320, 353); *Wersig* in: Foljanty/Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft, 2. Auflage 2012, 186–201 (186, 200). Die Begriffe der reproduktiven Autonomie bzw. Selbstbestimmung werden uneinheitlich verwendet. *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 8 f. unterscheidet zwischen reproduktiver Autonomie als *Fähigkeit*, in reproduktiven Belangen einen eigenen Willen zu haben, und reproduktiver *Selbstbestimmung* als *Möglichkeit*, diese Entscheidungen zu treffen. Zum Teil werden die Begriffe auch synonym verwendet, vgl. *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2018, 185–213 (185), *passim*.

⁵ *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 222–236 (222); *Müller-Terpitz* in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 3. Auflage 2018, Art. 6 GG Rn. 1 f. („Recht auf Fortpflanzung“); *Hufen*, Staatsrecht II, 154 f., 273 f. („Recht auf Fortpflanzung, d. h. das Recht, „eine Familie zu werden“); monographisch etwa *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, 134 ff.

⁶ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 115; *Coester-Waltjen* in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012, Art. 6 Rn. 32; *Hufen*, MedR 2001, 440–451 (442); *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 92.

⁷ Konstituierend *Ramm*, JZ 1989, 861–874 (870 ff.); für die Kommentarliteratur: *Lorenz/Krönke* in: Bonner Kommentar, GG, 213. EL September 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 312 f.; *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 63; *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 228; siehe auch *Heun* in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, 2008, 49–61 (51); *Gassner/Kersten/Krüger et al.*, Fortpflanzungsmedizingesetz, 2013, 31 f.; *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 222–236 (insb. 229 ff.), *passim*; *Dethloff* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2018, 229–238 (229 ff.); *Kersten*, NVwZ 2018, 1248–1254 (1249); *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2018, 185–213 (190); *Siehr*, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?, VVDStRL 78 (2019), 393–440 (369); *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (13 f.); monographisch grundlegend *Hieb*, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, 2005, 15 ff., 33 ff.; weiter etwa *Jofer*, Regulierung der Reproduktionsmedizin, 2014, 161 ff.; *Dorneck*, Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda, 2018, 69 f.; *Klein*, Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der

Deutschland restriktiv geregelt – insbesondere mit Blick auf einen europäischen Ländervergleich.⁸ Unter diesen Begriffen wird auch der vom Gesetzgeber unzureichend regulierte Zugang zu erlaubten Verfahren, etwa der Samenspende, kritisiert.⁹ Lange Zeit kontrovers diskutiert wurde, ob auch die *Inanspruchnahme gendiagnostischer Verfahren*, wie etwa die Präimplantationsdiagnostik, überhaupt zu einer grundrechtlich geschützten reproduktiven Freiheit gezählt werden könne.¹⁰ Die verfassungsrechtliche Beurteilung gendiagnostischer Verfahren hat sich nun aber ebenfalls auf die Frage verlagert, welchen Handlungskorridor das Grundgesetz dem Gesetzgeber eröffnet.¹¹ Vereinzelt wird im deutschsprachigen Rechtsdiskurs dafür plädiert, all diese Dimensionen gleichermaßen unter dem Begriff der reproduktiven Selbstbestimmung zu berücksichtigen.¹² Für ein solch umfassendes Verständnis wird in der Regel auf die gewachsene angloamerikanische Debatte zu reproduktiver Autonomie Bezug genommen, in der bereits theoretische Rahmen entwickelt wurden, welche den Zugang zu Verhütungsmitteln, selbstbestimmte Entscheidungen während der Schwangerschaft, einen sicheren und legalen Schwangerschaftsabbruch sowie die Inanspruchnahme bestimmter reproduktionsmedizinischer Verfahren

Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls, 2019, 68 ff.; vgl. auch *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina*, Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2019, 33–36.

⁸ Siehe hierzu *Sydow*, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Reproduktionsmedizin?, in: *VVDStRL* 78 (2019), 361–392.

⁹ Statt vieler *Kersten*, *NVwZ* 2018, 1248–1254 (1251 f.); *Röthel* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 215–228 (insb. 219 f.); *Dethloff* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 229–238 (231); *Wapler*, *Die Öffnung der Ehe und ihre Folgen*, 2018, 15 ff., insb. 16 f.

¹⁰ Für die Zulässigkeit bereits *Hufen*, *MedR* 2001, 440–451 (442–444); siehe auch etwa *Kersten*, *NVwZ* 2018, 1248–1254 (1249). Jeweils unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR: *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 7, 13, 14 f., 63 ff., 90 ff., 98; *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (231). Dagegen weiterhin kritisch *Sacksofsky*, *Merkur* 859 (2020), 32–44 (42 ff.), *passim*; ebenso, aber aus anderer Perspektive *Hillgruber*, *JZ* 2020, 12–20 (18 f.).

¹¹ *Landwehr*, *Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik*, 2017, insb. 31 ff., 43 ff.; siehe auch *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), *GG I*, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 140 f.; zur Pränataldiagnostik siehe *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), *GG I*, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 132; *Hufen*, *MedR* 2017, 277–282.

¹² Grundlegend *Ramm*, *JZ* 1989, 861–874 (863 ff.), allerdings noch ohne Verweis auf damalige menschenrechtliche Vorgaben; siehe auch *Koppernock*, *Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung*, 1997, 85 ff., 95 ff. mit – soweit ersichtlich – erstmaligem Erwähnen menschenrechtlicher Gewährleistungen (96); aus jüngerer Zeit: *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 217, 29, *passim*; *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213; *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (224, 231).

berücksichtigen.¹³ Dieses umfassende Verständnis erfährt nicht nur Zustimmung, sondern aus unterschiedlichen Gründen Kritik, auf die ich im Einzelnen im Laufe dieser Arbeit eingehen werde.¹⁴ Festzuhalten bleibt an dieser Stelle, dass unter dem Begriff der reproduktiven Autonomie bzw. Selbstbestimmung zuweilen unterschiedliche Inhalte verhandelt und konträre Assoziationen damit verbunden werden.¹⁵ Diese noch fehlende begriffliche Konturierung der Inhalte und Reichweite der reproduktiven Selbstbestimmung im Recht wird durch drei Umstände verkompliziert:

Erstens durch die Tatsache, dass der Begriff der Autonomie kein im Grundgesetz vorzufindender Verfassungsrechtsbegriff ist, sondern vielmehr ein *Schutzgut* einzelner Grundrechte darstellt, insbesondere der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (vgl. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG).¹⁶ Zum Teil wird Autonomie auch als Schutzgut weiterer Freiheitsrechte angesehen, etwa mit Blick auf die Autonomie von Eheleuten und Familienangehörigen (Art. 6 Abs. 1 GG).¹⁷ Autonomie ist damit jedenfalls ein außerhalb des Rechts zu konturierender und konturierter Begriff, der Bezugspunkt für eine Kritik des Rechts sein kann.¹⁸

¹³ Grundlegend für die US-amerikanische Debatte als früher Vertreter eines sehr liberalen Verständnisses *Robertson*, *Children of Choice*, 1996. Aus feministischer Perspektive für Großbritannien: *Jackson*, *Regulation Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, 2001, 1, *passim*; für Kanada: *Nelson*, *Law, Policy and Reproductive Autonomy*, 2013. Siehe bei *Nelson* für zahlreiche weitere Nachweise der gewachsenen feministischen angloamerikanischen Debatte 33 ff., 37 ff.

¹⁴ Für einen Überblick zentraler Einwände siehe *Büchler/Bleich*, *Kinder wollen*, 2020, 34 ff., 46 ff.

¹⁵ Vgl. einerseits etwa *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 217, 29, *passim*; *Wapler* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213; *Coster-Waltjen* in: *Wiesemann/Simon* (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (224, 231); andererseits etwa *Sacksofsky*, *Merkur* 859 (2020), 32–44 (33 ff.); *Flügge* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 239–249, *passim*.

¹⁶ BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 –, juris Rn. 207. Zum Teil wird *Autonomie* als Schutzgut weiterer Freiheitsrechte angesehen, vgl. *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Auflage 2020, Art. 6 Rn. 1; *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 46, 84, 95.

¹⁷ Statt vieler in einem ähnlichen Sinne wie diese Arbeit *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 46, 84, 95. Andere schlussfolgern aus der „Autonomie“ der Eheleute einen vom Staat abgeschirmten Lebensbereich, vgl. *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Auflage 2020, Art. 6 Rn. 1; siehe auch etwa *Seiler* in: *Bonner Kommentar*, GG, 168. EL Juli 2014, Art. 6 Abs. 1 Rn. 96 und *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 16, die aus dem Gemeinschaftsbezug des Art. 6 GG eine subsidiäre staatliche Rechtsetzung ableiten.

¹⁸ *Röthel* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 215–228 (215); in diesem Sinne ebenso *Wapler* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–

Zweitens handelt es sich bei dem Terminus der Autonomie bekanntlich um einen *mehrdeutigen* Begriff in der Philosophie, der insbesondere seit der Philosophie von Immanuel Kant eine breite Theorienlandschaft mit sich bringt und bis in die Gegenwart von zahlreichen Kontroversen geprägt ist.¹⁹ Neben den Befürwortern eines individualistischen Autonomieverständnisses und den Positionen, die die Möglichkeit und den Sinn von Autonomie gänzlich in Zweifel ziehen, findet sich eine Strömung, die den Blick sowohl auf die inneren als auch auf die äußeren Ermöglichungsbedingungen von Autonomie und Freiheit richtet.²⁰ *Relationale Autonomieverständnisse* begreifen dementsprechend das Leben von Individuen als eines, das vom sozialen Umfeld sowie historischen, politischen und soziokulturellen Kontexten geprägt ist.²¹ Damit wollen sie dem menschlichen Eingebundensein in soziale Beziehungen und gesellschaftliche Strukturen konzeptionell Rechnung tragen.

Drittens ist, wie bereits angedeutet, der Begriff der *reproduktiven Autonomie* von zahlreichen Kontroversen geprägt. Ansätze der genannten relationalen Autonomieverständnisse finden inzwischen zu Recht Eingang in die deutschsprachige Debatte über reproduktive Selbstbestimmung in einem umfassend verstandenen Sinne.²² Zugleich ist der feministische Diskurs um reproduktive

213 (193 ff.). Siehe dazu besonders die Beiträge in den beiden Sammelbänden, die sich dieser Aufgabe widmen: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2017 sowie Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018.

¹⁹ Zur Einführung siehe die Standardübersicht bei <https://plato.stanford.edu/entries/personal-autonomy/> (Stand: 15.2.2018) (zuletzt 27.12.2022). Für eine Aufbereitung der zahlreichen Kontroversen siehe etwa *Rössler, Autonomie*, 2017.

²⁰ Korrespondierend mit unterschiedlichen Begriffsverständnissen wird auch das Verhältnis von Autonomie und Freiheit kontrovers diskutiert: Nach *Pauer-Studer, Autonom leben*, 2003, 15 ist Freiheit eine Konkretisierung von Autonomie. Für *Rössler, Autonomie*, 2017, 36 f. ist – genau umgekehrt – Autonomie eine Konkretisierung von Freiheit, sie verwendet die Begriffe Autonomie und Freiheit dennoch synonym, vgl. ebd., 323 Fn. 3. Siehe für Positionen, die den sozialen Kontext und äußere Bedingungen begrifflich mitdenken etwa *Raz, Morality of Freedom*, 1986, 373 ff.; *Rawls, Politischer Liberalismus*, 1998, 406, 452 f.; *Pauer-Studer, Autonom leben*, 2003, 7, 15 f., 18 ff., 24, *passim*; *Rössler, Autonomie*, 2017, 43, 49, 52 f., 55 f., 233, 251 f., 322 ff., 352 f., 365, *passim*. Siehe auch mit explizitem Verweis auf die Möglichkeiten in reproduktiven Kontexten bereits *Nussbaum* in: *Nussbaum/Glover (Hrsg.): Women, Culture, and Development*, 1995, 61–104 (83): „having opportunities [...] for choice in matters of reproduction“.

²¹ Grundlegend *Mackenzie/Stoljar* in: *Mackenzie/Stoljar (Hrsg.), Relational Autonomy*, 2000, 3, 4; *Friedman, Autonomy, Gender, Politics*, 2003, 81–112 m. w. N.; siehe zu weiteren namhaften Positionen und zu Kontroversen innerhalb der Debatte zahlreiche Beiträge im Sammelband *Veltman/Piper (Hrsg.), Autonomy, Oppression, and Gender*, 2014 sowie für die deutsche Debatte besonders *Rössler, Autonomie*, 2017, 43, 49, 52 f., 55 f., 233, 251 f., 322 ff., 352 f., 365 m. w. N.

²² *Büchler, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 9 f.; *Wapler* in: *Baer/Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (193 f.), *passim*.; *Röthel* in:

Autonomie jedoch von konträren Standpunkten durchzogen: Einig war und ist man sich über die zentrale Bedeutung von Selbstbestimmungsanliegen mit Blick auf den Zugang zu Verhütungsmitteln und den Zugang zu einem sicheren und legalen Schwangerschaftsabbruch. Jedoch herrscht bis in die Gegenwart fachdisziplinübergreifend Uneinigkeit darüber, ob die Möglichkeiten der Reproduktionsmedizin als Instrument zur Emanzipation gelten (können) oder umgekehrt, ob reproduktionsmedizinische Verfahren stets als Bedrohung von Selbstbestimmung und als Instrumentalisierung des weiblichen Körpers angesehen werden sollten.²³ Die Begriffskonturierung von reproduktiver Autonomie wird zudem durch unterschiedliche Verwendungskontexte in verschiedenen Fachdisziplinen erschwert, etwa der Philosophie, der Medizinethik und der Rechtswissenschaft, die zum Teil und zu Recht aufeinander Bezug nehmen.²⁴

Diese Arbeit rekurriert nachfolgend auf den Begriff der *reproduktiven Freiheiten*, bezieht dabei allerdings zentrale Erkenntnisse der Arbeiten zu reproduktiver Autonomie mit ein. Den Gründen für meine Begriffswahl gehe ich sogleich bei dem Versuch einer Begriffskonzeption nach (Kapitel 2, II.). Zu-

Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 215–228 (222 ff.). Siehe auch *Büchler/Bleisch*, *Kinder wollen*, 2020, 37–44, *passim*; *Rössler*, *Autonomie*, 2017, 352 f. Für die medizinethische Debatte und für ein Begriffsverständnis *kollektiver* reproduktiver Autonomie siehe *Beier/Wiesemann* in: *Wiesemann/Simon* (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 205–221 (217, 220).

²³ Ebenso der Hinweis bei *Wiesemann*, *Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen*, 2006, 15 ff. Siehe für eine Darstellung der Konfliktlinien *Wersig* in: *Foljanty/Lembke* (Hrsg.) *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Auflage 2012, 186–201 (192 ff.); für den angloamerikanischen Diskurs *Nelson*, *Law, Policy and Reproductive Autonomy*, 2013, 21 ff.; siehe ebenso die unterschiedlichen Positionen in den Beiträgen in *Kitchen Politics* (Hrsg.): *Sie nennen es Leben, wir nennen es Arbeit*, 2016. Siehe für derzeit unterschiedliche Verständnisse im deutschen Diskurs einerseits etwa *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 217, 29, *passim*; *Büchler/Bleisch*, *Kinder wollen*, 2020, 37–45, *passim*; *Wapler* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213; *Coester-Waltjen* in: *Wiesemann/Simon* (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (224, 231); *Wiesemann*, *Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen*, 2006, 16 f., *passim*; etwas anders und die „überindividuelle“ Dimension reproduktiver Angelegenheiten betonend: *Beier/Wiesemann* in: *Wiesemann/Simon* (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 205–221; ähnlich bereits *Wiesemann*, *Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen*, 2006, 15 ff., die eine Ethik des Fremden kritisiert (S. 39 ff.) und für eine Ethik der Elternschaft (S. 98 ff.) plädiert. Sich abgrenzend etwa *Sacksofsky*, *Merkur* 859 (2020), 32–44 (33 ff.); *Flügge* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 239–249, *passim*; siehe auch die zahlreichen Beiträge im Sammelband *Kitchen Politics* (Hrsg.): *Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit*, 2021.

²⁴ *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 6, 18 f., 28 f., *passim*; *Wapler* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (193 ff.). Konzeptionell verwoben ist die philosophische und rechtliche Betrachtung zu diesem Thema auch bei *Büchler/Bleisch*, *Kinder wollen*, 2020.

nächst gehe ich jedoch auf eine Debatte ein, die unter dem Begriff der reproduktiven Gerechtigkeit geführt wird und bisher außerhalb des deutschsprachigen Rechtsdiskurses stattfindet.

3. Reproduktive Gerechtigkeit

Unter dem Begriff der *reproduktiven Gerechtigkeit* sammeln sich analytische Konzeptionen und aktivistische Forderungen, um auf strukturell verankerte Ungleichheitsverhältnisse im reproduktiven Kontext aufmerksam zu machen.²⁵ Der Ansatz geht zurück auf eine in den Vereinigten Staaten von Schwarzen Feministinnen im Jahr 1994 eingeführte Debatte um dortige reproduktive Gerechtigkeit (*reproductive justice*).²⁶ Eingeführt als Kritik an einem vermeintlich universalistischen, bürgerlichen und weißen feministischen Diskurs, der sich im reproduktiven Kontext auf das Recht auf Schwangerschaftsabbruch als Ausdruck eines Selbstbestimmungsrechts im Sinne einer Wahl- und Entscheidungsfreiheit für oder gegen Kinder fokussiert (*Pro Choice*)²⁷, werden mit dem Begriff der reproduktiven Gerechtigkeit reproduktive Rechte mit Forderungen nach sozialer Gerechtigkeit verbunden.²⁸ Der Diskurs um reproduktive Gerechtigkeit richtet sich damit primär gegen ein individualistisches Verständnis von Autonomie im reproduktiven Kontext, stellt sich jedoch nicht *gegen* das Konzept von reproduktiver Selbstbestimmung in einem engeren Sinne, sondern ergänzt es um eine wichtige *intersektionale Perspektive*.²⁹ Eine der Gründerinnen dieser Initiative, *Loretta J. Ross*, versteht reproduktive Gerechtigkeit als theoretisch-politischen Rahmen, der darauf abzielt, multiple Erfahrungen reproduktiver Unterdrückung von *Schwarzen Frauen* in den Mittelpunkt zu stellen, dabei die Diversität und Unterschiede von Menschen berücksichtigt und zum Ziel hat, Rassismus, Sexismus und Kapitalismus gleichermaßen zu adressieren.³⁰

²⁵ Siehe zu den politischen, theoretischen und historischen Hintergründen des Konzepts *Ross/Solinger*, *Reproductive Justice*, 2017 sowie die Beiträge im Sammelband von Kitchen Politics (Hrsg.): *Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit*, 2021.

²⁶ Grundlegend zum Entstehungskontext *Ross/Solinger*, *Reproductive Justice*, 2017, 9 ff.; *Ross* in: Kitchen Politics (Hrsg.): *Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit*, 2021, 17–60.

²⁷ Siehe für tiefergehende Ausführungen *Ross* in: Kitchen Politics (Hrsg.): *Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit*, 2021, 17–60 (15, 19, 42 f., 45 ff.).

²⁸ *Ross* in: Kitchen Politics (Hrsg.): *Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit*, 2021, 17–60 (18).

²⁹ *Ross* in: Kitchen Politics (Hrsg.): *Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit*, 2021, 17–60 (19, 21 f., 26 ff.).

³⁰ *Ross* in: Kitchen Politics (Hrsg.): *Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit*, 2021, 17–60 (24, 27, 29 ff., 32 ff., 45).

Inhaltlich zeichnet sich das Konzept der reproduktiven Gerechtigkeit durch „Mehrdeutigkeit, Flexibilität und Offenheit“³¹ aus. Forderungen nach reproduktiver Gerechtigkeit beziehen auch die Stillzeit oder allgemein die sozialen, politischen und gesellschaftlichen Umstände von Elternschaft mit ein und machen dabei ebenfalls auf die menschenrechtliche Dimension von Reproduktion aufmerksam.³² Sie gehen dabei jedoch zeitlich und inhaltlich weiter als Ansätze zur reproduktiven Autonomie. Unter dem Begriff der reproduktiven Gerechtigkeit wird daneben eine Bandbreite an Unterdrückungsformen adressiert, wie die Ausbeutung von Körpern und von Arbeit³³, andere zählen sexuelle Lust und Autonomie dazu³⁴, adressieren Missstände in der Familien-, Sozial-, Migrations- und Gesundheitspolitik³⁵ oder stellen bevölkerungspolitische Ansätze in Frage³⁶.

Als strategische bündnispolitische Organisationsform mag der Ansatz – abhängig von der politischen Überzeugung – als Instrument dazu genutzt werden können, auf strukturelle Missstände aufmerksam zu machen, die Menschen, die zu strukturell gefährdeten Gruppen zählen (Art. 3 Abs. 3 GG), rund um das Kinderbekommen und Elternschaft erleben.³⁷ Die Konturen des Begriffs der reproduktiven Gerechtigkeit bleiben allerdings derweil noch unscharf und letztlich zu vage für eine *verfassungsrechtliche* Analyse. Der Ansatz kann allerdings auf einer abstrakteren Ebene und losgelöst von der Bandbreite an einzelnen konkreten politischen Forderungen zum Anlass genommen werden, gesellschaftliche und politische Bedingungen sowie soziale Determinanten zu überprüfen und damit Strukturen im Recht sichtbar zu machen, die auf individuelle reproduktive Entscheidungen Einfluss haben. Ein ähnliches Anliegen verfolgen Autorinnen, die den Begriff der relationalen Autonomie im reproduktiven Kontext fruchtbar machen wollen.³⁸

³¹ Ross in: Kitchen Politics (Hrsg.): Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit, 2021, 17–60 (27).

³² Vgl. Ross/Solinger, Reproductive Justice, 2017, 9 f.

³³ Vgl. Ross in: Kitchen Politics (Hrsg.): Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit, 2021, 17–60 (56).

³⁴ Vgl. Ross in: Kitchen Politics (Hrsg.): Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit, 2021, 17–60 (19).

³⁵ Kyere in: Kitchen Politics (Hrsg.): Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit, 2021, 61–71 (insb. 65 ff.)

³⁶ Schultz in: Kitchen Politics (Hrsg.): Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit, 2021, 97–123 (insb. 108–113 m. w. N.).

³⁷ Vgl. den Austausch mit und in einem Berliner Netzwerk in: Kitchen Politics (Hrsg.): Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit, 2021, 73–95.

³⁸ Für den deutschsprachigen Rechtsdiskurs siehe die Ansätze bei: Büchler, Reproductive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 9 f.; Wapler in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2018, 185–213 (193 f.), *passim*. Für den angloamerikanischen Raum exemplarisch: Nelson, Jackson, Regulation Reproduction, Law, Technology and Autonomy, 2001, 1 ff.; Nelson, Law, Policy and Reproductive Autonomy, 2013, 11 ff., 55 ff.

II. Begriffsvorschlag: Reproduktive Freiheiten als Analysebegriff

Als Analysebegriff für die nachfolgende Rekonstruktion der Verfassungsrechtsdebatte wählt diese Arbeit den Begriff der reproduktiven Freiheiten. Der im Folgenden zu entwickelnde Begriff der reproduktiven Freiheiten soll von vornherein die Verwobenheit von Gesundheit, Selbstbestimmung und dem Diskriminierungsverbot in reproduktiven Belangen verdeutlichen.³⁹ Mit dem Begriffsvorschlag der reproduktiven Freiheiten bündelt diese Arbeit die Erkenntnisse der Arbeiten von *Büchler*, *Bleisch*, *Coester-Waltjen*, *Röthel* und *Wapler* zu *reproduktiver Autonomie*⁴⁰, das im internationalen Recht etablierte Konzept *reproduktiver Gesundheit und Rechte* und einzelne Aspekte des hybriden und offenen Ansatzes *reproduktiver Gerechtigkeit*. Trotz mancher Divergenzen, auf die ich soeben hingewiesen habe und die es weiterhin zu debattieren gilt, scheint gemeinsames Anliegen dieser Arbeiten und Konzepte zu sein, Ermöglichungsbedingungen reproduktiver Entscheidungsfreiheiten auszuloten und dabei auf *menschenrechtliche Gewährleistungen* bzw. auf europarechtliche und internationale Bezüge hinzuweisen.

Bei dem Analysebegriff der reproduktiven Freiheiten handelt es sich um einen Begriff, der aus der Bandbreite möglicher und vertretener Positionen zwar eine Präferenz für eine Lösung zum Ausdruck bringt.⁴¹ Ziel der Arbeit ist es allerdings, und zwar gerade mithilfe des Begriffsvorschlags, ein breites Meinungsspektrum systematisch zur Kenntnis zu nehmen, einzuordnen und zu reflektieren.⁴² Mit der Konzeption von reproduktiven Freiheiten schlage ich zugleich einen theoretischen Rahmen für das weitere systematische Nachdenken

³⁹ Ebenso *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 12, 16, 19; *Baer*, *Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit*, VVDStRL 68 (2009), 290–354 (319 f., 321 f.). Für die angloamerikanische Debatte ebenso *Nelson*, *Law, Policy and Reproductive Autonomy*, 2013, 51 f., *passim* sowie *Ruth Bader Ginsburg*, *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), dissenting, 4: „Thus, legal challenges to undue restrictions on abortion procedures do not seek to vindicate some generalized *notion of privacy*; rather, they center on a woman’s *autonomy* to determine her life’s course, and thus to enjoy *equal citizenship* stature. [...] In keeping with this comprehension of the *right to reproductive choice*, the Court has consistently required that laws regulating abortion, at any stage of pregnancy and in all cases, safeguard a woman’s *health*.“ (Hervorhebungen durch mich).

⁴⁰ *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017; *Büchler/Bleisch*, *Kinder wollen*, 2020; *Coester-Waltjen* in: *Wiesemann/Simon* (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236; *Röthel* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 215–228; *Wapler* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213.

⁴¹ Vgl. *Mangold*, *Demokratische Inklusion durch Recht*, 2021, 28.

⁴² Zum Begriff der reflexiven Rechtswissenschaft siehe *Baer*, *Rechtssoziologie*, 4. Auflage 2021, 47: „Reflexion bedeutet, etwas immer wieder zu überdenken. Reflexive Rechtswissenschaft zielt also nicht, wie die Dogmatik, nur auf die bessere Anwendung von Recht. Sie nimmt Recht nicht einfach als gegeben hin und arbeitet mit einer Geltungsvermutung.“

über reproduktive Entscheidungen vor und versuche damit eine erste abstrakte Antwort auf die bisher fehlende freiheitsrechtliche Konzeptualisierung dieses Lebensbereichs zu liefern.

Zum Verständnis wichtig ist, dass mit dem folgenden Begriffsvorschlag gerade noch keine Aussage über die grundrechtliche Verortung dieser Freiheiten einhergeht (vgl. dazu Kapitel 6). Wichtig ist daneben, dass dieser Begriffsvorschlag keine Aussage über etwaige verfassungsrechtliche *Grenzen* reproduktiver Freiheiten trifft. Ob und welche Grundrechte Dritter betroffen sind und welche Grenzen den einzelnen reproduktiven Freiheiten gesetzt werden können, muss für den jeweiligen Bereich und Kontext spezifisch ausgelotet werden, was eigene Forschung verdient und wünschenswerterweise im trans- und interdisziplinären Austausch geschehen sollte.⁴³

1. Begriffskonzeption

Reproduktive Freiheiten werden in dieser Arbeit als *gleiche* reproduktive *Freiheiten* gedacht, die sozialer *Vielfalt* Rechnung tragen und an der *Lebenswirklichkeit* der Menschen orientiert sind.⁴⁴ Der Terminus der reproduktiven Freiheiten setzt die Anerkennung von reproduktiver Autonomie (primär geschützt durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und Gesundheit (geschützt durch

Vielmehr stellt sie reflexiv die Frage, warum es wo welches Recht gibt, was das bedeutet und was es bewirkt, wie es entsteht und sich verändert, welche Akteure es prägen.“

⁴³ *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.) *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (213). Für die Schweizer Rechtsordnung und primär aus privatrechtlicher Perspektive findet sich eine Vielzahl überzeugender Vorschläge bei *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, *passim*, die jedoch genau aus diesen Gründen gerade nicht ohne Weiteres auf den deutschen Verfassungsrechtsdiskurs übertragen werden können. Zur Debatte zu Grenzen einzelner Bereiche reproduktiver Freiheiten für den Verfassungsrechtsdiskurs siehe etwa *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterchaft und Familie*, 2018, 107–147 (116 ff.); *Siehr*, *Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?*, *VVDStRL 78* (2019), 393–440 (427 ff., 431 ff.); *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (224 ff., 229 ff.), *passim*. Siehe auch für eine Warnung der Übernahme einseitiger Positionen zur Grenzbestimmung *Dreier* in: *Dreier*, *GG I*, 3. Auflage 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 1 ff., 7 ff., 13 ff., insb. 16, 51; kritisch auch *Hufen*, *MedR* 2001, 440–451 (445); ebenso *Siehr*, *Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?*, *VVDStRL 78* (2019), 393–440 (416), siehe dort auch für einen prägnanten Überblick zur Vielfalt der verschiedenen religiösen Positionen, *ebd.*, 412 ff.

⁴⁴ Siehe für einen ähnlichen Begriffsvorschlag reproduktiver Freiheit für den rechtswissenschaftlichen Diskurs bisher nur *Sander*, *KJ* 2006, 303–310 (310), jedoch ohne weitere Ausführungen; statt vieler vorsichtig in diese Richtung wohl *Baer/Markard* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG I*, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 351: „Reproduktive Freiheiten als gleichberechtigte Entscheidung über Fortpflanzung“. Der Begriff wird mit unterschiedlichen Zielrichtungen auch im feministischen Diskurs verwendet, siehe etwa die nach Einreichung der Dissertation erschienen Überlegungen von *Schrupp*, *Reproduktive Freiheit. Eine feministische Ethik der Fortpflanzung*, 2022.

Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) als Schutzgüter voraus und berücksichtigt daneben soziale und strukturelle Bedingungen, unter denen Individuen reproduktive Entscheidungen treffen (vgl. Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG).⁴⁵ Diese Arbeit setzt damit Gleichheit in Beziehung zur Sicherung von reproduktiver Freiheit.⁴⁶

Weil das Grundgesetz freiheits*vermutend* ist, sind reproduktive Freiheiten als „dem Staat vorausliegendes Menschenrecht“⁴⁷ schon immer vorhanden.⁴⁸ Der Staat ist damit verpflichtet, einzelne Grundrechte, welche die reproduktiven Freiheiten von Individuen gewährleisten (Kapitel 6), zu achten, und muss sich rechtfertigen, wenn er in reproduktive Rechte von Individuen eingreift.⁴⁹

a) Freiheiten des Individuums als Ausgangspunkt

Ein *individualrechtlicher* Ausgangspunkt wird im Einklang mit der Konzeption des Grundgesetzes gewählt, das die Grundrechte der Individuen ins Zentrum des Verfassungstextes stellt (Art. 1–19 GG) und damit den Freiheitsraum des Einzelnen vor staatlichen Eingriffen schützt. Nach Lesart dieser Arbeit ist

⁴⁵ Siehe dazu näher Kap. 6.

⁴⁶ In der Verfassungsrechtswissenschaft werden Freiheit und Gleichheit jeweils sehr unterschiedlich gedacht und verschieden in Verhältnis zueinander gesetzt. Im feministischen Rechtsdiskurs überwog lange ein gleichheitsrechtlicher Zugriff, um Diskriminierungen im Recht und durch Recht zu begegnen, siehe für einen eingängigen und umfassenden Überblick zum Gleichheitsbegriff und Diskriminierungen *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, 4 ff. Inzwischen finden zahlreiche freiheitsrechtliche Perspektiven, die Gleichheit konzeptuell mitdenken, Eingang in den Verfassungsrechtsdiskurs, siehe etwa die unterschiedlichen Positionen im Sammelband von Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018; siehe auch *Wapler*, Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses, *VVDStRL* 78 (2019), 53–85 (insb. 59, 68 f., 87 m. w. N.); grundlegend aus geschlechtertheoretischer und freiheitsrechtlicher Perspektive *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, insb. 19 ff., 24 ff., 28 f., 30 ff., 99 ff., insb. 356 ff., *passim*.

⁴⁷ *Hufen*, *MedR* 2001, 440–451 (442): „Das „Ja“ oder „Nein“ zum eigenen Kind ist als dem Staat vorausliegendes Menschenrecht durch Art. 6 GG, mindestens aber durch Art. 2 Abs. 1 GG i. V. mit Art. 1 GG geschützt.“

⁴⁸ Anders explizit nur *Hillgruber* im Rahmen einer Diskussion zu diesem Thema auf der Staatsrechtslehrertagung im Anschluss an *Baer*, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, *VVDStRL* 68 (2009), 290–354 (359): „Bei einigen – ich denke etwa an Ihre reproduktiven Rechte, auch das blieb nebulös – handelt es sich, glaube ich, um Rechtsbehauptungen interessierter Kreise, die sich aber weder völkerrechtlich verdichtet haben noch verfassungsrechtlich nachweisen lassen“. Siehe aber ohne Offenlegung des Perspektivwechsels *Hillgruber*, *JZ* 2020, 12–20, der in diesem jüngeren Beitrag nun sowohl von einer grundrechtlichen Familiengründungsfreiheit im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG als auch von einem (engen) Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) ausgeht.

⁴⁹ *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 29; *Wapler* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (193); *Jackson*, *Regulation Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, 2001, 318.

nicht ein *Kollektiv*, etwa die Gesellschaft als Bezugsgröße oder die Ehe als *Paargemeinschaft*, sondern das *Individuum* der entscheidende Bezugspunkt einer Rechtfertigung politischer Entscheidungen auf dem Gebiet der Fortpflanzung.⁵⁰ Dem liegt die Einsicht zugrunde, dass die Entscheidung, ob, mit wem und auf welche Weise Menschen Kinder zeugen wollen oder nicht, zu den höchstpersönlichen Aspekten des Lebens gehört, diese Entscheidung einen integralen Bestandteil der eigenen Lebensplanung ausmacht und Individuen in diesem Bereich Raum für eigene Erwägungen und Entscheidungen zugestanden werden sollte.⁵¹ Damit wird nicht geleugnet, dass menschliche Fortpflanzung in der Regel in sozialen Beziehungen stattfindet und auf zukünftige soziale Beziehungen und Verantwortungsübernahme ausgerichtet ist.⁵² Jedoch treffen Individuen auch innerhalb zwischenmenschlicher Beziehungen, wie etwa in einer Partnerschaft oder Ehe, weiterhin Entscheidungen je für sich, die freilich in einem *gemeinsamen* Entschluss münden können; die Individuen verschmelzen jedoch nicht zu einem Kollektiv, sondern behalten auch in einer Partnerschaft oder Gemeinschaft ihre Eigenschaft als Individuum.⁵³

Wenn auch vielen reproduktiven Entscheidungen lebensweltlich betrachtet in der Regel ein mit anderen Personen, überwiegend partnerschaftlich getroffener Entschluss zugrunde liegt, muss das Recht gerade Antworten auf Konfliktsituationen finden. Es bedarf damit Leitlinien für die Fälle, in denen sich Personen in reproduktiven Belangen „uneins“ sind oder werden, wie etwa bei einer Verweigerung der Zustimmung zu einem Embryotransfer nach einer vorher

⁵⁰ Bereits *Ramm*, JZ 1989, 861–874 (863 ff.); *Koppernock*, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997, 95 f.; aus jüngerer Zeit etwa *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (190, 192 f.); *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 29, passim; *Baer*, *Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit*, VVDStRL 68 (2009), 290–354 (321); *Kersten*, NVwZ 2018, 1248–1254 (1249, 1251 f.)

⁵¹ Vgl. *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 6; *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (190, 192). Das entspricht der sozialwissenschaftlichen Forschung, wonach Familienplanung ein „integraler Bestandteil von Lebensplanung“ darstelle und „Aspekte wie Partnerschaft, Sexualität, Verhütung, Kinderwunsch, gewollte und ungewollte Schwangerschaft und Geburt“ umfasst: *BZgA* (Hrsg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 12, passim.

⁵² Vgl. *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (112); monographisch grundlegend *Wiesemann*, *Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen*, 2006, insb. 10 f., 12, 14 f., insb. 120–124 („beziehungsorientiertes Modell der Entscheidungsfindung“), passim.

⁵³ *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 107–147 (112); *Flügge* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 239–249 (241); anders *Beier/Wiesemann* in: *Wiesemann/Simon* (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 205–221 (217, 220), die für die medizinethische Debatte für ein Begriffsverständnis *kollektiver* reproduktiver Autonomie plädieren.

konsentierten medizinisch assistierten Befruchtung.⁵⁴ Zudem weisen manche reproduktiven Entscheidungen auch keine unmittelbar soziale Dimension auf,⁵⁵ etwa die freiwillige Sterilisation eines Mannes, der kinderlos ist und bleiben will. Gerade vor dem Hintergrund, dass reproduktive Entscheidungen neben der eigenen Lebensplanung oft den eigenen Körper betreffen und auch eng mit dem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG, dazu sogleich) verwoben sind, sollten sie als private und intime Angelegenheiten des Einzelnen gelten.⁵⁶

b) Gleichheitsrechtliche Adressierung

Mit dem Vorschlag eines Begriffsverständnisses der *gleichen* reproduktiven Freiheit wird soziale Vielfalt von Menschen anerkannt und dem Umstand Rechnung getragen, dass reproduktive Entscheidungsfreiheiten unter dem Einfluss von sozialen Determinanten stehen.⁵⁷ Gleiche Freiheit erwächst zunächst aus der gleichen Anerkennung als Person vor dem Recht (vgl. Art. 3 Abs. 1 GG, aber auch Art. 12 UN-BRK), womit die Anerkennung gleicher reproduktiver Freiheiten einhergeht.⁵⁸ *Ungleiche* Erwartungen an Menschen mit Blick auf deren Entscheidungsfreiheiten *für* oder *gegen* Kinder tangieren die Anerkennung und Ausübung *gleicher* reproduktiver *Freiheiten* und sind auch im Lichte des Diskriminierungsverbots (Art. 3 Abs. 3) und des Gleichberechtigungsggebots (Art. 3 Abs. 2 GG) zu betrachten.

Das Diskriminierungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG) verpflichtet den Gesetzgeber explizit zur Sicherung von Freiheiten solcher Personen, die zu den dort geschützten strukturell diskriminierungsgefährdeten Gruppen zählen.⁵⁹ Weil eine Identität von Menschen stets aus mehr als (nur) einer Kategorie besteht, Personen also „mehrfach sozial situiert“⁶⁰ sind, kann diese Mehrfachpositionierung zu unterschiedlichen Diskriminierungserfahrungen in einer Gesellschaft und im Recht führen.⁶¹

⁵⁴ Vgl. EGMR, Evans/Vereintes Königreich, Urteil der Großen Kammer, 10. April 2007, Nr. 6339/05.

⁵⁵ Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 107–147 (112).

⁵⁶ Büchler, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 13 f., 16 f., 19, *passim*; Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 107–147 (111 f.).

⁵⁷ Vgl. Büchler, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 9.

⁵⁸ Zum Begriff der *gleichen Freiheit* siehe Wapler, Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses, VVDStRL 78 (2019), 53–85 (59, 68 f., 87) m. w. N.

⁵⁹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 –, juris Rn. 59; siehe weiterführend Mangold, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021.

⁶⁰ Baer/Markard in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 442.

⁶¹ Vgl. Baer/Markard in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 443; Boysen in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 3 Rn. 154. Diesem Verständnis von Diskriminierung liegt das Phänomen der Intersektionalität zugrunde, grundlegend

Daneben stellt das Grundgesetz ein Gleichberechtigungsgebot (Art. 3 Abs. 2 GG) zwischen Männern und Frauen auf. Die Norm stellt unter anderem ein verfassungsrechtliches Gebot zur Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung auf, das sich auf die gesellschaftliche Lebenswirklichkeit erstreckt.⁶² Damit hebt das Grundgesetz die Notwendigkeit hervor, entsprechend der historischen Rechtsungleichheiten zwischen Männern und Frauen tief verankerte soziale Verhältnisse zu adressieren und tatsächliche Nachteile, insbesondere Benachteiligungen von Frauen, umfassend zu beseitigen.⁶³ Das Gleichberechtigungsgebot (Art. 3 Abs. 2 GG) verpflichtet insbesondere den Gesetzgeber dazu, tradierte Geschlechterrollen im Kontext der Reproduktion nicht zu verfestigen.⁶⁴

Soziale und materielle Ungleichheiten adressiert das Grundgesetz bzw. die Verfassungsinterpretation nur bedingt. Sie werden in unserer Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung im Ausgangspunkt hingenommen.⁶⁵ Das Differenzierungsverbot der „Herkunft“ (Art. 3 Abs. 3 GG) bezieht sich nach derzeit wohl einhelliger Verfassungsinterpretation auf die „von den Vorfahren hergeleitete,

Crenshaw, University of Chicago Legal Forum 1989, 139–167. Zum Diskriminierungsverständnis im Recht siehe etwa *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, 5 ff., 185 ff., insb. 190 ff.

⁶² St. Rsp. seit BVerfG, Urteil vom 28. Januar 1992 – 1 BvR 1025/82 –, juris Rn. 53; Beschluss vom 24. Januar 1995 – 1 BvL 18/93 –, juris Rn. 68; Beschluss vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 –, juris Rn. 60; *Baer/Markard* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 354 f. („Staatsaufgabe“). Siehe grundlegend *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 1. Auflage 1991, 64 ff., insb. 95 ff., 323 ff., 349 ff.; *dies.* in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Mitarbeiterkommentar, Bd. I, 2002, Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 Rn. 335 ff., 353 sowie die ausführlichen Dokumentationen in Limbach/Eckertz-Höfer (Hrsg.), Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland, 1993. Der zweite Satz des Art. 3 Abs. 2 GG wurde 1994 auf Vorschlag der Gemeinsamen Verfassungskommission in das Grundgesetz aufgenommen, und zwar mit dem Ziel, der Gleichberechtigung von Männern und Frauen in der Lebenswirklichkeit zu mehr Durchsetzung zu verhelfen, vgl. *Sacksofsky* in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Mitarbeiterkommentar, Bd. I, 2002, Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 Rn. 353 ff.

⁶³ BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 –, juris Rn. 50 m. w. N.; *Heun* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 3 Rn. 107; *Baer/Markard* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Abs. 2 insb. Rn. 340, 352, 354 f., 361, 364; *Sacksofsky* in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Mitarbeiterkommentar, Bd. I, 2002, Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 Rn. 354 f. („reale Chancengleichheit“), siehe tiefergehend auch Rn. 332–334, 360–364.

⁶⁴ BVerfG, Urteil vom 28. Januar 1992 – 1 BvR 1025/82 –, juris Rn. 53 m. w. N.; *Baer/Markard* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 370 f.; vgl. *Baer*, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), 290–354 (321).

⁶⁵ Vgl. *Baer/Markard* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 502, 504; ebenso *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, 310–312.

soziale Verwurzelung“⁶⁶ und knüpft nicht an die jeweils aktuellen sozialen oder ökonomischen Lebensumstände an.⁶⁷ Das bedeutet aber gerade nicht, dass der sozio-kulturellen Positionierung von Menschen innerhalb einer Gesellschaft keine Bedeutung bei der Ausübung reproduktiver Freiheiten zukommt. Im Gegenteil hat die *sozio-kulturelle Positionierung* des Individuums in einer Gesellschaft, in der materielle und ökonomische Ressourcen von zentraler Bedeutung sind, erhebliche Bedeutung (auch) für reproduktive Entscheidungsfreiheiten.⁶⁸ Das gilt nicht zuletzt für den Zugang zu reproduktiven Gesundheitsdiensten.⁶⁹ Diese Ungleichheiten werfen damit *Zugangs- und Finanzie-*

⁶⁶ Heun in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 3 Rn. 132; Baer/Markard in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 502; Nußberger in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 3 Rn. 295; Nußberger in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 3 Rn. 185; siehe zum Begriff in der Rechtsprechung: BVerfG, Beschluss vom 25. Mai 1956 – 1 BvR 83/56 –, juris Rn. 14; Beschluss vom 30. Mai 1978 – 1 BvL 26/76 –, juris Rn. 22: „ständisch-soziale Abstammung und Verwurzelung“.

⁶⁷ Heun in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 3 Rn. 132; Baer/Markard in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 502 f.

⁶⁸ Statt vieler der allgemeine Hinweis bei Baer/Markard in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 503. Grundlegend Bourdieu, Die feinen Unterschiede, 1982 (auf Französisch bereits: 1979); siehe auch die hierzulande breit diskutierte bewegende autobiographische Gesellschaftsanalyse des französischen Soziologen Eribon, Rückkehr nach Reims, 2016 (auf Französisch bereits: 2009), grundlegend für die französische Debatte und bereits früher Erneaux, Der Platz, 2019 (Neuübersetzung, auf Französisch bereits: 1983); für die gegenwärtige deutsche Debatte aus soziologischer und kulturhistorischer Perspektive grundlegend Reckwitz, Das Ende der Illusionen, 2019, 63 ff. m. w. N. Diese Arbeit bezieht sich auf das dortige Begriffsverständnis, insb. 65–69 ff.: „Klassen sind kulturelle, ökonomische und politische Gebilde *zugleich*. Als Klasse teilt eine Gruppe von Individuen eine gemeinsame Lebensführung samt den entsprechenden Lebensmaximen, Alltagsvorstellungen und Praktiken. Das ist die kulturelle Dimension der Klasse, die sie zu einer Lebensform macht. [...] Neben die Praktiken der Arbeit treten weitere, welche die Kultur einer Lebensform ausmachen: Formen des Konsums und der Freizeitgestaltung, der persönlichen Beziehungen, der Geschlechterordnung und des Familienlebens, der räumlichen Verankerung (Stadt/Land), der Bildung und Erziehung, des Umgangs mit den Medien, schließlich auch der politischen Orientierungen. [...] Im Rahmen einer sozialen Klasse verfügt eine Lebensform über eine bestimmte Ressourcenausstattung, die einem ein solches Leben ermöglicht und anderes verunmöglicht. [...] Die Ressourcen sind einerseits zweifellos materieller und ökonomischer Art – Einkommen und Vermögen –, umfassen andererseits aber auch das, was Pierre Bourdieu „kulturelles Kapital“ nennt, in Gestalt von formalisierter Bildung oder auch anderer erworbener Fähigkeiten, sowie das „soziale Kapital“ der sozialen Beziehungen und Kontakte, über die man verfügt. [...] Die Klassen unterscheiden sich in Status, Prestige, Befriedigungsmöglichkeiten und Einfluss voneinander.“ (67–69).

⁶⁹ Vgl. bereits BZgA (Hrg.), Frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen, 2016, insb. 114 ff., 126, 132, wonach Kosten eine Zugangsbarriere zur Verhütung darstellen. Ebenso die Ergebnisse des Modellprojekts „biko“ zur Verhütungsmittelversorgung von

rungsfragen in reproduktiven Kontexten auf, die nicht unberücksichtigt bleiben dürfen.⁷⁰ Die Verfassung überlässt dem Gesetzgeber jedoch in sozialpolitischen Fragen einen großen Gestaltungsspielraum.⁷¹ Untergrenze ist die Verpflichtung des Gesetzgebers, jedem Menschen ein menschenwürdiges Existenzminimum zu gewährleisten, was sowohl die physische Existenz des Menschen, wozu unter anderen die *Gesundheit* zählt, als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen umfasst, denn der Mensch existiert in sozialen Bezügen (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG).⁷² Daneben ist der Staat verpflichtet, Menschen gleich zu behandeln (Art. 3 Abs. 1 GG), wenn er in reproduktiven Kontexten bestimmte Gruppen finanziell unterstützt, und muss bei einer Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich tragbare Gründe darlegen.⁷³ Zugangs- und Finanzierungsfragen können damit nur bedingt *verfassungsrechtlich* adressiert werden, es gilt sie vielmehr politisch auszuhandeln.⁷⁴

c) Orientierung an der Lebenswirklichkeit

Mit einem an der *Lebenswirklichkeit* orientierten Verständnis von reproduktiven Freiheiten beabsichtigt diese Arbeit, die einfühend dargestellten evidenzbasierten Befundlagen anderer Wissenschaftsdisziplinen zur Kenntnis zu nehmen (Kapitel 1, II.). Wie diese Arbeit herausarbeiten wird, ist der Normalitätsbegriff der Verfassungsrechtswissenschaft aufgrund wirkmächtiger Hintergrundannahmen mit Blick auf die Anerkennung von reproduktiven Freiheiten deutlich enger als es die Forschung anderer Disziplinen nahelegt (Kapitel 3,

Frauen mit geringem Einkommen sind alarmierend, vgl. *pro familia Bundesverband* (Hrsg.), Modellprojekt biko, Abschlussbericht 2019, insb. 94 f., 99–102.

⁷⁰ Ebenso *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 15 f. Allgemein scheint es mit Blick auf Zugangsfragen im weit verstandenen Sinne in reproduktiven Kontexten noch große Forschungslücken zu geben.

⁷¹ BVerfG, Urteil vom 28. Februar 2007 – 1 BvL 5/03 –, juris Rn. 40.

⁷² BVerfG, Urteil vom 9. Februar 2010 – 1 BvL 1/09 –, juris Rn. 133, 135; vgl. auch Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 354 ff., insb. 363, 365, 368, wonach der Staat zur Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Schutzes des ungeborenen Lebens für eine wohnortnahe ärztliche Betreuung und Versorgung zu sorgen hat; statt vieler *Baer*, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), 290–354 (321 f.); vgl. aus sozialrechtlicher Perspektive: *Wersig/Dern*, info also 2020, 56–61.

⁷³ Vgl. *Wapler*, Die Öffnung der Ehe und ihre Folgen, 2018, 19; *Kersten*, NVwZ 2018, 1248–1254 (1252). Für eine Herleitung aus Art. 6 Abs. 1: *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 134 f.; aus Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG wohl: BVerfG, Urteil vom 28. Februar 2007 – 1 BvL 5/03 –, juris Rn. 39; *Wapler*, Die Öffnung der Ehe und ihre Folgen, 2018, 19.

⁷⁴ Ähnlich *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, 312: „Verteilungsfragen sind geradezu das politische Kerngeschäft“.

VI., Kapitel 4, X.). Es kann jedoch als Aufgabe der Rechtswissenschaft begriffen werden, bewusst und informiert diese Hintergrundannahmen zu reflektieren, um wissend urteilen zu können.⁷⁵

2. Umfang des Begriffs der reproduktiven Freiheiten

In Anschluss an die Arbeiten von *Büchler*, *Bleisch*, *Coester-Waltjen* und *Wapler* und in Übereinstimmung mit Stimmen im angloamerikanischen Raum wird dieser Arbeit ein umfassendes Verständnis von reproduktiven Freiheiten zugrunde gelegt, welches sich auf Entscheidungsfreiheiten zur Verhinderung einer Zeugung, auf die Zeugung selbst inklusive der ärztlich assistierten Reproduktion sowie auf den Bereich der Schwangerschaft und die Geburt erstreckt.⁷⁶ Der vollendete Geburtsvorgang stellt damit die äußere Grenze dieses Begriffs dar.⁷⁷ Diese Begrenzung lässt sich damit begründen, dass die Geburt ein erkennbar einschneidendes Ereignis für die gebärende Frau, für den geborenen Menschen und deren Umfeld darstellt.⁷⁸ Nach dieser Vorstellung wird die sich entwickelnde Beziehung zwischen Schwangerer und Ungeborenem gerade nicht gelegnet.⁷⁹ Vielmehr wird die *Geburt als Zäsur* eines beziehungsorien-

⁷⁵ *Schweigler*, ARSP 2018, 362–379 (379). Vgl. *Baer*, Rechtssoziologie, 4. Auflage 2021, 57 f.: „Vorurteile sind Annahmen im Hinterkopf. Manche kennen wir, aber meist sind sie uns aktuell nicht bewusst. Dann sind sie auch besonders wirksam: als das, was wir für selbstverständlich halten, für normal, für etwas, das unhinterfragt stehen bleiben kann. Wer dem folgt, urteilt nicht wissend, sondern ignoriert, was wir wissen (und kritisch überdenken) können.“

⁷⁶ *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 7, 28 f., 138 f., *passim*; *Wapler* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2018, 185–213 (187), *passim*. Siehe auch *Bleisch/Büchler*, Kinder wollen, 2020, 37–46. Im angloamerikanischen Raum vertreten dieses Verständnis etwa *Jackson*, Regulation Reproduction, Law, Technology and Autonomy, 2001, 1, *passim*; grundlegend mit umfassender Theoretisierung *Nelson*, Law, Policy and Reproductive Autonomy, 2013.

⁷⁷ Ebenso *Beier/Wiesemann* in: *Wiesemann/Simon* (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 205–221 (220); wohl *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 117.

⁷⁸ *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 117; zur moralischen Bedeutung der Geburt als relevante Zäsur grundlegend *Wiesemann*, Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen, 2006, 82 ff., insb. 85 ff.: „Geboren zu sein bedeutet also nichts anderes als über die praktischen und das heißt leiblichen Voraussetzungen zu verfügen, die notwendig sind, damit Rechte anwendbar sind.“ (S. 87) Diese moralische Begründung hat den Vorteil, gerade „keine Aussagen über das Wesen des Menschen oder seine für den moralischen Umgang mit ihm relevanten Eigenschaften zu bedingen.“ (S. 87).

⁷⁹ Grundlegend zu dieser beziehungsorientierten Perspektive *Wiesemann*, Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen, 2006, 33 ff., 125 ff.

tierten Lebensbereichs begriffen, bei dem der geborene Mensch nun eigenständig seiner Umwelt gegenüber treten kann.⁸⁰ In *Wiesemanns* Worten wird der geborene Mensch damit aus der leiblichen Einheit und organischen Koexistenz mit der Mutter in eine eigenständige leibliche Existenz entlassen.⁸¹ Anders als in Konzepten der reproduktiven Gerechtigkeit werden damit auch keine Fragen der Elternschaft nach der Geburt miteinbezogen. Denn erstens ist der Lebensbereich der Reproduktion in Abgrenzung zu rechtlichen Fragen der Elternschaft besonders mit Fragen der physischen und psychischen Integrität, etwa bei einer Sterilisation, bei der Inanspruchnahme einer reproduktionsmedizinischen Maßnahme, einer Schwangerschaft oder einer Geburt, verbunden.⁸² Zweitens widmen sich verfassungsrechtliche Fragen der Elternschaft gänzlich anderen Problemlagen und betreffen primär die einfachrechtlichen Normen der Eltern-Kind-Zuordnung (§§ 1591 ff. BGB).⁸³

Das dieser Arbeit zugrundeliegende Verständnis reproduktiver Freiheiten erstreckt sich damit auf die Inanspruchnahme von Verhütungsmitteln, auf Eingriffe in die Reproduktionsfähigkeit (Sterilisation, Kastration), auf die grundsätzliche Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden, auf eine diskriminierungsfreie Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren mit der Möglichkeit, freiwillig handelnde Dritte hinzuzuziehen, auf ein Recht auf Wissen und Nichtwissen genetischer Informationen über den Embryo sowie auf selbstbestimmte Entscheidungen bei medizinischen Interventionen während der Schwangerschaft und der Geburt.⁸⁴ *Einwände* gegen ein solches freiheitsrechtliches Verständnis im Kontext reproduktiver Entscheidungen lassen sich aus unterschiedlichen Perspektiven formulieren. Reproduktive Entscheidungsfreiheit kann als solche in Frage gestellt werden, wenn etwa die Entscheidung *gegen* Kinder als *demographisches* Problem einer (Selbstverwirklichungs-)Gesellschaft, und zwar, wie die Sozialforschung belegt, insbesondere als Problem der darin lebenden kinderlosen Frauen (Kapitel 1, II.), verstanden wird.⁸⁵ Ge-

⁸⁰ *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 27 f., 117; *Wiesemann*, Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen, 2006, 72–76, 82; *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 88.

⁸¹ *Wiesemann*, Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen, 2006, 82.

⁸² Vgl. *Beier/Wiesemann* in: *Wiesemann/Simon* (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 205–221 (208, 220).

⁸³ *Klein* in: *Rendtorff/Mahs/Warmuth* (Hrsg.), Geschlechterverwirrungen, 2020, 229–236; vgl. auch *Richarz*, RdJB 2019, 53–75 (61 ff., 65); monographisch dazu: *Reuß*, Theorie eines Elternschaftsrechts, 2018, insb. 192 ff., 285 f.; *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, insb. 144 ff., 147 ff., 197 ff., 228 ff., 263 ff., 272 ff., 311 ff., 359 ff.

⁸⁴ So bereits *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 7, 28 f., 138 f.

⁸⁵ Vgl. *Uhle* in: *Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 4; v. *Coelln* in: *Sachs*, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 6, 50; *Ipsen* in: *Handbuch des Staatsrechts VII*, 3. Auflage 2009, § 154 Rn. 15, 17, 21; *Robbers* in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, 7.

genläufige antinatalistische Positionen, die mit unterschiedlichen Zielsetzungen für eine Entscheidung *gegen* Kinder plädieren, haben bisher soweit ersichtlich noch keinen Eingang in die Verfassungsrechtsdebatte gefunden.⁸⁶ Eine Arbeit über reproduktive Freiheiten sieht sich zudem dem Umstand ausgesetzt, dass der Lebensbereich der Fortpflanzung traditionell im deutschen Verfassungsrechtsdiskurs von der Diskussion über den Status und das Recht auf Leben des *Embryos bzw. Fötus* (Art. 1 Abs. 1 bzw. Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) geprägt ist.⁸⁷ Zudem herrscht bis in die Gegenwart Uneinigkeit im deutschen Verfassungsrechtsdiskurs darüber, ob die Möglichkeiten der Reproduktionsmedizin als Instrument zur Selbstbestimmung gelten (können) oder umgekehrt als Bedrohung von Selbstbestimmung angesehen werden sollten.⁸⁸ Diesen Perspektiven und ihren Implikationen geht diese Arbeit in der Bestandsaufnahme und Analyse der Verfassungsrechtswissenschaften (Kapitel 4) nach.

3. Differenzierung des Begriffs der reproduktiven Freiheiten

Für die nachfolgende verfassungsrechtliche Analyse des Lebensbereichs der Fortpflanzung stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien der Begriff der reproduktiven Freiheiten differenziert werden sollte.

Für die *ethische* Debatte wird für ein ähnlich weites Verständnis von Reproduktion vorgeschlagen, zu differenzieren zwischen dem Recht, *kein* Kind zu haben, dem Recht, *ein* Kind zu haben und dem Recht, ein *bestimmtes* Kind zu haben.⁸⁹ Der Verfassungsrechtswissenschaftler *Hillgruber* unterscheidet zwischen dem Recht auf *ein* Kind, dem Recht auf ein eigenes, auf *mein* Kind und

Auflage 2018, Art. 6 Rn. 13, 46. Siehe auch zahlreiche Beiträge Anfang der 2000er-Jahre im Zuge der „Demographie“-Debatte und der politisch schrittweisen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften (LPartG, 16.2.2001, BGBl. I S. 266): *Di Fabio*, NJW 2003, 993–998 (994, 997 f.), *passim*; *Braun*, ZRP 2001, 14–18 (14, 16); *Burgi*, Der Staat 39 (2000), 487–508 (499 f.); *Pauly*, NJW 1997, 1955–1957 (1955); *Kirchhof*, AöR 129 (2004), 542–583 (544 f.); ebenso *Brosius-Gersdorf*, Demografischer Wandel und Familienförderung, 2011, 181 ff., insb. 187 ff., 191; *dies.* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 43, 88, 114, 129, aber für eine Verortung im Familiengrundrecht (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG).

⁸⁶ Antinatalistische Positionen sind allerdings kein neues Phänomen. Siehe zur philosophischen Debatte den Überblick bei *Büchler/Bleisch*, Kinder wollen, 2020, 85 ff. m. w. N. („Existenz als Zumutung“), 87 ff. („Elternschaft mit Lizenz?“). Siehe aus soziologischer Perspektive zu gegenwärtigen antinatalistischen Positionen im umweltpolitischen, völkisch-nationalistischen sowie feministisch-klimaaktivistischen Milieu: *Schultz* in: Kitchen Politics (Hrsg.): Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit, 2021, 97–123 (insb. 108–113 m. w. N.)

⁸⁷ Siehe Kapitel 4, IX.

⁸⁸ Vgl. etwa *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (38, 43), *passim*; *Flügge* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2018, 239–249 (248), *passim*.

⁸⁹ *Beier/Wiesemann* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 205–221.

dem Recht auf ein *gesundes* Kind.⁹⁰ Zwar bestechen diese Differenzierungen auf den ersten Blick durch Klarheit und demonstrieren die Komplexität des Lebensbereichs der Reproduktion.⁹¹ Beide Differenzierungen erscheinen allerdings für eine verfassungsrechtliche Analyse ungeeignet: Erstens scheint es sich um wertbeladene Begriffe zu handeln, die ethische oder politische Überzeugungen zum Vorschein bringen. Zweitens suggerieren die gewählten Termini „Recht auf ein (bestimmtes) Kind“ und insbesondere das „Recht auf ein gesundes Kind“ eine vermeintliche Planbarkeit mit einem garantierten Erfolgseintritt. Somit bilden diese Begriffe die Nicht-Steuerbarkeit, die den Bereich der Reproduktion trotz technischer Entwicklungen und medizinischer Machbarkeit weiterhin auszeichnet (Kapitel 1, II.), gerade unzureichend ab. Drittens heben die genannten Begriffe zwar das Selbstbestimmungsanliegen der Beteiligten hervor, vermögen jedoch die zahlreichen Ambivalenzen und Entscheidungsnot, mit denen Menschen mit unerfüllten Kinderwünschen bei der Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren, bei genetischen Untersuchungen oder Personen bei einer ungewollten Schwangerschaft konfrontiert sein können, nicht ausreichend zu erfassen.⁹² Viertens, und das ist zentral, rufen die Begriffe „Recht auf ein Kind“ oder „Recht auf ein gesundes Kind“ fälschlicherweise Assoziationen eines grundrechtlichen *Anspruchs* auf ein (bestimmtes) Kind im Sinne einer leistungsrechtlichen Grundrechtsdimension hervor und laufen damit Gefahr, gerade die abwehrrrechtliche Dimension reproduktiver Freiheiten zu verschleiern.⁹³

Der Begriff der *reproduktiven Freiheiten* soll dagegen gerade verdeutlichen, dass es überwiegend um die Gewährleistung fundamentaler Freiheitsrechte geht, freilich gerade ohne Garantie eines Erfolgseintritts. Die *Freiheit vor staatlichen Eingriffen* in die Reproduktion ist sowohl betroffen bei der Freiheit, sich fortzupflanzen (etwa § 173 Abs. 2 S. 2 StGB, § 8 Abs. 1 Nr. 3 TSG a. F., § 1905 BGB), wozu auch die *abwehrrrechtliche* Freiheit, reproduktionsmedizinische Verfahren in Anspruch zu nehmen, gehört (etwa §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 5 ESchG); als auch bei der Freiheit, sich nicht fortzupflanzen (etwa §§ 218 ff. StGB). Aus diesen reproduktiven Freiheiten ergibt sich unabhängig der grundrechtlichen Verortung grundsätzlich kein verfassungsrechtlicher *Anspruch* auf *Zulassung* etwa einer neuen Verhütungsmethode oder eines reproduktionsmedizinischen Verfahrens (wie der Eizellspende), denn eine solche Zulassung

⁹⁰ Hillgruber, JZ 2020, 12–20.

⁹¹ Vgl. Büchler, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 6.

⁹² Vgl. zu diesen Aspekten Büchler, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 1, 29.

⁹³ Ebenso der Hinweis bei Büchler, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 3. Verzerrend insofern Hillgruber, JZ 2020, 12–20 (12): „Wünsche verwandeln sich in unserer Gesellschaft mitunter in vermeintliche Rechtsansprüche; aus einem gehegten, innigen Kinderwunsch wird ein gebieterisch eingefordertes „Recht auf ein (eigenes) Kind“, das dann noch bestimmten Anforderungen genügen soll“.

liegt zunächst im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, der eigene Abwägungen anstellen darf.⁹⁴ Ebenso gibt es keinen aus dem Grundgesetz abzuleitenden grundsätzlichen *Anspruch* auf *Finanzierung* oder *finanzielle Unterstützung* eines reproduktionsmedizinischen Verfahrens⁹⁵, wobei bei einer staatlichen Förderung der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) zu beachten ist.⁹⁶

Büchler erwägt für den rechtlichen, jedoch nicht verfassungsrechtlichen Diskurs die Differenzierung zwischen einer *negativen reproduktiven Freiheit* und der positiven *reproduktiven Autonomie*.⁹⁷ *Coester-Waltjen* schlägt für den Verfassungsrechtsdiskurs vor, zwischen einer negativen Fortpflanzungsfreiheit, verstanden als „kein Zwang, Kinder zu zeugen“, und einer positiven Freiheit, beschrieben als „kein Verbot, Kinder zu zeugen“, zu unterscheiden (Art. 6 Abs. 1 und Abs. 4 GG).⁹⁸ Zur negativen Fortpflanzungsfreiheit zählt sie die Entscheidung über einen Schwangerschaftsabbruch⁹⁹ und die Inanspruchnahme einer Präimplantationsdiagnostik.¹⁰⁰ Als Einschränkungen der positiven Fortpflanzungsfreiheit werden das strafrechtliche Inzestverbot (§ 173 Abs. 2 StGB)¹⁰¹, die Unzulässigkeit von Sterilisationen (§ 1631c BGB, § 1905 BGB)¹⁰² wie die im Embryonenschutzgesetz verankerten Verbote der Eizellspende, Leihmutterschaft und Embryonenspende diskutiert.¹⁰³ In eine ähnliche

⁹⁴ Vgl. *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie: Impulse aus Recht, Theologie und Medizin*, 107–147 (137); *dies.*, *Die Öffnung der Ehe und ihre Folgen*, 2018, 18; *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 15 f.; anders *Kersten*, *NVwZ* 2018, 1248–1254 (1248, 1249, 1251, 1254), *passim*.

⁹⁵ BVerfG, Urteil vom 28. Februar 2007 – 1 BvL 5/03 –, juris Rn. 40; *Wapler*, *Die Öffnung der Ehe und ihre Folgen*, 2018, 18; *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 15; anders *Kersten*, *NVwZ* 2018, 1248–1254 (1251 f.).

⁹⁶ Vgl. *Wapler*, *Die Öffnung der Ehe und ihre Folgen*, 2018, 19; *Kersten*, *NVwZ* 2018, 1248–1254 (1252). Für eine Herleitung aus Art. 6 Abs. 1: *Brosius-Gersdorf* in *Dreier*, Art. 6 Rn. 134 f.; aus Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG wohl: BVerfG, Urteil vom 28. Februar 2007 – 1 BvL 5/03 –, juris Rn. 39; *Wapler*, *Die Öffnung der Ehe und ihre Folgen*, 2018, 19.

⁹⁷ *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 6.

⁹⁸ *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (223 f.). Persönlichkeitsrechte einer aktuell oder potentiell schwangeren Frau wirken nach *Coester-Waltjen* über die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) in die Fragen der Entscheidungskompetenz hinein (ebd., 224).

⁹⁹ *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (224).

¹⁰⁰ *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (231).

¹⁰¹ *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (224).

¹⁰² *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (224).

¹⁰³ *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (226, 229 f.), denen sie offenbar kritisch gegenübersteht.

inhaltliche Richtung geht wohl auch der Vorschlag von *Brosius-Gersdorf*, welche im Rahmen der Familiengründungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) unterscheidet zwischen dem *positiven Recht*, autonom zu entscheiden, wann und mit welchem Partner eine Familie gegründet werden soll und wie viele Kinder gewünscht sind, und dem *negativen Recht*, keine Familie zu gründen.¹⁰⁴

Für die nachfolgende Analyse wähle ich in Anschluss und Weiterentwicklung von *Brosius-Gersdorf* und *Coester-Waltjen* die Differenzierung zwischen *negativen und positiven reproduktiven Freiheiten*. Es verbleibt allerdings ein Rest meiner anfänglichen Unsicherheit mit Blick auf die Frage, ob und auf welche Weise die verschiedenen Dimensionen des Lebensbereichs der Reproduktion überhaupt gebündelt werden können. Zudem vermag eine dichotome Erfassung positiver und negativer reproduktiver Freiheiten gerade „das Geflecht und die Komplexität von Entscheidungen, die Frauen und Personen in den verschiedenen Situationen treffen wollen und treffen müssen, längst nicht mehr adäquat abzubilden“.¹⁰⁵ Gleichwohl scheint mir die Differenzierung zwischen negativen und positiven reproduktiven Freiheiten aus vier Gründen geeignet. Erstens entspricht eine Differenzierung nach positiven und negativen Freiheiten der allgemeinen Grundrechtsdogmatik; wengleich mit dem Begriffsvorschlag gerade noch *keine* grundrechtliche Verortung dieser Freiheiten einhergehen soll (siehe dazu Kapitel 6, III.). Zweitens ermöglicht diese Differenzierung eine Überprüfung, ob die Entscheidung, keine Kinder bekommen zu wollen, in der Verfassungsrechtswissenschaft als ein der Entscheidung für Kinder gleichrangiger Grundrechtsgebrauch betrachtet wird. Drittens erscheint mir diese Begriffsdifferenzierung gerade aus letzterem Grund geeignet für eine Analyse von Rechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft, weil der Terminus, anders als etwa der Begriff der reproduktiven *Selbstbestimmung*, vorerst keine Aussage über die grundrechtliche Verortung dieser Freiheiten impliziert, sondern gerade eine differenzierte Betrachtung grundrechtlicher Verankerung ermöglicht. Viertens handelt es sich um weitestgehend wertneutrale Begriffe, die dazu dienen sollen, zunächst Verbindungslinien zwischen einzelnen reproduktiven Entscheidungsfreiheiten ziehen zu können, um sodann eine sachliche Diskussion zu ermöglichen.

4. Abgrenzungen und Überschneidungen

Bisheriges Ziel war es, unterschiedliche konzeptuelle Verständnisse von reproduktiver Gesundheit, Autonomie und Gerechtigkeit samt ihren Gemeinsamkeiten herauszuarbeiten. Daraufhin unterbreitete ich den Begriff der reproduktiven Freiheiten, der als Einordnungs- und Kritikmaßstab konzipiert ist, um den Verfassungsrechtsdiskurs zu erörtern. Im Folgenden gilt es, Abgrenzungen und

¹⁰⁴ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 115, 117.

¹⁰⁵ *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 29.

Überschneidungen dieses Begriffs mit anerkannten grundrechtlichen Freiheiten nachzugehen.

a) Reproduktive Freiheiten und das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)

Wenngleich sexuelle und reproduktive Gesundheit und Rechte (SRGR) besonders im internationalen Kontext oft gemeinsam erwähnt werden, sind reproduktive Freiheiten analytisch vom *Recht auf sexuelle Selbstbestimmung* (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) zu unterscheiden.¹⁰⁶ Wie *Wapler* es prägnant formulierte, gibt es sexuelle Handlungen ohne Reproduktion und Reproduktion ohne sexuelles Handeln.¹⁰⁷ Vor dem Hintergrund, dass in der Verfassungsrechtswissenschaft allerdings oft noch nicht ausreichend zwischen sexuellen und reproduktiven Freiheiten differenziert wird, gilt es diesen lebenspraktischen Umstand vorweg zu präzisieren.

Zutreffend ist zunächst, dass verschiedengeschlechtliche Personen koitalen Geschlechtsverkehr miteinander haben können und sich zeitgleich beabsichtigt oder unbeabsichtigt fortpflanzen können. In ihrem Lebensverlauf hegen Frauen und Männer jedoch nur für wenige Jahre einen *aktuellen* Kinderwunsch. Die meisten Menschen sind vielmehr Jahrzehnte in ihrem Leben mit Fragen der Verhütung beschäftigt („reproduktiver Lebenslauf“).¹⁰⁸ Zur Lebensrealität gehört damit, dass der Eintritt einer Schwangerschaft abhängt von heterosexuellen Kontakten, vom Verhütungsverhalten und von der Wahrscheinlichkeit des Versagens einer Verhütungsmethode sowie etwa vom Alter der Personen, die miteinander sexuell aktiv sind.¹⁰⁹ Demnach lässt sich durch Verhütungsmethoden und reproduktionsmedizinische Verfahren eine doppelte Entkopplung von Sexualitäten und Reproduktion festhalten: Personen haben Geschlechtsverkehr

¹⁰⁶ Grundlegend zum Recht auf sexuelle Selbstbestimmung *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, die ebenfalls auf die Notwendigkeit einer analytischen Differenzierung verweist, 401–404 und zugleich auf die fehlende Konzeptualisierung reproduktiver Freiheiten hinweist: „Reproduktive Rechte werden in der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft eher stiefmütterlich behandelt. Leerstellen bestehen insbesondere hinsichtlich der dogmatischen Herleitung und Konzeption des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung als Ausprägung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG.“ (S. 402).

¹⁰⁷ *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (191).

¹⁰⁸ BZgA (Hrg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 64 ff., 100 ff., 113 ff., siehe dort zum Begriffsverständnis: „Als „reproduktiver Lebenslauf“ wird die Abfolge von Lebensphasen und Lebensformen ohne oder mit Partner sowie ohne oder mit Kind(ern) bezeichnet.“ (S. 67), für unterschiedliche Dimensionen der „biografischen Dynamik“ der reproduktiven Lebensläufe siehe ebd.; siehe ebenso BMFSFJ (Hrsg.), *Kinderlose Frauen und Männer*, 2014, 5, 58, *passim*.

¹⁰⁹ BZgA (Hrg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 25.

im engeren Sinne oder, begrifflich weiter und zutreffender, sie sind *sexuell* aktiv, ohne sich dabei fortzupflanzen.¹¹⁰ Menschen können Kinder ohne sexuelle Interaktion zeugen. Eine Schwangerschaft lässt sich mithilfe einer privaten Samenspende ohne koitalen Geschlechtsverkehr, mit technisch einfachen Mitteln und ohne ärztliche Assistenz herbeiführen (sog. Bechermethode).¹¹¹ Zahlreiche weitere reproduktive Freiheiten in dem dieser Arbeit zugrunde gelegten Begriffsverständnis werden ohne sexuelle Aktivitäten realisiert. Keinen Bezug zu sexuellen Handlungen weisen etwa Beratungsgespräche oder ärztliche Eingriffe im Kontext von Zeugung (etwa die Inanspruchnahme einer In-vitro-Fertilisation), während der Schwangerschaft (Untersuchungen bei der schwangeren Frau und/oder des Embryos; medikamentöse oder chirurgische Methoden des Schwangerschaftsabbruchs) oder Interventionen während der Geburt auf. Zudem ist das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts *eigenständig* geschützt (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG).¹¹² Wie herauszuarbeiten und näher zu begründen sein wird, sind die einzelnen Teilbereiche des Begriffs der reproduktiven Freiheiten dementsprechend auch grundrechtlich losgelöst vom Recht auf sexuelle Selbstbestimmung geschützt.¹¹³

¹¹⁰ Zum Begriff der Sexualitäten siehe *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, 31 ff.: „Sex wird weit verstanden, insbesondere ist nicht ausschließlich heterosexueller, koitaler Geschlechtsverkehr gemeint, sondern jede gewollte sexuelle Handlung“ (S. 31). Erfasst werden sollen damit in einem umfassenden Sinne „Penetrationssex (Vaginalverkehr, Analverkehr), Oralverkehr, Berühren, Massieren, Streicheln, Lecken, Küssen primärer und sekundärer Geschlechtsmerkmale, aber auch anderer erogener Körperstellen sowie jede darüber hinausgehende, individuell auf Stimulation, Befriedigung, Lust ausgerichtete Tätigkeit.“ (S. 32).

¹¹¹ Auf diversen Internetplattformen lassen sich inzwischen Angebote von und Nachfragen nach privaten, zum Teil anonymen Samenspendern finden, etwa <https://www.familyship.org> (zuletzt 27.12.2022) oder <https://www.spendesperma.com> (zuletzt 27.12.2022). Siehe zur unsicheren Rechtslage der privaten Samenspende die BGH-Entscheidung: BGH, Beschluss vom 16. Juni 2021 – XII ZB 58/20 –, juris Rn. 23, 41, 44, wonach dem privaten Samenspender dann ein Umgangsrecht (§ 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB) mit dem so geborenen Kind zukommt, wenn er mit den anderen Beteiligten bereits vor der Zeugung einen späteren Kontakt zwischen ihm und dem Kind einvernehmlich geplant hat, sodann später ein ernsthaftes Interesse am Kind gezeigt hat und der Umgang dem Kindeswohl dient, wobei er die alleinige Erziehungsverantwortung der Eltern zu respektieren hat.

¹¹² Grundlegend *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, insb. 365 ff.

¹¹³ Ebenso *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (191); *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, 402; unscharf: *Dreier* in: *Dreier*, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 37, 94, anders: *Sacksofsky*, *Merkur* 859 (2020), 32–44 (35), die der Auffassung ist, dass die reproduktive Freiheit als freie Entscheidung für oder gegen eine Schwangerschaft, vom Recht auf *sexuelle* Selbstbestimmung umfasst ist.

Dennoch gibt es Konstellationen, in denen sexuelle und reproduktive Belange von Individuen gleichermaßen betroffen sind, so zum Beispiel beim Zugang zu und der Anwendung von *Verhütungsmethoden*. Haben Personen keinen Zugang zu sicheren und für sie bezahlbaren Verhütungsmethoden, so kann dieser Umstand zunächst Auswirkungen auf ihre *sexuelle Gesundheit* und *Selbstbestimmung* haben.¹¹⁴ Bei der Ausübung von koitalem Geschlechtsverkehr sind insbesondere Frauen daneben in ihrer *reproduktiven Gesundheit und Autonomie* betroffen, weil sie sich je nach Alter und Intention dem Risiko einer unbeabsichtigten, also ungeplanten und gegebenenfalls ungewollten Schwangerschaft aussetzen. Die *sexuelle* und *reproduktive Gesundheit* wird folglich durch das Recht auf *sexuelle* Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), das Recht auf *reproduktive* Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie das Recht auf *körperliche* Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) geschützt.¹¹⁵ *Reproduktive Selbstbestimmung* gewährleistet in diesem Zusammenhang damit die Selbstbestimmung über die *potentiellen* Folgen sexueller Handlungen und sichert zugleich die Entfaltungsbedingungen der *sexuellen* Selbstbestimmung ab.¹¹⁶

Dementsprechend unterbreitet diese Arbeit den Vorschlag, *analytisch* zwischen Sexualitäten und *reproduktivem Geschlechtsverkehr* zu unterscheiden. Diese Begriffsdifferenzierung trägt damit zum einen der Vielfalt von sexuellem Begehren und sexuellen Praktiken Rechnung. Zum anderen spiegelt diese analytische Differenzierung die Erkenntnisse aus der Lebenspraxis wider, in der Sexualität und Reproduktion über einen langen Zeitraum hinweg im Leben von Menschen getrennt voneinander stattfinden. Mit dem Begriff des reproduktiven Geschlechtsverkehrs meine ich Geschlechtsverkehr, bei dem die Fortpflanzung das *mögliche Resultat* des Geschlechtsverkehrs ist, also in aller Regel der *ungeschützte koitale* Geschlechtsverkehr zwischen verschiedengeschlechtlichen Personen. Fortpflanzung als *mögliches* Resultat des Ge-

¹¹⁴ Valentiner, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, 402. Vgl. bereits BZgA (Hrg.), Frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen, 2016, insb. 114 ff., 126, 132, wonach Kosten eine Zugangsbarriere zur Verhütung darstellen. Siehe ebenso die alarmierenden Ergebnisse des Modellprojekts „biko“ zur Verhütungsmittelversorgung von Frauen mit geringem Einkommen, vgl. *pro familia Bundesverband* (Hrsg.), Modellprojekt biko, Abschlussbericht 2019, insb. 94 f., 99–102: „Die Beraterinnen vor Ort waren mit Berichten von Frauen konfrontiert, die sich bspw. zwischen dem Schulranzen für ihr Kind oder für die eigene Verhütung entscheiden mussten. Andere Frauen berichteten über Sparstrategien, dass sie bspw. begannen die Pille zu ‚strecken‘, also mit Pausen einzunehmen, damit sie länger hält. Dies hat Konsequenzen für die Verhütungssicherheit und die Gesundheit der Frauen.“ (S. 99). Siehe ebenso zur überdurchschnittlich häufig genannten Nichtverhütung aus finanziellen Gründen bei Befragten mit einfacher Bildung, jedoch ohne weitere Einordnung BZgA (Hrsg.), Verhütungsverhalten Erwachsener, 2019, 8 f.

¹¹⁵ Valentiner, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, 402.

¹¹⁶ Valentiner, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, 402.

schlechtsverkehrs soll den Umstand umschreiben, dass die Zeugung weder gewollt bzw. geplant sein muss noch notwendigerweise *tatsächlich* eintritt. Es kann einerseits versucht werden, den Eintritt einer Schwangerschaft durch die Anwendung von Verhütungsmitteln zu verhindern. Andererseits kann versucht werden, eine Schwangerschaft zu ermöglichen oder sie jedenfalls in Kauf zu nehmen im Sinne eines Auf-Sich-zu-Kommen-Lassens.¹¹⁷ Schwangerwerden kann je nach Intentionen und Lebenssituation der Beteiligten, das zeigt die geschilderte sozialwissenschaftliche Forschung (Kapitel 1, II.), als Glück oder Unglück inklusive aller Ambivalenzen dieser Gefühle empfunden werden.

b) Reproduktive Freiheiten und das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG)

Während, wie eingangs dargelegt, das internationale Recht reproduktive Gesundheit umfassend als einen Idealzustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens, als nicht nur Freisein von Krankheit und Gebrechen umschreibt, schützt die deutsche Verfassung nach dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zunächst ein Recht auf *körperliche* Unversehrtheit und nicht die „Gesundheit“. Zweifelsohne schützt die Norm damit vor staatlichen Eingriffen in die körperliche Integrität.¹¹⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb etwa einen staatlichen Eingriff in die *reproduktive Fähigkeit* von Menschen explizit unter den Schutz von Art. 2 Abs. 2 GG gestellt.¹¹⁹ Nach gefestigter Auffassung in Rechtsprechung und Literatur schützt das Grundrecht auch vor Eingriffen in die *psychische* Gesundheit von Menschen, wenn auch Uneinigkeit darüber besteht, wie weit der Schutz bei psychischen Beeinträchtigungen reicht.¹²⁰ Ein umfassender Gesundheitsbegriff als Idealzustand verschiedener Dimensionen des Wohlbefindens, wie es etwa die Begriffsdefinition der reproduktiven Gesundheit im internationalen Recht beschreibt und wie es etwa Art. 161 WRV garantierte, wird dagegen weiterhin für den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG abgelehnt.¹²¹

¹¹⁷ Statt vieler betonen diesen Aspekt ebenso *Büchler/Bleisch*, Kinder wollen, 2020, 76.

¹¹⁸ Umstritten ist allerdings, ob auch geringfügige Maßnahmen unter den Schutzbereich fallen, zu Recht bejahend: *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 47 f., 50 f., 55; *Lorenz* in: Bonner Kommentar, GG, 157. EL Juni 2012, Art. 2 Abs. 2 Rn. 457; a. A. *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 118.

¹¹⁹ BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2011 – 1 BvR 3295/07 –, juris Rn. 74.

¹²⁰ Engeres Verständnis etwa *Di Fabio* in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Bearbeitungsstand: Februar 2004, Werkstand: 95. EL Juli 2021, Art. 2 Abs. 2 Rn. 55; weiteres Verständnis *Schulze-Fielitz* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 33 m. w. N.; wohl dazwischen *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 116 f. m. w. N. (eher eng), dagegen Rn. 121 (weiter).

¹²¹ *Di Fabio* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Februar 2004, Art. 2 Abs. 2 Rn. 57; *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 116 m. w. N.

Weil Reproduktion im Körper von *Frauen* bzw. genauer im Körper von allen Personen, die schwanger werden und Kinder gebären können, stattfindet, sind die Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren, aber auch Schwangerschaft und Geburt für diese Personengruppe mit intensiven „leiblichen Erfahrungen“ verbunden.¹²² Der gesamte Lebensbereich ist damit gerade für Frauen mit in diesem Sinne einschneidenden leiblichen Erfahrungen verbunden, etwa die Anwendung von hormonellen Verhütungsmethoden, eine hormonelle Behandlung im Rahmen eines reproduktionsmedizinischen Verfahrens, aber auch Untersuchungen und medizinische Interventionen während der Schwangerschaft und der Geburt. Aus diesem Grund spielt das grundrechtlich verbriefte Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) in reproduktiven Kontexten, während der Schwangerschaft und der Geburt eine zentrale Rolle. Die Verfassungsrechtsliteratur hingegen nimmt Reproduktion, Schwangerschaft und Geburt bisher kaum als leibliche Erfahrungen in den Blick und übersieht damit häufig den Gesundheitsaspekt und die Bedürfnisse der Individuen in reproduktiven Kontexten.¹²³

¹²² Siehe zu diesen „leiblichen Erfahrungen“ *Wiesemann*, Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen, 2006, 12, 102 ff. *passim*; *Beier/Wiesemann* in: *Wiesemann/Simon* (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 205–221 (206).

¹²³ Statt vieler explizit *Hufen*, *MedR* 2001, 440–451 (444); *Wapler* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (191); *dies.* in: *Dreier* (Hrsg.), *GG I*, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 122, 130, 138; siehe auch *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 19, 79 f., 136, 137 f. In der angloamerikanischen Debatte wird dieser Aspekt unter dem Begriff der „bodily integrity“ diskutiert: *Nelson*, *Law, Policy and Reproductive Autonomy*, 2013, 56 ff., 62 ff. Vgl. auch EGMR, *Boso/Italien*, Urteil vom 5. September 2002, Nr. 50490/99, S. 5 f.: „The Court considers that any interpretation of a potential father’s rights under Article 8 of the Convention when the mother intends to have an abortion should above all take into account her rights, as she is the person primarily concerned by the pregnancy and its continuation or termination.“

Kapitel 3

Reproduktive Freiheiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

I. Einleitung

Eine erste Lektüre des Grundgesetzes ist für eine Arbeit über die Verankerung reproduktiver Freiheiten in der Verfassung wenig ergiebig. Reproduktion, Fortpflanzung oder verwandte Begriffe, die auf grundrechtlich verbrieft reproduktive Freiheiten schließen lassen könnten, finden sich nicht explizit im Verfassungstext. Doch wie diese Arbeit herausarbeiten wird, sind unserer Verfassung, welche die Menschenwürde an ihren Anfang und Freiheiten und Gleichheit von Individuen zentral platziert (Art. 1–19 GG), wichtige Maßstäbe für die Ermöglichung selbstbestimmter Entscheidungen im Kontext der Fortpflanzung zu entnehmen (Kapitel 6). Explizit schützt das Grundgesetz das Recht des Einzelnen auf „freie Entfaltung seiner Persönlichkeit“ (Art. 2 Abs. 1 GG) sowie das „Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit“ (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG). Ausdrückliche Erwähnung finden daneben die Begriffe „Ehe und Familie“ (Art. 6 Abs. 1 GG), das „Recht der Eltern“ (Art. 6 Abs. 2 GG) und der „Anspruch jeder Mutter auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft“ (Art. 6 Abs. 4 GG). Zu den wesentlichen Grundlagen der Verfassungsordnung gehören zudem der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und die Diskriminierungsverbote in Art. 3 Abs. 3 GG.

Im Zentrum dieses Kapitels steht eine systematische wie reflexive Rekonstruktion der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Bisher fehlt es an einer lebensweltlich orientierten Bestandsaufnahme und Analyse der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auf dem Gebiet der Fortpflanzung aus individualfreiheitsrechtlicher Perspektive. Die nachfolgende Rekonstruktion der Rechtsprechung erfolgt mithilfe des eingangs erarbeiteten Analysebegriffs der *reproduktiven Freiheiten*, der sich auf reproduktive Entscheidungen des Individuums vom Akt der Zeugung über die Lebensphase der Schwangerschaft bis hin zur Geburt erstreckt (Kapitel 2, II.). Diesen Begriff versteht diese Arbeit als Einordnungs- und Kritikmaßstab, um den Verfassungsrechtsdiskurs, bestehend aus bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung (Kapitel 3) und Literatur (Kapitel 4), zu verstehen. Ziel dieses Kapitels ist es deshalb in einem ersten Schritt, die wesentlichen Entscheidungen der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Lebensbereich Reproduktion seit dem Jahr 1951

aus individualfreiheitsrechtlicher Perspektive überhaupt zu erfassen. Im Anschluss erfolgt eine Einordnung der Entscheidungen, was jeweils im Rahmen der Zusammenfassung und Würdigung geschieht.

Zum Verständnis der Konzeption dieser Rekonstruktion der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erscheinen vorweg die folgenden Anmerkungen wichtig. Diese rechtswissenschaftliche Arbeit verfolgt weder das Ziel noch den Anspruch einer kulturwissenschaftlichen Diskursanalyse oder einer diskurstheoretischen Analyse.¹ Gleichwohl ist es Anliegen dieser Arbeit, eine systematische und reflexive Rekonstruktion von bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen vorzunehmen.² Dabei steht eine solche Rekonstruktion der Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen vor zwei systemimmanenten Herausforderungen. Zum einen gilt an deutschen Gerichten ein Beratungsgeheimnis (§ 43 DRiG), weshalb über den Weg hin zu einer Entscheidung (interne Beratungen, Aktenvermerke, Entscheidungsentwürfe), also über das Zustandekommen der Gerichtsentscheidung, für die Öffentlichkeit wenig bekannt ist.³ Aus diesem Grund fokussiert sich diese Arbeit notwendigerweise auf das Ergebnis der Entscheidungen und die Entscheidungsbegründungen. Zum anderen nimmt das Bundesverfassungsgericht systembedingt nur punktuell und nur zu einzelnen Aspekten dieser Arbeit zugrunde gelegten Analysebegriffs der reproduktiven Freiheiten Stellung. Das Bundesverfassungsgericht wird nur auf Antrag tätig und verhandelt daher ausschließlich Fragen, die

¹ Siehe für einen ersten Überblick zu unterschiedlichen Konzepten, wie sich Recht analytisch erfassen und untersuchen lässt von *Luhmann, Weber* über *Habermas* bis *Foucault* und *MacKinnon*: *Baer, Rechtssoziologie*, 4. Auflage 2021, 119–164, speziell zur Diskurstheorie von *Habermas*, 147 ff. und zur Diskursanalyse von *Foucault* für die Rechtsforschung, 161 ff., 289 f.

² Zum Begriff der reflexiven Rechtswissenschaft siehe *Baer, Rechtssoziologie*, 4. Auflage 2021, 47. Methodisch inspiriert ist die Rechtsprechungsrekonstruktion dieser Arbeit zum einen von der verfassungsrechtstheoretischen Herangehensweise von *Mangold*, *Demokratische Inklusion durch Recht*, 22 ff., insb. 27 ff., 29 ff., die sich in Anlehnung an *Habermas* Diskurstheorie einer sog. rationalen Rekonstruktion des Antidiskriminierungsrechts bedient. Nach *Mangold*, *Demokratische Inklusion durch Recht*, 2021, 28 geht es bei einer solchen Rekonstruktion darum, „beobachtbare Rechtspraxis aus einer rechtsinternen Perspektive theoretisch zu verstehen.“ Zum anderen ist Ziel, den Blick dabei gerade auf Hintergrundannahmen zu richten. Siehe dazu *Schweigler*, ARSP 2018, 362–379 (377): „Dieses Außen-vor-Gelassene kann mittelbar Hinweise auf die Prämissen des Textes und so auf die im Hintergrund wirkenden Leitbilder geben.“

³ *Baer, Rechtssoziologie*, 4. Auflage 2021, 256 f. Durch Befragungen amtierender und ehemaliger Richterinnen und Richter des BVerfG zeigt eine Studie, dass der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess unter dem Einfluss zahlreicher Faktoren steht und zu einem erheblichen Maße von informellen Regeln geprägt ist, vgl. *Kranenpohl*, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses*, 2010, 81 ff., 439 ff., insb. 441 ff. Zustimmend *Baer, Rechtssoziologie*, 4. Auflage 2021, 257.

im Rahmen der anerkannten Verfahrensarten, etwa in Gestalt einer Verfassungsbeschwerde, vor Gericht eingebracht werden. Voraussetzung für eine Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts zur Verankerung reproduktiver Freiheiten im Grundgesetz ist daher, dass ein Verfahren überhaupt reproduktive Fragen zum Gegenstand hat. Äußerung und Entscheidungsbegründung des Bundesverfassungsgerichts hängen wiederum in entscheidendem Maße vom Inhalt der von den beschwerdeführenden Personen eingebrachten Rügen ab.⁴ Wenngleich es damit auf die Begründung der Verfassungsbeschwerde in erheblichem Maße ankommt, hat das Bundesverfassungsgericht durchaus bereits mehrfach nicht gerügte Verfassungsverstöße überprüft.⁵

Von den Inhalten des zugrunde gelegten Begriffs der reproduktiven Freiheiten (Kapitel 2, II.) waren bereits einige Bereiche Gegenstand bundesverfassungsgerichtlicher Verfahren.⁶ Als bekannteste Entscheidungen dürften die

⁴ Schon die Hürden einer Entscheidungsannahme des BVerfG (§ 93a BVerfGG), also der Frage, ob das Gericht überhaupt in der Sache entscheidet, sind groß: Das Gericht hat dabei die Möglichkeit der Entscheidungsannahme oder der Nichtannahme. Bei einer Nichtannahmeentscheidung, die eine Kammer (drei Richterinnen eines Senats) trifft, hat das Gericht die Möglichkeit, nicht jedoch die Pflicht, zur Begründung (§ 93 Abs. 1 S. 3 BVerfGG). In den letzten zehn Jahren bewegte sich die Anzahl der nicht angenommenen Verfassungsbeschwerden, diese machen über 96 Prozent aller Verfahrensarten aus, zwischen 5.000 und 6.000 pro Jahr, vgl. BVerfG, Jahresstatistik 2020, Plenar-, Senats-, Kammerentscheidungen nach Verfahrensarten. Damit das BVerfG eine eingegangene Beschwerde zur Entscheidung annimmt, kommt es entscheidend auf eine substantielle Argumentation der Beschwerdeführenden und ihrer Vertreterinnen und Vertreter an (§ 22 Abs. 1 BVerfGG), worin die Grundrechtsverletzung des angegriffenen Hoheitsaktes bestehen soll (vgl. §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG). Im Durchschnitt sind nur etwas mehr als 2 Prozent der Verfahren seit 1951 erfolgreich gewesen, vgl. BVerfG, Jahresstatistik 2020, Verfahrenszahlen, Verfahren seit 7. September 1951 bis 31. Dezember 2020.

⁵ Vgl. explizit BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 1957 – 2 BvR 2/56 –, juris Rn. 38; Beschluss vom 25. Februar 1964 – 2 BvR 411/61 –, juris Rn. 11; Beschluss vom 29. April 1980 – 2 BvR 1441/79 –, juris Rn. 29; Beschluss vom 6. Oktober 1981 – 2 BvR 1290/80 –, juris Rn. 7; Beschluss vom 26. November 1985 – 2 BvR 851/84 –, juris Rn. 7; Beschluss vom 19. Dezember 2017 – 2 BvR 424/17 –, juris Rn. 36. Dabei fällt allerdings auf, dass diese Entscheidungen allesamt vom Zweiten Senat getroffen wurden.

⁶ Die Recherche begann mit der Suche nach Gerichtsentscheidungen mithilfe der in der Verfassungsrechtsliteratur zunehmend diskutierten Begriffe der Fortpflanzungsfreiheit, der Familiengründungsfreiheit und der reproduktiven Selbstbestimmung sowie der aus dem internationalen Recht kommenden Begriffe der reproduktiven Gesundheit und Rechte. Die Suche nach Gerichtsentscheidungen mit diesen Stichworten erwies sich allerdings als wenig ergiebig. Diese Erkenntnis werde ich in der abschließenden Gesamtanalyse einordnen. Der nachfolgenden Bestandsaufnahme lag dementsprechend eine Recherche nach einschlägigen Entscheidungen des BVerfG mit folgenden, synonymen und ähnlichen Stichworten rund um Zeugung, Schwangerschaft und Geburt voraus: Zeugung, Zeugungsakt, Beischlaf, Verhütungsmittel, Fortpflanzungsfähigkeit, Fertilität, Sterilisation, Reproduktionsmedizin und weitere Begriffe zu diesem Bereich, Schwangerschaft, Schwangerschaftsabbruch, Geburt,

beiden *Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch I und II* (1975, 1993) gelten. Fragen der Fortpflanzung wurden weiter implizit oder explizit im Kontext der sexuellen Identität vor Gericht verhandelt, schon früh etwa in der *Entscheidung zum Verbot homosexueller Handlungen* (1957; Bestätigung 1973) oder in der *Entscheidung zum Geschwisterbeischlafverbot* (2008). Bei den Entscheidungen zum sog. Transsexuellengesetz sind reproduktive Belange mit Fragen der sexuellen und geschlechtlichen Identität verwoben (zuletzt 2011). Darüber hinaus wird der Lebensbereich der Reproduktion häufig im Kontext des Familien- und Eheschutzes (Art. 6 Abs. 1 GG) erörtert, etwa bei der Frage der sozialrechtlichen Kostentragung der assistierten Reproduktion (2007, 2009). Die älteren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zeigen, dass das Gericht die Ehe als Reproduktionsgemeinschaft verstand. Im Zuge der schrittweisen Anerkennung der Rechte gleichgeschlechtlicher Personen hat das Bundesverfassungsgericht in jüngerer Zeit zunehmend den Blick für die gelebte Vielfalt von Lebensentwürfen mit Kindern und ohne Kinder, unabhängig des Familienstands und unabhängig der sexuellen Identität geöffnet (ab 2009 bis zuletzt 2019). Reproduktive Belange von Individuen waren weiter Gegenstand einer *Entscheidung zur Haftung nach fehlgeschlagener Sterilisation* (1997) oder mit Blick auf den Schutz von Schwangeren (1972, 2001). Zu zahlreichen reproduktiven Fragestellungen hat das Bundesverfassungsgericht bisher keine verfassungsrechtliche Beurteilung vorgenommen, etwa zu einfachgesetzlichen Verboten von reproduktionsmedizinischen Verfahren (z. B. der sog. Eizellspende, § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG) oder zu medizinischen Interventionen während der Schwangerschaft und der Geburt.

Aufbauend auf der Begriffslegung dieser Arbeit (Kapitel 2, II.) ist die Rekonstruktion der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von der übergeordneten Forschungsfrage getragen, ob und auf welche Weise das Bundesverfassungsgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung *reproduktive Freiheiten* erörtert. Es stellt sich dabei die Frage, ob in diesen Gerichtsentscheidungen eine Auseinandersetzung zu Art und Umfang verfassungsrechtlich geschützter reproduktiver Freiheit im Sinne eines grundrechtlich *eigenständig* verbrieften Rechts stattfindet, wie das zunehmend in der deutschsprachigen Literatur als Recht auf reproduktive Selbstbestimmung, als Recht auf Fortpflanzungsfreiheit oder als Familiengründungsfreiheit diskutiert wird (Kapitel 4). Wenn dies nicht der Fall ist, wirft das die Frage auf, unter welchen anderen grundrechtlich verbrieften Rechten das Bundesverfassungsgericht einzelne reproduktive Belange behandelt. Konkret fragt die Arbeit also danach, ob und unter welchen Grundrechten das Bundesverfassungsgericht Entscheidungsfreiheiten mit Blick auf den Zeugungsakt, während der Schwangerschaft und der Geburt verhandelt. Weiteres Ziel der Rechtsprechungsanalyse ist es zu untersuchen, ob

Geburtshilfe bzw. Gewalt in der Geburtshilfe sowie Familiengründung, Nachkommenschaft, Familienplanung und synonyme Begriffe.

Individuen die *gleiche reproduktive Freiheit* zugestanden bzw. ermöglicht wird (Art. 3 Abs. 2, Art. 3 Abs. 3 GG). Aus diesem Grund werden die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts daraufhin überprüft, ob das Gericht die unterschiedlichen Auswirkungen von einfachrechtlichen Regelungen für verschiedene Personengruppen in den Blick nimmt. Ziel der Analyse der Gerichtsentscheidungen ist es auch, etwaige Hintergrundannahmen aufzudecken und sie dann in Frage zu stellen, wenn sie Freiheits- und Gleichheitsrechte von Individuen in reproduktiven Fragen zu verschatten drohen. Auf diese Weise wird versucht, die Lebenswirklichkeit und die sozialen Umstände, unter denen Menschen sich für oder gegen Kinder entscheiden (Kapitel 1, II.), im Blick zu behalten. Gefragt wird auch danach, ob die menschenrechtlichen Gewährleistungen (Kapitel 2, I. 2., Kapitel 5) in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Eingang gefunden haben. Außerdem wird versucht nachzuzeichnen, ob und wie sich das Verständnis von reproduktiven Freiheiten im Laufe der Jahre in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verändert hat. Die Arbeit versucht damit analytisch darüber zu reflektieren, wie das Bundesverfassungsgericht den Lebensbereich der Reproduktion in seinen Entscheidungen verhandelte und gegenwärtig verhandelt.

II. Zum Verhältnis von Sexualität und Reproduktion

1. Einleitung

Sexualität und Fortpflanzung finden lebensweltlich betrachtet bei den meisten Menschen über einen langen Zeitraum getrennt voneinander statt (Kapitel 1, II.). Bei Personen, die Menschen des gleichen Geschlechts begehren oder jedenfalls homosexuelle Präferenzen verfolgen, finden sexuelle Handlungen stets ohne Reproduktionsmöglichkeit statt. Daneben lassen reproduktionsmedizinische Verfahren, wie etwa eine ärztlich assistierte Insemination, eine Entkopplung von Sexualität und Reproduktion möglich werden. Aus diesen Gründen ist analytisch zwischen Sexualität und reproduktivem Geschlechtsverkehr zu unterscheiden (Kapitel 2, II. 4. a)). Das deutsche Strafrecht stellt allerdings weiterhin den „Beischlaf“ und damit den einvernehmlichen Geschlechtsverkehr zwischen volljährigen Geschwistern unter Strafe (§ 173 Abs. 2 StGB) (Kapitel 3, II. 3.). Bis 1994 waren zudem sexuelle Handlungen zwischen Männern strafbar und damit zwischen homosexuellen Personen bzw. Männern mit homosexuellen Präferenzen (§ 175 StGB a. F.) (Kapitel 3, II. 2.). Gemeinsam ist diesen strafrechtlichen Verboten, dass sie die Auswahl von Personen, mit denen Menschen ihre Sexualität ausleben wollen, beschränken. Gemeinsam ist

den Strafrechtsnormen auch, dass das Bundesverfassungsgericht beide für verfassungskonform hielt.⁷ Ziel dieser Arbeit ist es, die beiden Entscheidungen danach zu untersuchen, ob und auf welche Weise das Bundesverfassungsgericht bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der strafrechtlichen Verbote von Sexualität mit einer spezifischen Person auch reproduktive Freiheiten dieser Personen erörtert hat. Dabei zeichnet sich in den Entscheidungen unter den vom Gericht verwendeten Begriffen des Geschlechtlichen oder der geschlechtlichen Beziehungen eine analytische Unschärfe zwischen sexuellen und reproduktiven Belangen ab. In einem zweiten Schritt werde ich die beiden Entscheidungen ins Verhältnis zueinander zu setzen (Kapitel 3, II. 4).

2. Entscheidung zum Verbot homosexueller Handlungen (1957)

Das „Gebiet des Geschlechtlichen“, so die damalige Begriffswahl, findet erstmalig in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der *Entscheidung zum Verbot homosexueller Handlungen* aus dem Jahr 1957 Erwähnung.⁸ In der Entscheidung, oft als sog. Homosexuellen-Entscheidung diskutiert, nahm das Bundesverfassungsgericht eine verfassungsrechtliche Beurteilung des strafrechtlichen Verbots homosexueller Handlungen zwischen Männern vor (§ 175 StGB a. F.). Der damalige Verbotstatbestand stellte das „Unzucht treiben“ unter Strafe. Seit der nationalsozialistischen Strafverschärfung meinte „Unzucht treiben“ nicht mehr nur wie zuvor „beischlafähnliche Handlungen“, „bei der der Geschlechtsteil der einen Person in den Körper der anderen eingeführt [...] [wird] [und] so den heterosexuellen Geschlechtsakt imitier[t]“⁹ (gemeint: Analverkehr), sondern jegliche weitere „sexuellen“ Handlungen.¹⁰ Bei den Beschwerdeführenden handelte es sich um zwei Männer, die nach § 175 StGB a. F. verurteilt wurden, und daraufhin Verfassungsbeschwerde erhoben. In der Verfassungsbeschwerde machten sie zum einen Verstöße gegen das Gleichberechtigungsgebot zwischen Frauen und Männern (Art. 3 Abs. 2 GG) sowie das Geschlechtsdiskriminierungsverbots (Art. 3 Abs. 3 GG) geltend, da nur homosexuelle Handlungen zwischen Männern, nicht aber zwischen homosexuellen Frauen strafbar waren. Zum anderen sahen sie in der Norm einen Verstoß gegen das Grundrecht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit

⁷ BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52; BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07.

⁸ BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 165.

⁹ *Burgi/Wolff*, Rehabilitierung der nach § 175 StGB verurteilten homosexuellen Männer, 2016, 17.

¹⁰ Vgl. zur rechtshistorischen Entwicklung der Norm und insbesondere deren Auslegung und Anwendung zur NS-Zeit BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 2–26 sowie die eingehende Untersuchung von *Burgi/Wolff*, Rehabilitierung der nach § 175 StGB verurteilten homosexuellen Männer, 2016, 19 ff., die die damals geltende Fassung der Vorschrift als „in der Tradition der nationalsozialistischen Gesinnungsvorschriften“ einstufen, ebd., 29.

(Art. 2 Abs. 1 GG). Das Bundesverfassungsgericht hielt jedoch die Verfassungsbeschwerde für unbegründet und den Strafrechtsparagrafen für verfassungskonform. Anfang der 1970er-Jahre bestätigte das Bundesverfassungsgericht sogar die Verfassungsgemäßheit des strafrechtlichen Verbots einvernehmlicher homosexueller Handlungen erneut (vgl. § 175 n.F., der sich seit einer Reform durch den Bundestag im Jahr 1969 nur noch auf den Jugendschutz bezog).¹¹ Das Gericht verwies in der Entscheidungsbegründung seiner späteren Entscheidung auf seine Ausführungen zur „Unvergleichbarkeit der männlichen und der weiblichen Homosexualität“ aus dem Jahr 1957.¹² Erst im Jahr 1994 wurde das in § 175 StGB verankerte strafrechtliche Verbot männlicher Homosexualität durch den Bundestag aufgehoben.

a) Inhalt

In der *Entscheidung zum Verbot homosexueller Handlungen* (1957) heißt es erstmalig, dass zu der

„in Art. 2 Abs. 1 GG als Grundrecht gewährleisteten freien Entfaltung der Persönlichkeit [...] auch das Gebiet des Geschlechtlichen [gehört].“¹³

Das Bundesverfassungsgericht verortet das „Gebiet des Geschlechtlichen“ damit als grundrechtlich geschützten Lebensbereich in Art. 2 Abs. 1 GG. Dabei stellt sich die Frage, was das verbiefte „Gebiet des Geschlechtlichen“ meint. Ausführungen des Gerichts fehlen bei der Skizzierung des Schutzbereichs. Nach Auffassung der Beschwerdeführer umfasse das die „freie geschlechtliche Betätigung des Individuums“.¹⁴ Da die Strafnorm jegliche sexuellen Handlungen zwischen Männern verbot, könnte man in einem ersten Zugriff davon ausgehen, es handele sich bei dem „Gebiet des Geschlechtlichen“ bzw. des „geschlechtlichen Lebens“ ausschließlich um den Bereich der Sexualität. Erst die weitere Lektüre der Entscheidung bringt Aufschluss darüber, dass das Bundesverfassungsgericht unter dem Stichwort des „geschlechtlichen Seins“ nicht nur Sexualität verhandelt.

So befasst sich das Gericht im Rahmen des Gleichberechtigungsgebots (Art. 3 Abs. 2 GG) bzw. Geschlechtsdiskriminierungsverbots (Art. 3 Abs. 3 GG) mit der Frage, warum Sexualität zwischen Männern zwar unter Strafe stand, nicht jedoch zwischen Frauen. Es hält die Diskriminierungsverbote allerdings schon nicht für anwendbar, da weibliche *Homosexualität* aufgrund „biologischer Verschiedenheiten“¹⁵ nicht mit der männlichen *Sexualität* vergleichbar sei:

¹¹ BVerfG, Beschluss vom 2. Oktober 1973 – 1 BvL 7/72.

¹² BVerfG, Beschluss vom 2. Oktober 1973 – 1 BvL 7/72 –, juris Rn. 16.

¹³ BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 165.

¹⁴ BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 164.

¹⁵ BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 144.

„[B]ei der Sexualität [müssen] zwei Aspekte unterschieden werden: ein generativ-vegetativer, d. h. ein Aspekt auf das unbewußte Funktionieren des Körpers im Zusammenhang mit der Geschlechtlichkeit, und ein davon geprägter sozialer Aspekt. [...] Der entscheidende Unterschied zwischen Mann und Frau – der alle übrigen Unterschiede im Keim in sich schließt – ist [...] unter dem generativ-vegetativen Aspekt die Tatsache, daß sich das Vatersein an den kurzen Zeugungsvorgang nicht über weitere generativ-vegetative Leistungen, sondern nur durch zeitlich davon getrennte soziale Leistungen anschließt, während die sozialen Leistungen des Mutterseins mit dem Vorgang des Empfangens über die generativ-vegetativen Leistungen der Schwangerschaft, der Geburt und des Stillens, also durch einen langdauernden natürlichen Prozeß, unmittelbar verknüpft sind. [...] (Giese).“¹⁶

Die Annahmen zur Sexualität und zum getrennt zu betrachtenden *Reproduktionsverhalten* von Frauen und Männern stützt das Bundesverfassungsgericht auf damals vorherrschende Meinungen von angehörten Sachverständigen, die diese mit biologischen Unterschieden zwischen Frauen („Schwangerschaft, Geburt und Stillen als langdauernder natürlicher Prozeß“) und Männern („kurzer Zeugungsvorgang“) zu begründen versuchen. Besonders die Stellungnahme des Sachverständigen *Giese*, „Nervenarzt und Direktor des Instituts für Sexualforschung, Frankfurt/Main“, prägt die Gerichtsauffassung, wobei angemerkt sei, dass sich das Bundesverfassungsgericht auch mit einer deutlich widersprechenden Expertenmeinung auseinanderzusetzen hatte.¹⁷ Nach *Giese* jedenfalls sei von großer Bedeutung, dass mit diesem kurzfristigen Akt des Zeugungsvorgangs die Leistung der männlichen Sexualität für die generative Kontinuität biologisch gesehen abgeschlossen sei.¹⁸ Bei Frauen würde allerdings, so die zitierten Ausführungen des Mediziners, im Augenblick der Empfängnis die für eine Schwangerschaft bereits vorbereiteten anatomisch-physiologischen Vorgänge weiter entwickelt; es komme zur Gravidität, zur Geburt, zum

¹⁶ BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 147.

¹⁷ Siehe dazu die Ausführungen des Sachverständigen Kretschmer, der als „Direktor einer Universitätsnervenklinik“ in Abgrenzung zu den übrigen Sachverständigen gerade keine Gründe für das Verbot sah und keine grundsätzlichen Verschiedenheiten zwischen der weiblichen und männlichen Homosexualität annahm, BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 47 ff.: „[G]erade unter den Homosexuellen beider Geschlechter [finden sich] viele intersexe Variantenbildungen, so daß auch bei weiblichen Homosexuellen öfter eine starke und insofern soziologisch nicht harmlose Aktivität hervortrete.“, ebd., Rn. 51. „Darüber zu streiten, ob die Homosexualität angeboren oder erworben sei, sei zwecklos. Es handle sich um ein reziprokes Verhältnis zwischen biologischer Disposition und äußeren Einflüssen. [...] Falsch sei es zu sagen, es gebe keine vererbten Sexualvarianten. Alles Lebendige variere, dies liege in seinem Wesen. Es wäre unwahrscheinlich, wenn allein die Sexualkonstitution in der Vererbung nicht variieren würde.“, ebd., Rn. 53. Zur Auseinandersetzung mit diesem Standpunkt in der Entscheidungsbegründung des Gerichts, siehe ebd., Rn. 156.

¹⁸ BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 56.

Stillen, im Ganzen zu einem im Vergleich zur Zeugung langdauernden Vorgang.¹⁹ Die Leistung der „weiblichen Sexualität“ (richtigerweise: Reproduktion, Anmerkung durch mich) sei also „mit der Empfängnis nicht abgeschlossen; das Muttersein schließe sich vielmehr an das Empfangen auf dem Weg über weitere generativ-vegetative Leistungen unmittelbar an“.²⁰ Weiter heißt es in der vom Gericht wiedergegebenen Stellungnahme von *Giese*, dass die unterschiedliche Relevanz der generativ-vegetativen Bedingungen bei Mann und Frau eine „verschiedene willenspsychologische Situation“ mit sich bringe, die „im sozialen Aspekt“ sichtbar wird: So spiele bei Männern, anders als bei Frauen, so *Giese*, das Lusterleben eine charakteristische Rolle.²¹

„Die besondere Gefährdung sei demnach direkt in dem charakteristischen Lusterleben der männlichen Sexualität zu suchen und als eine Gefahr der Akzentverschiebung zugunsten des bloßen Lustgewinns zu bezeichnen. Zeugen und Vatersein sei nicht ebenso miteinander verbunden wie Empfangen und Muttersein. Vatersein stelle eine ‚Adoption‘ dar (Michel), die willentliche Übernahme von Verantwortung. Aus der Möglichkeit einer solchen Haltung ergebe sich eine besondere kulturelle Chance, die aber von dem männlichen Sexualverhalten häufiger als von dem weiblichen verfehlt werde. Der Hang zur Promiskuität sei ein Ausdruck dieser tatsächlichen Gefährdung. Diese Ungleichartigkeit im Triebleben bei Mann und Frau wirke sich auch bei der gleichgeschlechtlichen Betätigung aus, so daß auch diese als ungleichartig in Erscheinung trete. Aus der natürlichen Ungleichartigkeit der Geschlechter folge das stärkere Sexualbedürfnis des Mannes, das sich im regulären Sexualverhalten z. B. in der Form der Promiskuität und im Umkreis sexueller Verfehlungen als Perversion zeige. Die geringe Beteiligung der männlichen Sexualität am Generativ-Vegetativen gefährde den Mann stärker zum Verfall an die Sinnlichkeit des Erlebens; die Frau sei wegen ihrer stärkeren Beteiligung am Generativ-Vegetativen weniger gefährdet.“²²

Sexualität wird auf diese Weise auf reproduktiven Geschlechtsverkehr begrenzt.²³ Allerdings sieht das Bundesverfassungsgericht bereits im Jahr 1957,

¹⁹ BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 56.

²⁰ BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 56.

²¹ BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 56.

²² BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 56.

²³ Zum Begriff siehe Kapitel 2, II. 4. a). Daneben zeigen sich in dieser und weiteren Passagen der Entscheidung biologisch begründete Annahmen zur sexuellen Orientierung und zur Sexualität von Frauen und Männern, die eng verwoben sind mit der Vorstellung einer „natürlichen“ Verschiedenheit zweier Geschlechter“. Das Gericht begründet das „unterschiedliche“ Sexualverhalten zwischen Frauen und Männern etwa damit, dass dies bereits biologisch aufgrund verschiedener „Geschlechter“ angelegt sei und sich dann sozial niederschlage. Diese Aspekte sind thematisch jedoch nicht Fokus dieser Arbeit, vgl. dazu die ausführliche kritische Analyse von *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, 177 ff. In der Entscheidungsbegründung heißt es etwa, dass „schon die körperliche Bildung der Geschlechtsorgane für den Mann auf eine mehr drängende und fordernde, für die Frau auf eine mehr hinnehmende und zur Hingabe bereite Funktion“ hinweise, die „mit konstituierend für Mann und Frau als Geschlechtswesen“ seien, ebd., Rn. 147. Weitere Passagen zeichnen das damals vorherrschende Bild einer vermeintlich *sexuell passiven und kontrollierten* Frau mit

dass Sexualität auch ohne Fortpflanzungsabsichten gelebt werden kann, wenn es in der Entscheidungsbegründung weiter heißt:

„Die Gefahr einer Akzentverschiebung zu Lasten der Bereitschaft, Verantwortung zu übernehmen, und zugunsten des bloßen Lustgewinnes ist [...] eine besondere Gefahr der männlichen Sexualität.“²⁴

Die vom Gericht – vom Sachverständigen *Giese* übernommene – befürchtete „Akzentverschiebung zu Lasten der Bereitschaft, Verantwortung zu übernehmen“ (gemeint ist: das Kinderbekommen und die spätere Sorgearbeit) „zugunsten des bloßen Lustgewinnes“ (gemeint: Sexualität ohne Fortpflanzungsabsichten) wird damit als „besondere Gefahr“ betrachtet, genauer als ausschließliche Gefahr der *männlichen* Sexualität. Das belegt auch folgende Passage der Entscheidungsbegründung – wieder unter Berufung auf den zitierten Sachverständigen *Giese*:

„Die kulturelle Aufgabe, Lustgewinn und Bereitschaft zur Verantwortung zu verbinden wird von ‚dem männlichen Sexualverhalten extrem häufiger verfehlt‘ als von dem weiblichen (*Giese*).“²⁵

Nach Vorstellung des Gerichts gehe diese „Gefahr“ besonders von Männern aus, denn anders als Männer würden Frauen „unwillkürlich schon durch ihren Körper daran erinnert, daß das Sexualleben mit Lasten verbunden ist.“²⁶ Zum Verständnis dieser Passage ist zentral, dass heterosexuelle Frauen zum Zeitpunkt der Entscheidung (1957) noch keine Möglichkeit einer hormonellen Verhütungsmethode hatten und damit einem erhöhten Risiko einer Schwangerschaft ausgesetzt waren.

Weil das Bundesverfassungsgericht sich eben mit der Frage auseinandersetzen musste, warum sexuelle Handlungen zwischen Männern zwar unter Strafe standen, nicht jedoch zwischen Frauen, sind auch stereotype Erwägungen zu

Einfühlungsvermögen: „Bei einer ‚Frau [sind] körperliche Begierde (Sexualität) und zärtliche Empfindungsfähigkeit (Erotik) fast immer miteinander verschmolzen [...], während beim Manne, und zwar gerade beim Homosexuellen, beide Komponenten vielfach getrennt bleiben“, ebd., Rn. 147. „So gelingt der lesbisch veranlagten Frau das Durchhalten sexueller Abstinenz leichter, während der homosexuelle Mann dazu neigt, einem hemmungslosen Sexualbedürfnis zu verfallen.“, ebd., Rn. 148.

²⁴ BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 147.

²⁵ BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 147.

²⁶ BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 147. Diese Passage geht auf den angehörten Sachverständigen Grassberger zurück, der dazu ausführte, ebd., Rn. 68: „Die Frau weise infolge ihrer biologischen Vorbelastung (Menstruation, Schwangerschaft usw.) allgemein eine geringere sexuelle Aktivität als der Mann auf. Für den Mann sei die geschlechtliche Betätigung fast ausschließlich mit Lustvorstellungen verbunden. Die Frau hingegen werde immer wieder daran erinnert, daß ihr Sexualleben auch mit Lasten verbunden sei; dies drücke die Freude am sexuellen Erleben. Der Mann sei in der Vollkraft seines Lebens grundsätzlich dauernd zu sexueller Tätigkeit bereit, während die Frau infolge der Menstruation ein Viertel der Zeit behindert sei.“

homosexuellen Frauen in der Entscheidungsbegründung vorzufinden. So heißt es:

„Diese Verschiedenheiten des Geschlechtslebens machen sich bei der Gleichgeschlechtlichkeit womöglich noch stärker geltend als bei heterosexuellen Beziehungen, da der auf Mutterschaft angelegte Organismus der Frau unwillkürlich den Weg weist, auch dann in einem übertragenen sozialen Sinne fraulich-mütterlich zu wirken, wenn sie biologisch nicht Mutter ist, während eine entsprechende Kompensation beim Manne fehlt.“²⁷

Das Bundesverfassungsgericht operiert damit mit der Annahme, homosexuelle Frauen hätten stets „mütterliche“ Eigenschaften, selbst dann, wenn sie keine Kinder bekamen oder eine Mutterrolle übernahmen.

Auf den Aspekt, dass Sexualität zwischen Männern nicht zur Reproduktion führt, weist daneben der Sachverständige *Kretschmer* hin, der als einer der wenigen Angehörten für die *Abschaffung* des strafrechtlichen Verbots der Sexualität zwischen erwachsenen Männern plädierte, allerdings aus heutiger Sicht mit untragbarer Begründung, wenn es in seiner Stellungnahme heißt:

„Der Gesichtspunkt der Kinderzeugung greife nicht durch; vom ärztlich-biologischen Standpunkt aus bestehe im Gegenteil Interesse daran, daß sexuell ernsthaft Abwegige sich nicht fortpflanzen.“²⁸

Aus diesem Grund könne kein „öffentliches Interesse“ an der Fortpflanzung „ernsthaft Abwegiger“ bestehen, denn eine „Ausbreitung homosexueller Tendenzen auf weite Bevölkerungskreise“ hält der vom Bundesverfassungsgericht angehörte Sachverständige für unerwünscht, da dies „ungünstige Wirkungen auf Familiensinn und Gesellschaftsordnung“ haben könne.²⁹

Während das Gericht damit die Diskriminierungsverbote (Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG) bereits für nicht anwendbar erklärt, rechtfertigt das Bundesverfassungsgericht den erwähnten Eingriff in das grundrechtlich verbrieftete „Gebiet des Geschlechtlichen“ (Art. 2 Abs. 1 GG) damit, dass homosexuelle Sexualität gegen das Sittengesetz verstoße (Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 2 GG) und die Gesellschaft von ihren Mitgliedern auch „auf dem Gebiet des geschlechtlichen Lebens“ „die Einhaltung bestimmter Regeln“ erfordere.³⁰ Um die „Sitten“ zu bestimmen, zieht das Bundesverfassungsgericht außerrechtliche, religiöse Maßstäbe heran:

²⁷ BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 148. Diese Ausführung geht erneut zurück auf die Stellungnahme des Sachverständigen Giese, ebd., Rn. 56: „[D]er homosexuellen Frau [gelingt] das Durchhalten sexueller Abstinenz leichter als dem Mann, zumal ihr auf Mutterschaft angelegter Organismus ihr von selbst den Weg weise, dort kompensatorisch Mutter zu sein, wo sie es biologisch nicht sei.“

²⁸ BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 50.

²⁹ BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 50.

³⁰ BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 167.

„[D]ie öffentlichen Religionsgesellschaften, insbesondere die beiden großen christlichen Konfessionen, aus deren Lehren große Teile des Volkes die Maßstäbe für ihr sittliches Verhalten entnehmen, [verurteilen] die gleichgeschlechtliche ‚Unzucht‘ als unsittlich [...]“³¹

Die *Bestrafung* von gleichgeschlechtlicher Sexualität als Ausübung persönlichen Freiheitsgebrauchs rechtfertigt das Gericht folglich in dieser Entscheidung damit, dass die Religionsgemeinschaften, auf die sich das Bundesverfassungsgericht stützt, homosexuelle Handlungen als „unsittlich“ ansehen.

b) *Würdigung*

Das Bundesverfassungsgericht stellt in der *Entscheidung zum Verbot homosexueller Handlungen* (1957) das „Gebiet des Geschlechtlichen“ erstmals grundrechtlich unter Schutz und verortet den Lebensbereich „des Geschlechtlichen“ im Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG). Obwohl Gegenstand des Verfahrens die verfassungsrechtliche Beurteilung der Strafbarkeit (homo-)sexueller Handlungen zwischen Männern war, zeigt die Analyse, dass das Bundesverfassungsgericht gerade nicht nur sexuelle, sondern auch reproduktive Aspekte verhandelt. Die Entscheidung ist zunächst vor dem historischen Hintergrund zu betrachten, dass die sog. Anti-Baby-Pille erst kurze Zeit später (1961) auf den deutschen Markt kam. Als hormonelle Verhütungsmethode für Frauen war die Verhütungspille – obwohl es ja durchaus bereits zuvor andere Formen der Kontrazeption gegeben hatte – der erste Schritt zu einer selbstbestimmten Familienplanung und damit zur „sichereren“ und geschlechtergerechteren Trennung von Sexualität und Fortpflanzung. Zwar fehlt es in der Entscheidung aus dem Jahr 1957 gerade an einer analytischen Trennschärfe zwischen Sexualität und Reproduktion. Allerdings erwähnt das Bundesverfassungsgericht bereits damals, und damit vor Einführung der Anti-Baby-Pille, eine mögliche Entkopplung von Sexualität und Fortpflanzung. Ein Ausleben von Sexualität ohne Fortpflanzungsabsichten („bloßer Lustgewinn“) bezeichnet das Bundesverfassungsgericht jedoch explizit als „Gefahr der Akzentverschiebung zu Lasten der Verantwortung“ und versteht diese Gefahr als eine, die vornehmlich von Männern ausgehe. Das Gericht deklariert gar eine „kulturelle Aufgabe“, „Lustgewinn“, ergo Sexualität, und „Verantwortung“, ergo Reproduktion, Familiengründung und Fürsorge, zu verbinden. Durch das Formulieren einer „kulturellen Aufgabe“ setzt das Bundesverfassungsgericht der Sexualität einen eindeutigen normativen Rahmen: Sexualität sollte der Zeugung von Nachwuchs dienen. Dabei wird allein aus den Ausführungen nicht explizit ersichtlich, *wessen* „kulturelle Aufgabe“ es sein sollte, „Lustgewinn“ (d. h. Geschlechtsverkehr bzw. Sexualität) und Bereitschaft zur Verantwortung (d. h. Kinderbekommen) zu verbinden. Erklärt man Reproduktion zur „kulturellen“ Aufgabe, impliziert dies, dass Reproduktion als *gesellschaftliche Aufgabe* begriffen wird. Diese

³¹ BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52 –, juris Rn. 167.

Aufgabe kommt dann dem einzelnen Individuum als *sittliche Aufgabe* zu. Das wird auch durch die Bestimmung – spätestens heute nicht mehr tragbarer – verfassungsrechtlicher Grenzen deutlich.

Die Grenze grundrechtlicher Freiheit („Sittengesetz“, Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 2 GG) wird nämlich explizit anhand von außerrechtlichen Maßstäben bestimmt. Denn nach Auffassung des Gerichts erforderten die „öffentlichen Religionsgesellschaften, insbesondere die beiden großen christlichen Konfessionen“, von der Gesellschaft „auf dem Gebiet des geschlechtlichen Lebens“ „die Einhaltung bestimmter Regeln“. Damit rekurriert das Gericht zur Begründung des reproduktiven Geschlechtsverkehrs auf christliche Sexualmoralvorstellungen. Während die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts damit auf einer christlich fundierten Sexualmoral basieren, erinnern die Ausführungen des Sachverständigen *Kretschmer* an die nationalsozialistische Rassenlehre der Förderung „rassisch wertvoller“ Reproduktion der einen Bevölkerungsgruppe und der Unterbindung „wertloser“ Reproduktion auf der anderen Seite, wenn dieser meint, es bestehe aus „ärztlich-biologischer“ Sicht ein Interesse daran, dass „sexuell ernsthaft Abwegige“, gemeint homosexuelle Männer, sich nicht fortpflanzen.

Nach der vom Bundesverfassungsgericht zugrunde gelegten Auffassung ist Sexualität ausschließlich dann legitim, wenn sie reproduktiv ausgerichtet ist. Dem liegt erstens ein Postulat von Heterosexualität als sozialer Idealnorm zugrunde (Heteronormativität). Menschen mit ausschließlich *homosexuellen* Präferenzen können sich jedenfalls nicht durch koitalen Geschlechtsverkehr miteinander fortpflanzen. Der damals noch unter Strafe stehenden *homosexuellen Sexualität* ist damit eine *Entkopplung von Sexualität und Reproduktion* immanent, auch wenn das Gericht diesen Aspekt in seiner Entscheidungsbegründung nicht weiter expliziert. Zweitens liegt dieser Auffassung eine pronatalistische, auf eine Geburtenförderung gerichtete, Argumentation zugrunde: Geschlechtsverkehr *soll* „reproduktiv“ sein. Diese in der Verfassungsinterpretation verankerte Idealvorstellung bringt eine mehrdimensionale Erwartung an Menschen mit sich, wie sie begehren sollen, verbunden mit der Erwartung, sich fortzupflanzen, um auf diese Weise gesellschaftliche Verantwortung zu übernehmen. Homosexualität erfährt durch diese Betrachtungsweise nicht nur eine Abwertung; ihre *Bestrafung* wurde durch diese Perspektive im Jahr 1957 gar als verfassungskonform erachtet. Reproduktion als „kulturelle“, also gesellschaftliche Aufgabe, die dem einzelnen Individuum allerdings zukommen soll, spielt damit neben weiteren Begründungsansätzen eine zentrale Rolle der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des damaligen strafrechtlichen Verbots.

Gleichermaßen gilt es das in der Entscheidung gezeichnete Frauenbild in Frage zu stellen. In der Gerichtsentscheidung kommt eine Haltung zum Ausdruck, wonach das Muttersein als beherrschende Eigenschaft von Frauen angesehen wird. Die Hintergrundannahme ist demnach, plastisch ausgedrückt: Frau ist gleich Mutter. Wer als Frau keine Mutter ist, etwa lesbische Frauen,

dem werden in der Entscheidung gleichwohl mütterliche Eigenschaften zugeschrieben. Die Vorstellung beruht bereits analytisch auf zwei Sein-Sollen-Fehlschlüssen: Erstens schloss das Gericht aus einem Körperorgan („Organismus“), nämlich den weiblichen Reproduktionsorganen, darauf, dass bereits der weibliche Körper auf „*Mutterschaft angelegt*“ sei. „Angelegt“ ist hier normativ in dem Sinne zu verstehen, dass eine Frau aufgrund der körperlichen Möglichkeit, Mutter werden zu können, auch Mutter sein soll. Zweitens folgerte das Gericht aus dieser Annahme geschlechtsspezifische Zuschreibungen in Form von sozialen Rollenerwartungen („*fraulich-mütterlich wirken*“). Das Gericht übernahm in diesem Fall unhinterfragt das vorherrschende Frauen- und Mütterbild der 1950er-Jahre.³² Diesen Ausführungen liegt demnach die Vorstellung tradierter Geschlechterrollen zugrunde, die aus heutiger Sicht nicht mit Art. 3 Abs. 2 GG vereinbar sind. Denn das Gleichberechtigungsgebot (Art. 3 Abs. 2 GG) verpflichtet, durch staatliche Maßnahmen geschlechtsspezifische Stereotype und Rollenerwartungen an Menschen zu überwinden.³³

Da eine Seltenheit, ist zu betonen, dass sich das Bundesverfassungsgericht viele Jahre später in seiner *Entscheidung zur Sukzessivadoption* von gleichgeschlechtlichen Eltern (2013) ausdrücklich von der *Entscheidung zum Verbot homosexueller Handlungen* und den dortigen Ausführungen im Jahr 1957 distanzierte. So heißt es dort, dass sich gegenüber der Situation bei Inkrafttreten des Grundgesetzes nicht nur das Gesetzesrecht, sondern auch die Einstellung der Gesellschaft zur Gleichgeschlechtlichkeit und der Lebenssituation gleichgeschlechtlicher Paare erheblich gewandelt hat.³⁴ Dementsprechend sei auch eine entsprechende Entwicklung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „vgl. einerseits BVerfGE 6, 389 und andererseits BVerfGE 105, 313; 124, 199“ erkennbar.³⁵ Das Bundesverfassungsgericht gab damit im Jahr 2013 zu verstehen, dass es seine damalige Rechtsauffassung nicht mehr teilt.³⁶ Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in der *Entscheidung zum Verbot homosexueller Handlungen* (1957) gelten damit spätestens heute mit

³² Vgl. zu einer ähnlichen Argumentation des Gerichts in: BVerfG, Urteil vom 29. Juli 1959 – 1 BvR 205/58 –, juris Rn. 63 (Stichentscheid): Für die Frau ist die Mutterschaft der „Bereich, in dem ihr Wesen am tiefsten wurzelt und sich entfaltet“.

³³ Bereits BVerfG, Urteil vom 28. Januar 1992 – 1 BvR 1025/82 –, juris Rn. 53; BVerfG, Urteil vom 7. Juli 1992 – 1 BvL 51/86 –, juris Rn. 139; BVerfG, Beschluss vom 24. Januar 1995 – 1 BvL 18/93 –, juris Rn. 76; BVerfG, Beschluss vom 25. Oktober 2005 – 2 BvR 524/01 –, juris Rn. 42; *Baer/Markard* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 354, 443. Siehe auch *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 8, die darauf hinweist, dass gesellschaftliche Normalitätsvorstellungen im Kontext der Reproduktion von einiger Bedeutung sind.

³⁴ BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11 –, juris Rn. 55.

³⁵ BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11 –, juris Rn. 56.

³⁶ So auch *Burgi/Wolff*, Rehabilitierung der nach § 175 StGB verurteilten homosexuellen Männer, 2016, 60 f.

Blick auf den aktualisierten Wissens- und Forschungsstands zu sexuellem Begehren als überholt. Sexualität und Reproduktion allerdings, so wird im Folgenden weiter zu analysieren sein, werden auch in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch nicht überzeugend analytisch getrennt voneinander betrachtet.

3. Entscheidung zum Geschwisterbeischlafverbot (2008)

Der verfassungsrechtliche Schutz des „Gebiets des Geschlechtlichen“, so noch die Wortwahl in der *Entscheidung zum Verbot homosexueller Handlungen* (1957), wurde dann vom Bundesverfassungsgericht zum Schutz des „Intim- und Sexualbereichs“ als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG) fortentwickelt und ist seitdem in ständiger Rechtsprechung verfassungsrechtlich anerkannt.³⁷

Der „Intim- und Sexualbereich“ ist auch Gegenstand der im Jahr 2008 ergangenen *Entscheidung zum Beischlafverbot zwischen Geschwistern*, bekannt als sog. Geschwisterinzent-Entscheidung. Gegenstand der Entscheidung ist die Frage, ob die Strafnorm des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Der vom Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts im Ergebnis als verfassungskonform beurteilte Strafrechtsparagraf stellt den „Vollzug des Beischlafs“ mit einer spezifischen Person, genauer zwischen leiblichen Geschwistern, unter Strafe. Der Wortlaut des § 173 Abs. 2 StGB lautet:

„Wer mit einem leiblichen Verwandten aufsteigender Linie den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft; dies gilt auch dann, wenn das Verwandtschaftsverhältnis erloschen ist. Ebenso werden leibliche Geschwister bestraft, die miteinander den Beischlaf vollziehen.“

³⁷ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 21. Dezember 1977 – 1 BvL 1/75 –, juris Rn. 78; Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG sichern danach „dem Menschen das Recht zu, seine Einstellung zum Geschlechtlichen selbst zu bestimmen. Er kann sein Verhältnis zur Sexualität einrichten und grundsätzlich selbst darüber befinden, ob, in welchen Grenzen und mit welchen Zielen er Einwirkungen Dritter auf diese Einstellung hinnehmen will.“; BVerfG, Beschluss vom 16. März 1982 – 1 BvR 938/81 –, juris Rn. 38; BVerfG, Beschluss vom 26. Januar 1993 – 1 BvL 38/92 –, juris Rn. 39.

Unter „Beischlaf“ im Sinne des § 173 StGB verstehen das Bundesverfassungsgericht, der Bundesgerichtshof³⁸ wie auch Teile der strafrechtlichen Literatur³⁹ den einvernehmlichen *koitalen Geschlechtsverkehr* zwischen erwachsenen

³⁸ BGH, Beschluss vom 12. Juni 2018 – 3 StR 226/18 –, juris Rn. 3: „Der Begriff des ‚Beischlafs‘ setzt das Eindringen des männlichen Glieds in die Scheide voraus; nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut werden beischlafähnliche Handlungen von § 173 StGB (anders als von § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB nF/§ 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB aF) nicht erfasst (siehe nur BGH, Beschluss vom 7. September 2010 – 4 StR 342/10, NStZ-RR 2010, 371; MüKoStGB/Ritscher, 3. Aufl., § 173 Rn. 9; S/S-Lenckner/Bosch, StGB, 29. Aufl., § 173 Rn. 3; Fischer, StGB, 65. Aufl., § 173 Rn. 9). Damit unterfällt ebenso wenig wie der Oralverkehr (BGH aaO) der Analverkehr dem Tatbestand des Beischlafs zwischen Verwandten.“

³⁹ Vgl. etwa *Ritscher* in: MüKo StGB, 4. Auflage 2019, § 173 Rn. 9 m. w. N., wonach Beischlaf „Geschlechtsverkehr im engeren Sinne, also die Vereinigung der Geschlechtsteile von Mann und Frau“ sei; ebenso *Kühl* in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Auflage 2018, § 173 Rn. 3 m. w. N.: „Beischlaf ist das der Art nach zur Zeugung geeignete, sei es auch nur unvollständige, Eindringen des männlichen Gliedes in das weibliche Geschlechtsorgan (nicht in das eines Transsexuellen)“ mit Verweis auf eine unterinstanzliche Gerichtsentscheidung: LG Mannheim NStZ 97, 85 (86), in der das Landgericht im Jahr 1995 eine Strafbarkeit nach § 177 StGB ablehnte mit folgender Begründung: „Beischlaf i.S. des § 177 StGB ist nämlich eine Handlung, die ihrer Art nach allgemein zur Zeugung geeignet sein muß (BGHSt 16, 175, 177; Dallinger MDR 1973, 17), denn wo nach den Strafdrohungen des StGB die Tatbestandshandlung in der Vollziehung des Beischlafs besteht, dienen sie jedenfalls auch der Verhinderung unerwünschter Zeugung. Dies war in der Rechtsprechung nie umstritten (BGHSt 16, 175, 177; BGH Urteil v. 14.8.1990 – 1 StR 62/90, MDR 1990, 1127, 1128). Im Gegensatz zur sexuellen Nötigung, wo geschütztes Rechtsgut die sexuelle Selbstbestimmung ist, tritt bei der Vergewaltigung als weiteres geschütztes Rechtsgut noch die freie Selbstbestimmung der Frau hinzu, ein Kind zu empfangen (BGH Ur. v. 14.8.1990 – 1 StR 62/90, MDR 1990, 1127, 1128). Hieraus erklärt sich auch die gegenüber § 178 StGB erhöhte Strafandrohung des § 177 StGB. Zwar kommt es nach herrschender Meinung für die Erfüllung des Rechtsbegriffs ‚Beischlaf‘ nicht darauf an, ob im Einzelfalle die Gefahr der Empfängnis mehr oder weniger groß, oder ob sie aus irgendwelchen Gründen gar ausgeschlossen ist (BGHSt 16, 175, 177). Jedoch gehen Rechtsprechung und Literatur ersichtlich davon aus, daß den ‚Beischlaf‘ nur ein Mann und eine Frau ausüben können, die von Geburt an nach natürlicher Betrachtung mit inneren und äußeren männlichen bzw. weiblichen Geschlechtsorganen ausgestattet sind, die sie grundsätzlich zur Zeugung eines Kindes befähigen. Nur wenn diese Voraussetzungen vorliegen, kann es nicht darauf ankommen, ob der weibliche Beischlafbeteiligte noch nicht geschlechtsreif, nicht mehr empfängnisfähig bzw. der männliche Beteiligte zeugungsunfähig ist, oder ob eine Zeugung aus anderen Gründen wie beispielsweise wegen Verwendung empfängnisverhütender Mittel ausgeschlossen ist. Besteht jedoch wie bei einem transsexuellen Menschen, bei dem durch eine plastische Operation und durch eine Behandlung mit hohen Hormondosen eine äußerliche Angleichung an das Erscheinungsbild einer Frau erreicht wurde, weder praktisch noch theoretisch in der Vergangenheit oder Zukunft die Möglichkeit, ein Kind zu empfangen, so kann dieser, auch wenn er als ‚Frau‘ i.S. des § 177 StGB anzusehen wäre, niemals den Beischlaf im Rechtssinne mit einem Mann ausüben, sondern lediglich eine beischlafähnliche Handlung.“

verschiedengeschlechtlichen Geschwistern. Das ergibt sich im Umkehrschluss aus folgender Passage:

„[B]eischlafähnliche Handlungen und sexueller Verkehr zwischen gleichgeschlechtlichen Geschwistern [sind] nicht mit Strafe bedroht [...], andererseits [erfüllt] der Beischlaf zwischen leiblichen Geschwistern auch in den Fällen, in denen eine Empfängnis ausgeschlossen ist, den Straftatbestand [...]“⁴⁰

Nicht strafbar sind damit alle weiteren denkbaren sexuellen Handlungen zwischen Bruder und Schwester, etwa Oral- oder Analverkehr. Von der Strafnorm nicht erfasst sind auch sexuelle Handlungen zwischen gleichgeschlechtlichen Geschwistern sowie zwischen nicht leiblichen, also Stief-, Adoptions- und Pflegegeschwistern. Die Entscheidung wird nachfolgend daraufhin untersucht, ob und wie das Bundesverfassungsgericht reproduktive Freiheiten des Individuums erörtert. Diese Frage scheint deshalb zentral, weil die zu beurteilende Strafnorm (§ 173 Abs. 2 StGB) nach dem Wortlaut der Norm den „Beischlaf“ als abstraktes Gefährdungsdelikt unter Strafe stellt.⁴¹ Nach dem Wortlaut der Strafnorm ist die möglicherweise eintretende Folge, die „Zeugung von Nachkommen“, damit nicht unter Strafe gestellt.⁴²

a) Inhalt

Im Zentrum der Entscheidung steht die Frage, ob die Strafnorm einen gerechtfertigten Eingriff in den *Intim- und Sexualbereich* (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) darstellt.

aa) Entscheidung der Senatsmehrheit

Den sachlichen Schutzbereich des Intim- und Sexualbereichs skizziert das Bundesverfassungsgericht wie folgt: Zum verfassungsrechtlichen Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) gehört,

„dass der Einzelne sein Verhältnis zur Sexualität und seine geschlechtlichen Beziehungen zu einem Partner einrichten [...] kann [...]“⁴³

Der Schutzbereich gewährt damit die Freiheit einer jeden Person, ihr „Verhältnis zur Sexualität“ und „geschlechtliche Beziehungen zu einem Partner“ einzurichten. Mit Blick auf den Verfahrensgegenstand der Entscheidung interes-

⁴⁰ BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 –, juris Rn. 56.

⁴¹ BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 –, juris Rn. 97, 121 – abw. Meinung Hassemer.

⁴² BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 –, juris Rn. 97, 121 – abw. Meinung Hassemer.

⁴³ BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 –, juris Rn. 32.

siert erneut die bereits im Rahmen der *Entscheidung zum Verbot homosexueller Handlungen* (1957) aufgeworfene und erörterte Frage, wie das Bundesverfassungsgericht den Begriff „geschlechtlich“ nun in der *Entscheidung zum Geschwisterbeischlafverbot* (2008) versteht. Der Begriff „geschlechtliche Beziehung“ ist zunächst deutungs offen. In der heutigen Alltagssprache findet der Begriff wenig Verwendung. Schlägt man in einem anerkannten Wörterbuch den Begriff „geschlechtliche Beziehungen“ nach, so wird er unter dem Wort „geschlechtlich“ als Beispiel angeführt.⁴⁴ Als Begriffsbedeutung für „geschlechtlich“ erhält man „die Geschlechtlichkeit betreffend; sexuell“.⁴⁵ Als synonym zu „geschlechtliche Beziehung“ wird der Begriff „Verkehr“ aufgeführt.⁴⁶ Unter „Geschlechtsverkehr“ wiederum wird „sexueller, besonders genitaler Kontakt mit einer Partnerin, einem Partner; Koitus“ begriffen.⁴⁷ Vor dem Hintergrund des im Verfahren zu beurteilenden *koitalen Beischlafverbots* lässt sich „geschlechtliche Beziehungen“ damit zunächst als *Geschlechtsverkehr* mit einer anderen Person umschreiben. Ungeklärt bleibt an dieser Stelle allerdings die zentrale Frage, ob das Gericht mit dem Schutz „geschlechtlicher Beziehungen“ ausschließlich *sexuelle* Praktiken mit einer anderen Person im Blick hatte (Sexualität) oder dabei auch die Freiheit des Individuums, mit welcher Person es Kinder zeugen will oder nicht, vor Augen hatte (reproduktiver Geschlechtsverkehr).⁴⁸ Die Skizzierung des Schutzbereichs bleibt damit zunächst unscharf.

In der weiteren Entscheidungsbegründung der Senatsmehrheit lässt sich vergeblich nach einer Differenzierung zwischen einem grundrechtlich verbrieften Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und einer eigenständig verbrieften reproduktiven Freiheit suchen. Die fehlende analytische Trennung offenbart sich auch in folgender Passage:

„Der Gesetzgeber beschränkt mit der Strafnorm des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung leiblicher Geschwister [...]. Damit werden zwar der privaten Lebensgestaltung insbesondere dadurch Grenzen gesetzt, dass bestimmte Ausdrucksformen der Sexualität zwischen einander nahe stehenden Personen (vgl. BVerfGE 109, 279 [314 f., 321 f.]) pönalisiert werden. Darin liegt jedoch kein dem Gesetzgeber von vornherein verwehrter Eingriff in den Kernbereich privater Lebensgestaltung. Der Beischlaf zwischen Geschwistern betrifft nicht ausschließlich diese selbst, sondern kann in die Familie und die Gesellschaft hinein wirken und außerdem Folgen für aus der Verbindung hervorgehende Kinder

⁴⁴ Online-Wörterbuch von Duden: <https://www.duden.de/rechtschreibung/geschlechtlich> (zuletzt 27.12.2022).

⁴⁵ Online-Wörterbuch von Duden: <https://www.duden.de/rechtschreibung/geschlechtlich> (zuletzt 27.12.2022).

⁴⁶ Online-Wörterbuch von Duden: <https://www.duden.de/suchen/synonyme/geschlechtliche%20beziehung%20> (zuletzt 27.12.2022).

⁴⁷ Online-Wörterbuch von Duden: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Geschlechtsverkehr> (zuletzt 27.12.2022).

⁴⁸ Zum Begriff siehe Kapitel 2, II. 4. a).

haben. Da das strafrechtliche Inzestverbot nur ein eng umgrenztes Verhalten zum Gegenstand hat und die Möglichkeiten intimer Kommunikation nur punktuell verkürzt, werden die Betroffenen auch nicht in eine mit der Achtung der Menschenwürde unvereinbare ausweglose Lage versetzt.“⁴⁹

Allein aus den Ausführungen dieser zitierten Randnummer wird erneut nicht ersichtlich, welches „eng umgrenzte Verhalten“ das Bundesverfassungsgericht meint. Aus der Zusammenschau weiterer Passagen erschließt sich dann allerdings, dass das „eng umgrenzte Verhalten“ den *koitalen Geschlechtsverkehr* meint, denn weitere Sexualpraktiken fallen nicht unter den Begriff des Beischlafs und sind straffrei.⁵⁰ Die vagen Umschreibungen einer „punktuellen Verkürzung“ der „intimen Kommunikation“ meinen daher das Verbot von Sexualpraktiken, die von *außen* betrachtet potentiell zur Befruchtung führen können. Mit der Umschreibung „von außen betrachtet“ verweise ich auf den Umstand, dass der Beischlaf zwischen verschiedengeschlechtlichen Geschwistern auch in den Fällen strafbar ist, in denen eine Empfängnis ausgeschlossen ist.⁵¹ Es lässt sich bereits an dieser Stelle in Zweifel ziehen, ob das Verbot eines solchen Geschlechtsverkehrs in der Tat eine „nur punktuelle Verkürzung“ des verfassungsrechtlich geschützten Sexualbereichs darstellt.

Das Bundesverfassungsgericht ließ zudem explizit einen möglichen Grundrechtseingriff in Art. 6 Abs. 1 GG offen:

„Ob und gegebenenfalls in welcher Hinsicht die Strafbewehrung des Geschwisterinzests den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG berührt, kann offen bleiben.“⁵²

Weil das Gericht eben offenließ, ob der Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG berührt ist, ist der Entscheidungsbegründung nicht explizit zu entnehmen, ob das Gericht die *Familiengründungsfreiheit* oder etwa einen anderen Teilgehalt des Ehe- bzw. Familiengrundrechts vor Augen hatte. Aus unersichtlichen Gründen nahm das Gericht gerade keine (explizite) verfassungsrechtliche Prüfung von Art. 6 Abs. 1 GG vor.

Weiteren Aufschluss zur Frage der reproduktiven Freiheiten könnte bringen, welche verfassungsrechtlichen Grenzen die Senatsmehrheit in ihrer Entscheidungsbegründung anführt. Zur Rechtfertigung des Eingriffs führt das Gericht drei vom Gesetzgeber angeführte Schutzgüter an: den Schutz der Familie, den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung sowie „die Vermeidung schwerwiegender genetisch bedingter Erkrankungen bei Abkömmlingen aus Inzestbeziehungen“:

„Der Gesetzgeber hat seinen Entscheidungsspielraum nicht überschritten, indem er die Bewahrung der familiären Ordnung vor schädigenden Wirkungen des Inzests, den Schutz der

⁴⁹ BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 –, juris Rn. 40.

⁵⁰ BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 –, juris Rn. 56.

⁵¹ BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 –, juris Rn. 56.

⁵² BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 –, juris Rn. 64.

in einer Inzestbeziehung ‚unterlegenen‘ Partner sowie ergänzend die Vermeidung schwerwiegender genetisch bedingter Erkrankungen bei Abkömmlingen aus Inzestbeziehungen als ausreichend erachtet hat, das in der Gesellschaft verankerte Inzesttabu weiterhin strafrechtlich zu sanktionieren.“⁵³

Diese Zwecke seien „jedenfalls in ihrer Gesamtheit“ geeignet, den Eingriff in das verfassungsrechtlich verbrieft allgemeine Persönlichkeitsrecht zu rechtfertigen.⁵⁴ Außerdem verweist die Senatsmehrheit auf ein „kulturhistorisch“ begründetes gesellschaftliches Unrechtsbewusstsein, bei dem ebenso fraglich ist, an welcher verfassungsrechtlichen Norm das Gericht diese „wirkkräftige gesellschaftliche Überzeugung von der Strafwürdigkeit des Inzestes“ festmacht.⁵⁵ Im Folgenden wird ausschließlich der vom Gesetzgeber angeführte strafrechtliche Schutzzweck der „Vermeidung schwerwiegender genetisch bedingter Erkrankungen bei Abkömmlingen aus Inzestbeziehungen“ in den Blick genommen:

„Der Gesetzgeber hat sich zusätzlich auf eugenische Gesichtspunkte gestützt und ist davon ausgegangen, dass bei Kindern, die aus einer inzestuösen Beziehung erwachsen, wegen der erhöhten Möglichkeit der Summierung rezessiver Erbanlagen die Gefahr erblicher Schädigungen nicht ausgeschlossen werden könne [Nachweis, LK]. Die dagegen im strafrechtlichen Schrifttum wegen fehlender empirischer Validität dieser Begründung gerichteten Einwände [Nachweis, LK] greifen nicht durch. Im medizinischen und anthropologischen Schrifttum wird auf die besondere Gefahr des Entstehens von Erbschäden hingewiesen [Nachweis, LK] und teilweise angenommen, diese sei bei Verbindungen zwischen Bruder und Schwester noch gravierender als bei Verbindungen zwischen Vater und Tochter [Nachweis, LK]. Diese Erkenntnisse werden durch empirische Studien, von denen das im Auftrag des Senats erstellte Gutachten des Max-Planck-Instituts berichtet, gestützt. Vor diesem Hintergrund kann das strafbewehrte Inzestverbot auch unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung von Erbschäden nicht als irrational angesehen werden [Nachweis, LK]. Die ergänzende Heranziehung dieses Gesichtspunktes zur Rechtfertigung der Strafbarkeit des Inzests ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil er historisch für die Entrechtung von Menschen mit Erbkrankheiten und Behinderungen missbraucht worden ist.“⁵⁶

Ähnlich argumentiert das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf den lückenhaften Schutz der Strafnorm. So wird der durch das (sei es auch lückenhafte) Verbot erfolgende Eingriff in die *sexuelle* Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) erneut mit der Verhinderung der möglichen Entstehung von Menschen mit Behinderungen begründet:

⁵³ BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 –, juris Rn. 41.

⁵⁴ BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 –, juris Rn. 41. Ob diese Argumentation methodisch überzeugt, kann durchaus in Frage gestellt werden. Dies zu beantworten, ist jedoch nicht Thema dieser Arbeit.

⁵⁵ BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 –, juris Rn. 50: „[Die angegriffene Strafnorm rechtfertigt sich] in der Zusammenfassung nachvollziehbarer Strafzwecke vor dem Hintergrund einer kulturhistorisch begründeten, nach wie vor wirkkräftigen gesellschaftlichen Überzeugung von der Strafwürdigkeit des Inzestes.“

⁵⁶ BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 –, juris Rn. 49.

„Den Straftatbestand nicht auch auf den Beischlaf zwischen Stief-, Adoptiv- oder Pflegegeschwistern zu erstrecken, lässt sich [...] damit begründen, dass [...] insoweit keine vergleichbaren erbbiologischen Bedenken [bestehen], und es liegt auch die Annahme nicht fern, zwischen leiblichen Geschwistern könnten in höherem Maße als zwischen Stief-, Adoptiv- oder Pflegegeschwistern Abhängigkeiten bestehen.“⁵⁷

Die Verhinderung von Menschen mit Behinderungen („Vermeidung schwerwiegender genetisch bedingter Erkrankungen bei Abkömmlingen“, „Gefahr des Entstehens von Erbschäden“, „eugenische Gesichtspunkte“) wird damit als verfassungsrechtlich „nicht zu beanstanden“ und damit explizit als *legitimes* politisches Ziel verfassungsrechtlich bestätigt. Wenn das Gericht damit mehrfach auf die „Folgen für aus der Verbindung hervorgehende Kinder“ hinweist, hat es offenbar stets *reproduktiven Geschlechtsverkehr* vor Augen, also die Verhinderung der *Fortpflanzung* der Geschwister. Damit stellt sich das Gericht den koitalen Geschlechtsverkehr zwischen verschiedengeschlechtlichen Personen offenbar stets ungeschützt, also ohne Anwendung von Verhütungsmethoden, vor. Folgende Passage ist meines Erachtens Beleg dafür, dass das Gericht bei dem „Beischlafverbot“ die Verhinderung von *reproduktivem Geschlechtsverkehr* vor Augen hatte und damit eine Fortpflanzungsverhinderung:

„Der Umstand, dass beischlafähnliche Handlungen und sexueller Verkehr zwischen gleichgeschlechtlichen Geschwistern nicht mit Strafe bedroht sind, andererseits der Beischlaf zwischen leiblichen Geschwistern auch in den Fällen, in denen eine Empfängnis ausgeschlossen ist, den Straftatbestand erfüllt, stellt die grundsätzliche Erreichbarkeit der (Teil-)Ziele des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung und der Vorsorge vor genetisch bedingten Krankheiten nicht in Frage.“⁵⁸

Ziel dieser Analyse ist es, danach zu fragen, ob und unter welchen Aspekten das Gericht die reproduktive Freiheit von Individuen verhandelt, in diesem Fall also nach der Fortpflanzungsfreiheit von Geschwistern zu fragen. Es bleibt festzustellen, dass Reproduktion – die Verhinderung von Nachkommen mit Behinderungen – ausschließlich auf der *Rechtfertigungsebene* diskutiert wird, und zwar wird dies als ein wesentlicher Grund *für* die Strafbarkeit des Beischlafs zwischen verschiedengeschlechtlichen Geschwistern herangezogen. Welche verfassungsrechtlichen *Grenzen* im Einzelfall reproduktive Freiheiten beschränken können, ist wie erwähnt nicht Ziel dieser Arbeit. Ob ein staatlicher Eingriff – durch ein *Strafgesetz* – in den Intim- und Sexualbereich (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) allerdings überhaupt mit einer potentiellen *Beeinträchtigung* eines Menschen verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden darf, ob also die „Verhinderung von Erbkrankheiten oder Behinderungen“ als

⁵⁷ BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 –, juris Rn. 55. Siehe dort auch zu weiteren angeführten Erwägungen, die jedoch über das Thema dieser Arbeit hinausgehen und daher bei dieser Untersuchung außen vorgelassen werden.

⁵⁸ BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 –, juris Rn. 56.

verfassungsrechtliche *Grenze* erwogen werden kann, gibt Anlass zu großer Skepsis.⁵⁹

bb) Abweichendes Votum

Deutliche Kritik an der Entscheidung der Senatsmehrheit zum strafrechtlichen Beischlafverbot zwischen Geschwistern übte das abweichende Votum des Richters *Winfried Hassemer*.⁶⁰

Anders als die Senatsmehrheit hielt *Hassemer* in seinem Sondervotum die Strafnorm für verfassungswidrig. In der Begründung des abweichenden Votums heißt es etwa:

⁵⁹ Ebenso *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 35; *Hörnle*, NJW 2008, 2085–2088 (2086); siehe zur Kritik an der Norm auch *Fischer*, *Strafgesetzbuch*, 69. Auflage 2022, § 173 Rn. 3a f.; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 –, juris Rn. 83 – abw. Meinung Hassemer: „Dabei kann dahinstehen, ob es tatsächlich eine besondere Gefahr von Erbschäden bei aus Inzestverbindungen hervorgegangenen Kindern gibt. Es verbietet sich schon von Verfassungs wegen, den Schutz der Gesundheit potentieller Nachkommen zur Grundlage jedenfalls strafgesetzlicher Eingriffe zu machen. Ein Rechtsgutsträger, dessen mutmaßliche Interessen zur Rechtfertigung des Inzestverbots herangezogen werden könnten, existiert zum Zeitpunkt der Tathandlung neben dem betroffenen Geschwisterpaar nicht. Der Gedanke eines strafrechtlichen Schutzes potentieller Nachkommen vor genetischen Schäden setzt zudem die absurde Abwägung des mutmaßlichen Interesses potentiell gezeugten Nachwuchses an einem Leben mit genetischen Defekten einerseits mit einem mutmaßlichen Interesse an der eigenen Nichtexistenz andererseits voraus. Deshalb kennen wir aus guten Gründen eine Strafbarkeit des Beischlafs selbst dort nicht, wo die Wahrscheinlichkeit behinderten Nachwuchses höher ist und die erwartbaren Behinderungen massiver sind als beim Inzest.“ „Auch lässt sich die Berücksichtigung eugenischer Gesichtspunkte nicht mit dem möglichen Argument der Belastung Dritter rechtfertigen, etwa der Familie, in die ein geschädigtes Kind hineingeboren werde, oder auch der Allgemeinheit, die zu fürsorgerischen Aufwendungen veranlasst sei. Dies liefe auf die Verneinung des Lebensrechts behinderter Kinder allein aus lebenskonträren Interessen und Fiskalbelangen anderer hinaus“, ebd., Rn. 84.

⁶⁰ Seit Einführung des Sondervotums im Jahr 1970 haben Richterinnen und Richter die Möglichkeit, eine abweichende Meinung zu einer Entscheidung oder deren Begründung zum Ausdruck zu bringen (§ 30 Abs. 2 S. 1 BVerfGG). Einem abweichenden Votum kommt in Abgrenzung zur Entscheidung der Senatsmehrheit keine Gesetzeskraft (vgl. § 31 BVerfGG) zu, von dem Instrument wird auch nur mit großer Zurückhaltung Gebrauch gemacht. Im Zeitraum von 1971–2020 ergingen bei 2.316 Senatsentscheidungen nur 169 Sondervoten, was knapp 7, 3 Prozent entspricht. Siehe *Jahresstatistik 2020*, Grafische Darstellung der Entscheidungen mit/ohne Sondervotum seit 1971, https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/A-I-7.pdf?__blob=publication-File&v=2 (zuletzt 27.12.2022). Durch das Offenlegen von Gegenauffassungen spiegeln Sondervoten bei ethisch wie gesellschaftspolitisch umkämpften Themen die Wertevielfalt in einer demokratischen Gesellschaft und auch innerhalb der Justiz wider. Sie können auf diese Weise einerseits zur Entschärfung von Rechtskonflikten beitragen, andererseits die öffentliche Debatte beleben, siehe dazu *Steiner*, ZRP 2007, 245–246.

„So ist beispielsweise die Entscheidung des Gesetzgebers, die Strafbarkeit des Geschwisterinzests auf den Beischlaf zu beschränken und andere sexuelle Handlungen straflos zu lassen, möglicherweise geeignet, um der Gefahr der Fortpflanzung zu begegnen, eher nicht geeignet zur Sicherung der sexuellen Selbstbestimmung und sicherlich ungeeignet zum Schutz von Ehe und Familie.“⁶¹

Bereits in dieser Passage deutet sich damit in Ansätzen eine Unterscheidung zwischen dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und „Fortpflanzung“ ab. Diese Andeutung wird in folgender Passage ebenfalls sichtbar:

„[Es] gibt [...] in Zeiten zuverlässig möglicher Empfängnisverhütung, in denen der Beischlaf ohne weiteres folgenlos bleiben kann, keine greifbare Wahrscheinlichkeit mehr dafür, dass es mit der Ausübung des Beischlafs auch tatsächlich zur Zeugung von Kindern kommt. Der Gesetzgeber hat gerade keine Strafnorm geschaffen, die auf die Verhinderung der Fortpflanzung leiblicher Geschwister als rechtlich missbilligten Erfolg abstellt, sondern mit dem weiterreichenden Verbot des Beischlafs ein im Vorfeld liegendes Verhalten mit Strafe bedroht. Die Gefahr der Fortpflanzung von leiblichen Geschwistern ist aber keine mit dem Beischlaf auch nur regelmäßig eintretende negative Folge, deren mögliche Berücksichtigung durch den Gesetzgeber einen Schluss auf Familienschutz zuließe.“⁶²

Das abweichende Votum von *Hassemer* diskutiert damit zwar ebenso wenig explizit eine reproduktive Freiheit, also ein Recht, über die eigene Fortpflanzung zu bestimmen (etwa Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG oder Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG). Allerdings verweist das Sondervotum gerade zutreffend darauf, dass die Fortpflanzung mittelbar durch das Verbot des Beischlafs tangiert ist. Daneben liegt der verfassungsrechtlichen Beurteilung des Sondervotums eine lebensweltlich nähere Betrachtung von Sexualität und Reproduktion zugrunde, wenn *Hassemer*, dass „Beischlaf ohne weiteres folgenlos bleiben kann“.

b) Würdigung

aa) Entscheidung der Senatsmehrheit

Das Bundesverfassungsgericht, genauer die ganz überwiegende Mehrheit des Zweiten Senats (7:1), hielt das Beischlafverbot zwischen verschiedengeschlechtlichen Geschwistern (2008) für mit dem Grundgesetz vereinbar. Die Strafnorm stellt nach dem Wortlaut der Norm „Beischlaf“ unter Strafe und enthält kein Fortpflanzungsverbot. Dennoch zeigt die Lektüre der Entscheidungsbegründung der Senatsmehrheit, dass unter dem Verbot des „Beischlafs“ die Verhinderung von reproduktivem Geschlechtsverkehr (zum Begriff siehe Kapitel 2, II. 4. a)) erörtert wird. Das Gericht diskutiert diese Verhinderung der

⁶¹ BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 –, juris Rn. 80 – abw. Meinung Hassemer.

⁶² BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 –, juris Rn. 97 – abw. Meinung Hassemer.

Fortpflanzung als legitime (!) Grenze des Eingriffs in die *sexuelle* Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und damit ausschließlich auf der *Rechtfertigungsebene* und nicht etwa auf Schutzbereichsebene als Eingriff in ein grundrechtlich verbrieftes Recht der Geschwister, sich fortzupflanzen (etwa Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG oder Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG). Eine Erörterung eines Eingriffs in Art. 6 Abs. 1 GG ließ das Bundesverfassungsgericht im Gegenteil – bedauerlicherweise – gerade offen, verwies ohne nähere Begründung allerdings darauf, dass „aus den dargelegten Gründen“ eine verfassungsrechtliche Überprüfung auch „anhand dieses Grundrechts“ standhalte.⁶³ Für diese Vorgehensweise der verfassungsrechtlichen Betrachtung stehen zwei Deutungsmöglichkeiten im Raum:

Das Bundesverfassungsgericht könnte die reproduktive Freiheit, hier in Gestalt der Freiheit, *mit wem* man sich fortpflanzen möchte (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), als von der sexuellen Selbstbestimmung losgelöste *eigenständige* grundrechtlich zu schützende Freiheit schlicht *nicht erkannt* haben. Jedenfalls hat die Senatsmehrheit des Zweiten Senats sie in seiner Entscheidungsbegründung nicht explizit *benannt*. Insbesondere bleibt unklar, was das Bundesverfassungsgericht mit der Einrichtung von „geschlechtlichen Beziehungen“, die es als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von der *sexuellen* Selbstbestimmung umfasst sieht, genau meint. Offen bleibt dabei, ob von den „geschlechtlichen Beziehungen“ auch *reproduktiver Geschlechtsverkehr* geschützt sein soll.⁶⁴ Falls das Gericht den reproduktiven Geschlechtsverkehr unter den Schutz des „Intim- und Sexualbereichs“ fasst, mangelt es jedoch an einer weiteren Differenzierung zwischen reproduktiven und sexuellen Freiheiten. Das ist nicht nur ein theoretisches Problem, sondern hat eklatante Auswirkungen auf die Verfassungsinterpretation.

Folge der analytischen Unschärfe ist, dass die Senatsmehrheit, etwa mit Blick auf den Schutzzweck des Beischlafverbots, mit den „Folgen für aus der Verbindung hervorgehende Kinder“ und damit mit der Verhinderung der Fortpflanzung argumentiert. Diese Verhinderung der Fortpflanzung betrachtet die Senatsmehrheit als (im Ergebnis *legitime*!) Einschränkung der *sexuellen* Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG). Die fehlende Trennung von sexuellen und reproduktiven Belangen führt auch dazu, dass das Gericht in dieser Entscheidung – anders als in der späteren *Trans VIII*-Entscheidung (2011) – nicht erörtert, dass der *reproduktive Geschlechtsverkehr* zwischen Geschwistern zwar weiterhin strafbewehrt bleibt, verschiedenegeschlechtliche Geschwister sich jedoch theoretisch *straffrei* auf anderem Wege fortpflanzen können: Denkbar wäre etwa, dass sie ein Kind mit der einfach durchzuführenden sog. Bechermethode zeugen – und damit ohne sexuelle Handlung, d. h. ohne „Beischlaf“ im Sinne des § 173 StGB. Ebenso wenig

⁶³ BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 –, juris Rn. 64.

⁶⁴ Zum Begriff siehe Kapitel 2, II. 4. a).

stellt eine *ärztlich* assistierte Insemination mithilfe eines reproduktionsmedizinischen Verfahrens „Beischlaf“ im Sinne der Norm dar und wäre straffrei.

Das Bundesverfassungsgericht könnte die Freiheit der Geschwister, sich fortzupflanzen, jedoch auch eklatant *verkannt* haben. Hierfür sprechen mehrere Indizien: Erstens erging ein abweichendes Votum, das die Senatsmehrheit darauf aufmerksam machte, dass Geschlechtsverkehr „in Zeiten zuverlässig möglicher Empfängnisverhütung“ auch ohne die Zeugung von Kindern erfolgen kann. Zweitens zog das Bundesverfassungsgericht einen möglichen Grundrechtseingriff in Art. 6 Abs. 1 GG in Erwägung.⁶⁵ Bedauerlicherweise bleibt allerdings eine verfassungsrechtliche Prüfung aus. Eine mögliche Grundrechtsverletzung von Art. 6 Abs. 1 GG bleibt damit im Ergebnis gerade offen. Drittens hatte die Senatsmehrheit jedenfalls auch, wenn nicht sogar primär, die Verhinderung reproduktiven Geschlechtsverkehrs, genauer die Verhinderung der Entstehung von Menschen mit Behinderungen, im Blick. Diese Argumentation wird in den Bevölkerungswissenschaften als antinatalistische (geburtenhemmende) Zielsetzung einer staatlichen Maßnahme beschrieben.⁶⁶ Zudem rekurriert der Gesetzgeber bei der Begründung des Verbots auf ableistische Aspekte („erbbiologische Bedenken“, „Vermeidung von Erbschäden“, „Vorsorge vor genetisch bedingten Krankheiten“), die vom Bundesverfassungsgericht als „verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden“ gebilligt werden. Als *Ableismus* wird die „Abwertung, Diskriminierung, Marginalisierung von Menschen mit Behinderung oder chronisch Kranken aufgrund ihrer Fähigkeiten“ beschrieben.⁶⁷ Kurzum: Die *Entscheidung zum Geschwisterbeischlafverbot* (2008) lässt jegliche explizite Ausführungen zu grundrechtlich verbrieften reproduktiven Freiheiten missen.

Der Beschwerdeführer erhob daraufhin gegen seine strafrechtliche Verurteilung zu einer Gefängnisstrafe Individualbeschwerde vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (Art. 34 S. 1 EMRK).⁶⁸ Das Gericht stellte jedoch keinen Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention fest. Zwar stelle die strafrechtliche Verurteilung des Beschwerdeführers „einen Eingriff in sein Recht auf Achtung seines Privatlebens, das sein Sexualeben einschließt“ (Art. 8 EMRK), dar.⁶⁹ Den Mitgliedstaaten komme jedoch in diesem Fall ein weiter Beurteilungsspielraum zu, da zwischen den Konventionsstaaten kein Konsens darüber herrsche, ob einvernehmliche sexuelle Handlungen zwischen erwachsenen Geschwistern strafbar sein sollten.⁷⁰

⁶⁵ Coester-Waltjen in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (224).

⁶⁶ Engelhardt, *Grundlagen der Bevölkerungswissenschaft und Demografie*, 372.

⁶⁷ Online-Wörterbuch von Duden: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Ableismus> (zuletzt 27.12.2022).

⁶⁸ EGMR, Urteil vom 12. April 2012 – 43547/08.

⁶⁹ EGMR, Urteil vom 12. April 2012 – 43547/08 –, juris Rn. 55.

⁷⁰ EGMR, Urteil vom 12. April 2012 – 43547/08 –, juris Rn. 61.

bb) Abweichendes Votum

Das Sondervotum von *Hassemer* machte die Senatsmehrheit zu Recht – im Jahr 2008 – darauf aufmerksam, dass Geschlechtsverkehr „in Zeiten zuverlässig möglicher Empfängnisverhütung“, auch ohne Nachwuchszeugung erfolgen kann und „Beischlaf ohne weiteres folgenlos bleiben kann“. Dies entspricht der Sozialforschung, wonach die meisten Menschen Jahrzehnte in ihrem Leben mit Fragen der Verhütung und nur wenige Jahre mit Fortpflanzung beschäftigt sind (Kapitel 2, II. 4. a)). Damit wies das abweichende Votum jedenfalls im Ansatz auf die von der Senatsmehrheit nicht vorgenommene Trennung von sexueller Aktivität und Fortpflanzung hin. Allerdings fehlt auch im Sondervotum die Benennung einer grundrechtlich eigenständig geschützten reproduktiven Freiheit. Zutreffend übt das Sondervotum zudem verfassungsrechtliche Kritik an der Argumentationslinie der Senatsmehrheit, die die Vereinbarkeit der Strafnorm mit dem Grundgesetz mit der „Vermeidung schwerwiegender genetisch bedingter Erkrankungen bei Abkömmlingen aus Inzestbeziehungen“ rechtfertigte.

4. Zusammenfassung und Würdigung

Gegenstand der beiden in Betracht genommenen Entscheidungen ist die verfassungsrechtliche Beurteilung eines strafrechtlichen Verbots, das die Auswahl von Personen, mit denen Menschen ihre Sexualität ausleben wollen, beschränkte (§ 175 StGB a. F.) bzw. weiterhin beschränkt (§ 173 Abs. 2 StGB). In beiden Verfahren geht es deshalb zentral (auch) um das Recht auf *sexuelle* Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG). Obwohl damit gerade das Ausleben von *Sexualität* und nicht das Fortpflanzen Gegenstand der Strafnormen ist bzw. war, spielt *Reproduktion* bei den Entscheidungsbegründungen eine zentrale Rolle – vornehmlich allerdings *implizit* und daher auf den ersten Blick wenig erkennbar. Gerade das implizite Verhandeln von Fortpflanzung bringt allerdings einige Aufschlüsse:

In der *Entscheidung zum Verbot homosexueller Handlungen* (1957) stellt das Bundesverfassungsgericht erstmals das „Gebiet des Geschlechtlichen“ verfassungsrechtlich unter Schutz. Dabei verortet das Gericht diesen Bereich „des Geschlechtlichen“ im Persönlichkeitsrecht. Erst die weiteren Passagen bringen Aufschluss, was mit diesem vagen Terminus des „Geschlechtlichen“ gemeint ist. Im Fokus der Entscheidung steht die Frage, ob weibliche und männliche (Homo-) *Sexualität* aufgrund der „natürlichen“ Verschiedenheit der Geschlechter miteinander vergleichbar sind. Dabei ist ein zentraler Erklärungsansatz für die fehlende Vergleichbarkeit des Sexualverhaltens von Frauen und Männern die „*reproduktive Differenz*“⁷¹ von Frauen und Männern. Auch wenn es in der

⁷¹ *Schrupp*, Schwangerwerdenkönnen, 2019, 39 f.

Entscheidung an einer *analytischen* Trennschärfe zwischen Sexualität und Reproduktion fehlt, sah das Gericht bereits im Jahr 1957, und damit vor Einführung der Anti-Baby-Pille (1961), eine mögliche Entkopplung von (männlicher heterosexueller) Sexualität und Fortpflanzung. Eine solche Entkopplung von Geschlechtsverkehr („bloßer Lustgewinn“) und Fortpflanzung sah das Gericht jedoch als „Gefahr der Akzentverschiebung zu Lasten der Verantwortung“ an. Zu lesen ist von einer „kulturellen Aufgabe“, Lustgewinn, ergo Sexualität, und Verantwortung, ergo Reproduktion, zu verbinden. Reproduktion zur „kulturellen“ Aufgabe zu erklären, impliziert, Reproduktion zur *gesellschaftlichen Aufgabe* zu erheben. Das wird auch durch die Bestimmung – spätestens heute nicht mehr tragbarer – verfassungsrechtlicher Grenzen deutlich. Denn das Gericht bestimmt die Grenze grundrechtlicher Freiheit („Sittengesetz“, Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 2 GG) explizit anhand von außerrechtlichen Maßstäben, in dem es auf die Auffassungen der Religionsgemeinschaften verweist. Die Entscheidungsbegründung lässt sich in die Zeit der sog. Naturrechtsrenaissance einordnen, in der christlich-sittliche Werte zum Naturrecht erhoben wurden und auf diese Weise die traditionell von den Kirchen vertretenen Anschauungen zu Ehe und Familie als verbindliche Grundlage für die Bewertung des Verhaltens der Individuen herangezogen wurden.⁷²

Das Bundesverfassungsgericht setzt damit Sexualität einen normativen Rahmen: Sexualität soll der Zeugung von Nachwuchs dienen. Aus dieser vom Bundesverfassungsgericht zugrunde gelegten pronatalistischen, auf eine Geburtenförderung gerichtete Argumentation folgt zweierlei: (Männliche) gleichgeschlechtliche Sexualität ist nicht „reproduktiv“ und konnte daher nicht als legitim angesehen werden. (Verschiedengeschlechtliche) Sexualität war (nur) dann legitim, wenn sie „reproduktiv“ war. Damit liegt der Verfassungsinterpretation eine Idealvorstellung zugrunde, die eine mehrdimensionale Erwartung an Menschen mit sich bringt, wie sie begehren sollen, verbunden mit der Erwartung, sich fortzupflanzen, um auf diese Weise gesellschaftliche Verantwortung zu übernehmen. Das Bundesverfassungsgericht hat sich in seiner *Entscheidung zur Sukzessivadoption* von gleichgeschlechtlichen Eltern (2013) ausdrücklich von der *Entscheidung zum Verbot homosexueller Handlungen* (1957) aufgrund des aktualisierten Wissens- und Forschungsstands zu sexuellem Begehren distanziert. Sexualität und Reproduktion allerdings, so belegen es die Ausführungen in der *Entscheidung zum Geschwisterbeischlafverbot* (2008), wird auch in der neueren Rechtsprechung noch nicht überzeugend analytisch getrennt voneinander betrachtet.

Das Bundesverfassungsgericht versteht in der *Entscheidung zum Beischlafverbot* zwischen verschiedengeschlechtlichen Geschwistern (2008) unter „Bei-

⁷² Grundlegend *Foljanty*, Recht oder Gesetz, 2013, 103 f., 209 f., 216 ff., 220 ff., 235–246, 331 ff.; siehe auch *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, 60 f.

schlaf“ (im Sinne des § 173 StGB) ausschließlich den *koitalen Geschlechtsverkehr zwischen verschiedengeschlechtlichen Personen*. Weitere denkbare hetero- oder homosexuelle Sexualpraktiken werden nicht als „Beischlaf“, sondern als „beischlafähnliche Handlungen“ betrachtet und stehen nicht unter Strafe. Das lässt die Vermutung zu, dass sich unter „Beischlaf“ nicht nur koitaler Geschlechtsverkehr, sondern implizit *reproduktiver Geschlechtsverkehr* vorgestellt wird.⁷³ Allerdings ist dieser Befund aufgrund der analytischen Unschärfe nicht auf Anheb aufzudecken. Konkret unklar bleibt, ob das Bundesverfassungsgericht mit der Einrichtung von „geschlechtlichen Beziehungen“, die es – zu Recht – *auch* als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) von der *sexuellen* Selbstbestimmung umfasst sieht, auch *reproduktiven* Geschlechtsverkehr unter Schutz stellt. Folge der analytischen Unschärfe ist, dass das Bundesverfassungsgericht eine grundrechtlich *eigenständig* geschützte reproduktive Freiheit der Geschwister auf der Schutzbereichsebene nicht in den Blick nimmt, jedenfalls nicht explizit. Die überwiegende Mehrheit des zuständigen Zweiten Senats (7: 1 Stimmen) stellt ihre Erwägungen rund um Fortpflanzung stattdessen auf der *Rechtfertigungsebene* an. Nach dieser Auffassung ist die *Verhinderung der Fortpflanzung* verschiedengeschlechtlicher Geschwister „zur Vermeidung von Erbschäden“ ein verfassungsrechtlich tragender Rechtfertigungsgrund für das strafrechtliche Beischlafverbot.

Das Gericht setzt auf diese Weise Sexualität erneut einen normativen Rahmen: Das strafrechtliche *Verbot* des Geschlechtsverkehrs zwischen Geschwistern sei gerechtfertigt, *weil* dieser Geschlechtsverkehr *reproduktiv* sein könnte.

Beiden Entscheidungen fehlen folglich explizite analytische Differenzierungen zwischen sexuellen und reproduktiven Belangen des Individuums. Mitte der 1950er-Jahre mag das noch nachvollziehbar, wenngleich wenig überzeugend sein. Erstaunlich ist allerdings, dass auch die *Entscheidung zum Geschwisterbeischlafverbot* im Jahr 2008 noch eine analytische Unschärfe aufweist, die eine enorme Freiheitsverkürzung mit sich bringt.

Vergleicht man die beiden Entscheidungsbegründungen mit Blick auf die Gewährleistung *gleicher* Freiheiten lässt sich folgende Beobachtung feststellen: Beide Entscheidungen verhandeln gesellschaftlich tabuisierte – und damals bzw. noch heute unter Strafe stehende – Sexualität, die von der zeitgenössischen, von der Mehrheitsgesellschaft definierten Norm abwich bzw. abweicht. In der *Entscheidung zum Verbot homosexueller Handlungen* (1957) wurde die *Bestrafung* von homosexueller Sexualität neben weiteren Gründen deshalb als gerechtfertigt angesehen, weil sie *nicht* reproduktiv war bzw. sein konnte. Der Entscheidungsbegründung liegen wie gezeigt biologisch begründete heteronormative, inzwischen als homophob geltende und zugleich prona-

⁷³ Zum Begriff siehe Kapitel 2, II. 4. a).

talistische Hintergrundannahmen zugrunde. In der *Entscheidung zum Geschwisterbeischlafverbot* (2008) wurde die *Bestrafung* von möglicherweise reproduktivem Geschlechtsverkehr als gerechtfertigt angesehen, weil sich Menschen in einer vermeintlich „falschen“ Konstellation fortpflanzen könnten und dann vermeintlich „falsche“ Menschen mit Behinderungen geboren werden könnten. Dies stellt eine antinatalistische Argumentation dar, die auf ableistische Aspekte rekurriert. Während homosexuellen Männern die gleiche *sexuelle* Freiheit verwehrt wurde, wird verschiedengeschlechtlichen Geschwistern weiterhin die gleiche *sexuelle* und *reproduktive* Freiheit verwehrt. In beiden Entscheidungen zeichnet sich damit eine komplexe Verflechtung mehrdimensionaler diskriminierender Strukturen ab, die die Verfassungsinterpretation und damit auch das Ergebnis der Entscheidung prägen.

III. Von der Freiheit, über die eigene Fortpflanzungsfähigkeit zu bestimmen

1. Einleitung

Zu den reproduktiven Freiheiten zählt grundlegend die Freiheit, selbstbestimmt über die eigene Fortpflanzungsfähigkeit entscheiden zu können, genauer über die eigenen Fortpflanzungsorgane zu verfügen. Zu den Fortpflanzungsorganen gehören unter anderem die Hoden, in denen die Samenzellen gebildet werden bzw. die Eierstöcke sowie die Gebärmutter, in der sich die befruchtete Eizelle später einnistet. Selbstbestimmt über die eigenen Fortpflanzungsorgane verfügen zu können meint damit, etwa über eine Sterilisation (Durchtrennung der Samen- bzw. Eileiter) oder über eine Kastration (operative Entfernung oder medikamentöse Zerstörung der Keimdrüsen, also der Eierstöcke oder der Hoden) selbstbestimmt zu entscheiden. Bei diesen chirurgischen oder hormonellen Maßnahmen handelt es sich um medizinische Eingriffe, die ich nachfolgend unter dem Sammelbegriff Fertilitätseingriffe umschreibe. Um die Regulierung und rechtliche Beurteilung von Fertilitätseingriffen einzuordnen, ist grundlegend zwischen freiwilligen und nicht freiwilligen medizinischen Eingriffen, die den Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit (synonym: Fertilität) zur Folge haben, zu unterscheiden.⁷⁴

⁷⁴ Siehe für eine Auseinandersetzung mit den in der nationalsozialistischen Gesetzgebung enthaltenen bevölkerungspolitischen Instrumenten der sog. „positiven“ Eugenik (etwa das Verbot freiwilliger Sterilisationen zur Förderung „arischen“ Nachwuchses) wie auch der sog. „negativen“ Eugenik (etwa Zwangssterilisationen an als „erbkrank“ deklarierten Personen), welche entsprechend der nationalsozialistischen Weltanschauung die Fertilität von Individuen regulieren sollten: BGH, Urteil vom 27. Oktober 1964 – 5 StR 78/64 –, juris Rn. 17 ff.

Bevor zentrale bundesverfassungsgerichtliche Entscheidungen zu diesem Themenkomplex in den Blick genommen werden, ist eine kurze Betrachtung einer grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur freiwilligen Sterilisation (1976) notwendig.

2. Exkurs: BGH-Entscheidung zur ärztlichen Haftung nach freiwilliger Sterilisation (1976)

Mitte der 1960er-Jahre stellt der Bundesgerichtshof in der *Dohrn*-Entscheidung (1964) fest, dass die medizinisch nicht indizierte Sterilisation mangels Sittenwidrigkeit nicht (mehr) *strafrechtlich* verboten und damit legal ist.⁷⁵ Die Begründung der Entscheidung wurde damals heftig kritisiert und setzte eine kontroverse gesellschaftliche Debatte um die (moralische!) Zulässigkeit der freiwilligen Sterilisation in Gang, worauf der Bundesgerichtshof in einer späteren Entscheidung sogar selbst hinwies.⁷⁶ Mitte der 1970er-Jahre hatte der Bundesgerichtshof in der *Entscheidung zur zivilrechtlichen Arzthaftung nach einer freiwilligen Sterilisation* (1976) erneut darüber zu entscheiden, wann eine Sterilisation einer Frau, genauer einer 34-jährigen Frau und Mutter von drei Kindern, als rechtmäßig galt, konkret als (nicht) „sittenwidrig“ (im Sinne von § 138 BGB analog). Dieses Mal erfolgte also keine strafrechtliche, sondern eine zivilrechtliche Beurteilung der freiwilligen Sterilisation, die ein Arzt durchführte (§ 823 BGB). Weil es an einer ausdrücklichen gesetzgeberischen Regelung zu diesem Zeitpunkt fehlte, zog der Bundesgerichtshof zur Beantwortung der Frage verfassungsrechtliche und moralische Maßstäbe heran.

a) Inhalt

In der *Entscheidung zur zivilrechtlichen Arzthaftung nach einer freiwilligen Sterilisation* (1976) verneint der Bundesgerichtshof die Sittenwidrigkeit einer freiwilligen Sterilisation (§ 138 Abs. 1 BGB analog). Zur Begründung führt der Bundesgerichtshof Wertungen des Grundgesetzes an:

„Nach den herrschenden Moralvorstellungen ist weder Empfängnisverhütung als solche noch ärztliche Mithilfe dazu verwerflich. Im Gegenteil wird die freie Entscheidung für oder gegen eine Elternschaft als Möglichkeit zu einer humaneren Lebensführung verstanden. Das entspricht der Wertordnung unserer Verfassung, die der Einzelpersonlichkeit für diesen innersten Bereich der Lebensverwirklichung einen Freiheitsraum gewährt, zu dem die Gemeinschaft keinen Zugang hat, sei es auch nur in der Form der moralischen Kritik. Die sittlichen Werte von Ehe und Familie werden – jedenfalls nach den hier maßgebenden Moralvorstellungen – durch solche Entscheidungsfreiheit nicht angetastet.“⁷⁷

⁷⁵ BGH, Urteil vom 27. Oktober 1964 – 5 StR 78/64.

⁷⁶ BGH, Urteil vom 29. Juni 1976 – VI ZR 68/75 –, juris Rn. 13.

⁷⁷ BGH, Urteil vom 29. Juni 1976 – VI ZR 68/75 –, juris Rn. 10.

Der Bundesgerichtshof führt seine verfassungsrechtlichen Erwägungen wie folgt weiter aus:

„[D]ie Wechselwirkungen der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung mit der Sittenordnung dürfen nicht außer Betracht bleiben, wenn es darum geht, ob die Gerichte solcher Entscheidung aus dem innersten Bereich der Persönlichkeit aus Gründen der Sittlichkeit Beachtung zu versagen haben. Die Verfassung legt der staatlichen Gemeinschaft gegenüber Entscheidungen aus diesem Bereich Toleranz und Zurückhaltung auf. Deshalb ist für die Beurteilung, inwieweit die Gesellschaftsordnung die mit der Sterilisation verbundene Verkürzung der Persönlichkeit des Einzelnen hinzunehmen hat, der Entscheidungsfreiheit des Betroffenen, die auch das Risiko des ‚unrichtigen Gebrauchs‘ zum Nachteil der eigenen Interessen mit umfaßt, besonderes Gewicht einzuräumen.“⁷⁸

Der Bundesgerichtshof führt dabei zunächst neutrale Kriterien, wie das spezifische Lebensalter und die jeweilige Lebensgestaltung, als moralische Maßstäbe zur Bestimmung der Grenze einer freiwilligen Sterilisation an (vgl. Art. 2 Abs. 1 GG: „gute Sitten“).⁷⁹ In diesem Sinne heißt es in der Entscheidung weiter:

„Ist aufgrund dieser objektiven Kriterien ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht festzustellen, dann kann auch der Beweggrund, der dem Wunsch nach Sterilisation zugrundeliegt, ein sittliches Verdikt nicht rechtfertigen. Wo es um Selbstbestimmung und Eigenverantwortung geht, muß die Rangordnung in der Motivation zunächst der Einzelpersonlichkeit überlassen bleiben.“⁸⁰

Die Rolle der Ärzteschaft, die diesen medizinischen Eingriff schließlich durchführt, fasst der Bundesgerichtshof dabei wie folgt:

„[D]ies gilt umso mehr, als dem Arzt nicht zugemutet werden kann, den Gründen für den Entschluß im einzelnen nachzugehen und sie auf ihre Berechtigung zu überprüfen.“⁸¹

„Freilich muß er [der Arzt] sich der mit dem Eingriff übernommenen Verantwortung bewußt sein und alle Umstände bedenken, die aus ärztlicher Sicht im Einzelfall für und gegen einen solchen Eingriff sprechen, wobei auch die künftige psychische Gesundheit seiner Patienten eine Rolle spielen wird. Er sollte in jedem Einzelfall bedenken, ob ein derart endgültiger Eingriff angesichts der Lebensverhältnisse der Betroffenen verantwortet und ob nicht ein weniger schwerwiegender Weg beschritten werden kann.“

Diese zitierten Passagen bringen zunächst eine klare individualfreiheitsrechtliche Auffassung zum Ausdruck. Allerdings heißt es in der Entscheidungsbeurteilung an anderer Stelle:

„Freilich bedeutet Sterilisation mehr als ein Mittel zur (dauernden) Empfängnisverhütung. Der Eingriff in die Fortpflanzungsfähigkeit läßt sich in der Regel nicht wieder rückgängig machen; mit seiner Einwilligung gibt sich der Betroffene durchweg der Möglichkeit, sich

⁷⁸ BGH, Urteil vom 29. Juni 1976 – VI ZR 68/75 –, juris Rn. 14.

⁷⁹ BGH, Urteil vom 29. Juni 1976 – VI ZR 68/75 –, juris Rn. 14.

⁸⁰ BGH, Urteil vom 29. Juni 1976 – VI ZR 68/75 –, juris Rn. 14.

⁸¹ BGH, Urteil vom 29. Juni 1976 – VI ZR 68/75 –, juris Rn. 14.

später für Kinder entscheiden zu können. Die Sterilisation betrifft so die Persönlichkeit in ihren Grundlagen; sie kann, je nach dem Gewicht der Fortpflanzungsfähigkeit für die Einzelperson nach Lebensalter und nach der Gestaltung seines Lebens sowie der Konfliktsituation, in die sie ihn stellt, zu einer erheblichen Verkürzung seiner Selbstverwirklichung führen, um deretwillen ihm gerade Entscheidungsfreiheit gewährleistet ist“.⁸²

Weiter heißt es dann, und das war das entscheidende Kriterium für die Bestimmung des Bundesgerichtshofs der „hier maßgebenden Moralvorstellungen“⁸³, dass die Sterilisation jedenfalls im konkreten Fall – bei einer Frau, die bereits *Mutter von drei Kindern* war – zulässig sei, weil die Frau durch ihre Rolle als Mutter bereits ihre Persönlichkeit verwirklicht habe:

„Jedenfalls bei einer Frau, die wie die Klägerin im Zeitpunkt des Eingriffs mit 34 Jahren die Mitte des Lebens erreicht hat, seit ihrem 27. Lebensjahr Mutter ist und vor der Geburt ihres 3. Kindes steht, kann unbedenklich angenommen werden, daß sie soviel Lebenseinsicht in die Bedeutung der Mutterschaft für das eigene Lebensschicksal und das ihrer Ehe und Familie hat, um diese Entscheidung selbstverantwortlich treffen zu können. Jedenfalls in diesem Lebensabschnitt und bei dieser Lebensgestaltung haben sich bereits weitgehend die Möglichkeiten, die in der Fortpflanzungsfähigkeit der Frau für die Entfaltung ihrer Persönlichkeit liegen, verwirklicht. Der freiwillige, irreversible Verzicht auf sie verkürzt die Persönlichkeit der Klägerin nicht derart, daß dies für die Sittenordnung nicht mehr tragbar wäre.“⁸⁴

b) Würdigung

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist zeithistorisch betrachtet als progressiv und als Ausdruck einer sozialliberalen Haltung der 1970er-Jahre anzusehen. Gleichwohl ist die Entscheidungsbegründung aus heutiger Sicht als ambivalent zu beurteilen. Positiv zu bewerten ist die gerichtliche Einordnung der freiwilligen Sterilisation als Ausdruck von „Selbstbestimmung und Eigenverantwortung“ der „Einzelpersönlichkeit“, also des Individuums. Sprachlich wie inhaltlich lassen die Ausführungen des Gerichts zur „Entscheidungsfreiheit“ bzw. zur „freien Entscheidung für oder gegen eine Elternschaft“ „als Teil des innersten Bereichs der Lebensverwirklichung“ auf eine Verortung dieser reproduktiven Freiheit im allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) schließen, wenn auch erneut ohne explizites Benennen der Grundrechtsnorm. Für eine solche (implizite) Verortung im Selbstbestimmungsrecht spricht auch, dass das Gericht die „Entscheidung für oder gegen Elternschaft“ zutreffend als einen „Freiheitsraum“ des Individuums versteht, der auch „das Risiko des ‚unrichtigen Gebrauchs‘“ mitumfasse und dem die staatliche Gemeinschaft mit „Toleranz und Zurückhaltung“ und ohne „mo-

⁸² BGH, Urteil vom 29. Juni 1976 – VI ZR 68/75 –, juris Rn. 11.

⁸³ BGH, Urteil vom 29. Juni 1976 – VI ZR 68/75 –, juris Rn. 10.

⁸⁴ BGH, Urteil vom 29. Juni 1976 – VI ZR 68/75 –, juris Rn. 15.

ralische Kritik“ zu begegnen habe. Die vom Bundesgerichtshof herangezogenen Kriterien zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit, das spezifische Lebensalter, die jeweilige Lebensgestaltung oder die konkrete Konfliktsituation des Einzelnen, scheinen auf den ersten Blick ebenfalls weitestgehend wertneutral. Allerdings werden in der Entscheidungsbegründung dann doch Hintergrundannahmen zu Geschlechterrollen und dem Reproduktionsverhalten von Frauen sichtbar, die sich einer Kritik nicht entziehen können. Die Sterilisation wird in dem Verfahren letztlich deshalb als legitim betrachtet, weil die Klägerin bereits drei Kinder geboren hatte, weshalb sich die „Möglichkeiten, die in der Fortpflanzungsfähigkeit der Frau für die Entfaltung ihrer Persönlichkeit liegen, verwirklicht“ hätten. Damit schließt der Bundesgerichtshof aus der körperlichen Reproduktionsfähigkeit, dass Reproduktion grundsätzlich der Entfaltung der Persönlichkeit diene. Die Entscheidung, sich nicht fortzupflanzen, dagegen stelle bei Frauen grundsätzlich eine Verkürzung der Entfaltungsmöglichkeit dar. Der freiwilligen Sterilisation wird folglich, anders als das Gericht selbst vorgibt, dadurch doch ein normativer Rahmen gesetzt: Das Erfüllen der Mutterrolle wird jedenfalls als moralischer Maßstab zur Voraussetzung der freiwilligen Sterilisation gemacht. Dahinter verbirgt sich ein wirkmächtiges Leitbild von Frauen als Mütter. Zudem wird darin eine unhinterfragte pronatalistische Position sichtbar. Dieses Leitbild begegnet mit Blick auf Art. 3 Abs. 2 GG verfassungsrechtlichen Bedenken.

3. Entscheidung zur ärztlichen Haftung nach fehlgeschlagener Sterilisation (1997)

In den folgenden Jahren beschäftigte die zivilgerichtliche Rechtsprechung die rechtliche Beurteilung der ärztlichen *Haftung* nach *fehlgeschlagener* Sterilisation. Solche oder ähnliche Fälle sind unter der Begrifflichkeit der sog. „Kind als Schaden bzw. Schadensquelle“-Rechtsprechung bekannt. Der Terminus birgt Missverständnisse, da es sichtlich nicht um das trotz vorgenommener Sterilisation geborene *Kind* geht, das einen „Schaden“ darstellt, sondern um Schadensersatz- bzw. Schmerzensgeldansprüche wegen eines fehlgeschlagenen medizinischen Eingriffs.⁸⁵ Das Bundesverfassungsgericht, in diesem Fall der zuständige Erste Senat, nahm eine verfassungsrechtliche Beurteilung der zivilgerichtlichen Rechtsprechung zur ärztlichen Haftung bei Behandlungs- oder Beratungsfehler, die mitursächlich für die Zeugung und Geburt eines Kindes waren, vor.

Gegenstand der *Entscheidung zur ärztlichen Haftung nach fehlgeschlagener Sterilisation* (1997) waren zwei Verfassungsbeschwerden, die zur gemeinsamen Entscheidung verbunden wurden. In dem einen Ausgangsverfahren ging es um eine Haftung nach fehlgeschlagener Sterilisation, in dem anderen um

⁸⁵ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 – 1 BvR 479/92 –, juris Rn. 28.

eine Haftung bei fehlerhafter genetischer Beratung vor Zeugung des Kindes. In beiden Fällen ist damit ein ärztlicher Behandlungs- oder Beratungsfehler für die Zeugung und Geburt eines Kindes mitursächlich gewesen. In den Ausgangsverfahren handelte es sich zum einen um Schadensersatzleistungen der Ärzte gegenüber den Eltern, die wegen Vertragsverletzung (Behandlungsvertrag, § 611 BGB, seit 2013: §§ 630a ff. BGB) für die den Eltern entstehenden Unterhaltspflichten gegenüber den geborenen Kindern aufkommen musste. Zum anderen handelte es sich um Schmerzensgeldzahlungen für die mit der ungewollten Schwangerschaft und Entbindung verbundenen Beschwerden und damit um eine deliktsrechtliche Haftung (§ 823 Abs. 1, § 847 BGB). Das Gericht erklärt die zivilgerichtliche Rechtsprechung als mit dem Grundgesetz vereinbar. Nachfolgend untersuche ich diese *Entscheidung zur ärztlichen Haftung nach fehlgeschlagener Sterilisation* (1997) mit thematischem Fokus dieser Arbeit daraufhin, wie das Gericht die reproduktive Freiheit, in diesem Fall die Entscheidung zu einer freiwilligen Sterilisation sowie deren Fehlschlagen, verfassungsrechtlich verhandelt. Die konkrete verfassungsrechtliche Beurteilung des zivilrechtlichen *Schadensbegriffs*, nach dem die Unterhaltspflichten für das in Folge der fehlgeschlagenen Sterilisation bzw. der fehlerhaften Beratung geborene Kind einen Schaden darstellen, bleibt damit nachfolgend weitestgehend außer Betracht.⁸⁶

a) Inhalt

Das Bundesverfassungsgericht begreift in seiner *Entscheidung zur ärztlichen Haftung nach fehlgeschlagener Sterilisation* (1997) die *freiwillige* Sterilisation, in dem zugrundeliegenden Fall die Sterilisation eines Mannes, zunächst als private Entscheidung. Es handele es sich dabei um einen

„höchst privaten und von den Geschlechtspartnern autonom zu verantwortenden Bereich der Zeugung“.⁸⁷

Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei daher die Annahme des Bundesgerichtshofs, „daß Sterilisation und genetische Beratung vor der Zeugung eines Kindes von der Rechtsordnung gebilligt werden und rechtmäßig sind“.⁸⁸ Weiter heißt es in der Entscheidungsbegründung:

„Die zum Schadensersatz verurteilten Ärzte haben freiwillig vertragliche Verpflichtungen übernommen, die von der Rechtsordnung nicht mißbilligt werden. Die ärztliche Hilfeleistung bei der Familienplanung durch Sterilisation oder die Beratung über genetisch bedingte Risiken berühren die Menschenwürde nicht. Widerstreitet solche Hilfeleistung den persön-

⁸⁶ Siehe dazu BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 – 1 BvR 479/92 –, juris Rn. 69 f., 74 f.

⁸⁷ BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 – 1 BvR 479/92 –, juris Rn. 65.

⁸⁸ BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 – 1 BvR 479/92 –, juris Rn. 69.

lich ethischen Überzeugungen eines Arztes, so kann er vom Vertragsschluß Abstand nehmen; die Schlechterfüllung einer freiwillig übernommenen Vertragspflicht kann hierin jedoch keine Rechtfertigung finden.“⁸⁹

Die freiwillige Sterilisation bzw. die genetische Beratung als Mittel zur Vermeidung der Zeugung weiterer Kinder werden damit als „höchst privat und autonom zu verantworten“ beschrieben und als „Hilfeleistung bei der Familienplanung“ betrachtet. Widerspricht diese medizinische Dienstleistung den persönlichen Überzeugungen des behandelnden Arztes oder der Ärztin, so seien sie nicht zur Behandlung bzw. Beratung verpflichtet.

„Soweit Ärzte in diesem Bereich tätig werden, steht ihre ärztliche Fachkompetenz im Dienst einer von Verantwortung getragenen Elternschaft [...]“⁹⁰

Bei diesen medizinischen Eingriffen gehe es um „den Schnittpunkt von ärztlicher Verantwortlichkeit und Familiensphäre“.⁹¹ Ist ein solcher medizinischer Eingriff fehlerhaft, sei die zivilgerichtliche Rechtsprechung gerade Ausdruck der grundrechtlichen Absicherung der Personen, die sich gegen die Zeugung weiterer Kinder entschieden haben, jedoch infolge des fehlerhaften Eingriffs bzw. Beratung dennoch Eltern wurden:

„Ermöglicht die Weiterentwicklung der Medizin ärztliche Hilfeleistung in dem höchst privaten und von den Geschlechtspartnern autonom zu verantwortenden Bereich der Zeugung, kommt insbesondere dem Delikts- und Vertragshaftungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Funktion zu, das hierdurch gefährdete Persönlichkeitsrecht von Eltern und Kind, die körperliche Unversehrtheit der Frau und die persönliche Selbstbestimmung der Eltern abzusichern.“⁹²

Damit konstatiert das Gericht, dass eine ärztliche Haftung bei einer *fehlgeschlagenen* Sterilisation bzw. fehlerhaften Beratung gerade erst die Grundrechte der Beteiligten absichert:

„Bei dieser verfassungsgerichtlichen Kontrolle zivilgerichtlicher Urteile ist zudem zu beachten, daß es geboten sein kann, auch auf Seiten der durch die angegriffenen Entscheidungen Begünstigten den Schutzgehalt von Grundrechten in die Abwägung einzustellen.“⁹³

In diesem Sinne heißt es weiter:

„Aus der Sicht der Eltern verwirklicht die hier angegriffene Rechtsprechung [...] den notwendigen Schutz gegenüber Gefährdungen, die infolge ärztlicher Beteiligung an Sterilisation oder genetischer Beratung für das Persönlichkeitsrecht der Eltern und deren Selbstbestimmung im Rahmen einer geplanten Elternschaft drohen.“⁹⁴

⁸⁹ BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 – 1 BvR 479/92 –, juris Rn. 72.

⁹⁰ BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 – 1 BvR 479/92 –, juris Rn. 73.

⁹¹ BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 – 1 BvR 479/92 –, juris Rn. 65.

⁹² BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 – 1 BvR 479/92 –, juris Rn. 65.

⁹³ BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 – 1 BvR 479/92 –, juris Rn. 65.

⁹⁴ BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 – 1 BvR 479/92 –, juris Rn. 75.

Der weiteren Entscheidungs begründung ist zu entnehmen, dass die Entscheidung zu einer Sterilisation bzw. einer genetischen Beratung vor Zeugung an die Bedingung geknüpft zu sein scheint, dass die Eltern *Gründe* für diese reproduktive Entscheidung vorweisen:

„Soweit Ärzte in diesem Bereich tätig werden, steht ihre ärztliche Fachkompetenz im Dienst einer von Verantwortung getragenen Elternschaft, wenn die Eltern um der wirtschaftlichen Absicherung bereits geborener Kinder willen oder aus Sorge vor Überforderung – hier durch die Geburt eines zweiten schwerstgeschädigten Kindes – von der Zeugung weiterer Kinder absehen wollen. Zivilrechtliche Haftung für Schlechterfüllung kann in derartigen Fällen die Akzeptanz der Eltern für die dennoch geborenen und in die Familie aufgenommenen Kinder erhöhen, wie der Bundesgerichtshof plausibel dargelegt hat.“⁹⁵

Argumentativ zieht das Gericht damit „bereits vorhandene“ Kinder als ein Grund für die Entscheidung gegen die Zeugung *weiterer* Kinder heran. Dieser Hintergrundannahme ist sogleich nachzugehen.

Zudem sei an dieser Stelle nur kurz darauf verwiesen, dass der hier entscheidende Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in dieser Entscheidung (1997) neben den Unterhaltsansprüchen auch die zivilrechtlichen *Schmerzensgeldansprüche* wegen einer „gegen den Willen der Frau eingetretenen Schwangerschaft und Geburt“⁹⁶ für verfassungskonform hielt. Der Frage, wie diese Ausführungen in Verhältnis zu den beiden zuvor ergangenen *Schwangerschaftsabbruch I, II*-Entscheidungen des Zweiten Senats (1975, 1993) zu setzen sind, gehe ich im Unterkapitel „Schwangerschaft“ (Kapitel 3, V., insb. 7.) nach.

b) Würdigung

Das Bundesverfassungsgericht hält in dieser Entscheidung die zivilgerichtliche Rechtsprechung zur Haftung nach fehlgeschlagener Sterilisation bzw. fehlerhafter Beratung (1997) für mit dem Grundgesetz vereinbar. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts stellt in der Entscheidung fest, dass die zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche der Eltern bei fehlerhafter Behandlung bzw. Beratung überhaupt erst die *Grundrechte* der Beteiligten absicherten. Verfassungsrechtsdogmatisch argumentiert das Gericht damit, dass die zivilgerichtliche Rechtsprechung zum – zwischen Privatpersonen geltenden – Haftungsrecht in diesem Fall gerade Ausdruck einer judikativen Maßnahme zur Durchsetzung der staatlichen Schutzpflicht des „Persönlichkeitsrechts der Eltern“ ist.

Aus den zitierten Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts und den vom Gericht gewählten Begriffen, wie das *persönliche Selbstbestimmungs-*

⁹⁵ BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 – 1 BvR 479/92 –, juris Rn. 73.

⁹⁶ BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 – 1 BvR 479/92 –, juris Rn. 56.

recht der Eltern, *geplante* Elternschaft, *höchst privater* und von den Geschlechtspartnern *autonom* zu verantwortendem Bereich und *Familienplanung*, lässt sich schließen, dass das Gericht in dieser Entscheidung dem Recht auf Selbstbestimmung in reproduktiven Belangen eine Wichtigkeit beimisst. Allerdings geschieht dies erneut ohne Nennung von Grundrechtsnormen. Eine grundrechtliche Freiheit wird somit gerade nicht explizit genannt. Bereits wegen dieser fehlenden grundrechtlichen Benennung bleibt das Verhältnis von Individuum und Paar in dieser Gerichtsentscheidung unklar. Durch die fehlende präzise grundrechtliche Verortung der reproduktiven Entscheidung bleibt auch unklar, ob das Gericht die Freiheit, sich durch eine Sterilisation oder durch eine genetische Beratung gegen die Zeugung weiterer Kinder zu entscheiden, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, zuordnet (vgl. „Selbstbestimmung im Rahmen einer geplanten Elternschaft“, „Persönlichkeitsrecht“) oder die Familiengründungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG (vgl. „Familienplanung“, „Familiensphäre“) vor Augen hatte. Auch wenn weitere verfassungsrechtsdogmatische Ausführungen zu einer grundrechtlichen Verankerung reproduktiver Freiheit damit fehlen, gibt der Erste Senat zu erkennen, dass die reproduktive Entscheidung einer freiwilligen Sterilisation Auswirkungen auf die *Lebensplanung und -gestaltung* haben. Positiv ist zudem zu bewerten, dass sich das Gericht bemüht, moralische Bewertungen bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung zur Sterilisation oder zur genetischen Beratung vor der Zeugung außen vor zu lassen. Mit der Beschreibung eines „von den Geschlechtspartnern autonom zu verantwortenden“ Lebensbereichs beschreibt das Gericht also eine frei von staatlich oder ärztlich vorgegebenen Sittlichkeitserwägungen getroffene reproduktive Entscheidungsfreiheit des Individuums. Weitere Ausführungen der Entscheidungsbegründung offenbaren allerdings Hintergrundannahmen, welche die Entscheidungsfreiheit des Individuums einzuengen drohen.

Erstens zeigt die Lektüre, dass das Gericht eben von der Entscheidung der *Eltern* schreibt und nicht etwa von den Personen, den Individuen oder dem Paar. Wenngleich das Gericht das Selbstbestimmungsrecht mehrfach anführt, bleibt das Verhältnis von Individuum und Paar damit unklar. Das Selbstbestimmungsrecht der *Eltern* suggeriert jedenfalls eine Entscheidung *zweier* Individuen. Eine selbstbestimmte Sterilisation gehört jedoch zum *Selbstbestimmungsrecht* der Person, die sich *ärztlich beraten lässt* (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG). Diese Entscheidung des Individuums kann mit einer anderen Person, einem Partner oder einer Partnerin, im Vorhinein abgestimmt sein, lebensweltlich betrachtet wird dies wohl auch der Regelfall sein; *rechtlich* betrachtet allerdings ist eine solche Abstimmung oder gar Einwilligung der Partnerin oder des Partners keine Voraussetzung für die Ausübung dieses individuellen Rechts.

Zweitens ist bei dem Ausdruck „Eltern“ nicht nur das Verhältnis von Individuum und Paar unklar. Das Wort Eltern beschreibt vielmehr Menschen *mit*

Kindern. Argumentativ zieht das Gericht damit „bereits vorhandene“ Kinder als ein Grund für die Entscheidung gegen die Zeugung *weiterer* Kinder heran. Dies mag vor allem an den zugrundeliegenden Ausgangsverfahren liegen: Im ersten Ausgangsverfahren wurde aufgrund einer fehlerhaften Sterilisation des Ehemannes ungewollt ein Kind gezeugt und geboren. Im zweiten Ausgangsverfahren handelte es sich um Eltern, deren zuvor geborenes Kind mit einer Behinderung zur Welt kam. Aufgrund dessen ließen sich die Eltern über ihre „genetischen Risiken“ beraten. Die Beratung war fehlerhaft. Trotz gegenteiliger ärztlicher Prognose wurde das zweite Kind ebenfalls mit einer Behinderung geboren. Das Gericht nimmt in seinen Ausführungen damit zwar keine Einschränkung auf Personen vor, die bereits ein Kind bzw. Kinder oder gar ein Kind mit Beeinträchtigungen haben.

Drittens scheint das Bundesverfassungsgericht aber, jedenfalls in dieser Entscheidung, die freiwillige Sterilisation weniger als Entscheidungsfreiheit, *ob* man Kinder zeugen möchte, zu verstehen, denn als Freiheit darüber zu entscheiden, *wie viele* und mit Blick auf das zweite Ausgangsverfahren auch „*welche*“ (nicht-behinderte oder behinderte) Kinder man zeugt. Die *Implikationen*, die dadurch argumentativ durchscheinen, könnten allerdings Ausdruck einer gesellschaftlich weit verbreiteten ableistischen Grundhaltung sein. Die jedem Individuum zukommende Entscheidungsfreiheit, sich für oder gegen eine Sterilisation zu entscheiden und ebenso gendiagnostische Beratungen und Verfahren in Anspruch nehmen zu dürfen, steht dabei in einem komplexen Spannungsverhältnis zu ethischen Fragen und verfassungsrechtlichen Grenzen (insb. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG), deren Beantwortung nicht Aufgabe dieser Arbeit ist.

4. Entscheidungen zum Transsexuellengesetz

Männer werden schwanger, Frauen zeugen Kinder? Trans Menschen, ergo Personen, die sich etwa als transident oder transsexuell begreifen, fordern insofern die reproduktive Geschlechternorm heraus, als dass sie mit den Reproduktionsorganen des ihnen bei der Geburt aufgrund körperlicher Merkmale zugeordneten Geschlechts Kinder zeugen bzw. gebären (können) und sich damit die Möglichkeit ergibt, dass eine als trans *Mann* lebende Person ein Kind *gebärt* oder eine trans *Frau* mit ihren Samenzellen Kinder *zeugt*. Allerdings sah die Vorschrift des § 8 Abs. 1 Nr. 3 a. F. TSG bis ins Jahr 2011 vor, dass eine trans Person ihre Fortpflanzungsfähigkeit verlieren musste, um vom Recht personenstandsrechtlich anerkannt zu werden. Bevor sogleich reproduktive Freiheiten von trans Personen in den ergangenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts beleuchtet werden, bedarf es zum Verständnis zunächst eines Blicks auf die einfache Rechtslage, genauer auf einzelne Normen des Personenstandsgesetzes und des sog. Transsexuellengesetzes.

Das deutsche Personenstandsrecht sieht die Registrierung des Geschlechts im Geburtenregister vor. Der Personenstand umschreibt nach den gesetzlich vorgesehenen Kriterien die rechtlich relevante Identität einer Person.⁹⁷ Das Personenstandsgesetz kennt derzeit vier Eintragungsmöglichkeiten: Ein Mensch kann als männlich, weiblich oder divers sowie ohne Geschlechtsangabe registriert werden (§§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG). Manche Menschen, für die ihr ursprünglich bei Geburt zugeordnetes (Register-)Geschlecht nicht passt, streben eine Änderung des Geschlechtseintrags an. Ende der 1970er-Jahre war das Bundesverfassungsgericht Wegbereiter für eine rechtliche Regelung zur Geschlechtseintragsänderung für trans Menschen. Auf eine Verfassungsbeschwerde hin urteilte das Bundesverfassungsgericht in der *Trans I*-Entscheidung (1978), dass trans Menschen ein aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht mündender grundrechtlich verbrieftes Anspruch auf Änderung des Geschlechtseintrags zusteht.⁹⁸ Es ging in dieser Entscheidung also zunächst darum, überhaupt eine rechtliche Möglichkeit zu erstreiten, die der empfundenen Geschlechtsidentität Rechnung trägt. Der Gesetzgeber kam dem durch Einführung des sog. *Transsexuellengesetzes* (1980) nach. Das sog. Transsexuellengesetz sieht zur rechtlichen Anerkennung von trans Menschen zwei Verfahren vor: die Änderung des Vornamens (sog. „kleine Lösung“) und die Änderung des personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrags (sog. „große Lösung“). Die sog. kleine Lösung – ursprünglich konzipiert als „Durchgangsstadium“ hin zur sog. großen Lösung – erlaubt eine Vornamensänderung ohne vorherige operative Eingriffe (§ 1 TSG), hierzu ist jedoch weiterhin eine Begutachtung durch Sachverständige notwendig (§ 4 Abs. 3 TSG). Nur die sog. große Lösung führt dagegen zur personenstandsrechtlichen Anerkennung des empfundenen Geschlechts mit der Folge, dass sich die vom Geschlecht abhängigen Rechte und Pflichten der betroffenen Person grundsätzlich nach dem empfundenen Geschlecht richten. Hierzu sah die Vorschrift des § 8 Abs. 1 TSG (a. F.) neben den Voraussetzungen der sog. kleinen Lösung zusätzlich vor, dass die antragstellende Person „dauernd fortpflanzungsunfähig“ war (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 TSG a. F.) und sich zudem „einem ihre äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden operativen Eingriff unterzogen hat, durch den eine deutliche Annäherung an das Erscheinungsbild des anderen Geschlechts erreicht worden ist“ (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 TSG). Die sog. große Lösung sah also eine *Kastrations- und Operationspflicht* vor. Hierfür war „bei einer Mann-zu-Frau Transsexuellen die Amputation des Penischaftes und der Hoden sowie die operative Bildung der äußeren primären weiblichen Geschlechtsorgane erforderlich; bei Frau-zu-Mann Transsexuellen die operative Entfernung der Gebärmutter, der Eierstöcke und des Eileiters sowie oftmals eine Brustverkleinerung“.⁹⁹ Das

⁹⁷ BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 –, juris Rn. 45.

⁹⁸ BVerfG, Beschluss vom 11. Oktober 1978 – 1 BvR 16/72 –, juris Rn. 35.

⁹⁹ BVerfG, Pressemitteilung Nr. 7/2011 vom 28. Januar 2011.

Bundesverfassungsgericht erklärte diese Regelung vor über einem Jahrzehnt, im Jahr 2011, für verfassungswidrig. Seitdem fehlt es an einer gesetzgeberischen Neuregelung.

Um sogleich die bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen auf die reproduktiven Freiheiten von trans Menschen hin untersuchen zu können, ist das erwähnte Kriterium der Fortpflanzungsunfähigkeit (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 TSG a. F.) allerdings in einem ersten Schritt in die weitere bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur rechtlichen Anerkennung von trans Menschen einzuordnen. Denn das sog. Transsexuellengesetz stand seit seiner Einführung mehrfach vor dem Bundesverfassungsgericht.¹⁰⁰ Das Gericht erklärte dabei einige der dort ehemals weiteren Voraussetzungen zur (personenstands-)rechtlichen Anerkennung als mit den Grundrechten von trans Personen unvereinbar und damit verfassungswidrig. Hintergrund ist folgender: Das Gesetz beruht (weiterhin) auf der zur Entstehungszeit vorherrschenden Vorstellung von „Transsexualität“ als psychischer Störung: Trans Menschen haben nach dieser Vorstellung den Wunsch eindeutig dem „anderen“ Geschlecht zuzugehören, eine heterosexuelle Orientierung im empfundenen Geschlecht sowie den Wunsch, körperliche Angleichungsmaßnahmen vornehmen zu lassen.¹⁰¹ Diese Annahmen zu *Geschlechtsidentitäten* („Transsexualität“) gelten als wissenschaftlich überholt und wurden vom Bundesverfassungsgericht selbst revidiert.¹⁰² Zum anderen beruht das Gesetz auf historisch gewachsenen, aber inzwischen als falsch erkannten im Recht vorhandenen Diskriminierungen der *sexuellen Orientierung*. So erwähnt die Gesetzesbegründung etwa weiterhin die Strafbarkeit der männlichen Homosexualität.¹⁰³ Diese gesetzgeberische Erwägung ist spätestens seit der Entkriminalisierung von männlicher Homosexualität unhaltbar. Auf der Annahme einer *heterosexuellen* Orientierung von trans Personen beruhte auch das Erfordernis der *Ehelosigkeit* als Voraussetzung der personenstandsrechtlichen Anerkennung (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 a. F. TSG). Denn dieses Kriterium sollte das Erscheinungsbild der damals nur für verschiedengeschlechtliche Personen vorgesehenen Ehe aufrechterhalten. Diese Norm wurde ebenfalls für verfassungswidrig erklärt.¹⁰⁴ Seit der einfachgesetzlichen Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare (2017) dürfte das – lange Zeit auch vom

¹⁰⁰ BVerfG, Beschluss vom 16. März 1982 – 1 BvR 938/81; Beschluss vom 26. Januar 1993 – 1 BvL 48/40, 43/92; Beschluss vom 6. Dezember 2005 – 1 BvL 3/03; Beschluss vom 18. Juli 2006 – 1 BvL 1/04; Beschluss vom 25. Juli 2008 – 1 BvL 10/05 und Beschluss vom 11. Januar 2011 – 1 BvR 3295/07.

¹⁰¹ Vgl. *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, 33 ff. m. w. N.

¹⁰² Beschluss vom 6. Dezember 2005 – 1 BvL 3/03 –, juris Rn. 65.

¹⁰³ BT-Drs. 8/2947, 12 (Transsexuellengesetz); vgl. Beschluss vom 6. Dezember 2005 – 1 BvL 3/03 –, juris Rn. 65.

¹⁰⁴ Beschluss vom 25. Juli 2008 – 1 BvL 10/05 –, juris Rn. 44 ff. (Einzig) für trans* Personen war nach Streichung des § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG dann bereits vor 2017 die gleichgeschlechtliche Ehe möglich.

Bundesverfassungsgericht angeführte – gesetzgeberische Anliegen, die Ehe als Institut zwischen Frau und Mann schützen zu wollen, an Bedeutung verloren haben. Denn das gesetzgeberische Anliegen hat sich dahingehend verändert, die Ehe nun auch gleichgeschlechtlichen Paaren ermöglichen zu wollen. *Adamietz* hat bereits eindrücklich gezeigt, dass die Rechtsprechung zur Anerkennung von trans Personen ein Paradebeispiel für die Verwobenheit von Fragen der Geschlechtsidentität und der sexuellen Orientierung ist.¹⁰⁵ Ziel dieser Arbeit ist es, die ergangenen bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen mit thematischem Fokus dieser Arbeit daraufhin zu untersuchen, ob und wie *reproduktive Freiheiten* von trans Menschen verhandelt wurden und werden.

a) Inhalt

aa) *Trans I-Entscheidung (1978)*

In der *Trans I-Entscheidung (1978)* erörtert das Bundesverfassungsgericht die Frage, ob es gegen das Sittengesetz verstößt, wenn eine – fortpflanzungsunfähige – trans Frau (in den damaligen Worten: „männlicher Transsexueller“) eine Ehe mit einem Mann eingehen kann. Konkret stand in der Entscheidung zur Frage, ob es einer Geschlechtseintragsänderung entgegensteht, dass hierdurch eine Ehe zwischen einer trans Frau ohne weibliche Reproduktionsorgane („männlicher Transsexueller“) und einem Mann ermöglicht wird und damit eine *Ehe ohne Reproduktionsmöglichkeit*. Das Gericht erörtert diese Frage im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG). Hierzu führt das Gericht aus:

„Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, daß die Zeugungsfähigkeit des Mannes oder die Gebärfähigkeit der Frau nicht Voraussetzung für eine Eheschließung ist. Die Ehe ist nach dem Grundgesetz (Art. 6 Abs. 1 GG) die Vereinigung von Mann und Frau zur grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft (BVerfGE 10, 59 [66]). Die Gestaltung dieser Gemeinschaft entsprechend ihren Vorstellungen ist Aufgabe der Ehepartner. Es mag sein, daß in der Bevölkerung die Eheschließung eines männlichen Transsexuellen mit einem Mann aus der unterschwelligen Vorstellung heraus abgelehnt wird, dies sei sittlich zu mißbilligen. Rational nicht zu begründende Auffassungen können dem Abschluß einer Ehe aber nicht entgegenstehen (vgl. BVerfGE 36, 146 [163]).“¹⁰⁶

Das Bundesverfassungsgericht tritt damit etwaigen „sittlichen Befürchtungen“ entschieden entgegen. Allerdings sieht das Bundesverfassungsgericht die sich daraus ergebende Möglichkeit für trans Personen, eine Ehe einzugehen, nur deshalb als gerechtfertigt an, weil damals per se eine *heterosexuelle* Orientierung von trans Personen angenommen wurde und damit nur die *verschiedengeschlechtliche* Ehe überhaupt als vorstellbar erschien, wie die folgende Passage zeigt:

¹⁰⁵ Siehe dazu ausführlich *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, 124 ff.

¹⁰⁶ BVerfG, Beschluss vom 11. Oktober 1978 – 1 BvR 16/72–, juris Rn. 39.

„Hinzu kommt, daß nach dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse der männliche Transsexuelle keine homosexuellen Beziehungen wünscht, sondern die Verbindung mit einem heterosexuellen Partner sucht und nach einer erfolgreichen genitalverändernden Operation auch in der Lage ist, mit einem männlichen Partner geschlechtlich normal zu verkehren.“¹⁰⁷

Bereits in dieser Entscheidung deutet sich an, dass trans Menschen die *reproduktive* Normvorstellung herausfordern, also das Leitbild einer verschiedengeschlechtlichen und nach der damaligen Vorstellung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich auf *Fortpflanzung* angelegten Ehe (vgl. Kapitel 3, IV.)

bb) Trans II-Entscheidung (1982)

In der *Trans II*-Entscheidung (1982) wird die rechtlich vorgesehene Pflicht der *Fortpflanzungsunfähigkeit* (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 3 TSG a. F.) erneut als *implizite* Grenze der personenstandsrechtlichen Anerkennung angeführt. So heißt es in der dortigen Entscheidungsbegründung:

„Die Menschenwürde und die freie Persönlichkeitsentfaltung [gebieten es] [...], den Personenstand des Menschen dem Geschlecht zuzuordnen, dem er nach seiner psychischen und physischen Konstitution zugehört.“¹⁰⁸

Jedoch nur –

„[s]oweit nicht andere gewichtige Gründe – wie etwa eine noch bestehende Fortpflanzungsfähigkeit – einer Änderung des Personenstandes entgegenstehen.“¹⁰⁹

Eine „noch bestehende Fortpflanzungsfähigkeit“ wird folglich in einer unhinterfragten Selbstverständlichkeit als gewichtiger entgegenstehender Grund für die rechtliche Anerkennung von trans Personen angesehen.

cc) Trans V-Entscheidung (2005)

In der *Trans V*-Entscheidung (2005) erklärt das Bundesverfassungsgericht § 7 Absatz 1 Nr. 3 a. F. TSG für verfassungswidrig. Diese Norm (§ 7 Absatz 1 Nr. 3 a. F. TSG) sah neben weiteren Voraussetzungen vor, dass eine Vornamensänderung einer trans Person wieder unwirksam wurde, wenn die Person eine *Ehe* schloss. Die Vorschrift beruhte auf der Annahme, trans Personen seien stets *heterosexuelle Menschen* und eine Eheschließung mit einer Person ihres empfundenen Geschlechts bedeute zwangsläufig, dass die trans Person sich wieder ihrem „Ausgangsgeschlecht“ zugehörig fühle.¹¹⁰ In dieser Entscheidung revidiert das Gericht unter Einbeziehung neuer sexualwissenschaftlicher

¹⁰⁷ BVerfG, Beschluss vom 11. Oktober 1978 – 1 BvR 16/72–, juris Rn. 39.

¹⁰⁸ BVerfG, Beschluss vom 16. März 1982 – 1 BvR 938/81 –, juris Rn. 38.

¹⁰⁹ BVerfG, Beschluss vom 16. März 1982 – 1 BvR 938/81 –, juris Rn. 38.

¹¹⁰ Siehe dazu *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, 137 f.

Erkenntnisse seine früheren Auffassungen zur Vorstellung von Geschlechtsidentität¹¹¹ und sexueller Orientierung¹¹² von trans Personen.¹¹³

Zudem nimmt das Bundesverfassungsgericht die *Trans V*-Entscheidung – im Wege eines *Obiter Dictums* – zum Anlass, die gesetzgeberische Konzeption der sog. kleinen und sog. großen Lösung des sog. Transsexuellengesetzes insgesamt in Frage zu stellen:

„Diese dem Transsexuellengesetz unterlegten Annahmen über die Transsexualität haben sich in der Zwischenzeit auf Grund neuerer wissenschaftlicher Erkenntnisse als nicht haltbar erwiesen. So erachtet es die Fachwelt auch bei einer weitgehend sicheren Diagnose ‚Transsexualität‘ nicht mehr als richtig, daraus stets die Indikation für geschlechtsumwandelnde Maßnahmen abzuleiten. Vielmehr müsse individuell im Rahmen einer Verlaufsdiagnostik bei jedem einzelnen Betroffenen festgestellt werden, ob eine Geschlechtsumwandlung indiziert sei. Auch zeigt der Anteil von 20 bis 30 % der dauerhaft Transsexuellen ohne Geschlechtsumwandlung an der Gesamtzahl der anerkannten Transsexuellen (vgl. DGfS, a. a. O., S. 264), dass die Annahme, ein Transsexueller strebe danach, mit allen Mitteln seine Geschlechtsmerkmale zu verändern, nicht der Wirklichkeit entspricht. Die These vom Durchgangsstadium, in dem sich der Transsexuelle mit ‚kleiner Lösung‘ hin zur ‚großen Lösung‘ befinde, ist damit nicht mehr tragfähig. Für eine unterschiedliche personenstandsrechtliche Behandlung von Transsexuellen mit und ohne Geschlechtsumwandlung sieht die Fachliteratur deshalb keine haltbaren Gründe mehr (vgl. DGfS, a. a. O., S. 261 ff.).“¹¹⁴

Obwohl nicht explizit Verfahrensgegenstand, äußert das Gericht damit deutliche Zweifel an den Voraussetzungen der sog. großen Lösung, die es als „nicht mehr tragfähig“ deklariert. Explizit war die Kritik auf die Pflicht der „geschlechtsumwandelnden Maßnahmen“ und damit § 8 Abs. 1 Nr. 3 TSG a. F. gerichtet. Zum Kriterium der Fortpflanzungsunfähigkeit (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 TSG a. F.) nahm das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2005 noch keine Stellung.

dd) Trans VIII-Entscheidung (2011)

Das Kriterium der Fortpflanzungsunfähigkeit (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 a. F. TSG) war dann explizit im Jahr 2011 Gegenstand der *Trans VIII*-Entscheidung. In dieser Entscheidung erklärt das Bundesverfassungsgericht die für die sog. „große Lösung“ notwendigen Voraussetzungen der Fortpflanzungsunfähigkeit (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 a. F. TSG) und der Operationspflicht (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 a. F. TSG) für verfassungswidrig. Virulent wurde diese Frage dadurch, weil unklar war, ob einem (personenstands-)rechtlich als verschiedengeschlechtlich geltendem

¹¹¹ BVerfG, Beschluss vom 6. Dezember 2005 – 1 BvL 3/03 –, juris Rn. 65.

¹¹² BVerfG, Beschluss vom 6. Dezember 2005 – 1 BvL 3/03 –, juris Rn. 67.

¹¹³ Vgl. dazu auch die nun erfolgende analytische Differenzierung zwischen sexueller und geschlechtlicher Identität BVerfG, Beschluss vom 6. Dezember 2005 – 1 BvL 3/03 –, juris Rn. 65: „Aus der sexuellen Orientierung eines Menschen kann demnach nicht auf seine empfundene Geschlechtlichkeit geschlossen werden“.

¹¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 6. Dezember 2005 – 1 BvL 3/03 –, juris Rn. 66.

Paar, jedoch nach der Vornamensänderung und der empfundenen Geschlechtsidentität als gleichgeschlechtlich lebendem Paar, die Lebenspartnerschaft (so das Ziel der homosexuellen Antragstellerin) oder die – zum damaligen Zeitpunkt nur für verschiedengeschlechtliche Personen vorgesehene – Ehe offenstehen sollte. Die damals geltende Rechtslage stellte damit eine (homosexuelle) trans Person vor die „Alternative, entweder mit ihrer Partnerin die Ehe einzugehen [...] oder an sich geschlechtsändernde und zur Zeugungsunfähigkeit führende Operationen vornehmen zu lassen, um die personenstandrechtliche Anerkennung des empfundenen Geschlechts zu erreichen und damit die Voraussetzung für die Begründung einer ihrer homosexuellen Beziehung entsprechenden eingetragenen Lebenspartnerschaft zu erfüllen.“¹¹⁵ Im Folgenden interessiert primär die Frage, wie das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit der Voraussetzung der *Fortpflanzungsunfähigkeit* (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 a. F.) begründet. Mit Blick darauf heißt es zunächst in der Entscheidungsbegründung:

„Die Realisierung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG wird [durch das Kriterium der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit in § 8 Abs. 1 Nr. 3 TSG, Ergänzung LK] von der Preisgabe des Rechts auf körperliche Unversehrtheit abhängig gemacht, ohne dass Gründe von hinreichendem Gewicht vorliegen, die die hierdurch bei den betroffenen Transsexuellen entstehenden Grundrechtsbeeinträchtigungen rechtfertigen könnten (vgl. BVerfGE 121, 175 [202]).“¹¹⁶

Das Gericht ordnet damit die gesetzlich vorgesehene Pflicht der Fortpflanzungsunfähigkeit grundrechtlich dem Recht auf *körperliche Unversehrtheit* (Art. 2 Abs. 2 GG) zu. Hierzu führt das Bundesverfassungsgericht weiter aus:

„Die Fortpflanzungsfähigkeit des Menschen steht unter dem Schutz des Art. 2 Abs. 2 GG und ist Bestandteil des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (vgl. BVerfGE 79, 174 [201 f.]). Wird einem Transsexuellen auferlegt, sich zur Erlangung der personenstandsrechtlichen Anerkennung im empfundenen Geschlecht operativen Eingriffen zu unterziehen, die seine dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit herbeiführen, bringt ihn dies in die Zwangssituation, entweder dies abzulehnen, damit aber auf seine rechtliche Anerkennung im empfundenen Geschlecht verzichten zu müssen, was ihn dazu zwingt, dauerhaft im Widerspruch zu seiner rechtlichen Geschlechtszugehörigkeit zu leben, oder folgenreiche Operationen hinzunehmen, die nicht nur körperliche Veränderungen und Funktionsverluste für ihn mit sich bringen, sondern auch sein menschliches Selbstverständnis berühren, um auf diesem einzig möglichen Weg zu seiner personenstandsrechtlichen Anerkennung im empfundenen Geschlecht zu gelangen. Welche Entscheidung der Betroffene auch trifft, er wird stets in wesentlichen Grundrechten, die seine psychische oder körperliche persönliche Integrität betreffen, beeinträchtigt.“¹¹⁷

¹¹⁵ BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2011 – 1 BvR 3295/07 –, juris Rn. 60.

¹¹⁶ BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2011 – 1 BvR 3295/07 –, juris Rn. 73.

¹¹⁷ BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2011 – 1 BvR 3295/07 –, juris Rn. 74.

Das Gericht versteht damit den gesetzlich vorgeschriebenen Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit als Eingriff in die „psychische oder körperliche persönliche Integrität“. Aus diesem Grund erörtert das Bundesverfassungsgericht die Kastrationspflicht als Eingriff in das *Recht auf körperliche Unversehrtheit* (Art. 2 Abs. 2 GG). Die zur Fortpflanzungsunfähigkeit führenden Operationen bringen, so das Gericht, jedoch „nicht nur körperliche Veränderungen und Funktionsverluste“ mit sich, sondern berühren auch das „menschliche Selbstverständnis“. Weitere Verfassungsverstöße, wie etwa ein Eingriff in eine grundrechtlich eigenständig geschützte reproduktive Freiheit (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG bzw. Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG), prüft der Erste Senat in dieser Entscheidung nicht.

Die Entscheidungsbegründung offenbart, dass das Bundesverfassungsgericht das Kriterium der Fortpflanzungsunfähigkeit nur insoweit als unzumutbar erklärt, „soweit“ die staatlich vorgesehene Fortpflanzungsunfähigkeit an *operative Eingriffe* gebunden ist:

„[M]it der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit hat der Gesetzgeber in § 8 Abs. 1 Nr. 3 TSG eine unzumutbare Voraussetzung für die personenstandsrechtliche Anerkennung des empfundenen Geschlechts eines Transsexuellen gesetzt, soweit für die Dauerhaftigkeit der Fortpflanzungsunfähigkeit operative Eingriffe zur Voraussetzung gemacht werden.“¹¹⁸

Es bleibt an dieser Stelle unklar, wie diese Einschränkung auf „operative“ Eingriffe zu deuten ist.

Als mögliche *Rechtfertigung* der verpflichtend vorgesehenen Fortpflanzungsunfähigkeit diskutiert das Bundesverfassungsgericht sodann das „berechtigte“ Anliegen des Gesetzgebers, der mit der Regelung letztlich verhindern wolle, dass trans Frauen Kinder zeugen bzw. trans Männer Kinder gebären:

„Die für diese zwangsläufige und schwere Grundrechtsbeeinträchtigung angeführten Gründe tragen nicht. Allerdings verfolgt der Gesetzgeber ein berechtigtes Anliegen, wenn er mit der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit als Voraussetzung für die personenstandsrechtliche Anerkennung des empfundenen Geschlechts ausschließen will, dass rechtlich dem männlichen Geschlecht zugehörige Personen Kinder gebären oder rechtlich dem weiblichen Geschlecht zugehörige Personen Kinder zeugen, weil dies dem Geschlechtsverständnis widerspricht und weitreichende Folgen für die Rechtsordnung hätte (vgl. BTDrucks 8/2947, S. 12).“¹¹⁹

Das vom Bundesverfassungsgericht angeführte gesetzgeberische Anliegen, dass also der Gesetzgeber letztlich verhindern wolle, dass trans Männer Kinder gebären und trans Frauen Kinder zeugen, findet sich allerdings jedenfalls nicht explizit in den Gesetzesmaterialien (dazu sogleich). Weiter heißt es in der

¹¹⁸ BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2011 – 1 BvR 3295/07 –, juris Rn. 73.

¹¹⁹ Beschluss vom 11. Januar 2011 – 1 BvR 3295/07 –, juris Rn. 75.

Rechtfertigungsbegründung für das einfachgesetzliche Kriterium der Fortpflanzungsunfähigkeit als Voraussetzung zur personenstandsrechtlichen Anerkennung:

„Es trifft zwar zu, dass solche Möglichkeiten [gemeint: Elternschaft von trans Personen, LK] eintreten können, wenn [...] auf die Voraussetzung der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit verzichtet wird. Bei Frau-zu-Mann Transsexuellen wird dies jedoch nur in seltenen Fällen vorkommen, weil sie ganz überwiegend heterosexuell orientiert sind (vgl. Becker, in: Kockott/Fahrner, a. a. O., S. 162). Demgegenüber ist bei Mann-zu-Frau Transsexuellen mit homosexueller Orientierung, wenn die Zeugungsunfähigkeit nicht zur Voraussetzung für ihre personenstandsrechtliche Anerkennung als Frau gemacht wird, nicht auszuschließen, dass sie als dann rechtlich eingestufte Frauen Kinder zeugen. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass schon die hormonelle Behandlung, die zur Therapie von Transsexuellen zumeist durchgeführt wird, eine mindestens zeitweilige Zeugungsunfähigkeit bewirkt.“¹²⁰

Für diese Arbeit zentral ist, dass das Gericht in dieser Entscheidungspassage die Fortpflanzung von trans Menschen als Ausnahme zeichnet („nicht auszuschließen“; „mindestens zeitweilige Zeugungsunfähigkeit“).¹²¹ Eine ähnliche Blickrichtung offenbart sich in dieser Argumentation:

„[Angesichts] [...] der heutigen Fortpflanzungsmedizin [ist] selbst bei einem Festhalten an dem Erfordernis der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit nicht mehr auszuschließen, dass eine Mann-zu-Frau Transsexuelle, die sich entsprechenden Operationen unterzogen hat und personenstandsrechtlich als Frau ausgewiesen wird, später mit Hilfe ihres vor der Operation eingefrorenen Spermas ein Kind zeugt, wie ein vor dem Oberlandesgericht Köln entschiedener Fall zeigt (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 30. November 2009 – 16 Wx 94/09 –, StAZ 2010, S. 45).“¹²²

Sodann nimmt das Gericht die Belange der bereits gezeugten und zu zeugenden *Kinder* in den Blick:

„Solche Fälle des Auseinanderfallens von rechtlicher Geschlechtszuordnung und Erzeuger-beziehungsweise Gebärendenrolle, die angesichts der kleinen Gruppe transsexueller Menschen eher selten vorkommen werden, berühren vornehmlich die Zuordnung der geborenen Kinder zu Vater und Mutter. Es ist ein berechtigtes Anliegen, Kinder ihren biologischen Eltern auch rechtlich so zuzuweisen, dass ihre Abstammung nicht im Widerspruch zu ihrer biologischen Zeugung auf zwei rechtliche Mütter oder Väter zurückgeführt wird. Wie § 11 TSG zeigt, ist eine solche klare, den biologischen Umständen entsprechende rechtliche Zuordnung von Kindern zu einem Vater und einer Mutter aber gesetzlich schon vorgesehen.“¹²³

¹²⁰ Beschluss vom 11. Januar 2011 – 1 BvR 3295/07 –, juris Rn. 76.

¹²¹ Zudem stößt die Wortwahl des BVerfG auf Bedenken, weil sie eine Pathologisierung von trans Menschen transportiert („Therapie“, „Behandlung“).

¹²² Beschluss vom 11. Januar 2011 – 1 BvR 3295/07 –, juris Rn. 76.

¹²³ Beschluss vom 11. Januar 2011 – 1 BvR 3295/07 –, juris Rn. 77.

Es folgen breite Ausführungen zu der Regelung des § 11 TSG sowie eine Auseinandersetzung mit der Rechtsansicht des Oberlandesgerichts Köln zur Eltern-Kind-Zuordnung von trans Personen.¹²⁴ Die Ausführungen gehen jedenfalls über den Verfahrensgegenstand der Verfassungsbeschwerde hinaus und haben den Anschein eines *Obiter Dictums*.¹²⁵

Bei der grundrechtlichen Abwägung lässt das Bundesverfassungsgericht dann – im Ergebnis überzeugend – das gesetzgeberische Anliegen, eine geschlechtsspezifische, an der Fortpflanzungsfunktion des Elternteils ausgerichtete Eltern-Kind-Zuordnung aufrechterhalten zu wollen, hinter dem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) zurücktreten:

„Wägt man insofern die Gründe, die den Gesetzgeber bewogen haben, die dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit zur Voraussetzung für die rechtliche Anerkennung im empfundenen Geschlecht nach § 8 TSG zu machen, mit den schwerwiegenden Grundrechtsbeeinträchtigungen des Transsexuellen ab, die er dadurch erfährt, dass er nur dann die rechtliche Anerkennung in seinem empfundenen Geschlecht erhält, wenn er sich Operationen unterzieht, die tief in seine körperliche Integrität eingreifen, selbst wenn diese medizinisch nicht indiziert sind und bei Mann-zu-Frau Transsexuellen zudem oft schon aufgrund von Hormonbehandlungen Zeugungsunfähigkeit besteht, dann ist dem Recht des Transsexuellen auf sexuelle Selbstbestimmung unter Wahrung seiner körperlichen Unversehrtheit größeres Gewicht beizumessen. Dies gilt zumal, weil es rechtliche Möglichkeiten gibt sicherzustellen, dass Kinder, deren einer Elternteil ein Transsexueller ist, dennoch rechtlich ihrem Vater und ihrer Mutter zugewiesen werden.“¹²⁶

b) Würdigung

aa) Phase I

In den ersten Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen zur Anerkennung von trans Personen galt die staatlich vorgesehene *Fortpflanzungsunfähigkeit* als vermeintlich notwendige Bedingung für eine personenstandsrechtliche Änderung des Geschlechtseintrags. So billigt das Gericht die vom Gesetzgeber (damals bereits als Gesetzesentwurf) vorgesehene sog. kleine und große Lösung und damit auch das Kriterium der verpflichtenden Kastration.¹²⁷ Eine staatlich vorgesehene Pflicht der *Fortpflanzungsunfähigkeit* war damit eine unhinterfragte notwendige Bedingung für eine personenstandsrechtliche Anerkennung und galt folglich als Selbstverständlichkeit.

In der *Trans I*-Entscheidung diskutierte das Bundesverfassungsgericht, ob die vom Gesetzgeber vorgesehene *fehlende* (!) Fortpflanzungsfähigkeit von

¹²⁴ Vgl. Beschluss vom 11. Januar 2011 – 1 BvR 3295/07 –, juris Rn. 76.

¹²⁵ Vgl. dazu im Nachgang BVerfG, Nichtannahmebeschluss ohne Begründung vom 15. Mai 2018 – 1 BvR 2831/17 –, juris mit Verweis auf die bestätigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Elternschaft von trans Personen.

¹²⁶ Beschluss vom 11. Januar 2011 – 1 BvR 3295/07 –, juris Rn. 77.

¹²⁷ BVerfG, Beschluss vom 11. Oktober 1978 – 1 BvR 16/72–, juris Rn. 26.

trans Menschen als verfassungsrechtliche *Grenze* im Rahmen des Art. 6 GG (Ehe als Institution) der Geschlechtseintragsänderung entgegenstehe. Konkret stand zur Frage, ob einer personenstandsrechtlichen Änderung entgegenstehe, dass hierdurch eine Ehe zwischen einer trans Frau ohne weibliche Reproduktionsorgane („männlicher Transsexueller“) und einem Mann ermöglicht wird und damit eine *Ehe ohne Reproduktionsmöglichkeit*. Das Bundesverfassungsgericht trat jedoch diesen „sittlichen Befürchtungen“ entschieden entgegen. Gerechtfertigt war die sich daraus ergebende Möglichkeit für trans Personen, eine Ehe einzugehen, jedoch nur deshalb, weil damals per se eine *heterosexuelle* Orientierung von trans Personen angenommen wurde und damit nur die *verschiedengeschlechtliche* Ehe überhaupt als vorstellbar erschien. Diese (Fehl-)Annahme der heterosexuellen Orientierung entsprach zum einen dem vom Gericht zitierten Forschungsstand.¹²⁸ Zum anderen bestand zum Zeitpunkt der *Trans I*-Entscheidung noch das strafrechtliche Verbot männlicher Homosexualität und ist deshalb auch vor dem Hintergrund dieser Diskriminierung der sexuellen Orientierung zu sehen.¹²⁹ Trotz einiger weiterer Kritikpunkte an der Entscheidungsbegründung kann die *Trans I*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zeithistorisch als richtungsweisende Entscheidung betrachtet werden.¹³⁰

In der *Trans II*-Entscheidung wird eine „noch bestehende“ Fortpflanzungsfähigkeit als gewichtiger entgegenstehender Grund für die rechtliche Anerkennung von trans Menschen erwähnt. Diese Erwähnung geschieht so beiläufig und damit als vermeintlich selbstverständlich, dass es offenbar noch nicht einmal einer weiteren Begründung bedurfte, warum eine bestehende Fortpflanzungsfähigkeit überhaupt *gegen* eine personenstandsrechtliche Änderung sprechen sollte. Das kommt scheinbar trivial daher, ist aber – durch eine grundrechtlich freiheitsrechtliche Brille des 21. Jahrhunderts betrachtet – durchaus schockierend: Die Vorschrift der Kastrationspflicht wurde nicht nur als verfassungsrechtlich *legitime* Grenze erachtet, sondern als scheinbar *zwingender* Grund, überhaupt eine personenstandsrechtliche Änderung zuzulassen. Die *Fortpflanzungsunfähigkeit* wurde damit noch expliziter als in der *Trans I*-Entscheidung als vermeintlich zwingend notwendige Voraussetzung für eine personenstandsrechtliche Änderung betrachtet.

In den darauffolgenden Verfahren zur Anerkennung von trans Personen spielten reproduktive Belange keine Rolle. In der *Trans V*-Entscheidung äußerte das Gericht im Rahmen eines *Obiter Dictums* Zweifel an den Voraussetzungen der sog. großen Lösung, die es als „nicht mehr tragfähig“ bezeichnet.

¹²⁸ Zur Auseinandersetzung des BVerfG mit dem damaligen Forschungsstand siehe *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, 124 ff., 151, 155.

¹²⁹ Siehe dazu BT-Drs. 8/2947, 12 (Transsexuellengesetz).

¹³⁰ Zur weiteren kritischen Auseinandersetzung und Einordnung siehe *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, 126 ff.

Explizit war die Kritik allerdings auf die Pflicht der „geschlechtsumwandelnden Maßnahmen“, und damit § 8 Abs. 1 Nr. 4 TSG, gerichtet. Zum Kriterium der Fortpflanzungsunfähigkeit (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 TSG a. F.) nahm das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2005 noch keine Stellung, ebenso wenig in der Entscheidung im Jahr 2008.¹³¹

bb) Phase II

In der bis dato letzten *Trans VIII*-Entscheidung (2011) erklärt das Bundesverfassungsgericht die für die sog. große Lösung notwendigen Voraussetzungen der Fortpflanzungsunfähigkeit (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 a. F. TSG) und der Operationspflicht (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 a. F. TSG) für verfassungswidrig. Dem Ergebnis, der Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Normen, ist zuzustimmen. An der Begründung des Gerichts, sowohl mit Blick auf die fehlende Erörterung einer grundrechtlich eigenständig geschützten reproduktiven Freiheit als auch mit Blick auf die diskutierten verfassungsrechtlichen Grenzen, lassen sich jedoch Kritikpunkte formulieren.

Zur Einordnung meiner nachfolgenden Kritik sei der Verfahrensgegenstand wiederholt: Die Vorschrift des § 8 Abs. 1 Nr. 3 a. F. TSG sah vor, dass eine Person ihre Fortpflanzungsorgane verlieren musste, um vom Recht personenstandsrechtlich anerkannt zu werden. In dem Verfahren ging es folglich um eine verfassungsrechtliche Beurteilung einer Vorschrift, die eine gesetzliche Pflicht, fortpflanzungsunfähig zu sein, normierte. Die Norm beschnitt damit Menschen unumkehrbar in der Entscheidungsfreiheit, Kinder zu bekommen. Wenngleich das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit feststellte und damit im Ergebnis in der Fortpflanzungsfähigkeit von trans Menschen keine Bedrohung mehr sah, so offenbaren die zitierten Passagen, dass das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung den freiheitsrechtlichen Ausgangspunkt, genauer die Freiheit einer jeden Person, selbstbestimmt darüber zu entscheiden, ob sie Kinder möchte und hiervon nach Belieben Gebrauch zu machen, nicht erkennt.¹³² Folgende Punkte untermauern die Beobachtung des fehlenden freiheitsrechtlichen Ausgangspunktes in der Begründung des Gerichts.

Erstens bezieht sich meine Kritik auf eine zu punktuelle Betrachtungsweise reproduktiver Entscheidungsfreiheit im Rahmen des Art. 2 Abs. 2 GG. Das Gericht sah den gesetzlich vorgeschriebenen Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit

¹³¹ BVerfG, Beschluss vom 25. Juli 2008 – 1 BvL 10/05.

¹³² Positiver bewertet die Entscheidung *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, 173: „Das BVerfG nennt zwar einige Gründe, warum solcherlei Fälle zum einen höchst selten zu erwarten sind. Aber es wird durchaus hingenommen, dass sie theoretisch vorkommen können, und darauf verwiesen, dass sie dank moderner Reproduktionsmedizin ohnehin nicht auszuschließen sind“. Vgl. dort auch die Überlegungen zur Fruchtbarkeitsfunktion und Geschlechtszugehörigkeit, ebd., 172.

primär als *körperlichen* und *psychischen* Eingriff (Art. 2 Abs. 2 GG). Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung zur medizinischen Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug das „grundsätzliche“ Recht auf Selbstbestimmung in *medizinischen* Kontexten ebenfalls dem Schutz des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG unterstellt und nicht Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG.¹³³ Allerdings besteht meines Erachtens mit Blick auf die Verfügung über das eigene Reproduktionsorgan ein zentraler Unterschied. Denn der operative Eingriff der Kastration geht über das rein Körperliche gerade hinaus. Ein Mensch verliert durch diesen Eingriff nicht nur (irgend)ein Körperorgan, sondern zugleich die damit einhergehende individuelle Freiheit, ob, wann oder mit wem er Kinder bekommen möchte. Beim Umgang mit der eigenen Reproduktion handelt es sich damit um einen erheblichen Anteil auch um *Selbstbestimmung*, um eine in die Zukunft gerichtete Entscheidungsfreiheit der Lebensgestaltung.¹³⁴ Die zur Fortpflanzungsunfähigkeit führenden verpflichtenden Operationen zur personenstandsrechtlichen Anerkennung bringen, so führt das Gericht zutreffend selbst aus, „nicht nur körperliche Veränderungen und Funktionsverluste“ mit sich, sondern berühren auch das „menschliche Selbstverständnis“. Wenngleich die Erörterung im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 GG stattfindet, stellt die vom Gericht gewählte Formulierung, die Kastrationspflicht berühre das „menschliche Selbstverständnis“, eine Beschreibung eines Eingriffs in einen Lebensbereich dar, der typischerweise vom *allgemeinen Persönlichkeitsrecht* (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) geschützt wird.¹³⁵ Jedoch fehlen gerade weitere Ausführungen des Gerichts dazu, dass eine gesetzlich vorgesehene Kastrationspflicht eine weitreichende staatliche Beschränkung der Entscheidungsfreiheit für oder gegen Kinder bedeutet. Diese Erörterungen hätten im Rahmen einer grundrechtlich eigenständig verbrieften reproduktiven Freiheit (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG oder Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) geschehen können – *neben* einer Erörterung von Art. 2 Abs. 2 GG. Ein Erklärungsansatz für die fehlende Erörterung des Eingriffs in eine reproduktive Freiheit könnte sein, dass die beschwerdeführende Person diesen Aspekt nicht gerügt hat. Sie war zum Zeitpunkt der Erhebung der Verfassungsbeschwerde (2007) bereits 59 Jahre alt (Jahrgang 1948) und stützte sich primär darauf, dass die geschlechtsanpassende Operation aufgrund ihres Alters gesundheitliche Risiken mit sich bringen, nicht jedoch darauf, dass sie

¹³³ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. März 2011 – 2 BvR 882/09 –, juris Rn. 44: „Medizinische Zwangsbehandlungen [...], insbesondere operative Eingriffe und Zwangsmedikationen, stellen [...] eine besonders schwerwiegende Form des Eingriffs in das Recht auf körperliche Unversehrtheit dar.“

¹³⁴ *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (190, 192).

¹³⁵ Siehe etwa BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 –, juris Rn. 207: „[D]ie selbstbestimmte Wahrung der eigenen Persönlichkeit setzt voraus, dass der Mensch über sich nach eigenen Maßstäben verfügen kann und nicht in Lebensformen gedrängt wird, die in unauflösbarem Widerspruch zum eigenen Selbstbild und Selbstverständnis stehen.“

gern Kinder zeugen möchte.¹³⁶ Allerdings zeigen die weiteren Ausführungen des Ersten Senats in dieser Entscheidung – wie auch die anderen in den Blick genommenen *Trans*-Entscheidungen – einige Erwägungen, die über den eigentlichen Verfahrensgegenstand hinausgehen. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht, jedenfalls der Zweite Senat, bereits nicht gerügte Verfassungsverstöße überprüft.¹³⁷ Eine Entscheidung des hier zuständigen Ersten Senats, in der nicht gerügte Verfassungsverstöße geprüft wurden, ist mir allerdings nicht bekannt. Eine uneinheitliche Handhabung der Prüfungsmaßstäbe zwischen Erstem und Zweitem Senat ist denkbar, jedoch ist eine etwaige unterschiedliche Praxis für die (Fach)-Öffentlichkeit nicht transparent.¹³⁸

Zweitens bringt die fehlende Erörterung einer reproduktiven Entscheidungsfreiheit von trans Menschen eine wenig überzeugende Bestimmung der *verfassungsrechtlichen Grenzen* mit sich. In der Entscheidungsbegründung begreift das Gericht das Kriterium der Fortpflanzungsunfähigkeit nämlich nur insoweit als unzumutbar, „soweit“ dies an *operative Eingriffe* gebunden ist. Bedeutet diese Einschränkung im Umkehrschluss, eine gesetzgeberische Neuregelung, etwa im Sinne einer verpflichtenden *hormonell* erfolgenden Fortpflanzungsunfähigkeit, könnte „zumutbar“, also verhältnismäßig und damit verfassungsrechtlich gerechtfertigt, mithin *zulässig* sein? Eine einfachgesetzliche Umsetzung scheint jedenfalls vom reinen Wortlaut dieser Entscheidungsbegründung gedeckt. Eine etwaige gesetzlich verankerte medikamentöse Kastrationspflicht käme allerdings einer Zwangsmedikation gleich und würde erneut einen unumkehrbaren staatlichen Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) darstellen.¹³⁹ Eine einfachgesetzliche Umsetzung stünde daneben mit dem dieser Arbeit zugrunde gelegten Begriff der *reproduktiven Freiheit* deutlich in Konflikt. Indem das Bundesverfassungsgericht den Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit allerdings nur punktuell und im Ergebnis vornehmlich als *Organverlust* erörtert, übersieht es auf der Rechtfertigungsebene

¹³⁶ Vgl. Beschluss vom 11. Januar 2011 – 1 BvR 3295/07 –, juris Rn. 44.

¹³⁷ Vgl. explizit BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 1957 – 2 BvR 2/56 –, juris Rn. 38; Beschluss vom 25. Februar 1964 – 2 BvR 411/61 –, juris Rn. 11; Beschluss vom 29. April 1980 – 2 BvR 1441/79 –, juris Rn. 29; Beschluss vom 6. Oktober 1981 – 2 BvR 1290/80 –, juris Rn. 7; Beschluss vom 26. November 1985 – 2 BvR 851/84 –, juris Rn. 7; Beschluss vom 19. Dezember 2017 – 2 BvR 424/17 –, juris Rn. 36.

¹³⁸ Zu dieser spezifischen Frage bekam ich leider keinen Aufschluss. *Kranenpohl*, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, 2010, 441 ff., 470 ff., 495 ff. verweist jedenfalls – belegt durch seine geführten Interviews – auf zahlreiche *informelle* Regeln, Bräuche und Traditionen am BVerfG. Meines Erachtens sollte diese Frage nicht Teil eines informellen gerichtlichen Willens- und Entscheidungsprozesses sein, sondern jedenfalls für die Fachöffentlichkeit transparent sein.

¹³⁹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. März 2011 – 2 BvR 882/09 –, juris Rn. 44: „Medizinische Zwangsbehandlungen [...], insbesondere operative Eingriffe und Zwangsmedikationen, stellen [...] eine besonders schwerwiegende Form des Eingriffs in das Recht auf körperliche Unversehrtheit dar.“

erneut den weitreichenden Eingriff einer Kastrationspflicht in die individuelle Selbstbestimmung im Umgang mit der eigenen Reproduktion (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG oder Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG).

Drittens zeigt die Entscheidungsbegründung, dass das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2011 von der *Ausnahme* des Fortpflanzens von trans Personen ausgeht. So heißt es in der Entscheidungsbegründung, trans Elternschaft komme ohnehin nur selten vor, da „Frau-zu-Mann Transsexuelle“ (gemeint sind: trans Männer) „ganz überwiegend heterosexuell orientiert“ seien und sich deshalb ohnehin nicht fortpflanzen (können). Bei anderen trans Personen (vom Gericht als „Mann-zu-Frau Transsexuellen mit homosexueller Orientierung“ bezeichnet) sei zwar „nicht auszuschließen, dass sie als dann rechtlich eingestufte Frauen Kinder zeugen“, jedoch sei „zu berücksichtigen, dass schon die hormonelle Behandlung, die zur Therapie von Transsexuellen zumeist durchgeführt wird, eine mindestens zeitweilige Zeugungsunfähigkeit bewirkt“. Andererseits gibt es noch andere Wege, dass trans Menschen zu Kindern kommen. So sei angesichts „der heutigen Fortpflanzungsmedizin“ ohnehin eine Elternschaft von trans Personen „nicht mehr auszuschließen“. Auf diese Weise nimmt der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts die Fortpflanzung zwar hin, nimmt allerdings wie erörtert eine grundsätzliche *Freiheit zur Fortpflanzung* nicht in den Blick. Es stehen zwei Erklärungsansätze für diese Argumentation im Raum. Wenig wohlwollend betrachtet könnte man meinen, die Entscheidungsbegründung impliziere, dass eine Elternschaft von trans Menschen für das Gericht schlicht eine zu *vernachlässigende* Ausnahme darstellt. Das wäre mit Blick auf das Diskriminierungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG) problematisch. Gerichtsrealpolitisch betrachtet lassen sich wiederum zwei Einwände einwerfen, die aufgrund fehlender näherer Einblicke in die Gerichtsabläufe nur Mutmaßungen sein können. Zum einen hat die beschwerdeführende Person vermutlich keinen Eingriff in eine grundrechtlich verbriefte reproduktive Freiheit gerügt. Zum anderen könnte die Entscheidungsbegründung als Paradebeispiel für das Ergebnis eines Aushandelns, eines Vereinens (zuweilen weit) auseinanderliegender Rechtsauffassungen und damit Ausdruck eines Kompromisses im Senat sein. So ist es durchaus denkbar, dass normabweichende Elternschaftsmodelle zum gegebenen Zeitpunkt auch am Bundesverfassungsgericht herausforderten und sich denkbaren Vorbehalten auf diese Weise argumentativ eher begeben ließ. Eine solche mutmaßliche Hintergrundannahme könnte auch meinem vierten Kritikpunkt zugrunde liegen.

Viertens führt das Bundesverfassungsgericht auf der Rechtfertigungsebene explizit ein „berechtigtes“ Anliegen des Gesetzgebers an, der mit der Regelung letztlich verhindern wolle, dass trans Frauen Kinder zeugen bzw. trans Männer

Kinder gebären. Allerdings lässt sich in der vom Gericht angegebenen Fundstelle vergeblich nach dieser Erwägung des Gesetzgebers suchen.¹⁴⁰ Vielmehr fällt bei einer genauen Lektüre der Gesetzesmaterialien zunächst auf, dass der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 1 Nr. 3 a. F. die Voraussetzung der *Fortpflanzungsunfähigkeit* zur personenstandsrechtlichen Anerkennung – gerade in Abgrenzung zur Operationspflicht (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 a. F.) – *nicht* begründete.¹⁴¹ Darauf verweist das Gericht sogar in einer vorherigen Randnummer selbst.¹⁴² Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich nur, dass das Verhältnis von trans Menschen zu ihren („dennoch“ geborenen) *Kindern* erörtert wurde und damit ausschließlich die der Reproduktion *nachgelagerte* Frage der *Elternschaft* von trans Personen (Eltern-Kind-Zuordnung). So verwies der Bundesrat in seiner Stellungnahme im Gesetzgebungsverfahren darauf, dass es „verhältnismäßig häufig“ vorkomme, „daß Transsexuelle Kinder haben“.¹⁴³ Der Bundesrat regte daher ausweislich mit Blick auf die so gezeugten Kinder die – bis heute bestehende – Regelung des § 11 TSG an, derer Begründung die Bundesregierung zustimmte.¹⁴⁴ In der Stellungnahme des Bundesrats heißt es explizit (anders), dass gerade „nicht ausgeschlossen“ werden könne, dass Personen, „die als fortpflanzungsunfähig galten, noch Kinder zeugen oder empfangen können. Auch nach einer auf Veränderung der Geschlechtsmerkmale gerichteten Operation muß jedenfalls bei Frauen damit gerechnet werden, daß sie entgegen ärztlicher Begutachtung noch Kinder empfangen und gebären können.“¹⁴⁵ Das vom Bundesverfassungsgericht angeführte gesetzgeberische Anliegen, zu verhindern, dass trans Männer Kinder gebären und trans Frauen Kinder zeugen, findet sich somit jedenfalls gerade nicht explizit in den Gesetzesmaterialien. Allenfalls offenbart sich aus der Zusam-

¹⁴⁰ In der vom Gericht angegebenen Fundstelle (BT-Drs. 8/2947, 12) lassen sich nur Erwägungen für die Operationspflicht (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 TSG) finden: „Für die Beschränkung auf Fälle, in denen sich die Betroffenen einer genitalverändernden Operation unterzogen haben, spricht insbesondere auch die Überlegung, daß es nicht angängig wäre, jemandem die Eheschließung mit einer anderen Person männlichen Geschlechts zu ermöglichen, solange er sich geschlechtlich noch als Mann betätigen kann; auch muß eine Zuordnung zum anderen Geschlecht ausgeschlossen sein, solange etwa ein männlicher Transsexueller in der Lage wäre, die Straftatbestände des § 175 StGB zu verwirklichen (so auch der Bundesgerichtshof in seinem Beschluß vom 21. September 1971)“ — BGHZ 57, 63, 70]. Diese Erwägung der Gesetzesbegründung aus dem Jahr 1979 ist vor dem Hintergrund der damaligen Strafbarkeit der männlichen Homosexualität zu sehen. Es ist offensichtlich, dass das Gericht diese Erwägung nicht als legitimes Anliegen des Kriteriums der Fortpflanzungsunfähigkeit anführen wollte.

¹⁴¹ Siehe BT-Drs. 8/2947, 18 Nr. 1.

¹⁴² Beschluss vom 11. Januar 2011 – 1 BvR 3295/07 –, juris Rn. 28.

¹⁴³ BT-Drs. 8/2947, 23, Nr. 10 zu § 11.

¹⁴⁴ BT-Drs. 8/2947, 27 zu Nr. 10.

¹⁴⁵ BT-Drs. 8/2947, 23, Nr. 10 zu § 11.

menschau der damals vorgesehenen Fortpflanzungsunfähigkeit als Voraussetzung zur personenstandsrechtlichen Anerkennung (§ 8 Abs. 2 Nr. 3 TSG) und der gesetzgeberischen Erwägung zur Eltern-Kind-Zuordnung (§ 11 TSG), dass die Fortpflanzung von trans Menschen unerwünscht war.

Fünftens bleibt bei den breiten und ausführlichen Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts zu der Position der Kinder unklar, was dieses gesetzgeberische Anliegen *verfassungsrechtlich* genau bedeutet. Konkret bleibt mangels Nennung von Grundrechtsnormen unklar, welches entgegenstehende Verfassungsgut oder Grundrecht das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen diskutiert: Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)? Das wäre wenig überzeugend, denn die Kenntnis geht nicht verloren, wenn ein trans Mann als Vater eingetragen wird. Das Recht der Kinder auf eine staatlich gewährte Eltern-Kind-Zuordnung (Art. 6 Abs. 2 GG)? Die Eltern-Kind-Zuordnung ist jedoch im Falle der Transidentität eines Elternteils ebenfalls gewährt; so hat das Kind ja zwei Elternteile. Das gesetzgeberische Anliegen, eine Eltern-Kind-Zuordnung entlang einer der Fortpflanzungsfunktion entsprechenden, „binären“ Geschlechterlinie (§§ 1591 ff. BGB, hier: i. V. m. § 11 TSG) aufrechtzuerhalten, kollidiert jedenfalls mit der Lebensrealität einiger Elternschafts- und Familienmodelle, die vom Recht weder abgebildet noch anerkannt werden.¹⁴⁶ Die vom Gericht vorgegebene „Kinderperspektive“ wird zudem trotz der überraschend detaillierten Ausführungen hierzu *unzureichend* eingenommen. Denn nach der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts wird die Transidentität eines Elternteils zwangsläufig offengelegt, wenn eine als trans Mann lebende und registrierte Person rechtlich als Mutter gilt (§ 1591 BGB) und umgekehrt eine trans Frau trotz ihrer „sozialen Mutterrolle“ als Vater gilt (§ 1592 BGB). Dies steht in Widerspruch zu dem gesetzlich verankerten Offenbarungsverbot (§ 5 TSG). Das Bundesverfassungsgericht hat im Nachgang allerdings die höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu bestätigt.¹⁴⁷ Aus Kinderperspektive scheint allerdings weiterhin fraglich, ob ein Kind auf diese Weise vor Diskriminierung geschützt wird, wenn die Eltern-Kind-Zuordnung so geregelt ist, dass trans Eltern entgegen ihrem – sogar personenstandsrechtlich geltenden – Geschlecht auf die aus ihrer Perspektive falsche Elternstelle verwiesen werden.

Zusammenfassend lässt sich sagen: Das Kriterium der Fortpflanzungsunfähigkeit als Voraussetzung der personenstandsrechtlichen Anerkennung (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 TSG a. F.) wurde im Ergebnis zutreffend als verfassungswidrig

¹⁴⁶ Zur nachgelagerten Frage der rechtlichen *Elternschaft* von trans Personen siehe Klein in: Rendtorff/Mahs/Warmuth (Hrsg.), *Geschlechterverwirrungen*, 2020, 229–236 (235), Richarz, RdJB 2019, 53–69.

¹⁴⁷ Vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss ohne Begründung vom 15. Mai 2018 – 1 BvR 2831/17.

bewertet. Jedoch scheint das Gericht die Grundannahme zu teilen, dass die Verhinderung der Fortpflanzung von trans Personen legitim sei. Nur die konkrete Regelung der operativen Kastrationspflicht schien zu weitreichend und deshalb verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Eine eigenständige Freiheit, Kinder zu bekommen, etwa in Gestalt der Familiengründungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) oder in Gestalt eines Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), nimmt das Gericht in dieser Entscheidung nicht in den Blick. Das ist nicht nur ein theoretisches Problem, sondern hat Folgen: Trans Menschen wird deshalb zwar – zu Recht – im Ergebnis ihre Fortpflanzungsfähigkeit zugestanden. Das geschieht allerdings unter Vorbehalt einer nicht weiter dargelegten *Zumutbarkeit* für andere. *Argumentativ* gesteht das Gericht trans Menschen damit weiterhin nur unzureichend die *gleiche* reproduktive Freiheit zu.

5. Zusammenfassung und Würdigung

Das Bundesverfassungsgericht entschied zum einen über die Freiheit, sich *freiwillig* sterilisieren zu lassen in seiner Entscheidung zur ärztlichen Haftung bei deren Fehlschlagen (1997). Das Gericht entschied auch über den umgekehrten Fall, über eine gesetzliche Vorschrift, die eine Kastrationspflicht als Voraussetzung der personenstandsrechtlichen Anerkennung von trans Personen vorsah (2011), die in den weiteren Kontext der Rechtsprechung zur Anerkennung von trans Personen eingeordnet wurde. Die freiwillige und unfreiwillige Sterilisation bzw. Kastration werden in den Entscheidungen allerdings grundrechtlich unterschiedlich verortet und verschieden bewertet. Die Entscheidungsgründungen offenbaren zudem gänzlich unterschiedliche Erwägungen. Diesen zugrundeliegenden Hintergrundannahmen ist nun nachzugehen.

In der *Entscheidung zur Arzthaftung nach fehlgeschlagener Sterilisation* (1997) verortet das Bundesverfassungsgericht die freiwillige Sterilisation im *Selbstbestimmungsrecht der Eltern*. Damit misst es dem Recht auf Selbstbestimmung in reproduktiven Belangen eine zentrale Bedeutung bei, allerdings ohne verfassungsrechtsdogmatische Ausführungen zu einer grundrechtlichen Verankerung reproduktiver Freiheit zu treffen. Es bleibt damit unklar, ob das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit einer selbstbestimmten Sterilisation dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG oder der Familiengründungsfreiheit, Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG, zuordnet. Durch die fehlende grundrechtliche Verortung bleibt auch das Verhältnis von Individuum und Paar in der Entscheidung unklar. Positiv ist zu bewerten ist, dass das Gericht implizit anerkennt, dass reproduktive Entscheidungen Auswirkungen auf die *eigene* Lebensplanung und -gestaltung haben. Daneben ist das Gericht bemüht, eigene moralische Bewertungen oder Sittlichkeitserwägungen bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung außen vor zu lassen. Allerdings offenbaren sich in der Entscheidung dennoch Hintergrundannahmen,

welche die Entscheidungsfreiheit des Individuums einzuengen drohen. Abstrakt gesprochen begreift das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung, die freiwillige Sterilisation weniger als Entscheidungsfreiheit, *ob* man Kinder zeugen möchte, denn als Freiheit darüber zu entscheiden, *wie viele* und auch „*welche*“ (nicht-behinderte oder behinderte) Kinder man zeugt.

Nimmt man die dem einzelnen *Individuum* zukommende Entscheidungsfreiheit für oder gegen Kinder ernst, zählt eine selbstbestimmte Sterilisation wie auch eine Beratung samt gendiagnostischer Verfahren vor Zeugung zum Selbstbestimmungsrecht der entscheidenden Person (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), und zwar unabhängig von bereits vorhandenen Kindern und besonders unabhängig von einer Behinderung von bereits geborenen oder zukünftigen Kindern. Einer solchen höchstpersönlichen Entscheidung sollte folglich kein moralischer Rahmen gesetzt werden, wie das Gericht in der Entscheidung selbst konstatiert.

Die *Motivationslage* der entscheidenden Person kann in einem Aufklärungsgespräch erörtert werden, sie sollte aber keinen Einfluss auf die rechtliche Bewertung dieser reproduktiven Entscheidung haben: Auch ein 30-jähriger Mann, der keine Kinder gezeugt hat und auch in Zukunft keine Kinder zeugen möchte, kann nach eingehender Beratung eine für ihn allein, bewusste, reflektierte und verantwortete Entscheidung treffen. Die Situation, in der sich Personen, als Individuum oder als Paar, gegen die *Zeugung* eines Menschen mit Behinderung entscheiden, stellt für Betroffene gleichwohl eine schwierige Entscheidungssituation dar, die mit Dilemmata einhergehen kann. Dementsprechend sollte das Recht zwar Entscheidungsoptionen für Personen eröffnen, zugleich aber zugrundeliegende ableistische Strukturen beseitigen. Die jedem Individuum zukommende Entscheidungsfreiheit, sich für oder gegen eine Sterilisation zu entscheiden und ebenso gendiagnostische Beratungen und Verfahren in Anspruch nehmen zu dürfen, steht demnach in einem komplexen Spannungsverhältnis zu ethischen Fragen und verfassungsrechtlichen Grenzen (insb. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG), deren Beantwortung nicht Aufgabe dieser Arbeit ist und auch nicht vom Verfassungsrecht allein getroffen werden kann.

Die Analyse der Rechtsprechung zur Anerkennung von trans Personen zeigt, dass trans Menschen die reproduktive Geschlechternorm herauszufordern scheinen, weil sie mit den Reproduktionsorganen des ihnen bei der Geburt aufgrund körperlicher Merkmale zugeordneten Geschlechts Kinder zeugen bzw. gebären (können) und sich damit die Möglichkeit ergibt, dass ein trans Mann ein Kind gebärt und eine trans Frau mit ihren Samenzellen Kinder zeugt. Die gesetzlich verankerte Kastrationspflicht (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 TSG a. F.) sah dagegen bis ins Jahr 2011 vor, dass die Möglichkeit einer reproduktiven Entscheidungsfreiheit denjenigen trans Menschen verwehrt wird, die personenstandsrechtlich in ihrem empfundenen Geschlecht anerkannt werden wollten. In den älteren Entscheidungen zur rechtlichen Anerkennung von trans Personen

(1978, 1982) wird der gesetzlich vorgeschriebene Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit als vermeintlich zwingend notwendige Bedingung für eine personenstandsrechtliche Anerkennung angesehen. Ähnlich wie in der Gesetzesbegründung aus dem Jahr 1979, die auf dem damaligen, aber inzwischen überholten Forschungsstand zu „Transsexualität“ beruht, findet also noch nicht einmal ein Nachdenken darüber statt, dass eine gesetzlich vorgesehene Kastrationspflicht ein schwerwiegender Eingriff in die Rechte der Betroffenen darstellen könnte. Die Fortpflanzungsunfähigkeit wurde als vermeintlich so selbstverständliche Grenze begriffen, dass dieser staatliche Eingriff noch nicht einmal einer Begründung bedurfte. Die bundesverfassungsgerichtliche Entscheidung aus dem Jahr 2005 deutete Zweifel an der sog. großen Lösung an, besonders mit Blick auf die damals geltende Operationspflicht, nahm jedoch zum Kriterium der Fortpflanzungsunfähigkeit noch keine Stellung.

Im Jahr 2011 erklärte das Bundesverfassungsgericht dann die Vorschrift des § 8 Abs. 1 Nr. 3 TSG a. F., die den Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit als Voraussetzung für eine personenstandsrechtliche Anerkennung vorsah, für verfassungswidrig. Anders als in der Entscheidung zur freiwilligen Sterilisation (1997), in der der Erste Senat diese reproduktive Freiheit zutreffender als Selbstbestimmungsrecht begreift, ordnet der nun zuständige Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts den vorgeschriebenen Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit dem Recht auf körperliche Unversehrtheit zu (Art. 2 Abs. 2 GG). Während der Erste Senat darauf hinweist, dass es sich beim Umgang mit der eigenen Reproduktion um einen autonom zu verantwortenden Bereich handelt, übersieht der Zweite Senat im Jahr 2011 im Wesentlichen, dass der operative Eingriff der Kastration über das rein Körperliche gerade hinausgeht. Ein Mensch verliert durch diesen Eingriff nicht nur (irgend)ein Körperorgan, sondern zugleich die damit einhergehende individuelle Freiheit, ob, wann oder mit wem er Kinder bekommen möchte. Wenngleich das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Erörterung von Art. 2 Abs. 2 GG andeutet, dass diese verpflichtenden Operationen das „menschliche Selbstverständnis“ berühren, fehlen gerade weitere Ausführungen des Gerichts dazu, dass eine gesetzlich vorgesehene Kastrationspflicht eine weitreichende staatliche Beschränkung der Entscheidungsfreiheit für oder gegen Kinder mit sich bringt. Eine eigenständige grundrechtliche reproduktive Freiheit, etwa als Familiengründungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) oder als Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), wird vom Gericht nicht diskutiert.

Der Umstand der fehlenden grundrechtlichen Erörterung einer reproduktiven Freiheit führt dann weiter dazu, dass das Gericht erstens das Kriterium der Fortpflanzungsunfähigkeit nur insofern als unzumutbar erklärt, „soweit“ dies an *operative Eingriffe* gebunden ist. Zweitens führt dies dazu, dass das Gericht die Fortpflanzung von trans Menschen nur in Bezug auf die – der Reproduktion – nachgelagerten Frage der rechtlichen Elternschaft von trans Menschen in den

Blick nimmt. Dies geschieht aus der grundrechtsdogmatisch unklaren „Kinderperspektive“ als mögliche verfassungsrechtliche Rechtfertigungsgrenze des Eingriffs in das Recht auf körperliche Unversehrtheit. Das Bundesverfassungsgericht macht damit in seiner bis dato letzten *Trans VIII*-Entscheidung (2011) bei seiner verfassungsrechtlichen Beurteilung der Vorschrift, die den *Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit* zur Voraussetzung der personenstandrechtlichen Anerkennung vorsah (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 a. F. TSG), die jedem Menschen *gleichermaßen* zukommende Entscheidungsfreiheit, sich fortzupflanzen (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG bzw. Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG), nicht zum Ausgangspunkt seiner verfassungsrechtlichen Betrachtung. Zudem stellt das Gericht auch keine gleichheitsrechtlichen Erwägungen an, immerhin trifft die Regelung allein trans Personen, die aufgrund ihrer empfundenen Geschlechtsidentität zu einer strukturell diskriminierungsgefährdeten Gruppe (vgl. Geschlecht: Art. 3 Abs. 3 GG) zählen. Im Ergebnis gesteht das Bundesverfassungsgericht trans Menschen ihre Fortpflanzungsfreiheit als Teil ihres Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) zu, allerdings um den Preis einer nicht näher bestimmten Zumutbarkeit. Damit wird erneut die Freiheitsverkürzung deutlich, die eine analytische Unschärfe bei der grundrechtlichen Verortung reproduktiver Freiheit mit sich bringt.

Festzuhalten bleibt, dass das Bundesverfassungsgericht die individuelle Entscheidung für oder gegen Kinder in diesen beiden Entscheidungen sehr unterschiedlich verhandelt und auch keine Verbindungslinien in den Entscheidungsbegründungen zieht. Die freiwillige und unfreiwillige Sterilisation bzw. Kastration werden folglich grundrechtlich verschieden verortet, einerseits im Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG), andererseits im „Selbstbestimmungsrecht der Eltern“ (vermutlich Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG bzw. Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG). Die zugrundeliegenden Hintergrundannahmen offenbaren gänzlich konträre Erwartungen an Personen.

IV. Zum Verhältnis von Ehe, Familie und reproduktiven Freiheiten

1. Einleitung

Ziel der nachfolgenden Analyse ist es, zentrale bundesverfassungsgerichtliche Entscheidungen daraufhin zu untersuchen, ob und inwieweit die Verfassungsrechtsprechung einzelne Bestandteile des dieser Arbeit zugrunde gelegten Begriffs der *reproduktiven Freiheiten* von Art. 6 Abs. 1 GG umfasst sieht. Art. 6 Abs. 1 GG lautet: „Ehe und Familie stehen unter besonderem Schutze der staatlichen Ordnung.“ Unbestritten stellt die Norm damit Ehe und Familie(n) unter verfassungsrechtlichen Schutz, wenngleich seit Jahrzehnten um den Inhalt dieser Norm, besonders um die – verfassungsrechtlichen – (Struktur-)Merkmale

des Ehe- und Familienschutzes, gerungen wird. Ob Art. 6 Abs. 1 GG reproduktive Belange schützt, ist nach dem Wortlaut der Norm zunächst offen. Nachfolgend gehe ich der Frage nach, ob in den Gerichtsentscheidungen in der Ehe etwa eine *Reproduktionsfunktion* gesehen wird und in welchem Verhältnis *Ehe und Familie bzw. Familiengründung* stehen. Zugleich wird versucht, etwaige Hintergrundannahmen mit Blick auf *Geschlechterrollen, sexuelle Orientierungen* und *die Vielfalt von möglichen Familienformen* herauszuarbeiten. Ziel ist es auch, nachzuzeichnen, ob und wie sich das Verständnis von Ehe, Familie und Reproduktion im Laufe der Jahre in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verändert hat.

2. Exkurs: BGH-Entscheidung zur Zerrüttung der Ehe (1966)

Bevor sogleich zentrale bundesverfassungsgerichtliche Entscheidungen in den Blick genommen werden, möchte ich zunächst auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs eingehen, die zur späteren Kontextualisierung der Verfassungsrechtsprechung beitragen wird. Denn noch Mitte der 1960er-Jahre sah der Bundesgerichtshof in seiner *Entscheidung zur Zerrüttung der Ehe* (1966) den regelmäßigen und „nicht lediglich teilnahmslos hingenommenen“ *Geschlechtsverkehr als Teil der ehelichen Pflichten* (§ 1351 Abs. 1 BGB) an.¹⁴⁸

a) Inhalt

In dem zivilgerichtlichen Verfahren stritten die Parteien darum, ob die Scheidung rechtsgültig war. Hierzu musste nach dem damals geltenden sog. Schuldprinzip, nach dem die Scheidung bis Mitte der 1970er-Jahre nur in Ausnahmen zulässig war, die „Zerrüttung der Ehe“ festgestellt werden (vgl. § 48 EheG a. F.). Im Zentrum stand dabei die Frage, ob und wie Geschlechtsverkehr als „eheliche Pflicht“ praktiziert wurde.

Der Kläger, der Ehemann, führte aus, dass die erforderliche Zerrüttung der Ehe „aus der Einstellung der Beklagten zum ehelichen Verkehr“ entstanden sei.¹⁴⁹ Nach dem Standpunkt des Klägers habe seine Ehefrau ihm erklärt, „sie empfinde nichts beim Geschlechtsverkehr und sei imstande, dabei Zeitung zu lesen; er möge sich selber befriedigen. Der eheliche Verkehr sei eine reine Schweinerei. Sie gebe ihm lieber Geld fürs Bordell. Sie wolle auch nicht mit

¹⁴⁸ BGH, Urteil vom 2. November 1966 – IV ZR 239/65 –, juris Rn. 13. In Österreich war bis 31.12.1999 explizit die „Verweigerung der Fortpflanzung“ als gesetzlicher Scheidungsgrund vorgesehen, vgl. § 48 des dortigen Ehegesetzes: „Ein Ehegatte kann Scheidung begehren, wenn der andere sich ohne triftigen Grund beharrlich weigert, Nachkommenschaft zu erzeugen oder zu empfangen, oder wenn er rechtswidrig Mittel zur Verhinderung der Geburt anwendet oder anwenden läßt. Ein Ehegatte hat kein Recht auf Scheidung, wenn der andere die Durchführung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung verweigert.“

¹⁴⁹ BGH, Urteil vom 2. November 1966 – IV ZR 239/65 –, juris Rn. 3.

einem dicken Bauch herumlaufen; mit Kindern wüsste sie gar nichts anzufangen.“¹⁵⁰

Die beklagte Ehefrau entgegnete darauf, dass Grund der Zerrüttung das Verhältnis ihres Ehemanns zu einer anderen Frau sei.¹⁵¹ Die Ehefrau führte weiter aus, sie hätten zunächst „wöchentlich miteinander verkehrt“, dabei habe sie „nie Widerwillen oder Gleichgültigkeit gegen den Geschlechtsverkehr oder gegen eine Mutterschaft geäußert“.¹⁵² Nachdem die „ehebreecherische Beziehung“¹⁵³ zu einer anderen Frau bekannt wurde, diese Tatsache war im Verfahren unstrittig, sei es weiterhin bis 1952 trotz „dieser Belastung des ehelichen Verhältnisses“ „durchweg noch alle vier Wochen zum Verkehr gekommen.“¹⁵⁴

Der Bundesgerichtshof entschied – gerade gegenteilig zum Berufungsgericht (Kammergericht Berlin), zum „Vollzug“ der ehelichen Gemeinschaft gehöre

„in der Regel die ständige Wiederholung der geschlechtlichen Vereinigung“¹⁵⁵.

Explizit diagnostizierte der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung der Ehefrau eine

„Fehleinstellung zum ehelichen Verkehr [und] zur Mutterschaft“¹⁵⁶.

Dabei begründet der Bundesgerichtshof diese Pflicht zur Sexual- und Reproduktionsgemeinschaft wie folgt:

„Die Frau genügt ihren ehelichen Pflichten nicht schon damit, dass sie die Beiwohnung teilnahmslos geschehen lässt. Wenn es ihr infolge ihrer Veranlagung oder aus anderen Gründen, zu denen die Unwissenheit der Eheleute gehören kann, versagt bleibt, im ehelichen Verkehr Befriedigung zu finden, so fordert die Ehe von ihr doch eine Gewährung in ehelicher Zuneigung und Opferbereitschaft und verbietet es, Gleichgültigkeit oder Widerwillen zur Schau zu tragen. Denn erfahrungsgemäß vermag sich der Partner, der im ehelichen Verkehr seine natürliche und legitime Befriedigung sucht, auf die Dauer kaum jemals mit der bloßen Triebstillung zu begnügen, ohne davon berührt zu werden, was der andere dabei empfindet.“¹⁵⁷

Weiter heißt es zur Begründung des Geschlechtsverkehrs als eheliche Pflicht:

„[I]n der normalen Ehe sucht und findet der Ehegatte die eigene Befriedigung in der Hingabe und in der Befriedigung des anderen. Wird dies nicht erreicht, so ist das eheliche Verhältnis häufig bereits dadurch schwer gefährdet. Seine Grundlage wird aber in aller Regel vollends

¹⁵⁰ BGH, Urteil vom 2. November 1966 – IV ZR 239/65 –, juris Rn. 3.

¹⁵¹ BGH, Urteil vom 2. November 1966 – IV ZR 239/65 –, juris Rn. 5.

¹⁵² BGH, Urteil vom 2. November 1966 – IV ZR 239/65 –, juris Rn. 5.

¹⁵³ BGH, Urteil vom 2. November 1966 – IV ZR 239/65 –, juris Rn. 11.

¹⁵⁴ BGH, Urteil vom 2. November 1966 – IV ZR 239/65 –, juris Rn. 5.

¹⁵⁵ BGH, Urteil vom 2. November 1966 – IV ZR 239/65 –, juris Rn. 15.

¹⁵⁶ BGH, Urteil vom 2. November 1966 – IV ZR 239/65 –, juris Rn. 23.

¹⁵⁷ BGH, Urteil vom 2. November 1966 – IV ZR 239/65 –, juris Rn. 13.

zerstört, wenn der innerlich nicht beteiligte Ehegatte den anderen durch eine zynische Behandlung des Geschlechtsverkehrs vor sich selbst erniedrigt, indem er ihm unverhüllt zumutet, seinen Partner als bloßes Objekt seiner Triebe zu gebrauchen.“¹⁵⁸

„Deshalb muss der Partner, dem es nicht gelingt, Befriedigung im Verkehr zu finden, aber auch nicht, die Gewährung des Beischlafs als ein Opfer zu bejahen, das er den legitimen Wünschen des anderen um der Erhaltung der seelischen Gemeinschaft willen bringt, jedenfalls darauf verzichten, seine persönlichen Gefühle in verletzender Form auszusprechen.“¹⁵⁹

Die zahlreichen Äußerungen der Beklagten über den Geschlechtsverkehr in der Ehe und über die Mutterschaft, so der Bundesgerichtshof weiter, betreffen „das Grundverhältnis zum Geschlechtspartner, zum ehelichen Verkehr überhaupt und zur Mutterschaft“¹⁶⁰ und „waren geeignet, die Hinwendung des Klägers zu einer anderen Frau entscheidend zu fördern“¹⁶¹.

b) Würdigung

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs kann in dieser Betrachtung nicht außen vorgelassen werden. Der zweifelsfrei als überholt anzusehenden Entscheidung lag ein Verständnis von Frauen zugrunde, nach dem sie – rechtlich – dazu verpflichtet seien, eine „Opferbereitschaft“ zum „ehelichen Verkehr“ und zur Mutterschaft zu zeigen. Weder eine solche Pflicht zum Geschlechtsverkehr noch eine etwaige Pflicht zum Schwangerwerden und Muttersein sind unter dem Grundgesetz begründbar. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) gewährt die freie sexuelle Entfaltung, welche sich in der gleichberechtigten und konsensorientierten Interaktion mit anderen äußert.¹⁶² Eine Pflicht zum Geschlechtsverkehr ist damit unvereinbar. Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) bzw. das Recht auf Familiengründungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG), verstanden als ein gleichberechtigtes Recht der Frau auf selbstbestimmte Familiengründung innerhalb einer Partnerschaft oder Ehe, umfassen die selbstbestimmte Entscheidung, ob, wann, mit wem und wie viele Kinder man zeugen möchte.¹⁶³ Eine Pflicht zur Mutterschaft ist damit gänzlich unvereinbar. Der Bundesgerichtshof hat sich jedoch diese verfassungsrechtlichen Fragen nicht gestellt und deshalb die genannten Grundrechte in der Entscheidung eklatant verkannt. Die zahlreichen zitierten Ausführungen offenbaren zudem ein Rollenverständnis des Gerichts, das vom weiblichen Geschlecht, näm-

¹⁵⁸ BGH, Urteil vom 2. November 1966 – IV ZR 239/65 –, juris Rn. 14.

¹⁵⁹ BGH, Urteil vom 2. November 1966 – IV ZR 239/65 –, juris Rn. 15.

¹⁶⁰ BGH, Urteil vom 2. November 1966 – IV ZR 239/65 –, juris Rn. 17.

¹⁶¹ BGH, Urteil vom 2. November 1966 – IV ZR 239/65 –, juris Rn. 20.

¹⁶² *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, 370, 372.

¹⁶³ Etwa *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 115, 117; zur Differenzierung und Überschneidung von sexueller und reproduktiver Selbstbestimmung *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, 402.

lich der Ehefrau, eine „Opferbringung“ für den männlichen Ehepartner verlangt. Diese Rollenzuschreibung engt nicht nur die sexuelle Entfaltung ein, sondern stellt eine eindeutige Diskriminierung von Frauen (Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG) dar, wenn diesen noch Mitte der 1960er-Jahre explizit und unhinterfragt eine „Fehleinstellung zum ehelichen Verkehr [und] zur Mutterschaft“ bescheinigt wird, wenn sie ihrer „ehelichen Pflicht“ des regelmäßigen, „nicht teilnahmslosen“ Geschlechtsverkehrs nachkamen. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs samt ihrer Begründung lässt sich als verfassungsrechtlich unhaltbares sexistisches „Lehrbeispiel“ bewerten und ist spätestens aus heutiger Sicht mit den Grundzügen der Verfassung nicht (mehr) vereinbar.

3. *Trans I-Entscheidung (1978)*

Ob und wie reproduktive Freiheiten von trans Menschen in den Gerichtsentscheidungen erörtert wurden, ist bereits gesonderter Gegenstand der Rechtsprechungsrekonstruktion gewesen. An dieser Stelle der Arbeit ist die *Trans I-Entscheidung (1978)* mit Blick auf die diskutierten verfassungsrechtlichen Grenzen zu untersuchen.

a) *Inhalt*

Das Bundesverfassungsgericht urteilt in der *Trans I-Entscheidung* erstmals, dass trans Menschen ein aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht mündender grundrechtlich verbrieftes Anspruchs auf Änderung des Geschlechtseintrags zusteht.¹⁶⁴ Das Gericht eröffnete damit die Möglichkeit einer personenstandsrechtlichen Geschlechtsänderung, deren Voraussetzungen sodann einfachgesetzlich im sog. Transsexuellengesetz formuliert wurden. Als Grenze dieses grundrechtlichen Anspruchs auf Änderung des Geschlechtseintrags erörtert das Bundesverfassungsgericht die Frage, ob es gegen das Sittengesetz verstoße, wenn eine – sodann fortpflanzungsunfähige – trans Frau nun eine Ehe mit einem Mann eingehen könne. Dabei stellt das Gericht fest:

„Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, daß die Zeugungsfähigkeit des Mannes oder die Gebärfähigkeit der Frau nicht Voraussetzung für eine Eheschließung ist.“¹⁶⁵

Das Gericht konstatiert damit, dass einer personenstandsrechtlichen Geschlechtseintragsänderung nicht entgegensteht, dass hierdurch eine *Ehe* ohne Reproduktions*möglichkeit* ermöglicht wird, in diesem Fall zwischen einer trans Frau ohne weibliche Reproduktionsorgane („männlicher Transsexueller“) und einem Mann.

¹⁶⁴ BVerfG, Beschluss vom 11. Oktober 1978 – 1 BvR 16/72–, juris Rn. 35.

¹⁶⁵ BVerfG, Beschluss vom 11. Oktober 1978 – 1 BvR 16/72–, juris Rn. 39.

b) Würdigung

Nach der *Trans I*-Entscheidung aus dem Jahr 1978 ist die tatsächliche Fortpflanzungsfähigkeit explizit *kein* Wesensmerkmal der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG). In den späteren Entscheidungen zum sog. Transsexuellengesetz, insbesondere in der *Trans V*-Entscheidung (2005) und in der *Trans VII*-Entscheidung (2008), setzte sich das Bundesverfassungsgericht bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Voraussetzungen des Transsexuellengesetzes mehrfach mit dem Kriterium der *Verschiedengeschlechtlichkeit* der Ehe auseinander, nicht jedoch mit einer etwaigen *Reproduktionsfunktion*.

4. Entscheidung zum Unterhaltsvorrang (1984)

In der *Entscheidung zum Unterhaltsvorrang* (1984) entschied das Bundesverfassungsgericht über eine damalige gesetzliche Regelung zum Unterhaltsrecht, die einen Unterhaltsvorrang des geschiedenen Ehepartners bzw. der geschiedenen Ehepartnerin, in der Regel war das nämlich die geschiedene *Ehefrau*, vorsah, wenn die neue Ehegattin des Mannes auch ein Kind betreut und der Unterhaltspflichtige, in der Regel der geschiedene und neu verheiratete Mann, nicht in der Lage war, den Mindestbedarf aller Unterhaltsberechtigten zu befriedigen (§ 1582 Abs. 1 S. 2 a. F. BGB, sog. Mangelfall). Das vorliegende Oberlandesgericht hielt die Vorschrift für mit Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG unvereinbar.¹⁶⁶ Dabei vertrat das Gericht im Vorlagebeschluss die Auffassung, dass die Regelung eine erhebliche Belastung für die Ehegatten der neuen Ehe darstellen könne, die sogar geeignet sei, die Zerrüttung dieser Ehe herbeizuführen, wenn die neue Ehefrau auf die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel verwiesen werde.¹⁶⁷ Zudem könne die Regelung unter Umständen bedeuten, dass die neue Ehe wegen der vorrangigen Unterhaltsberechtigung der geschiedenen Ehefrau auf Kinder verzichten müsste, was einen unzulässigen Verstoß gegen das grundgesetzliche Schutzgebot zugunsten der Familie darstelle und zugleich einen ungerechtfertigten Eingriff in die Sphäre privater Lebensgestaltung bedeute.¹⁶⁸

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hielt die Vorschrift – anders als das vorliegende Gericht – als mit dem Grundgesetz (Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG) vereinbar.

¹⁶⁶ OLG Schleswig-Holstein, Vorlagebeschluss vom 4. Januar 1983 – 8 UF 309/79 = FamRZ 1983, 282–285 (284).

¹⁶⁷ OLG Schleswig-Holstein, Vorlagebeschluss vom 4. Januar 1983 – 8 UF 309/79 = FamRZ 1983, 282–285 (284).

¹⁶⁸ OLG Schleswig-Holstein, Vorlagebeschluss vom 4. Januar 1983 – 8 UF 309/79 = FamRZ 1983, 282–285 (284).

a) Inhalt

Das Bundesverfassungsgericht skizziert den Schutzbereich des Ehe- und Familiengrundrechts (Art. 6 Abs. 1 GG) in dieser Entscheidung wie folgt:

„Art. 6 Abs. 1 GG verbietet dem Staat, die Ehe zu schädigen oder sonst zu beeinträchtigen. [...] Zu der selbstverantwortlichen Lebensführung gehört zum einen der Entschluß der Ehegatten, Kinder zu haben, zum anderen, daß ein Ehepartner allein das Familieneinkommen erwirtschaften und der andere sich der Kinderbetreuung widmen soll (vgl. BVerfGE 61, 319 [347]).“¹⁶⁹

Das Bundesverfassungsgericht stellt in dieser Entscheidung damit den „Entschluß, Kinder zu haben“ unter verfassungsrechtlichen Schutz. Das Gericht verortet den „Entschluß, Kinder zu bekommen“ im Ehe- und Familiengrundrecht (Art. 6 Abs. 1 GG).

Für die nachfolgende Analyse ebenso erkenntnisreich ist, dass das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung davon ausgeht, dass Kinder in einer Ehe

„in der Regel unter günstigeren Verhältnissen auf[wachsen] als Kinder, die nur noch in Familiengemeinschaft mit einem Elternteil leben.“¹⁷⁰

Diese „Familiengemeinschaft“ beschreibt das Bundesverfassungsgericht an anderer Stelle synonym als „Halbfamilie“¹⁷¹, bestehend aus Mutter und Kind.

Im Ergebnis verneinte das Bundesverfassungsgericht einen Verfassungsverstoß der Regelung des sog. Mangelfalls aus dem folgenden Grund:

„Durch die Bereitstellung von öffentlichen Mitteln kann dazu beigetragen werden, daß die Eheschließung des Unterhaltsverpflichteten mit einem neuen Partner nicht unterbleiben muß und die neuen Ehegatten nicht gezwungen sind, auf Kinder zu verzichten.“¹⁷²

Die Ermöglichung einer neuen ehebasierten Familiengründung durch staatliche Unterstützung war damit nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ein Grund für die Verfassungsgemäßheit der Norm.

b) Würdigung

Das Bundesverfassungsgericht geht in seiner *Entscheidung zum Unterhaltsvorrang* (1984) bei der Freiheit, „Kinder zu haben“, von einem gemeinsamen Entschluss der Eheleute aus. Diese reproduktive Freiheit verortet das Gericht im Ehe- und Familiengrundrecht (Art. 6 Abs. 1 GG). Wenn vom Entschluss der „Ehegatten“ zu lesen ist, wird die Freiheit, Kinder zu bekommen, als eine partnerschaftlich, innerhalb der Ehe getroffene Entscheidung verstanden. Aus der

¹⁶⁹ BVerfG, Beschluss vom 10. Januar 1984 – 1 BvL 5/83 –, juris Rn. 38.

¹⁷⁰ BVerfG, Beschluss vom 10. Januar 1984 – 1 BvL 5/83 –, juris Rn. 47.

¹⁷¹ BVerfG, Beschluss vom 10. Januar 1984 – 1 BvL 5/83 –, juris Rn. 55.

¹⁷² BVerfG, Beschluss vom 10. Januar 1984 – 1 BvL 5/83 –, juris Rn. 52.

zitierten Passage könnte man schließen, dass das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung davon ausgeht, dass verheiratete Menschen stets Kinder bekommen *wollen*. Andererseits suggeriert ein „Entschluss“ als Teil der „selbstverantwortlichen Lebensführung“ das Sich-Entschließen und damit eine *Entscheidung* über das Ob. Ein Entschluss beinhaltet damit eine Entscheidung über das Ja oder Nein zu Kindern, sofern verschiedene Optionen denkbar (und dann auch realisierbar) sind.

Zugleich sieht das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung Mitte der 1980er-Jahre die Ehe noch explizit als bessere Basis für das Aufwachsen von Kindern an als deren Aufwachsen bei einem alleinerziehenden Elternteil. Bezeichnend ist, dass das Bundesverfassungsgericht die Familiengemeinschaft von alleinerziehendem Elternteil und Kind(ern) als „Halbfamilie“ (Mutter, Kind) bezeichnet. Dieser Begriff bringt eine abwertende Haltung zum Ausdruck, als handele es sich bei diesem Familienmodell um unvollständige und defizitäre Familien. Hintergrundannahme ist, dass es Kindern in einem ehebasierten Familienmodell mit Vater und Mutter stets besser ergehe als bei einem alleinerziehenden Elternteil. Eine solche sprachliche Abwertung verschleiern, dass das Grundgesetz den Staat zur Gleichbehandlung unterschiedlicher Familienmodelle verpflichtet (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG, Art. 3 Abs. 1 GG).¹⁷³ Zudem verpflichtet das Grundgesetz explizit zur Gleichbehandlung von ehelichen und nicht ehelichen Kindern (Art. 6 Abs. 5 GG).

5. Entscheidung zum Familiennachzug (1987)

In Fortführung der Ausführungen aus dem Jahr 1984 stellt das Bundesverfassungsgericht in seiner *Entscheidung zum Familiennachzug* (1987) mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Ehe- und Familienschutz (Art. 6 Abs. 1 GG) erneut in diesem Sinne fest, dass die Ehe die „alleinige Grundlage einer vollständigen Familiengemeinschaft“ sei.¹⁷⁴

a) Inhalt

In der *Entscheidung zum Familiennachzug* (1987) skizziert der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG wie folgt:

„Der Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG umfaßt [...] die Freiheit der Eheschließung und Familiengründung (vgl. BVerfGE 31, 58 [67]) und das Recht auf ein eheliches und familiäres Zusammenleben.“¹⁷⁵

¹⁷³ BVerfG, Urteil vom 28. Februar 2007 – 1 BvL 5/03 –, juris Rn. 39; *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 134; *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 185–214 (190).

¹⁷⁴ BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 1987 – 2 BvR 1226/83 –, juris Rn. 105.

¹⁷⁵ BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 1987 – 2 BvR 1226/83 –, juris Rn. 84.

Das Gericht unterstellt damit sowohl die Freiheit der Eheschließung als auch die Familiengründungsfreiheit dem verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG. In welchem Verhältnis Eheschließungsfreiheit und Familiengründungsfreiheit zueinander stehen, scheint zunächst offen. Jedoch offenbart die weitere Lektüre der Entscheidung, dass das Gericht erneut nur die ehebasierte Familiengründung als einzig „vollständiges“ Familienmodell ansieht:

„Die Ehe ist die rechtliche Form umfassender Bindung zwischen Mann und Frau; sie ist alleinige Grundlage einer vollständigen Familiengemeinschaft und als solche Voraussetzung für die bestmögliche körperliche, geistige und seelische Entwicklung von Kindern (vgl. BVerfGE 25, 167 [196]).“¹⁷⁶

b) Würdigung

In Fortführung seiner Rechtsprechung stellt das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1987 fest, dass die Ehe die „alleinige Grundlage einer vollständigen Familiengemeinschaft“ sei. Die Passagen zeigen, dass das *verschiedengeschlechtliche* Paar, das *zunächst heiratet* („Grundlage“) und dann in dieser Ehe *Kinder bekommt*, zum – verfassungsrechtlichen – Leitbild („*alleinige* Grundlage einer *vollständigen* Familiengemeinschaft“) erhoben wird. Dieses Leitbild der ehebasierten Familie als einzig vollständige Familiengemeinschaft prägt damit die Verfassungsinterpretation des Art. 6 Abs. 1 GG entscheidend. Das Leitbild der ehebasierten Familie setzt sich in einer impliziten „Kindeswohlbetrachtung“ fort, wenn es heißt, dass eine „bestmögliche Entfaltung der Kinder“ nur in einer verschiedengeschlechtlichen Ehe ermöglicht werden könne. Die Ehe wird damit explizit als normatives Leitbild für die „bestmögliche“ Entwicklung von Kindern verstanden. Dieses aus dem *Grundgesetz abgeleitete* Leitbild ist nicht nur wirkmächtig. Das Leitbild ist insofern problematisch, als dass es – vermeintlich unumkehrbar – ein nur einziges Lebens- und Familienmodell als zwingende Lesart der Verfassungsauslegung vorgibt. Andere Lebens- und Familienmodelle jenseits dieser Normvorstellung der ehebasierten Familie erfahren aufgrund des aufgestellten Leitbilds eine, wenn auch nur implizite, Abwertung.

6. Nichtannahmebeschluss zur Eheschließung zwischen gleichgeschlechtlichen Personen (1993)

Im Jahr 1993 erhob ein gleichgeschlechtliches Paar Verfassungsbeschwerde gegen einen ablehnenden Antrag des Standesamts auf Eheschließung. Die Beschwerdeführenden wollten damit eine Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Personen erreichen und rügten eine Verletzung des Ehegrundrechts (Art. 6 Abs. 1 GG) und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1

¹⁷⁶ BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 1987 – 2 BvR 1226/83 –, juris Rn. 105.

i. V. m. 1 Abs. 1 GG) sowie einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Das Bundesverfassungsgericht nahm die Verfassungsbeschwerde jedoch nicht zur Entscheidung an.¹⁷⁷ Das Gericht erteilte damit Anfang der 1990er-Jahre der Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Personen eine eindeutige Absage.¹⁷⁸ Historisch betrachtet war die Diskriminierung von gleichgeschlechtlichen Personen zu dieser Zeit im Recht noch tief verankert. Erst 1994 verschwand etwa die Strafbarkeit der männlichen Homosexualität aus dem Strafgesetzbuch.

a) Inhalt

Mit Blick auf das Thema dieser Arbeit führt das Gericht in seiner Begründung des Nichtannahmebeschlusses aus:

„Für einen grundlegenden Wandel des Eheverständnisses in dem von den Beschwerdeführern behaupteten Sinne spricht auch nicht, daß die Eingehung einer Ehe nicht von der Fortpflanzungsfähigkeit der Partner abhängig ist und daß die Zahl der kinderlosen Ehen zugenommen hat, während eine wachsende Zahl von Kindern außerhalb einer Ehe geboren wird.“¹⁷⁹

Das Gericht bestreitet damit weder die gesellschaftlichen Veränderungen der teilweisen Entkopplung von Ehe und Familiengründung noch, dass das Eingehen einer Ehe gerade nicht von einer konkreten Fortpflanzungsfähigkeit der Eheleute abhängig ist. In der zitierten Randnummer heißt es dann weiter:

„Mit diesen Erwägungen wird die Annahme nicht widerlegt, daß die Ehe vor allem deshalb verfassungsrechtlich geschützt wird, weil sie eine rechtliche Absicherung der Partner bei der Gründung einer Familie mit gemeinsamen Kindern ermöglichen soll (vgl. auch den Hinweis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf den Zusammenhang zwischen Eheschließungsfreiheit und Familiengründung in Art. 12 der Europäischen Menschenrechtskonvention, Urteil im Fall Rees, Serie A, Bd. 106, unter Nr. 49).“¹⁸⁰

Das Bundesverfassungsgericht vertritt damit die Auffassung, dass es entscheidender Sinn und Zweck des *verfassungsrechtlichen* Schutzes der Ehe sei, die *einfachrechtliche* Absicherung bei der Gründung einer Familie mit gemeinsamen Kindern zu ermöglichen.

b) Würdigung

Das Bundesverfassungsgericht weist im *Nichtannahmebeschluss zur Eheschließung zwischen gleichgeschlechtlichen Personen* (1993) zutreffend darauf hin, dass das Eingehen einer Ehe gerade nicht von einer *konkreten Fort-*

¹⁷⁷ BVerfG, Kammerbeschluss vom 4. Oktober 1993 – 1 BvR 640/93.

¹⁷⁸ Siehe dazu *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, 186 ff.

¹⁷⁹ BVerfG, Kammerbeschluss vom 4. Oktober 1993 – 1 BvR 640/93 –, juris Rn. 5.

¹⁸⁰ BVerfG, Kammerbeschluss vom 4. Oktober 1993 – 1 BvR 640/93 –, juris Rn. 5.

pflanzungsfähigkeit der Eheleute abhängig ist. Dass eine konkrete Fortpflanzungsfähigkeit keine Voraussetzung für eine Eheschließung (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG) ist, hat das Bundesverfassungsgericht bereits – wie eben erörtert – Ende der 1970er-Jahre in der *Trans I*-Entscheidung (1978) festgestellt, die das Gericht allerdings nicht zitiert. Der Versuch der Beschwerdeführenden, tatsächliche gesellschaftliche Veränderungen der Ehegestaltung („die Zahl der kinderlosen Ehen [hat] zugenommen“) und Familiengründung („eine wachsende Zahl von Kindern [wird] außerhalb einer Ehe geboren“) als Argument anzuführen, um Reproduktion losgelöst vom Institut der Ehe zu betrachten, überzeugte das Gericht in dieser Entscheidung zwar dann im Ergebnis nicht. Das Gericht bestritt jedoch auch nicht die gesellschaftlichen Veränderungen der teilweisen Entkopplung von Ehe und Familiengründung.

Der Kammerbeschluss Anfang der 1990er-Jahre begründet den verfassungsrechtlichen *Schutz der Ehe* (Art. 6 Abs. 1 GG) damit, dass die Ehe die *einfachrechtliche* Absicherung der Eheleute bei der Familiengründung ermöglichen soll. Weitere Ausführungen zur einfachgesetzlichen Rechtslage sind der begründeten Nichtannahme nicht zu entnehmen. Implizit versteht das Gericht auf diese Weise die verschiedengeschlechtliche Ehe als potentielle Reproduktionsgemeinschaft, begründet dies allerdings gerade nur (noch) mit der einfachgesetzlichen Rechtslage. Eine potentielle Fortpflanzung scheint dem Gericht wiederum von vornherein nur bei *verschiedengeschlechtlichen* Eheleuten vorstellbar.¹⁸¹ Allerdings eröffnet das Bundesverfassungsgericht in dem Nichtannahmebeschluss die (verfassungsrechtsmethodische) Möglichkeit, dass sich das Begriffsverständnis der Ehe – dort mit Blick auf das Merkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit – durchaus ändern könne.¹⁸²

7. Entscheidung zum Lebenspartnerschaftsgesetz (2002)

Nachdem das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Schutz von gleichgeschlechtlichen Personen lange Zeit Zurückhaltung gezeigt hatte, ermöglichte der Gesetzgeber mit dem „Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften – Lebenspartnerschaften“ gleichgeschlechtlichen Personen eine erste rechtlich formalisierte

¹⁸¹ Ähnlich bereits *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, 188 f. „„Ehe“ wird damit zu „Familie“, eine Gleichung, in der gleichgeschlechtliche Gemeinschaften keinen Platz haben sollen.“

¹⁸² BVerfG, Kammerbeschluss vom 4. Oktober 1993 – 1 BvR 640/93 –, juris Rn. 5: „In der Verfassungsbeschwerde werden keine wesentlichen neuen Gesichtspunkte aufgezeigt, die Anlaß zu einer Überprüfung dieser Rechtsprechung geben könnten. Insbesondere sind hinreichende Anhaltspunkte für einen grundlegenden Wandel des Eheverständnisses in dem Sinne, daß der Geschlechtsverschiedenheit keine prägende Bedeutung mehr zukäme, nicht erkennbar“. So auch *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, 188; *Wollenschläger/Coester-Waltjen*, *Ehe für Alle*, 2018, 52.

Anerkennung ihrer Lebensform. Die gesetzliche Einführung des Lebenspartnerschaftsgesetzes im Jahr 2001 war jedoch verfassungsrechtlicher Kritik ausgesetzt: Die Landesregierungen der Bundesländer Bayern, Sachsen und Thüringen hielten das Gesetz in ihren Normenkontrollanträgen aus formellen und materiellen Gründen für verfassungswidrig. Auch innerhalb des zuständigen Ersten Senats herrschte bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung Uneinigkeit: Sowohl das Eilverfahren als auch das Hauptsacheverfahren ergingen mit 5:3 Stimmen und jeweils mit Sondervoten, die, anders als die Senatsmehrheit, das Gesetz für verfassungswidrig hielten.¹⁸³ Diese Arbeit fokussiert sich nachfolgend zum einen auf die Ausführungen zu Reproduktion im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 GG, zum anderen darauf, wie das Bundesverfassungsgericht der Vielfalt von Lebensformen argumentativ begegnet.

a) Inhalt

Die Senatsmehrheit hielt das Lebenspartnerschaftsgesetz für mit dem Grundgesetz vereinbar. Mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Eheschutz (Art. 6 Abs. 1 GG) verstoße das Lebenspartnerschaftsgesetz weder gegen die dort gewährleistete Eheschließungsfreiheit¹⁸⁴ noch gegen die dort normierte Institutsgarantie¹⁸⁵.

¹⁸³ BVerfG, Ablehnung einstweilige Anordnung vom 18. Juli 2001 – 1 BvQ 23/01; BVerfG, Urteil vom 17. Juli 2002 – 1 BvF 1/01. Siehe die Analyse bei *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, 189–196.

¹⁸⁴ BVerfG, Urteil vom 17. Juli 2002 – 1 BvF 1/01 –, juris Rn. 78 ff.

¹⁸⁵ Siehe zu den Ausführungen des Kriteriums der Verschiedengeschlechtlichkeit BVerfG, Urteil vom 17. Juli 2002 – 1 BvF 1/01 –, juris Rn. 87: „Das Grundgesetz selbst enthält keine Definition der Ehe, sondern setzt sie als besondere Form menschlichen Zusammenlebens voraus. Die Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Schutzes bedarf insoweit einer rechtlichen Regelung, die ausgestaltet und abgrenzt, welche Lebensgemeinschaft als Ehe den Schutz der Verfassung genießt. Der Gesetzgeber hat dabei einen erheblichen Gestaltungsspielraum, Form und Inhalt der Ehe zu bestimmen (vgl. BVerfGE 31, 58 <70>; 36, 146 <162>; 81, 1 <6 f.>). Das Grundgesetz gewährleistet das Institut der Ehe nicht abstrakt, sondern in der Ausgestaltung, wie sie den jeweils herrschenden, in der gesetzlichen Regelung maßgebend zum Ausdruck gelangten Anschauungen entspricht (vgl. BVerfGE 31, 58 <82 f.>). Allerdings muss der Gesetzgeber bei der Ausformung der Ehe die wesentlichen Strukturprinzipien beachten, die sich aus der Anknüpfung des Art. 6 Abs. 1 GG an die vorgefundene Lebensform in Verbindung mit dem Freiheitscharakter des verbürgten Grundrechts und anderen Verfassungsnormen ergeben (vgl. BVerfGE 31, 58 <69>). Zum Gehalt der Ehe, wie er sich ungeachtet des gesellschaftlichen Wandels und der damit einhergehenden Änderungen ihrer rechtlichen Gestaltung bewahrt und durch das Grundgesetz seine Prägung bekommen hat, gehört, dass sie die Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft ist, begründet auf freiem Entschluss unter Mitwirkung des Staates (vgl. BVerfGE 10, 59 <66>; 29, 166 <176>; 62, 323 <330>), in der Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander stehen (vgl. BVerfGE 37, 217

Zudem sei das Gesetz auch mit der wertentscheidenden Grundsatznorm des Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar.¹⁸⁶ Gerügt wurde ferner ein Verstoß gegen das besondere Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, da das Lebenspartnerschaftsgesetz auf gleichgeschlechtliche Paare beschränkt war und daher verschiedengeschlechtliche Personen und andere verwandtschaftliche „Einstandsgemeinschaften“ (Geschwister) ausschließe und ungerechtfertigt benachteilige. Das Bundesverfassungsgericht sah – zu Recht – keine ungerechtfertigte Benachteiligung.

aa) Entscheidung der Senatsmehrheit

Im Rahmen seiner verfassungsrechtlichen Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) führt das Gericht folgende Erwägungen zur (Un-)Gleichbehandlung an:

„Der Unterschied, dass aus einer auf Dauer verbundenen Zweierbeziehung von Mann und Frau gemeinsame Kinder erwachsen können, aus einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft dagegen nicht, rechtfertigt es, verschiedengeschlechtliche Paare auf die Ehe zu verweisen, wenn sie ihrer Lebensgemeinschaft eine dauerhafte Rechtsverbindlichkeit geben wollen. Sie werden hierdurch nicht benachteiligt.“¹⁸⁷

Das Bundesverfassungsgericht hält damit die verschiedengeschlechtliche Lebensgemeinschaft mit der gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft *deshalb* für nicht vergleichbar, weil nur aus einer Beziehung zwischen Frau und Mann Kinder hervorgehen könnten. Die (verschiedengeschlechtliche) Ehe wird dagegen als Lebensgemeinschaft mit „dauerhafter Rechtsverbindlichkeit“ verstanden, aus der Kinder hervorgehen *können*. Die verschiedengeschlechtliche Ehe wird damit erneut als potentielle Reproduktionsgemeinschaft verstanden. Die *potentielle Fortpflanzung innerhalb der Ehe* wird zudem als Differenzierungsmerkmal gegenüber gleichgeschlechtlichen Partnerschaften herangezogen.

bb) Abweichendes Votum

Konträr zur Begründung der Senatsmehrheit sah die Bundesverfassungsrichterin *Evelyn Haas* im Lebenspartnerschaftsgesetz einen Verstoß gegen das Ehe- und Familiengrundrecht (Art. 6 Abs. 1 GG). In ihrem abweichenden Votum

<249 ff.>; 103, 89 <101>) und über die Ausgestaltung ihres Zusammenlebens frei entscheiden können (vgl. BVerfGE 39, 169 <183>; 48, 327 <338>; 66, 84 <94>).“

¹⁸⁶ BVerfG, Urteil vom 17. Juli 2002 – 1 BvF 1/01 –, juris Rn. 97 ff., siehe insbesondere die Ausführungen zum Fördergebot des Art. 6 Abs. 1 GG, der nach der Senatsmehrheit allerdings – zu Recht – gerade kein Abstandsgebot enthält.

¹⁸⁷ BVerfG, Urteil vom 17. Juli 2002 – 1 BvF 1/01 –, juris Rn. 109.

plädiert sie dafür, das Fördergebot des Art. 6 Abs. 1 GG „als ein Benachteiligungsgebot für andere Lebensformen als die Ehe“¹⁸⁸ zu verstehen, und zwar mit folgender Argumentation:

„Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet als Institutsgarantie den Bestand der privatrechtlichen Einrichtung der Ehe und Familie; sie hält den rechtlichen Rahmen einer Lebensordnung (BVerfGE 6, 55 [72]) bereit, in der Mann und Frau sich in der Lebensgemeinschaft der Ehe finden und die sie zur Familiengemeinschaft weiterentwickeln können.“¹⁸⁹

Das Sondervotum sieht damit zunächst die Eingehung einer Ehe als Voraussetzung zur Familiengründung an („weiterentwickeln“). Weiter – und das scheint zentral – begründet Haas den besonderen *verfassungsrechtlichen* Schutz der *Ehe* mit der in ihr „potenziell angelegten Elternschaft“:

„Wegen dieser in der Ehe potenziell angelegten Elternschaft, die der Gemeinschaft von Eltern und Kind Stabilität verheißt, hat der Verfassungsgeber Ehe und Familie dem Schutz der Verfassung unterstellt.“¹⁹⁰

„Um der Bedeutung der Ehe für Familie und Gesellschaft willen enthält Art. 6 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als wertentscheidende Grundsatznorm überdies auch noch ein an den Staat gerichtetes Fördergebot (BVerfGE 6, 55 [76]; stRspr) [...]“¹⁹¹

Das Sondervotum konzipiert die verschiedengeschlechtliche Ehe folglich vornehmlich als Reproduktionsgemeinschaft. Die Ehe wiederum stehe gerade deshalb, also aufgrund ihrer *Reproduktionsfunktion*, unter verfassungsrechtlichem Schutz. Daraus wiederum leitet das abweichende Votum ab, habe der Staat Ehe und Familie zu fördern. Als Begründung für diese verfassungsrechtliche Auffassung wird angeführt, die ehebasierte Familie habe eine Bedeutung für die „Gesellschaft“. Expliziert wird dieser Gedanke in folgender Passage:

„[D]er Lebenspartnerschaft [fehlen] die Ehe prägenden, ihre Exklusivität auf die Verbindung von Mann und Frau beschränkenden und ihre besondere Förderung rechtfertigenden Elemente [...]. Denn sie ist nicht auf ein eigenes Kind hin angelegt, führt nicht zu Elternverantwortlichkeit und erbringt dadurch keinen Beitrag für die Zukunftsfähigkeit von Staat und Gesellschaft.“¹⁹²

Das abweichende Votum begründet damit den verfassungsrechtlichen Schutz der *Ehe* explizit mit dem „Beitrag für die Zukunftsfähigkeit von Staat und Gesellschaft“. Das Sondervotum plädiert damit für ein – verfassungsrechtlich vorgegebenes und im Eheschutz (Art. 6 Abs. 1 GG) verankertes – Leitbild der Ehe, in der sich verschiedengeschlechtliche Menschen *im Interesse von „Staat und Gesellschaft“* fortpflanzen (sollen). Dabei dient die *Reproduktionsfunktion*

¹⁸⁸ So umschrieb die Senatsmehrheit die Rechtsauffassung der Richterin Evelyn Haas: BVerfG, Urteil vom 17. Juli 2002 – 1 BvF 1/01 –, juris Rn. 98.

¹⁸⁹ BVerfG, Urteil vom 17. Juli 2002 – 1 BvF 1/01 –, juris Rn. 135 – abw. Meinung Haas.

¹⁹⁰ BVerfG, Urteil vom 17. Juli 2002 – 1 BvF 1/01 –, juris Rn. 135 – abw. Meinung Haas.

¹⁹¹ BVerfG, Urteil vom 17. Juli 2002 – 1 BvF 1/01 –, juris Rn. 135 – abw. Meinung Haas.

¹⁹² BVerfG, Urteil vom 17. Juli 2002 – 1 BvF 1/01 –, juris Rn. 139 – abw. Meinung Haas.

der Ehe als Differenzierungskriterium, um gleichgeschlechtliche Paare vom verfassungsrechtlichen Ehebegriff auszuschließen, denn gleichgeschlechtliche Paarbeziehungen erbrächten „keinen Beitrag für die Zukunftsfähigkeit von Staat und Gesellschaft“.

b) Würdigung

Dem Ergebnis der *Entscheidung zum Lebenspartnerschaftsgesetz* (2002) ist zuzustimmen. Die Begründung allerdings ist folgender Kritik ausgesetzt: Die Entscheidungsbegründung der Senatsmehrheit und das Sondervotum ähneln sich darin, dass sie das (vermeintliche) *Reproduktionspotential* als *Differenzierungskriterium* von Ehe und gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaft heranziehen. Senatsmehrheit und abweichendes Votum legen ihren Entscheidungsbegründungen die Annahme zugrunde, nur aus der Ehe („als Beziehung zwischen Frau und Mann“) könnten Kinder hervorgehen. Sie haben damit ausschließlich *genetisch* zu gleichen Teilen von den Eltern abstammende Kinder vor Augen. Auf diese Weise wird gleichgeschlechtlichen Personen noch nicht zugestanden, eine Familie mit „gemeinsamen Kindern“ (Senatsmehrheit, Rn. 109) bzw. mit „eigenen“ Kindern (Sondervotum von *Haas*, Rn. 139) gründen zu können.¹⁹³ Vielmehr wird die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft erneut noch als von vornherein nicht-reproduktive Gemeinschaft verstanden.¹⁹⁴ Zentral für diese Arbeit scheint, dass Senatsmehrheit und abweichendes Votum damit Anfang der 2000er-Jahre einen etwaigen *Wunsch* von gleichgeschlechtlichen Personen, *sich fortzupflanzen*, noch gänzlich ausblenden. Eine grundrechtlich verbrieft reproduktive Freiheit von gleichgeschlechtlichen Personen (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG oder Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) scheint noch außerhalb des Vorstellbaren.

¹⁹³ So bereits *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, 194 f.: „Dadurch wird deutlich, dass die Ehe, unabhängig von einem individuellen Kinderwunsch oder überhaupt der körperlichen Fähigkeit (gemeinsam) Kinder zu bekommen, nach wie vor im Kern als Reproduktionsgemeinschaft verstanden wird, anderen Lebensgemeinschaften dieses Potenzial dagegen abgesprochen wird.“

¹⁹⁴ Das könnte das Gericht auch meinen, wenn es schreibt, dass die gleichgeschlechtliche Partnerschaft keine „Geschlechtsgemeinschaft“ voraussetze, vgl. BVerfG, Urteil vom 17. Juli 2002 – 1 BvF 1/01 –, juris Rn. 10: „Die Lebenspartner sind einander zu Fürsorge und Unterstützung sowie zur gemeinsamen Lebensgestaltung verpflichtet. Sie tragen füreinander Verantwortung (Art. 1 § 2). Eine Geschlechtsgemeinschaft setzt das Gesetz [gemeint: Lebenspartnerschaftsgesetz, LK] nicht voraus.“ Es bleibt jedoch unklar, ob mit dem Terminus „Geschlechtsgemeinschaft“ nur die sexuelle Beziehung gemeint ist oder (auch) Reproduktion umfasst sein soll. Siehe zur analytischen Unschärfe des Begriffs der „geschlechtlichen Beziehungen“ auch die Analyse der Entscheidung zum Geschwisterbeischlafverbot (2008).

aa) Senatsmehrheit

Senatsmehrheit und abweichendes Votum unterscheiden sich jedoch nicht nur im Ergebnis, sondern auch in der Begründung in einem wesentlichen Punkt: Die Senatsmehrheit sieht in der – verschiedengeschlechtlichen – Ehe zwar implizit eine „potentielle“ Fortpflanzungsgemeinschaft, begründet mit diesem Reproduktionspotential jedoch zu Recht nicht den *verfassungsrechtlichen* Schutz der *Ehe* (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG).

bb) Abweichendes Votum

Anders das abweichende Votum der Richterin *Evelyn Haas*: Nach ihrer Auffassung sei die Reproduktionsfunktion der Ehe *der* tragende Grund für deren verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG). *Haas* plädiert für ein – von der Verfassung vorgegebenes und im Eheschutz (Art. 6 Abs. 1 GG) verankertes – Leitbild der Ehe, in der verschiedengeschlechtliche Menschen durch ihr *Fortpflanzen* einen „Beitrag für die Zukunftsfähigkeit von Staat und Gesellschaft“ leisten. Diese Auffassung begegnet mehreren Bedenken.

Erstens liegen der *Verfassungsinterpretation* damit explizit biopolitische Erwägungen zugrunde. Bezugspunkt reproduktiver Entscheidungen ist danach nicht das Individuum, sondern das vage bezeichnete Kollektiv „Staat und Gesellschaft“. Die Auffassung wird in den Bevölkerungswissenschaften als pronatalistische Position bezeichnet. Das Sondervotum, und das ist mein zentraler Kritikpunkt, leitet diese pronatalistische Auffassung aus der Verfassung (Art. 6 Abs. 1 GG) selbst ab: Die Verfassung schütze die Ehe, *weil* sie Kinder hervorbringe und *damit* dem „Staat und der Gesellschaft“ diene. Es ist bereits zweifelhaft, ob diese Auffassung dem entstehungsgeschichtlichen Kontext von Art. 6 Abs. 1 GG entspricht. Belegt ist nämlich, dass unterschiedliche Vorschläge des heutigen Art. 6 Abs. 1 GG diskutiert wurden und sich die sprachliche Fassung, die vorsah die Ehe „und die aus ihr wachsende Familie“ zu schützen, gerade nicht durchsetzen konnte.¹⁹⁵ Als Grund führte der Abgeordnete Heuß (FDP) an, dass die kinderlose Ehe nicht als eine „Ehe minderen Rechtes“ angesehen werden sollte.¹⁹⁶ Der verfassungsrechtliche Familienbegriff sollte außerdem bereits damals auch Eltern mit ihren Adoptivkindern erfassen.¹⁹⁷ Zudem gab es bereits im Nachkriegsdeutschland aufgrund des kriegsbedingten „Frauenüberschusses“ alleinerziehende und weitere nicht ehe-

¹⁹⁵ v. Doemming/Füsslein/Matz, JöR n. F. Bd. 1 (1951), 94 f.

¹⁹⁶ v. Doemming/Füsslein/Matz, JöR n. F. Bd. 1 (1951), 95; ebenso *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 11.

¹⁹⁷ v. Doemming/Füsslein/Matz, JöR n. F. Bd. 1 (1951), 95.

basierte Familienmodelle, die insbesondere mit Blick auf die verfassungsrechtliche Stellung des „unehelichen Kindes“ kontrovers diskutiert wurden.¹⁹⁸ Die Auffassung von *Haas* ist jedenfalls aus individualfreiheitsrechtlicher Perspektive mit Blick auf die *grund- und menschenrechtliche* Gewährleistung reproduktiver Entscheidungsfreiheit, ob, wann, mit wem und wie viele Kinder Menschen zeugen wollen oder nicht, äußerst problematisch. Die Auffassung ist zudem spätestens aus heutiger Sicht *realitätsverzerrend* (Kapitel 1, II.). Denn diese Position blendet jegliche weitere Lebens- und Familienformen aus (kinderlose Ehen, unverheiratete Eltern mit Kindern, jegliche andere Familienstrukturen mit Adoptionskindern, Stiefkindern, vgl. Kapitel 1, II.) und wertet sie argumentativ ab.

Zweitens bemüht sich das Sondervotum anhand genau dieser biopolitischen Interpretation des Art. 6 Abs. 1 GG, eine – vermeintlich – *unüberbrückbare Differenz* zwischen der nach dieser Vorstellung auf Reproduktion angelegten verschiedengeschlechtlichen Ehe und der gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft aufzuzeigen. Das Sondervotum verweigert nicht nur eine Gleichbehandlung, es konstruiert gar erst eine Diskriminierung. Das Sondervotum versteht gleichgeschlechtliche Paare nicht nur *per se* als „nicht reproduktive“ Gemeinschaft. Die Entscheidungsbegründung von *Haas* behauptet pauschal, gleichgeschlechtliche Paare könnten keine Elternverantwortung übernehmen und erbrächten aus diesem Grund keinen Beitrag für die Zukunftsfähigkeit von Staat und Gesellschaft. Die *vermeintliche* Verschiedenheit zwischen gleich- und verschiedengeschlechtlichen Paaren kann nur mit biologistischen Hintergrundannahmen überhaupt begründet werden. Unter einem „eigenen“ Kind wird sich ausschließlich ein genetisch zu gleichen Teilen von den Eltern abstammendes Kind vorgestellt. Die Position ist nicht nur angreifbar, weil die Begründung auf falschen Annahmen beruht.

Die Position begegnet aus diesem Grund *drittens* ernsthaften *gleichheitsrechtlichen* Bedenken (Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG). Wenn die Verfassung die Ehe schütze, weil sie Kinder hervorbringe und damit der Gesellschaft diene, so wird von verschiedengeschlechtlichen Personen Reproduktion *erwartet*, sie *sollen* sich fortpflanzen. Mit dieser Erwartung sind empirisch betrachtet vor allem Frauen konfrontiert (Kapitel 1, II.). Eine solche Lesart von Art. 6 Abs. 1 GG steht damit jedenfalls in Konflikt zu Art. 3 Abs. 2 GG, wonach tradierte Geschlechterrollen im Kontext der Reproduktion nicht verfestigt werden

¹⁹⁸ v. *Doemming/Füsslein/Matz*, JöR n. F. Bd. 1 (1951), 95–99, insb. 96 f. Die Abg. Nadig (SPD) etwa plädierte dafür, dass der Frauenüberschuss zu neuen Formen der Lebensgemeinschaft führen müsste (96), die SPD konnte sich allerdings mit ihren Anträgen nicht durchsetzen. Siehe dazu auch *Seiler* in: Bonner Kommentar, GG, 168. EL Juli 2014, Art. 6 Abs. 1 Rn. 51, aber mit anderer Schlussfolgerung.

dürfen.¹⁹⁹ Gerade umgekehrt ist die Erwartung an gleichgeschlechtliche Personen. Sie erfahren im Lichte der Verfassungsinterpretation eine deutliche Abwertung, wenn es heißt, sie könnten keine „Elternverantwortlichkeit“ übernehmen und erbrächten „keinen Beitrag für die Zukunftsfähigkeit von Staat und Gesellschaft“. Die Familiengründung von gleichgeschlechtlichen Personen scheint dem Sondervotum nicht nur *nicht vorstellbar*, sondern homosexuelle Paare werden argumentativ gar als für den Staat weniger wertvoll, letztlich damit als für die Gesellschaft von geringerem Wert, gezeichnet. Begreift man Diskriminierung, wie Mangold es vorschlägt, als „Verweigerung der Gleichbehandlung wegen der tatsächlichen oder vermeintlichen Zugehörigkeit zu einer kategorial bestimmten Personengruppe“²⁰⁰, dann lässt diese Position jedenfalls bei ihrer Argumentation das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG) außer Betracht.

Zusammengefasst: Die im Sondervotum zu Tage tretende – verfassungsrechtlich im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 GG begründete – Auf- und Abwertung von verschieden- und gleichgeschlechtlichen Lebensmodellen sind gerade mit Blick auf die vom *Grundgesetz* garantierte Entfaltungsfreiheit von Individuen (insb. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und besonders mit Blick auf diskriminierungsrechtlichen Schutz (Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG) problematisch. Die Betonung des staatlichen bzw. gesellschaftlichen Interesses an der Reproduktion droht *individuelle* reproduktive Entscheidungsfreiheiten für und gegen Kinder zu verschatten. Das starke Leitbild der ehebasierten Familie – verbunden mit dem Bezugspunkt Kollektiv „Staat und Gesellschaft“ – bestimmt das Handeln von Individuen auf diese Weise vor, statt Menschen grundrechtlich verbrieft Freiheitsräume zu gewähren. Eine Verfassungsinterpretation, die die Ehe im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG als (alleinige) *Reproduktionsgemeinschaft* versteht, wird spätestens heute den vielfältigen Lebensrealitäten, in denen Menschen unabhängig von ihrer sexuellen Orientierung, ihrer Geschlechtsidentität oder ihres Familienstandes Kinderwünsche haben oder nicht haben, nicht mehr gerecht. Die Position verkennt auf diese Weise auch den individualrechtlichen Ausgangspunkt reproduktiver Freiheiten (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG oder Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG).

¹⁹⁹ Bereits BVerfG, Urteil vom 28. Januar 1992 – 1 BvR 1025/82 –, juris Rn. 53 m. w. N.; siehe auch BVerfG, Urteil vom 7. Juli 1992 – 1 BvL 51/86 –, juris Rn. 139; BVerfG, Beschluss vom 24. Januar 1995 – 1 BvL 18/93 –, juris Rn. 76; BVerfG, Beschluss vom 25. Oktober 2005 – 2 BvR 524/01 –, juris Rn. 42; Baer/Markard in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 370 f. Siehe auch Büchler, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 8, die darauf hinweist, dass gesellschaftliche Normalitätsvorstellungen im Kontext der Reproduktion von einiger Bedeutung sind.

²⁰⁰ Mangold, *Demokratische Inklusion durch Recht*, 2021, 5 f.

8. Entscheidung zur Kostentragung der assistierten Reproduktion (2007)

Personen entscheiden sich nicht nur, *ob* und *mit wem* sie Kinder zeugen wollen, sondern unter Umständen auch, *auf welche Weise* sie Kinder wollen, etwa mithilfe eines reproduktionsmedizinischen Verfahrens. Grundlegend muss zwischen einfachgesetzlich erlaubten und derzeit einfachgesetzlich verbotenen Verfahren der Reproduktionsmedizin unterschieden werden. Während es inzwischen eine Bandbreite an hierzulande möglichen Verfahren gibt (Kapitel 1, II.), ist jede Form der Eizelltransplantation gespendeter Eizellen (sog. Eizellspende), auch die sog. reziproke Befruchtung durch Eizellspende einer lesbischen Partnerin (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG), wie auch jede Variante der sog. „Leihmutterschaft“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG; siehe auch §§ 13a, b, c, d AdVerMiG), in Deutschland einfachgesetzlich verboten.²⁰¹ Ob diese hierzulande geltenden Verbote mit dem Grundgesetz vereinbar sind, war bisher noch nicht Gegenstand der Bundesverfassungsgerichtsrechtsprechung. Diese Fragen bleiben deshalb an dieser Stelle außen vor (siehe dazu Kapitel 4, III. und VII., Kapitel 6, IV. 3.). Das Bundesverfassungsgericht hatte sich jedoch mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die sozialrechtliche Kostentragung für die assistierte Insemination mit dem Grundgesetz vereinbar ist (2007, Nichtannahmebeschluss 2009). Die Vorschrift des § 27a SGB V sieht vor, dass jedenfalls 50 Prozent der Behandlungskosten für eine assistierte Insemination durch die gesetzliche Krankenversicherung übernommen werden, und zwar (neben weiteren Voraussetzungen, wie etwa Alter und Anzahl der Behandlungsversuche) ausschließlich für verheiratete Personen, bei denen Ei- und Samenzellen der Eheleute verwendet werden (sog. homologe Samenspende). Gegenstand des Verfahrens im Jahr 2007 war (nur) die Frage, ob der Ausschluss verschiedengeschlechtlicher, nicht verheirateter Paare mit dem Grundgesetz vereinbar ist

²⁰¹ Es gibt inzwischen eine Vielzahl an möglichen und hierzulande erlaubten medizinischen Methoden, etwa Medikamente zur Hormonkorrektur bei Frauen (etwa der Schilddrüse), eine hormonelle Stimulation der Eierstöcke, ein Konservieren/Einfrieren von Eizellen beziehungsweise Samenzellen aus medizinischen Gründen (etwa im Rahmen einer Krebsbehandlung) bzw. aus nicht medizinischen Gründen (sog. *Social Freezing*), eine sog. Samenspende eines Dritten, die privat mithilfe der sog. Bechermethode oder ärztlich assistiert von einer offiziellen Samenspenderbank erfolgen kann, eine Insemination (Sperma wird direkt in die Gebärmutter eingeführt), eine intrazytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI: mithilfe einer hauchdünnen Spritze wird ein einzelnes Spermium in eine Eizelle eingeführt, danach wird die befruchtete Eizelle der Frau eingesetzt) oder eine In-Vitro-Fertilisation (Zusammenbringen von Eizelle und Sperma außerhalb des Körpers in einer Petrischale, wobei das Eindringen des Spermiums in die Eizelle dem Zufall überlassen wird, danach wird die befruchtete Eizelle der Frau eingesetzt).

(§ 27 a Abs. 1 Nr. 3 SGB V).²⁰² Im Jahr 2009 nahm das Gericht eine Verfassungsbeschwerde gegen die Begrenzung der Kostentragung auf 50 Prozent der Behandlungskosten nicht an.²⁰³

a) Inhalt

Das Bundesverfassungsgericht hielt in seiner *Entscheidung zur Kostentragung der assistierten Reproduktion* (2007) die Begrenzung auf Ehepaare für verfassungsgemäß (§ 27 a Abs. 1 Nr. 3 SGB V). Im Zentrum der verfassungsrechtlichen Beurteilung stand die Frage, ob der Gesetzgeber die sozialrechtlichen Leistungen für eine sog. künstliche Befruchtung auf Ehepaare beschränken darf.²⁰⁴ Das vorliegende Sozialgericht Leipzig hatte über die Kostengewährung eines nicht verheirateten Paares zu entscheiden und rügte im Wege einer konkreten Normenkontrolle, dass die Begrenzung auf Ehepaare gegen Art. 6 Abs. 1 und Abs. 5 GG, Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 GG, Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 GG verstoße.²⁰⁵ Mit Blick auf einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG argumentiert der Vorlagebeschluss wie folgt:

„Die Kostenübernahme der künstlichen Befruchtung durch die gesetzlichen Krankenkassen, die ausschließlich Ehepaaren vorbehalten bleibt, verknüpft [...] in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise Krankheitsbehandlung (Beseitigung der Sterilität) mit demographischen und gesellschaftspolitisch gewünschten Erwartungen (Behebung der Kinderlosigkeit und Hebung der Geburtenrate). Durch die gesetzgeberische Beschränkung auf Ehepaare wird ein gewünschtes gesellschaftliches Modell, Befriedigung des Kinderwunsches nur von Verheirateten, durchgesetzt.“²⁰⁶

Weiter führt das vorliegende Gericht aus, dass Art. 6 Abs. 1 GG nicht nur die Ehe, sondern gerade auch die Familie schütze und der Staat auch diese zu fördern habe.²⁰⁷ Die Begrenzung auf Ehepaare sei jedoch für eine Familienförderung gerade ungeeignet:

²⁰² BVerfG, Urteil vom 28. Februar 2007 – 1 BvL 5/03.

²⁰³ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 27. Februar 2009 – 1 BvR 2982/07.

²⁰⁴ BVerfG, Urteil vom 28. Februar 2007 – 1 BvL 5/03 –, juris Rn. 27. Gerügt wurde sowohl der Ehegattenvorbehalt (Nr. 3) also auch die Beschränkung auf die homologe Insemination (Nr. 4). Das BVerfG begrenzte jedoch die Vorlagefragen auf § 27a SGB V Nr. 3, da die verfassungsrechtliche Beurteilung der homologen Insemination nicht entscheidungserheblich für die Ausgangsverfahren war.

²⁰⁵ SG Leipzig 8. Kammer, 28. März 2003, S 8 KR 87/02, Vorlagebeschluss–, juris Rn. 45–97.

²⁰⁶ SG Leipzig 8. Kammer, 28. März 2003, S 8 KR 87/02, Vorlagebeschluss–, juris Rn. 57.

²⁰⁷ SG Leipzig 8. Kammer, 28. März 2003, S 8 KR 87/02, Vorlagebeschluss–, juris Rn. 58 f.

„Vielmehr kann eine künstliche Befruchtung das Entstehen einer Familie in gleicher Weise bei Unverheirateten wie bei Verheirateten herbeiführen, ohne dass es zu diesem Zweck einer vorherigen Eheschließung bedarf.“²⁰⁸

Mit Blick auf einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG führt das Sozialgericht Leipzig aus, dass eine Unterscheidung danach, ob die Personen, die Maßnahmen nach § 27 a SGB V in Anspruch nehmen, miteinander verheiratet sind, dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung wesensfremd sei.²⁰⁹ Bei einer reproduktionsmedizinischen Behandlung handele es sich um die „Behebung einer Krankheit bei Sterilität“.²¹⁰

Zudem stelle die Norm einen Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) dar:

„Die Abgrenzung danach, ob die Leistungsempfänger verheiratet sind oder nicht, ist – wie mehrfach aufgezeigt – sachwidrig. Gleichzeitig wird bei einer Gesamtbetrachtung der soziale Schutz einer ins Gewicht fallenden Gruppe, d.h. der in nicht-ehelicher Lebensgemeinschaft befindlichen Personen mit Kinderwunsch, vernachlässigt, ohne dass es hierfür einen rechtfertigenden Grund gibt. Wenn aber der Kinderwunsch unverheirateter Paare ebenso legitim ist wie der Kinderwunsch verheirateter Paare, widerspricht es dem Recht auf individuelle Selbstbestimmung, bei fehlender Verwirklichung auf natürlichem Wege die künstliche Befruchtung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung allein verheirateten Paaren vorzubehalten.“²¹¹

Daneben, so die Auffassung des vorlegenden Gerichts, widerspreche es dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG), die Erfüllung des Kinderwunsches an den Bestand einer Ehe zu knüpfen.²¹²

Das Bundesverfassungsgericht ist dieser Argumentation des Vorlagebeschlusses nicht gefolgt. Das Bundesverfassungsgericht befindet stattdessen in dieser Entscheidung, dass die Ungleichbehandlung von verschiedengeschlechtlichen *verheirateten* Paaren mit verschiedengeschlechtlichen *nicht verheirateten* Paaren zwar gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verstoße, und stellt zudem am Ende der Entscheidungsbegründung beiläufig fest, dass der Gesetzgeber grundsätzlich verpflichtet ist,

²⁰⁸ SG Leipzig 8. Kammer, 28. März 2003, S 8 KR 87/02, Vorlagebeschluss–, juris Rn. 60.

²⁰⁹ SG Leipzig 8. Kammer, 28. März 2003, S 8 KR 87/02, Vorlagebeschluss–, juris Rn. 79.

²¹⁰ SG Leipzig 8. Kammer, 28. März 2003, S 8 KR 87/02, Vorlagebeschluss–, juris Rn. 74.

²¹¹ SG Leipzig 8. Kammer, 28. März 2003, S 8 KR 87/02, Vorlagebeschluss–, juris Rn. 90.

²¹² SG Leipzig 8. Kammer, 28. März 2003, S 8 KR 87/02, Vorlagebeschluss–, juris Rn. 88.

„die unterschiedlichen Formen der Familie im Sinne von Art. 6 Abs. 1 GG im Verhältnis zueinander verfassungsrechtlich als gleichwertig anzusehen.“²¹³

Das Bundesverfassungsgericht sieht die Ungleichbehandlung allerdings mit folgender Argumentation als gerechtfertigt an und hält damit die Vorschrift für verfassungsgemäß:

„Es liegt im Einschätzungsermessen des Gesetzgebers, dass er die eheliche Partnerschaft als besonders geeignet ansieht, die mit den [...] medizinischen Maßnahmen verbundenen Belastungen und Risiken gemeinsam zu bewältigen.“²¹⁴

Die sich in der Kostenerstattung niederschlagende Privilegierung der Ehe ist nach dieser Begründung also nicht aus der Verfassung selbst abzuleiten. Die Beurteilung liegt vielmehr im Ermessen des Gesetzgebers. Weiter heißt es dann in der Entscheidungsbegründung, dass die in Ausformung der besonderen Schutzgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG in der Ehe einfachgesetzlich begründete Pflicht, füreinander Verantwortung zu tragen (§ 1353 Abs. 1 BGB), „wechselseitigen Beistand in Zeiten der Bedrängnis [...] und insbesondere in Zeiten der besonderen körperlichen und seelischen Belastung [beinhaltet].“²¹⁵ Das Gericht begründet diese Privilegierung der Ehe dann erstens damit, dass die Ehe „stabiler“ sei als die nichteheliche Lebensgemeinschaft:

„In der nichtehelichen Lebensgemeinschaft kann diese Verantwortung nur freiwillig wahrgenommen werden. Die Ehe ist nach wie vor die rechtlich verfasste Paarbeziehung von Mann und Frau, in der die gegenseitige Solidarität nicht nur faktisch gelebt wird, solange es gefällt, sondern rechtlich eingefordert werden kann (Schwab, FamRZ 2007, S. 1 [3]). Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass die Ehe auch in einer solchen Situation, in der sich Paare ihren Kinderwunsch im Wege der künstlichen Befruchtung erfüllen wollen, die Grundlage für eine erhöhte Belastbarkeit der Partnerschaft darstellt. Die hohe Belastung ergibt sich [...] daraus, dass oft mehrere, beide Partner physisch und psychisch fordernde Versuche notwendig sind, diese Versuche zudem nicht selten erfolglos bleiben, und die künstliche Befruchtung nur in 18 von 100 Behandlungen zur Geburt eines Kindes führt. Die Versuche können mit gesundheitlichen Risiken verbunden sein. [...] Hinzu kommt im Falle der hier in Frage stehenden ICSI-Methode das erhöhte Risiko einer Fehlbildung des Kindes (siehe oben unter A I 2).“²¹⁶

Neben dem *Stabilitätsargument* von ehelichen Partnerschaften rechtfertigt das Bundesverfassungsgericht zweitens die Ungleichbehandlung zwischen verheirateten Paaren und nicht verheirateten Paaren mit dem *Kindeswohl*:

„Der Gesetzgeber durfte auch in typisierender Betrachtung die Ehe wegen ihres besonderen rechtlichen Rahmens als eine Lebensbasis für ein Kind ansehen, die den Kindeswohlbelangen mehr Rechnung trägt als eine nichteheliche Partnerschaft, und deshalb den Ehegattenvorbehalt in § 27 a Abs. 1 Nr. 3 SGB V vorsehen. So ist die Ehe nach § 1353 Abs. 1 BGB

²¹³ BVerfG, Urteil vom 28. Februar 2007 – 1 BvL 5/03 –, juris Rn. 39.

²¹⁴ BVerfG, Urteil vom 28. Februar 2007 – 1 BvL 5/03 –, juris Rn. 37.

²¹⁵ BVerfG, Urteil vom 28. Februar 2007 – 1 BvL 5/03 –, juris Rn. 37.

²¹⁶ BVerfG, Urteil vom 28. Februar 2007 – 1 BvL 5/03 –, juris Rn. 37.

auf Lebenszeit angelegt und nur unter den Voraussetzungen der Aufhebung (§§ 1313 ff. BGB) oder Scheidung (§§ 1564 ff. BGB) wieder auflösbar, während nichteheliche Partnerschaften jederzeit beendet werden können, auch wenn diese sich im konkreten Fall als eine feste Bindung erweisen. Die ehelichen Bindungen bieten einem Kind grundsätzlich mehr rechtliche Sicherheit, von beiden Elternteilen betreut zu werden. Auch sind Ehegatten einander nach § 1360 BGB gesetzlich verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie zu unterhalten. Dieser Unterhalt ist mit auf die Bedürfnisse der gemeinsamen Kinder ausgerichtet, begünstigt auch sie und bestimmt maßgeblich ihre wirtschaftliche und soziale Situation (vgl. BVerfGE 103, 89 [109 f.]; 107, 205 [217]). Eine solche Verpflichtung besteht bei Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht. Hier beschränkt sich die Pflicht zur Unterhaltszahlung auf den Betreuungsunterhalt nach § 1615 I BGB, den derjenige Elternteil für begrenzte Zeit beanspruchen kann, der das Kind alleine betreut. Zudem wird die wirtschaftliche und soziale Situation eines ehelichen Kindes – worauf auch die Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht in ihrer Stellungnahme hingewiesen hat – durch die für die Ehe geltenden besonderen güter-, versorgungs- und erbrechtlichen Regelungen gestärkt.²¹⁷

Im Ergebnis betrachtet das Bundesverfassungsgericht damit die gesetzgeberische Wertung der – zum Zeitpunkt der Entscheidung nur verschiedengeschlechtlichen Paaren offenstehenden – Ehe als vorzugswürdige „Lebensbasis für Kinder“ als mit dem Grundgesetz vereinbar.

In einem zweiten Schritt maß das Bundesverfassungsgericht die Vorschrift des § 27a Abs. 1 Nr. 3 SGB V an Art. 6 Abs. 1 GG. Hierzu führt das Gericht aus:

„Art. 6 Abs. 1 GG ist nicht berührt, weil ihm – auch in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip – keine verfassungsrechtliche Verpflichtung des Gesetzgebers entnommen werden kann, die Entstehung einer Familie durch medizinische Maßnahmen der künstlichen Befruchtung mit den Mitteln der gesetzlichen Krankenversicherung zu fördern. Eine derartige Förderung liegt in seinem Ermessen (a. A. Sodan, Künstliche Befruchtung und gesetzliche Krankenversicherung, 2006, S. 66 ff.). Es wäre dem Gesetzgeber allerdings verfassungsrechtlich nicht verwehrt, die Leistungen nach § 27 a SGB V auszuweiten und insbesondere – wie dies in einigen anderen europäischen Ländern der Fall ist – auch nichtehelichen Partnern den Weg einer Finanzierung der künstlichen Befruchtung durch die gesetzliche Krankenversicherung zu öffnen. Verfassungsrechtlich dazu verpflichtet ist er nicht.“²¹⁸

Art. 6 Abs. 1 GG gewährt somit keinen verfassungsrechtlichen *Anspruch* auf Kostentragung medizinischer Maßnahmen der assistierten Reproduktion. Das meint: Der Gesetzgeber kann, muss aber nicht die Kostenregelung für weitere Menschen öffnen. Insbesondere könne der Gesetzgeber eine Öffnung für verschiedengeschlechtliche nichteheliche Paare erwägen.

Den Schutzbereich weiterer gerügter Grundrechtsverstöße sieht das Gericht nicht als eröffnet an, weil hiervon „noch nicht gezeugte“ Kinder nicht umfasst seien:

²¹⁷ BVerfG, Urteil vom 28. Februar 2007 – 1 BvL 5/03 –, juris Rn. 38.

²¹⁸ BVerfG, Urteil vom 28. Februar 2007 – 1 BvL 5/03 –, juris Rn. 40.

„Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 6 Abs. 5 GG sind schon deshalb nicht verfassungsrechtlicher Maßstab für die hier zur Prüfung gestellte Vorschrift, weil ihr Schutzauftrag nicht Kinder erfasst, die noch nicht gezeugt sind.“²¹⁹

b) Würdigung

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts betont in *seiner Entscheidung zur Kostentragung der assistierten Reproduktion* (2007) den politischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Bereich der sozialrechtlichen Familiengründungsförderung. Der für verfassungsgemäß befundene Ehevorbehalt nach § 27a Abs. 1 Nr. 3 SGB V stellt – nach wie vor – eine Ungleichbehandlung von verheirateten mit nicht verheirateten Paaren dar. Das Bundesverfassungsgericht sah jedoch die Ungleichbehandlung als gerechtfertigt an. Nach der Entscheidungsbegründung durfte der Gesetzgeber danach eheliche Partnerschaften als „stabiler“ und „belastbarer“ als nichteheliche Partnerschaften ansehen. Ob diese Argumentation des Gesetzgebers angesichts der Scheidungsrate von Paaren mit Kindern und der zunehmenden Anzahl faktisch gelebter nicht verheirateter Elternschaftsmodelle überzeugt, kann in Frage gestellt werden. Problematisch erscheinen jedenfalls die Ausführungen des Gerichts, dass der Gesetzgeber „in typisierender Betrachtung“ begründen durfte, dass eheliche Partnerschaften dem *Kindeswohl* besser Rechnung tragen als nichteheliche Partnerschaften. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht zur Begründung die *rechtliche* Absicherung der Kinder heranzieht, offenbart diese Argumentation die Hintergrundannahme, eine „gute“ Elternschaft sei an den Status der Ehe der Eltern gekoppelt. Wenig nachvollziehbar scheinen die Sorgen des Gesetzgebers um das Wohl *nichtehelicher Kinder*, insbesondere um deren „wirtschaftliche und soziale Situation“, die der Zweite Senat in dieser Entscheidung im Jahr 2007 billigte. Die neuere Rechtsprechungsentwicklung tritt etwaigen Bedenken, die sich gegen das Aufwachsen von Kindern in nichtehelichen Familien richten, entschieden entgegen: der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts erteilte im Jahr 2019 dem *Stabilitätsargument als Differenzierungskriterium* zwischen ehelichen und nichtehelichen Partnerschaften eine deutliche Absage; wiewohl sich die beiden Verfahren in dem Punkt unterscheiden, dass bei der Stiefkindadoption bereits Kinder existieren, deren Grundrechte zu berücksichtigen sind, dagegen bei der finanziellen Förderung für eine Kinderwunschbehandlung gerade noch kein Kind existiert. Die Entscheidung zur Stiefkindadoption (2019) ist dennoch bedeutsam, denn so wird in der Entscheidung darauf hingewiesen, dass die „tatsächliche Bedeutung der nichtehelichen Familie als weitere Familienform neben der ehelichen Familie erheblich zugenommen“²²⁰ hat und „zweifelloso auch nichteheliche Stiefkindfamilien [...], in denen die Beziehung der Eltern langfristig angelegt und tatsächlich stabil

²¹⁹ BVerfG, Urteil vom 28. Februar 2007 – 1 BvL 5/03 –, juris Rn. 41.

²²⁰ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 98.

ist“²²¹, existieren. Das Bundesverfassungsgericht setzte aus diesem Grund dem Gesetzgeber im Jahr 2019 bei seiner Typisierungsbefugnis mit Blick auf Stabilitätsabwägungen Grenzen: Die Annahme, eine nichteheliche Familie sei typischerweise instabiler als eine eheliche Partnerschaft, ist demnach gerade nicht mit dem Grundgesetz vereinbar. Zudem distanziert sich der Erste Senat explizit von der „früher für verfassungsgemäß befundenen Beschränkung von Krankenversicherungsleistungen für eine künstliche Befruchtung auf Ehepaare (vgl. BVerfGE 117, 316 ff)“.²²²

9. Nichtannahmebeschluss zur Kostentragung der assistierten Reproduktion (2009)

Kurze Zeit später lag dem Bundesverfassungsgericht erneut eine Verfassungsbeschwerde zur Kostentragung der assistierten Fortpflanzung vor. Gegenstand des Verfahrens war die Frage, ob die Vorschrift des § 27a Abs. 1 Nr. 4 SGB V mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Die Vorschrift sieht eine Begrenzung der Kostenerstattung für Eheleute auf 50 Prozent vor und enthält zudem keine Differenzierung nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der Anspruchsberechtigten. Die vorgesehene Begrenzung der Kostentragung gilt erst seit dem 1. Januar 2004, zuvor wurden die Kosten von den gesetzlichen Krankenkassen vollumfänglich übernommen. Zudem wurde in dem Verfahren (erneut) die Frage aufgeworfen, ob es sich bei einer assistierten Reproduktion um eine „Krankheit“ handelt oder nicht. Läge eine Krankheit vor, stünde Versicherten grundsätzlich ein Anspruch auf Behandlung zu.²²³

a) Inhalt

Die Beschwerdeführenden rügten u. a. eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 2 GG und Art. 20 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 GG) und eine Verletzung des Rechts auf Familiengründung und auf Nachkommenschaft (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie Art. 6 Abs. 1 GG).²²⁴

Die zuständige Zweite Kammer des *Ersten Senats* wies die Beschwerde allerdings mit einem begründeten Nichtannahmebeschluss zurück. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG wird mit folgender Begründung abgelehnt:

²²¹ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 97.

²²² BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 121.

²²³ Das war lange Zeit umstritten. Vgl. dazu etwa *Huster*, NJW 2009, 1713–1716 (1715), der an der Argumentation des BVerfG und des Bundessozialgerichts deutlich Kritik übt und auf die gegenteilige Auffassung der sonstigen höchsten Gerichte verweist.

²²⁴ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 27. Februar 2009 – 1 BvR 2982/07 –, juris Rn. 5 ff.

„Vor allem kann der Begriff der Krankheit, der grundsätzlich die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung auslöst, nicht durch Auslegung dahingehend erweitert werden, dass er auch den Wunsch nach einer erfolgreichen Familienplanung in einer Ehe umfasst. Die künstliche Befruchtung beseitigt keinen regelwidrigen körperlichen Zustand, sondern umgeht ihn mit Hilfe medizinischer Technik, ohne auf dessen Heilung zu zielen.“²²⁵

Das Bundesverfassungsgericht stellt – in Fortführung seiner Argumentation aus dem Jahr 2007²²⁶ – fest, dass es sich bei einer assistierten Reproduktion („künstliche Befruchtung“) um einen eigenständigen Versicherungsfall handle, und zwar um eine Leistung, „die nicht medizinisch für eine Therapie notwendig ist, sondern die Wünsche eines Versicherten für seine individuelle Lebensgestaltung betrifft.“²²⁷ Deshalb dürfe der Gesetzgeber im Rahmen seines Gestaltungsspielraums auch nur eine Teilförderung bei Maßnahmen assistierter Fortpflanzung vornehmen.²²⁸ Anhand dieser Passage wird deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht den Kinderwunsch – im Rahmen der Freiheit, auf welche Weise er verwirklicht wird – als Frage der *individuellen Lebensgestaltung* ansieht.²²⁹

Mit Blick darauf, dass die Vorschrift des § 27a Abs. 1 Nr. 4 SGB V eine Begrenzung auf 50 Prozent vorsieht, ohne nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der Anspruchsberechtigten zu differenzieren, führt das Gericht aus:

„[D]ie tatsächliche Inanspruchnahme dieses Zuschusses [ist] davon abhängig, dass zusätzlich ausreichende Eigenmittel zur Verfügung stehen. Wegen der Kosten von Maßnahmen der künstlichen Befruchtung kann es durchaus vorkommen, dass sozial schwache Personen solche Leistungen nicht (mit-)finanzieren können. Jedoch ist der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit weit. Dem Bundesverfassungsgericht obliegt größte Zurückhaltung, dem Gesetzgeber im Bereich darreichender Verwaltung über den Gleichheitssatz zusätzliche Leistungsverpflichtungen aufzuerlegen (vgl. BVerfGE

²²⁵ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 27. Februar 2009 – 1 BvR 2982/07 –, juris Rn. 10.

²²⁶ BVerfG, Urteil vom 28. Februar 2007 – 1 BvL 5/03 –, juris Rn. 34.

²²⁷ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 27. Februar 2009 – 1 BvR 2982/07 –, juris Rn. 13.

²²⁸ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 27. Februar 2009 – 1 BvR 2982/07 –, juris Rn. 13.

²²⁹ Siehe auch *Huster*, NJW 2009, 1713–1716 (1715): „Erst – und dies lässt auch die zitierte Formulierung des BVerfG vage anklingen – der Kinderwunsch und damit eine Präferenz der „individuellen Lebensgestaltung“ lassen überhaupt ein Problem entstehen, das zudem auch anders als mit reproduktionstechnologischen Maßnahmen – nämlich durch eine Relativierung dieses Wunsches – gelöst werden kann. Angesichts der Dringlichkeit des Kinderwunsches bei vielen Paaren und der „Normalität“ der Familiengründung mag man es immer noch als unglücklich ansehen, dass die derzeitige Rechtslage dazu führen kann, dass sich wirtschaftlich schwächer Gestellte diesen Wunsch nicht erfüllen können. Aber das ist dann ein allgemeines Problem der sozialen Gerechtigkeit, das sich angesichts der genannten Besonderheiten der Unfruchtbarkeit und der künstlichen Befruchtung nicht mehr als ein spezifisches Problem der GKV auffassen lässt.“

60, 16 [42]; 78, 104 [121]), vor allem wenn sie aus den Beiträgen der Gemeinschaft der Versicherten finanziert werden.“²³⁰

Das Gericht sieht damit in der Vorschrift keinen Verstoß gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip.

Die Vorschrift sei zudem auch deshalb verfassungsgemäß, so das Bundesverfassungsgericht erneut, weil dem Grundgesetz keine „Förderpflicht zur Familiengründung“ zu entnehmen sei:

„Die von den Beschwerdeführern unter Berufung auf Art. 6 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG gerügte Verletzung eines Rechts auf Familiengründung und eines Rechts auf Nachkommenschaft liegt nicht vor. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits dargelegt, dass aus der staatlichen Pflicht zum Schutz von Ehe und Familie keine verfassungsrechtliche Verpflichtung des Gesetzgebers entnommen werden kann, die Entstehung einer Familie durch medizinische Maßnahmen der künstlichen Befruchtung mit den Mitteln der gesetzlichen Krankenversicherung zu fördern (vgl. BVerfGE, a. a. O.).“²³¹

b) Würdigung

Während in vorigen Entscheidungen, die reproduktive Belange zum Gegenstand haben, reproduktive Freiheiten oft implizit mitverhandelt worden waren, erwähnt die zweite Kammer des Ersten Senats in dem *Nichtannahmebeschluss zur Begrenzung der Kostentragung der assistierten Reproduktion* (2009) nun erstmals ein von den Beschwerdeführerenden eingebrachtes „Recht auf Familiengründung“ bzw. ein „Recht auf Nachkommenschaft“ *explizit als eigenständiges Grundrecht*, nimmt jedoch dazu nicht weiter Stellung, positioniert sich also nicht selbst zu den von den Beschwerdeführenden eingebrachten Grundrechten. Das Gericht lässt dabei ebenso offen, welche der beiden von den Beschwerdeführenden angeführten Grundrechtswormen (Art. 6 Abs. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) einschlägig sein könnte. Das Gericht konstatiert in der Entscheidung allerdings, dass sich aus Art. 6 Abs. 1 GG (Schutz von Ehe und Familie) jedenfalls keine gesetzgeberische Pflicht zur Förderung der Familienentstehung ableiten lasse. Weiter sieht das Gericht in der Vorschrift, im Ergebnis auch zu Recht, keinen Verstoß gegen den Gleichheitssatz i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip; den Ausführungen lässt sich jedenfalls entnehmen, dass die entscheidende Kammer des Ersten Senats zumindest *argumentativ* bemüht ist, die daraus resultierenden sozialen Ungleichheiten in den Blick zu nehmen.

²³⁰ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 27. Februar 2009 – 1 BvR 2982/07 –, juris Rn. 13.

²³¹ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 27. Februar 2009 – 1 BvR 2982/07 –, juris Rn. 14.

10. Entscheidung zur Hinterbliebenenversorgung (2009)

Kurze Zeit später, ebenfalls im Jahr 2009, beschäftigte sich das Bundesverfassungsgericht erneut mit der Ungleichbehandlung von Lebenspartnerschaften gegenüber Ehen. Nach zwei Nichtannahmebeschlüssen der Ersten Kammer des *Zweiten* Senats des Bundesverfassungsgerichts zur Frage der Ungleichbehandlung von Ehe und Lebenspartnerschaft (2007, 2008)²³² wertete der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung zur Hinterbliebenenversorgung (2009) die Ungleichbehandlung zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft in Bezug auf die betriebliche Hinterbliebenenversorgung als mit dem Grundgesetz unvereinbar.²³³ Unter Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofs verstand das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung erstmals eine Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Orientierung als eine „Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale wie jene des Art. 3 Abs. 3 GG“.²³⁴

a) Inhalt

In der Entscheidung widmet sich das Gericht erneut (auch) der Frage, ob der Ehe – anders als der Lebenspartnerschaft – eine Reproduktionsfunktion zukomme. Der Beschwerdeführer sah in den Regelungen der betrieblichen Hinterbliebenenversorgung, die eine Privilegierung von (verschiedengeschlechtlichen) verheirateten Paaren vorsahen, eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG:

„Die Schlechterstellung [...] im Verhältnis zu – auch kinderlos – verheirateten Versicherten sei nicht dadurch gerechtfertigt, dass Ehen typischerweise auf eigene Kinder angelegt seien. Es sei schon fraglich, ob diese Annahme überhaupt noch zutreffe. Es gebe eine hohe Zahl kinderloser Ehen, und auch Lebenspartnerschaften könnten spätestens nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts und der Einführung der Stiefkindadoption ebenfalls auf eigene Kinder angelegt sein und seien dies auch zunehmend.“²³⁵

„Darauf komme es aber nicht an. Denn die Satzungsbestimmungen der VBL verfolgten erkennbar nicht das Ziel, die Ehe als eine ‚im Normalfall präsumtiv reproduktionsfähige Lebensgemeinschaft‘ zu begünstigen. [...] Zudem würde das dem Satzungsgeber von den angegriffenen Entscheidungen unterstellte Ziel (Förderung von Ehen wegen des Hervorgehens von Kindern aus ihnen) sehr schlecht erreicht durch eine Privilegierung auch der kinderlos gebliebenen Ehen gegenüber unverheirateten Versicherten mit Kindern.“²³⁶

²³² BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 20. September 2007 – 2 BvR 855/06; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 6. Mai 2008 – 2 BvR 1830/06. Siehe dazu *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, 197 ff.

²³³ BVerfG, Beschluss vom 7. Juli 2009 – 1 BvR 1164/07.

²³⁴ BVerfG, Beschluss vom 7. Juli 2009 – 1 BvR 1164/07 –, juris Rn. 87 ff., 92.

²³⁵ BVerfG, Beschluss vom 7. Juli 2009 – 1 BvR 1164/07 –, juris Rn. 57.

²³⁶ BVerfG, Beschluss vom 7. Juli 2009 – 1 BvR 1164/07 –, juris Rn. 58.

Das Bundesverfassungsgericht folgt im Wesentlichen der Argumentation des Beschwerdeführers. Mit Blick auf den Schutz der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) und einer möglichen Familiengründung führt das Gericht aus:

„Die Rechtfertigung der Privilegierung der Ehe, und zwar auch der kinderlosen Ehe, liegt, insbesondere wenn man sie getrennt vom Schutz der Familie betrachtet, in der auf Dauer übernommenen, auch rechtlich verbindlichen Verantwortung für den Partner. In diesem Punkt unterscheiden sich eingetragene Lebenspartnerschaft und Ehe aber nicht. Beide sind auf Dauer angelegt und begründen eine gegenseitige Einstandspflicht.“²³⁷

„Soweit eine Privilegierung der Ehe darauf beruht, dass aus ihr Kinder hervorgehen, ist die verfassungsrechtlich zulässige und geforderte Förderung von Eltern im Übrigen in erster Linie Gegenstand des Grundrechtsschutzes der Familie und als solche nicht auf verheiratete Eltern beschränkt (vgl. BVerfGE 106, 166 [176 ff.]; 112, 50 [67 ff.]; 118, 45 [62 ff.]).“²³⁸

Das Bundesverfassungsgericht skizziert damit zunächst unterschiedliche Modelle der Ausgestaltung von Ehen. Der kinderlosen Ehe komme der verfassungsrechtliche Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG deshalb zu, weil die Ehe eine auf Dauer angelegte, rechtliche *Verantwortungsgemeinschaft* darstelle. Soweit Eheleute Kinder bekommen, sei diese „verfassungsrechtlich zulässige und geforderte Förderung“ Gegenstand des *Familiengrundrechts*.

Das Bundesverfassungsgericht führt dazu weiter aus:

„Ein Grund für die Unterscheidung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft kann nicht mit dem Bundesgerichtshof darin gesehen werden, dass typischerweise bei Eheleuten wegen Lücken in der Erwerbsbiographie aufgrund von Kindererziehung ein anderer Versorgungsbedarf bestünde als bei Lebenspartnern (so aber auch: BVerwGE 129, 129 [134]; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 6. Mai 2008 – 2 BvR 1830/06 –, NJW 2008, S. 2325 zum beamtenrechtlichen Familienzuschlag).“²³⁹

Der Erste Senat vertritt damit explizit eine andere Rechtsauffassung als der Zweite Senat und als der Bundesgerichtshof und das Bundesverwaltungsgericht. Das kann als Beleg für das diverse Meinungsspektrum rund um Ehe und eine etwaige Familiengründung angesehen werden. Der Erste Senat begründet seine Rechtsauffassung so:

„Nicht in jeder Ehe gibt es Kinder. Es ist auch nicht jede Ehe auf Kinder ausgerichtet.“²⁴⁰

Das Gericht führt damit das tatsächliche Vorhandensein von *kinderlosen Ehen* an, wenn auch ohne Verweis auf eine nähere empirische Befundlage. Wenn das Gericht darauf verweist, dass auch nicht jede Ehe auf Kinder ausgerichtet ist, bringt das erstens zum Ausdruck, dass eine Ehe auch zwischen nicht (mehr) fortpflanzungsfähigen Paaren bestehen kann. Zweitens umfasst dies, dass eine Ehe nicht zwangsläufig mit einem Kinderwunsch einhergeht, sich Ehepaare

²³⁷ BVerfG, Beschluss vom 7. Juli 2009 – 1 BvR 1164/07 –, juris Rn. 102.

²³⁸ BVerfG, Beschluss vom 7. Juli 2009 – 1 BvR 1164/07 –, juris Rn. 103.

²³⁹ BVerfG, Beschluss vom 7. Juli 2009 – 1 BvR 1164/07 –, juris Rn. 112.

²⁴⁰ BVerfG, Beschluss vom 7. Juli 2009 – 1 BvR 1164/07 –, juris Rn. 112.

eben auch bewusst gegen Kinder entscheiden. Weiter zeigt das Gericht unter Berufung auf das Gleichberechtigungsgebot zwischen Frauen und Männern (Art. 3 Abs. 2 GG) eine Vielfalt von möglichen Ehemodellen abseits der „Versorgerehe“ auf:

„Ebenso wenig kann unterstellt werden, dass in Ehen eine Rollenverteilung besteht, bei der einer der beiden Ehegatten deutlich weniger berufsorientiert wäre. Bei der Hinterbliebenenversorgung aus der gesetzlichen Rentenversicherung hat das Bundesverfassungsgericht die Orientierung an einer typisierten Normalehe mit einem Versorger und einem Haushälter schon im Jahr 1975 im Zweiten Witwerrentenurteil (BVerfGE 39, 169 [187–195]) für nicht mehr mit Art. 3 Abs. 2 GG vereinbar gehalten. Das in der gesellschaftlichen Realität nicht mehr typusprägende Bild der ‚Versorgerehe‘, in der der eine Ehepartner den anderen unterhält, kann demzufolge nicht mehr als Maßstab der Zuweisung von Hinterbliebenenleistungen dienen. Die Ehe kann nicht mehr auf eine bestimmte Rollenverteilung festgelegt werden. Vielmehr entspricht es dem Recht der Ehegatten aus Art. 6 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 2 GG, über die Art und Weise ihres ehelichen Zusammenlebens in gleichberechtigter Weise selbst zu entscheiden (vgl. BVerfGE 99, 216 [231]; 105, 313 [345]).“²⁴¹

Diese Vielfalt von Realitäten überträgt das Bundesverfassungsgericht sodann auch auf gleichgeschlechtliche Lebensmodelle – mit und ohne Kinder:

„Umgekehrt ist in eingetragenen Lebenspartnerschaften eine Rollenverteilung dergestalt, dass der eine Teil eher auf den Beruf und der andere eher auf den häuslichen Bereich einschließlich der Kinderbetreuung ausgerichtet ist, ebenfalls nicht auszuschließen. In zahlreichen eingetragenen Lebenspartnerschaften leben Kinder, insbesondere in solchen von Frauen. [...] Dieser tatsächliche Befund ist unabhängig von der bisher auf die Stiefkindadoption beschränkten Möglichkeit einer gemeinsamen rechtlichen Elternschaft. Damit liegt der Kinderanteil bei eingetragenen Lebenspartnerschaften zwar weit unter dem von Ehepaaren, ist jedoch keineswegs vernachlässigbar.“²⁴²

Das Gericht zeigt damit auch bei gleichgeschlechtlichen Partnerschaften eine Bandbreite von Lebensmodellen mit Kindern auf: Auch in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften kann es damit eine Aufgaben- und Rollenverteilung entsprechend der – jedoch „in der gesellschaftlichen Realität nicht mehr typusprägenden“ – „Versorgerehe“ geben. Gleichgeschlechtliche Familienmodelle sind damit in den Worten des Bundesverfassungsgerichts keineswegs (mehr) vernachlässigbar.

b) Würdigung

Unter Zitierung der Entscheidungsbegründung zum Lebenspartnerschaftsgesetz (2002) betont der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung zur Hinterbliebenenversorgung (2009) zunächst erneut, dass aus

²⁴¹ BVerfG, Beschluss vom 7. Juli 2009 – 1 BvR 1164/07 –, juris Rn. 112.

²⁴² BVerfG, Beschluss vom 7. Juli 2009 – 1 BvR 1164/07 –, juris Rn. 113.

dem Förderauftrag des Art. 6 Abs. 1 GG kein Benachteiligungsgebot gegenüber anderen Lebensformen herzuleiten ist.²⁴³ Sodann offenbart sich, verglichen mit den Ausführungen in der *Entscheidung zum Lebenspartnerschaftsgesetz* (2002), eine neue Argumentation. Gerade *konträr* zu den Ausführungen des damals ebenfalls zuständigen Ersten Senats (2002) versteht das Bundesverfassungsgericht die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft nun im Jahr 2009 (doch) als eine Gemeinschaft, aus der Kinder hervorgehen *können*. Diese Distanzierung von den Ausführungen in seiner *Entscheidung zum Lebenspartnerschaftsgesetz* (2002) macht das Gericht jedoch nicht kenntlich, etwa durch einen in der Gerichtspraxis üblichen Klammerverweis. Gerade konträr zur Ersten Kammer des *Zweiten* Senats plädiert der *Erste Senat* in dieser Entscheidung – soweit ersichtlich erstmals – für eine explizite Entkopplung der Reproduktion vom verfassungsrechtlichen Ehebegriff („Nicht in jeder Ehe gibt es Kinder. Es ist auch nicht jede Ehe auf Kinder ausgerichtet.“). Das Bundesverfassungsgericht betrachtet damit die Ehe losgelöst von einer etwaigen Familiengründung: Aus einer Ehe kann, muss aber nicht eine Familie hervorgehen. Diese lebensweltlich begründete Trennung der Reproduktion von der Ehe wird sodann als Begründung für die grundrechtsdogmatische Trennung der in Art. 6 Abs. 1 GG enthaltenen Schutzobjekte, nämlich der Ehe (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG) und der Familie (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG), herangezogen. Sofern aus einer Ehe Kinder hervorgehen, ist die „verfassungsrechtlich zulässige und geforderte Förderung von Eltern“ Teil des Grundrechtsschutzes der Familie (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG). Weiter skizziert das Gericht in dieser Entscheidung zur Hinterbliebenenversorgung (2009) eine *Vielfalt von Ehe- und Lebenspartnerschaftsmodellen* – mit und ohne Kinder. Das Bundesverfassungsgericht erkennt damit erstmals die Vielfalt gleichgeschlechtlicher Lebensformen argumentativ an. In *Adamietz* Worten wird die „Regenbogenfamilie“ nun bildlich vorstellbar und ein Stück weit normalisiert.²⁴⁴

11. *Entscheidung zum Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz (2010)*

Ein Jahr später hatte der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts erneut über eine Ungleichbehandlung von Lebenspartnerschaft und Eheleuten zu entscheiden. In dieser Entscheidung erklärte das Gericht die damalige Ungleichbehandlung im Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz (§§ 15 Abs. 1, 16 Abs. 1, 17, 19 ErbStG) als gleichheitswidrig.

a) *Inhalt*

Anders als noch ein Jahr zuvor heißt es in der *Entscheidung zum Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz* (2010) nun (wieder), dass grundsätzlich nur aus

²⁴³ BVerfG, Beschluss vom 7. Juli 2009 – 1 BvR 1164/07 –, juris Rn. 105.

²⁴⁴ *Adamietz*, Geschlecht als Erwartung, 2011, 206.

einer Ehe gemeinsame Kinder hervorgehen könnten.²⁴⁵ Dabei differenziert das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidungsbegründung wie folgt:

„In ihrer Eignung als Ausgangspunkt der Generationenfolge unterscheidet sich die Ehe grundsätzlich von der Lebenspartnerschaft. Da die Lebenspartnerschaft auf gleichgeschlechtliche Paare begrenzt ist, können aus einer solchen Beziehung grundsätzlich keine gemeinsamen Kinder hervorgehen. Demgegenüber ist die Ehe als Verbindung verschiedengeschlechtlicher Partner möglicher Ursprung einer eigenen Generationenfolge.“²⁴⁶

Zum Verhältnis von Ehe und Familiengründung führt das Gericht weiter aus:

„[Die Ehe ist] ungeachtet der den Ehepartnern allein überlassenen freien EntschlieÙung für eine Elternschaft der durch vielfältige gesetzliche Ausgestaltung privilegierte Rechtsraum zur Familiengründung.“²⁴⁷

Im Ergebnis könne es jedoch dahinstehen,

„ob die bessere abstrakte Eignung der Ehe, Ausgangspunkt der Generationenfolge zu sein, höhere Freibeträge zugunsten von Ehegatten mit Blick auf die mögliche Weitervererbung des Familienvermögens an gemeinsame Kinder rechtfertigen kann.“²⁴⁸

Denn dieser Gesichtspunkt könne im Ergebnis nicht als Grundlage einer unterschiedlichen Behandlung von Eheleuten und Lebenspartnern bzw. Lebenspartnerinnen herangezogen werden, da das geltende Recht im Unterschied zu früheren Regelungen die Privilegierung der Ehe bzw. die Höhe des Freibetrags für Ehegatten gerade nicht vom Vorhandensein gemeinsamer Kinder abhängig macht.²⁴⁹

b) Würdigung

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts zeichnet in der *Entscheidung zum Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz* (2010) das Bild der verschiedengeschlechtlichen Ehe als grundsätzlich einzige und besser geeignete Form der Familiengründung. Mit dieser Abgrenzung bemüht sich das Gericht um ein Distinktionsmerkmal zwischen verschiedengeschlechtlichen Eheleuten und gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Wenn das Gericht in dieser Entscheidung behauptet, dass aus einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft grundsätzlich keine „gemeinsamen“ Kinder hervorgehen könnten, unterliegt das Gericht offensichtlich einem Verständnis von genetisch eigenen Kindern von Mann und Frau. Damit verkennt das Bundesverfassungsgericht weitere soziale Familienrealitäten, die der damals ebenfalls zuständige Erste Senat ein Jahr zuvor in seiner *Entscheidung zur Hinterbliebenenversorgung* aufgrund

²⁴⁵ BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010 – 1 BvR 611/07 –, juris Rn. 103.

²⁴⁶ BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010 – 1 BvR 611/07 –, juris Rn. 105.

²⁴⁷ BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010 – 1 BvR 611/07 –, juris Rn. 105.

²⁴⁸ BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010 – 1 BvR 611/07 –, juris Rn. 106.

²⁴⁹ BVerfG, Beschluss vom 21. Juli 2010 – 1 BvR 611/07 –, juris Rn. 106.

empirischer Befundlage bereits feststellte. Die Ausführungen stehen damit konträr zur vorherigen Entscheidung, von der sich das Bundesverfassungsgericht jedoch nicht durch eine gerichtshübliche Kennzeichnung („anders noch Beschluss vom 7. Juli 2009 – 1 BvR 1164/07“) abgrenzt.

Gerade konträr zur *Entscheidung zur Hinterbliebenenversorgung* (2009), in der die grundrechtstheoretische Entkopplung des Ehe- vom Familiengrundrechts begründet wurde, verortet der zuständige Erste Senat zudem die Familiengründung im *Ehegrundrecht*. Das Gericht verweist mit der Bezeichnung „freie EntschlieÙung“ zwar auf eine reproduktive Entscheidungsfreiheit und moniert damit eine Entscheidungsfreiheit für oder gegen Kinder. Dabei betont das Gericht die einfachgesetzliche Privilegierung von Eheleuten bei einer Familiengründung. Durch die Verortung im Ehegrundrecht kommt diese Entscheidungsfreiheit allerdings nach der Vorstellung des Gerichts ausschließlich Eheleuten zu. Noch ein Jahr zuvor zeigte das Gericht eine Vielfalt von verschieden- und gleichgeschlechtlichen Lebensmodellen mit und ohne Kinder auf und begründete in der *Entscheidung zur Hinterbliebenenversorgung* (2009) eine Trennung des verfassungsrechtlichen Eheschutzes vom verfassungsrechtlichen Familienschutz. Mit Blick auf die Anerkennung der faktisch vorhandenen Pluralität von Familienmodellen, unabhängig von der sexuellen Orientierung der Eltern, ist die *Entscheidung zum Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz* als Rückschritt einzuordnen.

12. Entscheidung zum Familienzuschlag (2012)

Kurze Zeit später erging eine erneute Entscheidung zur Ungleichbehandlung von Lebenspartnerschaft und Eheleuten. In der *Entscheidung zum Familienzuschlag* (2012) erklärte das Bundesverfassungsgericht die beamtenbesoldungsrechtlichen Regelungen, die einen Familienzuschlag der Stufe 1 ausschließlich für Eheleute vorsahen (§ 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG), für verfassungswidrig. Der zuständige Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts sah in den Regelungen einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), den die wertentscheidende Norm des Art. 6 Abs. 1 GG nicht rechtfertigen konnte.

a) Inhalt

In der Entscheidungsbegründung des Zweiten Senats heißt es dann:

„Der besondere Schutz, unter den Art. 6 Abs. 1 GG die Ehe als besondere Verantwortungsbeziehung stellt, rechtfertigt Besserstellungen der Ehe im Verhältnis zu ungebundenen Partnerbeziehungen (vgl. BVerfGE 117, 316 [327]), nicht aber ohne weiteres auch im Verhältnis zu einer rechtlich geordneten Lebensgemeinschaft, die sich von der Ehe durch die Gleichgeschlechtlichkeit der Partner unterscheidet, wegen dieses Unterschiedes mit der Ehe nicht konkurriert und dem Institut der Ehe daher auch nicht abträglich sein kann, sondern es gerade auch Personen, die wegen ihres gleichen Geschlechts eine Ehe nicht eingehen können,

ermöglichen soll, eine im Wesentlichen gleichartige institutionell stabilisierte Verantwortungsbeziehung einzugehen.“²⁵⁰

Eine mögliche Privilegierung der Ehe kommt damit, so die Auffassung des Zweiten Senats, vor allem gegenüber „ungebundenen Partnerbeziehungen“ in Betracht. Die Verantwortungsbeziehung prägt demnach sowohl die Ehe als auch die Lebenspartnerschaft.

Das Bundesverfassungsgericht stellt dann weiter fest, dass aufgrund der Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 1 GG der Gesetzgeber berücksichtigen dürfe, „dass die Ehe nach wie vor in signifikantem Umfang Grundlage für ein ‚behütetes‘ Aufwachsen von Kindern ist“.²⁵¹ In einer späteren Passage führt das Gericht dann weiter aus, dass „die ‚behüteten‘ Verhältnisse in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft [...] das Aufwachsen von Kindern“ ebenso fördern können.²⁵²

Weiter heißt es dann in der Entscheidungsbegründung, dass Mehrbedarfe, die aufgrund der Kindererziehung und hierdurch bedingter Einschränkungen bei der eigenen Erwerbstätigkeit bestehen, eine Ungleichbehandlung von Ehe und Lebenspartnerschaft gerade nicht rechtfertigen können, denn:

„Insoweit sind keine Unterschiede zwischen der Lebenssituation von Ehepartnern und Lebenspartnern zu erkennen (vgl. BVerfGE 124, 199 [229]). Zum einen gibt es nicht in jeder Ehe Kinder. Auch ist nicht jede Ehe auf Kinder ausgerichtet. Zum anderen werden zunehmend auch in Lebenspartnerschaften Kinder großgezogen; auch insoweit sind Ausgestaltungen der Gemeinschaftsbeziehung denkbar und nicht völlig unüblich (vgl. Rupp, Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, 2009, S. 295), in denen der eine der Lebenspartner schwerpunktmäßig die Betreuung der Kinder übernimmt.“²⁵³

b) Würdigung

Das Bundesverfassungsgericht erklärt in dieser Entscheidung die Ungleichbehandlung zwischen Lebenspartnerschaft und Ehe mit Blick auf den beamtenbesoldungsrechtlichen Familienzuschlag (2012) für verfassungswidrig. Der Entscheidungsbegründung ist – anders als etwa der Entscheidung zur Hinterbliebenenversorgung (2009) – nicht explizit eine dogmatische Entkopplung der Ehe vom Familiengrundrecht zu entnehmen. Der verfassungsrechtliche Schutz der Ehe wird jedenfalls vornehmlich mit der Verantwortungsübernahme, die mit einer Ehe einhergeht, begründet; gerade nicht jedoch mit einer abstrakten Reproduktionsfunktion. Das Gericht verdeutlicht zum einen die *Gemeinsamkeit* zwischen verschiedengeschlechtlich und gleichgeschlechtlich rechtlich verfassten Paarbeziehungen (Verantwortungsbeziehung) – bei gleichzeitiger

²⁵⁰ BVerfG, Beschluss vom 19. Juni 2012 – 2 BvR 1397/09 –, juris Rn. 67.

²⁵¹ BVerfG, Beschluss vom 19. Juni 2012 – 2 BvR 1397/09 –, juris Rn. 66.

²⁵² BVerfG, Beschluss vom 19. Juni 2012 – 2 BvR 1397/09 –, juris Rn. 76.

²⁵³ BVerfG, Beschluss vom 19. Juni 2012 – 2 BvR 1397/09 –, juris Rn. 75.

expliziter Betonung der *Unterschiede* (Verschieden- bzw. Gleichgeschlechtlichkeit). Im Ergebnis zeigt auch der Zweite Senat unter Zitierung der Entscheidung zur Hinterbliebenenversorgung des Ersten Senats (2009) die Vielfalt von Familienmodellen mit und ohne Kinder unabhängig von der sexuellen Orientierung der Eltern auf. Dabei weist das Gericht auf die Belange der Kinder hin und stellt fest, dass Kinder sowohl in der (verschiedengeschlechtlichen) Ehe als auch in der (gleichgeschlechtlichen) Lebenspartnerschaft in „behüteten Verhältnissen“ aufwachsen können.

13. Entscheidung zur Sukzessivadoption (2013)

Ein Jahr später leistete das Bundesverfassungsgericht in seiner *Entscheidung zur Sukzessivadoption* (2013) einen ersten wichtigen Schritt zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher Elternschaft. In der einstimmig ergangenen Entscheidung erklärte der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts die Vorschrift des § 9 Abs. 7 LPartG mit dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) für unvereinbar, da die Vorschrift ausschließlich eine sog. Stiefkindadoption vorsah, gleichgeschlechtlichen Paaren jedoch keine sog. Sukzessivadoption erlaubte. Damit wurde gleichgeschlechtlichen Paaren – wie bereits für verheiratete verschiedengeschlechtliche Paare vorgesehen – die Sukzessivadoption ermöglicht, nach der das von einer Partnerin bzw. eines Partners adoptierte Kind dann auch von der Partnerin bzw. des Partners adoptiert werden kann.

a) Inhalt

Das Bundesverfassungsgericht stellt in dieser Entscheidung erstmals ein Familienmodell mit gleichgeschlechtlichen Eltern explizit unter den Schutz des Familiengrundrechts (Art. 6 Abs. 1 GG):

„Angesichts des Schutzzwecks des Familiengrundrechts ist auch eine aus gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern und einem Kind bestehende, dauerhaft angelegte, sozial-familiäre Gemeinschaft eine Familie im verfassungsrechtlichen Sinne. [...] Das familiäre Zusammenleben zweier gleichgeschlechtlicher Partner mit dem Kind des einen Partners kann die gleichen schutzwürdigen familiären Bindungen hervorbringen wie das Zusammenleben in der Stieffamilie eines verschiedengeschlechtlichen Paares. Dort wie hier ist im Übrigen für den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG unerheblich, ob das Kind leibliches oder angenommenes Kind des rechtlichen Elternteils ist.“²⁵⁴

Diese verfassungsrechtliche Anerkennung erfolgt unter Einbeziehung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.²⁵⁵ Das Bundesverfassungsgericht spricht damit gleichgeschlechtlichen Familienmo-

²⁵⁴ BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11 –, juris Rn. 63.

²⁵⁵ BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11 –, juris Rn. 66 mit Verweis auf EGMR, Urteil vom 24. Juni 2010 – 30141/04.

dellen den gleichwertigen verfassungsrechtlichen Schutz wie verschiedengeschlechtlichen (verheirateten oder nicht verheirateten) Eltern mit ihren Kindern zu.

In der weiteren Entscheidungsbegründung widerspricht das Gericht Stimmen in der Verfassungsrechtswissenschaft, die den Familienbegriff auf „zumindest prinzipiell ehefähige Partnerschaften“ beschränken wollen:

„Der Familienbegriff des Art. 6 Abs. 1 GG ist nicht auf ‚zumindest prinzipiell ehefähige Partnerschaften‘ ausgerichtet, was die Einbeziehung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften mangels Ehefähigkeit ausschließen würde (so aber Uhle, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, Edition 17, Art. 6 Rn. 18 [Januar 2013]). Wo ein gleichgeschlechtliches Paar dauerhaft mit einem Kind in einer faktischen Eltern-Kind-Beziehung zusammenlebt, lässt sich das Bestehen einer Familie tatsächlich nicht in Abrede stellen (vgl. Stern, a. a. O., § 100, S. 402 f.). Ihr den Schutz des Familiengrundrechts zu verweigern, widerspräche dem Sinn des auf den Schutz der sozialen Familiengemeinschaft gerichteten Familiengrundrechts.“²⁵⁶

Auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Grenzen befasst sich das Bundesverfassungsgericht mit den Belangen der Kinder, die bei gleichgeschlechtlichen Eltern aufwachsen. Hierzu führt das Gericht unter Verweis auf die *Entscheidung zum Familienzuschlag* (2012) aus:

„Es ist davon auszugehen, dass die behüteten Verhältnisse einer eingetragenen Lebenspartnerschaft das Aufwachsen von Kindern ebenso fördern können wie die einer Ehe (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. Juni 2012 – 2 BvR 1397/09 –, juris, Rn. 76). Bedenken, die sich gegen das Aufwachsen von Kindern in gleichgeschlechtlichen Elterngemeinschaften im Allgemeinen richten, wurden in der ganz überwiegenden Zahl der sachverständigen Stellungnahmen zurückgewiesen (s.o., A.III.2.a)). Auch der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages hatte bereits in seinem Bericht zum Lebenspartnerschaftsgesetz bekundet, mit der Ausklammerung der Möglichkeit zur gemeinschaftlichen Adoption sei keine negative Aussage über die Erziehungsfähigkeit gleichgeschlechtlich orientierter Personen intendiert (vgl. BTDrucks 14/4550, S. 6).“²⁵⁷

Dabei deutet das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung mehrfach an, dass verschiedengeschlechtliche und gleichgeschlechtliche Personen, die Elternverantwortung übernehmen wollen, grundsätzlich verfassungsrechtlich gleich zu behandeln sind.²⁵⁸ Dies geschieht auch in den folgenden Ausführungen:

²⁵⁶ BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11 –, juris Rn. 65.

²⁵⁷ BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11 –, juris Rn. 80.

²⁵⁸ Das Gericht erörtert das besonders im Rahmen des verfassungsrechtlichen Elternbegriffs (Art. 6 Abs. 2 GG), worunter auch gleichgeschlechtliche Eltern fallen, vgl. BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11 –, juris Rn. 55: „Gegenüber der Situation bei Inkrafttreten des Grundgesetzes hat sich nicht nur das Gesetzesrecht, sondern auch die Einstellung der Gesellschaft zur Gleichgeschlechtlichkeit und der Lebenssituation gleichgeschlechtlicher Paare erheblich gewandelt. Zwei Personen gleichen Geschlechts als Eltern-

„Auch der Zweck, eine Umgehung der gesetzgeberischen Entscheidung gegen die Zulassung der gemeinschaftlichen Adoption durch zwei eingetragene Lebenspartner zu verhindern, rechtfertigt den Ausschluss der Sukzessivadoption für eingetragene Lebenspartner nicht. Dabei bedarf hier keiner Entscheidung, ob der Ausschluss der gemeinschaftlichen Adoption mit dem Grundgesetz vereinbar ist, obgleich das Gesetz diese für Eheleute zulässt.“²⁵⁹

„Sofern sich das Umgehungsbedenken darauf bezieht, dass ein Kind bei einer Sukzessivadoption durch einen eingetragenen Lebenspartner wie bei der ausgeschlossenen gemeinschaftlichen Adoption durch tätige Mithilfe des Staates in eine gleichgeschlechtliche Elterngemeinschaft vermittelt würde, in der ihm komplementäre Elemente einer Erziehung durch verschiedengeschlechtliche Eltern fehlten, so ist der gesetzliche Ausschluss der sukzessiven Adoption nicht geeignet, dem zu begegnen. Ungeachtet der Frage, ob dieser Einwand als legitimes Ziel bei einer verfassungsrechtlichen Prüfung Bestand haben könnte, verhindert der Ausschluss der Sukzessivadoption nicht, dass ein Kind – staatlich vermittelt – dauerhaft mit einem gleichgeschlechtlichen Paar in familiärer Gemeinschaft lebt.“²⁶⁰

Der Schutz der Ehe durch die staatliche Ordnung stellt, so das Bundesverfassungsgericht, keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung für die Benachteiligung adoptierter Kinder eines gleichgeschlechtlichen Elternteils gegenüber solchen eines verschiedengeschlechtlichen Elternteils dar:

„Aus dem besonderen Schutz der Ehe lässt sich nicht ableiten, dass andere Lebensgemeinschaften im Abstand zur Ehe auszugestalten und mit geringeren Rechten zu versehen sind (vgl. BVerfGE 105, 313 [348]; 124, 199 [226]). Vielmehr bedarf es zur Rechtfertigung der Benachteiligung vergleichbarer Lebensgemeinschaften jenseits der bloßen Berufung auf Art. 6 Abs. 1 GG eines hinreichend gewichtigen Sachgrundes, der gemessen am jeweiligen Regelungsgegenstand und -ziel die Benachteiligung anderer Lebensformen rechtfertigt (vgl. BVerfGE 124, 199 [226]). Solche Sachgründe sind hier nicht gegeben (s.o., a)).“²⁶¹

b) Würdigung

Das Bundesverfassungsgericht leistet in der *Entscheidung zur Sukzessivadoption* (2013) einen wichtigen Beitrag zur verfassungsrechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Eltern- und Familienmodelle. Verfassungsrechtsdogmatisch führt das Bundesverfassungsgericht die Entkopplung des grundrechtlichen Familienschutzes (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) vom Eheschutz (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) fort. Der Schutz des Familiengrundrechts, so die Wortwahl des Gerichts, gilt für „mannigfaltige familiäre Beziehungen“.²⁶² Gleichgeschlechtliche Eltern und Familienmodelle erfahren erstmals einen expliziten verfassungsrechtlichen Schutz (Art. 6 Abs. 2 GG sowie Art. 6 Abs. 1 GG).

paar anzusehen, scheidet heute nicht mehr daran, dass homosexuellen Paaren rechtliche Berechtigung und Anerkennung ihrer dauerhaften Partnerschaft schlechthin verweigert würden“. Verfassungsrechtliche Fragen der Elternschaft sind jedoch nicht Gegenstand dieser Arbeit.

²⁵⁹ BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11 –, juris Rn. 92.

²⁶⁰ BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11 –, juris Rn. 93.

²⁶¹ BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11 –, juris Rn. 92.

²⁶² BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11 –, juris Rn. 100.

Durch die Entscheidung ermöglichte das Gericht im Jahr 2013 Personen in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften die Sukzessivadoption, wie dies bereits für verheiratete verschiedengeschlechtliche Paare vorgesehen war. Zudem trägt das Gericht in dieser Entscheidung zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebensformen allgemein bei und distanziert sich explizit von den Ausführungen zur sexuellen Orientierung in der Homosexuellen-Entscheidung aus dem Jahr 1957.²⁶³

14. Entscheidung zum Ehegattensplitting (2013)

Im selben Jahr entschied das Bundesverfassungsgericht über die steuerrechtlichen Regelungen der §§ 26, 26b, 32a Abs. 5 Einkommensteuergesetz (EStG), die für Ehepaare steuerrechtliche Begünstigungen vorsehen (sog. Ehegattensplitting), jedoch nicht für gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften vorsehen. Das Bundesverfassungsgericht sah darin einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Die Entscheidung des zuständigen Zweiten Senats zum Ehegattensplitting (2013) erging mit 6:2 Stimmen und einem abweichenden Votum.

a) Inhalt

Mit Blick auf das Thema dieser Arbeit ging es in dem Verfahren auch um die Frage, ob die Vorschriften der §§ 26, 26b EstG die (verschiedengeschlechtliche) Ehe aus dem Grund besserstelle, weil sie eine potentielle Reproduktionsgemeinschaft darstelle. Einer der Beschwerdeführer vertrat in seiner Verfassungsbeschwerde, dass die steuerrechtlichen Regelungen die Ehe *nicht* als „im Normalfall präsumtiv reproduktionsfähige Lebensgemeinschaft“²⁶⁴ fördern, da die Regelungen gerade nicht an einen kindbedingten Bedarf anknüpften. Das Bundesfinanzministerium führte dagegen in seiner Stellungnahme aus, dass der historische Gesetzgeber mit dem Ehegattensplitting gerade die Ehe wegen ihrer grundlegenden gesellschaftlichen Funktion „als idealerweise auf Gründung einer Familie ausgerichteter Lebensgemeinschaft“ begünstigen wollte, und zwar aus der Überlegung heraus, „dass aus einer Ehe typischerweise Kinder hervorgehen (könnten).“²⁶⁵ Der historische Gesetzgeber hatte durch die Regelungen der „besonderen Anerkennung der Aufgabe der Ehefrau als Hausfrau und Mutter“²⁶⁶ Rechnung tragen wollen. In der Stellungnahme heißt es weiter:

„Auf diese Weise habe die damalige Bundesregierung zum Ausdruck gebracht, dass mit den Splittingvorschriften eine Förderung der Ehe gerade wegen ihrer gesamtgesellschaftlichen demographischen Funktion habe erfolgen sollen.“²⁶⁷

²⁶³ BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11 –, juris Rn. 56.

²⁶⁴ BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 2013 – 2 BvR 909/06 –, juris Rn. 36

²⁶⁵ BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 2013 – 2 BvR 909/06 –, juris Rn. 56.

²⁶⁶ BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 2013 – 2 BvR 909/06 –, juris Rn. 51.

²⁶⁷ BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 2013 – 2 BvR 909/06 –, juris Rn. 51.

„Vor diesem Hintergrund sei möglicherweise die Nichteinbeziehung eingetragener Lebenspartner in die steuerlichen Vorschriften [...] damit zu rechtfertigen, dass gleichgeschlechtliche Partner aus biologischen Gründen keine gemeinsamen Kinder bekommen könnten. Zweifel hieran könnten sich allerdings aus den Beschlüssen des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Juli 2009 zur Hinterbliebenenversorgung von eingetragenen Lebenspartnern (BVerfGE 124, 199) sowie vom 21. Juli 2010 zur Ungleichbehandlung im Erbschaftsteuerrecht (BVerfGE 126, 400) ergeben.“²⁶⁸

Während das Bundesfinanzministerium in seiner Stellungnahme zum Ausschluss von Lebenspartnerschaften damit bereits selbst an seiner Argumentation (bzw. der Argumentation des historischen Gesetzgebers) mit Blick auf die Verfassungsrechtsprechung zur Anerkennung von gleichgeschlechtlichen Lebensformen zweifelte, führte der Bundesfinanzhof in seiner Stellungnahme dagegen noch im Jahr 2013 zur Begründung explizit eine biologisch begründete „wesensmäßige“ Verschiedenheit zwischen gleichgeschlechtlichen und verschiedengeschlechtlichen Paaren an:

„Aus der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft könnten biologisch keine gemeinsamen Kinder hervorgehen. Unter anderem das unterscheidet sie wesensmäßig von einer verschiedengeschlechtlichen Verbindung (BTDrucks 14/3751, S. 33). Auf der Grundlage der mit Art. 6 Abs. 1 GG verbundenen Institutsgarantie sei es dem Gesetzgeber nicht verwehrt, die Ehe als Archetyp der Lebensgemeinschaft von Mann und Frau zu betrachten, die sich typischerweise zur Elternschaft fortentwickle und die als solche einzig Garant des Fortbestandes der staatlichen Gemeinschaft sein könne.“²⁶⁹

aa) Entscheidung der Senatsmehrheit

Die Senatsmehrheit sah im Ausschluss der Lebenspartnerschaft von den steuerrechtlichen Regelungen des Ehegattensplittings eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung, die auch unter Berücksichtigung des in Art. 6 Abs. 1 GG verankerten besonderen Schutzes der Ehe und der im Steuerrecht bestehenden Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers nicht gerechtfertigt war. Mit Blick auf eine mögliche Reproduktionsfunktion der Ehe stellt der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts – unter Zitierung seiner *Entscheidung zum Familienzuschlag* (2012) – fest:

„Die Ehe als allein der Verbindung zwischen Mann und Frau vorbehaltenes Institut (vgl. BVerfGE 105, 313 [345]) erfährt durch Art. 6 Abs. 1 GG einen eigenständigen verfassungsrechtlichen Schutz.“²⁷⁰

„Er [der Gesetzgeber, LK] darf [...] [dabei] berücksichtigen, dass die Ehe nach wie vor in signifikantem Umfang Grundlage für ein ‚behütetes‘ Aufwachsen von Kindern ist (vgl.

²⁶⁸ BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 2013 – 2 BvR 909/06 –, juris Rn. 52.

²⁶⁹ BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 2013 – 2 BvR 909/06 –, juris Rn. 64.

²⁷⁰ BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 2013 – 2 BvR 909/06 –, juris Rn. 81.

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. Juni 2012 – 2 BvR 1397/09 –, juris, Rn. 66).²⁷¹

Mit Blick auf die Anerkennung von Familienmodellen mit gleichgeschlechtlichen Eltern führt der Zweite Senat – unter Berufung auf die *Entscheidung zur Sukzessivadoption* (2013) – aus:

„Sie [die Lebenspartnerschaft, LK] ist [...] geeignet, Voraussetzung für die Begründung von Elternschaft zu sein (vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 –, juris, Rn. 50 ff.) und taugliche Grundlage einer Familie (vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 –, juris, Rn. 60 ff.).“²⁷²

Der Zweite Senat bestätigt weiter die Rechtsprechung des Ersten Senats zur Anerkennung der Vielfalt von Lebensmodellen unabhängig der sexuellen Orientierung – und zwar mit Kindern und ohne Kinder:

„Unterschiede zwischen der Lebenssituation von Ehepartnern und Lebenspartnern, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten, sind auch insoweit nicht zu erkennen. Zum einen gibt es nicht in jeder Ehe Kinder und ist nicht jede Ehe auf Kinder ausgerichtet. Zum anderen werden zunehmend auch in Lebenspartnerschaften Kinder großgezogen; insoweit sind Ausgestaltungen der Gemeinschaftsbeziehung denkbar und nicht völlig unüblich, in denen der eine der Lebenspartner schwerpunktmäßig die Betreuung der Kinder übernimmt (vgl. BVerfGE 124, 199 [229 f.]; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. Juni 2012 – 2 BvR 1397/09 –, juris, Rn. 75). Auch die eingetragene Lebenspartnerschaft ermöglicht das Aufwachsen von Kindern in ‚behüteten Verhältnissen‘ (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. Juni 2012 – 2 BvR 1397/09 –, Rn. 76, und Urteil des Ersten Senats vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 –, Rn. 80, beide juris).“²⁷³

Die verfassungsrechtliche Anerkennung von Familien mit gleichgeschlechtlichen Eltern führt das Gericht in dieser Entscheidung weiter aus:

„Auszublenden, dass auch in Lebenspartnerschaften Kinder aufwachsen, liefe auf eine mittelbare Diskriminierung gerade wegen der sexuellen Orientierung der Partner hinaus. Derartige Ungleichbehandlungen können durch den Gesichtspunkt der Typisierung nicht gerechtfertigt werden (vgl. BVerfGE 63, 119 [128]; 84, 348 [360]; 126, 233 [263 f.]). Andernfalls würden dem Gesetzgeber auf diesem Wege Spielräume eröffnet, die die Verfassung zum Schutz von Minderheiten gerade verbietet.“²⁷⁴

bb) Abweichendes Votum

Anders als die Senatsmehrheit argumentierten die Richter *Herbert Landau* und die Richterin *Sibylle Kessal-Wulf* in ihrem Sondervotum, der Schutz der Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) rechtfertige die steuerrechtliche Ungleichbehandlung zwischen Lebenspartnerschaft und Eheleuten bei den Regelungen

²⁷¹ BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 2013 – 2 BvR 909/06 –, juris Rn. 83.

²⁷² BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 2013 – 2 BvR 909/06 –, juris Rn. 91.

²⁷³ BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 2013 – 2 BvR 909/06 –, juris Rn. 100.

²⁷⁴ BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 2013 – 2 BvR 909/06 –, juris Rn. 103.

des Ehegattensplittings. Das Sondervotum begründet seine Auffassung unter anderem mit folgender Erwägung:

„Die Verfassung stellt Ehe und Familie durch die verbindliche Wertentscheidung in Art. 6 Abs. 1 GG unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung (vgl. BVerfGE 6, 55 [72]; 55, 114 [126]; 105, 313 [346]; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19. Juni 2012 – 2 BvR 1397/09 –, juris, Rn. 65). Dieser besondere Schutz wird der Ehe zuteil, weil sie Vorstufe zur Familie sein kann, die wiederum Voraussetzung der Generationenfolge und damit der Zukunftsgerichtetheit von Gesellschaft und Staat ist.“²⁷⁵

Das abweichende Votum begründet den verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe folglich damit, dass es sich bei der Ehe um eine potentielle Fortpflanzungsgemeinschaft handele. Die Ehe als potentielle Reproduktionsgemeinschaft sei wiederum verfassungsrechtlich geschützt, um die Zukunft der Gesellschaft zu sichern. Demzufolge wirft das Sondervotum der Senatsmehrheit vor, dass der Senat hätte prüfen müssen, ob die

„Privilegierung der Ehe allein aufgrund ihres Charakters als Vorstufe zur Familie und ihrer Bedeutung für die Generationenfolge in Gesellschaft und Staat zulässig [war]“.²⁷⁶

Weiter ist das Sondervotum der Rechtsauffassung, dass allein der Umstand, dass bei Lebenspartnern Kinder aufwachsen, nicht zu dem Schluss zwingt, dass schon in den Jahren 2001 und 2002 der Gesamtheit der eingetragenen Lebenspartnerschaften typisierend das Splittingverfahren zu eröffnen gewesen wäre, weshalb die Verfassungsbeschwerden der kinderlosen Beschwerdeführer im Ergebnis erfolglos hätten sein müssen.²⁷⁷

b) Würdigung

Der Zweite Senat leistet in seiner Entscheidung zum Ausschluss der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft vom Ehegattensplitting (2013) einen weiteren Beitrag zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebens- und Familienformen. Die Senatsmehrheit des Bundesverfassungsgerichts (6:2) hat einer Verfassungsinterpretation des Art. 6 GG, wonach die Ehe als Reproduktionsgemeinschaft zu verstehen sei, um den Bestand des Volkes zu sichern, zu Recht und erneut im Jahr 2013 eine Absage erteilt.

²⁷⁵ BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 2013 – 2 BvR 909/06 –, juris Rn. 118 – abw. Meinung Landau und Kessal-Wulf.

²⁷⁶ BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 2013 – 2 BvR 909/06 –, juris Rn. 139 – abw. Meinung Landau und Kessal-Wulf.

²⁷⁷ BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 2013 – 2 BvR 909/06 –, juris Rn. 145 f. – abw. Meinung Landau und Kessal-Wulf.

aa) Entscheidung der Senatsmehrheit

Zutreffend weist nun auch die Senatsmehrheit des Zweiten Senats darauf hin, dass es zum einen nicht in jeder Ehe Kinder gibt und nicht jede Ehe auf Kinder ausgerichtet ist, und zum anderen auch in Lebenspartnerschaften Kinder großgezogen werden. Faktisch nimmt somit auch der Zweite Senat eine Entkopplung des verfassungsrechtlichen Eheschutzes vom Familiengrundrecht vor, allerdings ohne *explizite* Nennung und Differenzierung zwischen Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG. Es fällt auf, dass der Zweite Senat in seiner Entscheidungsbegründung zwar somit erneut keine explizite freiheitsrechtliche Perspektive reproduktiver Freiheiten erörtert, jedoch erstmals die gleichheitsrechtliche Dimension gleichgeschlechtlicher Elternschaft in den Blick nimmt. So heißt es in der Entscheidungsbegründung: Verkenne man die Tatsache, dass auch in Lebenspartnerschaften Kinder aufwachsen, laufe das auf „eine mittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung“ hinaus. Denn andernfalls – so die Argumentation des Zweiten Senats – würden dem Gesetzgeber „Spielräume eröffnet“ werden, „die die Verfassung zum Schutz von Minderheiten gerade verbietet“. Erstmals spricht das Bundesverfassungsgericht gleichgeschlechtlichen Elternpaaren damit verfassungsrechtlichen Minderheitenschutz zu, allerdings ohne explizite Erwähnung von Art. 3 Abs. 3 GG. Das Gericht setzt damit der „typisierenden Betrachtung“ des Gesetzgebers, wonach nur in der Ehe typischerweise Kinder aufwachsen, mit rechtstatsächlichen und gleichheitsrechtlichen Erwägungen Grenzen.

bb) Abweichendes Votum

Das Sondervotum von *Herbert Landau* und *Sibylle Kessal-Wulf* begründet dagegen den verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe damit, dass in der Ehe die „Vorstufe zur Familie“ liegen könne, die wiederum „Voraussetzung der Generationenfolge und damit der Zukunftsgerichtetheit von Gesellschaft und Staat“ sei. Das Sondervotum plädiert folglich dafür, die Ehe als Reproduktionsgemeinschaft anzusehen. Dieser Verfassungsinterpretation liegen explizit biopolitische Erwägungen zugrunde. Diese Erwägungen entsprechen der Auffassung von *Haas* in ihrem abweichenden Votum zum Lebenspartnerschaftsgesetz (2002)²⁷⁸, auf die *Landau* und *Kessal-Wulf* in ihrem Sondervotum allerdings gerade nicht explizit verweisen.

15. Entscheidung zur Stiefkindadoption (2019)

In seiner *Entscheidung zur Stiefkindadoption* (2019) erklärt der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts den Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien (§ 1754 Abs. 1, Abs. 2 BGB, § 1755 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB)

²⁷⁸ BVerfG, Urteil vom 17. Juli 2002 – 1 BvF 1/01 –, juris Rn. 139 – abw. Meinung Haas.

für verfassungswidrig. Kernfrage der Verfassungsbeschwerde war, ob der Gesetzgeber die Möglichkeit einer zur gemeinsamen Elternschaft führenden Stiefkindadoption allein davon abhängig machen durfte, dass Stiefelternteil und Elternteil miteinander *verheiratet* waren. Im Fokus der verfassungsrechtlichen Beurteilung standen die durch die Adoptionsregeln berührten Grundrechte der betroffenen Kinder. Das Bundesverfassungsgericht sah in der Benachteiligung von Kindern in nichtehelichen Stiefkindfamilien eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung gegenüber Kindern in ehelichen Stiefkindfamilien (Art. 3 Abs. 1 GG). Dabei lässt das Gericht bereits offen, ob die Begrenzung auf die Ehelichkeit der Eltern überhaupt im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet war.²⁷⁹ Jedenfalls äußert das Gericht bereits an der Geeignetheit des Kriteriums der Ehelichkeit als Differenzierungskriterium offenkundig Zweifel.²⁸⁰ Weiter lässt das Gericht offen, ob der Ausschluss nichtehelicher Familien erforderlich war.²⁸¹ Gleichwohl werden Zweifel an der Erforderlichkeit des Ausschlusses nichtehelicher Familien in der Entscheidungsbegründung ebenfalls deutlich sichtbar.²⁸² Die Regelungen waren jedenfalls im verfassungsrechtlichen Sinne nicht angemessen (Verhältnismäßigkeit i. e. S.).²⁸³

Zudem berührte der Ausschluss der Adoption nicht verheirateter Eltern zum einen das Recht der Kinder auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG), aus dem das Gericht jedoch keinen Anspruch auf Öffnung der Stiefkindadoption ableitete.²⁸⁴ Zum anderen war das Grundrecht auf familiäres Zusammenleben berührt (Art. 6 Abs. 1 GG), dessen Grenzen der Gesetzgeber jedoch bei der Ausgestaltung der gesetzlichen Adoptionsregeln nicht überschritt.²⁸⁵

a) Inhalt

Das Bundesverfassungsgericht erörtert die Begrenzung der Stiefkindadoption auf verheiratete Paare wie eingangs festgestellt primär aus der Perspektive der Kinder und deren Grundrechte. Für die Kinder, so das Gericht, ist das Kriterium der Ehelichkeit ihrer Eltern nämlich „nicht verfügbar“.²⁸⁶ Vielmehr, so die Entscheidungsbegründung weiter, liegt es allein in der Macht des Elternteils und des Stiefelternteils, die Ehe zu schließen.²⁸⁷ Folglich haben die Kinder

²⁷⁹ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 101.

²⁸⁰ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 95, 97, 99, 100 f.

²⁸¹ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 102.

²⁸² BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 104 ff., 109.

²⁸³ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 110 ff. insb. 116, 119 ff.

²⁸⁴ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 53 f.

²⁸⁵ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 56 f.

²⁸⁶ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 75.

²⁸⁷ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 75.

keinen Einfluss auf die Eheschließung ihrer Eltern als Voraussetzung für die Adoption.²⁸⁸ In der Entscheidung heißt es dann weiter, dass das Kriterium der Ehelichkeit der Eltern als Voraussetzung für eine Stiefkindadoption jedenfalls *teilweise* als Differenzierungskriterium geeignet ist, weil es einen Teil der Beziehungen erfasst, „die längeren Bestand versprechen“.²⁸⁹

Weiter führt das Gericht dann hierzu in der Entscheidungsbegründung aus:

„Sind die Eltern die Ehe eingegangen, spricht dies für einen über einen kurzfristigen Beziehungswunsch hinausgehenden Bindungswillen und damit für die Stabilität der Beziehung. Daher ist verfassungsrechtlich nichts dagegen einzuwenden, dass der Gesetzgeber im Adoptionsrecht die Ehelichkeit der Elternbeziehung als Indikator für Stabilität verwendet. Zwar gibt es auch Ehen, die schon nach kürzerer Zeit wieder zerbrechen. Im Jahr 2016 hatte zudem etwa die Hälfte der geschiedenen Ehepaare Kinder unter 18 Jahren (vgl. Statistisches Bundesamt, Datenreport 2018, <https://www.destatis.de>, S. 58). Ob eine Ehe im konkreten Fall instabil erscheint, kann und muss bei der Stiefkindadoption jedoch im Rahmen der am Kindeswohl orientierten Einzelfallentscheidung gemäß § 1741 Abs. 1 Satz 1 BGB näher geprüft werden. Gegebenenfalls muss die Adoption verweigert werden.“²⁹⁰

Mit Blick auf die gesetzgeberische Entscheidung, nichteheliche Stiefkindfamilien von der Adoption auszuschließen, führt das Gericht dann aus:

„Hingegen ist die gesetzliche Regelung nicht geeignet, stabile nichteheliche Stiefkindfamilien zu erfassen. Die mit der Regelung unwiderlegbar verbundene Vermutung, in nichtehelichen Stiefkindfamilien sei die Stabilität nicht hinreichend ausgeprägt, ist allenfalls begrenzt tragfähig, weil zweifellos auch nichteheliche Stiefkindfamilien existieren, in denen die Beziehung der Eltern langfristig angelegt und tatsächlich stabil ist.“²⁹¹

In der Entscheidungsbegründung folgen aktuelle Zahlen aus den Erhebungen des Statistischen Bundesamts, die, so das Gericht, darauf hindeuten, „dass die tatsächliche Bedeutung der nichtehelichen Familie als weitere Familienform neben der ehelichen Familie erheblich zugenommen hat.“²⁹²

Dabei nimmt das Gericht Bezug auf das (familienrechtliche) Schrifttum:

„Insbesondere im familienrechtlichen Schrifttum wird hervorgehoben, dass sich die nichteheliche Familie als weitere Familienform neben der ehelichen Familie etabliert habe und dass dies eine typisierende Einordnung als instabile Familienform nicht mehr zulasse (vgl. Dahm, in: Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling, BGB, Familienrecht, 3. Aufl. 2014, § 1741 Rn. 44; Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, S. 480 f.; Eckebrecht, NZFam 2018, S. 966 [968]; Hilbig-Lugani LMK 2017, S. 390 [401]).“²⁹³

Aus der empirischen Befundlage schließt das Gericht:

²⁸⁸ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 75.

²⁸⁹ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 95.

²⁹⁰ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 96.

²⁹¹ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 97.

²⁹² BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 98.

²⁹³ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 98.

„Dass auch nichteheliche Stiefkindfamilien existieren, in denen die Beziehung der Eltern langfristig angelegt und tatsächlich stabil ist, steht nicht zuletzt angesichts der zunehmenden Zahl dieser Familienbeziehungen außer Frage. Die gesetzliche Regelung ist nicht geeignet, diese stabilen nichtehelichen Stiefkindfamilien zu erfassen, weil sie die Ehelichkeit der Elternbeziehung als notwendigen Stabilitätsindikator verwendet und nicht zulässt, eine Stabilitätsersparung alternativ durch andere Indikatoren zu begründen.“²⁹⁴

Im Rahmen der engeren Verhältnismäßigkeitsprüfung legt das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf die *Typisierungsbefugnis* des Gesetzgebers neben weiteren Kriterien als Maßstab eine realitätsgerechte Abbildung der Familienformen zugrunde:

„Insbesondere darf der Gesetzgeber keinen atypischen Fall als Leitbild wählen, sondern muss realitätsgerecht den typischen Fall als Maßstab zugrunde legen (vgl. BVerfGE 145, 106 [146 Rn. 107]; BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 10. April 2018 – 1 BvL 11/14 u.a.–, www.bverfg.de, Rn. 136; stRspr). Die durch sie eintretenden Härten und Ungerechtigkeiten dürfen also nur eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen (vgl. BVerfGE 84, 348 [360]; 145, 106 [146 f. Rn. 108]; stRspr).“²⁹⁵

„Dem Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Stiefkindfamilien liegt nicht realitätsgerecht der typische Fall als Maßstab zugrunde. Die nichteheliche Familie hat sich mehr und mehr als weitere Familienform neben der ehelichen Familie etabliert. Es gibt keine Erkenntnisse, die heute die Annahme rechtfertigten, dass die Paarbeziehung innerhalb einer nichtehelichen Stiefkindfamilie typischerweise besonders fragil und nur in einer kleinen Zahl von Fällen stabil wäre.“²⁹⁶

Als weiteres Kriterium nennt das Bundesverfassungsgericht die intensive Ungleichbehandlung, die Kinder durch das Kriterium der Ehelichkeit der Eltern erfahren:

„Das Ausmaß der Ungleichbehandlung ist zudem intensiv. Für die Kinder entscheidet sich anhand des Familienstands ihrer Eltern, ob sie ihren sozialen Elternteil als rechtlichen Elternteil erhalten können oder nicht. Dies betrifft grundlegende Voraussetzungen ihrer persönlichen Entwicklung. Auch insoweit unterscheidet sich die hier zu beurteilende Typisierung nach dem Ehelichkeitskriterium maßgeblich von der früher für verfassungsgemäß befundenen Beschränkung von Krankenversicherungsleistungen für eine künstliche Befruchtung auf Ehepaare (vgl. BVerfGE 117, 316 ff.), die keinem bereits existierenden Kind etwas nehmen kann, sondern die finanzielle Förderung der Verwirklichung eines Kinderwunschs betrifft.“²⁹⁷

Erst in einem zweiten Schritt erörtert das Bundesverfassungsgericht in seiner *Entscheidung zur Stiefkindadoption* als mögliche verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung dann die *Ehe als verbindliche Wertentscheidung* (Art. 6 Abs. 1 GG). Dabei bestätigte der Erste Senat erneut – unter Zitierung seiner Entscheidung zur Hinterbliebenenversorgung (2009) sowie der

²⁹⁴ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 99.

²⁹⁵ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 112.

²⁹⁶ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 120.

²⁹⁷ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 121.

Entscheidung zur Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz des Zweiten Senats (2010) –, dass aus der Wertentscheidung ein Beeinträchtungsverbot und Förderungsgebot folge, Art. 6 Abs. 1 GG jedoch zugleich kein Abstands- oder Benachteiligungsgebot zu entnehmen ist.²⁹⁸ Mit Blick auf die einfachrechtlichen Unterschiede zwischen verheirateten und nicht verheirateten Eltern führt das Bundesverfassungsgericht aus:

„Zwischen der ehelichen und der nichtehelichen Partnerschaft bestehen durchaus Unterschiede. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft unterscheidet sich von der Ehe insbesondere dadurch, dass sich die Partner keinen verbindlichen Normen unterwerfen. Familienrechtliche Regelungen, die das Verhältnis nicht verheirateter Paare betreffen (zum Beispiel die Unterhaltspflicht von Mutter und Vater aus Anlass der Geburt nach § 1615l BGB oder sorge- und umgangsrechtliche Regelungen in §§ 1626a, 1684 BGB), knüpfen an das gemeinsame Elternsein an, begründen jedoch keine gegenseitige Einstandspflicht als Paar. Auch ist die Auflösung der faktischen Lebensgemeinschaft – anders als die Beendigung der Ehe – allein vom einfachen Willen eines oder beider Partner abhängig und an keine rechtlichen Voraussetzungen und Verfahren gebunden.“²⁹⁹

„Gemessen am Regelungsziel ist die Ungleichbehandlung von Stiefkindern in ehelichen und in nichtehelichen Familien indessen nicht gerechtfertigt. Sie dient dem Ziel, Adoptionen in instabilen Stiefkindfamilien zu verhindern. Sie beruht wie gesehen auf der unwiderleglichen Vermutung, die nichteheliche Stiefkindfamilie sei instabil und habe nur vorübergehend Bestand. Diese Annahme hat sich aber in ihrer Rigorosität als nicht hinreichend tragfähig erwiesen (oben Rn. 97 ff.) und kann die ausnahmslose Schlechterstellung der nichtehelichen gegenüber der ehelichen Familiensituation nicht rechtfertigen.“³⁰⁰

Die Ehe als verbindliche Wertentscheidung kann damit die Ungleichbehandlung zwischen ehelichen und nichtehelichen Familien nicht rechtfertigen. Im Ergebnis erteilt der Erste Senat damit wie schon in den vorigen Passagen seiner Entscheidungsbegründung dem Stabilitätsargument als tragendem *Differenzierungskriterium* zwischen ehelichen und nichtehelichen Partnerschaften eine deutliche Absage.

b) Würdigung

Das Bundesverfassungsgericht erklärt in seiner *Entscheidung zur Stiefkindadoption* (2019) den Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien für verfassungswidrig und ermöglicht damit nun auch nicht verheirateten Paaren eine Stiefkindadoption, die zuvor nur für Eheleute vorgesehen war. Das Gericht erörtert die Unterschiede zwischen einem Aufwachsen in ehelichen und nichtehelichen Stiefkindfamilien vornehmlich aus Perspektive der Kinder und im Rahmen deren Grundrechte. Dabei übt der Erste Senat in dieser neueren Entscheidung deutliche Kritik am *Stabilitätsargument als Dif-*

²⁹⁸ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 124 f.

²⁹⁹ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 127.

³⁰⁰ BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 128.

ferenzierungskriterium zwischen ehelichen und nichtehelichen Partnerschaften. Das Gericht stellt zwar fest, dass der Gesetzgeber aus der Ehe auf die Stabilität der Beziehung schließen darf. Allerdings darf der Gesetzgeber dies nur in engen Grenzen: Ähnlich wie bereits der Zweite Senat dem Gesetzgeber in seiner *Entscheidung zum Ehegattensplitting* (2013) Grenzen bei seiner Typisierungsbefugnis setzte (dort mit Blick auf die gesetzgeberische typisierende Betrachtung des Aufwachsens von Kindern bei gleich- bzw. verschiedengeschlechtlichen Paaren), hat nun auch der Erste Senat eine typisierende Betrachtung, wonach eheliche Partnerschaften *typischerweise* stabiler seien als nicht-eheliche Partnerschaften, umfassend zurückgewiesen. Zu diesem überzeugenden Ergebnis gelangt das Bundesverfassungsgericht, weil es bei seiner Verfassungsinterpretation Erkenntnisse aus der Lebenspraxis systematisch berücksichtigt. Weil der Gesetzgeber dazu verpflichtet ist, realitätsgerecht den typischen Fall als Maßstab bei der Schaffung einer Regelung zugrunde zu legen, hat der Gesetzgeber, so das Gericht, mit dem alleinigen Kriterium der Ehelichkeit als Voraussetzung für eine Stiefkindadoption gerade kein realitätsgerechtes Leitbild gewählt.

Für diese Arbeit ist zudem die Entscheidungspassage relevant, in der auf die *Entscheidung zur Kostentragung der assistierten Reproduktion* (2007) eingegangen wird. Zunächst nimmt der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts – inhaltlich zutreffend – eine Differenzierung zwischen den bei der Stiefkindadoption *existierenden* Kindern (und deren Grundrechten) und den *nicht gezeugten* Kindern bei der Kostentragung der assistierten Reproduktion vor. Diese Unterscheidung geht dann zugleich mit einer deutlichen Distanzierung (vgl. die getroffene Wortwahl: „früher für verfassungsgemäß befunden“) der Entscheidung zur sozialrechtlichen Kostentragung der assistierten Reproduktion (2009) einher, die ein Jahrzehnt zuvor vom Zweiten Senat gefällt wurde.³⁰¹

Das Bundesverfassungsgericht leistet damit in dieser Entscheidung aus dem Jahr 2019 einen wichtigen Beitrag zur Anerkennung für nichteheliche Familien als weitere Familienform neben der ehelichen Familie. Unter Auseinandersetzung mit der empirischen Befundlage (Zunahme der nichtehelichen Familienmodellen, Scheidungsrate von Paaren mit Kindern) und unter Bezugnahme des

³⁰¹ Siehe zur Distanzierung von der früheren Rechtsprechung auch: BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 80 f.: „Auch der Bundesgerichtshof stellt in der hier angegriffenen Entscheidung (Beschluss vom 8. Februar 2017 – XII ZB 586/15 –, juris, Rn. 30) auf Vorteile ab, die das Kind habe, wenn es in einer ehelichen Familie aufwachse, und zitiert hierfür die Ausführungen im Urteil des BVerfG aus dem Jahr 2007 zur Begrenzung von Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung für künstliche Befruchtung (BVerfGE 117, 316 <328 f.>): Der Gesetzgeber dürfe in typisierender Betrachtung die Ehe wegen ihres besonderen rechtlichen Rahmens als eine Lebensbasis für ein Kind ansehen, die den Kindeswohlbelangen mehr Rechnung trage als eine nichteheliche Lebensgemeinschaft. [...] Diese Überlegungen gehen jedoch letztlich an der konkreten Situation des Stiefkinds vorbei.“

familienrechtlichen Schrifttums – allerdings nicht der (gegenläufigen) verfassungsrechtlichen Literaturstimmen, die keine Erwähnung finden – erteilt der Erste Senat somit der gesetzgeberischen Annahme, bei nichtehelichen Familienmodelle handele es sich stets um instabile Familienformen, eine deutliche Absage.

16. Zusammenfassung und Würdigung

Die in Betracht genommenen Entscheidungen im Zeitraum vom Ende der 1970er-Jahre bis heute lassen folgende Befunde zum Verhältnis des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe, Familie und Fortpflanzung feststellen:

Erstens stellte das Bundesverfassungsgericht bereits Ende der 1970er-Jahre in seiner *Trans I*-Entscheidung (1978) fest, dass eine Fortpflanzungsfähigkeit („Zeugungsfähigkeit des Mannes oder die Gebärfähigkeit der Frau“) keine Voraussetzung für eine Eheschließung (von trans Personen) ist. Damit stellte das Gericht bereits früh fest, dass eine konkrete Fortpflanzungsfähigkeit der Eheleute keine Voraussetzung für den verfassungsrechtlichen Ehebegriff (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG) ist.

Zweitens zeigten die analysierten Entscheidungen allerdings, dass das Bundesverfassungsgericht besonders in seiner älteren Rechtsprechung den verfassungsrechtlichen Schutz von (verschiedengeschlechtlicher) Ehe und Familie bzw. Familiengründung wie selbstverständlich zusammendachte (vgl. *Entscheidung zum Unterhaltsvorrang* [1984], *zum Familiennachzug* [1987], *Nichtannahmebeschluss zur Eheschließung von gleichgeschlechtlichen Personen* [1993]). Dementsprechend verstand das Bundesverfassungsgericht das Ehe- und Familiengrundrecht (Art. 6 Abs. 1 GG) verfassungsrechtsdogmatisch als einheitliches Grundrecht.

Drittens zeichnet sich bei der Frage, ob der besondere verfassungsrechtliche Schutz der Ehe (explizit) mit der Ehe als potentieller Reproduktionsgemeinschaft begründet werden kann, eine (ambivalente) Entwicklung in der Rechtsprechung ab: Noch in der *Entscheidung zum Lebenspartnerschaftsgesetz* im Jahr 2002 sah das Bundesverfassungsgericht den „wesentlichen“ Unterschied zwischen der (verschiedengeschlechtlichen) Ehe und der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft darin, dass aus einer Ehe „gemeinsame Kinder“ erwachsen können, aus einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft dagegen nicht. Ähnlich differenzierte der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in seiner *Entscheidung zum Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz* noch im Jahr 2010, wenn der Senat meint, der Unterschied zwischen der Ehe und der Lebenspartnerschaft bestehe darin, dass aus einer Lebenspartnerschaft „grundsätzlich keine gemeinsamen Kinder“ hervorgingen, währenddessen die Ehe „möglicher Ursprung einer eigenen Generationenfolge“ sein könne. Dieser Umschreibung von „gemeinsamen Kindern“ liegt die Vorstellung von genetisch zu gleichen

Teilen von den verschiedengeschlechtlichen Eltern abstammenden Kindern zugrunde. Gleichgeschlechtliche Paarbeziehungen wurden damit noch Anfang der 2000er-Jahre und vom Zweiten Senat noch im Jahr 2010 als per se nicht-reproduktive Gemeinschaft verstanden.

Inzwischen hat das Bundesverfassungsgericht allerdings, und zwar sowohl der Erste als auch der Zweite Senat, mehrfach betont, dass es zum einen kinderlose Ehen gibt, zum anderen nicht alle Ehen auf Kinder ausgerichtet sind und zudem auch gleichgeschlechtliche Personen eine Familie gründen können (*Entscheidung zur Hinterbliebenenversorgung* [2009], zum *Familienzuschlag* [2012], zum *Ehegattensplitting* [2013]). Insbesondere aus der mehrfachen Feststellung des Gerichts, dass „nicht alle Ehen auf Kinder ausgerichtet sind“, lässt sich schließen, dass das Bundesverfassungsgericht den verfassungsrechtlichen Ehebegriff (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG) nicht mehr an eine potentielle Fortpflanzung innerhalb der Ehe koppelt.³⁰²

Trotz dieser Rechtsprechungsentwicklung spiegeln die ergangenen abweichenden Voten den andauernden Dissens hierüber am Bundesverfassungsgericht wider: Sowohl *Evelyn Haas* als auch *Sibylle Kessal-Wulf* und *Herbert Landau* plädierten in ihren abweichenden Voten zum Lebenspartnerschaftsgesetz (2002) bzw. Ehegattensplitting (2013) für eine Rechtsauffassung, nach der der verfassungsrechtliche Schutz der Ehe gerade in ihrer Vorstufe zur Familie begründet sei und die in der Ehe angelegte potentielle Elternschaft entscheidend für die Zukunftsfähigkeit von Staat und Gesellschaft sei. Demnach sehen die abweichenden Voten den Grund für den verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe darin, dass die Ehe auf Fortpflanzung angelegt sei und Reproduktion innerhalb der Ehe die Zukunft der Gesellschaft sichere. Dieser Verfassungsinterpretation des Eheschutzes liegen damit biopolitische Erwägungen zugrunde. Das Bundesverfassungsgericht hat – in Abgrenzung zu den Rechtsauffassungen in den Sondervoten – dagegen mehrfach bestätigt, dass der verfassungsrechtliche Eheschutz gerade nicht (mehr) mit einer der Ehe zukommenden (gesellschaftlichen) Reproduktionsfunktion zu begründen ist. Das Bundesverfassungsgericht teilt auf diese Weise der Annahme einer bevölkerungspolitischen

³⁰² Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der BVerfG, Beschluss vom 22. Oktober 2014 – 2 BvR 661/12 –, juris Rn. 178, in der der Zweite Senat zwar feststellte, dass Art. 6 Abs. 1 GG „Ehe und Familie als die Keimzelle jeder menschlichen Gemeinschaft unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung“ stelle, jedoch keine Aussage darüber traf, in welchem Verhältnis der verfassungsrechtliche Ehebegriff zum verfassungsrechtlichen Familienbegriff steht. *Wollenschläger/Coester-Waltjen*, *Ehe für Alle*, 2018, 72 f., 78, 83 ff gelangen bei ihrer Interpretation der Rechtsprechungsentwicklung zu einem anderen Ergebnis. Sie vertreten, dass das BVerfG weiterhin den „Familienbezug der Ehe“ betone, was sie als „Angelegtsein der Ehe auf Familie“ umschreiben. Zudem versuchen sie das Differenzierungskriterium des „natürlichen Fortpflanzungspotentials“ (S. 83) stark zu machen, wenn sie betonten, allein die verschiedengeschlechtliche Ehe sei in der Lage, „Leben auf natürliche Weise weiterzugeben“, ebd., 95.

Zielsetzung des Art. 6 Abs. 1 GG eine Absage. Der Zweck des besonderen verfassungsrechtlichen Schutzes der Ehe wird stattdessen inzwischen überwiegend mit der besonderen Verantwortungsbeziehung begründet – in Abgrenzung zu rechtlich nicht abgesicherten Partnerschaften (vgl. *Entscheidung zur Kostentragung assistierter Reproduktion* [2007]; *zur Hinterbliebenenversorgung* [2009], *zum Familienzuschlag* [2012], siehe aber *Entscheidung des Ersten Senats zur Stiefkindadoption* [2019], dazu sogleich).

Viertens zeigte die Analyse, dass das Bundesverfassungsgericht in den älteren Entscheidungen mehrfach explizit die (verschiedengeschlechtliche) Ehe als die bestgeeignete Form der Familiengründung ansah (vgl. *Entscheidung zum Unterhaltsvorrang* [1984], *zum Familiennachzug* [1987], wohl auch *Nichtannahmebeschluss zur Eheschließung von gleichgeschlechtlichen Personen* [1993]). Die älteren Entscheidungen offenbarten damit, dass die Verfassungsinterpretation des Art. 6 Abs. 1 GG entscheidend vom Leitbild der ehebasier-ten Familie als einzig vollständiger Familiengemeinschaft geprägt wurde. Dem lag die Vorstellung zugrunde, dass ein verschiedengeschlechtliches Paar zunächst heiratet und dann in dieser Ehe Kinder bekommt („Ehe als alleinige Grundlage einer vollständigen Familiengemeinschaft“). Dieses Leitbild der ehebasierten Familie setzte sich fort in einer impliziten „Kindeswohlbetrachtung“, wenn es weiter in den älteren Entscheidungen heißt, dass eine „bestmögliche Entfaltung der Kinder“ nur in einer verschiedengeschlechtlichen Ehe ermöglicht werden könne. Diese leitbildbasierte verfassungsrechtliche Privilegierung der Ehe galt sowohl gegenüber verschiedengeschlechtlich nichtehelichen als auch gegenüber gleichgeschlechtlichen Partnerschaften.

Fünftens wurde diese Rechtsprechung jedoch in den letzten Jahren ebenfalls weitestgehend aufgegeben. Das Bundesverfassungsgericht entnimmt eine mögliche Besserstellung der (verschiedengeschlechtlichen) Ehe gegenüber gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften oder gegenüber nichtehelichen Partnerschaften nicht mehr unmittelbar der Verfassung (und damit einer in Art. 6 Abs. 1 GG enthaltenen Wertentscheidung), sondern überlässt diese Einschätzung dem Gesetzgeber im Rahmen dessen Gestaltungsspielraums als eine mögliche Lesart, setzt den gesetzgeberischen Annahmen bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung in den jüngeren Entscheidungen jedoch zunehmend (deutliche) Grenzen.

Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum war etwa Gegenstand der beiden Verfahren zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der sozialrechtlichen Förderung der assistierten Reproduktion (2007, 2009). Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hielt in seiner *Entscheidung zur Kostentragung der assistierten Reproduktion* (2007) die Beschränkung der Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung auf Ehepaare (§ 27a Abs. 1 Nr. 3 SGB V) für verfassungsgemäß. Die weiterhin geltende Ungleichbehandlung zwischen verheirateten und nicht verheirateten Paaren rechtfertigte der Zweite Senat des Bun-

desverfassungsgerichts zum einen damit, dass der Gesetzgeber eheliche Partnerschaften als „belastbarer“ als nichteheliche Partnerschaften einstufen durfte, und zum anderen, dass der Gesetzgeber die Ehe als die „bessere Lebensbasis“ für Kinder, etwa für deren „wirtschaftliche“ und „soziale“ Situation, ansehen durfte. Der Zweite Senat betonte auch in weiteren Entscheidungen, dass der Gesetzgeber bei seiner einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Art. 6 Abs. 1 GG berücksichtigen darf, dass die Ehe „nach wie vor in signifikantem Umfang Grundlage für ein ‚behütetes‘ Aufwachsen von Kindern ist“ (*Entscheidung zum Familienzuschlag* [2012] und *zum Ehegattensplitting* [2013]). Das Bundesverfassungsgericht betont insofern die einfachrechtliche Absicherung bei der Familiengründung, die mit der Ehe einhergeht (*Entscheidung zum Familienzuschlag* [2012], *zum Ehegattensplitting* [2013], *Stiefkindadoption* [2019]).

Der Zweite Senat hat jedoch in seiner *Entscheidung zum Ehegattensplitting* (2013) der „typisierenden Betrachtung“ des Gesetzgebers in diesem Bereich explizite Grenzen gesetzt. Danach darf der Gesetzgeber keine steuerrechtliche Regelung schaffen, die daran anknüpft, dass (nur) in verschiedengeschlechtlichen Ehen Kinder aufwachsen, und zwar gerade vor dem Hintergrund damit einhergehender Diskriminierungen von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Denn andernfalls – so die Argumentation des Zweiten Senats – würden dem Gesetzgeber „Spielräume eröffnet“ werden, „die die Verfassung zum Schutz von Minderheiten gerade verbietet“.³⁰³ Der Zweite Senat stellte damit mit gleichheitsrechtlichen Erwägungen fest, dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen gerade keine Regelung schaffen darf, die daran anknüpft, dass in verschiedengeschlechtlichen Ehen „typischerweise“ Kinder aufwachsen, wenn damit ausgeblendet wird, dass Kinder auch in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften aufwachsen.

Diese Linie setzt der Erste Senat in seiner *Entscheidung zur Öffnung der Stiefkindadoption für nichteheliche Familien* (2019) weiter fort. Nach dieser Entscheidung ist es verfassungsrechtlich zwar „unbedenklich“, die Ehe als einen Stabilitätsindikator für die Stiefkindadoption anzusehen. Allerdings nur dann, sofern daneben auch für nichteheliche Konstellationen eine Stabilitätsfeststellung zugelassen wird. Dabei setzt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber bei seiner Typisierungsbefugnis deutliche Grenzen, und zwar durch umfassende Berücksichtigung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse. Die Annahme, eine nichteheliche Familie sei typischerweise besonders fragil, ist demnach gerade nicht (mehr) mit dem Grundgesetz vereinbar. In der *Entscheidung zur Stiefkindadoption* des Ersten Senats (2019) distanziert sich das Gericht zudem explizit von der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Kostentragung der *Kostentragung der assistierten Reproduktion* des Zweiten Senats (2007).

³⁰³ BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11 –, juris Rn. 103.

Es überrascht nicht, dass die Frage der abstrakten oder potentiellen Reproduktionsfunktion der Ehe besonders dann virulent wurde, als es um die Anerkennung von gleichgeschlechtlichen Lebensformen ging. Indem das Bundesverfassungsgericht inzwischen mehrfach darauf hinwies, dass es zum einen selbst gewählte kinderlose Ehen gibt („nicht jede Ehe ist auf Kinder ausgerichtet“) und zum anderen zunehmend auch in Lebenspartnerschaften Kinder großgezogen werden, haben sowohl der Erste als auch der Zweite Senat inzwischen die Vielfalt faktisch vorhandener Lebensrealitäten von Menschen mit und ohne Kinder anerkannt. Dabei verwies das Gericht mehrfach darauf, dass Kindern sowohl bei verheirateten verschiedengeschlechtlichen Partnerschaften als auch in eingetragenen Lebenspartnerschaften ein Aufwachsen in „behüteten Verhältnissen“ ermöglicht werden kann (*Entscheidung zum Familienzuschlag* [2012], *zur Sukzessivadoption* [2013] und *zum Ehegattensplitting* [2013]; mit Blick auf Kinder in nichtehelichen Familien siehe die *Entscheidung zur Stiefkindadoption* [2019]). Einhergehend mit der Anerkennung von gleichgeschlechtlichen Elternschaftsmodellen hat das Bundesverfassungsgericht den Familienbegriff weiter geöffnet und erfasst damit zunehmend tatsächlich gelebte Familienkonstellationen (vgl. mit Blick auf diese Arbeit: *Entscheidung zur Sukzessivadoption* [2013], *zur Stiefkindadoption* [2019]). Inzwischen hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach festgestellt, dass das Familiengrundrecht vom Schutz der Ehe grundrechtsdogmatisch entkoppelt ist (mit Blick auf diese Arbeit: *Entscheidung zur Hinterbliebenenversorgung* [2009], *zur Sukzessivadoption* [2013]; *Stiefkindadoption* [2019]; noch unklar der Zweite Senat in seiner *Entscheidung zum Erbschafts- und Schenkungsgesetz* [2010] sowie zum *Familienzuschlag* [2012], inzwischen jedoch auch anerkannt in seiner *Entscheidung zum Ehegattensplitting* [2013]).

Sechstens ist für diese Arbeit bedeutsam, dass das Bundesverfassungsgericht im begründeten *Nichtannahmebeschluss zur Kostentragung* (2009) erstmals explizit ein von den Beschwerdeführenden eingebrachtes „Recht auf Familiengründung“ bzw. ein „Recht auf Nachkommenschaft“ (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie Art. 6 Abs. 1 GG) als eigenständiges Recht erwähnte. Die zuständige Zweite Kammer des Ersten Senats hat sich jedoch dazu nicht weiter verhalten, sich also nicht selbst zu dem von den Beschwerdeführenden eingebrachten Grundrecht positioniert. Weitere Ausführungen zu einer grundrechtlich eigenständig verbrieften reproduktiven Freiheit sind dem Beschluss daher nicht zu entnehmen.

Siebtens konstatierte das Bundesverfassungsgericht in den beiden Verfahren zur sozialrechtlichen Kostentragung, dass sich aus Art. 6 Abs. 1 GG keine „Förderpflicht“ des Staates zur Familiengründung ergebe. Das lässt zwei Schussfolgerungen zu: Zum einen lassen sich die Begründungen so lesen, dass der Staat von Verfassungs wegen nicht zu einer Geburtenförderung verpflichtet ist. Dem Gesetzgeber steht es demnach im Ergebnis frei, welchen Personen er

in welcher Höhe finanzielle Unterstützung zur Familiengründung gewährt, solange die Gründe der ungleichen Gewährung verfassungsrechtlich gerechtfertigt sind. Zum anderen stellte das Bundesverfassungsgericht damit im Ergebnis zutreffend fest, dass dem Familiengrundrecht (Art. 6 Abs. 1 GG) keine leistungsrechtlichen Ansprüche des Einzelnen gegenüber dem Staat zu entnehmen sind. Allerdings ist die sozialrechtliche Kostentragung assistierter Reproduktion ein Beispiel für das Spannungsfeld zwischen Regulierung und der individuellen Entscheidungsfreiheit, auf welche Weise Menschen Kinder zeugen (können) und ob sie Kinder zeugen (können): Wenn (bestimmten) Menschen die (vollumfängliche) Kostentragung zur assistierten Reproduktion verwehrt wird, sind die davon ausgeschlossenen Personen (nicht verheiratete Paare, gleichgeschlechtliche Paare oder alleinstehende Frauen) nicht nur in ihrer Freiheit, auf welche Weise sie Kinder bekommen, beschränkt, sondern möglicherweise auch in ihrer Freiheit, ob sie Kinder bekommen. Nach bisheriger gesetzgeberischer Entscheidung wird diesen Personen damit nicht die „gleiche reproduktive“ Freiheitsrealisierung ermöglicht.

V. Vom Schutz von Schwangeren und zur Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden

1. Einleitung

Die Lebensphase der Schwangerschaft ist für schwangere Personen mit intensiven leiblichen Erfahrungen verbunden. Je nach Lebenssituation und abhängig von den sozialen Umständen kann eine Schwangerschaft eine Phase darstellen, die von Zweifeln und Unsicherheiten geprägt ist. Wie zu Beginn der Arbeit herausgearbeitet, muss grundlegend zwischen unbeabsichtigten und gewollten Schwangerschaften differenziert werden. Aus einer Studie im Auftrag der BZgA ist bekannt, dass Schwangerschaften mit höchst unterschiedlichen Gefühlslagen verbunden sein können und auch ambivalent empfunden werden: Eine Schwangerschaft kann unbeabsichtigt eintreten, also ungeplant, zwiespältig im Sinne von unentschieden, erst später gewollt oder ungewollt sein.³⁰⁴ Eine Schwangerschaft kann aber auch gerade nicht geplant, aber durchaus gewollt sein.³⁰⁵ Zum Verständnis wichtig ist, dass eine ungewollte, also ungewollt eingetretene Schwangerschaft und ein gewolltes Kind keinen Widerspruch bedeuten.³⁰⁶ Ungewollte Schwangerschaften sind als multifaktorielles Geschehen zu begreifen, das unter dem Einfluss von Bedingungsfaktoren wie sexueller Ak-

³⁰⁴ BZgA (Hrsg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 23–26, 277, 282, *passim*.

³⁰⁵ BZgA (Hrsg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 26.

³⁰⁶ BZgA (Hrsg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 23.

tivität, Verhütungsverhalten, (nicht) vorhandenem Kinderwunsch, Alter, Partnerschaft, bereits vorhandene Kinder, Beruf, Wohnung, Geld, Gesundheit und soziale Normen wie persönliche Ressourcen steht.³⁰⁷

Ein etwaiger Schutz von schwangeren Personen ist zunächst nicht explizit im Grundgesetz normiert. Art. 6 Abs. 4 GG gewährt allerdings jeder *Mutter* Anspruch auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft. Im einfachen Recht gilt eine Frau dann als Mutter, wenn sie ein Kind geboren hat (§ 1591 BGB). Das Mutterschutzgesetz differenziert ebenfalls durchgehend zwischen Schwangerschaft und Mutterschaft. So gilt das Gesetz ausdrücklich für jede Person, die schwanger ist, ein Kind geboren hat oder stillt (§ 1 Abs. 4 MuSchG). Das entspricht dem allgemeinen Sprachgebrauch, wonach üblicherweise von Schwangeren oder *werdenden* Müttern die Rede ist.

Das Bundesverfassungsgericht verhandelte die Lebensphase der Schwangerschaft in unterschiedlichen Kontexten. Zum einen setzte sich das Gericht mit dem verfassungsrechtlichen Schutz von schwangeren Personen auseinander (etwa 1972, 2001). In der *Entscheidung zur Haftung nach fehlgeschlagener Sterilisation* (1997) befasste sich das Gericht mit der Frage der Entschädigung nach einer ungewollt eingetretenen Schwangerschaft und verstand eine ungewollte Schwangerschaft als unbefugten erheblichen Eingriff in die körperliche Integrität. In zwei bekannten Entscheidungen nahm das Bundesverfassungsgericht zudem eine verfassungsrechtliche Beurteilung der strafrechtlichen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch vor (1975, 1993). Während eine Vielzahl menschenrechtlicher Gewährleistungen das Recht, eine Schwangerschaft zu beenden, als zentralen Bestandteil reproduktiver Rechte umfasst sieht, kassierte das Bundesverfassungsgericht gleich zweimal gesetzgeberische Reformen des weiterhin im Strafgesetzbuch geregelten Schwangerschaftsabbruchs (§§ 218 ff. StGB). Die ergangenen Sondervoten zeigen allerdings, dass die verfassungsrechtliche Beurteilung des Schwangerschaftsabbruchsverbots auch am Bundesverfassungsgericht nicht unumstritten war. Wie auch bei den sonstigen analysierten und zu analysierenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ist es nicht Ziel der nachfolgenden Rekonstruktion, eine verfassungsrechtliche Beurteilung der einfachgesetzlichen Kriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs vorzunehmen. Vielmehr beleuchtet diese Arbeit die nachfolgenden Entscheidungen erneut darauf, wie das Bundesverfassungsgericht reproduktive Entscheidungsfreiheit aus individualrechtlicher Perspektive, also aus Sicht der schwangeren Person, verhandelt.

³⁰⁷ BZgA (Hrsg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 278, 284. Neue wissenschaftlich basierte Erkenntnisse zum Erleben und Verarbeiten ungewollter Schwangerschaften, zu den psychosozialen Beratungs- und Unterstützungsangeboten sowie zur medizinischen Versorgungssituation soll eine Studie mit dem Titel „Erfahrungen und Lebenslagen ungewollt Schwangerer – Angebote der Beratung und Versorgung (Elsa)“ in Auftrag gegeben vom BMG bis Herbst 2023 liefern, vgl. <https://elsa-studie.de> (zuletzt 27.12.2022).

Die nachfolgenden Entscheidungen nehme ich somit mit folgenden Forschungsfragen in den Blick: Unter welchen Grundrechten verhandelt das Gericht reproduktive Entscheidungen während der Schwangerschaft? Auf welche Weise wird der soziale Kontext reproduktiver Entscheidungen während der Schwangerschaft erörtert? Nimmt das Bundesverfassungsgericht dabei die soeben erwähnten Bedingungsfaktoren von (ungewollten) Schwangerschaften in den Blick? Welche Hintergrundannahmen offenbaren sich bei den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts?

2. Entscheidung zum Kündigungsschutz von Schwangeren (1972)

Anfang der 1970er-Jahre setzte sich das Bundesverfassungsgericht in einem Vorlageverfahren mit der Frage auseinander, ob die Regelung des damaligen § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG mit dem Grundgesetz vereinbar ist (Art. 6 Abs. 4 GG). Gegenstand der Vorschrift war eine Fristenregelung, nach der die schwangere Person im Falle einer erfolgten Kündigung des Arbeitgebers binnen zwei Wochen ihrem Arbeitgeber ihre Schwangerschaft mitteilen musste, um einen zusätzlichen Kündigungsschutz für Schwangere zu erhalten. Im Ausgangsverfahren ging es damit um die Frage, ob eine Kündigung einer schwangeren Arbeitnehmerin aufgrund der Bestimmungen des Mutterschutzgesetzes unwirksam ist. Das vorliegende Arbeitsgericht hielt die Ausschlussfrist von zwei Wochen für unvereinbar mit Art. 6 Abs. 4 GG, Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip, weil die Regelung besonders nicht verheiratete Frauen, die im Falle einer Kündigung die gesetzliche Mitteilungspflicht, unter Umständen auch aus Unkenntnis der Regelung, oft nicht einhielten, schwer treffen könne.³⁰⁸ Zudem benachteilige die Vorschrift schwangere Arbeitnehmerinnen gegenüber nichtschwangeren Arbeitnehmerinnen und gegenüber allen männlichen Arbeitnehmern (Art. 3 Abs. 3 GG).³⁰⁹

Das Bundesverfassungsgericht begrenzte aufgrund des konkreten Sachverhalts des Ausgangsverfahrens die Vorlagefrage auf die Fälle, in denen schwangere Frauen zum Zeitpunkt der Kündigung bereits von ihrer Schwangerschaft wussten und sodann die fristgerechte Mitteilung versäumten.³¹⁰ Anders als das vorliegende Arbeitsgericht hielt das Bundesverfassungsgericht dann die Vorschrift für verfassungsgemäß.

³⁰⁸ ArbG Hannover, Beschluss vom 12. Dezember 1969 – 2 Ca 255/69 –, juris (Ls.); vgl. zur Begründung des Vorlagebeschlusses BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 1972 – 1 BvL 3/70 –, juris Rn. 9.

³⁰⁹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 1972 – 1 BvL 3/70 –, juris Rn. 10.

³¹⁰ BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 1972 – 1 BvL 3/70 –, juris Rn. 13.

a) Inhalt

Mit Blick auf den persönlichen Schutzbereich der Grundrechtsnorm des Art. 6 Abs. 4 GG heißt es in der *Entscheidung zum Kündigungsschutz der schwangeren Arbeitnehmerin*:

„Es kann hier offenbleiben, ob diese Norm eine Frau nur während der Schwangerschaft schützt oder ob sie darüber hinaus auch einen verfassungsrechtlichen Schutz jeder Frau bedeutet, die Mutter geworden ist. Denn wenn der Mutterschutz überhaupt Bedeutung haben soll, dann vor allem für die Zeit der Schwangerschaft, um die es hier allein geht.“³¹¹

Den sachlichen Gewährleistungsgehalt des Art. 6 Abs. 4 GG skizziert das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung wie folgt:

„[Nach] Art. 6 Abs. 4 GG hat jede Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft. Diese Norm enthält nicht nur einen Programmsatz, sondern einen bindenden Auftrag an den Gesetzgeber, dessen Erfüllung nicht in seinem freien Belieben steht. Dafür spricht schon der Wortlaut, aber auch die Entstehungsgeschichte. Gegenüber Art. 119 Abs. 3 WRV hat Art. 6 Abs. 4 GG bewußt eine andere konkretere Fassung erhalten, wonach der Schutz nicht mehr allgemein auf ‚die Mutterschaft‘ bezogen, sondern ‚jeder Mutter‘ zugesprochen ist. Art. 6 Abs. 4 GG ist ebenso wie Art. 6 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 6, 55 [76]) und Art. 6 Abs. 5 GG (vgl. BVerfGE 25, 167 [173]) Ausdruck einer verfassungsrechtlichen Wertentscheidung, die für den gesamten Bereich des privaten und öffentlichen Rechts verbindlich ist.“³¹²

Die Pflichten der Schwangeren formuliert das Gericht wie folgt:

„Die Vorschrift, daß die Schwangerschaft dem Arbeitgeber binnen einer bestimmten Frist mitgeteilt werden muß, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, da der Arbeitgeber wegen der ihm durch die Beschäftigung einer werdenden Mutter obliegenden erhöhten Pflichten alsbald Klarheit darüber erhalten muß, ob das Arbeitsverhältnis fortbesteht oder nicht. Die Frist von zwei Wochen ist auch so bemessen, daß die werdende Mutter bei zumutbarer Sorgfalt in der Wahrung ihrer Rechte den Kündigungsschutz nicht verlieren kann. [...] Die Mitteilung der Schwangerschaft an den Arbeitgeber ist der Arbeitnehmerin auch zumutbar. Sie kann nicht im Hinblick auf etwa bei ihr bestehende innere Hemmungen einen bedingungslosen Schutz zu Lasten anderer beanspruchen.“³¹³

Zudem stellt das Gericht in der Entscheidung fest, dass eine vom vorliegenden Amtsgericht angenommene Verletzung des allgemeinen Sozialstaatsprinzips ausscheidet.

„Denn Art. 6 Abs. 4 GG konkretisiert dieses Prinzip für seinen speziellen Bereich.“³¹⁴

Allerdings ließ das Bundesverfassungsgericht offen, wie weit der sozialstaatliche Auftrag des Art. 6 Abs. 4 GG reicht:

³¹¹ BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 1972 – 1 BvL 3/70 –, juris Rn. 15.

³¹² BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 1972 – 1 BvL 3/70 –, juris Rn. 15.

³¹³ BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 1972 – 1 BvL 3/70 –, juris Rn. 16.

³¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 1972 – 1 BvL 3/70 –, juris Rn. 18.

„Es bedarf keiner abschließenden Prüfung, wie weit der Schutz der Mutter durch den Gesetzgeber verfassungsrechtlich geboten ist. Es kann unterstellt werden, daß Art. 6 Abs. 4 GG den Bestand des Arbeitsverhältnisses einer schwangeren Arbeitnehmerin gewährleistet und den Gesetzgeber anweist, die werdende Mutter gegen den Verlust des Arbeitsplatzes zu schützen.“³¹⁵

b) Würdigung

Das Bundesverfassungsgericht stellte in dieser *Entscheidung zum Kündigungsschutz* die schwangere Arbeitnehmerin unter den Schutz des Art. 6 Abs. 4 GG. Das Bundesverfassungsgericht eröffnete den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 4 GG folglich auch für eine Frau, die (erst) schwanger ist und damit noch kein Kind geboren hat. Das Gericht interpretiert damit den Wortlaut „Mutter“ im Rahmen des Art. 6 Abs. 4 GG dahingehend, dass hiervon auch der Schutz Schwangerer umfasst ist. Das Gericht begründet die Einbeziehung schwangerer Personen in den Schutzbereich allein damit, dass der Mutterschutz vor allem für die Phase der Schwangerschaft Bedeutung habe. Den Inhalt dieser Aussage zweifelt diese Arbeit nicht an. Allerdings überrascht, dass eine Begriffsauseinandersetzung mit dem Wortlaut „Mutter“ (Art. 6 Abs. 4 GG) in der Entscheidungsbegründung fehlt. Zudem erstaunt, dass das Gericht in dieser Entscheidung trotz des eindeutigen Wortlauts („Mutter“) gar offenließ, ob der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 4 GG auch *jede Mutter* miteinschließt oder nur *schwangere* Frauen, die ja erst im Begriff sind, Mutter zu werden, erfasst.

Auf die sozialen Umstände, die für schwangere Personen je nach Lebenssituation unterschiedlich ausfallen, ging das Bundesverfassungsgericht nicht ein. Gerade anders als das vorliegende Arbeitsgericht im Vorlagebeschluss. Dieses verwies nämlich darauf, dass die Ausschlussfrist von zwei Wochen für unverheiratete schwangere Frauen eine besondere Belastung darstellen kann. Damit hatte das vorliegende Gericht vor Augen, dass die Regelung auf unterschiedliche Lebensrealitäten von schwangeren Personen trifft, die das Arbeitsgericht vom Gesetzgeber für nicht berücksichtigt hielt. Zudem verwies das Arbeitsgericht nicht nur auf die individuell unterschiedliche Lebenssituation, sondern auch auf strukturelle Missstände, nach denen es schwangeren Frauen deutlich schwerer falle, einen neuen Arbeitsplatz zu finden. Eine weitere Auseinandersetzung mit diesen Einwänden und insbesondere eine Differenzierung von Schwangeren je nach Lebenssituation lassen sich in der Entscheidungsbegründung ebenso wenig wie die vom Arbeitsgericht im Vorlagebeschluss nahegelegte Prüfung von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG vorfinden. Stattdessen verweist das Bundesverfassungsgericht auf eine zumutbare Sorgfaltspflicht und darauf, dass schwangere Personen im Hinblick auf „bestehende innere Hemmungen einen bedingungslosen Schutz zu Lasten anderer“ nicht beanspruchen könnten. Diese Ausführungen wären jedenfalls zur heutigen Zeit, in der nichteheliche

³¹⁵ BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 1972 – 1 BvL 3/70 –, juris Rn. 16.

Mutterschaft nicht mehr in gleicher Weise stigmatisiert ist, nur schwer mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 GG vereinbar.

3. Schwangerschaftsabbruch I-Entscheidung (1975)

Auf Antrag des Landes Baden-Württemberg entschied das Bundesverfassungsgericht, genauer der zuständige Erste Senat, in der *Schwangerschaftsabbruch I-Entscheidung* (1975) über die Frage, ob die sog. Fristenregelung nach § 218a StGB in der Fassung vom 18. Juni 1974, wonach der Schwangerschaftsabbruch in den ersten zwölf Wochen seit der Empfängnis unter bestimmten Voraussetzungen straffrei blieb, mit dem Grundgesetz vereinbar war.³¹⁶

Die nachfolgende Rekonstruktion fokussiert darauf, nach den Grundrechtspositionen der schwangeren Person zu fragen. Zu dieser Frage gehört auch ein Blick darauf, ob und wie das Bundesverfassungsgericht den sozialen Kontext, wie die Rolle der Ärzteschaft, die diesen medizinischen Eingriff durchführt, und die sozialen Umstände, die zu einer ungewollten Schwangerschaft und gegebenenfalls zu einem Schwangerschaftsabbruch führen, in den Blick nimmt (vgl. Kapitel 1, II.). Diese Blickrichtung auf die zu analysierenden Entscheidungen stellt allerdings bereits einen Perspektivwechsel dar. Denn das Bundesverfassungsgericht nahm als Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Beurteilung der jeweils gültigen strafrechtlichen Regelung zum Schwangerschaftsabbruch die staatliche Pflicht, den Embryo zu schützen. Diese Betrachtungsweise wird nachfolgend als embryozentrierte Perspektive umschrieben.³¹⁷ Die reproduktiven Belange der schwangeren Frau werden dann erst in einem zweiten Schritt als ein mit der Schutzpflicht kollidierendes Grundrecht erörtert.

³¹⁶ Siehe für einen rechtshistorischen Überblick zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs sowie für einen Einblick in den mühsamen Gesetzgebungsprozess BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 31–75.

³¹⁷ Zwar ohne diese explizite Bezeichnung, liegt diese Beobachtung der embryozentrierten Debatte auch folgenden Arbeiten zugrunde *Wiesemann*, Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen, 2006, 13 („Embryodebatte“), 19 („Statusdebatte“); siehe auch *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 31; siehe auch *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (32): „in Deutschland [steht] die gesamte Debatte unter dem Zeichen des Embryonenschutzes“; *dies.* in: *Lembke* (Hrsg.), Regulierungen des Intimen, 2017, 97–116 (104): „Das Gericht denkt nur vom Embryo her.“

a) Inhalt

aa) Entscheidung der Senatsmehrheit

Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Prüfung der Fristenregelung in der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung ist, wie bereits erwähnt, die Schutzpflicht des Staates gegenüber dem Embryo. Zum nachfolgenden Verständnis sind deshalb grundlegende Ausführungen des Gerichts zu dieser Schutzpflicht wichtig.

(1) Konzeption des Embryos

Das Bundesverfassungsgericht versteht den Embryo in der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung als „selbständiges menschliches Wesen“³¹⁸. Nach dem Bundesverfassungsgericht gebietet die Schutzpflicht,

„sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen, das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren“.³¹⁹

Zur Einordnung der Grundrechtspositionen der schwangeren Frau ist diese Konzeption zentral: Die schwangere Frau versteht das Gericht als eine Person mit entgegengesetzten Interessen („Schutz vor Eingriffen von seiten *anderer*“). Das Bundesverfassungsgericht konzipiert damit den *Embryo als* das *Gegenüber*, das vor der schwangeren Frau zu schützen sei. Denn die staatliche Schutzpflicht, so das Gericht, „besteht grundsätzlich auch gegenüber der Mutter“.³²⁰ Die Beendigung einer Schwangerschaft sieht das Gericht als „Vernichtung“ an, die im „freien Belieben eines anderen“³²¹ steht. Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung des strafrechtlichen Verbots des Schwangerschaftsabbruchs nimmt das Bundesverfassungsgericht demnach primär die Perspektive des Embryos ein.

(2) (Grund)-Rechtspositionen der schwangeren Frau

Erst in einem zweiten Schritt nimmt das Gericht die Grundrechtsposition der schwangeren Frau, die durch das Strafrechtsverbot zunächst eingeschränkt wird in ihrer Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden, in den Blick. Die Lebensphase der Schwangerschaft fasst das Gericht dabei wie folgt:

„Unzweifelhaft begründet die natürliche Verbindung des ungeborenen Lebens mit dem der Mutter eine besonders geartete Beziehung, für die es in anderen Lebenssachverhalten keine

³¹⁸ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 154.

³¹⁹ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 153.

³²⁰ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 154.

³²¹ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 168.

Parallele gibt. Die Schwangerschaft gehört zur Intimsphäre der Frau, deren Schutz durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verbürgt ist.³²²

Das Gericht ordnet die Lebensphase der Schwangerschaft damit der Intimsphäre als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu. Dieser Bereich ist absolut geschützt.³²³ Das Selbstbestimmungsrecht umfasst, so das Gericht weiter,

„die Selbstverantwortung der Frau [...], sich gegen eine Elternschaft und die daraus folgenden Pflichten zu entscheiden.“³²⁴

Wenngleich das Gericht die Schwangerschaft damit dem absolut geschützten Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuordnet, so heißt es weiter in der Entscheidung, der (staatlichen) Pflicht, den Embryo *vor* der Schwangeren zu schützen, komme von Verfassungs wegen jedoch grundsätzlich Vorrang zu; daher könne das *Selbstbestimmungsrecht* von vornherein nie

„die Befugnis umfassen, in die geschützte Rechtssphäre eines anderen ohne rechtfertigenden Grund einzugreifen oder sie gar mit dem Leben selbst zu zerstören, am wenigsten dann, wenn nach der Natur der Sache eine besondere Verantwortung gerade für dieses Leben besteht.“³²⁵

Das Gericht deklariert weiter eine besondere *Verantwortung* gegenüber dem Embryo, die jedoch in der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung noch nicht weiter ausgeführt wird. Das Bundesverfassungsgericht ist der Ansicht, die Rechtsordnung dürfe von Verfassung wegen

„das Selbstbestimmungsrecht der Frau [nicht] zur alleinigen Richtschnur ihrer Regelungen machen“.³²⁶

Im Gegenteil:

„Der Staat muß grundsätzlich von einer Pflicht zur Austragung der Schwangerschaft ausgehen, ihren Abbruch also grundsätzlich als Unrecht ansehen.“³²⁷

Das Bundesverfassungsgericht begründet diese Austragungspflicht unter anderem damit, dass der falsche Eindruck vermieden werden müsse,

³²² BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 154.

³²³ Vgl. bereits BVerfG, Urteil vom 16. Januar 1957 – 1 BvR 253/56 –, juris Rn. 33; Beschluss vom 16. Juli 1969 – 1 BvL 19/63 –, juris Rn. 25; Beschluss vom 8. März 1972 – 2 BvR 28/71 –, juris Rn. 22; Beschluss vom 24. Juni 1993 – 1 BvR 689/92 –, juris Rn. 51.

³²⁴ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 154.

³²⁵ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 156.

³²⁶ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 156.

³²⁷ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 156.

„als handle es sich beim Schwangerschaftsabbruch um den gleichen sozialen Vorgang wie etwa den Gang zum Arzt zwecks Heilung einer Krankheit oder gar um eine rechtlich irrelevante Alternative zur Empfängnisverhütung.“³²⁸

Der zuständige Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts unternimmt sodann den Versuch, die Auswirkungen einer (ungewollten) Schwangerschaft in den Blick zu nehmen, ist jedoch zugleich der Auffassung, dass dies keiner näheren Darlegung bedürfe:

„Die einschneidenden Wirkungen einer Schwangerschaft auf den körperlichen und seelischen Zustand der Frau sind unmittelbar einsichtig und bedürfen keiner näheren Darlegung. Sie bedeuten häufig eine erhebliche Änderung der gesamten Lebensführung und eine Einschränkung der persönlichen Entfaltungsmöglichkeiten. [...] Hier können sich im Einzelfall schwere, ja lebensbedrohende Konfliktsituationen ergeben. Das Lebensrecht des Ungeborenen kann zu einer Belastung der Frau führen, die wesentlich über das normalerweise mit einer Schwangerschaft verbundene Maß hinausgeht.“³²⁹

Da das Gericht explizit auf eine tiefere Erörterung verzichtet, lassen sich nur rudimentär Ausführungen zu den Auswirkungen einer ungewollten Schwangerschaft in der Entscheidungsbegründung der Senatsmehrheit finden. Eine „normale“ ungewollte Schwangerschaft („ohne schwere innere Konflikte“) beschreibt das Gericht als „Normalsituation“, „mit der jeder fertig werden muß.“³³⁰

Grundsätzlich besteht nach der Entscheidungsbegründung für eine ungewollt schwangere Frau damit die Pflicht, den Embryo auszutragen. Der Schwangerschaftsabbruch stellt danach grundsätzlich „strafwürdiges Unrecht“³³¹ dar. Das Gericht geht sodann der Frage nach, in welchen Fällen eine Austragungspflicht für die Frau nicht zumutbar ist und führt hierzu aus:

„Es ergibt sich [...] die Frage, ob der Staat auch in solchen Fällen mit dem Mittel des Strafrechts die Austragung der Schwangerschaft erzwingen darf. Achtung vor dem ungeborenen Leben und Recht der Frau, nicht über das zumutbare Maß hinaus zur Aufopferung eigener Lebenswerte im Interesse der Respektierung dieses Rechtsgutes gezwungen zu werden, treffen aufeinander. In einer solchen Konfliktslage, die im Allgemeinen auch keine eindeutige moralische Beurteilung zuläßt und in der die Entscheidung zum Abbruch einer Schwangerschaft den Rang einer achtenswerten Gewissensentscheidung haben kann, ist der Gesetzgeber zur besonderen Zurückhaltung verpflichtet.“³³²

Das Gericht geht damit von einer grundsätzlichen Pflicht zur „Aufopferung eigener Lebenswerte“ der Frau aus. Der Staat darf, so das Gericht, die Austragung grundsätzlich „erzwingen“. Nur bei „schweren inneren Konflikten“ fordere die „Achtung vor der Persönlichkeitssphäre des Menschen volle innere

³²⁸ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 164.

³²⁹ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 164.

³³⁰ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 165.

³³¹ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 168.

³³² BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 164.

Entscheidungsfreiheit“³³³. Dem Selbstbestimmungsrecht der Frau wird damit erst bei einer „ernsthaften“ inneren Konfliktlage Bedeutung beigemessen. Dieser „Pflicht zum Austragen“ und zur „Aufopferung eigener Lebenswerte“ liegt nicht nur die Vorstellung zugrunde, ein Mensch habe zugunsten des Embryos eigene Bedürfnisse zurückzustellen, sondern es offenbart sich ein starkes Leitbild, das Frauen mit Müttern gleichsetzt. Das zeigen besonders die folgenden Passagen der Entscheidungsbegründung:

„Nicht immer und nicht voll wird diese Belastung [gemeint: die Auswirkungen einer Schwangerschaft auf den körperlichen und seelischen Zustand der Frau, LK] dadurch ausgeglichen, daß die Frau in ihrer Aufgabe als Mutter neue Erfüllung findet“.³³⁴

„Den mütterlichen Schutzwillen dort, wo er verloren gegangen ist, wieder zu erwecken und erforderlichenfalls zu stärken, sollte das vornehmste Ziel der staatlichen Bemühungen um Lebensschutz sein.“³³⁵

„[Es] wird [...] hauptsächlich darauf ankommen, die Bereitschaft der werdenden Mutter zu stärken, die Schwangerschaft eigenverantwortlich anzunehmen und die Leibesfrucht zum vollen Leben zu bringen.“³³⁶

Aus diesem Grund müsste der Staat „gesellschaftliche Einstellungen und Anschauungen“³³⁷ durch „umfassende Erziehungsarbeit“³³⁸ verändern. Dieser Logik des Gerichts entspricht, dass die zum Schwangerschaftsabbruch *entschlossene* Frau – die damit der vom Gericht deklarierten Aufgabe als Mutter nicht nachkommt – strafrechtlich sanktioniert werden muss:

„Eine – formale – gesetzliche Mißbilligung des Schwangerschaftsabbruchs würde [...] nicht ausreichen; denn darüber wird sich die zum Schwangerschaftsabbruch entschlossene Frau hinwegsetzen. [...] Es gibt viele Frauen, die von vornherein zum Schwangerschaftsabbruch entschlossen und einer Beratung [...] nicht zugänglich sind, ohne daß ein nach der Wertordnung der Verfassung achtenswerter Grund für den Abbruch vorliegt. Diese Frauen befinden sich weder in einer materiellen Notlage noch in einer schwerwiegenden seelischen Konfliktsituation. Sie lehnen die Schwangerschaft ab, weil sie nicht willens sind, den damit verbundenen Verzicht und die natürlichen mütterlichen Pflichten zu übernehmen. Sie mögen ernstliche Gründe für ihre Haltung gegenüber dem werdenden Leben haben; es sind aber keine Gründe, die gegenüber dem Gebot des Schutzes menschlichen Lebens Bestand haben können. [...] Das sich entwickelnde Leben ist ihrer willkürlichen Entschließung schutzlos preisgegeben.“³³⁹

³³³ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 165.

³³⁴ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 164.

³³⁵ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 158.

³³⁶ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 158.

³³⁷ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 158.

³³⁸ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 158.

³³⁹ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 180.

Aus der embryozentrierten Perspektive des Bundesverfassungsgerichts stellt somit eine zum Abbruch fest entschlossene Frau, die einer Beratung „nicht zugänglich“ ist, eine Gefahr dar. Daher gilt es, so das Gericht, „die Schwangere von ihrem Entschluß abzubringen“.³⁴⁰ Es fällt zudem auf, dass die Verfassungsinterpretation mit einem moralischen Vorverständnis erfolgt, so etwa, wenn das Bundesverfassungsgericht abschließend feststellt:

„Die leidenschaftliche Diskussion der Abtreibungsproblematik mag Anlaß zu der Befürchtung geben, daß in einem Teil der Bevölkerung der Wert des ungeborenen Lebens nicht mehr voll erkannt wird. Das gibt jedoch dem Gesetzgeber nicht das Recht zur Resignation.“³⁴¹

(3) Rolle der Ärzteschaft

Zum sozialen Kontext der Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch gehört auch die Frage, wer diesen medizinischen Eingriff durchführt. Aus diesem Grund setzte sich das Gericht auch mit der Rolle der Ärztinnen und Ärzte auseinander, die den Schwangerschaftsabbruch je nach Methode heute medikamentös oder operativ durchführen:

„[Es] werden sich vor allem solche Ärzte zur Verfügung stellen, die im Schwangerschaftsabbruch entweder ein gewinnbringendes Geschäft sehen oder jedem Wunsch einer Frau nach Schwangerschaftsabbruch zu entsprechen geneigt sind, weil sie darin lediglich eine Manifestation des Selbstbestimmungsrechts oder ein Mittel zur Emanzipation der Frau erblicken.“³⁴²

„Für die zum Schwangerschaftsabbruch entschlossene Frau kommt es [...] nur darauf an, einen willfähigen Arzt zu finden.“³⁴³

Argumentativ zeichnet das Bundesverfassungsgericht unterschiedliche Bilder der Ärzteschaft. Diesen Hintergrundannahmen gehe ich im Rahmen der Würdigung nach. In den vom Gericht genannten Fällen, so heißt es in der Entscheidungsbegründung weiter, sei jedenfalls

„eine Beeinflussung der Schwangeren im Sinne einer Fortsetzung der Schwangerschaft durch den Arzt sehr unwahrscheinlich.“³⁴⁴

Dieses anklingende Misstrauen gegenüber der Ärzteschaft belegt auch folgende Passage:

„[D]a er [der Arzt, LK] sowohl die soziale wie die ärztliche Beratung vornehmen und schließlich auch den Eingriff durchführen darf, ist von ihm nicht der ernsthafte Versuch zu erwarten, die Schwangere von ihrem Entschluß abzubringen.“³⁴⁵

³⁴⁰ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 200.

³⁴¹ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 204.

³⁴² BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 198.

³⁴³ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 200.

³⁴⁴ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 198.

³⁴⁵ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 200.

bb) Abweichendes Votum

Dass die Urteilsfindung um die verfassungsrechtliche Beurteilung der strafrechtlichen Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs nicht ohne Kontroversen innerhalb des entscheidenden Senats des Bundesverfassungsgerichts auskam, zeigt das Sondervotum der Richterin *Wiltraut Rupp-von Brünneck* und des Richters *Helmut Simon*. Das abweichende Votum der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung stützte sich im Wesentlichen auf vier Kritikpunkte, die es an der Begründung der Senatsmehrheit äußerte. Erstens missachte die Senatsmehrheit den Grundsatz der Gewaltenteilung, in dem sie mit ihrer umfassenden verfassungsgerichtlichen Kontrolle unzulässig die Gestaltungsfreiheit des Bundestags einenge, damit als „politische Schiedsinstanz“³⁴⁶ die Aufgabe des unmittelbar demokratisch gewählten Gesetzgebers ersetze und hierdurch das „Gebot richterlicher Selbstbeschränkung“³⁴⁷ missachte.³⁴⁸ Zweitens richtet sich die zentrale Kritik an der Senatsmehrheitsentscheidung darauf, dass diese die Funktion der Grundrechte – gemeint ist damit die abwehrrechtliche und freiheitssichernde Funktion – umkehre, indem „eine objektive Wertentscheidung dazu dienen soll, eine Pflicht des Gesetzgebers zum Erlass von Strafnormen, also zum stärksten denkbaren Eingriff in den Freiheitsbereich des Bürgers zu postulieren“³⁴⁹. Drittens verkenne die Senatsmehrheit die (grundrechtsdogmatische) „Singularität des Schwangerschaftsabbruchs“³⁵⁰. Die Analyse der vorliegenden Arbeit richtet sich auf die Untersuchung der reproduktiven Entscheidungsfreiheit aus Sicht der Schwangeren und fokussiert sich daher auf diesen und einen weiteren Kritikpunkt.

(1) (Grund)-Rechtspositionen der schwangeren Person

Das Sondervotum erfasst – in Abgrenzung zur Senatsmehrheit – zunächst die Belange der schwangeren Person wie folgt:

„Die Besonderheit, daß in der Person der Schwangeren eine singuläre Einheit von ‚Täter‘ und ‚Opfer‘ vorliegt, fällt rechtlich bereits deswegen ins Gewicht, weil der Schwangeren – anders als dem Adressaten von Strafvorschriften gegen Tötungsdelikte – weit mehr abverlangt wird als nur ein Unterlassen: Sie soll nicht nur die mit dem Austragen der Leibesfrucht

³⁴⁶ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 227 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁴⁷ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 228 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁴⁸ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 267 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁴⁹ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 229 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁵⁰ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 240 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

verbundenen tiefgreifenden Veränderungen ihrer Gesundheit und ihres Wohlbefindens dulden, sondern auch die Eingriffe in ihre Lebensgestaltung hinnehmen, die sich aus Schwangerschaft und Geburt ergeben, besonders die mütterliche Verantwortung für die weitere Entwicklung des Kindes nach der Geburt tragen. Anders als bei den genannten Tötungsdelikten kann und muß der Gesetzgeber ferner davon ausgehen, daß das Schutzobjekt – die Leibesfrucht – am wirksamsten durch die Mutter selbst geschützt wird und daß deren Bereitschaft zum Austragen der Leibesfrucht durch Maßnahmen verschiedenster Art gestärkt werden kann.“³⁵¹

Indem das Sondervotum das strafrechtliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs zunächst aus der Perspektive der schwangeren Person erörtert, versucht es den Straftatbestand des Schwangerschaftsabbruchs grundrechtsdogmatisch anders als die Senatsmehrheit zu fassen. Die Kritik an der verfassungsrechtlichen Betrachtungsweise der Senatsmehrheit lautet deshalb, dass die Schwangere hierdurch „die mit dem Austragen der Leibesfrucht verbundenen tiefgreifenden Veränderungen ihrer Gesundheit und ihres Wohlbefindens *dulden*“ müsse, die „Eingriffe in ihre Lebensgestaltung *hinnehmen*“ müsse. Deshalb sei – nach alleiniger Auffassung der Richterin *Rupp-von Brünneck* –

„die Weigerung der Schwangeren, die Menschwerdung ihrer Leibesfrucht in ihrem Körper zuzulassen, nicht allein nach de[n] natürlichen Empfindungen der Frau, sondern auch rechtlich etwas wesentlich anderes als die Vernichtung selbständig existenten Lebens. Schon deswegen verbietet es sich von vornherein, die Abtreibung im ersten Stadium der Schwangerschaft mit Mord oder vorsätzlicher Tötung prinzipiell gleichzustellen. Erst recht ist es verfehlt, wenn nicht unsachlich, die Fristenlösung in die Nähe der Euthanasie oder gar der ‚Tötung unwerten Lebens‘ zu rücken, um sie von daher zu diskriminieren – wie dies in der öffentlichen Diskussion geschehen ist.“³⁵²

Letztlich betont das Sondervotum in zahlreichen Passagen das Selbstbestimmungsrecht der schwangeren Frau, so etwa auch in dieser Passage:

„[Z]ur Abtreibung geneigte Frauen werden die Beratungsstellen nicht aufsuchen, solange sie befürchten müssen, dadurch ihre Entscheidungsfreiheit zu verlieren und sich durch das Bekanntwerden ihrer Schwangerschaft im Falle eines späteren illegalen Eingriffs strafrechtlicher Verfolgung auszusetzen.“³⁵³

Nach Auffassung der abweichenden Meinung hängt der Erfolg einer Beratungsregelung wesentlich davon ab,

³⁵¹ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 242 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁵² BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 243 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁵³ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 258 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

„ob der beratenen Frau Hilfen angeboten oder vermittelt werden können, die ihr Auswege aus ihren Schwierigkeiten eröffnen“.³⁵⁴

Fehlt es an einem solchen Angebot,

„dann ist auch das Strafrecht nichts anderes als ein Alibi für das Defizit wirksamer Hilfen; Verantwortung und Lasten werden allein auf die schwächsten Glieder der Gesellschaft abgewälzt“.³⁵⁵

Aus diesen Gründen hält das Sondervotum die angegriffenen strafrechtlichen Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs für verfassungskonform:

„[Der Gesetzgeber] konnte besonders davon ausgehen, daß diese Regelung [die gewählte Beratungsregelung, LK] die Eigenverantwortung der Frau und Mutter in einer ihr Lebensschicksal betreffenden Frage am besten respektiert und vermeidet, sie den schon mit der Verfahrensprozedur vor einer Gutachterstelle verbundenen Eingriffen in ihren Persönlichkeitsbereich auszusetzen. Er durfte auch berücksichtigen, daß der Schutz des werdenden Lebens über die physische Existenz hinausgeht und die Lebenschancen für ein nach entsprechender Beratung von der Mutter eigenverantwortlich angenommenes Kind besser sind, als wenn sie es nur aus Angst vor Strafe austrägt.“³⁵⁶

Dieser verfassungsrechtlichen Beurteilung liegt damit die Vorstellung zugrunde, dass eine ungewollte Schwangerschaft eine Konfliktsituation darstellt, „die auf mannigfaltigen, stark von den Verhältnissen des Einzelfalles geprägten Motivationen beruht“.³⁵⁷ Frauen unterziehen sich deshalb „normalerweise nicht leichten Herzens und ohne Grund einem solchen Eingriff“³⁵⁸, denn im Gegenteil:

„In aller Regel liegt ein ernst zu nehmender, jedenfalls verständlicher Konflikt vor; die Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch wird ‚in Tiefen der Persönlichkeit getroffen, in die der Appell des Strafgesetzes nicht eindringt‘.“³⁵⁹

Die abweichende Meinung verweist sodann auf eine Vielzahl an unterschiedlichen Motivationslagen, die zur Entscheidung für einen Schwangerschaftsabbruch führen:

³⁵⁴ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 253 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁵⁵ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 253 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁵⁶ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 261 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁵⁷ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 249 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁵⁸ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 258 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁵⁹ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 258 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

„Neben wirtschaftlichen oder materiellen Gründen – etwa unzulängliche Wohnverhältnisse, nicht ausreichendes oder ungesichertes Einkommen der vielleicht schon vielköpfigen Familie, Notwendigkeit einer Erwerbstätigkeit beider Ehegatten – stehen persönliche Gründe: die immer noch nicht beseitigte gesellschaftliche Diskriminierung der unverheirateten Mutter, der Druck des Erzeugers oder der Familie, die Furcht vor einer Gefährdung der Partnerbeziehung oder einem Zerwürfnis mit den Eltern, der Wunsch oder die Notwendigkeit, eine begonnene Ausbildung fortzusetzen oder einen Beruf weiter auszuüben, Schwierigkeiten in der Ehe, das Gefühl, der Betreuung weiterer Kinder physisch oder psychisch nicht mehr gewachsen zu sein, bei Alleinstehenden auch die Ablehnung einer nicht zu verantwortenden Heimerziehung des Kindes. Die Angst der Schwangeren, daß die ungewollte Schwangerschaft zu einem irreparablen Einbruch in ihre persönliche Lebensgestaltung oder den Lebensstandard der Familie führen wird, das Empfinden, daß sie beim Austragen ihrer Leibesfrucht nicht auf eine wirksame Hilfe der Umwelt rechnen kann, sondern daß die nachteiligen Folgen eines nicht nur von ihr zu verantwortenden Verhaltens sie allein treffen, lassen ihr die Schwangerschaftsunterbrechung häufig als einzigen Ausweg erscheinen.“³⁶⁰

(2) Konzeption des Embryos

Als Folge dieser Blickrichtung auf ungewollte Schwangerschaften, die einem Schwangerschaftsabbruch zugrunde liegen, erfasst das Sondervotum auch den Status des Embryos aus der Perspektive der Schwangeren:

„Der Umstand, daß erst in einem längeren Entwicklungsprozeß ein vom mütterlichen Organismus trennbares selbständig existentes Lebewesen entsteht, legt es vielmehr nahe oder läßt es wenigsten zu, bei der rechtlichen Beurteilung zeitliche, dieser Entwicklung entsprechende Zäsuren zu berücksichtigen. Die biologische Kontinuität der Gesamtentwicklung bis zur Geburt – deren Beginn bei konsequenter Anwendung der Mehrheitsauffassung nicht erst bei der Einnistung, sondern bei der Empfängnis anzusetzen wäre – ändert nichts daran, daß den verschiedenen Entwicklungsstufen des Embryos eine Veränderung in der Einstellung der Schwangeren im Sinne einer wachsenden mütterlichen Bindung entspricht.“³⁶¹

(3) Gesellschaftliche und politische Bedingungen

Als weiteren Kritikpunkt formuliert das abweichende Votum deshalb, die Senatsmehrheit habe sich mit dem „ganzen Spektrum der Abtreibungsproblematik“³⁶², die der Gesetzgeber bei der Strafrechtsreform vor Augen hatte, nicht ausreichend auseinandergesetzt. Das abweichende Votum richtet daher seinen Fokus auf die vom Gesetzgeber verfolgten sozial-präventiven Erwägungen:

„Den Gesetzgeber konnte es [...] nicht gleichgültig lassen, daß illegale Schwangerschaftsabbrüche auch heute noch zu Gesundheitsschäden führen, und zwar nicht nur bei Abtreibungen

³⁶⁰ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 249 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁶¹ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 243 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁶² BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 258 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

durch ‚Kurpfuscher‘ und ‚Engelmacherinnen‘, sondern in größerem Umfang auch deswegen, weil bei ärztlichen Eingriffen die Illegalität den vollen Einsatz des modernen Instrumentariums und des erforderlichen Hilfspersonals beeinträchtigt oder eine notwendige Nachbehandlung verhindert. Als Übelstand erscheint weiter die kommerzielle Ausbeutung abtreibungswilliger Frauen im In- und Ausland und die damit verbundene soziale Ungleichheit; bessergestellte Frauen können, besonders durch Reisen ins benachbarte Ausland, weit leichter eine Abtreibung durch einen Arzt erreichen als ärmere oder weniger gewandte.“³⁶³

Das Sondervotum betrachtet damit zum einen die individuelle Entscheidung samt den *konkreten* sozialen Umständen, die zu einem Schwangerschaftsabbruch führen können, zum anderen führt es in der Gesellschaft verankerte *strukturelle Missstände* wie eine „kinderfeindliche Gesamteinstellung“ oder die fehlende Vereinbarkeit von Familie und Beruf als Gründe an:

„Selbst wo nach der persönlichen Situation nicht-einsichtige Motivationen der Bequemlichkeit, des Egoismus, besonders des Konsumstrebens im Vordergrund stehen, kann dies nicht ausschließlich der Frau zur Last gelegt werden, sondern spiegelt zugleich die materialistische, weitgehend kinderfeindliche Gesamteinstellung der ‚Wohlstandsgesellschaft‘ wider. Auch haben Staat und Gesellschaft bisher noch keine hinreichenden Einrichtungen und Lebensformen entwickelt, die es der Frau ermöglichen, Mutterschaft und Familienleben mit einer chancengleichen persönlichen Entfaltung, besonders auf beruflichem Gebiet, zu verbinden.“³⁶⁴

Deshalb stellt das Sondervotum fest, hätte der Gesetzgeber „angesichts des Versagens der Strafsanktion die geeigneten Mittel zur Abhilfe im sozialen und gesellschaftlichen Bereich“³⁶⁵ suchen dürfen. Mit Fokus auf die sozial-präventiven Maßnahmen, so führt das Sondervotum weiter aus, komme es für die „Effektuiierung der Grundrechte im Sinne größerer Freiheit und vermehrter sozialer Gerechtigkeit“³⁶⁶ darauf an,

„durch präventive psychologische, sozial- und gesellschaftspolitische Förderungsmaßnahmen der Mutter das Austragen des Kindes zu erleichtern und ihre eigene Bereitschaft dazu zu stärken, andererseits durch bessere Information über die Möglichkeiten der Empfängnisverhütung die Zahl ungewollter Schwangerschaften zu vermindern.“³⁶⁷

³⁶³ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 248 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁶⁴ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 249 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁶⁵ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 251 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁶⁶ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 251 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁶⁷ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 251 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

b) Würdigung

aa) Senatsmehrheit

(1) Verfassungsrechtsdogmatische Überlegungen

Die Vorgehensweise der verfassungsrechtlichen Prüfung des Bundesverfassungsgerichts weist aus *verfassungsrechtsdogmatischer Sicht* eine Besonderheit auf. Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Individuums gegen den Staat. Eine verfassungsrechtliche Erörterung beginnt deshalb in der Regel mit der Prüfung eines Freiheitsrechts, in das der Staat – hier durch das strafrechtliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs – eingreift. Nach diesem Grundsatz hätte das Bundesverfassungsgericht die Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) oder die körperliche Unversehrtheit der schwangeren Frau, die durch das Verbot tangiert wird (Art. 2 Abs. 2 Alt. 2 GG) zum Ausgangspunkt seiner verfassungsrechtlichen Prüfung machen müssen. Ginge man von diesem freiheitsrechtlichen Ausgangspunkt aus, müsste sich der Staat rechtfertigen, wenn er in diese Freiheit eingreift, indem er eine Privatperson (die schwangere Frau) zum Austragen verpflichtet. Die staatliche Schutzpflicht gegenüber dem Embryo wäre dann in einem zweiten Schritt auf der Rechtfertigungsebene zu erörtern.

Noch deutlicher wird die Übergehung von verfassungsrechtsdogmatischen Grundsätzen an späterer Stelle der Entscheidungsbegründung, wenn das Bundesverfassungsgericht Frauen, die von ihrem *Freiheitsrecht*, eine Schwangerschaft zu beenden, Gebrauch machen, als Personen bezeichnet, die „*Anerkennung und Schutz beanspruchen*“³⁶⁸ und die einen „*Anspruch* auf freie Lebensgestaltung“³⁶⁹ geltend machen. Die Formulierungen suggerieren fälschlicherweise, es handle sich bei dem Recht, eine Schwangerschaft zu beenden, um ein bloßes *Leistungsrecht* der Frau gegenüber dem Staat, tatsächlich handelt es sich jedoch um ein „klassisches“ Freiheits- und damit Abwehrrecht des Individuums gegen den Staat.

Nach der Grundkonzeption der Grundrechte muss sich der Staat rechtfertigen, wenn er in Freiheitsrechte des Individuums eingreift; Leistungsrechte (also Ansprüche des Einzelnen gegenüber dem Staat) werden dagegen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur in engen Ausnahmen gewährt. Verfassungsrechtsdogmatisch und argumentativ ist damit auffällig, dass die Schutzpflicht gegenüber dem Embryo der Prüfung eines Abwehrrechts ähnelt, umgekehrt das Freiheitsrecht der Schwangeren, eine Schwangerschaft zu beenden, zwar nicht verfassungsrechtsdogmatisch, aber doch *argumentativ* fälschlicherweise zu einem bloßen Leistungsrecht („Anspruch auf freie Lebensgestaltung“) heruntergestuft wird. Indem die Senatsmehrheit dem Embryo

³⁶⁸ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 154.

³⁶⁹ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 203.

eine aus Art. 1 GG (und aus Art. 2 Abs. 2 GG) abzuleitende Schutzpflicht zuspricht, war die Entscheidung für den Vorrang des Schutzes für das „ungeborene Leben“ vor dem Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren bereits vorgezeichnet, so auch die Kritik des abweichenden Votums.

(2) Konzeption des Embryos

Das Bundesverfassungsgericht beginnt bei der verfassungsrechtlichen Prüfung folglich mit der staatlichen Pflicht, den Embryo zu schützen. Das Bundesverfassungsgericht begründet in dieser Entscheidung überhaupt – erstmals – eine umfassende staatliche Schutzpflicht. Dabei wertet es die Schutzpflicht gegenüber dem Embryo, wie bereits dargelegt, von der Prüfungsreihenfolge und der Argumentationskonzeption her zu einem vermeintlichen Abwehrrecht des Embryos auf; eine etwaige *Grundrechtsträgereigenschaft* des Embryos ließ das Gericht in der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung dagegen explizit offen, sodass ein abwehrrechtlicher Status des Embryos schon deshalb nicht erörtert wurde. Vielmehr wird der Embryo in dieser Entscheidung (noch) als *Schutzobjekt* und nicht als *Rechtssubjekt* konzipiert.³⁷⁰ Indem das Gericht allerdings den Embryo als „selbstständiges menschliches Wesen“ bezeichnet, schafft das Gericht das Bild eines vermeintlich losgelösten Gegenübers, dessen „Vernichtung im freien Belieben eines anderen“ steht. Besonders deutlich wird das bei der Erörterung von ungewollt schwangeren Personen, die „fest entschlossen“ sind, die Schwangerschaft zu beenden. Denn in diesem Fall konstruiert das Bundesverfassungsgericht sich fundamental entgegenstehende Interessen: Es zeichnet einerseits das Bild einer Frau, die sich „willkürlich“ zu einem Schwangerschaftsabbruch entschließt und deshalb durch Zwang, nämlich durch die verfassungsrechtlich begründete Pflicht zum Austragen, strafrechtlich zu ihren „mütterlichen“ Pflichten zu bewegen sei und andererseits das Bild eines Embryos, der der „völlig freien Verfügungsgewalt der Frau“ ausgeliefert ist und damit der „willkürlichen Entschließung schutzlos preisgegeben“. Durch diese bereits in der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung anklingende Personifizierung („selbstständiges Wesen“) trägt das Bundesverfassungsgericht der tatsächlichen fundamentalen Abhängigkeit des Embryos vom Organismus der ungewollt schwangeren Frau argumentativ und konzeptionell wenig Rechnung.

³⁷⁰ *Wersig* in: Foljanty/Lembke (Hrsg.) *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Auflage 2012, 186–201 (187 f.); *Berghahn* in: Busch/Hahn (Hrsg.): *Abtreibung. Diskurse und Tendenzen*, 2014, 163–192 (174).

(3) Rechte und Pflichten der schwangeren Person

(a) Schwangerschaft als Teil der Intimsphäre

In der weiteren verfassungsrechtlichen Beurteilung der Strafrechtsparagrafen ordnet das Bundesverfassungsgericht dann in einem zweiten Schritt den Lebensbereich der Schwangerschaft, der durch das strafrechtliche Verbot eines Abbruchs berührt wird, der *Intimsphäre* der schwangeren Person zu. Wie das Gericht ausführt, ist die Intimsphäre einer Person verfassungsrechtlich als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) geschützt. Mit Blick auf die Grundrechtspositionen der ungewollt schwangeren Person ergibt sich folgendes Bild aus der Entscheidungsbegründung:

Vordergründig stellt die Senatsmehrheit ein Selbstbestimmungsrecht auf, das „die Selbstverantwortung der Frau [...], sich gegen eine Elternschaft und die daraus folgenden Pflichten zu entscheiden“³⁷¹, umfasst. Jedoch wird dem Recht, eine Schwangerschaft zu beenden, als Teil des Selbstbestimmungsrechts argumentativ doch ein geringer Stellenwert beigemessen:

So fehlt in der Urteilsbegründung bereits eine Differenzierung zwischen einer gewollten und ungewollten Schwangerschaft. Diese Unterscheidung ist aber grundlegend, um überhaupt die Problemlage richtig zu erfassen (vgl. Kapitel 1, II.). Eine Erläuterung der Belastungen, die „über das normalerweise mit einer Schwangerschaft verbundene Maß hinausgehen“, gemeint sind wohl gewollte Schwangerschaften, bleibt aus. Ausführungen zu den „lebensbedrohenden Konfliktsituationen“ fehlen ebenso. Aufgrund dieser fehlenden Differenzierung lässt das Bundesverfassungsgericht die physischen und psychischen Dimensionen, die mit einer – einem Abbruch zugrundeliegenden ungewollten – Schwangerschaft einhergehen können, weitestgehend außer Acht. Im Gegenteil stellt das Gericht eine „normale“ ungewollte Schwangerschaft – „ohne schwere innere Konflikte“ – als „Normalsituation“, „mit der jeder fertig werden muß“ dar. In diesem Sinne heißt es auch, dass die „von vornherein zum Schwangerschaftsabbruch entschlossenen“ Frauen, die ungewollt schwanger sind, was das Gericht allerdings gerade außer Acht lässt, und eine Schwangerschaft beenden wollen, keinen „achtenswerten Grund“, „keine verfassungsrechtlich erheblichen Beweggründe“ für ihre Entscheidung hätten. Dem liegt ein starkes Leitbild zugrunde, das Frauen mit Müttern gleichsetzt (dazu sogleich). Indem das Bundesverfassungsgericht die Schwangerschaft allerdings im Ausgangspunkt – zutreffend – zur Intimsphäre zählt und damit als vom Grundgesetz geschützten höchstpersönlichen Bereich versteht, handelt es sich nach den allgemeinen Grundsätzen der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung um einen Lebensbereich, der dem staatlichen Zugriff gerade entzogen ist. Die Intimsphäre des Menschen gehört nämlich nach der ständigen

³⁷¹ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 154.

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Kernbereich privater Lebensgestaltung, sie ist unantastbar, d. h. Eingriffe können in diesen innersten Bereich des Menschen aufgrund der Nähe zur Menschenwürde nicht gerechtfertigt werden.³⁷² Das Gericht weicht jedoch von diesem Grundsatz der verfassungsrechtlich absolut geschützten Intimsphäre ab und begründet dies damit, dass der Embryo ein „selbständiges menschliches Wesen ist, das unter dem Schutz der Verfassung steht“, weshalb dem Schwangerschaftsabbruch „eine soziale Dimension“ zukomme, „die ihn der Regelung durch den Staat zugänglich und bedürftig macht“.³⁷³

(b) Austragungspflicht

Auf diese Weise begründet das Bundesverfassungsgericht sodann die „Pflicht zur Austragung der Schwangerschaft“, gemeint ist damit die Austragung des Embryos. Wenn das Bundesverfassungsgericht die Austragungspflicht unter anderem damit begründet, dass der falsche Eindruck vermieden werden müsse, „als handle es sich beim Schwangerschaftsabbruch um den gleichen sozialen Vorgang wie etwa den Gang zum Arzt zwecks Heilung einer Krankheit“ und ein Schwangerschaftsabbruch dürfe nicht mit einer „rechtlich irrelevanten Alternative zur Empfängnisverhütung“ verwechselt werden, so verkennt das Gericht bereits im Ausgangspunkt die Konfliktsituation einer ungewollten Schwangerschaft.

Nimmt man die in dieser Arbeit vorgeschlagene Perspektive der grundsätzlichen Entscheidungsfreiheit der schwangeren Frau (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) verbunden, und das scheint mir zentral, mit dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit der ungewollt schwangeren Person (Art. 2 Abs. 2 Alt. 1 und Alt. 2 GG), das durch ein Strafrechtsverbot bedroht wird, ein, stellt die Konstruktion der *Austragungspflicht* verfassungsrechtsdogmatisch ein staatlich – mithilfe des Strafrechts – durchgesetztes Leistungsrecht des Embryos gegen die schwangere Frau dar.³⁷⁴

(c) Paternalistischer Ansatz

Dass den Grundrechtspositionen der ungewollt schwangeren Frau wenig Rechnung getragen wird, offenbart sich bei der Erörterung in den Fällen, in denen Menschen fest entschlossen sind, einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu lassen. Denn bei diesen Personen geht das Bundesverfassungsgericht davon

³⁷² Vgl. bereits BVerfG, Urteil vom 16. Januar 1957 – 1 BvR 253/56 –, juris Rn. 33; Beschluss vom 16. Juli 1969 – 1 BvL 19/63 –, juris Rn. 25; Beschluss vom 8. März 1972 – 2 BvR 28/71 –, juris Rn. 22; Beschluss vom 24. Juni 1993 – 1 BvR 689/92 –, juris Rn. 51.

³⁷³ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 154.

³⁷⁴ Siehe zu dieser Perspektive bereits *Sacksofsky* in: Rudolf (Hrsg.) *Geschlecht im Recht*, 2009, S. 191–215 (211); *dies.* in: Lembke (Hrsg.), *Regulierungen des Intimen*, 2017, 97–116 (105).

aus, dass sie einer Beratung „nicht zugänglich“ seien und stellt fest, dass „ein nach der Wertordnung der Verfassung achtenswerter Grund für den Abbruch“ gerade nicht vorliege. Solche Frauen gelte es deshalb, „von ihrem Entschluss abzubringen“ und zu einer Fortsetzung der Schwangerschaft zu beeinflussen. Die „von vornherein zum Schwangerschaftsabbruch entschlossenen“ Frauen, die eine Schwangerschaft beenden wollen, „weil sie nicht willens sind, den damit verbundenen Verzicht und die natürlichen mütterlichen Pflichten zu übernehmen“ seien, so die Entscheidungsbegründung der Senatsmehrheit, deshalb durch das Mittel des Strafrechts zu diesen „mütterlichen Pflichten“ zu bewegen.

Das Gericht deklariert damit – als Teil des Lebensschutzkonzepts – eine verfassungsrechtlich notwendige „Beeinflussung“ der schwangeren Frau mithilfe des Strafrechts. Eine „Beeinflussung“ kollidiert jedoch mit den Charakteristika eines Selbstbestimmungsrechts. Wesensmerkmal einer selbstbestimmten Entscheidung ist es, frei von Zwang, Manipulation und Beeinflussung entscheiden zu können. Die verfassungsrechtlich deklarierte „Beeinflussung der Schwangeren im Sinne einer Fortsetzung der Schwangerschaft“ steht insofern im Widerspruch zu dem Selbstbestimmungsrecht, das das Gericht der schwangeren Frau zuzugestehen vorgibt. Denn eine Person, „von ihrem Entschluß abzubringen“, so das Gericht, bedeutet gerade, das Individuum in einer Art und Weise zu beeinflussen, dass es nicht mehr *selbst-*, sondern *fremdbestimmt* entscheidet, der Person damit also eine Entscheidung aufzuzwingen.

Zum anderen deklariert das Bundesverfassungsgericht explizit eine verfassungsrechtlich begründete Pflicht, „den mütterlichen Schutzwillen dort, wo er verloren gegangen ist, wieder zu erwecken und erforderlichenfalls zu stärken“. Dies habe etwa durch „umfassende Erziehungsarbeit“ zu erfolgen. Das Gericht ist damit der Auffassung, der Staat sei dazu *verpflichtet, Frauen zu erziehen*. Das Gericht legitimiert damit nicht nur, sondern *fordert* gar ein paternalistisches staatliches Handeln, das es zwingend aus dem Grundgesetz abgeleitet sieht. Eine solche Bevormundung durch den Staat gegenüber einwilligungsfähigen Erwachsenen wird gewöhnlich für problematisch gehalten. Das Gericht legitimiert die Staatsaufgabe der Erziehungsarbeit implizit durch die in der Entscheidungsbegründung vorherrschende embryozentrierte Perspektive. Frauen, die sich gegen die Fortsetzung einer Schwangerschaft und damit *gegen Kinder* entscheiden, wird letztlich das Recht auf eine selbstbestimmte Entscheidung aberkannt.

(d) Leitbild von Frauen als Mütter

Mehrfach unterliegt das Gericht einer stereotypen Vorstellung von Frauen und deren Lebenssituationen. Der Entscheidungsbegründung liegt ein starkes Leitbild zugrunde, nach dem ungewollt schwangeren Frauen mittels des Strafrechts verpflichtet werden sollen, eine Mutterrolle zu übernehmen. Bereits sprachlich

fällt ins Auge, dass das Bundesverfassungsgericht in der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung für eine schwangere Frau den Begriff der „Mutter“ verwendet, jedoch wird dies in der Entscheidungsbegründung nicht einheitlich gehandhabt. Geht es um die konkreten Rechte der schwangeren Frau, spricht das Bundesverfassungsgericht von dem „Recht der Frau“, der „Selbstverantwortung der Frau“, oder vom „Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren“. Erörtert das Gericht die Position des zu schützenden Embryos wird überwiegend von der „Mutter“ geschrieben.

Besonders deutlich wird das Leitbild von Frauen als Mütter, wie bereits dargelegt, bei ungewollt schwangeren Personen, die zu einem Abbruch „fest entschlossen sind“, die nicht „zum Verzicht“ bereit seien und nicht ihre „mütterlichen Pflichten“ übernehmen wollten. Diese Personen hätten „keinen achtenswerten Grund“ für ihre Entscheidung. Deshalb, so explizit die Entscheidungsbegründung, gelte es diese Personen, mittels des Strafrechts zu ihren „mütterlichen Pflichten“ zu bewegen. Zur Verdeutlichung: Das Bundesverfassungsgericht versteht ungewollt schwangere Personen, die einen Abbruch vornehmen lassen (wollen), also als Personen, die eine Schwangerschaft „ablehnten“, „weil sie nicht willens sind, den damit verbundenen Verzicht und die natürlichen mütterlichen Pflichten zu übernehmen“.

Deutlich wird die Mutterrollenzuschreibung auch, wenn es heißt, dass „diese Belastung“, gemeint sind die Auswirkungen einer Schwangerschaft auf den körperlichen und psychischen Zustand, nicht immer „dadurch ausgeglichen“ werden würden, dass Frauen „in ihrer Aufgabe als Mutter neue Erfüllung“ finden. Besonders klar zum Ausdruck kommt das Leitbild in der bereits soeben analysierten Passage, in der es heißt, dass „das vornehmste Ziel der staatlichen Bemühungen um Lebensschutz“ sein sollte, den „mütterlichen Schutzwillen dort, wo er verloren gegangen ist, wieder zu erwecken und erforderlichenfalls zu stärken“. Man kann allerdings nur etwas verlieren, was man bereits besaß. Den Ausführungen des Gerichts liegt damit die Vorstellung zugrunde, dass eine schwangere Frau stets eine mütterliche Bindung aufbaue. Dieser Annahme folgt die weitere Annahme, dass eine jede schwangere Frau auch Mutter sein will („wieder zu erwecken“) und, dass sie Mutter sein soll („erforderlichenfalls zu stärken“; „die Frau in ihrer Aufgabe als Mutter“). Hierzu müsste der Staat durch „umfassende Erziehungsarbeit“ seinen Beitrag leisten.

Methodisch handelt es sich bei der Annahme, jede Frau wolle eine Mutterrolle übernehmen, um einen biologistisch-naturalistischen Sein-Sollen-Fehlschluss: Aus einem natürlichen Potential (Eizelle, Uterus, etc.) wird ein Bedürfnis (Kinderwunsch) abgeleitet und eine Pflicht der Frau („mütterliche Pflicht“) konstruiert. Die Annahme, jede schwangere Frau wolle auch Mutter werden, birgt jedoch gerade die Gefahr, die Interessen- und Konfliktlage einer *ungewollt* schwangeren Person, die aufgrund ihrer individuellen Lebenssituation schlicht zu dieser Zeit oder allgemein keine lebenslange Verantwortung

für einen anderen Menschen übernehmen will und kann, eklatant zu missachten (vgl. dazu Kapitel 1, II.). Nicht nur aus freiheitsrechtlicher, sondern auch aus gleichheitsrechtlicher Perspektive erscheinen diese Ausführungen insbesondere mit Blick auf die (heutigen) Vorgaben des Art. 3 Abs. 2 GG in hohem Maße problematisch. Denn die Entscheidungsbegründung operiert mit starken Rollenzuschreibungen, die die individuelle Lebenssituation, in der sich eine ungewollt schwangere Person befinden kann, völlig außer Acht lässt. Zudem verkennt das Gericht jedenfalls heutige Realitäten: So zeigen Erhebungen des Statistischen Bundesamts, dass 60 Prozent der Frauen, die in den letzten Jahren einen Schwangerschaftsabbruch durchgeführt haben, bereits Kinder hatten, also in der Logik des Gerichts „ihren mütterlichen Pflichten“ bereits nachgekommen sind.³⁷⁵

(e) Bevölkerungspolitische Hintergrundannahme

Der begründeten „Pflicht zum Austragen“ sowie dem herausgearbeiteten Leitbild von Frauen als Mütter liegt zudem eine weitere, allerdings deutlich implizitere Hintergrundannahme zugrunde. Wenn das Gericht von einer Austragungspflicht ausgeht und von einer „natürlichen mütterlichen Pflicht“ oder von der „Aufgabe“ der Frau „als Mutter“ schreibt, so ist, anders als die Entscheidungsbegründung mit Blick auf die erwähnten Grundrechtspositionen der schwangeren Person zu suggerieren versucht, gerade nicht (nur) das *Individuum* Bezugspunkt für die staatliche Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs. Der Entscheidung liegt nämlich gerade nicht die Vorstellung einer individuellen Entscheidungsfreiheit für oder gegen Kinder zugrunde. Im Gegenteil: Es sei gerade „das vornehmste Ziel der staatlichen Bemühungen“, den „mütterlichen Schutzwillen dort, wo er verloren gegangen ist, wieder zu erwecken und erforderlichenfalls zu stärken“. Die Entscheidung *gegen* (weitere) Kinder wird folglich als moralisch weniger wertvoll bewertet und, das ist zentral, es wird als Aufgabe des *Staates* verstanden, die „unwilligen“ Frauen zum Austragen mittels eines strafrechtlichen Verbots des Schwangerschaftsabbruchs zu bewegen. Bezugspunkt der staatlichen Regulierung scheint deshalb nicht nur die staatliche Schutzpflicht gegenüber dem Embryo zu sein, sondern daneben auch ein nicht weiter benanntes Kollektiv, das ein eigenständiges Interesse an der Fortpflanzung zu haben scheint.³⁷⁶

³⁷⁵ Statistisches Bundesamt, Anzahl der Schwangerschaftsabbrüche in Deutschland nach rechtlicher Begründung, Dauer der Schwangerschaft und vorangegangenen Lebendgeborenen im Zeitvergleich ab 2012, Stand 24. März 2021.

³⁷⁶ Vgl. ebenso bereits *Sacksofsky* in: Lembke (Hrsg.), *Regulierungen des Intimen*, 2017, 97–116 (105): „Unterschwellig scheint hier noch ein anderes Rechtsgut im Raum zu stehen, das durch gebärunwillige Frauen gefährdet wird: der Erhalt und der Bestand des Volkes.“

(4) Stigmatisierende Bilder der Ärzteschaft

Der Sichtweise auf ungewollt schwangere Personen entspricht sodann die Perspektive des Bundesverfassungsgerichts auf die Ärzteschaft, die Schwangerschaftsabbrüche vornimmt. Nach Vorstellungen des Gerichts gibt es vier Gruppen von Ärzten und Ärztinnen, die aus verschiedenen Motivationslagen heraus handelten.

Die erste Gruppe, so nimmt das Gericht an, handele aus monetären Beweggründen („gewinnbringendes Geschäft“). Nach dieser Annahme nehmen Ärzte und Ärztinnen Schwangerschaftsabbrüche aus reinem Gewinnstreben vor und handelten egoistisch. Gerade im Kontext der weiteren angenommenen Motivationslagen muss dieser Beweggrund als geringschätzend verstanden werden.

Als Beweggrund der zweiten Gruppe führt das Bundesverfassungsgericht an, Ärzten und Ärztinnen könnten bei der Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs „lediglich eine Manifestation des Selbstbestimmungsrechts“ erblicken und seien deshalb geneigt, „jedem Wunsch einer Frau nach Schwangerschaftsabbruch zu entsprechen“. Das verfassungsrechtlich zentral geschützte Selbstbestimmungsrecht von Frauen wird einerseits sprachlich abgetan als „Wunsch“, als handele es sich um ein wenig bedeutendes Anliegen. Im Gegenteil erfährt ein gesamter Berufsstand, der einem grundrechtlich verbrieften Recht Geltung verschafft, durch das Wort „lediglich“ eine Abwertung seiner Handlung. Diese Gruppe der Ärzteschaft wird durch die Umschreibung „jedem Wunsch zu entsprechen geneigt“ als unterlegene, selbst willensschwache Personengruppe gezeichnet.

Bei der Motivationslage einer dritten Gruppe nimmt das Gericht an, diese nähmen Schwangerschaftsabbrüche deshalb vor, weil sie darin ein „Mittel zur Emanzipation der Frau“ erblickten. Bei dieser Gruppe wird damit eine spezifische politische Orientierung angenommen, die handlungsleitend für die Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs sei: Nach dieser Vorstellung sind Ärztinnen und Ärzte politische Akteure, die im Schwangerschaftsabbruch ein Mittel zur Geschlechtergleichstellung erblickten.

Eine vierte Gruppe, die bei „entschlossenen“ Frauen einen Abbruch durchführen, bezeichnet das Gericht mit dem abwertenden Terminus willfährig, was definiert wird als „ohne sich Gedanken zu machen, [würdelos] den Absichten anderer dienend“.³⁷⁷ Das Gericht zeichnet diese Gruppe der Ärzteschaft damit als gedankenlos handelnde Handlanger von Frauen, und damit als *instrumentalisiert von den „entschlossenen Frauen“*.

Das Gericht schreibt somit anhand von vier Bildern der Ärzteschaft Motivationslagen zu, die mit einer sprachlichen und argumentativen moralischen Abwertung verbunden sind. Nach der Vorstellung des Gerichts handele es sich

³⁷⁷ Online-Wörterbuch von Duden: <https://www.duden.de/rechtschreibung/willfaehrig> (zuletzt 27.12.2022).

danach bei Ärztinnen und Ärzten, die Abbrüche vornehmen, entweder um egoistisch habgierig handelnde Personen oder unterlegene, willensschwache Personen; andere handelten politisch motiviert oder „willfährig“, und seien damit von Frauen instrumentalisiert. Diese Moralisierung bedeutet eine (sprachliche) Stigmatisierung eines gesamten Berufsstandes.

Diese vier Bilder korrespondieren wiederum mit der festgestellten Betrachtungsweise auf das Selbstbestimmungsrecht der Frau: Folglich kommt der behandelnden Ärztin oder dem Arzt die Rolle zu, ungewollt schwangere Personen ernsthaft „von ihrem Entschluß abzubringen“. Das Gericht erteilt der Ärzteschaft damit den Auftrag, dem Selbstbestimmungsrecht gerade nicht Geltung zu verschaffen, sondern Frauen ihrerseits – entgegen ihrem Willen – von der Entscheidung abzubringen, letztlich genau gegenläufig die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts zu verhindern. Argumentativ *versucht* das Gericht privaten Dritten (hier: der behandelnden Ärztin oder dem Arzt) vorzugeben, andere Privatpersonen (ungewollt schwangere Frauen) zu *beeinflussen*. Jedoch unterstellt das Bundesverfassungsgericht der Ärzteschaft durch die dargelegten Rollenzuschreibungen, dass von den Ärztinnen und Ärzten keine (ausreichende) Beeinflussung zu erwarten sei, weshalb das medizinische Personal nicht in der Lage sei, diese Beeinflussung (allein) zu übernehmen.

Basierend auf den vier genannten Rollenzuschreibungen begründet das Gericht ein generelles *Misstrauen* gegenüber der Ärzteschaft. Ausführungen zur *ärztlichen Assistenz*, auf die eine ungewollt schwangere Person in einer persönlichen *Notsituation angewiesen* ist, bleiben dagegen an dieser Stelle außen vor. Ebenso wenig lassen sich Ausführungen zu einem etwaigen Freiheitsrecht, eine medizinische Dienstleistung anzubieten, finden. Ein solches Recht ließe sich als Teil der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) durchaus diskutieren: In diesem Zusammenhang ließe sich mit einem Verweis auf eine etwaige Spaltung innerhalb der behandelnden Ärzteschaft bei diesem ethisch kontrovers diskutierten Thema etwa ein Freiheitsrecht zur Vornahme einer medizinischen Dienstleistung bejahen, eine Pflicht zur Vornahme dagegen verneinen.

(5) *Moralische Maßstäbe*

Eine Vielzahl der zitierten und analysierten Passagen der *Schwangerschaftsabbruch-I* Entscheidung belegen darüber hinaus, dass die Verfassungsinterpretation durchweg mit moralischem Zeigefinger erfolgt und ungewöhnlich emotional aufgeladen ist. Das Gericht bewertet, wie bereits erwähnt, die Entscheidung gegen (weitere) Kinder durchweg als moralisch weniger wertvoll. Besonders deutlich tritt die Moralisierung auch bei der soeben erfolgten Erörterung der Rolle der Ärztinnen und Ärzten, die Abbrüche vornehmen, zu Tage. Die in der *Schwangerschaftsabbruch-I* Entscheidung gewählte Moralisierung des Verfassungsrechts bedeutet folglich eine vom Gericht, wenn nicht beabsichtigte, dann jedenfalls in Kauf genommene gesellschaftliche Tabuisierung des

Schwangerschaftsabbruchs und zudem eine Stigmatisierung sowohl von ungewollt schwangeren Personen als auch des medizinischen Personals, das einen Schwangerschaftsabbruch vornimmt.

bb) Abweichendes Votum

(1) (Grund)-Rechtspositionen der schwangeren Person

In Abgrenzung zur Senatsmehrheit richtet das *abweichende Votum* von Rupp-von Brünneck und Simon seinen Fokus verstärkt auf die Grundrechte der Frau. Ein Schwangerschaftsabbruch wird nicht als „Vernichtung selbständig existenten Lebens“ (so die Senatsmehrheit), sondern als „Weigerung“ der Schwangeren, „die Menschwerdung ihrer Leibesfrucht in ihrem Körper zuzulassen“, angesehen. Auch wenn weitere grundrechtsdogmatische Ausführungen fehlen, kritisiert das abweichende Votum damit die Konzeption des Schwangerschaftsabbruchs als Tötungsdelikt.

Das Sondervotum begreift den Straftatbestand als staatlichen Eingriff in die „Gesundheit“ und das „Wohlbefinden“ (und damit wohl Art. 2 Abs. 2 GG) sowie als Eingriff in die „Lebensgestaltung [...], die sich durch Schwangerschaft und Geburt“ verändert und damit vermutlich als Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Bereits durch diese Lesart der Grundrechtskonzeption begründet das Sondervotum wie gezeigt damit eine andere verfassungsrechtliche Beurteilung.

(a) Ungewollte Schwangerschaft als Konfliktsituation

Die abweichende Meinung nimmt, gerade anders als die Senatsmehrheit, zum einen die physischen und psychischen Dimensionen einer Schwangerschaft in den Blick („tiefgreifende Veränderungen ihrer Gesundheit und ihres Wohlbefindens“). Zum anderen betrachtet das Sondervotum die Auswirkungen auf die weitere Lebensgestaltung, „die sich aus Schwangerschaft und Geburt ergeben, besonders die mütterliche Verantwortung für die weitere Entwicklung des Kindes nach der Geburt“. Die Möglichkeit, eine Schwangerschaft zu beenden, wird damit als Instrument begriffen, über die eigene Gesundheit und über die persönliche Lebensgestaltung bestimmen zu können. Zutreffend verweist das abweichende Votum darauf, dass sich Frauen „normalerweise nicht leichten Herzens und ohne Grund einem solchen Eingriff unterziehen“³⁷⁸, sondern im Gegenteil grundsätzlich „ein ernst zu nehmender, jedenfalls verständlicher Konflikt vor[liegt]“.³⁷⁹ Aus diesem Grund ist das Sondervotum der Auffassung,

³⁷⁸ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 258 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁷⁹ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 258 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

dass die Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch „in Tiefen der Persönlichkeit getroffen [wird], in die der Appell des Strafgesetzes nicht eindringt“.³⁸⁰

(b) Individuelle Motivationslagen

Das abweichende Votum begreift dabei einen jeden Schwangerschaftsabbruch als verständliche Konfliktsituation, „die auf mannigfaltigen, stark von den Verhältnissen des Einzelfalles geprägten Motivationen beruht“³⁸¹. Dabei führt das Sondervotum bereits Mitte der 1970er-Jahre eine Vielzahl an individuellen Motivationslagen an, die zu einer ungewollten Schwangerschaft und dann zur Entscheidung eines Abbruchs führten (vgl. Kapitel 1, II.). Der Erörterung von unterschiedlichen, stark vom Einzelfall abhängenden Motivationslagen liegt eine lebensnähere Betrachtung zugrunde als der Senatsmehrheit.

(3) Konzeption des Embryos

Als Folge dieser Blickrichtung auf den Abbruch erfasst das Sondervotum auch den Status des Embryos aus der Perspektive der Schwangeren. Die abweichende Meinung der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung versucht angesichts der „verschiedenen Entwicklungsstufen des Embryos“ die „Veränderung in der Einstellung der Schwangeren im Sinne einer wachsenden mütterlichen Bindung“ grundrechtsdogmatisch konzeptionell zu berücksichtigen, was knapp zwanzig Jahre später von der abweichenden Meinung der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung weiterentwickelt werden sollte.

(4) Gesellschaftliche und politische Bedingungen

Das Sondervotum weist zutreffend darauf hin, dass sich die Senatsmehrheit nicht mit dem „ganzen Spektrum der Abtreibungsproblematik“³⁸², die der Gesetzgeber bei der Strafrechtsreform vor Augen hatte, auseinandersetzte. Die Begründung des Votums lässt sich in den gesellschaftlichen Zeitgeist der 1970er-Jahre einordnen, der allerdings am Bundesverfassungsgericht offenbar nur vereinzelt Widerhall fand. Das abweichende Votum richtet seinen Fokus auf die vom Gesetzgeber verfolgten sozial-präventiven Erwägungen und zugleich auf zahlreiche strukturelle Missstände. Das Sondervotum führt etwa Gesundheitsschäden, die durch illegale Schwangerschaftsabbrüche verursacht werden, an oder verweist auf den Umstand, dass ein in Deutschland bestehen-

³⁸⁰ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 258 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁸¹ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 249 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁸² BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 258 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

des Verbot soziale Ungleichheiten entstehen lässt, wie etwa, dass besser gestellte Frauen durch Reisen ins benachbarte Ausland leichter einen Abbruch durchführen können „als ärmere oder weniger gewandte“. In Abgrenzung zur Senatsmehrheit richtet das Sondervotum damit seinen Fokus auf den sozialen Kontext, in dem eine Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch ergeht. Bereits Mitte der 1970er-Jahre verweist das abweichende Votum auf strukturelle Missstände, die zu *ungewollten Schwangerschaften* führen (etwa die Information über Verhütungsmittel) und die es zu beseitigen gilt. Daneben betont die abweichende Meinung die Bedeutung von präventiven *sozial- und gesellschaftspolitischen Förderungsmaßnahmen* und verweist etwa darauf, dass die fehlende Vereinbarkeit von Familie und Beruf ein Grund für die Entscheidung gegen ein Kind sei kann, oder, dass ein weiteres Kind zu einer Verschlechterung der Lebensgestaltung oder den Lebensstandard der Familie führen wird, oder, dass eine ungewollt schwangere Person befürchtet, keine Hilfe in ihrem Umfeld zu erhalten. Zahlreiche der angeführten strukturellen Missstände, die jedenfalls teilweise milieuspezifisch bis in die Gegenwart andauern, sind ebenfalls aus der Sozialforschung bekannt (Kapitel 1, II.).

4. Schwangerschaftsabbruch II-Entscheidung (1993)

Auf Antrag des Landes Bayern sowie 249 Bundestagsabgeordneten nahm das Bundesverfassungsgericht, in diesem Verfahren der Zweite Senat, im Wege des Normenkontrollverfahrens in der *Schwangerschaftsabbruch II-Entscheidung* (1993) erneut eine verfassungsrechtliche Überprüfung der Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch vor. Wie schon Anfang der 1970er-Jahre ging auch der Neuregelung vom 27. Juli 1992 ein mühsames demokratisches Ringen voraus, das nun jedoch – neben den ohnehin im Bundestag vertretenen widerstreitenden Interessenlagen – vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Regelungen in der Bundesrepublik und der DDR eine weitere politische Dimension mit sich trug.³⁸³ Im Einzelnen standen auf dem Prüfstand: die strafrechtliche Konzeption des Abbruchs als Fristen- und Beratungsregelung (§ 218a Abs. 1, § 219 Abs. 1 StGB in der Fassung vom 27. Juli 1992), die sog. Sicherstellungsverpflichtung, wonach die Länder zur Sicherstellung eines ausreichenden und flächendeckenden Angebots an Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen verpflichtet wurden (Art. 15 Nr. 2 des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes [kurz: SFHG]), der vorgesehene Wegfall einer erforderlichen Bundesstatistik über die Abbrüche (Art. 15 Nr. 2 SFHG) sowie die Finanzierung der Schwangerschaftsabbrüche durch die gesetzliche Krankenversicherung (§§ 200f, 200g RVO sowie § 24b SGB V in der Fassung des Art. 2 SFHG).

³⁸³ Zum Gesetzgebungsprozess und zu den unterschiedlichen Regelungen in West und Ost siehe BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 2 ff., 33 ff.

Auf den detaillierten verfassungsrechtlichen Vorgaben der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung beruhen die derzeit geltenden Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch im Strafgesetzbuch (§§ 218 ff. StGB).

a) Inhalt

aa) Entscheidung der Senatsmehrheit

Ausgangspunkt der Prüfung in der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung ist ebenfalls die Schutzpflicht des Staates für das werdende Leben. Erneut sind deshalb wenige zentrale Ausführungen hierzu zum weiteren Verständnis der Grundrechtspeditionen der schwangeren Frau notwendig.

(1) Konzeption des Embryos

Das Gericht spricht in der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung dem „ungeborenen menschlichen Leben“ jedenfalls ab der Nidation, also ab dem Zeitpunkt der Einnistung, explizit die Menschenwürde zu. Den Embryo versteht der zuständige Zweite Senat nun als Grundrechtsträger, was der Erste Senat in der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung (1975) noch offenließ:

„Jedenfalls in der so bestimmten Zeit der Schwangerschaft handelt es sich bei dem Ungeborenen um individuelles, in seiner genetischen Identität [...] festgelegtes [...] Leben, das im Prozeß des Wachsens und Sich-Entfaltens sich nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch entwickelt (vgl. BVerfGE 39, 1 [37]). Wie immer die verschiedenen Phasen des vorgeburtlichen Lebensprozesses unter biologischen, philosophischen, auch theologischen Gesichtspunkten gedeutet werden mögen und in der Geschichte beurteilt worden sind, es handelt sich jedenfalls um unabdingbare Stufen der Entwicklung eines individuellen Menschseins. Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu“.³⁸⁴

Zugleich nimmt das Gericht in dieser Entscheidung die existentielle Abhängigkeit des Embryos von der schwangeren Frau in den Blick:

„[D]ie Schwangerschaft [ist] in ihrer Frühphase oft nur der Mutter bekannt und das Ungeborene [ist] ihrem Schutz in jeder Hinsicht anvertraut, von ihm aber auch existenziell abhängig ist.“³⁸⁵

„Sie [die Mutter] allein und nur von ihr selbst ins Vertrauen Gezogene wissen in diesem Stadium der Schwangerschaft um das neue Leben, das noch ganz der Mutter zugehört und von ihr in allem abhängig ist. Diese Unentdecktheit, Hilflosigkeit und Abhängigkeit des auf einzigartige Weise mit der Mutter verbundenen Ungeborenen lassen die Einschätzung berechtigt erscheinen, daß der Staat eine bessere Chance zu seinem Schutz hat, wenn er mit der Mutter zusammenwirkt.“³⁸⁶

³⁸⁴ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 158.

³⁸⁵ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 189.

³⁸⁶ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 196.

Trotz der fundamentalen Abhängigkeit versteht das Gericht den Embryo als eigenständiges Gegenüber, dem ein „eigenes Lebensrecht“³⁸⁷ zukommt. Aufgrund dieser verfassungsrechtsdogmatischen Konzeption versteht das Gericht erneut den Schwangerschaftsabbruch „immer [als] Tötung ungeborenen Lebens“³⁸⁸. Aufgabe des Staates sei es deshalb, „das menschliche Leben vor seiner Tötung zu schützen“.³⁸⁹ Die Rechtsordnung müsse daher „die rechtlichen Voraussetzungen seiner Entfaltung im Sinne eines eigenen Lebensrechts des Ungeborenen“³⁹⁰ gewährleisten. Deshalb, so das Gericht, könne auch auf den „Einsatz des Strafrechts und die davon ausgehende Schutzwirkung“³⁹¹ nicht verzichtet werden. In Anlehnung an die Ausführungen in der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung argumentiert dann das Bundesverfassungsgericht erneut, dass aufgrund des „Lebensrechts des Ungeborenen“ der „Schwangerschaftsabbruch für die ganze Dauer der Schwangerschaft grundsätzlich als Unrecht“³⁹² anzusehen sei und daher rechtlich verboten werden müsse, denn:

„Bestünde ein solches Verbot nicht, würde also die Verfügung über das Lebensrecht des nasciturus, wenn auch nur für eine begrenzte Zeit, der freien, rechtlich nicht gebundenen Entscheidung eines Dritten, und sei es selbst der Mutter, überantwortet, wäre rechtlicher Schutz dieses Lebens [...] nicht mehr gewährleistet.“³⁹³

(2) (Grund-)Rechtspositionen der schwangeren Person

Etwaige Grundrechte der Frau erwähnt der zuständige Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in den ersten Randnummern der Entscheidungsbegründung nicht. Aufgrund der konzipierten Schutzpflicht spricht das Bundesverfassungsgericht der schwangeren Frau vielmehr in erster Linie eine „Verhaltensanforderung“ im Sinne einer „Rechtspflicht zum Austragen“ aus:

„Verhaltensanforderungen zum Schutz des ungeborenen Lebens stellt der Staat, indem er durch Gesetz Gebote und Verbote ausspricht, Handlungs- und Unterlassungspflichten festlegt. Dies gilt auch für den Schutz des nasciturus gegenüber seiner Mutter, ungeachtet der Verbindung, die zwischen beiden besteht und bei Mutter und Kind zu einem Verhältnis der ‚Zweiheit in Einheit‘ führt. Ein solcher Schutz des Ungeborenen gegenüber seiner Mutter ist nur möglich, wenn der Gesetzgeber ihr einen Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich verbietet und ihr damit die grundsätzliche Rechtspflicht auferlegt, das Kind auszutragen.“³⁹⁴

³⁸⁷ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 159.

³⁸⁸ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 170.

³⁸⁹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 174.

³⁹⁰ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 159.

³⁹¹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 174.

³⁹² BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 168.

³⁹³ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 168.

³⁹⁴ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 161.

Die in der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung angedeutete Trennung zwischen Embryo und der schwangeren Frau wird nun in der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung als Verhältnis der „Zweiheit in Einheit“ bezeichnet. Jedoch erwähnt das Bundesverfassungsgericht die schwangere Frau zunächst nicht als Rechtssubjekt mit eigenen Rechten, sondern erlegt der schwangeren Frau die Rechtspflicht auf, das „Kind“ auszutragen. Nach Auffassung des Gerichts sollen rechtliche Verhaltensgebote, wie die Rechtspflicht des Austragens,

„im Volke lebendige Wertvorstellungen und Anschauungen über Recht und Unrecht stärken und unterstützen und ihrerseits Rechtsbewußtsein bilden“.³⁹⁵

Erst im Anschluss an weitere Ausführungen zum „Lebensrecht des Ungeborenen“ nennt das Bundesverfassungsgericht die folgenden Grundrechtspositionen, die das strafrechtliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs berühren:

„Als vom Lebensrecht des Ungeborenen berührte Rechtsgüter kommen dabei – ausgehend vom Anspruch der schwangeren Frau auf Schutz und Achtung ihrer Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) – vor allem ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) sowie ihr Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) in Betracht.“³⁹⁶

Der Zweite Senat nennt damit neben dem Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG), welches auch der Erste Senat in der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung anführte, zudem die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) sowie vor allem ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG).

In Abgrenzung zur *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung nimmt das Gericht den Umstand einer ungewollten Schwangerschaft jedenfalls vordergründig in den Blick und greift in der folgenden Passage, allerdings ohne dies kenntlich zu machen, eine Formulierung aus dem abweichenden Votum der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung auf, in dem *Rupp-von Brünneck* und *Simon* darauf aufmerksam macht, dass sich Frauen „normalerweise nicht leichten Herzens und ohne Grund einem solchen Eingriff unterziehen“³⁹⁷:

„Das Beratungsmodell geht [...] vertretbar davon aus, daß Frauen sich in der Regel nicht leichten Herzens, ohne eine Konfliktsituation zu empfinden, zu dem Eingriff eines Schwangerschaftsabbruchs entschließen.“³⁹⁸

„[E]ine Frau, die von einer ungewollten Schwangerschaft erfährt, [kann] in besonderer Weise existenziell betroffen sein [...]“.³⁹⁹

³⁹⁵ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 164.

³⁹⁶ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 165.

³⁹⁷ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 258 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

³⁹⁸ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 217.

³⁹⁹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 197.

Mit Blick auf die Auswirkungen eines Kindes auf die weitere Lebensplanung heißt es in der Entscheidungsbegründung der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung weiter:

„Sie [die Frau, LK] muß unter Umständen ihre Lebensplanung tiefgreifend ändern und sieht sich weit über die mit einer Schwangerschaft unvermeidlich einhergehenden Beschwerden hinaus im einzelnen unübersehbaren und lange andauernden Handlungs- und Sorgepflichten, gegebenenfalls auch zusätzlichen Lebensrisiken ausgesetzt.“⁴⁰⁰

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts sieht damit, dass das strafrechtliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs gerade nicht nur eine Austragungs- und Gebärpflicht darstellt, sondern zugleich eine

„Handlungs-, Sorge- und Einstandspflicht nach der Geburt über viele Jahre nach sich zieht“.⁴⁰¹

Wenngleich das Bundesverfassungsgericht diese genannten Grundrechtspositionen einer schwangeren Person erwähnt und insbesondere auch die Menschenwürde der Frau als kollidierendes Grundrecht anführt, werden diesen Grundrechtspositionen der Frau im Ergebnis – aufgrund der verfassungsrechtsdogmatischen Konzeption des Embryos als vom Staat zu schützendes eigenständiges Wesen – keine tragende Bedeutung beigemessen, wenn es weiter heißt:

„Grundrechte der Frau greifen gegenüber dem grundsätzlichen Verbot des Schwangerschaftsabbruchs nicht durch. [...] [S]ie tragen nicht so weit, daß die Rechtspflicht zum Austragen des Kindes von Grundrechts wegen – auch nur für eine bestimmte Zeit – generell aufgehoben wäre. Die Grundrechtspositionen der Frau führen allerdings dazu, daß es in Ausnahmefällen zulässig, in manchen dieser Fälle womöglich geboten ist, eine solche Rechtspflicht nicht aufzuerlegen.“⁴⁰²

„Bestünde ein solches Verbot nicht, würde also die Verfügung über das Lebensrecht des nasciturus, wenn auch nur für eine begrenzte Zeit, der freien, rechtlich nicht gebundenen Entscheidung eines Dritten, und sei es selbst der Mutter, überantwortet, wäre rechtlicher Schutz dieses Lebens im Sinne der oben genannten Verhaltensanforderungen nicht mehr gewährleistet. Eine solche Preisgabe des ungeborenen Lebens läßt sich auch unter Hinweis auf die Menschenwürde der Frau und ihre Fähigkeit zu verantwortlicher Entscheidung nicht einfordern. Rechtlicher Schutz bedingt, daß das Recht selbst Umfang und Grenzen zulässigen Einwirkens des einen auf den anderen normativ festlegt und nicht dem Belieben eines der Beteiligten überläßt.“⁴⁰³

Dabei wurzeln sowohl die Positionen der Frau als auch die des Embryos nach Auffassung der Senatsmehrheit in der Menschenwürde, während der Erste Senat in der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung die Menschenwürde nur mit Blick auf den Schutz des ungeborenen Lebens anführt, nicht jedoch mit

⁴⁰⁰ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 197.

⁴⁰¹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 171.

⁴⁰² BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 169.

⁴⁰³ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 168.

Blick auf die Grundrechtsposition der Frau. Allerdings wird der Gewährleistungsgehalt der Menschenwürde der Frau an dieser Stelle bereits sprachlich unmittelbar beschränkt, wenn das Gericht zwar auf eine „Fähigkeit“ zu verantwortlicher Entscheidung verweist, allerdings in diesem Zuge gerade die Erörterung eines *Rechts* zur Entscheidung unterlässt. Die Konfliktsituation einer ungewollt schwangeren Frau relativiert das Bundesverfassungsgericht dann weiter, wenn der Zweite Senat – wie auch der Erste Senat in der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung – grundsätzlich davon ausgeht, dass von einer Frau die „Aufopferung eigener Lebenswerte“ erwartet werden könne: Für einen Schwangerschaftsabbruch müssten deshalb

„Belastungen gegeben sein, die ein solches Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangen, daß dies von der Frau nicht erwartet werden kann“⁴⁰⁴.

Erneut stellt das Bundesverfassungsgericht damit eine Pflicht zur Aufopferung auf. Frauen, die sich ohne eine vorhandene „Unzumutbarkeit“ für die Beendigung einer Schwangerschaft entscheiden, so das Gericht, orientierten

„sich einseitig an ihren persönlichen Interessen“⁴⁰⁵.

Dieser Ausführung liegt die Vorstellung zugrunde, Frauen, die sich zu einem Schwangerschaftsabbruch entschließen, handelten egoistisch. Auch in folgender Passage kommt dieser Gedanke besonders zu Tage:

„Damit ist nicht gesagt, daß nach fachkundiger und individueller Beratung nur noch die Frau ihre Schwangerschaft abbricht, die sich in einem Konflikt solchen Ausmaßes befindet, daß ihr das Austragen des Kindes nach den oben dargelegten verfassungsrechtlichen Maßstäben unzumutbar ist. Dies würde die Lebenswirklichkeit verkennen, in der Männer wie Frauen vielfach ihre eigenen Lebensvorstellungen überbewerten und diese auch dann nicht zurückzustellen bereit sind, wenn es bei objektivem Nachvollziehen ihrer individuellen Lebenssituation zumutbar erscheint.“⁴⁰⁶

Die Entscheidung gegen ein Kind bzw. gegen ein weiteres Kind wird damit als objektiv *moralisch* weniger wertvoll bewertet. Weiter heißt es in der Entscheidungsbegründung dann, eine Frau sei

„in der Frühphase einer solchen Schwangerschaft psychisch oft noch nicht auf die Mutterschaft eingestellt und empfindet noch nicht die Bindung an das in ihr wachsende Leben“.⁴⁰⁷

Der Staat habe deshalb die Aufgabe, die

„Frauen [...] dafür zu gewinnen, sich der Aufgabe als Mutter nicht zu entziehen“⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 172.

⁴⁰⁵ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 198.

⁴⁰⁶ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 198.

⁴⁰⁷ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 197.

⁴⁰⁸ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 194.

Diesen Ausführungen liegt erneut eine Zuschreibung der Mutterrolle zugrunde. Verfassungsrechtlich erklärtes Ziel sei deshalb die

„beratende Einflußnahme auf die einen Schwangerschaftsabbruch erwägende Frau“⁴⁰⁹, um „die Bereitschaft für das Kind [zu] bekräftigen und [zu] fördern“⁴¹⁰.

(3) Vorgabe der Beratungspflicht und Wartefrist

Weil das Gericht die Beeinflussung der schwangeren Frau zum Ziel der Beratung erhebt, deklariert es sodann eine Beratungspflicht:

„Zu den notwendigen Rahmenbedingungen eines Beratungskonzepts gehört an erster Stelle, daß die Beratung für die Frau zur Pflicht gemacht wird und ihrerseits darauf ausgerichtet ist, die Frau zum Austragen des Kindes zu ermutigen.“⁴¹¹

In einer ungewöhnlichen Detailtreue liefert das Bundesverfassungsgericht zudem konkrete Vorgaben an den Inhalt der Beratung. Leitlinie ist dabei, dass die Beratung dem Schutz des werdenden Lebens dienen soll. Mit Blick auf die Grundrechtspositionen der Frau heißt es dementsprechend:

„[E]ine Beratung, die sich lediglich an der im Beratungsgespräch vorgetragenen Interessenlage der schwangeren Frau orientiert, ohne den vorhandenen Zwiespalt aufzugreifen, wird dem Auftrag der Beratung nicht gerecht.“⁴¹²

Zwar gibt das Gericht in den weiteren Randnummern eine „ergebnisoffene“ Beratung vor, die jedoch zugleich die Frau zur Fortsetzung ihrer Schwangerschaft durch die Vermittlung „normativer Vorstellungen und Werthaltungen“ „ermutigen“ soll:

„Eine solche Ermutigung steht solange nicht im Widerspruch zu den Wirkungsbedingungen einer Beratung, wie sie von der personalen Freiheit der Ratsuchenden ausgeht, ihre Verantwortung respektiert und dementsprechend als ergebnisoffene Beratung geführt wird. Als ein Vorgang personaler Kommunikation schließt eine ergebnisoffene Beratung keineswegs aus, daß vom Berater vermittelte normative Vorstellungen und Werthaltungen in sie einfließen; sie bietet vielmehr gerade die Chance dafür, daß normative Orientierungen und Prägungen, die auch bei der Ratsuchenden vorhanden sind, angesprochen werden.“⁴¹³

Die vom Gericht dargelegten Vorgaben kommen nicht ohne Widersprüche aus, so etwa, wenn das Gericht ausführt, die Beratung sei „ergebnisoffen zu führen“, jedoch darf sie nicht „ergebnis- und zieloffen“ erfolgen:

„Die Beratung ist zwar ergebnisoffen zu führen, weil dann am ehesten erwartet werden kann, daß sich die Frau an der Suche nach einer Konfliktlösung beteiligt. Doch darf die Beratung

⁴⁰⁹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 203.

⁴¹⁰ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 217.

⁴¹¹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 204.

⁴¹² BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 230.

⁴¹³ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 229.

nicht ergebnis- und zieloffen, sondern muß auf den Schutz des ungeborenen Lebens hin orientiert sein.“⁴¹⁴

Die innere Konfliktlage vor einem möglichen Schwangerschaftsabbruch, die dann in einer Beratung erörtert werden soll, versteht das Bundesverfassungsgericht wie folgt:

„Ein Schwangerschaftskonflikt erwächst in aller Regel aus einem elementaren Zwiespalt zwischen der Erkenntnis, schutzbedürftiges menschliches Leben in sich zu tragen, dem Wunsch, das Kind haben zu wollen einerseits und andererseits der Sorge, der damit verbundenen Aufgabe nicht gewachsen, schweren Konflikten im persönlichen Umfeld ausgesetzt zu sein oder eigene Lebensvorstellungen zurückstellen zu müssen. Eine Beratung, die diesen Zwiespalt aufdeckt und sich darum bemüht, die dem Kinderwunsch entgegenstehenden Umstände bewältigen zu helfen und die Frau zum Austragen der Schwangerschaft zu ermutigen, ist deshalb keine von außen kommende Fremdbestimmung.“⁴¹⁵

Der Entscheidung liegt folglich die Vorstellung zugrunde, dass eine jede schwangere Frau den Wunsch habe, ein Kind zur Welt zu bringen, oder dass sich dieser Wunsch im Laufe der Schwangerschaft einstelle. Demzufolge müssten in einer Beratung nur die Umstände, die diesem – grundsätzlich vorhandenen – Kinderwunsch entgegenstehen, aus dem Weg geräumt werden. Vom Gericht deklariertes Kerninhalt der Beratung ist es dabei, der Frau ein Verantwortungsbewusstsein gegenüber dem „Ungeborenen“ zu verdeutlichen.

Die Beratung

„soll ermutigen, nicht einschüchtern; Verständnis wecken, nicht belehren; die Verantwortung der Frau stärken, nicht sie bevormunden“⁴¹⁶.

Für die Beratung stellt das Gericht eine

„normative Orientierung auf den Schutz des ungeborenen Lebens“ auf, die „der verantwortlich handelnden Frau die Grundlage [gibt], ihr Handeln zu beurteilen“⁴¹⁷.

Dabei nehme das Beratungskonzept

„die Frau als handelnde Person ernst, indem es sie als Verbündete bei dem Schutz des ungeborenen Lebens zu gewinnen sucht und dabei von ihr eine verantwortliche Mitwirkung erwartet“⁴¹⁸.

Das Bundesverfassungsgericht gesteht der schwangeren Frau folglich vordergründig eine Entscheidung zu, jedoch wird Frauen zugleich verwehrt, „in eigener Sache“ zu entscheiden:

⁴¹⁴ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 297.

⁴¹⁵ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 229.

⁴¹⁶ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 231.

⁴¹⁷ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 171.

⁴¹⁸ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 225.

„Auch wenn die Beratungsregelung den Frauen Verantwortung bei der Entscheidung über das Austragen ihres Kindes zutraut [...], wäre es gleichwohl mit der rechtsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes unvereinbar, wenn die an dem Konflikt existenziell beteiligten Frauen selbst mit rechtlicher Erheblichkeit feststellten, ob eine Lage gegeben ist, bei der das Austragen des Kindes unzumutbar ist [...]. Die Frauen würden dann in eigener Sache über Recht und Unrecht befinden. [...] [D]ie besondere Verbindung von Mutter und ungeborenem Leben, die für dieses Schutz bedeutet, aber auch Gefahr bringen kann, [darf] nicht zum Anlaß genommen werden, allein der Mutter die Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen zu überlassen, die ihr nach der Rechtsordnung die Tötung des Ungeborenen erlauben.“⁴¹⁹

Auch in der weiteren Entscheidungsbegründung spricht das Bundesverfassungsgericht der entscheidenden Frau – vordergründig – ein Entscheidungsrecht zu, das jedoch primär dazu dienen soll, die Verantwortung gegenüber dem Embryo zu stärken: So komme im „Überlassen einer Letztverantwortung“ die „Achtung vor dem Verantwortungsbewußtsein der Frauen“ zum Ausdruck, was dann „Appellfunktion“ habe und geeignet sei,

„allgemein die Verantwortung von Frauen gegenüber dem ungeborenen Leben zu stärken, sofern dies vor dem Hintergrund einer wachgehaltenen Orientierung über die verfassungsrechtlichen Grenzen von Recht und Unrecht“ geschehe.⁴²⁰

Wenn in der Entscheidungsbegründung von „Verantwortung“ zu lesen ist, dann meint das Gericht damit die Verantwortung gegenüber dem Embryo. Dies zeigt auch folgende Passage:

„Soll die Verantwortung der schwangeren Frau für das ungeborene Leben Grundlage einer gewissenhaften Entscheidung werden, so muß die Frau sich eben dieser Verantwortung bewußt sein, die sie nach dem Beratungskonzept in spezifischer Weise trägt. Dabei muß sie wissen, daß das Ungeborene insbesondere auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat [...]. Mithin muß der Frau bewußt sein, daß nur in Ausnahmesituationen nach der Rechtsordnung ein Schwangerschaftsabbruch in Betracht gezogen werden darf, nämlich nur, wenn der Frau eine Belastung erwächst, die so schwer und außergewöhnlich ist, daß sie die zumutbare Obergrenze übersteigt. Dessen muß sich die beratende Person vergewissern und etwa vorhandene Fehlvorstellungen in für die Ratsuchende verständlicher Weise korrigieren.“⁴²¹

Ähnlich paternalistisch aus Sicht der entscheidenden Person ist die Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts an den Gesetzgeber, dass eine schwangere Frau ihre *Gründe* mitteilen muss, die sie zu einem Schwangerschaftsabbruch bewegen.⁴²² Das Gericht sieht die vorgeschriebene Mitteilung der Gründe gar als Ausdruck der

⁴¹⁹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 214.

⁴²⁰ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 198.

⁴²¹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 232.

⁴²² BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 235.

„Verantwortung der schwangeren Frau“ und ihrer Fähigkeit, „eine gewissenhafte Entscheidung zu treffen“⁴²³.

Neben der Vorgabe der Beratungspflicht hat das Bundesverfassungsgericht eine Wartefrist vorgegeben:

„Die Beratung wird vielfach von der schwangeren Frau nicht sofort, sondern erst in einer gewissen Zeit verarbeitet werden können. Die Frau muß noch Gelegenheit haben, mit ihr vertrauten Personen über ihre Entscheidung zu sprechen, wenn diese verantwortungsbewußt getroffen werden soll (vgl. schon BVerfGE 39, 1 [64]).“⁴²⁴

(4) Kostenübernahmeverbot durch Krankenversicherung

Ferner leitet das Bundesverfassungsgericht aus dem Grundgesetz ab, dass die medizinische Leistung eines Schwangerschaftsabbruchs grundsätzlich nicht von der gesetzlichen Krankenversicherung übernommen werden dürfe, Frauen müssen daher diesen Eingriff grundsätzlich privat zahlen. In der Entscheidungsbegründung heißt es dazu, dass das Grundgesetz

„die Gewährung sozialversicherungsrechtlicher Leistungen für die ärztliche Vornahme des nicht rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruchs und die medizinische Nachsorge bei komplikationslosem Verlauf“⁴²⁵ ausschließt.

Weiter könne der infolge des Schwangerschaftsabbruchs arbeitsunfähig gewordenen Frau kein Anspruch auf Gewährung von Krankengeld nach § 24b Abs. 2 Satz 2 SGB V zukommen.⁴²⁶ In der vom Gericht zugrunde gelegten Konzeption des Embryos kann der Staat sich folgerichtig nicht an der „Tötung ungeborenen Lebens“ beteiligen, „solange er von der Rechtmäßigkeit dieses Vorgangs nicht überzeugt sein kann“.⁴²⁷ In der Begründung dieser Rechtsansicht der Senatsmehrheit offenbaren sich allerdings noch weitere Erwägungen, warum ein Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich privat gezahlt werden müsse:

„Ohne den von der Frau verlangten Eingriff, der das Leben des Ungeborenen zerstört und nur deshalb die Gesundheit der Frau gefährdet, bestünde für die Gewährung von Ansprüchen gegen die soziale Krankenversicherung kein Anlaß.“⁴²⁸

Dieser Beobachtung entsprechend führt das Bundesverfassungsgericht als weiteren Erwägungsgrund an:

„Die Gewährung sozialversicherungsrechtlicher Leistungen [...] ist auch deshalb mit der staatlichen Schutzpflicht für das ungeborene menschliche Leben nicht vereinbar, weil

⁴²³ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 236.

⁴²⁴ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 241.

⁴²⁵ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 336.

⁴²⁶ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 336.

⁴²⁷ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 323 ff.

⁴²⁸ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 323.

dadurch das allgemeine Bewußtsein in der Bevölkerung, daß das Ungeborene auch gegenüber der Mutter ein Recht auf Leben hat und daher der Abbruch der Schwangerschaft grundsätzlich Unrecht ist, erheblich beschädigt würde.“⁴²⁹

„[W]enn der Staat [...] den Abbruch unterstützte, [erweckte] [der Staat] damit unvermeidlich den Eindruck [...], der Schwangerschaftsabbruch würde von der Rechtsordnung am Ende doch gutgeheißen. Auch die der schwangeren Frau nahestehenden, für sie und das Ungeborene mitverantwortlichen Personen könnten sich entlastet fühlen, weil sie als normal und rechtmäßig empfinden werden, wofür Leistungen der Sozialversicherung gewährt werden.“⁴³⁰

Eine Ausnahme des nach Auffassung der Senatsmehrheit vom Grundgesetz vorgegebenen Verbots der staatlichen Kostenübernahme erblickt das Bundesverfassungsgericht „bei Bedürftigkeit der Frau“⁴³¹. Obgleich das Gericht, wie das geltende einfache Recht, auch diese Abbrüche als „nicht rechtmäßig“, mithin als „Unrecht“, ansieht, müsse der Staat in diesen Fällen die Kostenübernahme regeln. Die Kostenübernahme bei Frauen in finanzieller Not sei kein verfassungsrechtlicher Widerspruch, weil der Gesetzgeber damit von vornherein verhindere, dass Frauen den

„Weg in die Illegalität suchen und damit nicht nur sich selbst gesundheitlichen Schaden zufügen, sondern auch dem Ungeborenen die Chance einer Rettung durch ärztliche Beratung nehmen“.⁴³²

Während das Gericht bei der grundsätzlichen Kostenübernahme für alle Abbrüche gerade nicht die ökonomische Situation aus Perspektive der Schwangeren, die sich in einer Notlage befindet, einnimmt, gesteht der Zweite Senat einkommensschwachen Frauen im Ergebnis die Kostenübernahme der medizinischen Dienstleistung zu, begründet dies jedoch mit einer möglichen „Chance auf Rettung“ des Embryos, falls sich die Schwangere doch gegen einen Abbruch entscheide. Der Gesetzgeber habe bei der Ausgestaltung des Sozialhilfanspruchs insofern das „Persönlichkeitsrecht der Leistungsberechtigten“ zu schützen, als dass die Frau möglichst nur einmal und nicht wiederholt „ihre Situation“ darlegen muss.⁴³³

(5) *Flächendeckender Zugang*

Mit Blick auf den flächendeckenden Zugang zu Schwangerschaftsabbrüchen habe der Staat

⁴²⁹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 332.

⁴³⁰ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 339.

⁴³¹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 339.

⁴³² BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 339.

⁴³³ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 340.

„für das Bereitstehen ärztlicher Hilfe zum Abbruch der Schwangerschaft in einer Entfernung zu sorgen, die von der Frau nicht die Abwesenheit über einen Tag hinaus verlangt.“⁴³⁴

So kann es der

„Schwangeren eine Hilfe in der Not sein, wenn sie für einen ersten Arztbesuch die An- und Rückreisen – auch mit öffentlichen Verkehrsmitteln – an einem Tag bewältigen kann. Es wird ihr leichter, die Betreuung eigener Kinder während ihrer Abwesenheit zu regeln; der Arbeit braucht sie nur für eine relativ kurze Zeit fernzubleiben.“⁴³⁵

An dieser Stelle erörtert das Bundesverfassungsgericht die individuelle Situation und nimmt den sozialen Kontext der schwangeren Frau in den Blick. Die weitere Begründung des wohnortnahen Zugangs zu Schwangerschaftsabbrüchen offenbart allerdings erneut eine embryozentrierte Perspektive:

„Es dient [...] dem Lebensschutz, wenn sich der Arzt nicht wegen einer weiten Anreise der schwangeren Frau gedrängt sieht, den Schwangerschaftsabbruch an dem Tage, an dem sie sich bei ihm zum ersten Mal einfindet, vorzunehmen. Bei einer unklaren Lage wird sich der Arzt dann eher darauf beschränken, zunächst das ärztliche Gespräch mit der Frau zu führen und sie in Übereinstimmung mit der auf Lebensschutz gerichteten ärztlichen Berufspflicht zu beraten, einen etwaigen Eingriff aber auf einen späteren Tag verschieben. Damit wird noch einmal die Chance für eine Entscheidung der Frau zugunsten des Ungeborenen eröffnet.“⁴³⁶

(6) Rolle der Ärzteschaft

Das Bundesverfassungsgericht nimmt in der Entscheidungsbegründung auch den sozialen Kontext, in dem eine Entscheidung zu einem Schwangerschaftsabbruch ergeht, in den Blick. Demnach soll auch das soziale Umfeld in das verfassungsrechtliche Schutzkonzept einbezogen werden, mit der Begründung, dass das medizinische Personal und das weitere familiäre und soziale Umfeld – „sei es positiv, sei es negativ – in einem Schwangerschaftskonflikt auf den Willen der Frau Einfluß nehmen können“⁴³⁷.

Die Rolle der Ärzteschaft, die den medizinischen Eingriff durchführt, fasst das Gericht wie folgt:

„Der Arzt darf einen verlangten Schwangerschaftsabbruch nicht lediglich vollziehen, sondern hat sein ärztliches Handeln zu verantworten. Er ist Gesundheit und Lebensschutz verpflichtet und darf deshalb nicht unbesehen an einem Schwangerschaftsabbruch mitwirken.“⁴³⁸

Die staatliche Schutzpflicht, so das Gericht, erfordere,

⁴³⁴ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 368.

⁴³⁵ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 363.

⁴³⁶ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 362.

⁴³⁷ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 205.

⁴³⁸ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 250.

„daß die im Interesse der Frau notwendige Beteiligung des Arztes zugleich Schutz für das ungeborene Leben bewirkt“.⁴³⁹

Zwar sei die Ärzteschaft ohnehin

„durch Berufsethos und Berufsrecht darauf verpflichtet, sich grundsätzlich für die Erhaltung menschlichen Lebens, auch des ungeborenen, einzusetzen“.⁴⁴⁰

Dennoch müsse der Staat

„den Arzt verpflichten, die ihm zukommende Schutzaufgabe wahrzunehmen“.⁴⁴¹

Erneut stellt das Bundesverfassungsgericht ungewöhnlich detailtreue Anforderungen an die „dem Lebensschutz dienende Aufklärungs- und Beratungspflicht“⁴⁴². So obliege es der Ärzteschaft,

„über die rein medizinischen Aspekte des Schwangerschaftsabbruchs hinaus den Schwangerschaftskonflikt, in dem die Frau steht, im Rahmen ärztlicher Erkenntnismöglichkeiten zu erheben“.⁴⁴³

Deshalb müssten Frauen auch gegenüber der behandelnden Ärztin oder des Arztes ihre Gründe, weshalb sie einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen, darlegen.⁴⁴⁴ Der Inhalt des privaten Behandlungsvertrags wird noch weitergehend vom Gericht vorgegeben. So sei im ärztlichen Beratungsgespräch

„das Augenmerk darauf zu richten, ob die Frau tatsächlich den Schwangerschaftsabbruch innerlich bejaht oder ob sie insbesondere Einflüssen unterlegen ist, die von ihrem familiären oder weiteren sozialen Umfeld – etwa dem Ehemann, dem Partner, den Eltern oder dem Arbeitgeber – ausgegangen sind“.⁴⁴⁵

Dabei habe das behandelnde medizinische Personal die Aufgabe,

„ein hinreichendes Wissen davon zu vermitteln und zur Sprache zu bringen, daß der Schwangerschaftsabbruch menschliches Leben zerstört“.⁴⁴⁶

Das ärztliche Beratungsgespräch müsse „normativ am Schutz des ungeborenen Lebens orientiert“⁴⁴⁷ sein und wird damit vom Bundesverfassungsgericht, als vom Grundgesetz vorgegeben verstanden, einseitig auf den Embryo ausgerichtet.

⁴³⁹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 251.

⁴⁴⁰ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 251.

⁴⁴¹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 251.

⁴⁴² BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 263.

⁴⁴³ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 254.

⁴⁴⁴ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 254.

⁴⁴⁵ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 254.

⁴⁴⁶ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 255.

⁴⁴⁷ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 257.

Eindrücklich schildert auch die folgende Passage, wie das Bundesverfassungsgericht sich die Rolle der behandelnden Ärztin oder des Arztes vorstellt:

„Der Arzt darf weiterhin Umstände nicht außer acht lassen, die darauf hindeuten, daß der Schwangerschaftsabbruch der Frau in ihrem Konflikt nicht hilft.“⁴⁴⁸

Das Bundesverfassungsgericht wählt bei dieser Erwägung somit einen paternalistischen Ansatz. Das Bundesverfassungsgericht verpflichtet in einem zweiten Schritt sodann den Gesetzgeber, *strafrechtlich* zu sanktionieren,

„daß der Arzt sich die Gründe der Frau für ihr Abbruchverlangen darlegen läßt, sich der vorausgegangenen Beratung sowie der Überlegungsfrist vergewissert und er seine besondere, dem Lebensschutz dienende Aufklärungs- und Beratungspflicht erfüllt.“⁴⁴⁹

Damit stellt das Bundesverfassungsgericht die Vorgabe an den Gesetzgeber auf, strafrechtlich sicherzustellen, dass eine Privatperson einer anderen Privatperson Gründe für ihr Handeln darlegen muss.

Das Gericht selbst erblickt keinen Widerspruch in seinen Ausführungen, wenngleich die Erwägungsgründe doch einen klaren Widerspruch zu bereits zitierten Passagen offenbaren:

„Die Erfordernisse eines ärztlichen Gesprächs mit der Frau und einer Entscheidung des Arztes in ärztlicher Verantwortung stehen nicht in Widerspruch zur Konzeption einer Beratungsregelung; denn die Frau wird nicht dem Druck ausgesetzt, die Gründe für ihren Abbruchwunsch durch einen Dritten überprüfen und bewerten zu lassen.“⁴⁵⁰

Das Gericht erörtert damit auch die ärztliche Verantwortung aus einer embryozentrierten Perspektive. Aus dieser Perspektive heraus erörtert das Gericht sodann die ärztliche *Weigerung*, einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen: So könne die behandelnde Ärztin oder der Arzt einen Schwangerschaftsabbruch nur wahrnehmen, wenn aus einer Weigerung keine rechtlichen oder tatsächlichen Nachteile erwachsen:

„[D]as Recht, die Mitwirkung an Schwangerschaftsabbrüchen – mit Ausnahme medizinisch indizierter – zu verweigern, [fällt] in den Schutzbereich [...] [des] durch das ärztliche Berufsbild geprägten Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG). Dem hat der Gesetzgeber mit Art. 2 des 5. StrRG Rechnung getragen. Diese Vorschrift ist bei Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Regelung des Schwangerschaftsabbruchs vertraglich nicht abdingbar. [...] Auch wenn ein Arzt in abhängiger Stellung sich generell weigert, nicht medizinisch indizierte Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen, dürfen sich für ihn daraus regelmäßig keine beruflichen Nachteile ergeben; eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses kann auch dann nur ausnahmsweise in Betracht kommen, wenn der Arbeitgeber keine andere Möglichkeit hat, den Arzt zu beschäftigen. Die

⁴⁴⁸ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 254.

⁴⁴⁹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 263.

⁴⁵⁰ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 259.

fachärztliche Ausbildung darf an der Weigerung des Arztes, sich in dem beschriebenen Umfang an Schwangerschaftsabbrüchen zu beteiligen, nicht scheitern.“⁴⁵¹

Die Ärzteschaft kann somit einen Schwangerschaftsabbruch verweigern, ohne dass ihnen dabei berufliche oder arbeitsvertragliche Konsequenzen erwachsen dürfen. Ausgenommen sind hiervon medizinisch indizierte Abbrüche. Die Weigerung ist von ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht grundrechtlich geschützt. Das Bundesverfassungsgericht gab zudem vor, dass diese Weigerung sich auch auf eine etwaige gynäkologische Facharztausbildung erstreckt.

(7) Rolle des engeren sozialen Umfelds

Das Bundesverfassungsgericht bezieht auch das engere soziale Umfeld in das staatliche Schutzkonzept mit ein. Mit der Begründung, dass Schwangerschaftsabbrüche

„ihre Ursache zu einem erheblichen Teil nicht primär in wirtschaftlich-sozialen Notlagen [haben], sondern in gestörten Partnerschaftsbeziehungen, in der Ablehnung des Kindes durch den Vater oder die Eltern der Frau sowie in einem Druck, der von diesen ausgeübt wird“.⁴⁵²

Aus diesem Grund sind auch die Personen des familiären Umfeldes in das Schutzkonzept einzubeziehen,

„die für eine Schwangerschaft ebenfalls Verantwortung tragen, wie die Väter, oder für die durch die Schwangerschaft eine besondere Verantwortung entsteht, wie bei den Eltern noch minderjähriger Schwangerer. In Betracht kommen aber auch Personen des weiteren sozialen Umfeldes, wie etwa Vermieter oder Arbeitgeber“.⁴⁵³

Denn von diesem sozialen Umfeld können Einwirkungen ausgehen, die sich

„unmittelbar gegen den nasciturus richten, aber auch mittelbar, indem der schwangeren Frau geschuldete Hilfe verweigert, sie wegen der Schwangerschaft in Bedrängnis gebracht oder gar Druck auf sie ausgeübt wird, die Schwangerschaft abubrechen“.⁴⁵⁴

Hieraus schließt das Bundesverfassungsgericht zum einen die Beteiligung der Angehörigen am Beratungsgespräch:

„Jede Beratung muß es deshalb unternehmen zu klären, ob die Hinzuziehung des Vaters, naher Angehöriger oder Vertrauter angezeigt erscheint und die schwangere Frau dafür gewonnen werden kann.“⁴⁵⁵

Für den umgekehrten Fall, „in denen die Schwangere von vornherein von einer solchen ihr nahestehenden Person begleitet wird“, müsse dann jedoch geprüft

⁴⁵¹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 266.

⁴⁵² BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 272.

⁴⁵³ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 273.

⁴⁵⁴ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 162.

⁴⁵⁵ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 273.

werden, ob von der nahestehenden Person „ein für das ungeborene Leben schädlicher Einfluß zu befürchten“ ist; in diesem Fall sei „die Schwangere daher aufzufordern [...], noch einmal ohne Begleitung zu einem Beratungsgespräch zu kommen“.⁴⁵⁶

Das Bundesverfassungsgericht fordert erneut strafrechtliche Sanktionen zur Sicherstellung, dass schwangere Personen nicht beeinflusst werden dürfen:

„Hierzu sind für Personen des familiären Umfeldes in bestimmtem Umfang strafbewehrte Verhaltensgebote und -verbote unerlässlich. Sie müssen sich zum einen darauf richten, daß die betreffenden Personen der Frau den ihnen zuzumutenden Beistand, dessen sie wegen der Schwangerschaft bedarf, nicht in verwerflicher Weise vorenthalten, zum anderen darauf, daß sie es unterlassen, die Frau zum Schwangerschaftsabbruch zu drängen.“⁴⁵⁷

(8) Gesellschaftliche und politische Bedingungen

In struktureller Hinsicht müsse der Staat

„Gefahren entgegentreten, die für dieses Leben [gemeint: Embryo, LK] in den gegenwärtigen und absehbaren realen Lebensverhältnissen der Frau und der Familie begründet liegen und der Bereitschaft zum Austragen des Kindes entgegenwirken“.⁴⁵⁸

Das ergebe sich zum einen aus dem staatlichen Schutzauftrag des Art. 6 Abs. 4 GG:

„Sie verpflichtet die staatliche Gewalt, Problemen und Schwierigkeiten nachzugehen, die der Mutter während und nach der Schwangerschaft erwachsen können. Art. 6 Abs. 4 GG enthält einen für den gesamten Bereich des privaten und öffentlichen Rechts verbindlichen Schutzauftrag, der sich auch auf die schwangere Frau erstreckt. Diesem Auftrag entspricht es, Mutterschaft und Kinderbetreuung als eine Leistung zu betrachten, die auch im Interesse der Gemeinschaft liegt und deren Anerkennung verlangt.“⁴⁵⁹

Nach Auffassung des Zweiten Senats ist dem Schutzauftrag nach Art. 6 Abs. 4 GG demnach auch ein gesamtgesellschaftliches Interesse zu entnehmen, „Mutterschaft und Kinderbetreuung“ anzuerkennen. Damit weist das Gericht darauf hin, dass der Staat verpflichtet ist, „Problemen und Schwierigkeiten“ nachzugehen, die sich während oder nach der Schwangerschaft ergeben. In diesem Sinne führt das Gericht weiter aus:

„Die der Mutter geschuldete Fürsorge der Gemeinschaft umfaßt die Verpflichtung des Staates, darauf hinzuwirken, daß eine Schwangerschaft nicht wegen einer bestehenden oder nach der Geburt des Kindes drohenden materiellen Notlage abgebrochen wird.“⁴⁶⁰

Das Gericht erwähnt dabei auch, dass zur staatlichen Verpflichtung auch zähle,

⁴⁵⁶ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 273.

⁴⁵⁷ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 275.

⁴⁵⁸ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 178.

⁴⁵⁹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 178.

⁴⁶⁰ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 180.

„Nachteile, die einer Frau aus der Schwangerschaft für Ausbildung und Beruf erwachsen können, nach Möglichkeit auszuschließen“.⁴⁶¹

Dem scheint jedoch argumentativ betrachtet kein zentraler Stellenwert zuzukommen. Denn das Gericht begründet diese Verpflichtung – obwohl in Art. 6 Abs. 4 GG („*Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft*“) erörterte – weiterhin aus einer embryozentrierten Perspektive, wenn es weiter heißt, der Staat habe

„in Wahrnehmung seiner Schutzpflicht gegenüber dem ungeborenen menschlichen Leben den Umständen nachzugehen, die die Lage der schwangeren Frau und der Mutter zu erschweren geeignet sind, und sich im Maße des rechtlich und tatsächlich Möglichen und Verantwortbaren um Abhilfe oder Erleichterung zu bemühen“.⁴⁶²

Die zitierten Ausführungen erwecken im Kontext der sonstigen Entscheidungsbegründung den Anschein einer Verfassungsrechtsinterpretation, die auf eine staatliche Geburtenförderung „im Interesse der Gemeinschaft“ abzielt. Dieser letzte Aspekt wird noch deutlicher, wenn das Gericht meint, dass Eltern

„mit der Erziehung ihrer Kinder zugleich Aufgaben [übernehmen], deren Erfüllung sowohl im Interesse der Gemeinschaft als Ganzer als auch jedes einzelnen gelegen ist“ und der „Staat daher gehalten sei, „eine kinderfreundliche Gesellschaft zu fördern, was auch auf den Schutz des ungeborenen Lebens zurückwirkt“.⁴⁶³

So formuliert das Gericht umfangreiche Ermöglichungsbedingungen, neben dem Arbeitsrecht sei „an das Wohnungswesen, den öffentlichen Dienst und berufs-, insbesondere auch ausbildungsrechtliche Regelungen“⁴⁶⁴ zu denken, konkret etwa an „das Verbot einer Kündigung von Mietverträgen über Wohnraum wegen der Aufnahme eines neugeborenen Kindes, aber auch Bestimmungen im Bereich des Kreditwesens über Vertragsgestaltungen oder staatliche Vertragshilfen, welche den Eltern eine Erfüllung von Kreditverpflichtungen nach der Geburt eines Kindes ermöglichen oder erleichtern“⁴⁶⁵.

Das Bundesverfassungsgericht führt weiter aus, dass der Staat *verfassungsrechtlich* aufgrund des Schutzes des ungeborenen Lebens, des Schutzauftrags für Ehe und Familie (Art. 6 GG) und aufgrund der Gleichstellung von Mann und Frau in der Teilhabe am Arbeitsleben (vgl. Art. 3 Abs. 2 GG) und *völkerrechtlich* (vgl. Art. 3 und 7 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966 (IPwskR)) verpflichtet ist, Grundlagen dafür zu schaffen, dass „Familientätigkeit und Erwerbstätigkeit

⁴⁶¹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 180.

⁴⁶² BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 180.

⁴⁶³ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 181.

⁴⁶⁴ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 182.

⁴⁶⁵ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 181.

aufeinander abgestimmt werden können und die Wahrnehmung der familiären Erziehungsaufgabe nicht zu beruflichen Nachteilen führt“⁴⁶⁶:

„Dazu zählen auch rechtliche und tatsächliche Maßnahmen, die ein Nebeneinander von Erziehungs- und Erwerbstätigkeit für beide Elternteile ebenso wie eine Rückkehr in eine Berufstätigkeit und einen beruflichen Aufstieg auch nach Zeiten der Kindererziehung ermöglichen. [...]. Die Bedeutung solcher Leistungen als Maßnahmen präventiven Lebensschutzes hat der Gesetzgeber in Rechnung zu stellen, wenn es erforderlich wird, staatliche Leistungen im Hinblick auf knappe Mittel zu überprüfen.“⁴⁶⁷

Damit zeigt das Bundesverfassungsgericht wichtige politische Grundbedingungen auf und verweist den Gesetzgeber explizit darauf, dass er verfassungsrechtlich und völkerrechtlich verpflichtet ist, finanzielle Ressourcen zu überprüfen, um eine Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu ermöglichen. Im Ergebnis versteht das Bundesverfassungsgericht jedoch diesen präventiven Schutzauftrag, wie bereits mehrfach angeklungen, wie folgt:

„Der Schutzauftrag verpflichtet den Staat schließlich auch, den rechtlichen Schutzanspruch des ungeborenen Lebens im allgemeinen Bewußtsein zu erhalten und zu beleben. Deshalb müssen die Organe des Staates in Bund und Ländern erkennbar für den Schutz des Lebens eintreten. Das betrifft auch und gerade die Lehrpläne der Schulen. Öffentliche Einrichtungen, die Aufklärung in gesundheitlichen Fragen, Familienberatung oder Sexualaufklärung betreiben, haben allgemein den Willen zum Schutz des ungeborenen Lebens zu stärken; dies gilt insbesondere für die in Art. 1 § 1 SFHG vorgesehene Aufklärung. Öffentlich-rechtlicher wie privater Rundfunk sind bei Ausübung ihrer Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) der Würde des Menschen verpflichtet (zum privaten Rundfunk vgl. Art. 1 § 23 Abs. 1 Satz 1 und 2 des Staatsvertrages über den Rundfunk im vereinten Deutschland vom 31. August 1991); ihr Programm hat daher auch teil an der Schutzaufgabe gegenüber dem ungeborenen Leben.“⁴⁶⁸

Das Bundesverfassungsgericht erstreckt die staatliche Schutzpflicht damit umfassend auf jegliche Informationsbereiche, von Schulen über Beratungsstellen hin zu öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunkanstalten (Fernsehen, Radio), die das Gericht verpflichtet, in der Bevölkerung den „Willen zum Schutz des ungeborenen Lebens zu stärken“. Ziel der Aufklärung – so die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts – soll damit sein, Schwangerschaftsabbrüche in der Gesellschaft zu verhindern. Die Grundrechtspositionen der schwangeren Frau bleiben an dieser Stelle außer Betracht.

bb) Abweichendes Votum I

Auch bei der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung ergingen zwei Sondervoten, die sich in ihren jeweiligen Kritikpunkten an der Begründung der

⁴⁶⁶ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 183.

⁴⁶⁷ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 183.

⁴⁶⁸ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 185.

Senatsmehrheit wiederum deutlich voneinander unterscheiden und deshalb getrennt dargestellt werden. *Ernst Gottfried Mahrenholz* und *Bertold Sommer* vertraten in ihrer abweichenden Meinung, dass § 218a Abs. 1 StGB a. F. verfassungsgemäß sei und Schwangerschaftsabbrüche nach der Beratungsregelung von der gesetzlichen Krankenversicherung aus verfassungsrechtlicher Perspektive übernommen werden könnten. Die abweichende Meinung unterscheidet sich nicht nur im Ergebnis der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs, sondern bereits im Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Begründung von der Senatsmehrheit.

(1) (Grund-)Rechtspositionen der schwangeren Person

Im Fokus der verfassungsrechtlichen Betrachtung der Strafrechtsparagrafen steht bei dem Sondervotum von *Mahrenholz* und *Sommer* die grundrechtliche Position der schwangeren Person:

„Rechtliche Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs ergreifen den innersten Bereich menschlichen Lebens und berühren grundlegende Fragen menschlicher Existenz. Zu den spezifischen Grundbedingungen menschlichen Seins gehört, daß Sexualität und Kinderwunsch nicht übereinstimmen. Die Folgen dieser Divergenz haben die Frauen zu tragen.“⁴⁶⁹

Dabei nimmt das abweichende Votum die Situation ungewollt schwangerer Frauen in den Blick:

„Zu allen Zeiten und in allen, von verschiedenen moralischen und religiösen Wertvorstellungen geprägten Kulturen haben sie Auswege aus der Not ungewollter Schwangerschaften gesucht und gefunden und sich dabei durch Androhung auch schwerster und grausamer Strafen nicht davon abhalten lassen, selbst bei Gefahr für das eigene Leben das ungeborene Leben abzutöten, wenn sie ein Kind nicht wollten. Entsprechend ihrer gewandelten gesellschaftlichen Stellung lösen Frauen heute diesen fundamentalen Lebenskonflikt vornehmlich danach, ob sie nach eigener Einschätzung in ihrer konkreten Lebenssituation die Möglichkeit erkennen, die Aufgaben einer Mutter verantwortlich zu erfüllen.“⁴⁷⁰

Weiter heißt es dann im Sondervotum, dass jede gesetzliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs

„die Frage nach dem Bereich unantastbarer Autonomie des Menschen einerseits und dem Recht des Staates zu Regelungen andererseits auf [aufwirft]“.⁴⁷¹

Die Grundrechtspositionen fasst die abweichende Meinung dabei wie folgt:

⁴⁶⁹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 386 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁷⁰ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 386 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁷¹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 387 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

„Innerhalb des verfassungsrechtlich vorgegebenen Dreiecks zwischen der Frau, dem ungeborenen Leben und dem Staat nimmt die aus dem Grundgesetz abzuleitende Schutzpflicht für das ungeborene Leben allein den Staat in Anspruch, nicht unmittelbar schon die Frau. Pflichten, die der Staat im Wege der Gesetzgebung der Frau zum Schutz des ungeborenen Lebens auferlegt, müssen zugleich ihre Grundrechtspositionen berücksichtigen.“⁴⁷²

„Jede gesetzliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs muß deshalb nicht nur mit der Schutzpflicht für das ungeborene Leben aus Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, sondern auch mit dem Anspruch der Frau auf Schutz und Achtung ihrer Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), ihrem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) und ihrem Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) vereinbar sein (vgl. Urteil, D. I. 2. b).“⁴⁷³

Dementsprechend sei der Frau ein Schwangerschaftsabbruch

„als Ausübung ihrer Grundrechte erlaubt“, „soweit eine Rechtspflicht der Frau nicht besteht.“⁴⁷⁴

Die von der Senatsmehrheit benannte „Zweiheit in Einheit“ greift das abweichende Votum auf, folgert daraus allerdings anderes. So unterscheide sich der Schwangerschaftskonflikt von allen anderen Gefährdungen menschlichen Lebens⁴⁷⁵:

„Frau und nasciturus stehen sich nicht als mögliche ‚Täterin‘ und mögliches ‚Opfer‘ gegenüber, sondern bilden in der Person der Schwangeren eine einzigartige Einheit, eine – wie es im Urteil heißt – ‚Zweiheit in Einheit‘.“⁴⁷⁶

Diese „Unentdecktheit, Hilflosigkeit und Abhängigkeit des auf einzigartige Weise mit der Mutter verbundenen Ungeborenen“⁴⁷⁷ sei der

„Ausgangspunkt im Tatsächlichen für die Beschreibung der Grundrechtsposition der Frau in der Frühphase der Schwangerschaft.“⁴⁷⁸

⁴⁷² BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 389 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁷³ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 390 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁷⁴ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 390 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁷⁵ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 391 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁷⁶ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 391 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁷⁷ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 391 mit Verweis auf die Senatsmehrheitsbegründung – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁷⁸ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 392 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

Dabei begreift das Sondervotum das Bild der „Zweiheit in Einheit“ nicht nur wie die Senatsmehrheit als „die Beschreibung eines tatsächlichen Zustandes“⁴⁷⁹, sondern folgert daraus für die Grundrechtsposition der schwangeren Frau:

„Der Begriff ‚Zweiheit in Einheit‘ läßt sich demnach als eine begriffliche Annäherung an die richtige Erfassung einer einzigartigen grundrechtlichen Lage verstehen. Die in ihm mitgedachte natürliche Prozeßhaftigkeit der Schwangerschaft ist dabei im grundrechtsdogmatischen Sinne aufzufassen, nämlich als Entwicklung von einer Letztverantwortung der Frau für das ungeborene Leben, die in der Achtung ihrer Personalität wurzelt (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG), zu einer Übernahme der Letztverantwortung für das ungeborene Kind durch den Staat.“⁴⁸⁰

Aus der Perspektive der schwangeren Frau erfolgt sodann die verfassungsrechtliche Beurteilung der strafrechtlichen Regelungen. So wird die Strafrechtsreform Anfang der 1990er-Jahre verstanden als

„Konsequenz aus einem gewandelten Verständnis von der Personalität und Würde der Frau“.⁴⁸¹

Mit deutlicher Kritik an der Senatsmehrheit und deren Auslegung der Grundrechtspositionen der schwangeren Frau führen *Mahrenholz* und *Sommer* aus:

„Die Aussage des Urteils, die Frau sei zu eigenverantwortlicher Entscheidung über Fortsetzung oder Abbruch der Schwangerschaft fähig, muß [...] zu Folgerungen bei der Verfassungsauslegung führen. Sie zwingt nach unserer Auffassung dazu, die Kollision von Menschenwürde des ungeborenen Lebens einerseits und Menschenwürde der schwangeren Frau andererseits, anders als im Urteil geschehen, durch verhältnismäßige Zuordnung aufzulösen: Das einzigartige Zuordnungsproblem der ‚Zweiheit in Einheit‘ kann grundrechtlich auch nicht annähernd in einer bloßen Gegenüberstellung von Embryo und Frau eingefangen werden. Ihre eigene grundrechtliche Lage ist vielmehr ihrem Wesen nach durch die Verantwortung für das andere Leben mitbestimmt, weil sie dieses Leben in sich trägt.“⁴⁸²

Die abweichende Meinung richtet bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung damit ihren Fokus auf die Frau als Entscheidungssubjekt. Begründet mit der Perspektive der schwangeren Frau, übt das abweichende Votum auch deutliche Kritik an dem von der Senatsmehrheit deklarierten Kriterium der Unzumutbarkeit:

„Ein eigenes Subsumieren der Konfliktlage unter das Kriterium einer an den beiden gesetzlichen Indikationen orientierten zumutbaren Obergrenze (vgl. Urteil, D. I. 2. c) bb) muß die

⁴⁷⁹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 397 – abw. Meinung *Mahrenholz* und *Sommer*.

⁴⁸⁰ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 400 – abw. Meinung *Mahrenholz* und *Sommer*.

⁴⁸¹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 393 – abw. Meinung *Mahrenholz* und *Sommer*.

⁴⁸² BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 393 – abw. Meinung *Mahrenholz* und *Sommer*.

Frau überfordern. Denn die mit einer ungewollten Schwangerschaft verbundene Konfliktlage stellt sich für jede Frau je nach ihrer physischen und psychischen Situation unterschiedlich dar. In dieser Situation wird sie die ‚zumutbare Opfergrenze‘ nur dort zu sehen vermögen, wo sie über das Gebären des Kindes hinaus Chancen und Perspektiven für eine verantwortungsvolle eigene Mutterschaft (vgl. Art. 6 Abs. 2 GG) sieht.⁴⁸³

Zudem sei das Kriterium der Unzumutbarkeit zu vage und die Eigensubsumierung durch die Frau „unausweichlich [...] stark soziologisch bestimmt (Konfessionsgefälle, Stadt-Land-Gefälle usw.)“⁴⁸⁴. Weiter verweise die Senatsmehrheit, anders als der Erste Senat in der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung, den Begriff der Unzumutbarkeit nicht „im Sinne einer praktizierten und auf tatsächlich wirksam werdenden Lebensschutz gerichteten Scheidung der gerechtfertigten von den verwerflichen Abbrüchen (vgl. BVerfGE 39, 1 [58])“.⁴⁸⁵ Vielmehr habe das Zumutbarkeitskriterium durch die Beratungsregelung seine rechtliche Bedeutung verändert:

„Indem es [das Zumutbarkeitskriterium, LK] in der allgemeinen Notlagenindikation nur noch der – rechtlich folgenlosen – Orientierung der schwangeren Frau für ihre Entscheidung dient, der Abbruch aber in jedem Fall rechtswidrig ist, wurzelt das Kriterium letztlich nur noch im sittlichen und kaum noch im rechtlichen Bereich.“⁴⁸⁶

Die Kritik richtet sich dabei auf eine Verfassungsinterpretation anhand moralischer Maßstäbe. Den Bereich der „Verantwortung“ betrachtet das abweichende Votum wie folgt:

„Das Verlangen nach Abbruch der Schwangerschaft, an dem die Frau selbst nach vorangegangener Beratung und ärztlichem Gespräch festhält, stellt sich grundsätzlich als verantwortungsvolle Entscheidung dar.“⁴⁸⁷

Konträr zur Senatsmehrheit gilt also auch die Entscheidung einer schwangeren Frau zum Abbruch als verantwortungsvoll. Die Rechtsauffassung des Senats, wonach der Gesetzgeber auch nach einer Beratung nicht auf eine Notlage schließen dürfe, erfährt dabei deutliche Kritik durch das abweichende Votum:

⁴⁸³ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 402 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁸⁴ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 403 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁸⁵ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 406 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁸⁶ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 406 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁸⁷ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 410 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

„Entweder traut man der Beratung keinen wirklichen Einfluß oder der schwangeren Frau keine verantwortliche Entscheidung zu. Beides hat der Senat aber zugestanden. Ein dritter Grund bleibt nicht.“⁴⁸⁸

Nach Auffassung des Sondervotums stellt die Rechtauffassung der Senatsmehrheit „einen Rückschritt gegenüber der bisherigen Rechtslage nach der Indikationenregelung“ dar, denn die Frau zahle „mit der Versagung der Rechtfertigung gleichsam den Preis für das neue Schutzkonzept“⁴⁸⁹:

„Das stellt sie in die Nähe der Rolle eines unmündigen Objekts im Gefüge des staatlichen Lebensschutzkonzepts. Das Rechtsbewußtsein der Frau kann unseres Erachtens kaum einschneidender geschwächt werden als dadurch, daß sie im Rechtssinne nicht weiß, was sie tut; eben dies ist aber die Folge, wenn ihre verantwortlich getroffene Entscheidung trotz der im Gesetz formulierten normativen Leitlinie, an der sie sich orientieren soll, nicht als gerechtfertigt anerkannt wird. Hieran lassen sich auch rechtsstaatliche Bedenken knüpfen, denen wir aber nicht weiter nachgehen.“⁴⁹⁰

Somit nimmt das abweichende Votum die Frau erneut als Entscheidungssubjekt in den Blick: Der Staat könne „die Frau als seine Verbündete bei der Erfüllung seiner Schutzaufgabe“ nur dann gewinnen, wenn er ihre „Fähigkeit zu verantwortungsvoller Entscheidung sowie [sie] in ihrer besonderen Befindlichkeit am Beginn einer Schwangerschaft ernst nimmt“.⁴⁹¹ Zur Begründung zieht das abweichende Votum die Meinung angehörter Expertinnen heran:

„Die in der mündlichen Verhandlung zur Praxis der Beratung gehörten Beraterinnen haben übereinstimmend bekundet, daß Frauen – ausgehend von ihrer natürlichen Schutzbereitschaft für das in ihnen heranwachsende ungeborene Leben – ihre Schwangerschaftskonflikte als Not empfinden und in dieser Situation verantwortlich und gewissenhaft handeln wollen. Sie erleben ihren Konflikt als höchstpersönlichen und wehren sich deshalb gegen dessen Beurteilung nach einem von dritter Seite an sie herangetragenen Maßstab der Zumutbarkeit. Mithin muß die Rechtsordnung, wenn sie dem ungeborenen Leben Schutz geben will, der Frau Raum für eine verantwortliche Entscheidung lassen, ihr also Verantwortung nicht nur auferlegen sondern auch anvertrauen.“⁴⁹²

⁴⁸⁸ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 413 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁸⁹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 418 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁹⁰ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 418 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁹¹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 411 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁹² BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 411 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

Daraus folgert die abweichende Meinung etwa, dass eine Frau in der Beratung auch das Recht hat, zu schweigen, als „ein wichtiges Element der völligen Offenheit des Beratungsgesprächs“.⁴⁹³

Die Missbrauchsgefahr wird dabei in Kauf genommen:

„Die Gefahr von Missbräuchen steht dem nicht entgegen. Jede Freiheit zu verantwortlicher Entscheidung, ohne die ein Lebensschutz durch Beratung nicht denkbar ist, schließt die Möglichkeit des Mißbrauchs mit ein; lückenlose Mißbrauchsabwehr müßte diese Freiheit in ihren lebensschützenden Möglichkeiten wieder aufheben.“⁴⁹⁴

Besonders deutlich wird die Anerkennung der Frau als verantwortungsfähiges Entscheidungssubjekt in folgender Passage des abweichenden Votums:

„Ausgangspunkt für eine gesetzliche Regelung muß sein, daß die schwangere Frau – selbstverständlich – zu einer verantwortlichen, für eine Rechtfertigung tragfähigen Entscheidung generell fähig ist. [...] Frauen entschließen sich nicht leichten Herzens und ohne Grund zu einem solchen Eingriff (vgl. Sondervotum Rupp-von Brünneck/Simon, BVerfGE 39, 68 [88]).“⁴⁹⁵

So führt das abweichende Votum weiter aus, dass im Schwangerschaftskonflikt – für die Schwangere erfahrbar – fundamentale Rechtsgüter aufeinandertreffen.⁴⁹⁶ Dabei nimmt das Sondervotum auch die Rolle der entscheidenden Frau in der Gesellschaft in den Blick:

„[Die Frau, LK] will sich hier auch mit einer gegen das Austragen des Kindes getroffenen Entscheidung nicht ausgegrenzt sondern akzeptiert sehen. Sie beansprucht mit dem Abbruch auch nicht etwa nur Vorteile für sich; vielmehr bedeutet für sie die Abwendung von der Erwartung, ein Kind zu bekommen und dem Wunsch, es eigentlich auch haben zu wollen, in jedem Falle eine schwerwiegende Selbstverletzung und einen sie existentiell berührenden Eingriff; das haben auch die in der mündlichen Verhandlung gehörten Beraterinnen aus ihrer Praxis so mitgeteilt.“⁴⁹⁷

(2) Konzeption des Embryos

Der Begriff der „Zweiheit in Einheit“ ist verfassungsrechtsdogmatischer Ausgangspunkt für die Konzeption des Embryos. So heißt es in der Begründung, dass mit dem Fortschreiten der Schwangerschaft Veränderungen auftreten:

⁴⁹³ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 411 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁹⁴ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 414 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁹⁵ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 412 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁹⁶ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 412 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁹⁷ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 412 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

Während anfangs Frau und nasciturus als Einheit erscheinen, trete in der späteren Schwangerschaft die „Zweiheit“ stärker hervor.⁴⁹⁸

Daraus folgert das Votum:

„Dieser Entwicklungsprozeß hat auch rechtliche Bedeutung. Zwar bleibt die Eigenverantwortung der Frau, diese verliert aber den Charakter als Letztverantwortung. Die gesetzliche Politisierung des Ausgleichs zwischen Grundrechtsposition der schwangeren Frau und Schutzpflicht für das ungeborene Leben muß ein prozeßhaftes Element im Grundrechtsstatus der schwangeren Frau berücksichtigen, weil die Schwangerschaft selbst einen Prozeß darstellt. Mit dem Fortschreiten der Schwangerschaft und dem Heranwachsen des nasciturus verschieben sich die Gewichte in der Zuordnung; der Inhalt der Grundrechtsposition der Frau und die Rolle des Staates in der Wahrnehmung seiner Schutzpflicht sind in der Frühphase anders zu beurteilen als im fortgeschrittenen Stadium.“⁴⁹⁹

Aus dem Entwicklungsprozess des Embryos folge für den Gesetzgeber, so die abweichende Meinung, auch eine unterschiedliche Ausgestaltung der staatlichen Schutzpflicht je nach Phase der Schwangerschaft: Nach Abschluss der Frühphase der Schwangerschaft gibt der Staat „der Eigenverantwortlichkeit und der Fähigkeit der Frau zu einer letztverantwortlichen Entscheidung Raum“⁵⁰⁰:

„Die Frau ist hier Ansprechpartnerin, nicht Anspruchsgegnerin. Der Staat nimmt in der Ausübung dieser so bestimmten Schutzpflicht die ‚Zweiheit in Einheit‘ ernst in der Weise, daß die Frau nicht mehr nur als Gefäß des Embryos erscheint. Im späteren Zeitraum der Schwangerschaft verteidigt die Schutzpflicht nunmehr durch die Androhung von Strafe das Recht des Embryos auf Leben.“⁵⁰¹

(3) Aufgabe des Gesetzgebers

Das Sondervotum zieht zudem eine andere Grenze zwischen den Staatsgewalten, was den Ausgleich dieser (Grund-)Rechtspositionen betrifft. Demnach ist die abweichende Meinung der Auffassung, es sei gerade die Aufgabe des Gesetzgebers und nicht des Bundesverfassungsgerichts, diese Grundrechtspositionen verhältnismäßig in Ausgleich zu bringen. Denn das Grundgesetz gäbe diese Abwägung nicht vor. Vielmehr habe der Gesetzgeber

⁴⁹⁸ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 394 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁴⁹⁹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 394 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁵⁰⁰ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 395 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁵⁰¹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 395 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

„einen Abwägungs- und Gestaltungsspielraum, der auf der einen Seite durch ein Untermaßverbot gegenüber dem ungeborenen Leben, auf der anderen Seite aber durch das Übermaßverbot gegenüber der Frau, letztlich also durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beschränkt wird.“⁵⁰²

Wenn auch mit ungewöhnlichem Pathos begründet, sehe sich der Gesetzgeber bei der Regelung des Schwangerschaftsabbruchs an der

„Grenze der Regelungsfähigkeit eines Lebensbereichs überhaupt. Er kann sich der Problematik des Schwangerschaftsabbruchs mit einer besseren oder mit einer schlechteren Regelung nähern; ‚lösen‘ kann er sie nicht; dem Staat ist hier die Selbstgewißheit zur ‚richtigen‘ Gesetzgebung verlorengegangen.“⁵⁰³

cc) Abweichendes Votum II

In einer weiteren abweichenden Meinung erhob *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Kritik an der Senatsmehrheit, jedoch ausschließlich mit Blick auf deren Ausführungen zur Kostenübernahme von Schwangerschaftsabbrüchen nach der Beratungsregelung. Bei der weiteren verfassungsrechtlichen Beurteilung folgte er der Argumentation der Senatsmehrheit.

(1) Kostenübernahme durch Krankenversicherung

In Abgrenzung zur Senatsmehrheit argumentiert *Böckenförde*, dass der Ausschluss aus der gesetzlichen Krankenversicherung nicht von der aus der Verfassung abzuleitenden Schutzpflicht gegenüber dem ungeborenen Leben vorgegeben sei, sondern der Gesetzgeber zur Regelung aufgerufen sei.⁵⁰⁴ Hierzu führt *Böckenförde* aus:

„Wird die einen Schwangerschaftsabbruch erwägende Frau in dieser Weise in die Verantwortung gerufen und von ihr die Bereitschaft erwartet, im Rahmen der Anforderungen der Rechtsordnung zu handeln, ist es widersprüchlich, zugleich ein Verfassungsgebot zu postulieren, nach dem in allen Rechtsbereichen außerhalb der Strafbarkeit alle Frauen, die einen Abbruch vornehmen lassen, unterschiedslos als unrechtmäßig Handelnde zu behandeln sind, ohne daß sie sich dagegen wehren können. Die Frau soll sich an den Anforderungen der Rechtsordnung zum Schutz des ungeborenen Lebens orientieren, aber in jedem Fall, auch wenn sie das tut, ist und bleibt ihr Handeln – kraft Verfassungsgebots – Unrecht. Das ist nicht nur sachwidrig, es trifft auch die Frauen als Person, in ihrer Ehre und Rechtschaffenheit.“⁵⁰⁵

⁵⁰² BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 390 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁵⁰³ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 387 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

⁵⁰⁴ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 434 – abw. Meinung Böckenförde.

⁵⁰⁵ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 440 – abw. Meinung Böckenförde.

Die Argumentation der Senatsmehrheit, wonach ein Verfassungsgebot besteht, den Schwangerschaftsabbruch für alle weiteren Rechtsbereiche als Unrecht anzusehen, trifft damit die Frauen in ihrem grundrechtlich geschützten Persönlichkeitsrecht („Frauen als Person, in ihrer Ehre und Rechtschaffenheit“).

(2) *Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs als „Notordnung“*

Zur weiteren Begründung führt das abweichende Votum an:

„Eine gesetzliche Regelung des Abtreibungsproblems wird stets ein Stück weit ‚Notordnung‘ sein und sein müssen [...]. Eine rechtliche Regelung [...], die gemäß der sozialordnenden Aufgabe des Rechts auf tatsächliche Wirksamkeit abzielt und sie herbeiführen will, muß auch die eigenen Wirksamkeitsbedingungen mit in Rechnung stellen. Diese ergeben sich ebenso aus der *conditio humana* wie aus der konkreten Verfaßtheit einer Gesellschaft. Diese Wirksamkeitsbedingungen gegebenenfalls zu ändern, kann nicht allein oder primär die Aufgabe des Rechts sein; es vermag dazu zwar, aber nur in begrenztem Umfang, beizutragen.“⁵⁰⁶

Böckenförde weist somit in seinem abweichenden Votum bei der Beurteilung des strafrechtlichen Verbots von Schwangerschaftsabbrüchen auf außerrechtliche „Wirksamkeitsbedingungen“ hin („*conditio humana*“; „konkrete Verfaßtheit einer Gesellschaft“), deren Inhalte jedoch nicht weiter erörtert werden. Gemeint ist wohl die (gesamt-)gesellschaftliche Einstellung der Individuen zum Schwangerschaftsabbruch.

b) *Würdigung*

aa) *Senatsmehrheit*

(1) *Verfassungsrechtsdogmatische Überlegungen*

Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Beurteilung des Schwangerschaftsabbruchs ist in der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung (1993) – wie bereits in der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung (1975) – die staatliche Schutzpflicht gegenüber dem Embryo. Im Zentrum der verfassungsrechtlichen Beurteilung steht folglich die Schutzpflicht für das ungeborene Leben aus Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Verfassungsrechtsdogmatisch legt das Gericht auch in dieser Entscheidung nicht offen, dass es damit bei der Beurteilung, ob die Strafrechtsregelung mit dem Grundgesetz vereinbar ist, vom Grundsatz eines freiheitsrechtlichen Ausgangspunkts abweicht (vgl. dazu die Ausführungen zur *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung, Kapitel 3, V. 3. b) aa) (1)).

⁵⁰⁶ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 447 – abw. Meinung Böckenförde.

(2) Konzeption des Embryos

Die Senatsmehrheit spricht dem Embryo ab der Nidation *Menschenwürde* zu: Danach entwickle sich der Embryo nicht „zum Mensch“, sondern „als Mensch“ und ihm komme daher ein „eigenes Lebensrecht“ unabhängig von der „Annahme seitens der Mutter“ zu. Die Rechtsposition des Embryos wird damit in der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung weiter gestärkt. Der Embryo wird vom Schutzobjekt zum Rechtssubjekt.⁵⁰⁷ Der Embryo wird begrifflich als „Ungeborenes“, als „ungeborenes Leben“ oder als „Kind“ beschrieben, seltener als „nasciturus“. Auch der Zweite Senat personifiziert den Embryo damit als ein Gegenüber. Diese embryozentrierte Perspektive auf den Schwangerschaftsabbruch prägt die Entscheidungsbegründung.

Anders als noch der Erste Senat in der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung versucht der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts der fundamentalen körperlichen *Abhängigkeit* eines Embryos vom Organismus der Frau durch den Begriff „Zweiheit in Einheit“ *argumentativ* Rechnung zu tragen. Das Bundesverfassungsgericht räumt wegen dieser faktischen Nicht-Lebensfähigkeit des Embryos außerhalb des Körpers der schwangeren Frau jedoch nicht etwa *deshalb* ein Selbstbestimmungsrecht der Frau über *ihren Körper* und ihr *Leben* ein, sondern schlussfolgert gerade gegenteilig aus dieser *Abhängigkeit* eine besondere *Schutzbedürftigkeit* des Embryos. Durch das Einnehmen dieser Perspektive misst das Gericht auch in der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung der staatlichen Schutzpflicht gegenüber dem Ungeborenen und dessen „Recht auf Leben“ in der verfassungsrechtlichen Abwägung *per se* einen Vorrang gegenüber dem Recht der schwangeren Frau, eine Schwangerschaft zu beenden, bei.

(3) Umfassende Schutzpflicht gegenüber dem Embryo

Das Bundesverfassungsgericht erstreckt die staatliche Schutzpflicht umfassend auf jegliche Bereiche. Neben dem Arbeitsrecht sei „an das Wohnungswesen, den öffentlichen Dienst und berufs-, insbesondere auch ausbildungsrechtliche Regelungen“ zu denken, konkret etwa an „das Verbot einer Kündigung von Mietverträgen über Wohnraum wegen der Aufnahme eines neugeborenen Kindes, aber auch Bestimmungen im Bereich des Kreditwesens über Vertragsgestaltungen oder staatliche Vertragshilfen, welche den Eltern eine Erfüllung von Kreditverpflichtungen nach der Geburt eines Kindes ermöglichen oder erleichtern“. Ziel dieser umfassenden Schutzpflichten ist es, so die eingehenden Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, Schwangerschaftsabbrüche in der Gesellschaft zu verhindern.

⁵⁰⁷ *Wersig* in: Foljanty/Lembke (Hrsg.) *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Auflage 2012, 186–201 (187 f.); *Berghahn* in: Busch/Hahn (Hrsg.): *Abtreibung. Diskurse und Tendenzen*, 2014, 163–192 (174).

Erfasst sind auch Informationsbereiche, von Schulen über Beratungsstellen hin zu öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunkanstalten (Fernsehen, Radio), die das Gericht verpflichtet, in der Bevölkerung den „Willen zum Schutz des ungeborenen Lebens zu stärken“. Das Vermitteln von selbstbestimmten sexuellen und reproduktiven Entscheidungen findet damit keine Erwähnung.

(4) Rechte und Pflichten der schwangeren Person

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts weitet die Grundrechtspositionen der ungewollt schwangeren Frau in der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung weiter aus, allerdings nur vordergründig. In der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung sah der Erste Senat nur das Selbstbestimmungsrecht der Frau berührt. Nach Ansicht des Zweiten Senats berührt das strafrechtliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs dagegen auch die *Würde* der Frau, die ungewollt schwanger ist, und ihr *Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit*. Der Zweite Senat nimmt zudem, jedenfalls vordergründig, die Situation einer ungewollt schwangeren Person in den Blick. Dabei verweist das Gericht auch auf die *Folgen* eines Abbruchsverbots: Denn die Verpflichtung zur Austragung einer ungewollten Schwangerschaft kann „einzelne unübersehbare und lange andauernde Handlungs- und Sorgepflichten, gegebenenfalls auch zusätzliche Lebensrisiken“ bedeuten. Damit streift das Gericht immerhin die tatsächlichen Auswirkungen eines Kindes auf das weitere Leben. Auf diese Weise greift der Zweite Senat die Argumentation des Sondervotums von *Rupp von Brünneck* und *Simon* der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung (1975) auf. Ein strafrechtliches Verbot des Schwangerschaftsabbruchs bedeutet für eine *ungewollt* schwangere Person in der Tat nicht nur eine Pflicht zum *Austragen* und zum *Gebären*, was jeweils wiederum eigene *Gesundheitsrisiken* für die schwangere Person mit sich bringt. Eine Pflicht zum Austragen bedeutet zugleich eine Bandbreite an damit verbundenen lebenslangen Elternpflichten, die sich neben den finanziellen Verpflichtungen auf zahlreiche weitere Ressourcen erstrecken, wie Zeit und Fürsorge, die Ermöglichung von Bildung und individueller Freizeitgestaltung, damit sich ein Kind persönlich entfalten und am gesellschaftlichen Leben teilnehmen kann.

(a) Austragungspflicht

Die Entscheidungsbegründung zeigt allerdings dann weiter, dass das Bundesverfassungsgericht der ungewollt schwangeren Person nur vordergründig eine *Wahlfreiheit* zugesteht. Denn das Bundesverfassungsgericht spricht in zahlreichen Passagen sowohl argumentativ als auch inhaltlich diesen Personen faktisch wie rechtlich ab, eigenständig entscheiden zu können. Dies geschieht zum einen zentral durch die in der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung begründete auferlegte „Rechtspflicht zum Austragen“. Besonders bedenklich ist die von der Senatsmehrheit angeführte generalpräventive Begründung, eine

Rechtspflicht zum Austragen stärke „im Volke lebendige Wertvorstellungen und Anschauungen über Recht und Unrecht“. Argumentativ begründet das Gericht in dieser Passage eine Instrumentalisierung der schwangeren Person für gesellschaftliche Zwecke. Es offenbart sich zudem durch die nachfolgenden weiteren Betrachtungsweisen und Hintergrundannahmen ein entmündigender Blick auf Personen, die ungewollt schwanger sind und sich gegebenenfalls für einen Abbruch entscheiden.

(b) Paternalistischer Ansatz

Ein paternalistischer Ansatz durchzieht die gesamte Entscheidungsbegründung. So heißt es etwa in der Entscheidung, der Staat habe aufgrund der staatlichen Schutzpflicht gegenüber dem Embryo die Aufgabe, Frauen dafür zu „gewinnen“, sich der „Aufgabe als Mutter nicht zu entziehen“. Verfassungsrechtlich erklärtes Ziel ist deshalb die „beratende Einflussnahme“ auf die einen Schwangerschaftsabbruch erwägende Person, um „die Bereitschaft für das Kind“ zu fördern. Weil das Gericht die *Beeinflussung* zum Ziel der Beratung erhebt, deklariert es etwa eine *Beratungspflicht*. Das entspricht der gegenwärtigen Rechtslage: Eine schwangere Person *kann* nicht, sondern *muss* sich beraten lassen. So wird die Entscheidungsfreiheit der ungewollt schwangeren Person durch weitere ungewöhnlich detaillierte gerichtliche Vorgaben an den Gesetzgeber begrenzt, wie die *Wartefrist* sowie die *inhaltliche Ausgestaltung* der Beratung, die – vom Gericht als Teil des Lebensschutzkonzepts verfassungsrechtlich als zwingend erachtet – eine „Beeinflussung“ zum Ziel haben müsse, auf Austragung ausgerichtet sein müsse, und in der die Frau ihre Gründe darlegen müsse, über die sie auch nicht etwa schweigen dürfe. Paternalistisch ist etwa auch die detailgetreue gerichtliche Vorgabe, dass die zum Abbruch notwendige Beratungsbescheinigung erst ausgestellt werden dürfe, wenn die Beratungsstelle die Beratung „als abgeschlossen ansieht“.

Zudem fällt auf, dass das Bundesverfassungsgericht bei seinen Ausführungen zum ärztlichen Beratungsgespräch von einem Wissensdefizit von ungewollt schwangeren Frauen ausgeht, wenn es heißt, dass der behandelnde Arzt oder die Ärztin ungewollt schwangeren Personen, „ein hinreichendes Wissen“ zu vermitteln habe und „zur Sprache“ zu bringen habe, dass „der Schwangerschaftsabbruch menschliches Leben zerstört“. Dabei verkennt das Gericht zum einen die Konfliktlage, die ungewollt schwangere Personen durchaus erleben. Zum anderen erhebt das Gericht das medizinische Personal zu einer weiteren moralischen Instanz, wenn es das Gericht die Ärzteschaft verpflichtet, die Umstände, die darauf hindeuten, dass ein Schwangerschaftsabbruch der Frau „in ihrem Konflikt nicht hilft“, nicht außer Acht lassen zu dürfen (dazu sogleich). Die Entscheidungsmacht liegt nach diesem paternalistischen Ansatz, der den Ausführungen des Gerichts zugrunde liegt, folglich bei der beratenden Person bzw. bei dem medizinischen Personal, nicht bei der entscheidenden Person.

(c) Leitbild von Frauen als Mütter

Mehrfach unterliegt das Gericht erneut einer stereotypen Vorstellung von Frauen und deren vielfältigen Lebenssituationen. Das Leitbild von Frauen als Mütter beginnt bereits mit der Wortwahl. Parallel zur *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung des Ersten Senats verwendet auch der Zweite Senat in der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung für eine schwangere Frau den Begriff der „Mutter“. Geht es um die konkreten Rechte der schwangeren Frau, ist überwiegend von der „Frau“ oder der „schwangeren Frau“ zu lesen. Erörtert das Gericht die Position des zu schützenden Embryos, wird erneut überwiegend von der „Mutter“ geschrieben.

Weiter fällt auf, dass das Gericht davon ausgeht, dass eine jede schwangere Frau einen Kinderwunsch habe oder dass dieser Wunsch sich jedenfalls während der Schwangerschaft einstelle und demzufolge nur die Umstände, die diesem Kinderwunsch entgegenstehen, durch eine Beratung aus dem Weg geräumt werden müssen. Zudem unterstellt das Bundesverfassungsgericht ungewollt schwangeren Personen, die einen Abbruch vornehmen lassen, ein egoistisches Handeln. So heißt es in der Entscheidung, Frauen, die einen Abbruch vornehmen, seien grundsätzlich „einseitig an persönlichen Interessen“ orientiert. Erneut erwartet das Bundesverfassungsgericht damit eine grundsätzliche Aufopferung der Frau, „eigene Lebensvorstellungen zurückstellen“. Deshalb sei durch zahlreiche staatliche Maßnahmen, der „Wille zum Kind“ zu fördern.

Diese Annahmen bergen erneut die Gefahr, die Interessen- und Konfliktlage einer ungewollt schwangeren Person und ihrer individuellen Lebenssituation und ihrer Gesundheit eklatant zu missachten (vgl. dazu Kapitel 1, II.). Nicht nur aus freiheitsrechtlicher, sondern auch aus gleichheitsrechtlicher Perspektive erscheinen diese Ausführungen, jedenfalls aus heutiger Sicht mit Blick auf die (heutigen) Vorgaben des Art. 3 Abs. 2 GG, in hohem Maße problematisch. Denn die *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung operiert erstens mit starken Rollenzuschreibungen und trägt zweitens den (heutigen) Erkenntnissen aus der Sozialforschung wenig Rechnung (Kapitel 1, II.).

(d) Bevölkerungspolitische Hintergrundannahme

In einigen Passagen der Entscheidungsbegründung kommt eine bevölkerungspolitische Hintergrundannahme zum Ausdruck. Das Gericht schreibt sich in der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung damit erneut in einen pronatalistischen Diskurs ein, und zwar etwas expliziter als in der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung. Diese Haltung wird etwa deutlich, wenn das Gericht meint, dass Eltern mit der Erziehung ihrer Kinder zugleich Aufgaben übernehmen, „deren Erfüllung sowohl im Interesse der Gemeinschaft als Ganzer als auch jedes einzelnen gelegen ist“ und der „Staat daher gehalten sei, „eine kinderfreundliche Gesellschaft zu fördern, was auch auf den Schutz des ungeborenen Lebens zurückwirkt“.

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts betrachtet zudem eine gewählte Kinderlosigkeit als „Überbewertung eigener Lebensvorstellung“. Diese Argumentation des Bundesverfassungsgerichts beruht ebenfalls auf einer pronatalistischen Hintergrundannahme. Wenn das Gericht meint, „Männer wie Frauen bewerten ihre eigenen Lebensvorstellungen über“, so kollidiert dies mit den Wesensmerkmalen einer reproduktiven *Entscheidungsfreiheit*, was miteinschließt, sich für oder gegen eine lebenslange Verantwortung gegenüber einem Kind entscheiden zu dürfen.

(e) Embryozentrierter Verantwortungsbegriff

Das Gericht vertritt zudem einen embryozentrierten Verantwortungsbegriff. Vordergründig gesteht das Bundesverfassungsgericht der schwangeren Frau eine „verantwortliche“ Entscheidung zu. *Bezugspunkt* der Verantwortung ist allerdings der Embryo selbst und nicht die Gesundheit und das Leben der Frau und auch nicht die mutmaßlichen Lebensumstände des geborenen Kindes. Nach Lesart der Senatsmehrheit meint verantwortliches Handeln einer schwangeren Frau stets die Entscheidung *für* eine Fortführung der Schwangerschaft und *für* eine Elternschaft. Verantwortung bedeutet für die schwangere Frau folglich eine spezifische *Pflicht*, nämlich die Rechtspflicht zum Austragen. Besonders im Begriff der Verantwortung tritt ein bestimmtes moralisches Vorverständnis des Bundesverfassungsgerichts zu Tage. Denn die „verantwortliche“ Entscheidung ist bereits vorbestimmt. Verantwortlich ist nach der pronatalistischen Hintergrundannahme des Gerichts das Austragen des Embryos.

Eine Entscheidung zum Abbruch wird als eine Entscheidung, die „einseitig an persönlichen Interessen“ orientiert ist, verstanden. Verantwortung wird demnach mit der Zurückstellung eigener Interessen gleichgesetzt. Die Entscheidungsbegründung suggeriert durchweg Mündigkeit, wenn sie vordergründig „Verantwortung“ deklariert, jedoch ist die Perspektive auf die entscheidende Frau in einigen Passagen entmündigend, so etwa die Aussage, dass „vorhandene Fehlvorstellungen“ korrigiert werden müssten. Ähnlich argumentiert das Bundesverfassungsgericht bei der Vorgabe an den Gesetzgeber, dass eine schwangere Frau ihre *Gründe* mitteilen muss, die sie zu einem Schwangerschaftsabbruch bewegen. Denn das Gericht sieht die vorgeschriebene Mitteilung der Gründe als Ausdruck der „Verantwortung der schwangeren Frau“ an und ihrer Fähigkeit, eine „gewissenhafte“ Entscheidung zu treffen.

Diese Perspektive auf „Verantwortung“ wird durch ungewöhnlich detailtreue Vorgaben an den Gesetzgeber und an die Beratung flankiert. Indem die Entscheidung *gegen* eine Fortsetzung der Schwangerschaft sowohl innerhalb als auch außerhalb des Strafrechts aufgrund eines deklarierten Verfassungsgebots als *Unrecht* angesehen wird und hieran rechtliche Nachteile (wie keine Kostenübernahme durch die gesetzliche Krankenversicherung) geknüpft wer-

den, ist die Entscheidung zu einem Schwangerschaftsabbruch nach dieser Lesart stets „unverantwortlich“. Nach dem Mehrheitsvotum des Gerichts ist die *Entscheidung, kein Kind bekommen zu wollen*, letztlich ein von der Verfassung vorgegebenes strafrechtliches *Unrecht*, das jedoch straffrei bleibt. Durch die embryofokussierte Perspektive trägt die Senatsmehrheit dem Aspekt der rechtlichen und faktischen *lebenslangen Verantwortung* der schwangeren *Frau* gegenüber einem Menschen im Ergebnis wenig Rechnung. Es fehlen demnach lebensnahe Erwägungen dazu, dass sich die schwangere Person und ihre Bezugspersonen beim Eintritt einer unbeabsichtigten Schwangerschaft Fragen stellen, ob und wie sie der Verantwortung für ein Kind gerecht werden können und ob sie die nötigen Rahmenbedingungen zu diesem Zeitpunkt hierzu haben.

(f) Hinweis auf psychische Spätfolgen nicht belegbar

Die Lektüre zeigte auch, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidungsbegründung mehrfach auf die „Gefahr psychischer Spätfolgen“⁵⁰⁸ bei Personen, die eine Schwangerschaft beenden, aufmerksam machte. So heißt es etwa, dass „psychische Folgeprobleme“ „nicht selten“ nach einem Schwangerschaftsabbruch auftreten.⁵⁰⁹ Dabei fällt zunächst auf, dass das Gericht auf die „Gefahr psychischer Spätfolgen“ ohne Zitierung einer empirischen Befundlage hinweist. An anderer Stelle verweist das Gericht auf „einschlägiges Schrifttum“, allerdings gerade ohne dies zu nennen. Nach dem nicht weiter genannten Schrifttum sei bekannt, dass betroffene Frauen „vor dem Schwangerschaftsabbruch falsche Vorstellungen über das tatsächliche Geschehen gehabt hätten und bei ausreichender Kenntnis den Abbruch nicht hätten vornehmen lassen“.⁵¹⁰ Das Gericht spielt damit offenbar auf das auch heute noch häufig angeführte sog. „*Post Abortion Syndrom*“ an. Eine aktuelle aussagekräftige deutsche Studie gibt es zu dieser Thematik nicht. Allerdings sind zahlreiche internationale Studien hierzu ergangen sowie Publikationen, die diese Studien auswerten.⁵¹¹ Diese Studien kommen zum Teil zu konträren Ergebnissen und

⁵⁰⁸ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 214.

⁵⁰⁹ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 229.

⁵¹⁰ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 255.

⁵¹¹ Siehe dazu die umfassende Übersicht bei Wissenschaftlicher Dienst, Studien zu psychischen Folgen von Schwangerschaftsabbrüchen – Zu den Ergebnissen und zur Methodik, WD 9 – 3000 – 012/19 (2019) mit zahlreichen Verweisen auf Studien aus den USA, Großbritannien, Dänemark und den Niederlanden, vgl. etwa die Übersichtsarbeit im Auftrag des britischen Gesundheitsministeriums: National Collaborating Centre for Mental Health (NCCMH), *Induced abortion and mental health, A systematic review of the mental health outcomes of induced abortion, including their prevalence and associated factors*, 2011, abrufbar unter: https://www.aomrc.org.uk/wp-content/uploads/2016/05/Induced_Abortion_Mental_Health_1211.pdf (zuletzt 27.12.2022); siehe weiter die Auswertung einer Arbeitsgruppe der American Psychological Association (APA): Major/Appelbaum/Beckman u.a., *Report of the APA Task Force on Mental Health and Abortion*, abrufbar unter:

unterscheiden sich methodisch in ihrer Belastbarkeit, etwa mit Blick auf die Datenerhebung, die Vergleichsgruppenbildung oder die Berücksichtigung von Kontextfaktoren, dem familiären Hintergrund, einem (möglichen) Missbrauch (in der Kindheit) oder psychischen Vorerkrankungen, wie beispielsweise Depressionen oder Angststörungen.⁵¹² Wenngleich es sich damit um ein (auch) wissenschaftlich umkämpftes Terrain handelt, kommt die Mehrzahl der – von anderen Wissenschaftsdisziplinen als methodisch belastbar eingestuften⁵¹³ – Studien zu dem Ergebnis, dass ein Schwangerschaftsabbruch allein das Risiko für die spätere Entwicklung psychischer Störungen wohl nicht erhöht.⁵¹⁴ Sie schließen deshalb daraus, dass ein etwaiges sog. „*Post Abortion Syndrom*“ statisch nicht belegbar ist.⁵¹⁵

(5) Stigmatisierende Begründung des Verbots der Kostenübernahme durch Krankenversicherung

Besonders problematisch ist die Entscheidungsbegründung der Senatsmehrheit mit Blick auf die Erörterung der staatlichen Kostenübernahme des Schwangerschaftsabbruchs. Das Gericht führt dabei aus, dass eine staatliche Kostenübernahme – von Verfassungs wegen – nicht in Betracht komme, *weil* eine Frau den Schwangerschaftsabbruch verlange und sich erst dadurch einer Gesundheitsgefährdung aussetze. Das Gericht schreibt der Frau mithin eine Rolle zu, in der sie nicht nur das „Leben des Ungeborenen“ zerstöre, sondern auch *sich*

<https://www.apa.org/pi/women/programs/abortion/mental-health.pdf> (zuletzt 27.12.2022), siehe dort auch zur Gegenauffassung und deren Bewertung etwa: Coleman/Coyle/Shupin u. a., Induced abortion and anxiety, mood, and substance abuse disorders: Isolating the effects of abortion in the national comorbidity survey, in: *Journal of Psychiatric Research*, 2009, abrufbar unter: <http://www.vidaymujer.es/Coleman-et-al-article.pdf> (zuletzt 27.12.2022).

⁵¹² Siehe dazu die gelungene Aufbereitung durch *Wissenschaftlicher Dienst*, Studien zu psychischen Folgen von Schwangerschaftsabbrüchen – Zu den Ergebnissen und zur Methodik, WD 9 – 3000 – 012/19 (2019).

⁵¹³ Siehe für diese Nachweise *Wissenschaftlicher Dienst*, Studien zu psychischen Folgen von Schwangerschaftsabbrüchen – Zu den Ergebnissen und zur Methodik, WD 9 – 3000 – 012/19 (2019), 6, 14, *passim*.

⁵¹⁴ Siehe für wissenschaftlich belastbare Meta-Studien etwa: National Collaborating Centre for Mental Health (NCCMH), Induced abortion and mental health, A systematic review of the mental health outcomes of induced abortion, including their prevalence and associated factors, 2011, abrufbar unter: https://www.aomrc.org.uk/wp-content/uploads/2016/05/Induced_Abortion_Mental_Health_1211.pdf (zuletzt 27.12.2022) sowie Major/Appelbaum/Beckman u. a., Report of the APA Task Force on Mental Health and Abortion, abrufbar unter: <https://www.apa.org/pi/women/programs/abortion/mental-health.pdf> (zuletzt 27.12.2022).

⁵¹⁵ Hierauf weist auch die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung auf ihrem wissenschaftlich überprüften Informationsportal hin, abrufbar unter: <https://www.familienplanung.de/beratung/schwangerschaftsabbruch/der-schwangerschaftsabbruch-traurig-und-erleichternd-zugleich/> (zuletzt 27.12.2022).

selbst gefährde. Das Bundesverfassungsgericht spricht der Frau damit argumentativ eine „Mitschuld“ am eigenen Abbruchsverlangen zu, wenngleich eine Frau im strafrechtlichen Sinne nach der Beratungsregelung schuldlos handelt. Demnach handele es sich bei einer „normalen“ ungewollten Schwangerschaft um ein „Produkt vielfältiger und vielschichtiger, auch dem persönlichen Bereich der Schwangeren zuzurechnender Faktoren“.

Schon im Ansatzpunkt läuft diese Betrachtungsweise Gefahr, genau das Gegenteil zu übersehen: Eine jede Schwangerschaft und insbesondere eine Geburt bedeuten eine Gesundheitsgefährdung der schwangeren Person. Ein strafrechtliches Verbot, verbunden mit der Vorgabe an den Gesetzgeber, dass grundsätzlich die Kosten für einen Schwangerschaftsabbruch selbst zu zahlen sind, trägt damit an dieser Stelle dem in erster Linie betroffenen *Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit* (Art. 2 Abs. 2 Alt. 1 und Alt. 2 GG) der schwangeren Frau sowie dem ebenfalls betroffenen Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) keine Rechnung.

Das Gericht übersieht in der Entscheidungsbegründung daneben, dass die Frau nicht als „Alleinbeteiligte“ schwanger wurde, sie jedoch allein die körperliche Konsequenz hierfür tragen muss und ihr die finanzielle Last eines Abbruchs zukommt. Zudem macht das Gericht die Frau implizit verantwortlich dafür, ungewollt schwanger geworden zu sein („dem persönlichen Bereich der Schwangeren zuzurechnenden Faktoren“) und daneben *verantwortlich* dafür, einen Abbruch vornehmen zu lassen („erst dadurch Gesundheitsgefährdung“).

Das Gericht nimmt damit weniger eine verfassungsrechtliche, denn eine moralische Beurteilung der Kostentragung vor. Zum einen unterstellt das Gericht damit implizit eine verantwortungslose Sexualität („dem persönlichen Bereich zuzurechnende Faktoren“). Dem liegt die Vorstellung zugrunde, wer auf Verhütung bzw. hinreichende Vorkehrungen zur Verhinderung einer Schwangerschaft verzichtet, der handele bereits *unverantwortlich* und müsse deshalb das Risiko einer ungewollten Austragung in Kauf nehmen. Hiergegen lässt sich zum einen einwenden, dass eine solche Argumentation insofern dann problematisch ist, wenn sie – wie die Senatsmehrheit – außer Acht lässt, dass damit Frauen *einseitig* die Verantwortung für Verhütung und deren Fehlschlagen zugeschrieben wird. Zudem gibt es gegenwärtig in Deutschland keinen flächendeckenden kostenfreien bzw. für jede Person erschwinglichen Zugang zu Verhütungsmitteln, weshalb Menschen auch aus finanziellen Gründen auf Verhütungsmittel verzichten und sich deshalb dem Risiko einer ungewollten Schwangerschaft aussetzen (Kapitel 1, II.). Menschen können sich zudem auch aus gesundheitlichen Gründen oder aufgrund hormoneller Belastungen, die eine Vielzahl an Verhütungsmitteln mit sich bringen, für unsicherere Verhütungsmethoden entscheiden. Zum anderen darf nicht außer Betracht gelassen werden, dass kein Verhütungsmittel absolute Sicherheit gewährleistet. Der sog. *Pearlindex* variiert je nach Verhütungsmethode. Ungewollte Schwanger-

schaften können daher aus vielfältigen Gründen unbeabsichtigt eintreten (Kapitel 1, II.). Das Gericht macht Frauen, die einen Abbruch vornehmen lassen, damit in zweierlei Hinsicht – moralisch – verantwortlich: Zum einen für das ungewollte Schwangerwerden, zum anderen für den Abbruch, der überhaupt erst die Gesundheit gefährde und das „Leben des Ungeborenen“ zerstöre. Nach dieser impliziten Logik der Senatsmehrheit ziehen die sog. medizinische, die inzwischen einfachgesetzlich nicht mehr verankerte embryopathische und auch die kriminologische Indikation auch deshalb eine andere verfassungsrechtliche Beurteilung mit sich, da die Person in diesen Fällen an ihrer Abbruchsentscheidung „nicht selbst Schuld“ sei.⁵¹⁶

Während das Gericht bei der grundsätzlichen Kostenübernahme für alle Abbrüche gerade nicht die ökonomische Situation aus Perspektive der Schwangeren, die sich in einer Notlage befindet, einnimmt, gesteht der Zweite Senat einkommensschwachen Personen im Ergebnis die Kostenübernahme der medizinischen Dienstleistung zu, begründet dies jedoch mit einer möglichen „Chance auf Rettung“ des Embryos, falls sich die Schwangere doch gegen einen Abbruch entscheide. Die Perspektive ist damit erneut vornehmlich embryozentriert. Der Gesetzgeber habe jedoch bei der Ausgestaltung des Sozialhilfeanspruchs insofern das „Persönlichkeitsrecht der Leistungsberechtigten“ zu schützen, als dass die ungewollt schwangere Person möglichst nur einmal und nicht wiederholt „ihre Situation“ darlegen muss. Wenngleich das Selbstbestimmungsrecht nur an dieser Stelle Erwähnung findet, so sieht das Gericht davon jedenfalls umfasst, dass eine Frau in finanzieller Not nicht an mehreren Stellen „um Hilfe“ bitten muss.

(6) *Ärztenschaft als moralische Instanz*

Die Rolle der Ärzteschaft konzipiert das Gericht als weitere moralische Instanz: So verpflichtet das Gericht Ärzte und Ärztinnen verfassungsrechtlich dazu, schwangeren Frauen „ein hinreichendes Wissen davon zu vermitteln und zur Sprache zu bringen, daß der Schwangerschaftsabbruch menschliches Leben zerstört“.

Das Bundesverfassungsgericht wählt auch im Beratungsgespräch mit dem behandelnden Arzt bzw. der Ärztin einen *paternalistischen* Ansatz. So etwa, wenn es meint, dass das behandelnde medizinische Personal die Umstände nicht außer Acht lassen dürfe, die darauf hindeuten, dass ein Schwangerschaftsabbruch der Frau „in ihrem Konflikt nicht hilft“. Demnach vertritt das Gericht die Auffassung, die Ärzteschaft könnte eine Einschätzung geben, ob ein Schwangerschaftsabbruch einer Frau „in ihrem Konflikt“ „helfe“ oder

⁵¹⁶ Vgl. ähnlich bereits *Sacksofsky* in: Lembke (Hrsg.), *Regulierungen des Intimen*, 2017, 97–116 (105).

nicht. Das Gericht verschiebt damit den Verantwortungsbereich der entscheidenden Frau ein Stück weit in den Verantwortungsbereich der behandelnden Ärzteschaft, die nach Auffassung des Gerichts zur Beurteilung der Konfliktlage geeigneter scheint als die betroffene Person, die sich in einem möglichen Konflikt befindet.

Das Gericht erörtert auch die ärztliche Verantwortung aus einer *embryo-zentrierten* Perspektive. Die ärztliche Weigerung, einen Abbruch durchzuführen, unterstellt das Gericht dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Das Gericht führt dabei aus, dass die Ärzteschaft ihre Funktion nur wahrnehmen könne, wenn aus einer Weigerung keine beruflichen oder arbeitsvertraglichen Nachteile erwachsen. Ausgenommen sind hiervon medizinisch indizierte Abbrüche. Einfachgesetzlich ist die ärztliche Weigerung gegenwärtig in § 12 des Schwangerschaftskonfliktgesetzes (SchKG) umgesetzt. Das Bundesverfassungsgericht gab zudem vor, dass diese Weigerung sich auch auf eine etwaige gynäkologische Facharztausbildung erstreckt. Diese embryozentrierte Perspektive auf die ärztliche Verantwortung im Schwangerschaftskonfliktfall erweckt den Eindruck, dass zuvorderst der Embryo bzw. Fötus der Patient sei, und nicht vornehmlich die Schwangere. Aus Perspektive der schwangeren Person, die mitunter auf ärztliche Hilfe angewiesen ist, fällt dagegen auf, dass das Bundesverfassungsgericht die *Konsequenz der Weigerung* – aus Sicht der ungewollt schwangeren Frau – nicht in den Blick nimmt: Demnach fehlen Ausführungen dazu, wie die Versorgungslage für schwangere Personen in dieser Situation sichergestellt werden kann, wenn sich ein Arzt oder eine Ärztin – grundrechtlich verbietet – weigert, den Abbruch vorzunehmen. Zu denken wäre etwa an eine Vorgabe, die das medizinische Personal verpflichtet, ungewollt schwangere Personen an eine Einrichtung bzw. an eine andere Ärztin oder einen anderen Arzt zu verweisen, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen. Auf diese Weise hätte das Bundesverfassungsgericht beide Grundrechtspositionen berücksichtigen können.

Grundrechtsdogmatisch stellt das Bundesverfassungsgericht, ohne dies zu benennen, ausgehend von einer staatlichen Schutzpflicht gegenüber dem Embryo, eine mittelbare *Drittwirkung der Grundrechte* im privaten Ärztinnen-Patientinnen-Verhältnis auf. Das Bundesverfassungsgericht verpflichtet in einem zweiten Schritt sodann den Gesetzgeber, *strafrechtlich* zu sanktionieren, dass sich die behandelnden Ärztinnen und Ärzte „die Gründe der Frau für ihr Abbruchverlangen“ darlegen lassen und zudem eine „dem Lebensschutz dienende Aufklärungs- und Beratungspflicht“ erfüllen. Damit stellt das Bundesverfassungsgericht die Vorgabe an den Gesetzgeber auf, strafrechtlich sicherzustellen, dass eine Privatperson einer anderen Privatperson Gründe für ihr Handeln darlegen muss. Eine „nur berufsrechtliche Normierung“ sei nach Auffassung des Gerichts nicht ausreichend.

(7) *Gesamtgesellschaftliche und embryozentrierte Perspektive bei der Interpretation des Schutzauftrags des Art. 6 Abs. 4 GG*

Nach Auffassung des Zweiten Senats ist dem Schutzauftrag nach Art. 6 Abs. 4 GG ein gesamtgesellschaftliches Interesse zu entnehmen, „Mutterschaft und Kinderbetreuung“ anzuerkennen. Damit weist das Gericht daraufhin, dass der Staat verpflichtet ist, „Problemen und Schwierigkeiten“ nachzugehen, die sich während oder nach der Schwangerschaft ergeben. Dies ist zunächst richtig und wichtig. Problematisch daran ist allerdings, dass das Gericht bei der Forderung nach „Anerkennung“ für die Leistung von „Mutterschaft“ und „Kinderbetreuung“ (gemeint ist etwa unbezahlte Sorgearbeit), die „im Interesse der Gemeinschaft“ liege, argumentativ Gefahr läuft, stereotype Rollenerwartungen an das Verhalten von Frauen zu konstruieren oder diese jedenfalls zu perpetuieren. Anerkennung darf sich jedenfalls nicht auf Respekt beschränken, sondern schlägt sich bestenfalls in gleichberechtigter gesellschaftlicher Teilhabe einerseits und in gleichberechtigt geteilter Sorgeverantwortung andererseits nieder. Ähnliche stereotype Bilder ruft der vom Gericht verwendete Terminus der von der Gemeinschaft „geschuldeten Fürsorge“ hervor.

Die durch Bilder wie diese aufgeladene Entscheidungsbegründung suggeriert, dass die Gesellschaft der schwangeren Frau etwas für die der *Frau* erst dadurch übertragene Fürsorgeleistung schuldet. Das Gericht erwähnt dabei auch, dass zur staatlichen Verpflichtung auch zähle, „Nachteile, die einer Frau aus der Schwangerschaft für Ausbildung und Beruf erwachsen können, nach Möglichkeit auszuschließen“. Diese Ausführung ist zu begrüßen. Dem scheint allerdings argumentativ betrachtet gerade kein zentraler Stellenwert zuzukommen. Denn das Gericht begründet diese – obwohl in Art. 6 Abs. 4 GG („Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft“) erörterte – Verpflichtung weiterhin aus einer *embryozentrierten* Perspektive: Der Staat habe „in Wahrnehmung seiner Schutzpflicht gegenüber dem ungeborenen menschlichen Leben den Umständen nachzugehen, die die Lage der schwangeren Frau und der Mutter zu erschweren geeignet sind, und sich im Maße des rechtlich und tatsächlich Möglichen und Verantwortbaren um Abhilfe oder Erleichterung zu bemühen“.

Wollte man diesem inhaltlichen Anliegen auf eine stereotypenfreiere Weise Rechnung tragen, ließe sich mit einem einhergehenden Perspektiv- und Fokuswechsel die geforderte „geschuldete Fürsorge“ etwa durch eine umfassende Verpflichtung der Solidargemeinschaft für Menschen, die Elternverantwortung übernehmen, übersetzen. Die Argumentation des Gerichts bezieht sich jedoch – da in Art. 6 Abs. 4 GG verankert – ausschließlich auf die „Mutterschaft“, und lässt für diese geschlechtertheoretisch wichtigen Erwägungen wenig Raum.

Es fällt zudem auf, dass das Bundesverfassungsgericht im Rahmen des Art. 6 Abs. 4 GG zwar zu Recht *ökonomische Ungleichheiten* („materielle Notlage“), die zu einem Abbruch führen, in den Blick nimmt. Währenddessen lässt

das Gericht jedoch die finanziellen Ressourcen von Frauen grundsätzlich gerade außer Betracht, wenn es die verfassungsrechtlich verbotene *Kostentragung* des Schwangerschaftsabbruchs durch die gesetzliche Krankenversicherung erörtert. Die zitierten Ausführungen im Rahmen des Art. 6 Abs. 4 GG erwecken deshalb im Kontext der sonstigen Entscheidungsbegründung den Anschein einer Verfassungsrechtsinterpretation, die auf eine *staatliche Geburtenförderung* „im Interesse der Gemeinschaft“ abzielt, allerdings gerade zu Lasten der *ungewollt* schwangeren Frau.

(8) Umfassende verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Vorgaben für rechtliche und soziale Bedingungen

Das Bundesverfassungsgericht verweist in dieser Entscheidung auf eine umfassende staatliche Schutzpflicht, die es *verfassungsrechtlich* mit dem Schutz des werdenden Lebens, dem Schutzauftrag für Ehe und Familie (Art. 6 GG) und der Gleichstellung von Mann und Frau in der Teilhabe am Arbeitsleben (vgl. Art. 3 Abs. 2 GG) und *völkerrechtlich* (vgl. Art. 3 und 7 IPwskR) begründet. Verfassungsrechtlich und völkerrechtlich ist der Gesetzgeber danach dazu verpflichtet, dass „Familientätigkeit und Erwerbstätigkeit aufeinander abgestimmt werden können und die Wahrnehmung der familiären Erziehungsaufgabe nicht zu beruflichen Nachteilen führt“. Das Bundesverfassungsgericht verweist damit im Rahmen der Verfassungsinterpretation zu Recht auf internationale Verpflichtungen. Der Gesetzgeber sei sogar verpflichtet, diese staatlichen Leistungen „als Maßnahmen präventiven Lebensschutzes“ bei der Verteilung knapper Ressourcen prioritär zu berücksichtigen. Damit zeigt das Bundesverfassungsgericht wichtige politische Grundbedingungen auf und weist den Gesetzgeber explizit darauf hin, dass er verfassungsrechtlich und völkerrechtlich verpflichtet ist, *finanzielle Ressourcen* zu überprüfen, um eine Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu ermöglichen. Der Ansatz, die *rechtlichen und sozialen Bedingungen*, die reproduktive Entscheidungen ermöglichen oder verhindern, bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung in den Blick zu nehmen, ist begrüßenswert.

Das Gericht weist dabei auf zentrale Grundbedingungen hin, formuliert diese jedoch ungewöhnlich detailgetreu aus und begründet die Bedingungen vornehmlich mit einer staatlichen Pflicht des „präventiven Lebensschutzes“. Durch die *embryozentrierte und zugleich geburtenfördernde* Fokussierung des Gerichts verschließt sich der Senat einer Betrachtung von strukturellen Bedingungen, die eine wirkliche *Entscheidungsfreiheit*, im Sinne einer ergebnisoffenen Entscheidung für oder gegen Kinder, ermöglichen. Dadurch fehlen Ausführungen zu wichtigen strukturellen Bedingungen, die ungewollte Schwangerschaften bereits gar nicht entstehen lassen, etwa eine unvoreingenommene, wissenschaftlich fundierte und positiv aufgeschlossene Sexualaufklärung und

die Verpflichtung zur flächendeckenden Einführung von sicheren und erschwinglichen Verhütungsmitteln. Deshalb scheinen sowohl die Erörterung als auch die Schlussfolgerungen des Bundesverfassungsgerichts problematisch.

(9) *Moralische Maßstäbe*

In zahlreichen Passagen führt das Bundesverfassungsgericht, wie oben eingehend dargelegt, moralische Maßstäbe an. Besonders deutlich wird das etwa bei der verfassungsrechtlich deklarierten Aufrechterhaltung des gesellschaftlichen Unrechtsbewusstseins („das allgemeine Bewußtsein in der Bevölkerung, daß das Ungeborene auch gegenüber der Mutter ein Recht auf Leben hat, würde erheblich beschädigt“). „Mitverantwortliche“ Personen zieht das Gericht in seiner verfassungsrechtlichen Beurteilung mit ein, jedoch nur insofern, als dass diesen Personen „ins Gewissen“ geredet wird („mitverantwortliche Personen könnten sich entlastet fühlen, weil sie als normal und rechtmäßig empfinden“). Diese moralischen Maßstäbe leisten einen wesentlichen Beitrag zu einer gesellschaftlichen *Tabuisierung*, die auf Kosten des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit ungewollt schwangerer Personen (Art. 2 Abs. 2 GG) sowie deren Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) gehen.

bb) Abweichendes Votum I

(1) *(Grund)-Rechtspositionen der schwangeren Person*

Zwar in Abgrenzung zur Senatsmehrheit, aber im Einklang mit dem allgemein üblichen freiheitsrechtlichen Ausgangspunkt, richtet das abweichende Votum von *Mahrenholz* und *Sommer* der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung seinen Fokus verstärkt auf die Grundrechte der Frau. Dabei bezieht es sich zum Teil auf die Argumentationen der Senatsmehrheit, plädiert jedoch für grundrechtsdogmatisch konträre Schlussfolgerungen. Eine Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs, so das Sondervotum, betrifft stets die Frage nach dem Bereich unantastbarer Autonomie des Menschen einerseits und dem Recht des Staates zu Regelungen andererseits. Im Zentrum des Sondervotums steht deshalb die (ungewollt) schwangere Person als verantwortungsfähiges Entscheidungssubjekt. Nach dieser Vorstellung muss Ausgangspunkt für eine gesetzliche Regelung sein, dass die schwangere Frau – selbstverständlich – zu einer verantwortlichen, für eine Rechtfertigung tragfähigen Entscheidung generell fähig ist. Grundrechtsdogmatisch folgt das abweichende Votum damit nicht der von der Senatsmehrheit auferlegten *grundsätzlichen* Rechtspflicht der schwangeren Frau zum Austragen. Vielmehr sei der Frau ein Schwangerschaftsabbruch „als Ausübung ihrer Grundrechte erlaubt“, „soweit eine Rechtspflicht der Frau nicht besteht.“

(a) *Zum Verhältnis von Sexualität und Kinderwunsch*

Zwar erwähnt auch das abweichende Votum kein explizites Recht auf reproduktive Selbstbestimmung, doch deuten die Richter *Mahrenholz* und *Sommer* genau darauf hin, wenn sie feststellen, dass ein strafrechtliches Verbot des Schwangerschaftsabbruchs das „menschliche Sein“ berühre, zu dem auch gehöre, dass „Sexualität und „Kinderwunsch“ auseinanderfallen. Das Sondervotum öffnet damit den Blick für die Realität, in der sexuelle und reproduktive Interessen auseinanderfallen können und die Folgen (gemeint: das Schwangerwerdenkönnen) Frauen tragen (Kapitel 1, II., Kapitel 2, II. 4. a)). Zudem begriff das abweichende Votum die Strafrechtsreform Anfang der 1990er-Jahre als „Konsequenz aus einem gewandelten Verständnis von der Personalität und Würde der Frau“. Letztlich entspricht diese Position damit dem heutigen menschenrechtlichen Ansatz, wonach zu den reproduktiven Rechten auch das Recht auf einen sicheren und legalen Schwangerschaftsabbruch zählt.

(b) *Ungewollte Schwangerschaften im Kontext soziologischer Erkenntnisse*

Das abweichende Votum nimmt die Umstände von ungewollten Schwangerschaftsabbrüchen *rechtstatsächlich* in den Blick. So verweist es etwa auf angehörte Expertenmeinungen, wonach ungewollt schwangere Personen den „Schwangerschaftskonflikt als Not empfinden und in dieser Situation verantwortlich und gewissenhaft handeln wollen“. Weiter heißt es, wie dargelegt, dass ungewollt Schwangere ihren Konflikt als höchstpersönlichen erleben und sich deshalb gegen dessen Beurteilung nach einem von dritter Seite an sie herangetragenen Maßstab der Zumutbarkeit wehren. Auf diese Weise gelingt dem Sondervotum eine wirklichkeitsnähere Betrachtung der Konfliktlage von ungewollt schwangeren Personen (vgl. Kapitel 1, II.). Das Sondervotum der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung verweist dabei auf unterschiedliche individuelle Motivationslagen, die einer Entscheidung zum Abbruch zugrunde liegen. So sei das von der Senatsmehrheit aufgestellte Kriterium der Unzumutbarkeit zu vage, weil es stark soziologisch bestimmt sei, und Menschen je nach Konfession oder Region die Entscheidung zu einem Schwangerschaftsabbruch eben unterschiedlich bewerten oder erst gar nicht in Betracht ziehen.

Zutreffend weisen die Richter *Mahrenholz* und *Sommer* auch darauf hin, dass Frauen „zu allen Zeiten und in allen, von verschiedenen moralischen und religiösen Wertvorstellungen geprägten Kulturen“ Auswege aus der Not ungewollter Schwangerschaften gesucht und gefunden haben.

(c) *Freiheitsfundierter Verantwortungsbegriff*

Aufgrund dieser lebenspraktischen Betrachtungsweise, unter Hinzuziehung anderer Wissenschaftsdisziplinen, muss die Rechtsordnung, so das Sondervo-

tum, der ungewollt schwangeren Person „Raum für eine verantwortliche Entscheidung lassen, ihr also Verantwortung nicht nur auferlegen, sondern auch anvertrauen.“ Dem abweichenden Votum liegt bei seiner Erörterung der Verantwortung demnach ein freiheitsfundiertes Verständnis von Verantwortung zugrunde: Verantwortung bei dieser reproduktiven Entscheidung setzt danach einen Entscheidungs- und Handlungsspielraum des Subjekts voraus, dem Verantwortung zukommt und welches die Entscheidung trifft. Verantwortung wird – anders als das Mehrheitsvotum, das durch seine Konzeption der absoluten Schutzpflicht gegenüber dem Embryo Verantwortung vornehmlich als *Pflicht* zur Austragung auslegt – nicht nur in eine Richtung gedacht, sondern ergebnisoffener und aus Sicht der ungewollt schwangeren Person erörtert.

Das abweichende Votum verweist unter Zitierung des Sondervotums der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung darauf, dass Frauen sich nicht „leichten Herzens und ohne Grund“ für einen Abbruch entscheiden. Nach den Ausführungen des abweichenden Votums ist dementsprechend eine jede Entscheidung, ob für oder gegen den Abbruch, eine verantwortungsvolle Entscheidung. Die Entscheidung, eine Schwangerschaft zu beenden, lässt sich damit ebenfalls als Verantwortungsübernahme verstehen. Das überzeugt insofern, als eine Entscheidung *gegen* eine lebenslange Sorgeverantwortung mit finanziellen Verpflichtungen gegenüber einem *anderen* Menschen eine in die Zukunft gerichtete Verantwortungsübernahme bedeuten kann. Die Missbrauchsgefahr wird dabei in der Begründung des Sondervotums, wie üblicherweise auch bei anderen Freiheitsgebräuchen, in Kauf genommen. Zudem hat das Sondervotum die ungewollt schwangere Person, die sich für einen Abbruch entscheidet, als soziales Individuum in einer Gesellschaft im Blick, die gesellschaftlich akzeptiert („nicht ausgegrenzt“) und nicht pönalisiert werden möchte.

Zudem verweist das Sondervotum darauf, dass ungewollt schwangere Frauen „entsprechend ihrer gewandelten gesellschaftlichen Stellung“ diesen „fundamentalen Lebenskonflikt“ vor allem danach lösen, „ob sie nach eigener Einschätzung in ihrer konkreten Lebenssituation die Möglichkeit erkennen, die Aufgaben einer Mutter verantwortlich zu erfüllen.“

Die abweichende Meinung zeichnet damit gerade nicht das Bild einer egoistisch handelnden Frau, die – so die Senatsmehrheit – einseitig „persönliche Interessen“ bei einem Abbruch verfolge, sondern öffnet den Blick für die Konfliktlage, die ein Schwangerschaftsabbruch darstellt, und zwar auch im gesellschaftlichen Kontext.

(d) „Zweiheit in Einheit“ als grundrechtsdogmatischer Ausgangspunkt

Das Sondervotum versteht das von der Senatsmehrheit begründete Bild der „Zweiheit in Einheit“ nicht nur als „Beschreibung eines tatsächlichen Zustandes“, sondern zieht aus dem Beziehungsgefüge von schwangerer Person und Embryo Konsequenzen für die Grundrechtsdogmatik. In dem Begriff der

„Zweiheit in Einheit“ käme die „mitgedachte natürliche Prozesshaftigkeit der Schwangerschaft“ zum Ausdruck. Der Begriff ließe sich deshalb „als eine begriffliche Annäherung an die richtige Erfassung einer einzigartigen grundrechtlichen Lage verstehen“. Dieser lebensweltlich orientierte Blick soll dementsprechend grundrechtsdogmatisch dazu führen, dass die „Entwicklung von einer Letztverantwortung der Frau für das ungeborene Leben, die in der Achtung ihrer Persönlichkeit wurzelt (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG)“ sukzessive mit voranschreitender Schwangerschaft „zu einer Übernahme der Letztverantwortung für das ungeborene Kind durch den Staat“ führt.

(2) Stufenkonzept der staatlichen Schutzpflicht

Aus der fundamentalen Abhängigkeit des Embryos von der ungewollt schwangeren Person folgert das Sondervotum zudem eine überzeugendere grundrechtsdogmatische Konzeption der Schutzpflicht gegenüber dem Embryo. So verweist das Sondervotum darauf, dass die besondere Beziehung während einer Schwangerschaft gerade nicht „annähernd in einer bloßen Gegenüberstellung von Embryo und Frau eingefangen werden“ kann. Die Grundrechtsposition der ungewollt Schwangeren ist vielmehr, so die Begründung des Sondervotums, dem Wesen nach durch die Verantwortung für das andere Leben mitbestimmt, weil die schwangere Person „dieses Leben in sich trägt“. Die Frau könne in einer staatlichen Regelung also nicht nur „als Gefäß des Embryos“ erscheinen.

Mit dem Fokus auf den *Entwicklungsprozess* des Embryos im *Körper der Frau* greift das abweichende Votum das bis heute in der Literatur diskutierte und weiterentwickelte Stufenkonzept auf: Weil Frau und nasciturus in der Frühschwangerschaftsphase noch „als Einheit“ erscheinen, habe die schwangere Person während dieser Phase die Letztverantwortung. Trete in der späteren Schwangerschaft die „Zweiheit“ stärker hervor, verschiebe sich der Verantwortungsbereich sukzessive. So bleibt auch dann „die Eigenverantwortung der Frau, diese verliert aber den Charakter als Letztverantwortung“. Der Ausgleich zwischen Grundrechtsposition der ungewollt schwangeren Person und der staatlichen Schutzpflicht gegenüber dem Ungeborenen muss damit „ein prozesshaftes Element im Grundrechtsstatus der schwangeren Frau berücksichtigen, weil die Schwangerschaft selbst einen Prozess darstellt“. Aus dem Entwicklungsprozess des Embryos folgt dementsprechend für den Gesetzgeber eine unterschiedliche Ausgestaltung der staatlichen Schutzpflicht je nach Phase der Schwangerschaft.

cc) Abweichendes Votum II

Böckenförde weist in seinem abweichenden Votum bei der Beurteilung des strafrechtlichen Verbots von Schwangerschaftsabbrüchen auf außerrechtliche „Wirksamkeitsbedingungen“ hin („*conditio humana*“; „konkrete Verfaßtheit

einer Gesellschaft“), deren Inhalte jedoch nicht weiter erörtert werden. Gemeint ist wohl die (gesamt-)gesellschaftliche Einstellung der Individuen zum Schwangerschaftsabbruch. Wenn *Böckenförde* feststellt, dass es „nicht allein oder primär die Aufgabe des Rechts“ ist, die „Wirksamkeitsbedingungen“ zu ändern, so zielt dies auf eine Kritik an der Entscheidungsbegründung der Senatsmehrheit ab, die versucht, durch ihre *Verfassungsinterpretation* die „Wirksamkeitsbedingungen“ ändern zu wollen. Die zugrundeliegende Erwägung von *Böckenförde* ist damit eine von der Senatsmehrheit abweichende Auffassung zum Verhältnis von Recht und Moral.

dd) Exkurs: Moralische Vorverständnisse bei der Verfassungsinterpretation

Wenngleich weder Senatsmehrheit noch die Sondervoten ihre Methodik der Verfassungsinterpretation offenlegen, so offenbaren sich unterschiedliche Auffassungen, ob und wie umfassend außerrechtliche Maßstäbe bei der Auslegung des Grundgesetzes herangezogen werden sollen. Letztlich wird also darüber gestritten, in welchem Verhältnis Recht und Moral bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung des Schwangerschaftsabbruchs stehen.

Die Entscheidungsbegründung der Senatsmehrheit ist, wie dargelegt, von einem moralischen Vorverständnis geprägt. Durchweg betont die Senatsmehrheit, dass gesellschaftliche Anschauungen zum Schwangerschaftsabbruch durch umfassende einfachrechtliche Maßnahmen (von den Beratungsstellen bis hin zu gesellschaftlicher Aufklärung durch Rundfunk und in der Schule) dahingehend zu ändern seien, dass in der Bevölkerung der „Wille zum Schutz des ungeborenen Lebens“ „gestärkt“ werde. Das Sondervotum von *Böckenförde* weist zu Recht darauf hin, dass das Recht *gesellschaftliche* Einstellungen zum Schwangerschaftsabbruch nur bedingt zu verändern mag. Das Sondervotum von *Mahrenholz* und *Sommer* übt noch deutlichere Kritik an der Verfassungsinterpretation der Senatsmehrheit. So sei die verfassungsrechtliche Beurteilung der Senatsmehrheit, wonach der Abbruch in jedem Fall rechtswidrig ist, „letztlich nur noch im sittlichen und kaum noch im rechtlichen Bereich“. Das Sondervotum richtet seine Kritik dabei auf die Methodik der Verfassungsinterpretation der Senatsmehrheit, der vornehmlich moralische Maßstäbe zugrunde liegen.

5. Entscheidung zur Haftung nach fehlgeschlagener Sterilisation (1997)

Die *Entscheidung zur Haftung nach fehlgeschlagener Sterilisation (1997)* war bereits Gegenstand der Rechtsprechungsanalyse, und zwar mit Blick auf die gerichtlichen Ausführungen zur selbstbestimmten Entscheidung, über die eigene Fortpflanzungsfähigkeit zu verfügen. An dieser Stelle nehme ich in den Blick, wie das Bundesverfassungsgericht die infolge der fehlgeschlagenen Sterilisation ungewollt eingetretene *Schwangerschaft* rechtlich beurteilte. Der Entscheidung lag ein offen ausgetragener Streit zwischen Erstem und Zweitem

Senat um die verfassungsrechtliche Beurteilung voraus: Grund hierfür war, dass der Zweite Senat in seiner *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung wenige Jahre zuvor (1993) die Auffassung vertreten hatte, die Rechtsordnung erlaube es nicht, ein Kind als Schaden im zivilrechtlichen Sinne zu bewerten, und deutete damit deutlich darauf hin, dass die zivilgerichtliche Rechtsprechung zur Arzthaftung verfassungswidrig sei.⁵¹⁷ Der Erste Senat (5:3 Stimmen) sah sich jedoch an die Rechtsauffassung des Zweiten Senats nicht gebunden, da die Ausführungen des Zweiten Senats im Wege eines *Obiter Dictums* ergingen.⁵¹⁸ Aus diesem Grund lehnte der angerufene Erste Senat auch eine Plenumsentscheidung der beiden Senate ab, zu der das Bundesverfassungsgericht verpflichtet ist, wenn ein Senat in einer Rechtsfrage von der in einer Entscheidung des anderen Senats enthaltenen *tragenden* Rechtsauffassung abweichen will (§ 16 BVerfGG).⁵¹⁹

a) Inhalt

Mit Blick auf die Entschädigung einer ungewollt schwangeren Frau führt der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung im Jahr 1997 aus:

„[S]oweit die [zivilgerichtlichen] Entscheidungen den ungewollt schwangeren Frauen Schmerzensgeld für die mit der Schwangerschaft und der Entbindung verbundenen Beschwerden zusprechen, sind die Grenzen richterlicher Rechtsfindung nicht überschritten. Die Rüge einer unzulässigen Ausweitung des § 253 BGB berücksichtigt nicht ausreichend, daß § 847 BGB die Geldentschädigung für immaterielle Schäden ausdrücklich zuläßt. Soweit der Bundesgerichtshof eine ungewollte Schwangerschaft als unbefugten erheblichen Eingriff in die körperliche Integrität und damit als Körperverletzung bewertet, bewegt er sich im Rahmen herkömmlicher zivilrechtlicher Dogmatik.“⁵²⁰

⁵¹⁷ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 269: „Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt hingegen von Verfassung wegen (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht in Betracht. Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten (vgl. oben I. 1. a), verbietet es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen. Die Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Haftung für ärztliche Beratungsfehler oder für fehlgeschlagene Schwangerschaftsabbrüche (zum Schwangerschaftsabbruch vgl. BGHZ 86, 240 ff.; 89, 95 ff.; 95, 199 ff.; BGH, NJW 1985, S. 671 ff.; VersR 1985, S. 1068 ff.; VersR 1986, S. 869 f.; VersR 1988, S. 155 f.; NJW 1992, S. 1556 ff.; zur Sterilisation vgl. BGHZ 76, 249 ff.; 76, 259 ff.; BGH, NJW 1984, S. 2625 f.) ist im Blick darauf der Überprüfung bedürftig.“

⁵¹⁸ BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 – 1 BvR 479/92 –, juris Rn. 82 f.

⁵¹⁹ Siehe zur Plenarvorlage des Zweiten Senats: BVerfG, Beschluss vom 22. Oktober 1997 – 1 BvR 307/94; sowie zur Begründung des Ersten Senats BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 – 1 BvR 479/92 –, juris Rn. 76 ff., insb. 82 f.

⁵²⁰ BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 – 1 BvR 479/92 –, juris Rn. 58.

b) Würdigung

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hält in dieser Entscheidung – anders als der Zweite Senat wenige Jahre zuvor – sowohl die zivilrechtlichen Unterhaltsansprüche als auch die Schmerzensgeldansprüche wegen einer „gegen den Willen der Frau eingetretenen Schwangerschaft und Geburt“⁵²¹ für mit dem Grundgesetz vereinbar. Eine *ungewollte Schwangerschaft* wird vom *Bundesgerichtshof* überzeugend als erheblicher Eingriff in die körperliche Integrität der Frau (§ 823 BGB) angesehen. Das Bundesverfassungsgericht billigt diese zivilgerichtliche Rechtsprechung, nach der ungewollt schwangere Frauen ein Schmerzensgeldanspruch für die mit der Schwangerschaft und der Entbindung verbundenen Beschwerden zusteht, wenn eine Frau infolge einer ärztlich fehlgeschlagenen Sterilisation schwanger wird. Wenngleich das Bundesverfassungsgericht keine weiteren expliziten Erwägungen zur grundrechtlichen Verortung dieses Eingriffs anstellt, berührt ein solcher unbefugter Eingriff zum einen das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), zum anderen auch das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG).

6. Entscheidung zum Unterhaltsverzichtsvertrag (2001)

Das Bundesverfassungsgericht erklärte in seiner *Entscheidung zum Unterhaltsverzichtsvertrag* (2001) den Inhalt eines Ehevertrags, der einseitig zu Lasten einer schwangeren Frau ging, für unvereinbar mit Art. 6 Abs. 4 GG.

a) Inhalt

Das Bundesverfassungsgericht skizziert in der *Entscheidung zum Unterhaltsverzichtsvertrag* (2001) die Lebensphase der Schwangerschaft im Rahmen von Art. 6 Abs. 4 GG wie folgt:

„Schwangerschaft bedeutet für jede Frau einen existenziellen Umbruch in ihrem Leben. Die Schwangere durchläuft einen Entwicklungsprozess, der sie körperlich Veränderungen erfahren lässt und für ihre eigene Gesundheit sowie die des Kindes Risiken in sich birgt. Unweigerlich kommt auf sie mit dem Kind eine Umstellung ihrer Lebensführung und Lebensplanung zu. Neue Aufgaben, Pflichten und Verantwortlichkeiten entstehen.“⁵²²

Daneben geht das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung auf die (damalige) gesellschaftliche Stellung unverheirateter Schwangerer bzw. Mütter ein:

„[Schwangerschaft] geht gerade bei unverheirateten Müttern häufig einher mit dem Scheitern der Beziehung zum Vater des Kindes [Nachweis]. Darüber hinaus bestehen auch heute

⁵²¹ BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 – 1 BvR 479/92 –, juris Rn. 56.

⁵²² BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 29. März 2001 – 1 BvR 1766/92 –, juris Rn. 38.

noch gesellschaftliche und soziale Zwänge, auf Grund derer sich eine werdende Mutter – nicht zuletzt auch gegenüber dem Kind – für ihre Nichtheirat unter Rechtfertigungsdruck fühlen kann. Für den Zeitpunkt des Abschlusses des hier strittigen Ehevertrages sprechen wissenschaftliche Untersuchungen sogar noch vom Stigma der ledig bleibenden Mutter und ihrer deutlich höheren psychischen Belastung gegenüber verheirateten Müttern, mit der auch das Phänomen der höheren Sterblichkeit nichtehelicher Säuglinge erklärt wird [Nachweis].⁵²³

Anfang der 2000er-Jahre stellte das Bundesverfassungsgericht damit fest, dass erstens eine Schwangerschaft bei *unverheirateten* Frauen häufig mit einer Trennung einhergehe und dass zweitens „gesellschaftliche und soziale Zwänge“ eine unverheiratete Frau unter Rechtfertigungsdruck setzen könnten. Neben diesem gesellschaftlichen Rechtfertigungsdruck, so nach Auffassung des Gerichts, trage die nicht verheiratete Schwangere stets die alleinige Verantwortung und finanzielle Last für das Kind:

„Hinzu kommt für die nicht verheiratete Schwangere die Gewissheit, die alleinige Verantwortung und Sorge für das Kind tragen zu müssen. Auch nach inzwischen geltendem Recht bleibt sie allein für das Kind verantwortlich, wenn der Vater zur gemeinsamen Sorge nicht bereit ist. Zudem stand und steht ihr auch heute noch ein nur eingeschränkter Unterhaltsanspruch gegenüber dem Vater zu. [...] Eine nicht verheiratete Mutter sieht sich insofern schon im frühen Alter des Kindes generell vor das Problem gestellt, Kinderbetreuung und eigene Existenzsicherung gleichermaßen sicherzustellen.“⁵²⁴

In der Entscheidungsbegründung folgen weitere Ausführungen zur ökonomischen Situation unverheirateter Mütter:

„Besonders gravierend ist in der Regel die ökonomische Perspektive für Mütter nichtehelicher Kinder. Nach der Geburt des Kindes sinkt ihr Einkommen wegen der alleinigen Verantwortung für das Kind meist auf weniger als die Hälfte ihres vorherigen Einkommens.“⁵²⁵

Die finanzielle Belastung von nicht verheirateten Müttern, so das Gericht, werde durch die schlechte „Zahlungsmoral von Vätern“ weiter verschärft:

„Zusätzlich belastet wird diese Situation durch eine deutlich schlechtere Zahlungsmoral von Vätern gegenüber nichtehelichen Kindern. In der Folge sind nicht-eheliche Kinder unter den Berechtigten nach dem Unterhaltsvorschussgesetz weit überrepräsentiert [...].“⁵²⁶

Im Ergebnis erklärt damit das Bundesverfassungsgericht den zugrundeliegenden Ehevertrag, der eindeutig zu Lasten der schwangeren Frau ging, als mit Art. 6 Abs. 4 GG unvereinbar:

⁵²³ BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 29. März 2001 – 1 BvR 1766/92 –, juris Rn. 38.

⁵²⁴ BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 29. März 2001 – 1 BvR 1766/92 –, juris Rn. 39.

⁵²⁵ BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 29. März 2001 – 1 BvR 1766/92 –, juris Rn. 40.

⁵²⁶ BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 29. März 2001 – 1 BvR 1766/92 –, juris Rn. 40.

„Die besondere und schwierige Situation nicht verheirateter Schwangerer, die nicht vergleichbar ist mit der verheirateter Schwangerer oder der nicht verheirateter Frauen ohne Kinder, wirkt sich auch auf die Gegebenheiten bei Abschluss eines Ehevertrages aus, der die Voraussetzung für eine Eheschließung bilden soll. Gerade wegen ihrer Sorge auch um die Zukunft des Kindes und unter dem Druck der bevorstehenden Geburt befindet sich die Schwangere typischerweise in einer dem Vertragspartner gegenüber weit unterlegenen Position.“⁵²⁷

b) Würdigung

Das Gericht nimmt in seiner *Entscheidung zum Unterhaltsverzichtsvertrag* die Bedeutung einer Schwangerschaft aus Perspektive der schwangeren Frau in den Blick, und zwar sowohl die Auswirkungen auf die Gesundheit der schwangeren Frau als auch auf deren individuellen Lebensplanung. Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet dabei Schwangerschaft als „Entwicklungsprozess“ der *Schwangeren*. Neben diesen körperlichen Veränderungen, die die Frau in dieser Lebensphase erfahre, weist das Bundesverfassungsgericht daraufhin, dass eine Schwangerschaft ein existentieller Umbruch im Leben von Frauen bedeutet. Wengleich das Bundesverfassungsgericht die Schwangerschaft aus Sicht der schwangeren Frau im Rahmen von Art. 6 Abs. 4 GG erörtert, versteht das Gericht die Schwangerschaft als eine Lebensphase, die „unweigerlich“ mit einer Umstellung der „Lebensführung und Lebensplanung“ einhergeht, und beschreibt damit einen Lebensbereich, der typischerweise vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) erfasst wird.

Die *Entscheidung zum Unterhaltsverzichtsvertrag* (2001) offenbart daneben allerdings auch die Vorstellung von schwangeren nicht verheirateten Frauen als pauschal „unterlegen“. Dabei verweist das Gericht darauf, dass eine Schwangerschaft bei einer nicht verheirateten Frau häufig mit einem „Scheitern der Beziehung“ einhergehe. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts seien Frauen noch Anfang der 2000er-Jahre einem gesellschaftlichen „Rechtfertigungsgrund“ wegen ihrer „Nichttheirat“ ausgesetzt. In manchen Entscheidungspassagen wird der Eindruck erweckt, das Gericht setze „nicht verheiratete“ schwangere Frauen mit „alleinstehenden“ Frauen gleich. Die „ökonomische Perspektive“ für unverheiratete Schwangere, sei, so das Gericht im Jahr 2001, in der Regel „besonders gravierend“. Damit zeichnet das Gericht das Bild von unverheirateten Schwangeren und Müttern in Not.

Die gleichermaßen am Reproduktionsvorgang beteiligten Männer und Väter, die nicht verheiratet sind, werden als nicht zur Verantwortungsübernahme bereit gezeichnet („schlechte Zahlungsmoral“; die „nicht verheiratete Schwangere [hat] die Gewissheit, die alleinige Verantwortung und Sorge für das Kind

⁵²⁷ BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 29. März 2001 – 1 BvR 1766/92 –, juris Rn. 40.

tragen zu müssen“). Dabei wird nicht deutlich, ob das Bundesverfassungsgericht in seinen Ausführungen auch Kritik an der Rolle der Väter übt („wenn der Vater zur gemeinsamen Sorge nicht bereit ist“). Primär zeichnet das Bundesverfassungsgericht jedenfalls das Bild einer unverheirateten Frau, die sich regelmäßig in einer Abhängigkeitsposition und somit in einer unterlegenen Position befinde. Denn das „Nicht-verheiratet-Sein“ setzt das Gericht faktisch mit ökonomischer Armut gleich. Daher, so suggerieren die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, bedeute die Ehe eine ökonomische Absicherung und ein Weg zur gesellschaftlichen Anerkennung – für die Frau.

7. Zusammenfassung und Würdigung

Das Bundesverfassungsgericht verhandelte den Lebensbereich der Schwangerschaft in Entscheidungen zum Schutz von Schwangeren, in seinen Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch sowie in seiner Entscheidung zur Haftung bei ungewollter Schwangerschaft nach fehlgeschlagener Sterilisation.

Als Grundrechtspositionen führt das Gericht mehrere Grundrechte an: In der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung (1975) ordnet der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts die Lebensphase der Schwangerschaft der Intimsphäre der Frau als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG). In der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung (1993) stellt der Zweite Senat fest, das strafrechtliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs berühre neben dem Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) auch die Würde der Frau (Art. 1 Abs. 1 GG) und deren Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG). Geht es um den Schutz von Schwangeren, etwa bei der Ausstrahlungswirkung von zivilrechtlichen Verträgen, zieht das Gericht den Schutzanspruch von Müttern (Art. 6 Abs. 4 GG) heran.

Mit Blick auf die *Wortwahl* im Kontext von Schwangerschaft lässt sich folgende Beobachtung festhalten: In beiden Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch bezeichnet das Bundesverfassungsgericht *schwangere Frauen* als „Mutter“, jedoch ist die Begriffsverwendung uneinheitlich. Geht es um die konkreten Rechte der schwangeren Frau, schreibt das Bundesverfassungsgericht überwiegend von dem „Recht der Frau“, der „Selbstverantwortung der Frau“, oder vom „Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren“. Erörtert das Gericht die Position des Embryos, wird dagegen von der staatlichen Pflicht, das werdende Leben gegenüber der „Mutter“ zu schützen, geschrieben. So ist das „sich entwickelnde Leben von Natur aus in erster Linie dem Schutz der Mutter anvertraut“. Ziel des „Lebensschutzes“ sei es, den „mütterlichen Schutzwillen dort, wo er verlorengegangen ist, wieder zu erwecken und erforderlichenfalls zu stärken“. Dem entspricht die Wortwahl des Bundesverfassungsgerichts in Entscheidungen zu Art. 6 Abs. 4 GG („Jede Mutter hat Anspruch auf den

Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft“). In ständiger Rechtsprechung interpretiert das Gericht den Wortlaut „Mutter“ im Rahmen des Art. 6 Abs. 4 GG dahingehend, dass hiervon auch der Schutz Schwangerer umfasst sei. Das Bundesverfassungsgericht stellt Schwangere dabei unter den Schutz der Norm, ohne auf den Wortlaut der Norm einzugehen. Anfang der 1970er-Jahre eröffnete das Bundesverfassungsgericht in einer *Entscheidung zum Kündigungsschutz einer schwangeren Arbeitnehmerin* (1972) den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 4 GG für Schwangere wie „selbstverständlich“ und ließ noch offen, ob *jede Mutter* unter den Wortlaut „Mutter“ falle. Dabei soll weniger das *Ergebnis* des verfassungsrechtlichen Schutzes von Schwangeren im Rahmen von Art. 6 Abs. 4 GG in Frage gestellt werden, sondern vor allem auf die fehlende Auseinandersetzung mit der Begrifflichkeit hingewiesen werden. Auch das Bundesverfassungsgericht sah offenbar selbst, dass „Frau“ und „Mutter“ nicht deckungsgleich sind, wenn dann doch in der *Schwangerschaftsabbruch II-Entscheidung* in Randnummer 197 von der Achtung „der Frau und werdenden Mutter“ zu lesen ist. Betrachtet man die geltende einfache Gesetzeslage, ist Mutter die Frau, die das Kind *geboren* hat (§ 1591 BGB), eine schwangere Frau fällt nicht hierunter. Auch im allgemeinen Sprachgebrauch ist bei Schwangeren üblicherweise die Rede von der „werdenden Mutter“, sie ist bei einer erfolgreichen Schwangerschaft also im Begriff, eine Mutter zu werden. Es gibt jedoch viele denkbare Fälle, in denen eine schwangere Frau keine Mutter wird, etwa bei einer Fehl- oder Totgeburt oder nach einem Schwangerschaftsabbruch. Abgesehen davon gibt es auch Mütter, die nie schwanger waren, etwa eine Adoptivmutter oder eine Mutter in einer Zwei-Mütter-Familie, bei der nur eine Frau Schwangerschaft und Geburt durchlebt. Weiter ergab die Rechtsprechungsanalyse, dass das Bundesverfassungsgericht *Schwangerschaft* und deren *weitreichenden Auswirkungen auf die Lebensplanung und -führung von Schwangeren* verschieden bewertet:

In der *Schwangerschaftsabbruch I-Entscheidung* (1975) ordnet das Gericht die Schwangerschaft der Intimsphäre der Frau als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu, was die „die Selbstverantwortung“, „sich gegen eine Elternschaft und die daraus folgenden Pflichten zu entscheiden“, umfasse. Die Mehrheit des zuständigen Ersten Senats ließ jedoch die physischen und psychischen Dimensionen, die mit einer einem Abbruch zugrundeliegenden *ungewollten Schwangerschaft* einhergehen können, und genauso die Auswirkungen eines Kindes auf das weitere Leben noch weitestgehend außer Acht. Im Gegenteil betrachtete das Gericht eine „normale“ ungewollte Schwangerschaft, „ohne schwere innere Konflikte“ – als „Normalsituation, mit der jeder fertig werden“ müsse. Ohnehin tangiere Schwangerschaft, Geburt und Kindeserziehung Frauen „nur in manchen persönlichen Entfaltungsmöglichkeiten“.

In der *Schwangerschaftsabbruch II-Entscheidung* (1993) trägt der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls den weiteren Lebensauswirkungen einer ungewollten Schwangerschaft argumentativ mehr Rechnung,

wenn er darauf hinweist, dass ein ungewollt ausgetragenes Kind „einzelne unübersehbare und lange andauernde Handlungs- und Sorgepflichten, gegebenenfalls auch zusätzliche Lebensrisiken“ mit sich bringt. Die physische und psychische Dimension einer ungewollten Schwangerschaft deutet das Gericht immerhin an, wenn es feststellt, dass Frauen „existenziell betroffen“ sein können und sie sich nicht „leichten Herzens“ für einen Abbruch entscheiden, andererseits scheint der Hinweis auf „unvermeidlich einhergehende Beschwerden“ die Situation einer *ungewollten* Schwangerschaft wiederum zu relativieren. Die beiden Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch (1975, 1993) offenbaren gleichwohl eine *vornehmlich embryozentrierte Perspektive* des Gerichts. Folge dieser Perspektive des Bundesverfassungsgerichts ist, dass die *Grundrechte der entscheidenden Frau argumentativ nur marginal* berücksichtigt werden (vgl. vertiefend Kapitel 3, V. 3. b) und 4. b)).

Die drei ergangenen Sondervoten zeigen, dass auch bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung des Schwangerschaftsabbruchs keine Einigkeit herrscht. Während die beiden Senatsmehrheiten die jeweiligen strafrechtlichen Regelungen für verfassungswidrig erklärten, weil sie dem „Schutz des ungeborenen Lebens“ nicht genügend Rechnung trügen, kamen die Sondervoten zu anderen Ergebnissen. Die Sondervoten der Richterin von *Rupp-von Brünneck* und des Richters *Simon* sowie der Richter *Sommer* und *Mahrenholz* unterscheiden sich vor allem in ihrer Betrachtungsweise zur Meinung der Senatsmehrheit: Sie nehmen jeweils einen *freiheitsrechtlichen* Ausgangspunkt und tragen daher den Grundrechtspositionen der Frau argumentativ und im Ergebnis mehr Rechnung. Sie nehmen den sozialen Kontext der schwangeren Frau sowie strukturelle Bedingungen, unter denen Frauen sich für oder gegen Kinder entscheiden, in den Blick. Die Sondervoten könnten aus diesen Gründen als Anstoß für eine erneute gesellschaftspolitische Debatte gelesen werden.

In seiner *Entscheidung zur Haftung nach fehlgeschlagener Sterilisation* (1997) billigt der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts die zivilgerichtliche Rechtsprechung, nach der eine – infolge eines fehlerhaften ärztlichen Eingriffs verursachte – *ungewollte Schwangerschaft* als „unbefugter erheblicher Eingriff in die körperliche Unversehrtheit“ angesehen wird und einer Frau deshalb für die Beschwerden, die mit Schwangerschaft und Geburt verbunden sind, eine Entschädigung in Form von Schmerzensgeld zusteht. Das Gericht stellte dabei fest, dass erst die zivilrechtlichen Ansprüche der Eltern bei fehlerhafter Behandlung bzw. Beratung überhaupt die Grundrechte der Beteiligten absicherten. Die zivilgerichtliche Rechtsprechung zum ärztlichen Haftungsrecht ist damit gerade Ausdruck einer judikativen Maßnahme zur Durchsetzung der staatlichen Schutzpflicht des „Persönlichkeitsrechts der Eltern“ und deren „Selbstbestimmung im Rahmen einer geplanten Elternschaft“.

In seiner *Entscheidung zum Unterhaltsverzichtsvertrag* (2001) verhandelt das Bundesverfassungsgericht den Lebensbereich der Schwangerschaft im

Rahmen von Art. 6 Abs. 4 GG. Dort betont der Erste Senat, eine Schwangerschaft stelle einen „Entwicklungsprozess“ der *Schwangeren* dar. Neben diesen körperlichen Veränderungen, die mit einer Schwangerschaft einhergehen, bedeute eine Schwangerschaft einen „existentiellen Umbruch“ im Leben einer jeden schwangeren Frau. Das Gericht begreift die Schwangerschaft als eine Lebensphase, die „unweigerlich“ mit einer Umstellung der „Lebensführung und Lebensplanung“ einhergeht, und beschreibt damit einen Lebensbereich, der typischerweise vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) erfasst wird, wenngleich es seine Ausführungen im Rahmen von Art. 6 Abs. 4 GG trifft. Andererseits zeichnet das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung das Bild einer schwangeren Frau, die nicht verheiratet ist, pauschal als „unterlegen“. Dabei setzt das Gericht noch Anfang der 2000er-Jahre „nicht verheiratete“ schwangere Frauen mit „alleinstehenden“ Frauen gleich; es verweist darauf, dass eine Schwangerschaft bei einer nicht verheirateten Frau häufig mit einem „Scheitern der Beziehung“ einhergehe. Nicht verheiratete Frauen lebten nach Vorstellung des Gerichts noch Anfang der 2000er-Jahre regelmäßig in ökonomischer Armut und wurden gesellschaftlich nicht anerkannt.

VI. Zusammenfassung und Würdigung der Rechtsprechung

Der vielschichtige Lebensbereich der Reproduktion stand häufig, aber zugleich nur punktuell, vor Gericht. Die Rekonstruktion der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mag daher auf den ersten Blick wie ein Flickenteppich daherkommen. Die Analyse gibt jedoch wichtige Aufschlüsse zu den eingangs dargelegten Forschungsfragen. Zusammengefasst offenbaren sich folgende Erkenntnisse:

1. Es fehlt an einer systematischen inhaltlichen Auseinandersetzung zu Art und Umfang grundrechtlich eigenständig geschützter reproduktiver Freiheit.

In der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung wird bisher in keiner Entscheidung ein grundrechtlich *gesondert verbrieftes Recht* reproduktiver Freiheit erörtert, wie das bei anderen von der Rechtsprechung entwickelten und anerkannten Rechte der Fall ist, etwa dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder dem Recht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung. Während reproduktive Rechte im internationalen Recht als Menschenrechte anerkannt sind und eine verfassungsrechtlich geschützte reproduktive Freiheit zunehmend in der deutschsprachigen Literatur als „Recht auf reproduktive Selbstbestimmung“, als „Recht auf Fortpflanzungsfreiheit“ oder „Familiengründungsfreiheit“ diskutiert wird, fand bisher in keiner Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eine systematische inhaltliche Auseinandersetzung zu Art und Umfang verfassungsrechtlich geschützter reproduktiver

Freiheit im Sinne eines grundrechtlich *eigenständig* verbrieften Rechts statt. Bei Entscheidungen, die implizit oder explizit Fortpflanzung mitverhandeln, etwa die *Entscheidung zum Geschwisterbeischlafverbot* (2008) oder die *Trans VIII-Entscheidung* (2011), wird ein wo auch immer grundrechtlich zu verortendes eigenständig geschütztes Recht, über die eigene Fortpflanzung zu verfügen und in reproduktiven Belangen selbst bestimmen zu können (etwa Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG oder Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG), nicht explizit diskutiert oder erörtert. Einzig in einem *Nichtannahmebeschluss zur Kostentragung der assistierten Reproduktion* durch die gesetzliche Krankenversicherung (2009) hat das Bundesverfassungsgericht ein von den Beschwerdeführenden eingebrachtes „Recht auf Familiengründung“ und ein „Recht auf Nachkommenschaft“ explizit erwähnt, sich jedoch dazu gerade nicht weiter verhalten. Jedenfalls ist dem Grundgesetz, so das Bundesverfassungsgericht, keine staatliche „Förderpflicht zur Familiengründung“ zu entnehmen. Ein theoretischer Überbau, auf den Bezug genommen wird, ist in den analysierten Entscheidungen bisher wenig ersichtlich. Dabei hat sich herauskristallisiert, dass – unabhängig von den Ergebnissen der verfassungsrechtlichen Beurteilung – bereits die zum Ergebnis führende *Fragestellung* anders lauten müsste. Es fehlt in einigen Entscheidungen an einer (überzeugenden) freiheitsrechtlichen Ausgangsperspektive, die zunächst die entscheidenden Subjekte und deren reproduktiven Freiheitsrechte ins Zentrum rückt, um sodann auf einer zweiten Ebene verfassungsrechtliche Grenzen zu erörtern. Zudem werden bisher, jedenfalls ganz überwiegend, keine Verbindungslinien zwischen den einzelnen Entscheidungen, die zum Lebensbereich der Reproduktion ergangen sind, gezogen. Daneben scheint zuweilen der lebenspraktische Blick auf den Lebensbereich der Reproduktion zu fehlen. Die Analyse der Entscheidungsbegründungen und deren Ergebnisse zeigen, dass dies gerade nicht nur ein *theoretisches* Problem ist. Im Gegenteil: Durch die fehlende theoretische Konzeptualisierung reproduktiver Freiheiten werden zentrale grundrechtliche Freiheiten übersehen.

2. Reproduktive Belange werden im Rahmen üblich anerkannter Grundrechte verhandelt und nur punktuell geschützt.

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht bisher nicht umfassend und systematisch zu einer eigenständig geschützten reproduktiven Freiheit Stellung nahm, so schützt es doch in seinen Entscheidungen immer wieder reproduktive Belange. Die Analyse bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen zeigt, dass das Gericht reproduktive Belange, sofern es sie in den Blick nimmt – was allerdings an vielen Stellen, wie gezeigt, nicht der Fall ist, – im Rahmen üblich anerkannter grundrechtlicher Freiheiten behandelt. Dabei zieht das Bundesverfassungsgericht verschiedene Grundrechte heran. Die Möglichkeit einer freiwilligen Sterilisation versteht das Gericht als Teil des „Selbstbestimmungsrechts“ der Eltern im Rahmen einer „geplanten Elternschaft“. Weil das Gericht

kein explizites Grundrecht anführt, bleibt offen, ob diese reproduktive Entscheidung dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) oder dem Schutz des Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG unterstellt ist. Durch die fehlende grundrechtliche Zuordnung bleibt auch das Verhältnis von Individuum und Paar unklar. Im faktisch umgekehrten Fall, bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung einer Vorschrift, die eine staatliche Zwangskastration vorsah (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 TSG a. F.), versteht das Gericht die Verfügung über die eigene Fortpflanzungsfähigkeit als Teil des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG). Reproduktive Belange verhandelt das Gericht daneben im Rahmen des Familien- und Ehegrundrechts (Art. 6 Abs. 1 GG; siehe dazu sogleich, Kapitel 3, VI. 6.). Geht es um den Schutz von Schwangeren, zieht das Gericht Art. 6 Abs. 4 GG heran. Eine umfassende Theoretisierung wird damit gerade nicht erkennbar.

3. Es fehlt an einer ausreichenden analytischen Differenzierung zwischen sexuellen und reproduktiven Belangen. Durch die analytische Unschärfe werden zentrale grundrechtliche Freiheiten übersehen.

Die Analyse ergibt, dass das Bundesverfassungsgericht *nicht ausreichend erkennbar zwischen reproduktiven und sexuellen Belangen differenziert*. Besonders die *Entscheidung zum Geschwisterbeischlafverbot* (2008) offenbart eine *analytische Unschärfe*. Konkret bleibt unklar, ob das Bundesverfassungsgericht unter dem Begriff der geschlechtlichen Beziehungen auch reproduktiven Geschlechtsverkehr verhandelt. Es bleibt damit offen, ob das Bundesverfassungsgericht reproduktive Belange vom grundrechtlich als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geschützten Intim- und Sexualbereich (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG) umfasst ansieht. Beobachten ließ sich dagegen, dass zwei Sondervoten auf die Trennung von Sexualität und „Kinderwunsch“ bzw. „Fortpflanzung“ hinwiesen: Zum einen machten die Richter *Mahrenholz* und *Sommer* in ihrem abweichenden Votum zur *Schwangerschaftsabbruch II-Entscheidung* (1993) darauf aufmerksam, dass „zu den spezifischen Grundbedingungen menschlichen Seins gehört, daß Sexualität und Kinderwunsch nicht übereinstimmen“. Überzeugend weist das Sondervotum zugleich darauf hin, dass „Folgen dieser Divergenz“ die Frauen zu tragen haben. Zum anderen findet sich im Sondervotum des Richters *Hassmer* zur *Entscheidung zum Geschwisterbeischlafverbot* (2008) der richtige Hinweis, dass es „in Zeiten zuverlässig möglicher Empfängnisverhütung, in denen der Beischlaf ohne weiteres folgenlos bleiben kann, keine greifbare Wahrscheinlichkeit mehr dafür [gibt], dass es mit der Ausübung des Beischlafs auch tatsächlich zur Zeugung von Kindern kommt“.

4. Reproduktive Freiheiten werden verfassungsrechtlich ungleich verhandelt, geschützt und anerkannt. Es fehlt an einer Anerkennung gleicher reproduktiver Freiheiten.

Nach dem zugrunde gelegten Analysebegriff der reproduktiven Freiheiten war es daneben Ziel des Kapitels, danach zu fragen, ob und wie das Bundesverfassungsgericht die *gleiche* reproduktive Freiheit von Individuen in den Blick nimmt. Die Rechtsprechungsanalyse zeigt demnach, dass reproduktive Freiheiten von Individuen sehr verschieden verhandelt, ungleich geschützt und nicht gleichermaßen anerkannt werden. Zunächst fällt auf, dass die in Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 GG enthaltenen Diskriminierungsverbote ebenso wie das Gleichberechtigungsgebot (Art. 3 Abs. 2 GG) in der Regel bei reproduktiven Fragen überhaupt nicht erörtert werden. Die Gründe hierfür können an dieser Stelle nicht abschließend geklärt werden. Ein Erklärungsansatz könnte sein, dass schon der Verfahrensantrag (etwa die Verfassungsbeschwerde) selbst eine zuvorderst freiheitsrechtliche Beurteilung nahelegt. Ein weiterer Erklärungsansatz könnte sein, dass Hintergrundannahmen bei der Verfassungsinterpretation unzureichend reflektiert und deshalb komplexe Ungleichheitslagen bereits im Ausgangspunkt nicht erörtert werden. Grund hierfür ist wohl, dass es an einem übergreifenden Ansatz fehlt, der erstens Menschen und ihre Lebenssituationen in den Blick nimmt und zweitens Gleichheit in Verhältnis zur Sicherung reproduktiver Freiheiten setzt. Nur so scheint erklärbar, dass reproduktive Entscheidungen von unterschiedlichen Individuen in den Gerichtsentscheidungen in der Regel nicht in einen Vergleichszusammenhang gebracht werden.

Die Analyse der zahlreichen Entscheidungen zeigt jedenfalls, dass reproduktive Belange bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung dann übersehen oder im Ergebnis nicht anerkannt werden, wenn es sich um Personen handelt, die üblicherweise zu strukturell gefährdeten Gruppen gezählt werden (Art. 3 Abs. 3 GG) und/oder deren Sexualität und Fortpflanzung gesellschaftlich lange Zeit stigmatisiert war. Gleichgeschlechtliche Paare etwa verstand das Bundesverfassungsgericht noch Anfang der 2000er-Jahre und zuletzt im Jahr 2010 als stets nicht-reproduktive Gemeinschaft. In den Entscheidungen zur Anerkennung von trans Menschen macht das Bundesverfassungsgericht die jedem Menschen *gleichermaßen* zukommende Entscheidungsfreiheit, sich fortzupflanzen (Art. 2 Abs. 1 Alt. 1 i. V. m. Art. 1 GG bzw. Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG), ebenfalls nicht zum Ausgangspunkt seiner verfassungsrechtlichen Betrachtung. Im Ergebnis gesteht das Bundesverfassungsgericht trans Menschen ihre Fortpflanzungsfreiheit (nur) als Teil ihres Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) zu, allerdings um den Preis einer nicht näher bestimmten Zumutbarkeit. Zudem bestätigte das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2008 das strafrechtliche Verbot von einvernehmlichem Geschlechtsverkehr zwischen verschiedengeschlechtlichen Geschwistern und verkannte auch dort deren grundsätzliche reproduktive Freiheit. Es zeichnen sich somit unterschiedliche und zuweilen konträre Erwartungen an Menschen mit Blick auf deren Entscheidungen für oder gegen Kinder ab, und zwar abhängig von deren Positionierung in der Gesellschaft und von sozialen Determinanten. Dem

könnte die Vorstellung zugrunde liegen, dass Reproduktion nur in „gewohn-ten“ (Geschlechter)-Bahnen verlaufe bzw. verlaufen solle. Ungleiche Erwartungen tangieren jedenfalls die Anerkennung und Ausübung *gleicher* reproduktiver Freiheiten.

Es fällt nicht leicht, diese skizzierten Ungleichheiten aufzuzeigen, denn Teil des Problems ist, dass reproduktive Belange in diesen Kontexten selten explizit benannt werden, schon gar nicht als reproduktive Freiheiten diskutiert werden (siehe Kapitel 3, VI. 1., 2., 3.). Zum Teil übersah das Bundesverfassungsgericht reproduktive Freiheiten von manchen Individuen lange Zeit gänzlich (etwa bei trans Personen oder bei homosexuellen Paaren). In der *Entscheidung zum Geschwisterbeischlafverbot* (2008) verhandelt das Bundesverfassungsgericht Reproduktion irreführend und explizit nur auf der *Rechtfertigungsebene* und kommt zum wenig überzeugenden Ergebnis, dass neben anderen Gründen „erbbiologische Bedenken“ ein verfassungsrechtlich tragbarer Grund seien, um Menschen am Ausleben ihrer Sexualität zu hindern, um so das Entstehen von deren Nachkommen zu verhindern. Umgekehrt offenbart sich in der älteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein Verständnis von „selbstverständlich vorausgesetzter“ Fortpflanzung bei verschiedengeschlechtlichen Ehepaaren. Mit Blick auf Geschlecht als Gleichheitskategorie (Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG) offenbart die ältere Rechtsprechung ein Geschlechterverständnis mit stereotypen Geschlechterrollen. Dabei wurde besonders Frauen explizit oder implizit eine Mutterrolle zugeschrieben, zum Teil ist eine explizite pronatalistische Argumentation in den Entscheidungen zu finden, etwa in den *Schwangerschaftsabbruch I, II*-Entscheidungen (1975, 1993) oder in den älteren Entscheidungen zu Art. 6 GG (dazu sogleich, Kapitel 3, VI. 6.). Aus der reproduktiven Differenz (Schwangerwerdenkönnen oder Nichtschwangerwerdenkönnen) wurden damit soziale Rollenerwartungen geschlussfolgert.⁵²⁸ In der Logik stellt das einen zu vermeidenden biologistisch-naturalistischen Fehlschluss dar. Verbotsnormen, die ausschließlich Personen, die gebären, und damit weit überwiegend Frauen, betreffen, wie etwa das weiterhin geltende strafrechtliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs, ließen sich dagegen durchaus als mögliche Geschlechtsdiskriminierung diskutieren (Art. 3 Abs. 2 GG bzw. Art. 3 Abs. 3 GG).⁵²⁹

Legt man die Idee einer jedem Menschen gleichermaßen zukommenden reproduktiven Freiheit zugrunde (Kapitel 2, II.), so bleibt festzustellen, dass die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts nicht ohne Widersprüche aus-

⁵²⁸ Zum Begriff siehe *Schrupp*, Schwangerwerdenkönnen, 2019, 39 f. Zu unterschiedlichen gesellschaftlichen Erwartungshaltungen siehe Kapitel 1.

⁵²⁹ Immerhin erwähnt ein Sondervotum, dass die Folgen des ungewollten Schwangerwerdens Frauen tragen: BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 386 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer.

kommen. Die Entscheidungsanalyse legt vielmehr nahe, dass nicht allen Menschen – argumentativ (Entscheidungsbegründung) und oft nicht im Ergebnis (Entscheidung) – die gleiche reproduktive Freiheit zugestanden wird. Diese Befundlage lässt eine komplexe Verflechtung entlang von mehrdimensionaler Diskriminierung vermuten, die diese Arbeit nur in Ansätzen sichtbar werden lassen konnte und die es durch weitere Forschungsarbeiten, wünschenswerterweise im transdisziplinären Austausch, aufzudecken gilt.

5. Die Crux der Hintergrundannahmen in der Verfassungsinterpretation: Wertüberzeugungen und explizite wie implizite Leitbilder prägen die verfassungsrechtliche Beurteilung reproduktiver Fragen.

Historisch wie aktuell handelt es sich bei zahlreichen der analysierten bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen um Themen, die ethisch besonders umstritten waren und sind, oft begleitet von breiten gesellschaftlichen Debatten. Paradebeispiel sind hierfür die beiden *Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch I und II* (1975, 1993). Genannt werden kann auch die *Entscheidung zum Beischlafverbot zwischen Geschwistern* (2008). Der schrittweisen rechtlichen Anerkennung und Gleichstellung von gleichgeschlechtlichen Lebensformen (mit Schwankungen ab 2009) lag eine lange Zeit der gesellschaftlich weit und auch am Bundesverfassungsgericht verbreiteten Stigmatisierung von homosexuellen Menschen voraus. Die Analyse zeigt, dass das Bundesverfassungsgericht einige seiner Ansichten änderte und eigene Auffassungen revidierte: So hat sich das Gericht etwa von seinen Ausführungen in der *Entscheidung zum Verbot homosexueller Handlungen* (1957) später in der *Entscheidung zur Sukzessivadoption* (2013) distanziert. Mit Blick auf gleichgeschlechtliche Elternschaft hat das Gericht seine verfassungsrechtlichen Ansichten dahingehend geändert, dass es inzwischen auch deren Kinderwünsche im Blick hat und anerkennt. Den Grund des verfassungsrechtlichen Schutzes der Ehe sieht das Gericht inzwischen nicht mehr darin, dass es sich bei der Ehe grundsätzlich um eine Reproduktionsgemeinschaft handle. Auch mit Blick auf die Anerkennung von trans Menschen überprüfte das Gericht eigene Vorannahmen und solche des damaligen Forschungs- und Wissenstands, an dem sich der Gesetzgeber bei Einführung des nach wie vor in Kraft stehenden sog. Transsexuellengesetzes orientierte. In manchen Entscheidungen unterlag das Gericht selbst pronatalistischen, antinatalistischen, ableistischen oder heteronormativen Vorstellungen bzw. übernahm diese vom Gesetzgeber. Die Rechtsprechungsanalyse zum Lebensbereich der Reproduktion ist damit zum einen ein zeitgeschichtliches Zeugnis. Zum anderen ist die Analyse Beleg dafür, dass und wie Hintergrundannahmen und Wertüberzeugungen die verfassungsrechtliche Beurteilung (reproduktiver) Fragen prägen.

Die zahlreichen in den Blick genommenen *Sondervoten* mögen vor dem Hintergrund insofern ins Auge springen, als dass es sich um ein Instrument

handelt, von dem grundsätzlich nur selten und mit großer Zurückhaltung Gebrauch gemacht wird. Die Sondervoten überraschen allerdings nicht wirklich. Vielmehr sind die abweichenden Voten einmal mehr Beleg dafür, dass etwa bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung des Schwangerschaftsabbruchs, der Anerkennung von gleichgeschlechtlichen Lebens- und Familienformen oder des strafrechtlichen Verbots des Beischlafs zwischen Geschwistern am Bundesverfassungsgericht wie auch in der Verfassungsrechtswissenschaft nicht unbedingt Konsens herrscht. Die Sondervoten bringen damit weitere rechtliche Sichtweisen auf das Thema zum Ausdruck. Sie sind folglich Ausdruck des verfassungsrechtlichen Meinungsspektrum auf dem Gebiet der Fortpflanzung. Weiter sind jedenfalls manche Begründungen der abweichenden Meinungen geeignet, rechtliche und rechtspolitische Debatten anzustoßen, und bilden zudem die in der Gesellschaft vorhandene Meinungsvielfalt auch am Gericht ab. Die Sondervoten sollten daher weniger als Spaltung der Senate gelesen, denn als Einladung zum Weiterdenken über die verfassungsrechtlichen Beurteilungen von ethisch wie politisch kontrovers diskutierten Themenfeldern auf dem Gebiet der Fortpflanzung verstanden werden.

Besonders die zahlreichen abweichenden Meinungen zeigen weiter, dass über das *Verhältnis von (Verfassungs-)Recht und Moral* vor allem eins herrscht: Uneinigkeit. Denn die analysierten Sondervoten bringen in der Regel ein von der Senatsmehrheit abweichendes moralisches Vorverständnis bei der Verfassungsinterpretation zum Ausdruck (vgl. jeweils Senatsmehrheit und abweichende Meinungen bei der *Entscheidung zum Geschwisterbeischlafverbot* [2008], zum *Schwangerschaftsabbruch I* [1975] sowie zum *Schwangerschaftsabbruch II* [1993]). In einer freiheitlichen demokratischen und pluralistischen Gesellschaftsordnung, wie sie das Grundgesetz vorgibt, ist es unter anderem Aufgabe der Verfassungsinterpretation, die Bandbreite an unterschiedlichen Wertüberzeugungen in einer Gesellschaft mit Blick auf reproduktive Freiheiten zur Kenntnis zu nehmen, zu respektieren und sie in Ausgleich miteinander zu bringen. Respekt meint in diesem Sinne Anerkennung der Meinungsvielfalt. Diese Anerkennung kann bestenfalls dann gelingen, wenn die Verfassungsinterpretation und das einfache Recht nicht eine spezifische moralische Vorstellung in diesem Lebensbereich festschreiben, sondern einen möglichst wertfreien Korridor eröffnen, in dem Individuen eine von ihnen reflektierte und verantwortete Entscheidung über ihre reproduktiven Belange treffen können.⁵³⁰

⁵³⁰ Vgl. *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (222); *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.) *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (213). Siehe auch *Dreier* in: *Dreier*, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 1 ff., 7 ff., 13 ff., insb. 16, 51, der auf die Gefahr des „Einfallstor[s des Art. 1 GG] für bestimmte Partikularethiken oder politische Anschauungen“ hinweist, „die dann als allgemeinverbindliche Maxime des positiven Verfassungsrechts ausgegeben werden“ (Rn. 51); kritisch auch *Hufen*,

Genau aus diesem Grund begegnen von der Verfassung vermeintlich vorgegebene *Leitbilder* grundrechtlichen Bedenken.⁵³¹ Leitbilder sind nicht nur wirkmächtig und bedeuten einen Konformitätsdruck für jene Menschen, die vermeintlich nicht in das Leitbild passen. Denn Leitbilder operieren stets mit Norm- und Idealvorstellungen; sie geben also eine spezifische Vorstellung eines „richtigen“ Lebens vor, etwa das eines heterosexuellen Paares, das heiratet und Kinder bekommen sollte, weil dies im Interesse des Staates liege. Leitbilder sind aus individualfreiheitsrechtlicher Perspektive stets dann problematisch, wenn sie *individuelle Handlungsräume* empfindlich einengen. Freilich kann Verfassungsinterpretation nicht frei von Hintergrundannahmen geschehen. Denn auch eine „um Formalisierung und Prinzipienfindung noch so bemühte Dogmatik [kommt] nicht ohne den Faktor Mensch mit seinen jeweiligen Perspektiven, Haltungen und Vorannahmen aus“.⁵³² Wenn sich Verfassungsinterpretierende allerdings bereiterklären, die eigenen Hintergrundannahmen zu ergründen, liegt darin eine Möglichkeit, reproduktive Freiheiten anzuerkennen und Ungleichheiten, die eben die gleiche Freiheit tangieren, weiter aufzudecken. Im besten Fall kann es auf diese Weise gelingen, auf dem Gebiet der Reproduktion weit verbreitete stereotype Annahmen zur Sexualität, zu sexuellen und geschlechtlichen Identitäten wie zu Geschlechterrollen einem menschenrechtsbasierten Freiheitsverständnis weichen zu lassen. Selbstverständlich kann, darf und soll auf individueller Ebene jede Person selbst entscheiden, nach welchen Überzeugungen sie reproduktive Entscheidungen treffen möchte.

6. Ehe, Familie und Reproduktion werden zunehmend voneinander entkoppelt betrachtet und geschützt.

Die älteren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zeigen, dass das Gericht den verfassungsrechtlichen Schutz von *Familie und (verschiedengeschlechtlicher) Ehe* „wie selbstverständlich“ zusammendachte (vgl. *Entscheidung zum Unterhaltsvorrang* [1984], *zum Familiennachzug* [1987], *Nichtannahmebeschluss zur Eheschließung von gleichgeschlechtlichen Personen* [1993]). Dementsprechend verstand das Gericht das Ehe- und Familiengrundrecht (Art. 6 Abs. 1 GG) auch verfassungsrechtsdogmatisch als einheitliches Grundrecht. Das Bundesverfassungsgericht sah in seinen älteren Entscheidungen die (verschiedengeschlechtliche) Ehe als die bestgeeignete Form der Familiengründung an (vgl. *Entscheidung zum Unterhaltsvorrang* [1984], *zum Familiennachzug* [1987], wohl auch *Nichtannahmebeschluss zur Eheschließung von gleichgeschlechtlichen Personen* [1993]). Diese Privilegierung

MedR 2001, 440–451 (445); ebenso *Siehr*, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?, VVDStRL 78 (2019), 393–440 (416).

⁵³¹ Siehe zu diesen Leitbildern im Rechtsdiskurs Kap. 4 II. 2. B.

⁵³² *Schweigler*, ARSP 2018, 362–379 (373).

galt sowohl gegenüber verschiedengeschlechtlich nichtehelichen als auch gegenüber gleichgeschlechtlichen Familienformen.

Diese Rechtsprechung wurde jedoch in den letzten Jahren weitestgehend aufgegeben. Zum einen begründet das Bundesverfassungsgericht den Zweck des besonderen verfassungsrechtlichen Schutzes der Ehe inzwischen überwiegend mit der besonderen Verantwortungsbeziehung in Abgrenzung zu rechtlich nicht abgesicherten Partnerschaften (vgl. *Entscheidung zur Kostentragung der assistierten Reproduktion* [2007], *zur Hinterbliebenenversorgung* [2009], *zum Familienzuschlag* [2012], *zur Stiefkindadoption* [2019]). Zum anderen hat das Bundesverfassungsgericht in diesen Entscheidungen mehrfach festgestellt, dass das Familiengrundrecht (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) vom verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG) grundrechtsdogmatisch entkoppelt ist.

Mit Blick auf die Fragen, ob der *verfassungsrechtliche* Schutz der Ehe mit biopolitischen Erwägungen begründet werden kann und ob sich das Kriterium der potentiellen Reproduktionsgemeinschaft als Distinktionsmerkmal der Ehe im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG überzeugend anführen lässt, lässt sich folgende Rechtsprechungsentwicklung festhalten: Noch Anfang der 2000er-Jahre und zuletzt 2010 meinte das Bundesverfassungsgericht, der Unterschied zwischen der Ehe und der Lebenspartnerschaft bestehe darin, dass aus einer Lebenspartnerschaft grundsätzlich keine gemeinsamen Kinder hervorgingen, währenddessen die Ehe „möglicher Ursprung einer eigenen Generationenfolge“ sein könne. Gleichgeschlechtliche Paarbeziehungen wurden damit *per se* als nicht-reproduktive Gemeinschaft verstanden. Eine grundrechtlich verbrieft reproduktive Freiheit von gleichgeschlechtlichen Personen (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG oder Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) schien noch im Jahr 2002 außerhalb des Vorstellbaren. Besonders explizit teilten diese Auffassungen die beiden Sondervoten zum Lebenspartnerschaftsgesetz (2002) und zum Ehegattensplitting (2013). Inzwischen hat das Bundesverfassungsgericht, und zwar sowohl der Erste als auch der Zweite Senat, mehrfach darauf hingewiesen, dass es zum einen kinderlose Ehen gibt, zum anderen nicht alle Ehen auf Kinder ausgerichtet sind und auch gleichgeschlechtliche Personen eine Familie gründen können (seit 2009). Das Bundesverfassungsgericht wies den Gesetzgeber dabei mehrfach darauf hin, dass Kindern sowohl bei gleichgeschlechtlichen Eltern ein Aufwachsen in „behüteten Verhältnissen“ ermöglicht werden kann (*Entscheidung zum Familienzuschlag* [2012], *zur Sukzessivadoption* [2013] und *zum Ehegattensplitting* [2013]) wie auch bei (verschiedengeschlechtlichen) nicht verheirateten Paaren (2019, anders noch 2007). Sowohl der Erste als auch der Zweite Senat haben somit mehrfach die *Vielfalt faktisch vorhandener Lebensrealitäten von Menschen mit und ohne Kinder* anerkannt. Zudem setzt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber in diesem Bereich bei seiner Typisierungsbefugnis zunehmend deutliche Grenzen, und zwar zum einen durch diskriminierungsrechtliche Erwägungen (Art. 3 Abs. 3 GG)

(vgl. *Entscheidung zum Ehegattensplitting* [2013]), zum anderen durch eine umfassende Berücksichtigung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse (*Entscheidung zur Stiefkindadoption* [2019]).

7. *Entscheidungsfreiheiten während der Schwangerschaft werden grundrechtlich verschieden verortet und verhandelt.*

Den Lebensbereich der Schwangerschaft ordnet das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen verschiedenen Grundrechten zu: In der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung (1975) ordnet das Gericht die Lebensphase der *Schwangerschaft* der *Intimsphäre* der Frau als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und sieht davon „die Selbstverantwortung der Frau, sich gegen eine Elternschaft und die daraus folgenden Pflichten zu entscheiden“, umfasst. In der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung (1993) stellt der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts fest, das strafrechtliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs berühre neben dem *Selbstbestimmungsrecht* (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) auch die *Würde der Frau* (Art. 1 Abs. 1 GG) und deren *Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit* (Art. 2 Abs. 2 GG). Wenige Jahre später billigte der Erste Senat in seiner *Entscheidung zur Haftung bei fehlgeschlagener Sterilisation* (1997) die zivilgerichtliche Rechtsprechung, nach der eine – infolge eines fehlerhaften ärztlichen Eingriffs verursachte – *ungewollte Schwangerschaft* als „unbefugter erheblicher Eingriff in die körperliche Unversehrtheit“ (Art. 2 Abs. 2 GG) angesehen wird und einer Frau deshalb für die Beschwerden, die mit Schwangerschaft und Geburt verbunden sind, eine Entschädigung in Form von Schmerzensgeld zusteht. Anfang der 2000er-Jahre begreift das Bundesverfassungsgerichts die Schwangerschaft als eine Lebensphase, die „unweigerlich“ mit einer Umstellung der „Lebensführung und Lebensplanung“ einhergeht, und beschreibt damit einen Lebensbereich, der *typischerweise* vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) erfasst wird, wenngleich es seine Ausführungen im Rahmen von Art. 6 Abs. 4 GG trifft. Geht es um den *Schutz von Schwangeren*, etwa bei der Ausstrahlungswirkung von zivilrechtlichen Verträgen, zieht das Gericht den *Schutzanspruch von Müttern* (Art. 6 Abs. 4 GG) heran.

In ständiger Rechtsprechung interpretiert das Bundesverfassungsgericht das Wort „Mutter“ im Rahmen des Art. 6 Abs. 4 GG dahingehend, dass hiervon auch der *Schutz Schwangerer* umfasst ist. Dies geschieht allerdings ohne eine etwaige Begriffsauseinandersetzung mit dem Terminus „Mutter“. Recht ähnlich fällt auf, dass das Bundesverfassungsgericht für *schwangere Frauen* auch in seinen beiden Entscheidungen zum *Schwangerschaftsabbruch I* (1975) und zum *Schwangerschaftsabbruch II* (1993) dann den Begriff „Mutter“ wählt, wenn es die Schutzpflichten gegenüber dem Embryo erörtert. Geht es um die Grundrechte der Frau, verwendet das Gericht dagegen den Terminus „Frau“ bzw. „schwangere Frau“. Mit der fehlenden begrifflichen Auseinandersetzung

korrespondiert eine Unschärfe: Denn jedenfalls im einfachen Recht ist Mutter die Frau, die das Kind *geboren* hat (§ 1591), eine schwangere Frau fällt gerade (noch) nicht unter den Wortlaut „Mutter“, sondern erst eine Frau, die ein Kind zur Welt gebracht hat. Die schwangere Frau ist folglich erst im Begriff, Mutter zu *werden*. Es gibt auch zahlreiche Fälle, in denen eine schwangere Frau keine Mutter im einfachrechtlichen Sinne wird, etwa bei einer Fehlgeburt in einem frühen Schwangerschaftsstadium oder infolge eines Schwangerschaftsabbruchs. Umgekehrt gibt es Mütter, die nie schwanger waren, etwa jede Adoptivmutter. Eine genaue sprachliche Differenzierung in diesem Bereich ist notwendig, um ein implizites Leitbild, das (schwangere) Frauen mit Müttern gleichsetzt, zu vermeiden.

Die beiden Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch (1975, 1993) offenbarten eine *vornehmlich embryozentrierte Perspektive* des Gerichts auf die strafrechtlichen Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs. Folge der embryozentrierten Perspektive des Bundesverfassungsgerichts ist, dass die *Grundrechte der entscheidenden Frau argumentativ und im Ergebnis nur marginal* berücksichtigt werden. Grundrechtsdogmatisch lässt sich beobachten, dass das Freiheitsrecht der Frau, eine Schwangerschaft zu beenden, in der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung sprachlich fälschlicherweise zu einem bloßen Leistungsrecht („Anspruch auf freie Lebensgestaltung“) degradiert wurde, während die Schutzpflicht des Staates gegenüber dem Embryo von der Prüfungsreihenfolge und argumentativ ähnlich einem Freiheitsgrundrecht geprüft wurde, und damit aufgewertet wurde. Dass eine ungewollte Schwangerschaft eine persönliche Notlage bedeuten kann, deutete das Gericht in der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung immerhin an, wenn es feststellt, dass Frauen „existenziell betroffen“ sein können und sie sich nicht „leichten Herzens“ für einen Abbruch entscheiden. Aufgrund der ausschließlich embryofokussierten Perspektive trägt das Gericht in den Schwangerschaftsabbruch-Entscheidungen allerdings den physischen, psychischen und sozialen Aspekten einer ungewollten Schwangerschaft aus der Perspektive der betroffenen Person doch wenig Rechnung. Die drei ergangenen *Sondervoten* zeigen, dass bei dem ethisch wie politisch kontrovers diskutierten Thema des Schwangerschaftsabbruchs auch am Bundesverfassungsgericht keine Einigkeit bei der verfassungsrechtlichen Betrachtung des Schwangerschaftsabbruchs herrscht. Die Sondervoten der Richterin *Rupp-von Brünneck* und des Richters *Simon* sowie der Richter *Sommer* und *Mahrenholz* unterscheiden sich vor allem in ihrer Herangehensweise der verfassungsrechtlichen Beurteilung: Sie nehmen jeweils einen *freiheitsrechtlichen* Ausgangspunkt und tragen daher den Grundrechtspositionen der Frau argumentativ und im Ergebnis mehr Rechnung. Dabei nehmen sie auch den sozialen Kontext der schwangeren Frau sowie strukturelle Bedingungen, unter denen Frauen sich für oder gegen Kinder entscheiden, in den Blick.

Die Rechtsprechungsanalyse zeigte daneben, dass das Bundesverfassungsgericht *Schwangerschaft* und deren *weitreichenden Auswirkungen auf die Lebensplanung und -führung von Schwangeren* in seinen Entscheidungen verschieden bewertet: Noch Mitte der 1970er-Jahre betrachtete das Bundesverfassungsgericht eine „normale“ ungewollte Schwangerschaft, „ohne schwere innere Konflikte“ – als „Normalsituation“, „mit der jeder fertig werden“ müsse. Ohnehin würden Schwangerschaft, Geburt und Kindeserziehung die Frauen nur „in manchen persönlichen Entfaltungsmöglichkeiten“ beeinträchtigen. In der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung fand damit noch nicht einmal eine Differenzierung zwischen *gewollten* und *ungewollten* Schwangerschaften statt: Aus der Perspektive einer schwangeren Person handelt es sich dabei um fundamental verschiedene Sachlagen (vgl. Kapitel 1, II.). Zwanzig Jahre später trug das Bundesverfassungsgericht in der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung den weiteren Lebensauswirkungen einer ungewollten Schwangerschaft jedenfalls vordergründig teilweise Rechnung, wenn es darauf verweist, dass eine ungewollte Schwangerschaft, die zu einem Kind führt, „einzelne unübersehbare und lange andauernde Handlungs- und Sorgepflichten, gegebenenfalls auch zusätzliche Lebensrisiken“ mit sich bringt. Allerdings geschieht diese Anerkennung nur rudimentär. Besonders bei der Erörterung des nach Auffassung der Senatsmehrheit von der Verfassung vorgegebenen Verbots der Kostenübernahme durch die Krankenversicherung offenbart sich, dass das Bundesverfassungsgericht, jedenfalls die damalige Senatsmehrheit, ungewollt schwangere Frauen implizit verantwortlich dafür machte, ungewollt schwanger geworden zu sein („dem persönlichen Bereich der Schwangeren zuzurechnenden Faktoren“) und daneben *verantwortlich* dafür macht, einen Abbruch vornehmen zu lassen („erst dadurch Gesundheitsgefährdung“). Dadurch fehlen Ausführungen zu wichtigen strukturellen Bedingungen, die ungeplante oder ungewollte Schwangerschaften bereits gar nicht entstehen lassen, etwa eine unvoreingenommene, wissenschaftlich fundierte und positiv aufgeschlossene Sexualaufklärung und die Verpflichtung zur flächendeckenden Einführung von sicheren und erschwinglichen Verhütungsmitteln. Wenngleich das Bundesverfassungsgericht weitreichende und umfassende Vorgaben an den Gesetzgeber aufstellt, so geschieht dies bedauerlicherweise ausschließlich embryozentriert. Strukturelle Bedingungen, die eine ergebnisoffene reproduktive Entscheidungsfreiheit aller Individuen ermöglichen, werden durch diese Perspektive nicht in den Blick genommen.

8. Die Geburt als Ereignis im Leben der gebärenden Frau war bisher nicht Gegenstand bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen.

Die Geburt stellt für viele Frauen eine vulnerable Situation dar, die oft mit größter physischer und psychischer Anstrengung und Schmerzen verbunden ist. Menschenrechtliche Gewährleistungen machen zunehmend auf ein Recht auf eine selbstbestimmte, d. h. sichere und gewaltfreie Geburt aufmerksam.

Mit diesen Fragen wurde das Bundesverfassungsgericht bisher offenbar noch nicht betraut. Es ließ sich jedenfalls keine verfassungsrechtliche Stellungnahme des Gerichts, etwa zum strukturellen Versorgungsmangel in der Geburtshilfe, zu etwaigen Haftungsfragen bei ärztlicher Pflichtverletzung oder physischen wie psychischen Übergriffen durch medizinisches Personal vor oder während der Geburt, ausfindig machen. Einzig in seiner *Entscheidung zur Haftung nach fehlgeschlagener Sterilisation* (1997) wies das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass eine Frau dafür entschädigt werden muss, wenn eine fehlerhafte ärztliche Behandlung zu einer Schwangerschaft führt und Frauen deshalb die „Beschwerden“ einer Geburt auf sich nehmen müssen.

9. Menschenrechtliche Garantien zur Gewährleistung reproduktiver Gesundheit und Rechte haben bisher noch keinen Eingang in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gefunden.

Der menschenrechtsbasierte Ansatz der reproduktiven Gesundheit und Rechte (Kapitel 2, I. 2., Kapitel 5), der auf zahlreiche Facetten reproduktiver Freiheiten hinweist, hat bisher noch keinen Eingang in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gefunden. Wenngleich die überwiegende Anzahl der völkerrechtlichen Übereinkommen bereits in den 1970er-Jahre (Zivilpakt, IPbpR; Sozialpakt, IPwskR) bzw. Mitte der 1980er-Jahre (CEDAW) ratifiziert wurden und in Deutschland seit Jahrzehnten geltendes Recht darstellen, liegt ein Grund für die fehlende Berücksichtigung auch darin, dass die Äußerungen der UN-Fachausschüsse, welche die Menschenrechtsinstrumente konkretisieren, jüngeren Datums sind und damit in der älteren Rechtsprechung noch nicht berücksichtigt werden konnten. Vor dem Hintergrund, dass die internationalen Bezüge reproduktiver Gesundheit und Rechte noch keinen Eingang in die Rechtsprechung gefunden haben, erstaunt es aber, dass das Bundesverfassungsgericht gerade in der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung im Rahmen seiner Verfassungsinterpretation auf internationale Verpflichtungen verweist (vgl. Art. 3 und 7 IPwskR), und daraus ableitete, dass der Gesetzgeber nicht nur verfassungsrechtlich, sondern auch völkerrechtlich dazu verpflichtet ist, dass „Familientätigkeit und Erwerbstätigkeit aufeinander abgestimmt werden können und die Wahrnehmung der familiären Erziehungsaufgabe nicht zu beruflichen Nachteilen führt“. Auf etwaige Menschenrechte der schwangeren Frauen, die durch ein strafrechtliches Verbot des Schwangerschaftsabbruchs betroffen sind, geht das Gericht jedoch nicht ein. Nimmt man die (wenngleich nicht verbindlichen) Äußerungen der UN-Fachausschüsse ernst (dazu Kapitel 5), besteht dringender Bedarf, menschenrechtliche Garantien bei der Auslegung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten zu berücksichtigen (dazu Kapitel 6).

10. Ein Blick in die Zukunft: Eine menschenrechtsbasierte Konturierung reproduktiver Freiheiten öffnet und schärft den Blick für grund- und menschenrechtliche reproduktive Freiheiten.

Die Rekonstruktion der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gibt wichtige Aufschlüsse darüber, wie über reproduktive Freiheiten gedacht wurde und wird. Es kristallisiert sich heraus, dass reproduktive Freiheiten in der Verfassungsrechtsprechung noch weitestgehend untertheoretisiert sind, zum Teil nicht erkannt oder gar verkannt, jedenfalls oft noch nicht umfassend verhandelt und anerkannt werden. Gerade der implizite Umgang mit reproduktiven Fragen gibt Rückschlüsse darauf, dass es an einer umfassenden Konzeption reproduktiver Freiheiten bisher fehlt. Der Blick für die Bedeutung der Freiheit, in reproduktiven Belangen selbstbestimmt zu entscheiden, muss deshalb erst noch weiter geöffnet oder jedenfalls geschärft werden. In Kapitel 6 der Arbeit wird deshalb ein lebensweltlich orientierter menschenrechtsbasierter Vorschlag unterbreitet, wie sich die festgestellte analytische Unschärfe überwinden lässt und zugleich reproduktive Ungleichheiten im Recht besser aufdecken lassen. So viel an dieser Stelle: Gibt es eine Verortung und angemessene grundrechtliche Konzeption reproduktiver Belange, ist der Staat stets und ausdrücklich verpflichtet, reproduktive Freiheiten zu achten, und muss sich rechtfertigen, wenn er in diese Freiheiten eingreift oder Menschen mit Blick auf ihre reproduktiven Freiheiten ungleich behandelt. Zuvor erfolgt im kommenden Kapitel 4 eine Bestandsaufnahme der Verfassungsrechtsliteratur.

Kapitel 4

Reproduktive Freiheiten in der Verfassungsrechtsliteratur

I. Einleitung

Die umfassende Rekonstruktion der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf dem Gebiet der Fortpflanzung zeigte, dass das Bundesverfassungsgericht ungeachtet vieler beiläufiger Bemerkungen bisher noch nicht systematisch und umfassend zu Art und Umfang grundrechtlich geschützter reproduktiver Freiheiten Stellung genommen hat. Während das Bundesverfassungsgericht nur auf Antrag tätig wird und sich deshalb nur punktuell zu reproduktiven Fragen äußert, ist es Aufgabe der Verfassungsrechtswissenschaft, grundrechtliche Freiheiten zu konzeptualisieren. Wie dieses Kapitel zeigen wird, besteht über die grundrechtliche Verankerung der einzelnen Bestandteile dieser Arbeit zugrundeliegenden Begriffs der reproduktiven Freiheiten (Kapitel 2, II.) auch in der Literatur bisher noch wenig Einigkeit. Dass *einzelne* individuelle reproduktive Belange des Individuums verfassungsrechtlich geschützt sind, ist unbestritten. Manche Aspekte der menschlichen Reproduktion werden als „Recht auf Fortpflanzung(sfreiheit)“¹, als „Freiheit zur Familiengründung“², als „Freiheit zur Verwirklichung des Kindeswunsches“³ im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 GG oder zunehmend als „Recht auf reproduktive Selbstbestimmung“⁴

¹ *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (222); *Müller-Terpitz* in: Spickhoff, *Medizinrecht*, 3. Auflage 2018, Art. 6 GG Rn. 1 f.; *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, *GG*, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 228.

² Bereits *Hufen*, *MedR* 2001, 440–451 (442); *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, *GG I*, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 115; *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG I*, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 92.

³ *Hufen*, *MedR* 2001, 440–451 (442).

⁴ *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, *GG*, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 228 f.; *Heun* in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), *Umwege zum eigenen Kind*, 2008, 49–61 (51); *Gassner/Kersten/Krüger et al.*, *Fortpflanzungsmedizingesetz*, 2013, 31 f.; *Dethloff* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 229–238 (229 ff.); *Kersten*, *NVwZ* 2018, 1248–1254 (1249); *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (190); *Siehr*, *Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?*, *VVDStRL* 78 (2019), 393–440 (369); *Sydow*, *Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Reproduktionsmedizin?*, *VVDStRL* 78 (2019), 361–392 (369); *Hillgruber*, *JZ* 2020, 12–20 (13 f.); monographisch grundlegend *Hieb*, *Die gespaltene Mutterschaft im*

als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) diskutiert. Allerdings wird um den Inhalt und Umfang dieser Freiheiten gerade gerungen. Das folgende Kapitel stellt deshalb zum einen dar, welche Inhalte unter diesen Begriffen diskutiert werden. Zum anderen wird in dieser Bestandsaufnahme danach gefragt, ob und welche anderen Teilbereiche des Begriffs der reproduktiven Freiheiten im Rahmen welcher weiteren Grundrechte in der Verfassungsrechtsliteratur, insbesondere in der Kommentarliteratur, Berücksichtigung finden oder gerade außen vor bleiben. Die folgende Darstellung orientiert sich deshalb an den diskutierten Gewährleistungsgehalten der einzelnen Grundrechte, und zwar beginnend mit den spezielleren Freiheitsrechten (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1, Art. 6 Abs. 1 Alt. 2, Art. 6 Abs. 2, Art. 6 Abs. 4, Art. 2 Abs. 2 GG) über das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), hin zur allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG). Dabei ist erneut Ziel, wie bereits bei der Rechtsprechungsanalyse, auch Hintergrundannahmen in der Verfassungsrechtsliteratur aufzudecken. Zudem wird untersucht, ob europäische und internationale Bezüge, besonders das im internationalen Recht etablierte Konzept reproduktiver Gesundheit und Rechte, Eingang in die Verfassungsrechtswissenschaft gefunden haben.

II. Reproduktion als Bestandteil des verfassungsrechtlichen Schutzes der Ehe (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG)

Art. 6 Abs. 1 GG stellt „Ehe und Familie“ unter verfassungsrechtlichen Schutz. Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG enthält zum einen ein individuelles Abwehrrecht, zum anderen eine Institutsgarantie sowie weiter eine wertentscheidende Grundsatznorm.⁵ Jedoch fällt bei einer genauen Lektüre der Verfassungsrechtsliteratur gerade auf, dass die Dimensionen des Art. 6 Abs. 1 GG nicht trennscharf voneinander abgegrenzt werden (können) und sie sich deshalb inhaltlich überlagern.⁶

Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, 2005, 15 ff., 33 ff.; weiter etwa *Jofer*, Regulierung der Reproduktionsmedizin, 2014, 161 ff.; *Dorneck*, Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda, 2018, 69 f.; *Klein*, Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls, 68 ff.; vgl. auch *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina*, Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2019, 33–36; siehe auch begrifflich zwar anders, aber inhaltlich umfassend *Koppernock*, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997, 85 ff., 95 ff.

⁵ *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Auflage 2020, Art. 6 Rn. 1; *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 4, 50; *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 8.

⁶ Statt vieler zustimmend *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 50.

Anders als die Weimarer Reichsverfassung enthält das Grundgesetz keine explizite staatliche Pflicht zur „Erhaltung und Vermehrung der Nation“ (Art. 119 WRV).⁷ Der Umstand, dass Art. 6 Abs. 1 GG – insofern anders als der Wortlaut der Vorgängernorm – zu den *Motiven* des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie schweigt, ist bis heute Anlass zu Kontroversen um die Entstehungsgeschichte der Grundgesetznorm, in deren Zentrum die Frage steht, in welchem Verhältnis der verfassungsrechtliche Schutz der „Ehe“ zum Schutz der „Familie“ steht.⁸ Belegt ist, dass unterschiedliche Vorschläge diskutiert wurden und sich die sprachliche Fassung, die vorsah die Ehe „und die aus ihr wachsende Familie“ zu schützen, gerade nicht durchsetzen konnte.⁹ Als Grund führte etwa der Abgeordnete Heuß (FDP) an, dass die kinderlose Ehe nicht als eine „Ehe minderen Rechtes“ angesehen werden sollte.¹⁰

Entgegen der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird in Teilen der Verfassungsrechtsliteratur, insbesondere in der Kommentarliteratur, weiterhin vertreten, dass die grundrechtlichen Gewährleistungen des Familiengrundrechts gerade *nicht* vom verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe entkoppelt seien. Ein zahlenmäßig kleiner (werdender),

⁷ Art. 119 Abs. 1 WRV: „Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung.“

⁸ Zum Meinungsstand siehe *Seiler* in: Bonner Kommentar, GG, 168. EL Juli 2014, Art. 6 Abs. 1 Rn. 33 ff., 43 ff., 46, 48 f., 51, insb. Rn. 49 Fn. 76 mit der *Feststellung*, dass inhaltliche Stellungnahmen zum Schutz von Ehe und Familie im Parlamentarischen Rat gerade *fehlen* (Rn. 48), jedoch mit der *Schlussfolgerung*, dass nach einem „unausgesprochen vorherrschenden Vorverständnis“, sich Ehe und Familie aufeinander beziehen (Rn. 49 ff.), siehe aber zugleich den Hinweis, dass die eheliche Familie gerade nur bedingt der „zeitgenössischen gesellschaftlichen Wirklichkeit“ entsprach, da es bereits damals kriegsbedingt eine große Anzahl an nicht ehelichen Lebensgemeinschaften und allereinziehenden Müttern mit Kindern gab (Rn. 51); siehe für eine andere Schlussfolgerung *Badura* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Januar 2019, Werkstand: 95. EL Juli 2021, Art. 6 Rn. 40 ff., insb. Rn. 42: „Die Entstehungsgeschichte und vor allem die Motive und Reflexionen der an Beratung und Abstimmung beteiligten Personen sind für die Verfassungsauslegung ohne selbständiges Gewicht. Es kann aber nicht außer acht bleiben, dass zwischen Art. 6 Abs. 1 und den vorangegangenen, im Wortlaut reichhaltigeren Fassungen objektiv ein sachlicher Unterschied besteht, zumindest in der Hinsicht, dass eine ausdrückliche Beschränkung der Familie auf die Grundlage in der Ehe unterblieben ist.“; wiederum anders und überzeugender *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 6, 9 ff., insb. Rn. 11, 19, 43 m. w. N., die gerade aus den unterschiedlichen Wortlauten der Vorgängernorm und Art. 6 Abs. 1 GG sowie den überwiegend fehlenden Motiven des Schutzzweckes und dem Hinweis auf die Debatte im Parlamentarischen Rat (Rn. 11 Fn. 46 mit Verweis auf den Vorschlag des Abg. Heuss, Parl. Rat V, S. 826) – eine grundrechtsdogmatische Entkopplung von Ehe und Familie begründet; ähnlich auch *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 1.

⁹ v. *Doemming/Füsslein/Matz*, JöR n. F. Bd. 1 (1951), 94 f.

¹⁰ v. *Doemming/Füsslein/Matz*, JöR n. F. Bd. 1 (1951), 95; ebenso *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 11.

aber namhafter Anteil der Verfassungsrechtsliteratur verortet den Bereich der Reproduktion deshalb im verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe (und Familie) (Art. 6 Abs. 1 GG), und zwar im Rahmen unterschiedlicher Dimensionen dieser Verfassungsnorm. Anknüpfungspunkt für Erörterungen von Reproduktion im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 GG sind zum einen die *abwehrrechtliche* Ehegestaltungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG)¹¹, zum anderen ein – als Teil der *institutionellen* Dimension des Art. 6 Abs. 1 GG – angenommenes verfassungsrechtliches *Leitbild*, wonach die *verschiedengeschlechtliche Ehe* weiterhin als *potentielle* und *bestgeeignete Lebensbasis für Kinder* angesehen wird¹², sowie eine – nicht stets ersichtlich in welcher Dimension verortete – *bevölkerungspolitische Betrachtungsweise* auf den Lebensbereich der Reproduktion¹³.

Nachfolgend wird zwischen den genannten Dimensionen des Art. 6 Abs. 1 GG unterschieden, wenngleich sie sich in der Regel inhaltlich überschneiden. Weder das angenommene Leitbild noch der nachfolgend als bevölkerungspolitische Betrachtungsweise bezeichnete Ansatz stellen *individualrechtliche* reproduktive Freiheiten dar, jedoch bringen beide erhebliche Konsequenzen für individuelle reproduktive Freiheiten mit sich, weshalb jeweils in Exkursen auf die Implikationen dieser Betrachtungsweisen einzugehen ist. Wenn in der nachfolgenden Würdigung vom *ehebasierten Ansatz* gesprochen wird, so ist dieser Begriff als Reaktion auf die in der Literatur vorzufindende fehlende Trennschärfe dieser Dimensionen zu verstehen.

¹¹ *Badura* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Januar 2019, Art. 6 Rn. 27a; *Stern*, Staatsrecht IV/1, 2006, 409; *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 26, Rn. 27a; v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 30.

¹² *Badura* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Januar 2019, Art. 6 Rn. 71; v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 6, 15, 18; *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 14a, 16; *Ipsen* in: Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Auflage 2009, § 154 Rn. 15, 17, 21; *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 17.

¹³ *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 4; v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 6, 50; *Ipsen* in: Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Auflage 2009, § 154 Rn. 15, 17, 21; *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 13, 46; *Hofmann* in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG; 15. Auflage 2022, 22, 25–28. Siehe auch zahlreiche Beiträge Anfang der 2000er-Jahre im Zuge der „Demographie“-Debatte und der politisch schrittweisen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften (LPartG, 16.2.2001, BGBl. I S. 266): *Di Fabio*, NJW 2003, 993–998 (994, 997 f.), *passim*; *Braun*, ZRP 2001, 14–18 (14, 16); *Burgi*, Der Staat 39 (2000), 487–508 (499 f.); *Pauly*, NJW 1997, 1955–1957 (1955); *Kirchhof*, AöR 129 (2004), 542–583 (544 f.); ebenso *Brosius-Gersdorf*, Demografischer Wandel und Familienförderung, 2011, 181 ff., insb. 187 ff., 191; *dies.* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 43, 88, 114, 129, aber für eine Verortung im Familiengrundrecht (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG).

1. Gewährleistungsgehalt

a) Ehegestaltungsfreiheit

Wer Reproduktion im Eheschutz verhandelt, kann als Anknüpfungspunkt zunächst die *abwehrrechtliche* Dimension der Ehegestaltungsfreiheit wählen. *Badura* bezeichnet diese Freiheit als „Entschluss der Ehegatten, Kinder zu haben“.¹⁴ *Uhle* verweist auf eine eheliche „Bestimmungsgewalt über die Nachkommenschaft“ als Teil des „ehelichen Intimbereichs“, wovon er die freie Entscheidung über die Realisierung des Kindeswunsches und über die Anzahl der Kinder umfasst sieht, die „bislang wegen vielfältiger Anreize zum Kindesverzicht“ nur formal realisiert sei.¹⁵ Nach *Uhle* und *von Coelln* findet die ehebaute Entscheidungsfreiheit ihre Grenze im Embryonenschutzgesetz.¹⁶ Der Zugang oder die Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren bleiben damit verfassungsrechtlich unbeleuchtet.

Stern verweist ebenfalls auf einen „ehelichen Intimbereich“, der die Entscheidung umfasst, „ob, wann und wie viele Kinder die Ehegatten haben wollen“.¹⁷ Entscheidungen über Empfängnisverhütung, „Verpflichtungen zur Kinderlosigkeit“, Sterilisation, Kastration und andere Einschränkungen der Fortpflanzungsfähigkeit unterliegen nach seiner Auffassung „ausschließlich partnerschaftlicher Gestaltungsfreiheit“ und berühren deshalb – neben Art. 2 Abs. 1 GG – auch Art. 6 Abs. 1 GG.¹⁸ Aus diesem Grund bedürften homologe oder heterologe Inseminationen (Ei- oder Samenzellen) sowie Leihmutterchaft des Einverständnisses beider Ehegatten.¹⁹ Wenngleich *Stern* damit diese reproduktiven Entscheidungen im Kollektiv Ehe denkt, sieht er – insofern wohl weiter als *Uhle* und *von Coelln* – auch reproduktionsmedizinische Verfahren vom Schutzbereich erfasst und erblickt insbesondere bei der Leihmutterchaft keinen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG.²⁰ Die „partnerschaftliche Spende von Ei- und Samenzellen“, gemeint homologe Inseminationen, lässt er verheirateten und nicht verheirateten Paaren zukommen.²¹ Damit verortet *Stern* Reproduktion implizit jedenfalls *auch* im Familiengrundrecht.²² Zudem weist er da-

¹⁴ *Badura* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Januar 2019, Art. 6 Rn. 27a.

¹⁵ *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 26; wortgleich v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 30 Fn. 221.

¹⁶ *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 26; v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 30.

¹⁷ *Stern*, Staatsrecht IV/1, 2006, 409.

¹⁸ *Stern*, Staatsrecht IV/1, 2006, 409.

¹⁹ *Stern*, Staatsrecht IV/1, 2006, 410.

²⁰ *Stern*, Staatsrecht IV/1, 2006, 410 Fn. 320.

²¹ *Stern*, Staatsrecht IV/1, 2006, 410.

²² Vgl. zum grundrechtsdogmatischen Verständnis, wonach Ehe und Familie(n) eigenständig geschützt sind: *Stern*, Staatsrecht IV/1, 2006, 400–403.

rauf hin, dass der „Wunsch nach Kindern“ nicht über Art. 6 Abs. 1 GG erzwungen werden könne, weil dem Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG entgegenstehe.²³

b) Exkurs: Leitbild der verschiedengeschlechtlichen Ehe als Basis der Familiengründung

Reproduktion wird daneben bis heute vereinzelt im Rahmen der *institutionellen* Dimension des Art. 6 Abs. 1 GG erörtert, und zwar als – zum Teil so *explizit* bezeichnetes – verfassungsrechtliches *Leitbild*, wonach die *verschiedengeschlechtliche Ehe* weiterhin als besonders geeignete Lebensbasis für Kinder und damit als *beste Voraussetzung der Familiengründung* angesehen wird.²⁴ Damit nehmen die Autoren auf das nahezu deckungsgleich argumentierende Sondervotum des Richters *Landau* und der Richterin *Kessal-Wulf* in der *Entscheidung zum Ehegattensplitting* (2013) Bezug.²⁵ *Badura* erblickt in der Ehe zwischen Mann und Frau bis heute gar die „*alleinige* Grundlage einer *vollständigen* Familiengemeinschaft“, weshalb die verschiedengeschlechtliche Ehe „Voraussetzung für die bestmögliche körperliche, geistig und seelische Entwicklung von Kindern“ sei.²⁶ *Uhle* verweist auf ein weiterhin gegenwärtig herrschendes „Leitbild der ehebasierten Familie“²⁷, wonach die Ehe „in aller Regel die mit Abstand beste Basis einer Familie“ darstelle, auch wenn sie „aufgrund des zwischenzeitlich erfolgten sozialen Wandels nicht (mehr) eine begriffsnotwendige Grundlage der Familie“ sei.²⁸ *Von Coelln* verweist ebenso auf ein „familiales Grundmuster“, nach dem die „aus der Ehe hervorgegangene ‚Kleinfamilie‘ aus verheirateten Eltern mit ihren minderjährigen Kindern“ die beste Voraussetzung dafür sei, „dass die Familie die ihr zugeordneten Funktionen erfüllt“.²⁹ Ähnlich geht *Robbers* von einem Leitbild aus, wonach die Ehe weiterhin die Grundlage der Familie bilde und die Familie grundsätzlich aus der Ehe erwachse, und ist dabei der Auffassung, dass das Grundgesetz mit Ehe

²³ *Stern*, Staatsrecht IV/1, 2006, 410.

²⁴ *Badura* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Januar 2019, Art. 6 Rn. 71; v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 15; *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 14a, 16; *Ipsen* in: Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Auflage 2009, § 154 Rn. 14, 17, 21; *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 17; *Hofmann* in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG; 15. Auflage 2022, 28; a. A. *Seiler* in: Bonner Kommentar, GG, 168. EL Juli 2014, Art. 6 Abs. 1 Rn. 78, 88 f.

²⁵ BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 2013 – 2 BvR 909/06 –, juris Rn. 118, 139 – abw. Meinung Landau und Kessal-Wulf.

²⁶ *Badura* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Januar 2019, Art. 6 Rn. 71. (Hervorhebung durch mich).

²⁷ *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 14a.

²⁸ *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 16; ebenso *Ipsen* in: Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Auflage 2009, § 154 Rn. 21.

²⁹ v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 15.

und Familie das „Leben positiv empfundener Normalität“ schütze und fördere.³⁰ Zugleich spricht *Robbers* „nicht nur leitbildkonformen Familien“, so seine Wortwahl, den verfassungsrechtlichen Familienschutz zu,³¹ und ordnet – abweichend von den anderen Vertretern des ehebasierten Ansatzes – die *individualrechtliche* reproduktive Freiheit dem Familiengrundrecht (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) zu.³²

c) Exkurs: Bevölkerungsreproduktion als gesellschaftliche Aufgabe und Abgrenzungskriterium

Ein Teil der Verfassungsrechtsliteratur erörtert Reproduktion bis heute im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 GG aus einer *bevölkerungspolitischen* Betrachtungsweise heraus.³³ Die oft nicht ausdrücklich offengelegte Hintergrundannahme dieses Standpunkts ist eine von der Verfassung als vorgegeben angesehene bevölkerungspolitische Zielsetzung der Bevölkerungsvermehrung. Bezugspunkt staatlicher Regulierung der Fortpflanzung ist damit ein verschieden bezeichnetes Kollektiv, die „politische Gemeinschaft“³⁴, der „Staat“³⁵, oder „Gesellschaft, Volk und staatlich verfasste Gemeinschaft“³⁶. Diese Argumentation äh-

³⁰ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 17.

³¹ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 90.

³² *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 92.

³³ v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 6, 50; *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 13, 46; *Ipsen* in: Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Auflage 2009, § 154 Rn. 15, 17, 21; *Hofmann* in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 15. Auflage 2022, Art. 6 Rn. 22, 25–28; siehe auch zahlreiche Beiträge Anfang der 2000er-Jahre im Zuge der „Demographie“-Debatte und der politisch schrittweisen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften (LPartG, 16.2.2001, BGBl. I S. 266): *Di Fabio*, NJW 2003, 993–998 (994, 997 f.), *passim*; *Braun*, ZRP 2001, 14–18 (14, 16); *Burgi*, Der Staat 39 (2000), 487–508 (499 f.); *Pauly*, NJW 1997, 1955–1957 (1955); *Kirchhof*, AöR 129 (2004), 542–583 (544 f.); ebenso *Brosius-Gersdorf*, Demografischer Wandel und Familienförderung, 2011, 181 ff., insb. 187 ff., 191; *dies.* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 43, 88, 114, 129, jedoch als Verortung im *Familiengrundrecht* (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) und mit explizitem Hinweis auf eine staatliche Pflicht zur Gleichbehandlung aller Familienformen („intrainstitutionelles Diskriminierungsverbot“), Rn. 134 f.; Bevölkerungsreproduktion als Staatsaufgabe dezidiert ablehnend bereits *Baer*, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), 290–354 (321, 353); *dies.* in: Cottier/Estermann/Wrase (Hrsg.), Wie wirkt Recht?, 2010, 181–202 (185); *Sacksofsky* in: Lembke (Hrsg.), Regulierungen des Intimen, 2017, 97–116 (100 ff.); *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 230; *Seiler* in: Bonner Kommentar, GG, 168. EL Juli 2014, Art. 6 Abs. 1 Rn. 136; kritisch auch *Wersig* in: Foljanty/Lembke (Hrsg.) Feministische Rechtswissenschaft, 2. Auflage 2012, 186–201 (201).

³⁴ *Di Fabio*, NJW 2003, 993–998 (997).

³⁵ *Kirchhof*, AöR 124 (2004).

³⁶ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 13.

nelt damit der Auffassung der Richterin *Haas* in ihrem Sondervotum zur *Entscheidung zum Lebenspartnerschaftsgesetz* (2002).³⁷ Verfassungsrechtsdogmatisch bleibt der Anknüpfungspunkt der angenommenen bevölkerungspolitischen Zielsetzung überwiegend unbeantwortet und deshalb unklar – im Raum steht die Institutsgarantie bzw. die verbindliche Wertentscheidung.³⁸

Explizit wird die Hintergrundannahme einer Bevölkerungsvermehrung als Staatsaufgabe bei *Ipsen* und *Robbers*, wenn diese der Auffassung sind, dass „wesentlicher grundsätzlicher Sinn“³⁹ des Art. 6 Abs. 1 GG es sei, die „Fortexistenz“⁴⁰ bzw. „das Weiterleben der Gesellschaft zu sichern“.⁴¹ *Hofmann* geht noch weiter und behauptet, die „Privilegierung von Ehe und Familie“ beruhe „auf bevölkerungspolitischen Erwägungen, in denen zugleich soziale und politische Erwartungen zum Ausdruck kommen“.⁴² Besonders eindrücklich teilt auch *Di Fabio* diesen Standpunkt.⁴³ Nach seiner Auffassung optiere die Verfassung nicht für eine „im Müßiggang aussterbende, sondern für die gedeihende, die Zukunft aktiv gestaltende, für die vitale Gemeinschaft“.⁴⁴ *Di Fabio* ist der Auffassung, das Grundgesetz könne im Hinblick auf den „Fortbestand der politischen Gemeinschaft“ „schwerlich wertneutral interpretiert werden“.⁴⁵ Aus diesem Grund, so führt er weiter aus, sei die individuelle Entscheidung für oder gegen Kinder als Ausdruck von Freiheit zu respektieren, „aber diejenige für Kinder doch spürbar zu erleichtern“.⁴⁶ Mit bevölkerungspolitischen Argumenten wertet *Di Fabio* damit die Entscheidung *gegen* Kinder als hedonistisch ab („im Müßiggang aussterbend“). Explizit verweist auch *Stern* auf Kinderlosigkeit „aus hedonistischen Gründen“, wengleich darauf verwiesen wird, dass diese Personen gleichwohl in den Genuss des verfassungsrechtlichen Eheschutzes kommen.⁴⁷ Aufgrund der bevölkerungspolitischen Betrachtungsweise auf den Lebensbereich der Fortpflanzung kreierte bzw. perpetuierte diese Position *Stereotype* von „kinderlosen Hedonisten“. Individuen wird in diesem Zuge

³⁷ BVerfG, Urteil vom 17. Juli 2002 – 1 BvF 1/01 –, juris Rn. 135, 139 – abw. Meinung *Haas*.

³⁸ Vgl. *Di Fabio*, NJW 2003, 993–998 (994): „Es geht bei der Institutsgarantie um nichts weniger als eine Wertentscheidung der Verfassung über die tatsächlichen Grundlagen der Bundesrepublik Deutschland.“

³⁹ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 46.

⁴⁰ *Ipsen* in: Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Auflage 2009, § 154 Rn. 15.

⁴¹ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 13, 46, siehe auch Rn. 85; *Ipsen* in: Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Auflage 2009, § 154 Rn. 15, 17, 21.

⁴² *Hofmann* in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 15. Auflage 2022, Art. 6 Rn. 25.

⁴³ *Di Fabio*, NJW 2003, 993–998.

⁴⁴ *Di Fabio*, NJW 2003, 993–998 (997).

⁴⁵ *Di Fabio*, NJW 2003, 993–998 (997).

⁴⁶ *Di Fabio*, NJW 2003, 993–998 (997).

⁴⁷ *Stern*, Staatsrecht IV/1, 2006, 401; ähnlich *Di Fabio*, NJW 2003, 993–998 (994).

im wörtlichen Sinne ein „fehlprogrammierter Lebensstil“⁴⁸ attestiert, weil eine (gewählte oder unfreiwillige) Kinderlosigkeit als demographisches Problem einer vermeintlichen Selbstverwirklichungsgesellschaft eingeordnet wird. Auf diese Weise wird die *Entscheidung gegen Kinder* als vom Grundgesetz toleriert, aber letztlich durch starke Wertungen als vermeintlich von der Verfassung unerwünscht dargestellt. Dem wird zwar entgegnet, dass die Gemeinschaft „offen für die Vielfalt der Lebensentwürfe“ sei.⁴⁹ Die behauptete Offenheit wird jedoch durch die auf das *Kollektiv* bezogene Verfassungsinterpretation deutlich eingeschränkt, wenn der „Gemeinschaft“ vorgeworfen wird, sich „ihrerseits ideologisch“ auf „neue Lebensformen zu fixieren und sozialpolitisch zu experimentieren“.⁵⁰ Das bedeutet eine klare Begrenzung des politischen Gestaltungsspielraums.

Impliziter wird in der gegenwärtigen Kommentarliteratur unter den vagen Begriffen der „Finalität der Ehe“⁵¹, einer der „Verbindung von Mann und Frau begründete[n] Fähigkeit, Kinder hervorzubringen“⁵², einem in der Ehe liegenden „Fortpflanzungspotential“⁵³, ihrem „prinzipiellen Angelegtsein auf die Familie“⁵⁴ oder der mit der Ehe „verbundenen Potentialität für die Regeneration der Gesellschaft“⁵⁵ der – verschiedengeschlechtlichen – Ehe eine *gesellschaftliche* Reproduktionsfunktion beigemessen. In diesem Zuge wird vertreten, dass die potentiell aus der Ehe hervorgehenden Nachkommen sogar der *spezifische* Grund für den *verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe* (Art. 6. Abs. 1 Alt. 1 GG) seien.⁵⁶ Diese angeführte „Finalität“ oder das „Fortpflanzungspotential“ der Ehe zwischen Mann und Frau wird verfassungsrechtsdogmatisch mal vage, mal explizit als *Strukturmerkmal* im Rahmen der Institutsgarantie angeführt⁵⁷ – ähnlich und regelmäßig einhergehend mit dem diskutierten Merkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit.⁵⁸

⁴⁸ *Di Fabio*, NJW 2003, 993–998 (993).

⁴⁹ *Di Fabio*, NJW 2003, 993–998 (997).

⁵⁰ *Di Fabio*, NJW 2003, 993–998 (997).

⁵¹ *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 4; v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 6, 50; bereits *Pauly*, NJW 1997, 1955–1957 (1955).

⁵² *Badura* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Januar 2019, Art. 6 Rn. 42.

⁵³ *Ipsen* in: Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Auflage 2009, § 154 Rn. 15.

⁵⁴ *Seiler* in: Bonner Kommentar, GG, 168. EL Juli 2014, Art. 6 Abs. 1 Rn. 62.

⁵⁵ *Ipsen* in: Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Auflage 2009, § 154 Rn. 17.

⁵⁶ v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 6, 50; *Ipsen* in: Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Auflage 2009, § 154 Rn. 15, 17, 21; *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 4; *Seiler* in: Bonner Kommentar, GG, 168. EL Juli 2014, Art. 6 Abs. 1 Rn. 62.

⁵⁷ Statt vieler explizit *Pauly*, NJW 1997, 1955–1957 (1955); *Seiler* in: Bonner Kommentar, GG, 168. EL Juli 2014, Art. 6 Abs. 1 Rn. 62.

⁵⁸ *Badura* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Januar 2019, Art. 6 Rn. 42, 58; v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 6.

Das Merkmal der Reproduktionsfunktion der Ehe wird dabei ausschließlich als *Abgrenzungskriterium* in Stellung gebracht, um *gleichgeschlechtlichen Ehen* den Schutz des *verfassungsrechtlichen* Ehebegriffs zu versagen.⁵⁹ So verweist *Seiler* darauf, dass „biologische Grundlage [der Familie] nur die Verbindung von Mann und Frau“ sein könne, weshalb das „Wesensmerkmal der Ehe ihr prinzipielles Angelegtsein auf die Familie“ sei.⁶⁰ *Seiler* nimmt demnach sowohl eine Reproduktionsfunktion der Ehe an, die „freilich abstrakter Natur ist“⁶¹ als auch eine das „Gemeinwesen sichernde zukunftsgerichtete Funktion der Familie“⁶², lehnt jedoch – nicht völlig konsistent – eine „normative Indienstnahme für bevölkerungspolitische Zwecke“ des Art. 6 Abs. 1 GG ab.⁶³ Diese „Indienstnahme“ wird bei *Hofmann* besonders deutlich, der meint, dass „entscheidender relevanter und tatsächlicher Unterschied zwischen Ehen und Lebenspartnerschaften“ sei, „dass Ehen jedenfalls potentiell auf die Familienbildung durch die Geburt von Kindern und damit zur Generationenfolge ausgerichtet“ seien.⁶⁴ Ebenso stellen *von Coelln* und *Uhle* im Zuge der Erörterung der Merkmale des Ehebegriffs (Art. 6 Abs. 1 GG) die These auf, *gleichgeschlechtlichen* Partnerschaften fehle es, anders als bei der Ehe zwischen Mann und Frau, die auf die Familiengründung angelegt sei, an der „prinzipiellen Offenheit in Richtung Familie“.⁶⁵ Sehr konkret hat *Ipsen* das familiäre Idealbild der genetischen Verwandtschaft zwischen verschiedengeschlechtlichen Eltern und ihren Kindern vor Augen, wenn er meint, dass gleichgeschlechtlichen Personen die „Potentialität für die Erzeugung und Erziehung von Nachwuchs fehlt“⁶⁶. Sich selbst offenbar entkräftend, heißt es weiter, gleichgeschlechtliche Personen könnten „zwar einen Beitrag zur Erziehung der folgenden Generation leisten, nicht aber zu ihrer Erzeugung“⁶⁷. Das von *Ipsen* selbst als „*differentia specifica*“ bezeichnete Kriterium des „Fortpflanzungspotentials“⁶⁸ lässt sich

⁵⁹ v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 6, insb. 6a, 6b, 48, 50; *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 4.1.; *Ipsen* in: Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Auflage 2009, § 154 Rn. 21; besonders explizit *Hofmann* in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG; 15. Auflage 2022, 22–33; wengleich in der Sache nicht zwischen sexuellen Orientierungen unterscheidend, so doch im Ergebnis ebenso *Seiler* in: Bonner Kommentar, GG, 168. EL Juli 2014, Art. 6 Abs. 1 Rn. 62; besonders ausführlich *Badura* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Januar 2019, Art. 6 Rn. 42, 58 ff., 58h.

⁶⁰ *Seiler* in: Bonner Kommentar, GG, 168. EL Juli 2014, Art. 6 Abs. 1 Rn. 62.

⁶¹ *Seiler* in: Bonner Kommentar, GG, 168. EL Juli 2014, Art. 6 Abs. 1 Rn. 62.

⁶² *Seiler* in: Bonner Kommentar, GG, 168. EL Juli 2014, Art. 6 Abs. 1 Rn. 136.

⁶³ *Seiler* in: Bonner Kommentar, GG, 168. EL Juli 2014, Art. 6 Abs. 1 Rn. 136.

⁶⁴ *Hofmann* in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 15. Auflage 2022, Art. 6 GG Rn. 28, siehe zu den explizit erwähnten bevölkerungspolitischen Erwägungen auch Rn. 25.

⁶⁵ v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 6, vgl. auch Rn. 50; *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 4, 4.1.

⁶⁶ *Ipsen* in: Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Auflage 2009, § 154 Rn. 21.

⁶⁷ *Ipsen* in: Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Auflage 2009, § 154 Rn. 21.

⁶⁸ *Ipsen* in: Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Auflage 2009, § 154 Rn. 17.

aus mehreren im Rahmen der Würdigung näher zu erörternden Gründen zurückweisen. *Robbers* weist jedenfalls zu Recht darauf hin, dass erstens die Annahme, aus gleichgeschlechtlichen Verbindungen gingen keine Kinder hervor, angesichts medizinischer Entwicklungen nicht mehr überzeugen kann und zweitens diese Annahme letztlich darauf hinausliefe, „die Ehe zu instrumentalisieren und ihren Eigenwert zu verkürzen, wollte man ihre Schutzwürdigkeit auf die Funktion der Fortpflanzung und Kindererziehung verengen“. ⁶⁹ Aufgrund der „Entwicklung der gesellschaftlichen Grundüberzeugungen“ nimmt *Robbers* deshalb einen „Verfassungswandel“ ⁷⁰ an und erstreckt den Ehebegriff ebenfalls auf gleichgeschlechtliche Paare. ⁷¹

Die *bevölkerungspolitische* Betrachtungsweise auf den Lebensbereich der Reproduktion prägt auch das Verständnis weiterer Grundrechtsnormen. So meint *Robbers*, dass Grund für den verfassungsrechtlichen Schutz von Müttern (Art. 6 Abs. 4 GG) die „verfassungsrechtliche Sorge um den Fortbestand des Volkes“ sei. ⁷² Die Annahme, dass Mutterschaft unter verfassungsrechtlichem Schutz stehe, weil dies im „Interesse der Gemeinschaft“ liege, entspricht der überwiegenden Kommentarliteratur. ⁷³ *Brosius-Gersdorf* geht ebenfalls und explizit von einer „staatlichen Pflichtaufgabe der Bevölkerungsreproduktion“ ⁷⁴ aus, verortet diese angenommene staatliche Pflicht jedoch gerade nicht im Eheschutz (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG), weil sie der Auffassung ist, dass die Ehe gerade nicht ihren verfassungsrechtlichen Schutz wegen einer reproduktiven Funktion genießt, sondern aufgrund der Beistands- und Verantwortungsleistungen der Eheleute. ⁷⁵ Die Staatsaufgabe der Familienförderung verortet sie in

⁶⁹ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 47a.

⁷⁰ Zum Begriff „Verfassungswandel“ erhellend: *Voßkuhle*, *Der Staat* 43 (2004), 450–459 (451 f. m. w. N. in Fn. 20), wonach der Begriff schlicht bedeutet, dass eine Verfassungsnorm ohne textliche Veränderung, also bei gleichbleibendem Wortlaut, aufgrund gesellschaftlichen Wandels ihren ursprünglichen Sinn ändert; ebenso *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 11.

⁷¹ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 47.

⁷² *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 279.

⁷³ v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 92; *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 72; *Stern*, Staatsrecht IV/1, 2006, 550; ähnlich, jedoch mit anderer Zielrichtung und mit Hinweis auf sich daraus ergebende sozialpolitische Aufgaben *Coester-Waltjen* in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012 (Vorausgabe), Art. 6 Rn. 105, 109, 111, 131; ebenso *Seiler* in: Bonner Kommentar, GG, 168. EL Juli 2014, Art. 6 Abs. 4 Rn. 28 ff.; statt vieler überzeugend anders, wenn auch nur implizit *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 211, 214, 216, 219 ff.

⁷⁴ *Brosius-Gersdorf*, *Demografischer Wandel und Familienförderung*, 2011, 181 ff., insb. 187 ff.

⁷⁵ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 43, 78, 88; siehe tiefergehend *Brosius-Gersdorf*, *Demografischer Wandel und Familienförderung*, 2011, 188 ff.

einer objektivrechtlichen Dimension des vom Institut der Ehe verfassungsrechtsdogmatisch entkoppelten *Familienschutzes* (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG).⁷⁶ Aus diesem staatlichen *Familienförderungsgebot* leitet sie subjektive einklagbare Rechte des Einzelnen ab,⁷⁷ etwa ein diskriminierungsfrei zu gewährleistendes Recht auf staatliche Finanzierung assistierter Reproduktionsverfahren⁷⁸ bis hin zu einem Recht auf staatliche Finanzierung privater oder öffentlich übernommener Kinderbetreuung.⁷⁹ Nach Auffassung von *Brosius-Gersdorf* ergibt sich diese staatliche Pflicht, mit der die subjektiven Rechte korrespondieren, aus dem Umstand, dass Eltern mit den *Geburts-, Pflege- und Erziehungsaufgaben* wichtige gemeinwohlsichernde Reproduktions- und Entlastungsaufgaben übernehmen und damit den „Erhalt und die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft und des Staates“ sicherten.⁸⁰ Anders als die weit überwiegende Mehrheit weist *Brosius-Gersdorf* explizit auf eine staatliche Pflicht zur Gleichbehandlung aller Familienformen hin, von ihr als „intrainstitutionelles Diskriminierungsverbot“⁸¹ (Art. 6 Abs. 1 GG) bezeichnet, was zu einem *Neutralitätsgebot* führe, „das den Staat zur Neutralität im Verhältnis konkurrierender Familienformen verpflichtet“⁸² (Art. 6 Abs. 1 GG) und zudem in einem subjektiven Recht auf Nichtdiskriminierung durch den Staat mündet (Art. 6 Abs. 1 GG).⁸³

2. Würdigung

Eine Erörterung von Reproduktion im verfassungsrechtlichen Eheschutz betont die – zweifelsohne – in vielen Konstellationen vorhandene *soziale Dimension* von Fortpflanzungsentscheidungen. Eine ehebasierte Verortung von Reproduktion setzt sich jedoch mit Blick auf Freiheits- und Gleichheitsrechte von Individuen ernstzunehmenden Bedenken aus. Zum einen bleibt (a.) das Verhältnis zwischen Individuum und ehelicher Gemeinschaft außerordentlich unklar. Der ehebasierte Ansatz beruht zudem auf (b.) wirkmächtigen, als interpretationsfest deklarierten Leitbildern, die als solche bereits Bedenken begegnen. Eine Verortung von Reproduktion im Eheschutz führt weiter (c.) zur Verkürzung des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs, (d.) zur Kollision mit zahlreichen weiteren gelebten Realitäten und insbesondere (e.) zur Einschränkung von Freiheitsrechten all derjenigen, die von der vermeintlichen Norm der Leit-

⁷⁶ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 43, 45, 88, 114, 129.

⁷⁷ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 87 f., 129, 131.

⁷⁸ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 135.

⁷⁹ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 138 f.

⁸⁰ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 45, 135.

⁸¹ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 134.

⁸² *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 137.

⁸³ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 133.

bilder nicht abgebildet werden, was aus diesem Grund daneben gleichheitsrechtlichen Bedenken begegnet. Letztlich bleiben bei einer Verortung von Reproduktion im Eheschutz zahlreiche Facetten reproduktiver Freiheiten des Individuums unberücksichtigt. Ein ehebasierter Ansatz liefert zudem (f.) aufgrund der Methodik der Verfassungsinterpretation keine überzeugenden Antworten auf individuelle Freiheiten im Lichte gesellschaftlichen Wandels und medizintechnischen Fortschritts auf dem Gebiet der Fortpflanzung.

a) *Unklares Verhältnis zwischen Individuum und Kollektiv*

Eine verfassungsrechtliche Verortung von Reproduktion in der abwehrrechtlichen Dimension des Ehegrundrechts (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG) rückt zunächst die dem *Individuum* zukommende reproduktive Freiheit deutlich in den Hintergrund, weil Reproduktion vornehmlich in ihrer „kollektiven Entfaltung“⁸⁴ gedacht wird. Unklar bleibt allerdings gerade, wem reproduktive Entscheidungen offenstehen. Personeller und sachlicher Schutzbereich verschwimmen bei einer Verortung im Rahmen des Ehegrundrechts. Wer Entscheidungen über Empfängnisverhütung, Sterilisation, Kastration oder die Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren einer „partnerschaftlichen Gestaltungsfreiheit“⁸⁵ zuordnet, scheint jedenfalls ein *Kollektiv*, die Ehe als Gemeinschaft, dem Individuum grundsätzlich vorzuordnen. Das Denken in der *kollektiven* Entfaltung setzt sich fort, wenn – im Ergebnis zu Recht – dafür plädiert wird, auch *nicht* verheirateten *Paaren* reproduktionsmedizinische Verfahren zu eröffnen.⁸⁶ Wenn *Stern* – insofern im Ergebnis ebenfalls zu Recht – eine Verstärkung durch die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)⁸⁷ oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) als entgegenstehende Grenze eines – freilich – nicht erzwingbaren Wunsches nach Kindern anführt,⁸⁸ bleibt dennoch außerordentlich unklar, in welchem *grundsätzlichen* Verhältnis die reproduktiven Belange des Individuums zur „partnerschaftlichen Gestaltungsfreiheit“ stehen. Diese Unklarheit wird durch unterschiedliche Verständnisse der Verfassungsinterpretierenden vom Verhältnis von Individuum zum Kollektiv Ehe verstärkt. Ähnlich nebulös wie *Stern* verweist *Seiler* auf einen „in mehreren ineinander verwobenen Ausprägungen zu entfaltende[n] Gemeinschaftsgedanke[n]“⁸⁹ des Ehe- und Familienschutzes. Dieser „Gemeinschaftscharakter“ integriere das Individuum, „ohne es zu entkräften“, dabei könne der einzelne Freiheitsberechtigte seine positive Ehe- und

⁸⁴ *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–214 (190), ähnlich bereits die Kritik von *Ramm*, *JZ* 1989, 861–874 (865 f).

⁸⁵ *Stern*, *Staatsrecht IV/1*, 2006, 409.

⁸⁶ *Stern*, *Staatsrecht IV/1*, 2006, 410.

⁸⁷ *Stern*, *Staatsrecht IV/1*, 2006, 409, 983.

⁸⁸ *Stern*, *Staatsrecht IV/1*, 2006, 410.

⁸⁹ *Seiler* in: *Bonner Kommentar, GG*, 168. EL Juli 2014, Art. 6 Abs. 1 Rn. 93.

Familienfreiheit „nicht anders als in selbst gewählter sozialer Verbundenheit leben“.⁹⁰ Dagegen findet in jüngerer Zeit zunehmend ein überzeugenderes freiheitsbetonendes Verständnis des Art. 6 Abs. 1 GG Eingang in die Verfassungsrechtswissenschaft.⁹¹ Danach ist die Ehe „insbesondere als Ausprägung persönlicher, individueller Freiheit“ verfassungsrechtlich geschützt.⁹² *Robbers* weist darauf hin, dass das Führen einer Ehe in Vertrautheit und Partnerschaft „Ausfaltungen der Menschenwürde und personaler Entfaltungsfreiheit“ sind und deshalb wesentliches Ziel des Eheschutzes gerade die „Verwirklichung individueller Freiheit in der unerzwungenen Sicherung menschlicher Grundbedürfnisse“ ist.⁹³

b) Exkurs: Zum Problem von interpretationsfest deklarierten Leitbildern

Ähnlich wie bei dem Leitbild der ehebasierten Familie handelt es sich bei dem angenommenen Merkmal der gesellschaftlichen Reproduktionsfunktion der Ehe um wirkmächtige Hintergrundvorstellungen der Norminterpretierenden.⁹⁴ Das Leitbild der ehebasierten (Klein-)Familie basiert auf der Hintergrundannahme, es gäbe von der Verfassung bevorzugte „richtige“ Ehen (solche mit Kindern) und „richtige“ Eltern (solche, die genetisch mit ihren Kindern verwandt sind). Der ehebasierten bevölkerungspolitischen Betrachtungsweise liegt die Vorstellung zugrunde, dass verschiedengeschlechtliche Menschen heirateten, um dann Kinder zu bekommen, und dies im Interesse des Staates liege. Bei den meisten Autoren überlappen sich deshalb die beiden aufgezeigten Leitbilder und sind auch deshalb nicht trennscharf voneinander abzugrenzen. Jedoch gibt es wenige Ausnahmen, die wiederum Brüche in ihrer Argumentation aufweisen. *Robbers* etwa führt mehrfach für den verfassungsrechtlichen Ehe- und Familienschutz bevölkerungspolitische Gründe an.⁹⁵ Dabei ist

⁹⁰ *Seiler* in: Bonner Kommentar, GG, 168. EL Juli 2014, Art. 6 Abs. 1 Rn. 95.

⁹¹ Statt vieler explizit *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 1, 46, 48, 50, 84, 95; *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 34; im Ergebnis ähnlich *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 74 f., 83, 87, 91, 93 f.; vgl. wenn auch noch deutlich zurückhaltender bereits *Coester-Waltjen* in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012, Art. 6 Rn. 2 f., 4, 19, 25, 27, 30, 32.

⁹² *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, GG, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 34. Deziert ablehnend *Badura* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Januar 2019, Art. 6 Rn. 42: „Es wäre eine gravierende Verkürzung des Grundrechts, wenn ihm der Funktionssinn zugesprochen würde, die Ehe insbesondere als Ausprägung persönlicher, individueller Freiheit verfassungsrechtlich zu schützen.“

⁹³ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 34, jedoch wieder relativierend Rn. 14 f.

⁹⁴ Siehe allgemein zum Umgang mit Leitbildern im Rechtsdiskurs *Schweigler*, ARSP 2018, 362–379 (367 ff., 373 ff., 375 ff.).

⁹⁵ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 13, 46; siehe auch Rn. 85, 279.

er der Auffassung, dass die Ehe weiterhin die Grundlage der Familie bilde und die Familie grundsätzlich aus der Ehe erwachse,⁹⁶ kritisiert jedoch zugleich – im Ergebnis zu Recht und mit guten Gründen – die Annahme einer Reproduktionsfunktion der Ehe.⁹⁷ Aus diesem Grund plädiert Robbers dann dafür, individualrechtliche reproduktive Freiheiten im Familiengrundrecht zu verorten.⁹⁸ Für eine staatliche Pflicht der Bevölkerungsreproduktion plädiert daneben *Brosius-Gersdorf*, und zwar ebenso unter Heranziehung demographischer Gesichtspunkte, jedoch anhand anderer grundrechtlicher Maßstäbe und mit überwiegend konträren Schlussfolgerungen.⁹⁹ Aufgrund der im Ergebnis grundrechtskonformen Schlussfolgerungen von *Brosius-Gersdorf* kann sich ihre Position der nachfolgenden Kritik weitestgehend entziehen.

Zum weiteren Verständnis wichtig ist, dass „verfassungsrechtliche“ Leitbilder stets *außerhalb* des Verfassungstexts gebildet werden.¹⁰⁰ Das ist auch Kennzeichen von Leitbildern, weil es sich dabei um eigene Vorverständnisse der Norminterpretierenden handelt; sie sind „Spiegel und Produzent“ der Leitbilder im Rechtsdiskurs zugleich.¹⁰¹ Verfassungsinterpretation kann damit nicht frei von Hintergrundannahmen geschehen. Denn auch eine „um Formalisierung und Prinzipienfindung noch so bemühte Dogmatik [kommt] nicht ohne den Faktor Mensch mit seinen jeweiligen Perspektiven, Haltungen und Vorannahmen aus“.¹⁰² Das Ergründen und Reflektieren der im Rechtsdiskurs wirksamen Leitbilder kann aber einen Beitrag dazu leisten, die „eigenen Paradoxien und Ungewissheiten“ des Rechtsdiskurses anzuerkennen und konstruktiv mit ihnen umzugehen.¹⁰³

Die aufgezeigten Leitbilder der Ehe mit einer (gesellschaftlichen) Reproduktionsfunktion basieren auf naturrechtlichen Überlegungen oder spezifischen kulturell geprägten, oft auch religiösen Vorstellungen von Tradition.¹⁰⁴

⁹⁶ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 17.

⁹⁷ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 47, 47a.

⁹⁸ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 92.

⁹⁹ Vgl. *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 43, 45, 88, 114, 129; siehe zu den daraus abgeleiteten subjektiven Rechten Rn. 87 f., 129, 131, 133, 135, 137 ff.

¹⁰⁰ *Wapler*, Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, 2015, 19 f.

¹⁰¹ *Schweigler*, ARSP 2018, 362–379 (371–375, insb. 374).

¹⁰² *Schweigler*, ARSP 2018, 362–379 (373).

¹⁰³ *Schweigler*, ARSP 2018, 362–379 (379).

¹⁰⁴ Vgl. *Badura* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Januar 2019, Art. 6 Rn. 38, wonach Ehe und Familie, „wenn nicht natürliche, so doch in langer Tradition überkommene Elemente des Gemeinschaftslebens“ seien; siehe auch Rn. 39a; zur „kulturellen“ Prägung: *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 2; dagegen nicht offenlegend v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 2 f., 13, 15, 18, der sich am „Verständnis“ zum Entstehungszeitpunkt des GG orientiert. Zur Begründung

Wichtig ist auch, dass diese erwähnten Leitbilder erstens – oft explizit – herangezogen werden, um einem Wandel gesellschaftlicher Grundüberzeugungen Einhalt zu gebieten, und zweitens, dass Vertreter dieser Verfassungsinterpretationsmethodik gesellschaftliche Entwicklungen *nicht* leugnen, sondern die These vertreten, sie seien für die Interpretation einer Verfassungsnorm ohne Belang.¹⁰⁵ Wenn Leitbilder im Rahmen einer angeführten Institutsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG mit der These herangezogen werden, es handele sich um „zwingende Merkmale“¹⁰⁶, dann dienen die Leitbilder im Ergebnis als eine Art „Jokerkarte“, die freiheits- und gleichheitsrechtliche Argumente übertrumpft. Aus diesem Grund weist *Wapler* darauf hin, dass die „Anerkennung einer werthaltigen Dimension der Grundrechte“ gerade die Gefahr birgt, Verfassungsrechtsbegriffe „mit quasi-naturrechtlichen bzw. metaphysischen Bedeutungsgeladen aufzuladen, deren Ursprung nicht die Verfassung selbst ist, sondern in den unterschiedlichen Vorverständnissen“ der Verfassungsinterpretierenden wurzelt.¹⁰⁷

c) Verkürzung des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs

Die angenommenen Leitbilder der auf Fortpflanzung ausgerichteten Ehe setzen dem verfassungsrechtlichen Ehebegriff einen normativen Rahmen. Es sei an dieser Stelle zunächst darauf hingewiesen, dass die *individuelle* Zeugungs- bzw. Gebärfähigkeit selbstredend und *unbestritten* keine Voraussetzung des Ehebegriffs sind.¹⁰⁸ Diese Erkenntnis geht auf die *Trans I*-Entscheidung des

des bevölkerungspolitischen Standpunkts mit dem Argument, mit Bevölkerungsreproduktion die „kulturelle Identität“ des Gemeinwesens zu sichern siehe *Di Fabio*, NJW 2003, 993–998 (994), vgl. dort auch die Ausführungen auf S. 998: „In den klassisch bürgerlich formulierten Sinngehalten der Familie ist das kulturelle Gedächtnis vieler Generationen und großer Traditionen gespeichert. In den christlich überlieferten Menschenbildern – [...] [wie] der Sorge um die Kinder – ist ein ursprüngliches Humanitätsprogramm angelegt, von dessen Tiefenbedeutung *bis heute ausnahmslos* unsere Chance auf Freiheit und auch jeder emanzipatorische Akt der Gleichstellung lebt.“ (Hervorhebung durch mich)

¹⁰⁵ *Badura* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Januar 2019, Art. 6 Rn. 36–39a; v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 50; *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 4 ff., insb. 4.1; *Di Fabio*, NJW 2003, 993–998 (997): „Art. 6 GG will den Fortbestand unserer politischen Gemeinschaft sichern, *weitgehend unabhängig davon, welche kulturellen Auffassungen zu Kindern und Familienleben gerade vorherrschen oder sich in Zukunft bilden.*“ (Hervorhebung durch mich).

¹⁰⁶ v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 6.

¹⁰⁷ *Wapler*, Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, 2015, 17. Siehe grundlegend zu den Naturrechtsdebatten im Recht *Foljanty*, Recht oder Gesetz, 2013, 103 f., 209 f., 216 ff., 220 ff., 235–246, 331 ff. Siehe zur Schwierigkeit, Leitbilder im Rechtsdiskurs überhaupt als solche zu erkennen *Schweigler*, ARSP 2018, 362–379 (371–375).

¹⁰⁸ Bereits BVerfG, Beschluss vom 11. Oktober 1978 – 1 BvR 16/72–, juris Rn. 39; vgl. zur einhelligen Literaturmeinung etwa: *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Auflage 2020,

Bundesverfassungsgerichts zurück.¹⁰⁹ Es steht auch außer Frage, dass eine Ehe zwischen Mann und Frau in höherem, *nicht mehr reproduktionsfähigem* Alter selbstverständlich unter den verfassungsrechtlichen Ehebegriff fällt.¹¹⁰ Wer jedoch der Ehe eine *abstrakte oder gesellschaftliche Reproduktionsfunktion* beimisst, der setzt sich dem Vorwurf aus, den verfassungsrechtlichen Ehebegriff sachlich nicht überzeugend zu verkürzen.¹¹¹ In *Robbers* Worten wäre es verfehlt, den Ehebegriff „zur Frontlinie konservativen oder progressiven Denkens machen zu wollen“.¹¹² Der Eigenwert der Ehe besteht vielmehr gerade in einer auf Dauer angelegten Verantwortungsübernahme füreinander.¹¹³

In einer unbeständigen Welt mag ein „Sich-aufeinander-Einlassen“¹¹⁴ – und sei es von mittelfristiger Dauer – weiterhin für viele Menschen von zentralem Wert sein. Empirisch betrachtet ist in den letzten zwanzig Jahren ein *Anstieg* der Anzahl von Eheschließungen, mit geringen Schwankungen, zu verzeichnen.¹¹⁵ Aus diesem Grund ist eine Entkopplung von Reproduktion vom verfassungsrechtlichen Ehebegriff gerade nicht mit einem Bedeutungsverlust der Institution der *Ehe* oder dem Wunsch nach gegenseitiger Verantwortungsübernahme innerhalb einer Familie zu verwechseln.¹¹⁶ Für eine Lesart des *Ehebegriffs ohne Reproduktionsfunktion* sprechen, wie herausgearbeitet, erstens die

Art. 6 Rn. 4; *Stern*, Staatsrecht IV/1, 2006, 401; v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 6; *Ipsen* in: Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Auflage 2009, § 154 Rn. 17; *Seiler* in: Bonner Kommentar, GG, 168. EL Juli 2014, Art. 6 Abs. 1 Rn. 62.

¹⁰⁹ BVerfG, Beschluss vom 11. Oktober 1978 – 1 BvR 16/72–, juris Rn. 39.

¹¹⁰ Vgl. *Stern*, Staatsrecht IV/1, 2006, 401.

¹¹¹ Vgl. *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 36 f., 47a.

¹¹² *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 37.

¹¹³ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 43, 78, 88; siehe auch Rn. 6, 9 ff., 11, 19, 43 m. w. M.; ebenso *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 34–37, 47a; siehe auch *Wapler*, Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, 2015, 25 ff. m. w. N.

¹¹⁴ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 36, 47a.

¹¹⁵ Statisches Bundesamt, Datenreport 2021 – Kapitel 2: Familie, Lebensformen und Kinder, 56 f.: Im Jahr 2019 heirateten insgesamt 416.300 Paare. Davon waren 402.300 Eheschließungen solche von verschiedengeschlechtlichen Paaren, 6.800 von männlichen Paaren und 7.200 von weiblichen Paaren. Im Jahr 2018 war die Zahl der Eheschließungen zwischen Mann und Frau nochmals angestiegen und hatte den höchsten Wert seit 2001 erreicht (2018: 417.000). Im Jahr 2019 ist die Zahl der verschiedengeschlechtlichen Eheschließungen um 3 % auf 402.300 gesunken. Siehe dort auch für weitere Zahlen mit Blick auf die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare Statisches Bundesamt, Datenreport 2021 – Kapitel 2: Familie, Lebensformen und Kinder.

¹¹⁶ *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 53 m. w. N. in Fn. 156; *Wapler*, Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, 2015, 25. Vereinzelt wird

unterschiedlichen Wortlaute der Vorgängernorm des Art. 119 WRV und Art. 6 Abs. 1 GG, zweitens die überwiegend fehlenden Motive des Schutzzweckes mit dem Hinweis, dass sich die vorgeschlagene Sprachfassung, die Ehe „und die aus ihr wachsende Familie“ zu schützen, gerade nicht durchsetzen konnte, um kinderlose Ehen nicht als Ehen „minderen Rechtes“ zu diskriminieren.¹¹⁷ Drittens beruht ein angenommenes Leitbild der in der Ehe *angelegten* Familie auf einem naturalistisch-biologistischen Fehlschluss: Aus der natürlichen *potentiellen* Reproduktionsmöglichkeit (vieler) Ehen (Ist), wird auf eine *abstrakte* Reproduktionsfunktion (Soll) geschlossen, nach einigen Literaturauffassungen angereichert mit bevölkerungspolitischen Erwägungen, nämlich mit dem Ziel, den „Fortbestand des Volkes“ zu sichern.

d) Kollision mit Vielfalt von Lebens- und Familienmodellen

Wer gegenwärtig die These vertritt, die Ehe zwischen Mann und Frau sei die „*alleinige* Grundlage einer *vollständigen* Familiengemeinschaft“¹¹⁸, zeichnet ein Bild, das nicht erst heute angesichts sich wandelnder Realitäten in Frage gestellt werden kann. Das Bild der damit vorgestellten ehebasierten bürgerlichen „Kleinfamilie“¹¹⁹ mit genetischen Verwandtschaftsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern entsprach bereits nicht den vielfältigen *Familienrealitäten* zum Entstehungszeitpunkt der Grundgesetznorm des Art. 6 Abs. 1 GG. Belegt ist nämlich, dass bereits im Parlamentarischen Rat die kinderlose Ehe nicht als eine „Ehe mindernden Rechtes“ angesehen werden sollte.¹²⁰ Der verfassungsrechtliche Familienbegriff sollte außerdem bereits damals auch Eltern mit ihren Adoptivkindern erfassen.¹²¹ Zudem gab es bereits im Nachkriegsdeutschland aufgrund des kriegsbedingten „Frauenüberschusses“ alleinerziehende und weitere nicht ehebasierte Familienmodelle, die insbesondere mit Blick auf die verfassungsrechtliche Stellung des „*unehelichen Kindes*“ kontrovers diskutiert wurden.¹²² Diese Einordnung ist insofern bedeutsam, als dass sich die vereinzelt Vertreter des heute weiterhin angenommenen Leitbilds der *ehebasierten*

dagegen versucht die Begriffe des „Individualismus“ gegen einen „Institutionalismus“ gegeneinander in Stellung zu bringen, vgl. *Di Fabio*, NJW 2003, 993–998 (993, 997); ebenso *Braun*, ZRP 2001, 14–18 (16).

¹¹⁷ v. *Doemming/Füsslein/Matz*, JöR n. F. Bd. 1 (1951), 95; *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 11.

¹¹⁸ *Badura* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Januar 2019, Werkstand: 95. EL Juli 2021, Art. 6 Rn. 71. (Hervorhebung durch mich)

¹¹⁹ v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 15.

¹²⁰ v. *Doemming/Füsslein/Matz*, JöR n. F. Bd. 1 (1951), 95; ebenso *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 11.

¹²¹ v. *Doemming/Füsslein/Matz*, JöR n. F. Bd. 1 (1951), 95.

¹²² v. *Doemming/Füsslein/Matz*, JöR n. F. Bd. 1 (1951), 95–99, insb. 96 f. Die Abg. Nadig (SPD) etwa plädierte dafür, dass der Frauenüberschuss zu neuen Formen der Lebensgemein-

Familiengründung um eine historische Lesart des Art. 6 Abs. 1 GG bemühen.¹²³

Ein ehebasierter Ansatz der Reproduktion vermag jedoch vor allem die *heutige Pluralisierung* von Lebens- und Familienmodellen nicht abzubilden (siehe Kapitel 1, II.). Wie bereits das Bundesverfassungsgericht unter Hinzuziehung der sachverständigen Stellungnahmen hinwies, können Kinder unabhängig vom institutionalisierten Beziehungsstatus („Ehe“) ihrer Eltern in stabilen Verhältnissen aufwachsen.¹²⁴ Die Möglichkeit eines behüteten Aufwachsens von Kindern stellte das Gericht mit Verweis auf die überwiegend einhellige Meinung der Sachverständigen ebenfalls mit Blick auf die Lebenssituation von Kindern bei gleichgeschlechtlichen Eltern fest.¹²⁵ Eine Analyse der empirischen Befundlage der letzten Jahrzehnte kommt zu dem Ergebnis, dass nicht die *Familienstrukturen per se* (Ein-Elternteil oder Elternpaare, gleichgeschlechtliche oder verschiedengeschlechtliche Eltern) entscheidend für die Entwicklung von Kindern sind, sondern die Qualität der Beziehungen zwischen den einzelnen Familienmitgliedern, die förderlich wie hinderlich sein können.¹²⁶ Demnach ist kein Kind – unabhängig der Familienform – vor dem Risiko einer Trennung seiner Bezugspersonen, allgemeinen Lebensrisiken, wie Krankheit oder Tod von Familienmitgliedern, oder dem Risiko sich ändernder Lebensumstände, wie dem eines Umzugs, die allesamt zu Instabilität führen können, gefeit.¹²⁷

schaft führen müsste (96), die SPD konnte sich allerdings mit ihren Anträgen nicht durchsetzen. Siehe dazu auch *Seiler* in: Bonner Kommentar, GG, 168. EL Juli 2014, Art. 6 Abs. 1 Rn. 51, aber mit anderer Schlussfolgerung.

¹²³ v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 6; *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 4; zu Recht differenzierender *Badura* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Januar 2019, Werkstand: 95. EL Juli 2021, Art. 6 Rn. 42; dagegen für die Annahme eines „Verfassungswandels“ durch Weiterentwicklung gesellschaftlicher Grundüberzeugungen: *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 36, 47, 47a.

¹²⁴ Vgl. die disziplinübergreifenden Stellungnahmen bei BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17–, juris Rn. 38 ff.

¹²⁵ BVerfG, Beschluss vom 19. Juni 2012 – 2 BvR 1397/09 –, juris Rn. 76; BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11–, juris Rn. 29 ff., 32, 80.

¹²⁶ *Bergold/Buschner*, Regenbogenfamilien in Deutschland, 11.5.2018, abrufbar unter <http://www.bpb.de/gesellschaft/gender/homosexualitaet/269064/regenbogenfamilien> (zuletzt 27.12.2022).

¹²⁷ Vgl. ähnlich für die Stiefkindadoption für nicht verheiratete Paare: BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 91; vgl. ähnlich mit Blick auf die Frage, ob ein Zur-Welt-Kommen mithilfe einer Leihmutter eine voraussehbare Persönlichkeitsrechtsverletzung eines Kindes bedeuten könnte, *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterchaft und Familie, 2018, 107–147 (126).

Die vermeintlichen *verfassungsrechtlichen* Leitbilder sind somit mit diesen empirischen Erkenntnissen zu konfrontieren. Wer sich heute weiterhin mit einer vermeintlichen Reproduktionsfunktion der Ehe um ein Unterscheidungsmerkmal zwischen gleichgeschlechtlichen und verschiedengeschlechtlichen Partnerschaften bemüht, der läuft Gefahr, die aufgezeigten empirischen Befundlagen zu verkennen, und operiert letztlich mit falschen Annahmen. Ausgeblendet werden bei dieser Vorstellung zunächst *gewollt und ungewollt kinderlose Menschen* sowie *gleichgeschlechtliche* Elternschaftsmodelle mit ihren Kindern. Darüber hinaus behandelt ein angenommenes Leitbild einer auf der Ehe zwischen verschiedengeschlechtlichen Personen gründenden Familie weitere Familienformen stets als verfassungsrechtliches Aliud. Von der vermeintlichen Norm des Leitbilds wird die steigende Anzahl von nicht-verheirateten Paaren mit ihren Kindern, Patchworkfamilien, alleinerziehenden Elternteilen, queeren Familienmodellen oder Co-Elternschaftsmodellen – und damit eine Vielzahl unterschiedlich gelebter Realitäten – nicht abgebildet. Es handelt sich bei den ehebasierten Leitbildern als vorgestelltes Ideal für das Aufwachsen von Kindern damit um eine narrative Verzerrung damaliger zeitbedingter Gegebenheiten im Nachkriegsdeutschland wie der heutigen Realitäten. Mit der Bezeichnung „verzerrtes Narrativ“ wird nicht der Umstand verkannt, dass weiterhin gegenwärtig sieben von zehn Kindern bei Ehepaaren aufwachsen; was damit allein bezweckt wird, ist ein angenommenes *verfassungsrechtliches* (!) Leitbild der Ehe als Ideal für das gesunde Aufwachsen von Kindern in Frage zu stellen.

e) Ungleichwertige Freiheitsrechte und Missachtung von Gleichheitsrechten

Folge der leitbildbezogenen ehebasierten Betrachtungsweise ist auf einer individualrechtlichen Ebene die Annahme von *ungleichwertigen* reproduktiven Freiheitsrechten.¹²⁸ Ungleichwertigen Grundrechtsschutz von individualrechtlichen reproduktiven Freiheiten nehmen damit Autoren an, die die Ehegestaltungsfreiheit als *lex specialis* der Familiengründungsfreiheit ansehen.¹²⁹ Zu einem ähnlichen ungleichwertigen Schutz kommen jedoch auch Autoren, die eine *Verstärkung* des Eheschutzes bei individualrechtlichen reproduktiven

¹²⁸ Vgl. Uhle in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 26, 27a; v. Coelln in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 30 Fn. 221; siehe auch Stern, Staatsrecht IV/1, 2006, 401; Braun, ZRP 2001, 14–18 (14, 16); Kirchhof, AöR 129 (2004), 542–583 (545, 547 f.); ebenso Robbers in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 92; Hieb, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, 2005, 24 f.; Heun in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, 2008, 49–61 (52).

¹²⁹ v. Coelln in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 30 Fn. 221; Stern, Staatsrecht IV/1, 2006, 409 f.; Uhle in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 26, 27a.

Freiheiten annehmen.¹³⁰ Dies gilt sowohl für den personellen Schutzbereich der im Ehegrundrecht erörterten reproduktiven Freiheiten, die nur oder jedenfalls verstärkt Eheleuten zukommen sollen, als auch und insbesondere mit Blick auf die diskutierten Inhalte im Rahmen des Eheschutzes.

Durch das Abbilden *vermeintlicher* Normen, die wie dargelegt mit empirischen Befundlagen kollidieren, verkürzen Leitbilder nämlich von vornherein unterschiedliche Facetten der abwehrrechtlichen Dimension reproduktiver Freiheiten.¹³¹ Verfassungsrechtlich für den Lebensbereich der Reproduktion deklarierte Leitbilder drohen also reproduktive *Freiheits- und Gleichheitsrechte von Individuen* zu verschatten.¹³² Denn wenn der Ehe mit einer Reproduktionsfunktion – entweder als Leitbild der ehebasierten Familie oder noch fraglicher als behauptetes Strukturmerkmal einer gesellschaftlichen Reproduktionsfunktion – ein normativer Rahmen gesetzt wird, wird Fortpflanzung bei Eheleuten *wie selbstverständlich* vorausgesetzt und lässt analytisch wenig Raum für individuelle Wahl- und Entscheidungsfreiheit. Die Leitbilder berühren damit bereits die individuelle Ehegestaltungsfreiheit, weil sie implizieren, dass eine unfreiwillige oder freiwillig gewählte kinderlose Ehe von Verfassung wegen weniger wert sei, auch wenn *Stern* und *Di Fabio* auf das Gegenteil hinweisen. Die eheliche Freiheit, sich fortzupflanzen, mündet jedenfalls gerade nicht in der gleichwertigen Anerkennung einer *individuellen* Freiheit, sich *nicht* fortzupflanzen. Eine vermeintlich von der Verfassung vorgegebene Bevölkerungsreproduktion richtet sich zudem besonders gegen Menschen, die innerhalb oder außerhalb der Ehe ohne Kinder leben oder sich gegen Kinder entscheiden (*gewählte oder unfreiwillige Kinderlosigkeit*). Das Leitbild der verschiedengeschlechtlichen Ehe und ihrer Reproduktionsfunktion richtet sich ebenso gegen die *Vielzahl faktisch vorhandener weiterer Familienformen*. Ein *ehebasierter Ansatz* der Fortpflanzung bedeutet damit von vornherein eine *Ungleichbehandlung* verschiedener Varianten potentieller Elternschaft.¹³³ Während der Staat grundsätzlich verpflichtet ist, Familienmodelle gleich zu behandeln (Art. 3 Abs. 1 GG)¹³⁴, macht das angenommene Leitbild der ehebasierten

¹³⁰ Hieb, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, 2005, 24 f.; Heun in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, 2008, 49–61 (52).

¹³¹ Vgl. Heiderhoff in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 1, insb. Rn. 9, 11, 50.

¹³² Vgl. Baer in: Cottier/Estermann/Wrase (Hrsg.), Wie wirkt Recht?, 2010, 181–202 (185), Sacksofsky in: Lembke (Hrsg.), Regulierungen des Intimen, 2017, 97–116 (100 ff).

¹³³ Wapler in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht, 185–214 (190); zurückhaltender, aber mit Hinweis darauf, dass medizinische Entwicklungen und die Adoption als Elternschaftsform nicht ausgeblendet werden dürften: Robbers in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 47a.

¹³⁴ Statt vieler explizit Brosius-Gersdorf in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 134 f. „intrainstitutionelles Diskriminierungsverbot“.

Familie gerade die *reale Vielfalt an Elternschafts- und Familienmodellen* unsichtbar. Besonders bedenklich sind die angeführten Leitbilder vor dem Hintergrund, weil sie – wie oben umfassend herausgearbeitet unter Kenntnisnahme von Wertungswidersprüchen mit der Realität – in aller Regel als *Mittel* genutzt werden, *um* gleichgeschlechtliche Lebens- und Familienmodelle nicht anzuerkennen. Dies kollidiert mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG. Letztlich entspricht es nicht einem modernen, liberalen und pluralen Staatsverständnis, die gesellschaftliche Reproduktion über eine normativ privilegierte private Lebensform, die verschiedengeschlechtliche Ehe, fördern zu wollen.¹³⁵ Es verwundert folglich nicht, dass bei einer Verortung von Reproduktion im Eheschutz eine Vielzahl von reproduktiven Belangen des Einzelnen unberücksichtigt bleiben: etwa der Kinderwunsch außerhalb einer Partnerschaft oder Entscheidungen während der Schwangerschaft und der Geburt aus Perspektive der Frauen, die mit einer Vielzahl von rechtlich relevanten Entscheidungssituationen (Aufklärung, Einwilligung, Interventionen, vgl. §§ 630 c, d, e BGB) konfrontiert sind.

f) Methodik der Verfassungsinterpretation

Die *methodische* Herangehensweise einer ehebasierten Perspektive auf den Lebensbereich der Reproduktion setzt sich der Kritik aus, keine überzeugenden Antworten auf individuelle Freiheiten im Lichte gesellschaftlichen Wandels und medizintechnischen Fortschritts auf dem Gebiet der Fortpflanzung liefern zu können. Der ehebasierte Ansatz ist sich „deutlicher Veränderungen der sittlichen Maßstäbe und der gesellschaftlichen Praxis“ unter Hinzuziehung der empirischen Befundlage bewusst, will jedoch aus den „tatsächlichen Gegebenheiten“ nicht den Schluss zulassen, „dass der sittliche Wert und die elementare gesellschaftliche Bedeutung der Ehe als rechtlich gesicherte und geformte Lebensgemeinschaft von Mann und Frau und ihre unverfügbare Notwendigkeit für die Familie und die Pflege und Erziehung der Kinder hinfällig geworden

¹³⁵ Vgl. Heiderhoff in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 1; Wapler, Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, 2015, 27 f.; ebenso ablehnend: Reinke, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, 143; Klein, Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls, 2019, 42 ff., 51 ff.; im Ergebnis ebenso vor dem Hintergrund einer dogmatischen Entkopplung von Ehe und Familie Brosius-Gersdorf in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 115, 117, siehe auch Rn. 43, 45, 129; Coester-Waltjen in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 222–236 (224); Heiderhoff in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 228; Müller-Terpitz in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Auflage 2018, Art. 6 GG Rn. 2.

wären“.¹³⁶ Zwar hält einzig *Badura* weiterhin an einer Verfassungsinterpretation fest, nach der ausschließlich der verschiedengeschlechtlich *ehelichen Familie* und nicht weiteren Familienmodellen vollwertiger Grundrechtsschutz zukomme.¹³⁷ Doch auch Autoren, welche – im Einklang mit der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – den Familiengrundrechtsschutz abseits der Ehe gewähren, plädieren in Kenntnis von und unter Bezugnahme auf gesellschaftlichen Wandel dafür, an dem verfassungsrechtlichen *Leitbild* der Ehe als Reproduktionsgemeinschaft trotz der veränderten Realitäten festzuhalten, weil sie aus dem Status der Ehe ableiten, dass (nur) damit die Entfaltungschancen der Kinder am besten gewahrt werden würden.¹³⁸ Diese Haltung offenbart einen legitimen Wunsch nach geordneten Verhältnissen, liefert allerdings im Ergebnis wenig inhaltlich überzeugende Antworten auf empirische Erkenntnisse und lässt eine Anerkennung *gleicher individueller Freiheiten* in einem liberalen Verfassungsstaat vermissen. Zu Recht verweist *Heiderhoff* darauf, dass die „Veränderung tatsächlich gelebter sozialer Verhaltensformen und deren Akzeptanz in der Gesellschaft“ gerade „Rückwirkungen auf die betroffenen Grundrechte haben“ müssen.¹³⁹ Denn würden die Grundrechte diesen gesellschaftlichen Wandel unbeachtet lassen, „wäre insbesondere ihre Abwehrfunktion geschwächt oder liefe im schlimmsten Fall ins Leere. Aber auch die Institutsgarantie – und, was selten erwähnt wird, sogar die wertentscheidenden Grundsätze – müssen entwicklungsfähig sein und an die realen Verhältnisse und veränderten Wertvorstellungen der Gesellschaft angepasst werden“.¹⁴⁰ Denn durch diese dynamische Verfassungsinterpretation entsteht „nicht etwa Instabilität, sondern der Schutz wird gerade erst stabilisiert“.¹⁴¹

¹³⁶ *Badura* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Januar 2019, Werkstand: 95. EL Juli 2021, Art. 6 Rn. 54, vgl. auch Rn. 36–39a.

¹³⁷ *Badura* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Januar 2019, Werkstand: 95. EL Juli 2021, Art. 6 Rn. 54, 71.

¹³⁸ v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 6 insb. Fn. 35, Rn. 15, Rn. 50; *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 4 ff., insb. 4.1; *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 17 f., relativierend aber Rn. 47, 47a; dezidiert anders *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 1, insb. Rn. 9, siehe auch Rn. 10 ff., 53.; *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 25.

¹³⁹ *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 9.

¹⁴⁰ *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 9.

¹⁴¹ *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 9.

III. Reproduktive Freiheiten als Bestandteil des Familiengrundrechts (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG)

Zahlreich wird im Rahmen des Familiengrundrechts (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) auf einen verfassungsrechtlichen Schutz der Familiengründungsfreiheit¹⁴² oder eines Rechts auf Fortpflanzung¹⁴³ hingewiesen, bei dem – im Einklang mit der gefestigten jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – die grundrechtlichen Gewährleistungen des Familiengrundrechts vom verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe entkoppelt werden.¹⁴⁴ Als zentrales Argument für den Einbezug reproduktiver Freiheiten in das Familiengrundrecht wird angeführt, dass Art. 6 Abs. 1 GG nicht nur die bestehende Familie schütze, sondern auch den vorgelagerten Akt der *Familiengründung*.¹⁴⁵

1. Gewährleistungsgehalt

Bei einer Verankerung im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG wird allerdings ebenfalls unterschiedlich beurteilt, wem dieses Recht in welchen Fällen wie stark zukommen soll.

Den ehebasierten Positionen am nächsten kommt *Robbers*, der – wie bereits dargelegt – grundsätzlich von einem verfassungsrechtlichen Leitbild ausgeht, wonach die Ehe weiterhin die Grundlage der Familie bilde und die Familie grundsätzlich aus der Ehe erwachse.¹⁴⁶ Allerdings kritisiert *Robbers* mit guten Gründen die Annahme einer Reproduktionsfunktion der Ehe.¹⁴⁷ Aus diesem Grund und gerade abweichend von den anderen Vertretern des ehebasierten

¹⁴² *Koppernock*, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997, 139, 141, 143 f.; *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 115; *Coester-Waltjen* in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012 (Vorausgabe), Art. 6 Rn. 32; *Hufen*, MedR 2001, 440–451 (442); *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 79, 92; *Baer*, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), 290–354 (321); *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (12 f.).

¹⁴³ *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, 143, 145; *Müller-Terpitz* in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Auflage 2018, Art. 6 GG Rn. 1 f.; *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 222–236 (222 [„Fortpflanzungsfreiheit“]); *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (13).

¹⁴⁴ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 43; *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 228; in diese Richtung auch *Jarass* in: Jarass/Pieroth, 16. Auflage 2020, Art. 6 Rn. 2.

¹⁴⁵ *Heun* in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, 2008, 49–61 (52); *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, 135 m. w. N. in Fn. 15; *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (12).

¹⁴⁶ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 17.

¹⁴⁷ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 47, 47a.

Ansatzes ordnet *Robbers* die „Freiheit zur Familiengründung“ dem Familien Grundrecht (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) zu.¹⁴⁸ Allerdings versteht er diese Freiheit als „Entscheidung der Grundrechtsberechtigten über die Zahl der Kinder und wann sie sie bekommen wollen“.¹⁴⁹ Ein „Verbot, Kinder zu bekommen“, sowie „Maßnahmen, die die Bereitschaft mindern, Kinder zu haben“, stellen seiner Auffassung nach grundsätzlich einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG dar.¹⁵⁰ Damit versteht *Robbers* die Freiheit zur Familiengründung ausschließlich als positive Freiheit, und zwar personell paarbezogen und inhaltlich ähnlich restriktiv wie dies von ehebasierten Ansätzen vertreten wird.¹⁵¹

Heun verortet das Recht auf Fortpflanzung, verstanden als „die Entscheidung für eigene Kinder“, zwar primär im allgemeinen Persönlichkeitsrecht.¹⁵² Nach seiner Auffassung ist dieses Recht dann allerdings zusätzlich durch das Recht auf Familiengründung (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) und bei verheirateten Personen durch die Ehegestaltungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG) verstärkt.¹⁵³

Hillgruber unterscheidet bei der Inanspruchnahme von reproduktionsmedizinischen Verfahren ähnlich zwischen einer Familiengründungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) und einem (engeren) Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), das er synonym als Fortpflanzungsfreiheit bezeichnet.¹⁵⁴ Die Familiengründungsfreiheit umfasst demnach auch den Zugang zu technisch möglichen reproduktionsmedizinischen Verfahren.¹⁵⁵ Nach seiner Konzeption umfasst die Familiengründungsfreiheit „die Fortpflanzung, mit dem Ziel, mit dem daraus hervorgehenden Kind in tatsächlicher familiärer Gemeinschaft zu leben“.¹⁵⁶ Dieses Recht komme auch „Alleinstehenden und Homosexuellen“ zu.¹⁵⁷ Umgekehrt komme dann ein Schutz über das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder die allgemeine Handlungsfreiheit in Betracht, wenn „die Fortpflanzung Selbstzweck ist“.¹⁵⁸ Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung versteht *Hillgruber* dann als „die Freiheit der

¹⁴⁸ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 92.

¹⁴⁹ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 92.

¹⁵⁰ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 92.

¹⁵¹ Vgl. *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 26; v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 30 Fn. 221.

¹⁵² *Heun* in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, 2008, 49–61 (51).

¹⁵³ *Heun* in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, 2008, 49–61 (51 f.); ähnlich bereits *Koppernock*, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997, 142 f.; *Hieb*, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, 2005, 24 f.

¹⁵⁴ *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (12 ff.).

¹⁵⁵ *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (13).

¹⁵⁶ *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (13).

¹⁵⁷ *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (13).

¹⁵⁸ *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (13).

individuellen Entscheidung für die (natürliche oder künstliche) Fortpflanzung (mit einem dafür geeigneten Partner)¹⁵⁹. Dieses Recht auf reproduktive Selbstbestimmung sei subsidiär zum Recht auf Familiengründung (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG).¹⁶⁰ Bei der Inanspruchnahme von Dritten (Eizellspende, Samenspende oder Leihmutterchaft) mache nach seiner Konzeption nur der intendierte Elternteil, dessen Samen oder Eizelle bei der Zeugung verwendet werden, von seiner Fortpflanzungs- und Familiengründungsfreiheit Gebrauch, während der andere intendierte Elternteil sich nur auf die Familiengründungsfreiheit berufen könne.¹⁶¹ *Heiderhoff* differenziert ebenfalls zwischen einem Recht auf Fortpflanzung (Art. 6 Abs. 1 GG) und einem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG).¹⁶² Das Recht auf Fortpflanzung wird verstanden als „Recht für Mann und Frau [...] grundsätzlich von staatlichen Regelungen unabhängig eine Familie gründen zu können“.¹⁶³ Eine staatliche Geburtenkontrolle, Zwangssterilisationen oder ein Schwangerschaftsabbruch ohne Einwilligung verstießen demnach gegen das Recht auf Fortpflanzung (Art. 6 Abs. 1 GG).¹⁶⁴ Sofern es allerdings um die Inanspruchnahme von reproduktionsmedizinischen Verfahren geht, plädiert *Heiderhoff* dafür, diesen Teilbereich als Recht auf reproduktive Selbstbestimmung unter den verfassungsrechtlichen Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu stellen, weil in diesen Fällen deutlich werde, „wie sehr der Kinderwunsch Ausfluss des Persönlichkeitsrechts“ sei.¹⁶⁵

Brosius-Gersdorf sieht von der *Familiengründungsfreiheit* (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) das positive Recht umfasst, autonom zu entscheiden, wann und mit welchem Partner eine Familie gegründet werden soll und wie viele Kinder gewünscht sind, und ebenso das negative Recht, keine Familie zu gründen.¹⁶⁶ Aus der negativen Familiengründungsfreiheit sei kein Recht abzuleiten, sein Kind anonym zur Welt zu bringen.¹⁶⁷ Etwaige weitere Teilbereiche der negativen Familiengründungsfreiheit werden nicht erörtert. Als Eingriffe in die positive Familiengründungsfreiheit werden erwähnt und kritisiert das Beischlafverbot zwischen verschiedengeschlechtlichen Geschwistern (§ 173 Abs. 2 GG)¹⁶⁸ sowie Zwangsterilisationen (§ 1905 BGB)¹⁶⁹. Von der positiven Familiengründungsfreiheit sieht *Brosius-Gersdorf* allerdings gerade deutlich weitergehend

¹⁵⁹ *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (14).

¹⁶⁰ *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (14).

¹⁶¹ *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (14).

¹⁶² *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 228.

¹⁶³ *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 228.

¹⁶⁴ *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 228.

¹⁶⁵ *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 228.

¹⁶⁶ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 115, 117.

¹⁶⁷ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 115.

¹⁶⁸ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 116.

¹⁶⁹ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 127.

als etwa *Robbers* auch die Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren, inklusive der *post-mortem* Befruchtung und auch unter Hinzuziehung von freiwillig handelnden Dritten, wie Samenspender, Eizellspenderin und Leihmutter, umfasst, deren einfachgesetzlichen Verboten sie weitestgehend kritisch gegenübersteht.¹⁷⁰

Coester-Waltjen versteht das *Recht auf Fortpflanzungsfreiheit* grundsätzlich als Freiheit eines Paares, das sie in Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG und Art. 6 Abs. 4 GG verortet.¹⁷¹ Die negative Fortpflanzungsfreiheit umschreibt *Coester-Waltjen* dabei als „kein Zwang, Kinder zu zeugen“, und die positive Freiheit als „kein Verbot, Kinder zu zeugen“. ¹⁷² Persönlichkeitsrechte einer aktuell oder potentiell schwangeren Frau wirken nach *Coester-Waltjen* wiederum über die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) in die Fragen der Entscheidungskompetenz hinein.¹⁷³ Zur *negativen* Fortpflanzungsfreiheit zählen nach ihrer Auffassung die Entscheidung über einen Schwangerschaftsabbruch¹⁷⁴ und die Präimplantationsdiagnostik.¹⁷⁵ Als Einschränkungen der *positiven* Fortpflanzungsfreiheit werden das strafrechtliche Inzestverbot (§ 173 Abs. 2 StGB)¹⁷⁶, die (grundsätzliche) Unzulässigkeit von *Sterilisationen* (§ 1631c BGB, § 1905 BGB)¹⁷⁷ wie die im Embryonenschutzgesetz verankerten Verbote der Eizellspende, Leihmutterchaft und Embryonenspende diskutiert, denen sie offenbar kritisch gegenübersteht.¹⁷⁸

2. Würdigung

Inhaltlich überzeugt, dass das Familiengrundrecht grundsätzlich auch den vorgelagerten Akt der Gründung einer Familie schützt. Bei einer Verortung im Familiengrundrecht (Art. 6 Abs. 1 GG) wird allerdings von manchen Stimmen die Ehe weiterhin als privilegierte Institution für die Fortpflanzung betrachtet.

¹⁷⁰ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 117 f.

¹⁷¹ *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 222–236 (223 f.).

¹⁷² *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 222–236 (223 f.).

¹⁷³ *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 222–236 (224).

¹⁷⁴ *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 222–236 (224).

¹⁷⁵ *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 222–236 (231).

¹⁷⁶ *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 222–236 (224).

¹⁷⁷ *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 222–236 (224).

¹⁷⁸ *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 222–236 (226, 229 f.).

Dies birgt – wie bei den ehebasierten Positionen – die Gefahr eines ungleichwertigen Grundrechtsschutzes von individualrechtlichen Freiheiten.

Problematisch bei einer Verankerung im Familiengrundrecht (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) ist weiter, dass zum Teil nur positive Freiheiten erörtert werden und seltener die negativen reproduktiven Freiheiten überhaupt Erwähnung finden. Daneben ist das Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft auch bei einer Verankerung im Familiengrundrecht (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) nicht abschließend geklärt.

Wer allerdings eine individualfreiheitsrechtliche und dem Einzelnen zukommende Verfassungsinterpretation des Familiengrundrechts (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) befürwortet, setzt sich keinen weiteren freiheits- und gleichheitsrechtlichen Bedenken aus.

IV. Reproduktion als Bestandteil des Elternrechts (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG)

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gewährt ein Grundrecht der Eltern und statuiert zugleich eine korrespondierende Pflicht zur Pflege und Erziehung ihrer Kinder.¹⁷⁹ Dieses Zusammenspiel von „Recht“ und „Pflicht“ im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 GG wird auch als „Elternverantwortung“ bezeichnet.¹⁸⁰ Systematisch ist Art. 6 Abs. 2 GG *lex specialis* zum Familienschutz.¹⁸¹

Nachfolgend wird danach gefragt, ab welchem Zeitpunkt das verfassungsrechtliche Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) seinen Schutz entfaltet. Konkret steht zur Frage, ob das Elternrecht bereits ab der Zeugung verfassungsrechtlichen Schutz entfaltet („präinatales Elternrecht“), – und somit bereits vor der Geburt –, und zudem, ob und wem ein etwaiges Elternrecht bzw. „Elternverantwortung“ für den Embryo zukommt. Diese Frage lag auch dem Bundesverfassungsgericht in einer vom Gericht nicht angenommenen Verfassungsbeschwerde aus dem Jahr 2017 vor.¹⁸² Der Beschwerdeführer wandte sich an das Bundesverfassungsgericht, nachdem er von den Fachgerichten mit einer „pränatalen Vaterschaftsfeststellung“ für mehrere kryokonservierte Embryonen gescheitert war. Diese in einer kalifornischen Fortpflanzungsklinik kryokonservierten Embryonen wurden nach seiner Aussage mit seinen Samenzellen und den Eizellen einer Eizellenspenderin in Kalifornien erzeugt und sollten durch

¹⁷⁹ Brosius-Gersdorf in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 142; Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, 108.

¹⁸⁰ Vgl. grundlegend BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 1968 – 1 BvL 20/63 –, juris Rn. 57; Robbers in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, GG, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 149, 155.

¹⁸¹ v. Coelln in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 53; Heiderhoff in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 100.

¹⁸² BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 11. Januar 2017 – 1 BvR 2322/16.

ebenfalls in den USA lebende Leihmütter „zur Geburt geführt werden“.¹⁸³ Die Zweite Kammer des Ersten Senats ließ dann allerdings in dem Nichtannahmebeschluss offen, ob das Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG in diesem Fall Schutz entfaltet.¹⁸⁴ In der Begründung des Nichtannahmebeschlusses heißt es, dass es in diesem Verfahren keiner Erklärung bedürfe, (1) ob sich die verfassungsrechtliche Schutzverantwortung des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG auf kryokonservierte Embryonen erstrecke, (2) ob danach sicherzustellen wäre, dass die Embryonen „einer Geburt zugeführt werden“ und (3) ob eine solche etwaige Schutzverantwortung nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG in erster Linie dem Mann obläge, mit dessen Spermazellen die kryokonservierten Embryonen geschaffen wurden.¹⁸⁵ Das Bundesverfassungsgericht ließ damit mehrere Fragen für den Fall einer etwaigen Interessenvertretung von Embryonen offen, gab aber sichtlich zu verstehen, dass es sich hierbei um nicht bedeutungslose und auch um verfassungsrechtlich ungeklärte Fragestellungen handelt. In der Verfassungsrechtsliteratur wird, soweit ersichtlich, diese Entscheidung bisher kaum rezipiert oder kontrovers diskutiert. Dennoch finden sich viele Stimmen, die – abseits des Nichtannahmebeschlusses – Fragen eines etwaigen Elternrechts bzw. einer Elternverantwortung ab Zeugung im Rahmen des Art. 6 Abs. 2 GG diskutieren.

1. Gewährleistungsgehalt

Der ganz überwiegende Teil der Kommentarliteratur plädiert in der Tat für einen verfassungsrechtlichen Schutz des Elternrechts bereits für den Zeitpunkt ab Zeugung des Embryos, und damit nicht erst ab Geburt des Kindes.¹⁸⁶ Höf-

¹⁸³ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 11. Januar 2017 – 1 BvR 2322/16 –, juris Rn. 2.

¹⁸⁴ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 11. Januar 2017 – 1 BvR 2322/16 –, juris Rn. 10. Das Gericht deutete jedoch „für die Möglichkeit einer Pflegschaft zur Wahrung der Interessen auch des extrakorporal aufbewahrten Embryos“ eine (analoge) Anwendung der §§ 1912, 1913 BGB an, ebd., Rn. 14.

¹⁸⁵ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 11. Januar 2017 – 1 BvR 2322/16 –, juris Rn. 10.

¹⁸⁶ Bejahend: *Stern*, Staatsrecht IV/1, 2006, 524; *Höfling* in: Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Auflage 2009, § 155 Rn. 65; *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 164; *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 155; *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (18); *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 58a; v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 52, 54 Fn. 449; *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 132; deutlich zurückhaltender und tendenziell ablehnend wohl *Jestaedt/Reimer* in: Bonner Kommentar, GG, 195. EL Dezember 2018, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 253 ff., insb. Rn. 254; explizit ablehnend: *Coster-Waltjen* in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012 (Vorauslage), Art. 6 Rn. 68; ebenso *Burg* in: Berliner Kommentar, GG, 22. EGL XII/07 Art. 6 Rn. 79.

ling begründet den Schutz des Elternrechts für die Fälle „natürlicher“ Elternschaft ab dem Zeitpunkt, „in dem kindliches Leben zu existieren anfängt“, was nach seiner Auffassung „mit dem (Beginn) der Befruchtung“ der Fall ist.¹⁸⁷ *Brosius-Gersdorf* ist der Auffassung, das Elternrecht gelte ab der Zeugung und während der gesamten Schwangerschaft, was etwa auch Entscheidungen über eine medizinische Behandlung des Fötus umfasse.¹⁸⁸ Entscheidungen über einen Schwangerschaftsabbruch werden dagegen überwiegend nicht als vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 GG umfasst angesehen.¹⁸⁹

Dagegen sehen andere Stimmen Eizellspenderin oder Samenspende in der „Elternverantwortung“ (Art. 6 Abs. 2 GG).¹⁹⁰ Nach *Hillgruber* hätten Eizellspenderin und Samenspende mit der Einwilligung in eine Behandlungsmethode „Elternverantwortung“ übernommen, „der sie sich nicht nachträglich wieder willkürlich entziehen“ dürften.¹⁹¹ Diese „Elternverantwortung“ konkretisiere sich bei der Eizellspenderin „in einer grundsätzlichen – nur unter dem Vorbehalt der nach den Indikationstatbeständen beim Schwangerschaftsabbruch zu bestimmenden Zumutbarkeit stehenden, das heißt in Ausnahmefällen aufgehobenen – Pflicht, sich den so erzeugten Embryo übertragen zu lassen, um das Kind zu gebären und ihm das Leben zu schenken“.¹⁹² *Hillgruber* geht damit von einer grundsätzlichen „Rechtspflicht“ der Geburtszuführung aus, wenn es weiter heißt, dass es sich bei dieser Pflicht um eine „flankierende Ergänzung des grundsätzlichen Verbots des Schwangerschaftsabbruchs und der grundsätzlichen Rechtspflicht zum Austragen des Kindes“ handele.¹⁹³ Allerdings sei diese Pflicht „nicht erzwingbar“, weil insofern das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) und die Menschenwürde der Frau (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG) entgegenstünden.¹⁹⁴ Es sei allerdings verfassungsrechtlich geboten, den Embryo auf eine „andere Frau“ im Sinne einer „Ersatzmutter“ zu übertragen, um diesem „eine Entwicklungschance und weitere Lebensperspektive“ zu geben.¹⁹⁵

¹⁸⁷ *Höfling* in: Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Auflage 2009, § 155 Rn. 65.

¹⁸⁸ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 164.

¹⁸⁹ Generell ablehnend: *Höfling* in: Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Auflage 2009, § 155 Rn. 65; *Jestaedt/Reimer* in: Bonner Kommentar, GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 254; *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 132; jedenfalls für Fälle ablehnend, in denen der Abbruch dem Willen der Eltern entspricht: *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 164; dagegen bejahend: *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 58a; wohl auch v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 54 Fn. 449.

¹⁹⁰ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 156; *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (18).

¹⁹¹ *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (18).

¹⁹² *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (18).

¹⁹³ *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (18).

¹⁹⁴ *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (18).

¹⁹⁵ *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (18 Fn. 72).

Festzuhalten bleibt, dass ein verfassungsrechtlicher Schutz des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG überwiegend bereits ab der Zeugung angenommen wird, allerdings scheint es bisher völlig ungeklärt zu sein, welcher Person oder welchen Personen ein etwaiges Elternrecht ab Zeugung zukommen sollte. Offen ist damit, wer als Grundrechtsträger des Elternrechts vor Geburt gelten sollte.

2. Würdigung

Richtigerweise entfaltet das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) erst ab dem Zeitpunkt der Geburt eines Kindes verfassungsrechtlichen Schutz.¹⁹⁶ Eine Interpretation einer elterlichen Grundrechtsposition ab Zeugung ist insofern Ausdruck einer in der Verfassungsrechtswissenschaft dominierenden embryozentrierten Perspektive auf den Lebensbereich der Reproduktion. Denn die weit verbreitete Auffassung, das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) entfalte bereits verfassungsrechtlichen Schutz ab der Zeugung des Embryos, überdehnt bereits den eindeutigen Wortlaut der Norm („Kinder“, „Erziehung“, „Pflege“).¹⁹⁷ Der verfassungsrechtliche Elternbegriff setzt als Bezugsobjekt zunächst ein „Kind“ voraus.¹⁹⁸ Die einfachgesetzliche Rechtslage ist zwar insofern gerade nicht bindend für die Verfassungsinterpretation, allerdings beginnt auch nach den einfachrechtlichen Vorschriften die elterliche Sorge (§ 1626 ff.) erst mit der Rechtsfähigkeit des Kindes, die ab dem Zeitpunkt der Geburt eintritt (§ 1 BGB).¹⁹⁹ Nach richtiger Auffassung ist ein Embryo, unabhängig ob *in utero* oder *in vitro*, allerdings gerade nicht bereits Kind im Sinne von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.²⁰⁰ Ebenso bringen die vom Grundgesetz den Eltern übertragenen Aufgaben, die „Erziehung“ und „Pflege“, unzweifelhaft zum Ausdruck, dass es sich um Tätigkeiten handelt, die gegenüber einem geborenen Kind wahrgenommen werden. Entscheidungen, wie etwa der Transfer eines kryokonservierten Embryos, aber auch jegliche Entscheidungen während der Schwangerschaft, wie auch insbesondere die Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden, lassen sich schwerlich als pflegerische oder gar erzieherische Tätigkeiten begreifen.²⁰¹ Eine Begründung des Elternrechts bereits vor der Geburt ist auch für den Einzelfall kaum handhabbar, weil unklar bleibt, wem welche Rechte

¹⁹⁶ Statt vieler *Coester-Waltjen* in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012 (Vorausgabe), Art. 6 Rn. 68; *Burgi* in: Berliner Kommentar, GG, 22. EGL XII/07 Art. 6 Rn. 79; in der Tendenz wohl auch *Jestaedt/Reimer* in: Bonner Kommentar, GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 253 ff., insb. Rn. 254.

¹⁹⁷ Vgl. ebenso *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 132, aber im Ergebnis dennoch bejahend.

¹⁹⁸ *Jestaedt/Reimer* in: Bonner Kommentar, GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 194, 250.

¹⁹⁹ *Jestaedt/Reimer* in: Bonner Kommentar, GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 253.

²⁰⁰ *Jestaedt/Reimer* in: Bonner Kommentar, GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 252: „„Kinder“ im Sinne von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sind somit in Bezug auf die als „Eltern“ bezeichneten Personen die (nicht nur im leiblichen Sinne verstandenen) Abkömmlinge ersten Grades.“

²⁰¹ Vgl. *Jestaedt/Reimer* in: Bonner Kommentar, GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 254.

bzw. Pflichten im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 GG überhaupt zukommen sollten.²⁰² Zudem läuft eine solche über den Wortlaut hinausgehende Interpretation des Art. 6 Abs. 2 GG besondere Gefahr, gerade die normierten Elternrechte umzukehren in Pflichten.²⁰³ Besonders eindrücklich bringt dies *Hillgruber* zum Ausdruck, dessen Vorschlag einer Pflicht zur Geburtszuführung von Embryonen dezidiert abzulehnen ist.²⁰⁴ Insbesondere sollte Elternverantwortung und ein damit einhergehendes staatliches Wächteramt (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) nicht dazu führen, etwaige Verhaltensanforderungen und -pflichten an schwangere Personen zu begründen.²⁰⁵

Zusammengefasst hat das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) nach Lesart dieser Arbeit somit keine reproduktiven Freiheiten zum Regelungsgegenstand, sondern entfaltet verfassungsrechtlichen Schutz erst ab Geburt eines Kindes. Etwaige Entscheidungen während der Schwangerschaft und der Geburt sind Gegenstand des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Alt. 2 GG) (dazu Kapitel 6).

V. Schwangerschaft, Geburt und Stillzeit als Teil des Schutz- und Fürsorgeanspruchs der Mutter (Art. 6 Abs. 4 GG)

Nach Art. 6 Abs. 4 GG hat jede Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft. Die Norm enthält ein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht auf Schutz und Fürsorge jeder Mutter, und zwar sowohl in einer abwehrrechtlichen²⁰⁶ als auch in einer leistungsrechtlichen Dimension²⁰⁷. Weiter enthält Art. 6 Abs. 4 GG einen bindenden Auftrag an den Gesetzgeber und stellt nicht nur einen unverbindlichen Programmsatz dar.²⁰⁸ Daneben enthält

²⁰² Vgl. ebenso *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 132, aber im Ergebnis dennoch bejahend.

²⁰³ *Jestaedt/Reimer* in: Bonner Kommentar, GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 254.

²⁰⁴ *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (18).

²⁰⁵ Kritisch wohl auch *Jestaedt/Reimer* in: Bonner Kommentar, GG, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 253.

²⁰⁶ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 211; *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 69; *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 199.

²⁰⁷ *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 69 m. w. N.

²⁰⁸ *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 198; *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 71; v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 91.

die Norm eine wertentscheidende Grundsatznorm²⁰⁹, womit vor allem auf Mutterschaft als „Leistung im Interesse der Gemeinschaft“²¹⁰ hingewiesen wird. Mit Blick auf einzelne individualrechtliche Entscheidungsfreiheiten scheint Art. 6 Abs. 4 GG allerdings in erheblichem Maße untertheoretisiert und führt in der Verfassungsrechtswissenschaft allgemein ein „Schattendasein“.²¹¹

1. Gewährleistungsgehalt

In personeller Hinsicht wird einhellig nicht nur die Mutter eines geborenen Kindes als Grundrechtsträgerin geschützt angesehen, sondern bereits die Schwangere.²¹² Dies geschieht zum Teil ohne eine Begriffsauseinandersetzung.²¹³ Nach *Kirchhof* sollte eine schwangere Frau sogar nicht als „werdende Mutter“ bezeichnet werden, sondern ab dem ersten Monat der Schwangerschaft als „Mutter“.²¹⁴ Vereinzelt wird jedoch zutreffender zwischen „werdender“ und „gewordener“ Mutter differenziert.²¹⁵

In sachlicher Hinsicht bezieht sich die Norm auf Belastungen, die mit Schwangerschaft und Mutterschaft zusammenhängen, womit (jedenfalls besonders) die speziellen Belastungen der biologischen Mutterschaft gemeint sind.²¹⁶ Umfasst sind damit der für diese Arbeit relevante Zeitraum der

²⁰⁹ *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 198; *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 72.

²¹⁰ *Coester-Waltjen* in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012 (Vorauslage), Art. 6 Rn. 105, 131; v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 92; *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 72; *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 198; sehr deutlich *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 279 („Fortbestand des Volkes“); dagegen explizit nicht erwähnend *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 211, 219 ff.

²¹¹ *Coester-Waltjen* in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012 (Vorauslage), Art. 6 Rn. 131. Siehe für einen Vorschlag einer grundrechtsdogmatischen Aufbereitung monographisch nur *Aubel*, Der verfassungsrechtliche Mutterschutz, 2003.

²¹² *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 70: „auch und gerade die Mutter des noch ungeborenen Kindes“; *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 196; *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 212.

²¹³ *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 70 m. w. N.

²¹⁴ *Kirchhof*, AöR 129 (2004), 542–583 (553).

²¹⁵ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 212; ähnlich *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 196.

²¹⁶ *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 68; *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 200; *Aubel*, Der verfassungsrechtliche Mutterschutz (2003), S. 127 ff.

Schwangerschaft und der Geburt sowie die der Regeneration dienende nachgeburtliche Ruhe und Pflege.²¹⁷ Die Norm wird überwiegend allerdings nur herangezogen, um auf den Schutz vor wirtschaftlichen und beruflichen Nachteilen hinzuweisen, wie etwa auf eine Gewährung von Mutterschaftsurlaub und -geld sowie Schutz vor Arbeitsplatzverlust während der Schwangerschaft und der Entbindung.²¹⁸ Mit Blick auf rechtliche Fragen der Geburt wird (nur) diskutiert, ob die Ermöglichung einer anonymen Geburt oder sog. Babyklappen von Art. 6 Abs. 4 GG umfasst sind.²¹⁹ Die Norm des Art. 6 Abs. 4 GG wird daneben als Recht der Frau, Mutter zu werden, begriffen.²²⁰ Mit Blick auf einen (möglichen) Schwangerschaftsabbruch wird der Norm – im Einklang mit der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung – ein Anspruch auf Schutz vor Abtreibungsdruck entnommen.²²¹ Die Norm wird damit als Verstärkung der Schutzpflicht für das werdende Leben (Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 2 GG) verstanden.²²² Besonders deutlich wird dieses Verständnis etwa bei *Kirchhof*, der für die Einführung eines staatlichen Kindergeldes für die Schwangerschaftsphase plädiert, und zwar mit dem Vorschlag, Gynäkologen zu verpflichten, dem Staat von der bevorstehenden Geburt zu berichten, falls die Schwangere sich hiermit einverstanden erklärt.²²³ Damit könne der Staat „den Schutzauftrag aus Art. 2 Abs. 2 GG, das ungeborene Leben zu schützen, mit neuer Tatkraft verfolgen“.²²⁴ *Kirchhof* folgert aus seiner embryozentrierten Auslegung des Art. 6 Abs. 1 und Abs. 4 GG, dass das von ihm vorgeschlagene in der Schwangerschaft erhaltene Kindergeld nicht zurückgezahlt werden müsse, wenn „das Kind gegen den Willen der Eltern stirbt“, also etwa „im vierten Monat der Schwangerschaft“.²²⁵ „Das Wohl des Kindes“ würde auch gefördert

²¹⁷ Explizit *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 215; v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 90.

²¹⁸ Vgl. *Aubel*, Der verfassungsrechtliche Mutterschutz (2003), 134 ff. m. w. N.; siehe auch *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 69.1; v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 91, 93; umfassender dagegen statt vieler: *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 217, 218, 222.

²¹⁹ Zum Meinungsstand v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 95 Fn. 700; *Coester-Waltjen* in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012 (Vorauslage), Art. 6 Rn. 109 Fn. 587.

²²⁰ Siehe so explizit *Coester-Waltjen* in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012 (Vorauslage), Art. 6 Rn. 109; *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 303.

²²¹ *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 6 Rn. 69a; *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 297, 303; *Coester-Waltjen* in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012 (Vorauslage), Art. 6 Rn. 109; v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 96.

²²² v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 96.

²²³ *Kirchhof*, AöR 129 (2004), 542–583 (553).

²²⁴ *Kirchhof*, AöR 129 (2004), 542–583 (553).

²²⁵ *Kirchhof*, AöR 129 (2004), 542–583 (554, Fn. 48).

werden, wenn eine Schwangerschaft aufgrund einer medizinischen Indikation abgebrochen werde; nicht jedoch „wenn das Kind aus anderen Gründen abgetrieben“ werde.²²⁶ *Brosius-Gersdorf* versteht dagegen statt vieler die Norm nicht als „Grundrecht im Interesse des Kindeswohls“, sondern weist darauf hin, dass das Schutz- und Fürsorgegebot des Art. 6 Abs. 4 GG auch für die Belastungen infolge eines gewählten Schwangerschaftsabbruchs gelte.²²⁷

Vereinzelt werden – im Rahmen des Art. 6 Abs. 4 GG – Aspekte *reproduktiver Freiheiten* erörtert: Nach *Robbers* stellt eine Zwangsabtreibung nicht nur einen Verstoß gegen das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) dar, sondern verstößt auch gegen das „Recht auf Mutterschaft“ nach Art. 6 Abs. 4 GG.²²⁸ *Coester-Waltjen* hält Zwangssterilisationen für ausnahmsweise mit Art. 6 Abs. 4 GG vereinbar, und zwar bei zu erwartender schwerwiegender Gefahren für die Betroffenen.²²⁹ Die Sterilisation sog. Einwilligungsunfähiger nach § 1905 BGB hält sie deshalb für mit Art. 6 Abs. 4 GG vereinbar.²³⁰ Daneben hält *Coester-Waltjen* den Ausschluss elterlicher Bestimmungsrechte zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs bei minderjährigen Personen für verfassungsgemäß.²³¹ Abseits der Kommentarliteratur entnimmt *Klimke* Art. 6 Abs. 4 GG ein Untermaßverbot für die Ausstattung der Geburtshilfeversorgung, welches zum Schutz der Mutter nicht unterschritten werden dürfe.²³² Das verfassungsrechtliche Schutz- und Fürsorgegebot sei im Kontext der Geburt als ein einheitliches Konzept zu verstehen, das nur durch adäquate Schutzstandards für Gebärende und entsprechende Fürsorgemaßnahmen erreicht werden könne.²³³ Die Bemessung der personellen und räumlichen Kapazitäten der Geburtshilfeeinrichtungen sollten anhand dieses Untermaßverbots erfolgen.²³⁴

2. Würdigung

In der überwiegenden Kommentarliteratur zu Art. 6 Abs. 4 GG kommt die in der Verfassungsrechtswissenschaft dominierende embryozentrierte Perspektive auf den Lebensbereich der Reproduktion besonders stark zum Ausdruck.

²²⁶ *Kirchhof*, AöR 129 (2004), 542–583 (554).

²²⁷ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 216.

²²⁸ *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 303. Allerdings nimmt *Robbers* dabei keine Stellung zu § 1905 BGB.

²²⁹ *Coester-Waltjen* in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012 (Vorauslage), Art. 6 Rn. 109.

²³⁰ *Coester-Waltjen* in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012 (Vorauslage), Art. 6 Rn. 109.

²³¹ *Coester-Waltjen* in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012 (Vorauslage), Art. 6 Rn. 109.

²³² *Klimke*, KJ 2020, 513–528 (523).

²³³ *Klimke*, KJ 2020, 513–528 (523).

²³⁴ *Klimke*, KJ 2020, 513–528 (523).

Dies beginnt bereits mit einer weitestgehend fehlenden begrifflichen Auseinandersetzung mit dem Terminus „Mutter“. Im Ergebnis schützt die Norm – jedenfalls nach offenbar einhelliger Auslegung in der Verfassungsrechtswissenschaft – auch bereits *schwangere* Personen, also solche, die im Begriff sind, Mutter zu werden. Allerdings werden die geschlechtsspezifischen Stereotype, die mit dem Begriff der Mutter einhergehen können, bisher bei der Verfassungsrechtsinterpretation des Art. 6 Abs. 4 GG kaum mitgedacht. Vielmehr wird Art. 6 Abs. 4 GG vor allem als „Recht auf Mutterschaft“, die im „Interesse der Gemeinschaft“ geschützt werde, verstanden. Sowohl eine embryozentrierte als auch eine bevölkerungspolitische Interpretation des Art. 6 Abs. 4 GG überschatten damit in der Regel individuelle Entscheidungsspielräume des Individuums und setzen sich in den (nicht) diskutierten Inhalten im Rahmen des Art. 6 Abs. 4 GG fort. Sofern man – entgegen dem Wortlaut der Grundrechtsnorm – der Auslegung folgt, dass sich der Schutz auch auf den vorgelagerten Bereich der Schwangerschaft und Geburt erstreckt, ließe sich das Schutz- und Fürsorgegebot des Art. 6 Abs. 4 GG, aus dem sich – unbestritten – ein bindender staatlicher Auftrag ableitet, vor allem für den Bereich einer angemessenen medizinischen Geburtsversorgung heranziehen.

VI. Reproduktive Freiheiten als Bestandteil des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG)

Einzelne Aspekte reproduktiver Freiheiten werden auch unter dem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) erörtert. Die dort enthaltenen Garantien sind unmittelbare Reaktion auf die menschenverachtenden Verbrechen des nationalsozialistischen Staates.²³⁵ Entstehungsgeschichtlich ausschlaggebend für die Schaffung eines Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) war es, eine zentrale reproduktive Freiheit zu sichern, nämlich staatliche Zwangssterilisationen zu verhindern.²³⁶

1. Gewährleistungsgehalt

Unbestritten stellen Zwangsterilisationen und -kastrationen einen unzulässigen Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1

²³⁵ Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Auflage 2020, Art. 2 Rn. 80; Kunig/Kämmerer in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 89.

²³⁶ v. Doemming/Füsslein/Matz, JöR n. F. Bd. 1 (1951), 56, 60; Ramm, JZ 1989, 861–874 (867 Fn. 51). Siehe auch Wapler in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 122, wonach das Verbot der Zwangssterilisation auch „zum historisch verbürgten Kernbestand der Menschenwürdenorm“ zählt.

Alt. 2 GG) dar.²³⁷ Vereinzelt wird inzwischen bei Zwangssterilisationen (§§ 1631c, 1905 BGB) und bei Zwangsabtreibungen auch ein Verstoß gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) der betroffenen Person angenommen.²³⁸ Eine erzwungene Schwangerschaft berührt neben weiteren Grundrechten ebenfalls die Menschenwürde der schwangeren Person.²³⁹

Ob weniger schwerwiegende Eingriffe im Kontext von Zeugung, Schwangerschaft und Geburt in den Schutzbereich des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) fallen, wird kaum erörtert. *Kunig/Kämmerer* wollen allgemeine, nicht mit Blick auf Schwangerschaft erörterte Ultraschalluntersuchungen, nicht als Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit ansehen, sehen allerdings in diesen Fällen unter Umständen das allgemeine Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt.²⁴⁰ Richtigerweise betreffen jegliche Maßnahmen, auch geringfügige nicht-invasive Untersuchungen während der Schwangerschaft und der Geburt, in aller Regel *auch* die Bestimmungsbezugnis über den eigenen Körper der schwangeren Frau und tangieren deshalb deren Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG).²⁴¹

Hufen verweist statt vieler darauf, dass jede Schwangerschaft die körperliche und psychische Integrität einer Frau berührt.²⁴² Eine schwangere Frau habe deshalb einen unmittelbar aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG fließenden Anspruch auf Schutz ihrer Gesundheit, auf Verhinderung von Gesundheitsgefährdungen und unzumutbaren Risiken im Verlauf einer Arztbehandlung oder Schwangerschaft.²⁴³ Dieser Gesundheitsschutz bleibe auch bis zur Geburt des Kindes „in allen Konflikten um Implantation, Schwangerschaft oder Abtreibung präsent“.²⁴⁴ Darüber hinaus schütze das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG das selbstbestimmte Verhalten der Frau im Kernbereich von Schwangerschaft und Geburt.²⁴⁵ Hierzu zähle auch die Möglichkeit, gendiagnostische Verfahren, in diesem Fall die Möglichkeit einer Präimplantationsdiagnostik, in Anspruch zu nehmen, weil erst dann eine eigenverantwortliche Entscheidung der Frau vor

²³⁷ *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 129; *Schulze-Fielitz* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 47.

²³⁸ *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 122, 131.

²³⁹ *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 130.

²⁴⁰ *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 118.

²⁴¹ Vgl. *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 47 f., 50 f., 55; *Lorenz* in: Bonner Kommentar, GG, 157. EL Juni 2012, Art. 2 Abs. 2 Rn. 457; a. A. *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 118.

²⁴² *Hufen*, MedR 2001, 440–451 (444).

²⁴³ *Hufen*, MedR 2001, 440–451 (444).

²⁴⁴ *Hufen*, MedR 2001, 440–451 (444).

²⁴⁵ *Hufen*, MedR 2001, 440–451 (444).

einer etwaigen Implantation möglich wäre.²⁴⁶ Der grundrechtliche Gesundheitsschutz der schwangeren Frau bedeute zum einen, dass Ärztinnen und Ärzte wie auch das „Arztrecht“ diesem Grundrecht der Frau Rechnung zu tragen haben.²⁴⁷ Dies bedeute zum anderen auch, dass der Staat einen rechtlichen Rahmen setzen müsse, der Gesundheitsschutz ermöglicht und das Selbstbestimmungsrecht auch der ratsuchenden Frau sicherstellt.²⁴⁸

2. Würdigung

Dem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) kommt in reproduktiven Belangen eine zentrale Rolle zu. Allerdings erörtert die überwiegende Kommentarliteratur bisher nur sehr vereinzelt reproduktive Belange des Individuums im Rahmen des Rechts auf körperliche Unversehrtheit. Unstreitig stellt die Verfügung über die eigene Reproduktionsfähigkeit (Sterilisation, Kastration) einen schweren und unter Umständen irreversiblen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) dar. Zutreffend wird deshalb bei besonders schweren Eingriffen, wie Zwangssterilisationen, Zwangsabtreibungen und erzwungenen Schwangerschaften, auch von einem Verstoß gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) ausgegangen.

Richtigerweise ist jegliches Verhalten im Bereich von Zeugung, Schwangerschaft und Geburt, das den Körper von Frauen betrifft, unter den Schutz des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) zu stellen (vgl. Kapitel 6). Daneben berühren sämtliche Entscheidungen über die eigene Reproduktionsfähigkeit und über das eigene Reproduktionsverhalten aufgrund ihrer weitreichenden Konsequenzen für das eigene Leben auch das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) (siehe dazu sogleich und Kapitel 6).

VII. Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet „die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen“.²⁴⁹ Das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte allgemeine Persönlichkeitsrecht, das sich auf die „freie Entfaltung“ (Art. 2 Abs. 1 GG) sowie die „Würde des Menschen“

²⁴⁶ *Hufen*, MedR 2001, 440–451 (444).

²⁴⁷ *Hufen*, MedR 2001, 440–451 (444).

²⁴⁸ *Hufen*, MedR 2001, 440–451 (444).

²⁴⁹ BVerfG, Beschluss vom 3. Juni 1980 – 1 BvR 185/77 –, juris Rn. 13; *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Auflage 2020, Art. 2 Rn. 36a, 39.

(Art. 1 GG) stützt, schützt als „unbenanntes Freiheitsrecht“²⁵⁰ Elemente der Persönlichkeit, die nicht bereits Gegenstand der besonderen Freiheitsrechte sind, diesen aber „in ihrer konstituierenden Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen“.²⁵¹

Reproduktive Belange des Individuums werden häufig und zunehmend in der Verfassungsrechtsliteratur dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) unterstellt.²⁵² Vornehmlich werden unter diesem Begriff die Regulierung derzeit einfach gesetzlich verbotener reproduktionsmedizinischer Verfahren diskutiert.²⁵³ Denn die assistierte

²⁵⁰ BVerfG, Beschluss vom 3. Juni 1980 – 1 BvR 185/77 –, juris Rn. 13.

²⁵¹ BVerfG, Beschluss vom 3. Juni 1980 – 1 BvR 185/77 –, juris Rn. 13; Beschluss vom 10. November 1998 – 1 BvR 1531/96 –, juris Rn. 42; Beschluss vom 13. Juni 2007 – 1 BvR 1550/03 –, juris Rn. 85; st. Rsp.; *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Auflage 2020, Art. 2 Rn. 36a.

²⁵² Bereits *Ramm*, JZ 1989, 861–874 (870 ff.); *Koppernock*, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997, 85 ff., 95 ff.; für die Kommentarliteratur: *Lorenz/Krönke* in: *Bonner Kommentar*, GG, 213. EL September 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 312–314; *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 63; *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 228; siehe auch *Heun* in: *Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst* (Hrsg.), *Umwege zum eigenen Kind*, 2008, 49–61 (51); *Coester-Waltjen* in: *Wiesemann/Simon* (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (insb. 229 ff.), *passim*; *Dethloff* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 229–238 (229 ff.); *Kersten*, NVwZ 2018, 1248–1254 (1249); *Wapler* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.) *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (190); *Siehr*, *Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?*, VVDStRL 78 (2019), 393–440 (369); *Sydow*, *Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Reproduktionsmedizin?*, VVDStRL 78 (2019), 361–392 (369); *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (13 f.); vgl. auch *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina*, *Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung*, 2019, 33–36. Die Verortung im allgemeinen Persönlichkeitsrecht findet inzwischen auch Eingang in die Ausbildungsliteratur: *Kingreen/Poscher*, *Staatsrecht II*, 37. Auflage 2021, Rn. 511.

²⁵³ Konstituierend *Ramm*, JZ 1989, 861–874 (870 ff.); *Lorenz/Krönke* in: *Bonner Kommentar*, GG, 213. EL September 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 313; *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 63; *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 228 f.; *Heun* in: *Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst* (Hrsg.), *Umwege zum eigenen Kind*, 2008, 49–61 (51); *Gassner/Kersten/Krüger et al.*, *Fortpflanzungsmedizingesetz*, 2013, 31 f.; *Coester-Waltjen* in: *Wiesemann/Simon* (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (insb. 229 ff.), *passim*; *Dethloff* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 229–238 (229 ff.); *Kersten*, NVwZ 2018, 1248–1254 (1249); *Wapler* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.) *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (190); *Siehr*, *Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?*, VVDStRL 78 (2019), 393–440 (369); *Sydow*, *Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Reproduktionsmedizin?*, in: VVDStRL 78 (2019), 361–392 (369); *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (13 f.); monographisch grundlegend *Hieb*, *Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts*, 2005, 15 ff., 33 ff.; weiter etwa *Jofer*, *Regulierung der Reproduktionsmedizin*, 2014, 161 ff.; *Dorneck*, *Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege*

Reproduktion ist in Deutschland restriktiv geregelt – insbesondere im europäischen Ländervergleich.²⁵⁴ Unter dem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung wird daneben auch der vom Gesetzgeber unzureichend regulierte Zugang zu erlaubten Verfahren, etwa der Samenspende, kritisiert.²⁵⁵ Lange Zeit wurde kontrovers diskutiert, ob und inwieweit die Inanspruchnahme gendiagnostischer Verfahren, wie etwa die Präimplantationsdiagnostik, vom Recht auf reproduktive Selbstbestimmung umfasst ist.²⁵⁶ Abseits der Kommentarliteratur wird im deutschsprachigen rechtswissenschaftlichen Diskurs unter dem Begriff der reproduktiven Selbstbestimmung auf die menschenrechtliche Dimension reproduktiver Rechte (Kapitel 5) Bezug genommen und es werden dementsprechend auch der Zugang zu sicheren und erschwinglichen Verhütungsmethoden wie auch Entscheidungsfreiheiten während der Schwangerschaft und der Geburt hierunter erörtert.²⁵⁷ Vereinzelt wird dafür plädiert, all diese Dimensionen gleichermaßen unter dem Begriff der reproduktiven Selbstbestimmung zu berücksichtigen.²⁵⁸ Diese Stimmen werden in der nachfolgenden Darstellung miteinbezogen.

ferenda, 2018, 69 f.; *Klein*, Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls, 68 ff.; vgl. auch *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina*, Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, 33–36.

²⁵⁴ Siehe zur Gesetzgebung zur Reproduktionsmedizin in Deutschland, Frankreich und Großbritannien mit Fokus auf die Hintergründe der einzelnen Regelungstechniken *Sydow*, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Reproduktionsmedizin?, in: *VVDStRL* 78 (2019), 361–392.

²⁵⁵ Statt vieler *Kersten*, *NVwZ* 2018, 1248–1254 (1251 f.); *Röthel* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 215–228 (insb. 219 f.); *Dethloff* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 229–238 (231); *Wapler*, *Die Öffnung der Ehe und ihre Folgen*, 2018, 15 ff., insb. 16 f.

²⁵⁶ Bejahend bereits *Koppernock*, *Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung*, 1997, 85 ff., 89, 93 f.; *Hufen*, *MedR* 2001, 440–451 (442–444); siehe auch etwa *Kersten*, *NVwZ* 2018, 1248–1254 (1249). Jeweils unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR: *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 7, 13, 14 f., 63 ff., 90 ff., 98; *Coester-Waltjen* in: *Wiesemann/Simon* (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (231). Monographisch etwa: *Landwehr*, *Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik*, 2017, insb. 31 ff., 43 ff. Dagegen weiterhin kritisch *Sacksofsky*, *Merkur* 859 (2020), 32–44 (42 ff.), *passim*; ebenso, aber aus anderer Perspektive *Hillgruber*, *JZ* 2020, 12–20 (18 f.).

²⁵⁷ *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 5, 11 f., 39, *passim*; *Wapler* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (186 ff.); *Sacksofsky*, *Merkur* 859 (2020), 32–44 (35 ff.); *Klein/Wapler*, *APuZ* 2019, 20–26; siehe zudem bereits *Baer*, *Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit*, *VVDStRL* 68 (2009), 290–354 (319–322, insb. 320, 353); *Wersig* in: *Foljanty/Lembke* (Hrsg.) *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Auflage 2012, 186–201 (186, 200).

²⁵⁸ Grundlegend *Ramm*, *JZ* 1989, 861–874 (863 ff.), allerdings noch ohne Verweis auf damalige menschenrechtliche Vorgaben; aus jüngerer Zeit: *Büchler*, *Reproduktive Autono-*

1. Gewährleistungsgehalt

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht steht in personeller Hinsicht als „Jedermann-Grundrecht“ allen natürlichen Personen offen. Damit steht das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts jeder einzelnen Person zu, und zwar unabhängig von der sexuellen Orientierung²⁵⁹, einer Behinderung²⁶⁰, des Alters²⁶¹ oder der Lebensform, etwa einer partnerschaftlichen Beziehung²⁶².

a) Freiheit, sich fortzupflanzen: Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren

Inzwischen lassen sich in der Verfassungsrechtswissenschaft zahlreiche Stimmen vorfinden, welche die Inanspruchnahme von reproduktionsmedizinischen Verfahren als Teil reproduktiver Selbstbestimmung unter verfassungsrechtlichen Schutz stellen.²⁶³ Während es eine Vielzahl an möglichen medizinischen

mie und Selbstbestimmung, 217, 29, *passim*; Wapler in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213; Coester-Waltjen in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (224, 231).

²⁵⁹ Kersten, *NVwZ* 2018, 1248–1254 (1249); Büchler/Clausen, *FamPra.ch* 2014, 231–273 (249); implizit Klein, *Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls*, 2019, 80, 82.

²⁶⁰ Explizit für Menschen mit „genetischen Belastungen oder sonstigen Risiken“: Hufen, *MedR* 2001, 440–451 (442).

²⁶¹ Klein, *Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls*, 2019, 83 f.; siehe auch Büchler/Clausen, *FamPra.ch* 2014, 82: „Der Rückgriff auf die ‚Natur‘ als Altersgrenze ist freilich im Kontext der medizinisch assistierten Fortpflanzung paradox, gilt es doch gerade die Bürden und Schwierigkeiten, welche die Natur der einzelnen Person auferlegt, zu überwinden.“

²⁶² Lindner in: Rosenau (Hrsg.), *Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland*, 2012, 127–152 (143); Gassner/Kersten/Krüger *et al.*, *Fortpflanzungsmedizinengesetz*, 2013, 32; Dorneck, *Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda*, 2018, 70; implizit Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), 2018, 104–147 (114 f.); Kersten, *NVwZ* 2018, S. 1248–1254 (1249): „allen Menschen ungeachtet ihres Familienstands“. Mit Blick auf die Zulässigkeit einer Samenspende bei alleinstehenden Frauen Bedenken äußernd: *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina*, *Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung*, 2019, 62 f. Solche Fragen stellen sich allerdings gerade nicht auf Schutzbereichsebene, sondern allenfalls auf der verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsebene.

²⁶³ Konstituierend Ramm, *JZ* 1989, 861–874 (870 ff.); Lorenz/Krönke in: *Bonner Kommentar*, GG, 213. EL September 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 313; Kunig/Kämmerer in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 63; Heun in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), *Umwege zum eigenen Kind*, 2008, 49–61 (51); Gassner/Kersten/Krüger *et al.*, *Fortpflanzungsmedizinengesetz*, 2013, 31 f.; Dethloff in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 229–238 (229 ff.); Kersten, *NVwZ* 2018, 1248–1254 (1249); Wapler in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.) *Autonomie im Recht*, 2018,

Methoden gibt, um eine Schwangerschaft herbeizuführen bzw. die Wahrscheinlichkeit von deren Eintritt zu erhöhen (siehe Kapitel 1, II.), ist jede Form der Eizelltransplantation von Eizellen Dritter (sog. Eizellspende), auch die sog. reziproke Befruchtung mit der Eizelle einer lesbischen Partnerin (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG) wie auch jede Variante der „Leihmutterschaft“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG; siehe auch §§ 13a, b, c, d AdVerMiG), in Deutschland gegenwärtig weiterhin einfachgesetzlich verboten. Die verfassungsrechtliche Frage scheint sich mit Blick auf die weiterhin verbotenen reproduktionsmedizinischen Verfahren insofern auf die Bedingungen und Grenzen der Reproduktionsmedizin verlagert zu haben, insbesondere wird diskutiert, welchen Handlungskorridor die Verfassung dem Gesetzgeber eröffnet und inwieweit es einen Regulierungsauftrag für den Gesetzgeber gibt.²⁶⁴ Nachfolgend geht es allerdings ausschließlich um die Darstellung der diskutierten Inhalte auf Schutzbereichsebene.

aa) Hinzuziehung ärztlicher Unterstützung

Eine Person, die ein reproduktionsmedizinisches Verfahren in Anspruch nehmen möchte, ist in der Regel auf die Hilfe von medizinischem Personal angewiesen.²⁶⁵ Dass die hierzu notwendige Inanspruchnahme von ihrerseits freiwillig handelnden Ärztinnen und Ärzten zum verfassungsrechtlichen Schutzbereich des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung zählt, ist inzwischen wei-

185–213 (190); *Siehr*, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?, VVDStRL 78 (2019), 393–440 (369); *Sydow*, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Reproduktionsmedizin?, VVDStRL 78 (2019), 361–392 (369); *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (13 f.); monographisch grundlegend *Hieb*, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, 2005, 15 ff., 33 ff.; weiter etwa *Jofer*, Regulierung der Reproduktionsmedizin, 2014, 161 ff.; *Dorneck*, Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda, 2018, 69 f.; *Klein*, Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls, 68 ff.; vgl. auch *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina*, Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, 33–36, nach der die Verortung nach Art. 6 Abs. 1 oder Art. 2 Abs. 1 Alt. 1 GG offengelassen wird.

²⁶⁴ Es lassen sich zahlreiche detaillierte Reformvorschläge vorfinden, siehe etwa bereits *Lindner* in: Rosenau (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, 2012, 127–152; *Sydow*, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Reproduktionsmedizin?, VVDStRL 78 (2019), 361–392 (369 f.); weitergehend *Kersten*, NVwZ 2018, 1248–1254 (1248); *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina*, Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019.

²⁶⁵ Eine Schwangerschaft lässt sich daneben mithilfe einer privaten Samenspende ohne koitalen Geschlechtsverkehr, mit technisch einfachen Mitteln und ohne ärztliche Assistenz herbeiführen (sog. Bechermethode).

testgehend unbestritten und wird selten überhaupt noch explizit in Frage gestellt.²⁶⁶ Unter dem Begriff eines Rechts auf Fortpflanzung als Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts plädiert etwa *Lorenz* für einen eigenständigen Schutz der freien Entscheidung über den Nachwuchs und über die Anzahl der Kinder.²⁶⁷ Nach *Lorenz* umfasst dieses Recht die Zeugung durch Geschlechtsakt wie auch die abwehrrechtliche Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren, und zwar ohne die „erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen“ zur Verfügung zu stellen.²⁶⁸ *Heun* versteht unter dem Recht auf Fortpflanzung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts „die Entscheidung für eigene Kinder“.²⁶⁹ Aufgrund des engen Bezugs zur eigenen Persönlichkeitsentfaltung und zur privaten Lebensgestaltung, so führt *Heun* weiter aus, stelle die Realisierung von Kinderwünschen einen elementaren Teil individueller Selbstverwirklichung dar und sei wesentlicher Ausdruck der eigenen Persönlichkeit, die von den engeren Persönlichkeitssphären erfasst werde, ohne dass der unantastbare Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erreicht würde.²⁷⁰ Hierzu zählt er jedenfalls die Inanspruchnahme homologer reproduktionsmedizinischer Verfahren, also die Verwendung eigener Spermien und Eizellen.²⁷¹ *Kunig/Kämmerer* beschränken diese Freiheit wohl ebenfalls auf homologe Verfahren, wenn sie von dem Recht als „Entscheidung über die Verwendung von Spermien und Eizellen in der Fortpflanzungsmedizin“ sprechen.²⁷² *Hillgruber* versteht das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung als „die Freiheit der individuellen Entscheidung für die (natürliche oder künstliche) Fortpflanzung (mit einem dafür geeigneten Partner)“.²⁷³ In einem häufig rezipierten Entwurf für ein neues Fortpflanzungsmedizingesetz wird das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung als positives oder negatives Recht über die eigene Fortpflanzung begriffen, das auch umfasst, „über das ‚Ob‘ und das

²⁶⁶ Zur früheren Diskussion siehe etwa *Hieb*, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, 2005, 25–29.

²⁶⁷ *Lorenz/Krönke* in: Bonner Kommentar, GG, 213. EL September 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 312.

²⁶⁸ *Lorenz/Krönke* in: Bonner Kommentar, GG, 213. EL September 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 313.

²⁶⁹ *Heun* in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, 2008, 49–61 (51). Nach seiner Auffassung ist dieses Recht zusätzlich durch das Recht auf Familiengründung (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) und bei verheirateten Personen durch die Ehegestaltungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG) verstärkt, ebd., 51 f.

²⁷⁰ *Heun* in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, 2008, 49–61 (51).

²⁷¹ *Heun* in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst t (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, 2008, 49–61 (51).

²⁷² *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 63.

²⁷³ *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (14). Nach seiner Auffassung ist das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung subsidiär zum Recht auf Familiengründung (Art. 6 Abs. 1 GG).

„Wie“ der Fortpflanzung zu entscheiden“.²⁷⁴ Denn die eigene Fortpflanzung gehöre zum Kern personaler Identität und Identitätsbildung.²⁷⁵

bb) Hinzuziehung von freiwillig handelnden Dritten

Ganz überwiegend wird das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung inzwischen weiter verstanden und auch die Inanspruchnahme von freiwillig handelnden Dritten, die am Reproduktionsvorgang beteiligt sind, hinzugezählt, was etwa die Inanspruchnahme einer Samen-, Eizell- oder Embryonenspende wie auch eine Leihmutter umfasst.²⁷⁶ Kersten sieht dementsprechend von dem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung die Freiheit umfasst, „alle zur Verfügung stehenden Methoden der medizinisch assistierten Reproduktion“ in Anspruch zu nehmen.²⁷⁷ Wapler versteht das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung umfassend als „jede Entscheidung, Kinder zu bekommen, ganz gleich auf welchem Wege“.²⁷⁸

cc) Differenzierung nach Indikationslagen

Verfassungsrechtlich wird bisher nur vereinzelt und wenig explizit erörtert, ob bei der assistierten Reproduktion, dies wird etwa bei der Samenspende relevant, weiter nach Gründen, warum Personen diese Verfahren anwenden, differenziert werden sollte, genauer, ob zwischen „medizinischer“ und „sozialer“ Indikation, worunter in der Regel gleichgeschlechtliche Frauenpaare oder alleinstehende Frauen fallen, unterschieden werden sollte.²⁷⁹

²⁷⁴ Gassner/Kersten/Krüger et al., Fortpflanzungsmedizingesetz, 2013, 31.

²⁷⁵ Gassner/Kersten/Krüger et al., Fortpflanzungsmedizingesetz, 2013, 31.

²⁷⁶ Bereits Ramm, JZ 1989, 861–874 (873 ff.); Hieb, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, 2005, 35; Gassner/Kersten/Krüger et al., Fortpflanzungsmedizingesetz, 2013, 33; Kersten, NVwZ 2018, 1248–1254 (1249); Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, 107–147 (115); Klein, Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls, 2019, 83 f.; Heiderhoff in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 228, 233; Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina, Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, 35.

²⁷⁷ Kersten, NVwZ 2018, 1248–1254 (1249).

²⁷⁸ Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, 107–147 (115); in diesem Sinne wohl auch Heiderhoff in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 228, 233.

²⁷⁹ Statt vieler unter dem Stichwort „Unfruchtbarkeit als Voraussetzung“ Dorneck, Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda, 2018, 84–88, allerdings im Ergebnis einschränkend (S. 85); Klein, Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls, 2019, 79 ff., die sich zu Recht gegen eine Differenzierung auf Schutzbereichsebene ausspricht. Diese Frage ist bedeutend für die Praxis und bisher unzureichend und uneinheitlich im ärztlichen

dd) Zukunftsoffenheit des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung

Zunehmend wird darauf hingewiesen, dass es sich bei dem Grundrecht auf reproduktive Selbstbestimmung um ein entwicklungs- und zukunfts offenes Grundrecht handele, das dynamisch konzipiert sei.²⁸⁰ Die Idee hinter einer entwicklungs offenen Konzeption ist, dass es fehlginge, in einem derart dynamischen Bereich wie der Reproduktionsmedizin den Schutzbereich von vornherein zu eng zu fassen, sodass neuere Entwicklungen nicht erfasst werden können. Deshalb sei – in der abwehrrechtlichen Dimension des Grundrechts – die *Inanspruchnahme* in Zukunft zu Verfügung stehender Verfahren und Behandlungsmethoden als ein legitimes, schützenswertes Interesse des Individuums unter den grundrechtlichen Schutz reproduktiver Freiheit gestellt.²⁸¹ Nicht umfasst ist davon ein – dann als Leistungsanspruch zu konzipierender – verfassungsrechtlicher Anspruch des Einzelnen gegenüber dem Gesetzgeber auf Einführung eines neuen Verfahrens.²⁸²

Berufsrecht geregelt. Zahlreiche berufsrechtliche Regelungen der Landesärztekammern sehen etwa ausschließlich eine Behandlung bei medizinischer Indikation vor. Ob bei gleichgeschlechtlichen Frauenpaaren oder auch bei alleinstehenden Frauen stets eine medizinische Indikation vorliegt, wird unterschiedlich beurteilt, siehe zur Diskussion im Niedersächsischen Landtag: LT Niedersachsen, Drs. 17/1718, 3 f. Siehe aber die Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion der Bundesärztekammer: Deutsches Ärzteblatt, 11.5.2018, A1–A22 (A2): Danach meint assistierte Reproduktion die ärztliche Hilfe zur Erfüllung des Kinderwunsches durch medizinische Behandlungen und Methoden, die die Handhabung menschlicher Keimzellen (Ei- und Samenzellen) oder Embryonen zum Zwecke der Herbeiführung einer Schwangerschaft umfasst. Hierunter fallen auch heterologe Inseminationen ohne vorherige hormonelle Behandlung (1.4. der RL, A.3).

²⁸⁰ Bereits andeutend *Ramm*, JZ 1989, 861–874 (874); explizit *Lindner* in: Rosenau (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, 2012, 127–152 (143); *Gassner/Kersten/Krüger et al.*, Fortpflanzungsmedizingesetz, 2013, 32 sowie *Kersten*, NVwZ 2018, 1248–1254 (1249), der diesen dynamischen Grundrechtsschutz (offenbar übertragend aus der umweltrechtlichen Debatte) als „Technikermöglichungs- und Technikentwicklungsrecht“ bezeichnet; siehe auch Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina, Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, 35.

²⁸¹ Vgl. *Gassner/Kersten/Krüger et al.*, Fortpflanzungsmedizingesetz, 2013, 32: „Jede nach dem medizinischen Stand künftig mögliche oder sinnvolle Maßnahme ist im Ausgangspunkt grundrechtsgeschützt.“

²⁸² Eine andere Auffassung vertritt statt vieler *Kersten*, NVwZ 2018, S. 1248–1254 (1249): „Der Staat muss das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung der Bürgerinnen und Bürgern aber nicht nur als Freiheitsrecht achten, sondern die Möglichkeit der individuellen Wahrnehmung dieses Freiheitsrechts auch gewährleisten. Insbesondere diese staatliche Schutzpflicht für die freie Entfaltung des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung zeigt, dass Technikrecht auch im Bereich der Fortpflanzungsmedizin Technikermöglichungs- und Technikentwicklungsrecht ist. Dies bedeutet, dass der Staat die Entwicklung von Techniken der medizinisch assistierten Reproduktion regulatorisch begleiten und fördern muss.“ Das

ee) Reproduktive Selbstbestimmung für die weiteren am Reproduktionsvorgang Beteiligten

Unterschiedlich beurteilt wird, ob sich die weiteren am Reproduktionsvorgang beteiligten Personen, also Leihmutter, Samenspender oder Eizellspenderin, ihrerseits auf das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung berufen können.²⁸³ Dies wird mit dem Argument bejaht, dass die Person, welche ihre Eizelle oder ihr Samen zur Verfügung stellt, jedenfalls in den Fortpflanzungsprozess eingebunden ist.²⁸⁴ Überwiegend wird allerdings vertreten, dass diese Personen gerade keine Familie gründen wollten und sich deshalb nicht auf das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung, sondern auf die allgemeine Handlungsfreiheit bzw. auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht berufen könnten.²⁸⁵

Recht auf reproduktive Selbstbestimmung begründe daher einen „Anspruch auf ein aktuelles Fortpflanzungsmedizinrecht“ (ebd., 1253).

²⁸³ Bejahend *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, 107–147 (112); *Dorneck*, Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda, 2018, 69; ähnlich *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, 138.

²⁸⁴ *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, 138: „Nimmt man allein die genetische Komponente von Fortpflanzung in den Blick, so wird man eine Partizipation der Eizellspenderin am Fortpflanzungsrecht schwerlich verneinen können. Gibt sie dagegen ihre Eizellen weiter, um einer anderen Frau zu einer Schwangerschaft zu verhelfen (was das grundsätzliche Motiv bei den meisten, jedenfalls aber bei altruistischen Spenden, sein dürfte), ermöglicht sie biologische Fortpflanzung (in dem zur genetischen Fortpflanzung unterscheidenden Sinne). Die Spenderin ist dann so eng in den Fortpflanzungsprozess eingebunden, dass sie normativ am Fortpflanzungsrecht teilhat“.

²⁸⁵ Für eine Verortung im allgemeinen Persönlichkeitsrecht: *Klein*, Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls, 2019, 69 m. w. N. Ebenfalls für eine Zuordnung der Handlung der Eizellspenderin oder der Leihmutterschaft zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht, jedoch unklar, ob als Recht auf reproduktive Selbstbestimmung: *Heun* in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, 2008, 49–61 (58). Für eine (grundsätzliche) Verortung in der allgemeinen Handlungsfreiheit: *Müller-Terpitz* in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Auflage 2018, Art. 6 GG Rn. 2: „Schutz durch Art 2 I (ggf. iVm. Art 1 I)“; *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (14); *Lindner* in: Rosenau (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, 2012, 127–152 (138 f.), der grundsätzlich das Verhalten eines Gametenspenders bzw. -spenderin der allgemeinen Handlungsfreiheit unterstellt; sofern die Leihmutter eigene Eizellen verwendet, erwägt er den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; ähnlich *Hieb*, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, 2005, 31 f., 35, die die Handlung des Samenspenders, der Eizellspenderin und grundsätzlich auch die Handlung einer Leihmutter der allgemeinen Handlungsfreiheit zuordnet; die Handlung der Leihmutter jedoch ausnahmsweise abhängig von deren persönlicher Motivation, etwa bei der „Verarbeitung einer früheren Abtreibung oder der Freigabe eines Kindes zur Adoption“, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zuordnen will.

b) Freiheit, sich (nicht) fortzupflanzen: Inanspruchnahme gendiagnostischer Verfahren

Lange Zeit wurde kontrovers diskutiert, ob die Inanspruchnahme gendiagnostischer Verfahren überhaupt verfassungsrechtlich zulässig ist.²⁸⁶ Inzwischen wird die Inanspruchnahme gendiagnostischer Verfahren als legitimes Interesse grundsätzlich grundrechtlich geschützt, allerdings sind hier neben dem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) bzw. dem Recht auf Fortpflanzung (Art. 6 Abs. 1 GG) weiter unterschiedliche Teilgehalte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Schutz der Intim- und Privatsphäre, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Offenbarung persönlicher Lebenssachverhalte zu entscheiden, das Recht auf Wissen ebenso wie das Recht auf Nichtwissen als Bedingungen selbstbestimmter Lebensgestaltung) sowie das Recht auf Leben und Gesundheit der Frau (Art. 2 Abs. 2 GG) relevant.²⁸⁷

Unterschieden werden muss zwischen einer Vielzahl an inzwischen technisch möglichen Verfahren.²⁸⁸ Einfachgesetzlich sind invasive wie nicht-invasive Methoden der *Pränataldiagnostik* erlaubt, also Methoden der „vorgeburtlichen“ Diagnostik, die während der Schwangerschaft durchgeführt werden können, um gezielt und frühzeitig Informationen über etwaige Beeinträchtigungen oder Erkrankungen des Fötus zu erhalten. Sowohl die Zulassung der Pränataldiagnostikmethoden als auch die Kostenübernahme durch die gesetzliche Krankenversicherung werden im Ergebnis verfassungsrechtlich unterschiedlich beurteilt, was allerdings nicht eine Frage der grundsätzlich geschützten reproduktiven Freiheit ist, sondern primär der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.²⁸⁹ Seit dem Jahr 2011 grundsätzlich verboten, aber in

²⁸⁶ Ausführlich *Deutscher Ethikrat*, Die Zukunft der genetischen Diagnostik – von der Forschung zur klinischen Anwendung, 2013, 73 f., insb. 149 ff., 153 ff. Bejahend bereits *Hufen*, MedR 2001, 440–451 (442–444); *ders.*, MedR 2017, 277–282 (278); siehe auch etwa *Kersten*, NVwZ 2018, 1248–1254 (1249) als Recht auf reproduktive Selbstbestimmung. Jeweils unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR bejahend: *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 7, 13, 14 f., 63 ff., 90 ff., 98; *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 222–236 (231). Dagegen weiterhin kritisch *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (42 ff.), *passim*; ebenso, aber aus anderer Perspektive *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (18 f.).

²⁸⁷ Siehe vertiefend *Hufen*, MedR 2001, 440–451. Siehe dort auch zu den diskutierten Grenzen der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), des Lebensrechts des Embryos (Art. 2 Abs. 2 GG) und dem Benachteiligungsverbot behinderter Menschen (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG).

²⁸⁸ Siehe dazu *Deutscher Ethikrat*, Die Zukunft der genetischen Diagnostik – von der Forschung zur klinischen Anwendung, 2013, 61 ff.

²⁸⁹ Gegen eine Zulassung etwa *Gärditz*, Gutachtliche Stellungnahme zur Zulässigkeit des Diagnoseprodukts „PraenaTest“ im Auftrag des Beauftragten der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen, 2012; gegen eine Beschränkung bzw. gegen ein Verbot und damit für die Zulässigkeit etwa *Hufen*, MedR 2017, 277–282. Politisch wie medial entfachte sich die Debatte erneut anlässlich der (nun in Einzelfällen möglichen) Kostenübernahme der

Ausnahmen zulässig, ist die *Präimplantationsdiagnostik*, also die genetische Untersuchung von Zellen eines nach assistierter Befruchtung gezeugten Embryos *in vitro* vor seiner Übertragung in die Gebärmutter (§ 3a ESchG). Die Präimplantationsdiagnostik wurde besonders vor ihrer Einführung kontrovers diskutiert.²⁹⁰

c) Freiheit, sich nicht fortzupflanzen: Inanspruchnahme von Verhütungsmitteln und einer freiwilligen Sterilisation

Unter dem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) findet die Freiheit, sich *nicht* fortzupflanzen, weitaus seltener Erwähnung als die Freiheit, sich fortzupflanzen, und zwar gerade, weil unter dem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung vornehmlich die einfachgesetzliche Rechtslage mit Blick auf die Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren kritisiert wird. Statt vieler verweist *Lorenz* auf eine Freiheit, sich nicht fortzupflanzen, im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die er auf das „eigene Verhalten“, das zur Entstehung oder Verhinderung von Nachwuchs führt, begrenzt.²⁹¹ Nach diesem von ihm zugrunde gelegten Abgrenzungskriterium ist er der Auffassung, dass die Inanspruchnahme von Verhütungsmitteln und die Entscheidung zu einer Sterilisation von diesem Recht auf Fortpflanzung umfasst sei, jedoch nicht die Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden.²⁹² *Kunig/Kämmerer* weisen ebenfalls darauf hin, dass die freiwillige Sterilisation als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geschützt sei.²⁹³

Abseits der Kommentarliteratur wurde von *Ramm* bereits vor mehr als drei Jahrzehnten darauf hingewiesen, dass die Freiheit, sich nicht fortzupflanzen, die Freiheit, „die Befruchtung zu verhindern“, umfasse, und damit Verhütungsmittel ohne Einschränkungen zu erwerben und anzuwenden, sowie die Freiheit,

nicht-invasiven Pränataldiagnostik (sog. „Bluttests“) durch die gesetzliche Krankenversicherung (2019).

²⁹⁰ Für einen Überblick zu den wesentlichen verfassungsrechtlichen Streitpunkten siehe *Deutscher Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik, 2011, 34–39. Der Ethikrat war seinerseits in der Beurteilung der Präimplantationsdiagnostik gespalten und verfasste ausnahmsweise zwei Voten. Für eine begrenzte Zulassung der Präimplantationsdiagnostik stimmten 13 Mitglieder, ebd., 80 ff., für ein gesetzliches Verbot stimmten 11 Mitglieder, ebd., 111 ff.; siehe auch *ders.*, Die Zukunft der genetischen Diagnostik – von der Forschung zur klinischen Anwendung, 2013, 73 f., 149 ff.; bereits früh für eine verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Präimplantationsdiagnostik etwa *Hufen*, *MedR* 2001, 440–451 (insb. 441 ff., 448 ff.); weiterhin ablehnend etwa *Sacksofsky*, *Merkur* 859 (2020), 32–44 (43 f.).

²⁹¹ *Lorenz/Krönke* in: *Bonner Kommentar*, GG, 213. EL September 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 314.

²⁹² *Lorenz/Krönke* in: *Bonner Kommentar*, GG, 213. EL September 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 309, 314.

²⁹³ *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 129.

sich sterilisieren zu lassen.²⁹⁴ Diese Freiheit konzipierte *Ramm* als „Individualfreiheit“, die als Teil der „Selbstbestimmung des Sexualverhaltens und der Fortpflanzung“ eigenständig geschützt sei.²⁹⁵

d) Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden

In der überwiegenden Kommentarliteratur finden die Grundrechte der ungewollt schwangeren Frau mit Blick auf deren Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden, nur beiläufig Erwähnung bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs.²⁹⁶ Ein Grund dafür ist die vornehmlich embryozentrierte Erörterung reproduktiver Fragestellungen im Verfassungsrechtsdiskurs.²⁹⁷ *Lorenz* ist sogar der Ansicht, das Recht auf Fortpflanzung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasse schon gar nicht die Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden, weil es sich in seinen Worten dabei um die „Abtötung potentiellen Nachwuchses“ handle.²⁹⁸ Dementsprechend vertritt *Lorenz* die Auffassung, dass die der schwangeren Frau vom Bundesverfassungsgericht auferlegte Rechtspflicht zur Austragung bereits *keinen Eingriff* in das *Persönlichkeitsrecht* bzw. das *körperliche Selbstbestimmungsrecht* der schwangeren Frau, was er ebenfalls Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zuordnet, darstelle, sondern „durch die besondere Beziehung der Mutter zu ihrem Kind natürlich vorgegeben“ sei.²⁹⁹ Ausnahmelagen einer existentiellen Belastung könnten allerdings eine Aufhebung dieser Rechtspflicht zulassen oder gebieten.³⁰⁰ Besonders anschaulich wird das freiheitsverkürzende Potential einer embryozentrierten Perspektive auch bei *Starck*, der auf dem Standpunkt steht, der Gesetzgeber habe „den Schutz des ungeborenen Lebens sehr weit zurückgenommen, indem er ihn weitgehend der Schwangeren, die nur verpflichtet ist, sich beraten zu lassen, anheimgegeben hat“.³⁰¹ Mit den gegenwärtigen strafrechtlichen Regelungen der §§ 218 ff. StGB habe der Gesetzgeber den Schwangerschaftsabbruch freigegeben; dies sei vom individuellen ungeborenen Leben aus betrachtet kein Ausgleich.³⁰² Aus dem „Würdeschutz für das ungeborene Leben“ folge nämlich, dass dieser stets Vorrang

²⁹⁴ *Ramm*, JZ 1989, 861–874 (864).

²⁹⁵ *Ramm*, JZ 1989, 861–874 (865).

²⁹⁶ Vgl. etwa *Rixen* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 215–223; *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 1 Abs. 1 Rn. 94.

²⁹⁷ Kapitel 4, IX.

²⁹⁸ *Lorenz/Krönke* in: Bonner Kommentar, GG, 213. EL September 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 309, 314.

²⁹⁹ *Lorenz/Krönke* in: Bonner Kommentar, GG, 213. EL September 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 309.

³⁰⁰ *Lorenz/Krönke* in: Bonner Kommentar, GG, 213. EL September 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 309.

³⁰¹ *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 2 Abs. 2 Rn. 214.

³⁰² *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 1 Abs. 1 Rn. 94.

habe „vor der freien Entfaltung der Mutter, für die das Kind schlimmstenfalls nur Lasten und Pflichten bringt“. ³⁰³ Da der Schwangerschaftsabbruch immer „Tötung des Nasciturus“ bedeute, so führt er weiter aus, komme „ein echter Ausgleich zwischen zwei kollidierenden Rechten nicht in Betracht“. ³⁰⁴ Das internationale Recht bleibt in diesem Zuge nicht nur bei der Interpretation der Grundrechte der ungewollt schwangeren Person außen vor, sondern wird sogar als Gefahr für den Embryonenschutz angesehen. ³⁰⁵

In Abgrenzung zur weiterhin dominierenden embryozentrierten Betrachtungsweise lassen sich inzwischen allerdings auch Positionen vorfinden, die aufgrund der Grundrechtspositionen der ungewollt Schwangeren Kritik an dieser Perspektive üben. ³⁰⁶ *Wapler* weist darauf hin, dass eine erzwungene Schwangerschaft die Menschenwürde der Schwangeren (Art. 1 Abs. 1 GG) betrifft. ³⁰⁷ Die Würde der Schwangeren sei danach jedenfalls bei einem vollständigen Verbot des Schwangerschaftsabbruchs und im Falle von sehr restriktiven Fristenregelungen, wie sie nun einige US-Bundesstaaten verabschiedeten (sog. *Heartbeat Rules*), verletzt. ³⁰⁸ Im Übrigen berührten Regulierungen des Schwangerschaftsabbruchs in erster Linie nicht die Menschenwürde, sondern die freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit einschließlich der Achtung ihrer Privat- und Intimsphäre, ihrer Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Entscheidung und ihres Rechts auf körperliche Selbstbestimmung, denen der Gesetzgeber im Rahmen seines Handlungsspielraums angemessen Rechnung zu tragen habe. ³⁰⁹

Kunig/Kämmerer werfen der Staatsrechtslehre eine „pflichtschuldige Rezeption der Judikate des BVerfG“ vor, die eine „Übernormierung“ befördere, „durch welche die verfassungsrechtlichen Kernaussagen eher verunklart zu werden drohen“. ³¹⁰ Das „Recht zur Beendigung einer Schwangerschaft“ wird dort auch explizit dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Schwangeren (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), deren Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) und unter Umständen auch deren Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG), deren Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) und der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1,

³⁰³ *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 1 Abs. 1 Rn. 94.

³⁰⁴ *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 1 Abs. 1 Rn. 94.

³⁰⁵ *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 1 Abs. 1 Rn. 94: „Schlimme Vorzeichen gegen den Schutz des ungeborenen Lebens kommen vom Europäischen Parlament, das am 10. März 2015 mit Mehrheit in einer Entschließung Abtreibung als Menschenrecht bezeichnet hat.“

³⁰⁶ *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 63, 107, 109; *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 128–130.

³⁰⁷ *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 130 m. w. N. in Fn. 521.

³⁰⁸ *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 130.

³⁰⁹ *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 130.

³¹⁰ *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 109.

Abs. 2 GG) zugeordnet.³¹¹ Statt vieler verweisen sie auf die komplexe grundrechtliche Kollisionslage, aufgrund derer auch andere Regelungsmodelle zulässig seien und, „wenn von ihnen ein Rückgang der Anzahl der Schwangerschaftsabbrüche erwartet werden kann“, könnten diese sogar „verfassungsnäher“ sein, weshalb die „Frage nach weiteren Reformbemühungen im Raum“ bleibe.³¹² *Kunig/Kämmerer* sind deshalb der Auffassung, dass die Frage der einfachgesetzlichen Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs „vor dem Hintergrund empirischer Erfahrungen von rechtspolitischen Argumenten“ beantwortet werden sollte und „nicht von der Scheingewissheit weitgehender verfassungsrechtlicher Vorprogrammierung bestimmt sein“ sollte.³¹³

Diese Kritik wird – im Einklang mit heutigen menschenrechtlichen Gewährleistungen – mit unterschiedlichen Anknüpfungspunkten schon lange geteilt und wird (erneut) zunehmend lauter.³¹⁴ *Oberlies* formulierte eine ähnliche Kritik bereits an der *Schwangerschaftsabbruch I*-Entscheidung und stellte fest, dass dort „in einem gesellschaftlich brisanten Konflikt Verantwortung verschoben und aus dem Bereich kreativer, politischer Gestaltungsmöglichkeiten, zu denen ja gerade ein demokratischer Auftrag besteht, in den Bereich einer scheinbar objektiven, rechtlichen (Werte-) Ordnung überantwortet“ wurde.³¹⁵ *Frommel* hat – ebenfalls bereits vor der *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung – vorgeschlagen, die Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden, primär als Kernbereich des Rechts auf Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) zu verstehen, wozu nach ihrer Lesart die Entscheidung über Beendigung oder Austragung einer Schwangerschaft als höchstpersönliche und situationsbezogene Entscheidung über das eigene Leben, den eigenen Körper und die eigene Lebensgestaltung zählt, die gerichtlich nicht überprüfbar sei.³¹⁶ *Sacksofsky* zählt

³¹¹ *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 63, 107.

³¹² *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 109.

³¹³ *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 109.

³¹⁴ Siehe bereits *Ramm*, JZ 1989, 861–874 (866–870): „In diesem Zusammenhang sollte der Vorwurf gegen gerichtliche Entscheidungen – der Klassenjustiz und der männlichen Justiz – sehr ernst genommen werden. Es ist des Nachdenkens wert, daß die einzige Frau, die dem Ersten Senat des *BVerfG* angehörte, sich von dessen Entscheidung vom 25.2.1975 umfassend distanziert hat.“ (S. 869); *Frommel*, *Feministische Studien extra* 1991, 59–65; *Oberlies*, KJ 1992, 199–213; *Sacksofsky* in: Rudolf (Hrsg.) *Geschlecht im Recht*, 2009, S. 191–215 (208 ff., insb. 210 m. w. N. in Fn. 108); *Wersig* in: Foljanty/Lembke (Hrsg.) *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Auflage 2012, 186–201 (186–190); *Berghahn* in: Busch/Hahn (Hrsg.): *Abtreibung. Diskurse und Tendenzen*, 2014, 163–192; *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 80–89; *Klein/Wapler*, *APuZ* 2019, 20–26 (24 f.)

³¹⁵ *Oberlies*, KJ 1992, 199–213 (200).

³¹⁶ Grundlegend *Frommel*, *Feministische Studien extra* 1991, 59–65 (59 ff., 62 f.): „Das Recht auf Abtreibung im Sinne eines Rechts auf eine Gewissensentscheidung hat also einen doppelten Sinn. Gemeint ist Freiheit von Bevormundung und Anspruch auf Anerkennung als moralisches Subjekt. [...] [E]ine Entscheidung für oder gegen ein Kind kann nur höchst-

die beiden Schwangerschaftsabbruchsentscheidungen zu den „unrühmlichsten Kapiteln der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung“³¹⁷, bei denen das Gericht bereits nicht gesehen habe, „wie massiv schon die körperlichen Veränderungen und damit Eingriffe in die intimste Sphäre, nämlich die Körperlichkeit, durch eine ungewollte Schwangerschaft sind“.³¹⁸ Die vom Bundesverfassungsgericht der ungewollt schwangeren Frau auferlegten Rechtspflicht gleiche letztlich einem staatlich durchgesetzten Leistungsanspruch des Embryos gegenüber der schwangeren Frau.³¹⁹ Von manchen wird auch eingewandt, dass ein strafrechtliches Verbot des Schwangerschaftsabbruchs, das ganz überwiegend Frauen trifft, auch einen Verstoß gegen das Gleichberechtigungsgebot (Art. 3 Abs. 2 GG) und das Geschlechtsdiskriminierungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG) darstelle.³²⁰

e) Selbstbestimmte Entscheidungen während Schwangerschaft und Geburt

In der Verfassungsrechtsliteratur werden bisher Schwangerschaft und Geburt als Lebensbereiche, in denen selbstbestimmte Entscheidungen, etwa mit Blick auf eine Ultraschalluntersuchung oder hinsichtlich der Geburtsmethode, getroffen werden, kaum in den Blick genommen. Statt vieler erwähnt *Jarass*, dass sich Schwangere gegenüber Regelungen und Beeinträchtigungen der Schwangerschaft auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht berufen können.³²¹ *Kunig/Kämmerer* verweisen darauf, dass nicht-invasive Maßnahmen, also (allgemeine) Ultraschalluntersuchungen, unter Umständen das allgemeine Persönlichkeitsrecht beeinträchtigen.³²² Zutreffender ist es, jegliche Maßnahmen, auch geringfügige nicht-invasive Untersuchungen während der Schwangerschaft und der Geburt, die die Bestimmungsbefugnis über den eigenen Körper der schwangeren Frau betreffen, *auch* dem Schutz des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) zu unterstellen.³²³

persönlich und situationsbezogen getroffen werden. Was für eine konkrete Frau in ihrer konkreten Situation ‚richtig‘ ist, das kann nur sie beurteilen. Nicht ‚Hilfe statt Strafe‘ ist der für eine künftige Abtreibungsdebatte angemessene Slogan, sondern ‚Hilfe ohne Kontrolle‘.“ (S. 61); siehe auch *Hochreuter*, KJ 1994, 67–76 (69).

³¹⁷ *Sacksofsky* in: Rudolf (Hrsg.) *Geschlecht im Recht*, 2009, S. 191–215 (209).

³¹⁸ *Sacksofsky* in: Rudolf (Hrsg.) *Geschlecht im Recht*, 2009, S. 191–215 (210).

³¹⁹ *Sacksofsky* in: Rudolf (Hrsg.) *Geschlecht im Recht*, 2009, S. 191–215 (211); *dies.* in: *Lembke* (Hrsg.), *Regulierungen des Intimen*, 2017, 97–116 (105).

³²⁰ *Frommel*, *Feministische Studien extra* 1991, 59–65 (62 f.); *Hochreuter*, KJ 1994, 67–76 (69).

³²¹ *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Auflage 2020, Art. 2 Rn. 48.

³²² *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 118.

³²³ Vgl. *Schulze-Fielitz* in: *Dreier*, GG, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 47 f., 50 f., 55; *Lorenz* in: *Bonner Kommentar*, GG, 157. EL Juni 2012, Art. 2 Abs. 2 Rn. 457; a. A. *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 118.

Im Einklang mit den menschenrechtlichen Gewährleistungen wird abseits der Kommentarliteratur in jüngerer Zeit zunehmend darauf hingewiesen, dass Maßnahmen, die den Lebensbereich der Schwangerschaft und der Geburt betreffen, etwa Aufklärungs- und Beratungsregelungen, aber auch Regelungen zu medizinischen Untersuchungen und Eingriffen sowohl das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) als auch das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) berühren.³²⁴

2. Würdigung

Reproduktive Belange des Individuums werden inzwischen häufig und zunehmend in der Verfassungsrechtsliteratur dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) zugeordnet. Weil das allgemeine Persönlichkeitsrecht in personeller Hinsicht als „Jedermann-Grundrecht“ allen natürlichen Personen offensteht, besteht bei einer Verankerung reproduktiver Belange im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG von vornherein kein Anlass zur Auseinandersetzung, welchen Personen oder (verheirateten) Paargemeinschaften die hierunter fallenden Rechte zukommen. Eine Verankerung reproduktiver Belange im allgemeinen Persönlichkeitsrecht bringt zum Ausdruck, dass es sich bei der Entscheidung, ob, mit wem und auf welche Weise Menschen Kinder zeugen wollen oder nicht, gerade um höchstpersönliche Aspekte des Lebens handelt, die oft einen integralen Bestandteil der eigenen Lebensplanung ausmachen.³²⁵ Somit ist das Individuum der entscheidende Bezugspunkt einer Rechtfertigung politischer Entscheidungen auf dem Gebiet der Fortpflanzung.³²⁶

³²⁴ Vgl. statt vieler *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (195 ff.); *Klein/Wapler*, *APuZ* 2019, 20–26 (20 f., 24 ff.); siehe auch *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 19, 79 f., 136, 137 f., insb. 94 ff., 117 ff.;

³²⁵ Vgl. *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 6; *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (190, 192). Das entspricht der sozialwissenschaftlichen Forschung, wonach Familienplanung ein „integraler Bestandteil von Lebensplanung“ darstelle und „Aspekte wie Partnerschaft, Sexualität, Verhütung, Kinderwunsch, gewollte und ungewollte Schwangerschaft und Geburt“ umfasst: BZgA (Hrsg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 12, *passim*.

³²⁶ Ebenso *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (190, 192 f.); *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 29, *passim*; *Baer*, *Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit*, *VVDStRL* 68 (2009), 290–354 (321); vgl. *Kersten*, *NVwZ* 2018, 1248–1254 (1249, 1251 f.).

a) Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren

Inhaltlich werden unter dem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung besonders verfassungsrechtliche Fragen rund um reproduktionsmedizinische Verfahren erörtert. Für die Eröffnung des Schutzbereichs bei der Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren sollte (allein) die Motivation, dauerhaft elterliche Verantwortung übernehmen zu wollen, entscheidend sein.³²⁷ Insbesondere sind hier keine Gründe für eine Differenzierung nach Indikationsgründen, etwa sozial oder medizinisch indiziert, ersichtlich. Im Gegenteil, eine solche Unterscheidung auf Schutzbereichsebene würde von vornherein auf eine Ungleichbehandlung verschiedener angestrebter Familienformen hinauslaufen.³²⁸ Eine solche Begrenzung würde auch gleichheitsrechtlichen Bedenken (Art. 3 Abs. 3 GG) begegnen. Das Grundrecht ist gerade im Bereich der Reproduktionsmedizin entwicklungs offen konzipiert, weil es sich um eine Materie handelt, die von ständiger Weiterentwicklung der Technik geprägt ist.

b) Alltagsrelevante Fragen der Reproduktion als Leerstelle

Durch die einseitige Fokussierung auf den Teilbereich der reproduktionsmedizinischen Verfahren bleiben allerdings zahlreiche relevante Alltagsfragen, die die reproduktive Selbstbestimmung berühren, bisher verfassungsrechtlich unbeleuchtet. Zwar sind Fragen der Verhütungsmethoden und -mittel im Alltag vieler Menschen von einiger Bedeutung, gerade weil hierdurch ungewollte Schwangerschaften verhindert werden können. Der gesamte Themenkomplex von der Frage nach der Forschung nach sicheren, verträglichen Verhütungsmethoden bis zur Frage nach einer flächendeckenden staatlichen Finanzierung von Verhütungsmethoden wird jedoch rechtlich kaum erörtert. Rudimentär berücksichtigt werden auch weitere wichtige alltagsrelevante Fragen rund um die Einwilligungsfähigkeit von Minderjährigen oder Menschen mit kognitiven Beeinträchtigungen als Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Verhütungsmethoden oder die Einwilligung in eine Sterilisation oder Kastration.³²⁹ Konkret stellt sich hier – gerade auch aus verfassungsrechtlicher Sicht – die Frage, welcher Maßstab für eine Entscheidungsfindung in reproduktiven Belangen anzulegen ist und ob im Falle von eingeschränkter oder fehlender Einwilligungsfähigkeit der betroffenen Person dann die Entscheidung für oder gegen

³²⁷ *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (113 ff., insb. 115); *Klein*, *Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls*, 2019, 83 f.

³²⁸ Siehe dazu *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (114 f.); *Klein*, *Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls*, 2019, 80.

³²⁹ Statt vieler aus zivilrechtlicher Perspektive und für die Schweiz *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 34 ff., insb. 37 ff.; siehe auch *Wapler* in: *Dreier* (Hrsg.), *GG I*, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 131.

eine Verhütungsmethode oder gar Sterilisation bzw. Kastration einer gesetzlichen Vertretung zusteht.³³⁰ Bisher wenig in den Blick genommen werden auch die entscheidenden Individuen und die physischen, psychischen und sozialen Umstände von Schwangerschaft und Geburt. In der Praxis drohen strukturelle Missstände im Geburtshilfesystem, insbesondere eine zunehmende Medikalisierung und lückenlose Überwachung während der Schwangerschaft und der Geburt, unzureichende Aufklärung und Informationen über Entscheidungsspielräume und ein in Deutschland seit Jahren bestehender und bekannter Hebammenmangel, selbstbestimmte Entscheidungen über medizinische Maßnahmen und Interventionen während der Schwangerschaft und der Geburt zu erschweren.³³¹

c) Umfassender Schutz

Die Belange des Individuums werden umfassend vom Recht auf reproduktive Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) geschützt. Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung umfasst damit Entscheidungen zur Verhinderung einer Zeugung, erstreckt sich auf die Zeugung selbst inklusive der ärztlich assistierten Reproduktion sowie auf den Bereich der Schwangerschaft und die Geburt.³³² Das Grundrecht erstreckt sich somit auf die Inanspruchnahme von Verhütungsmitteln, auf Eingriffe in die Reproduktionsfähigkeit (Sterilisation, Kastration), auf die grundsätzliche Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden, auf eine diskriminierungsfreie Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren mit der Möglichkeit, freiwillig handelnde Dritte hinzuzuziehen, auf ein Recht auf Wissen und Nichtwissen genetischer Informationen über den Embryo sowie auf selbstbestimmte Entscheidungen bei medizinischen Interventionen während der Schwangerschaft und der Geburt.³³³ Für die Zukunft sollte sich bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung dieser Fragen foglich nicht mehr die Frage

³³⁰ *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 36. Zur Schweizer Rechtslage im Einzelnen, ebd., insb. S. 37, 40, 43–45; *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 72, 122, 124 f., 131; siehe dazu mit Blick auf Art. 3 lit. a), Art. 12, Art. 25 lit. d) UN-BRK *Lachwitz*, KJ 2012, 385–404 (318 ff., 390 ff., 395).

³³¹ *Klein/Wapler*, APuZ 2019, 20–26 (25 f.); vgl. *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2018, 185–213 (195); ausführlich *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 94 ff., 117 ff.

³³² Bereits *Hieb*, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, 2005, 22; *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 7, 28 f., 138 f., *passim*; *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2018, 185–213 (187), *passim*. Siehe auch *Bleisch/Büchler*, Kinder wollen, 2020, 37–46. Im angloamerikanischen Raum vertreten dieses Verständnis etwa *Jackson*, Regulation Reproduction, Law, Technology and Autonomy, 2001, 1, *passim*; grundlegend mit umfassender Theoretisierung *Nelson*, Law, Policy and Reproductive Autonomy, 2013.

³³³ Vgl. *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 7, 28 f., 138 f.

gestellt werden, *ob* diese Facetten Teil sind einer eigenständig geschützten reproduktiven Freiheit als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), sondern es gilt vielmehr weiter zu debattieren, welche verfassungsrechtlichen Grenzen das Grundgesetz dem Gesetzgeber in diesen Bereichen setzt und welche Spielräume es eröffnet.

VIII. Reproduktive Freiheiten als Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Wie in diesem Kapitel bisher herausgearbeitet wurde, verortet die ganz überwiegende Verfassungsrechtswissenschaft einzelne Bestandteile des zugrunde gelegten Begriffs der reproduktiven Freiheiten in unterschiedlichen speziellen Freiheitsrechten. Allerdings plädieren auch namhafte Positionen für eine Verortung (mancher) reproduktiver Belange in der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).

Die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) schützt als allgemeines Freiheitsrecht jegliches menschliches Tun, ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht ihm für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt.³³⁴ Der Begriff der „Entfaltung“ verweist auf den umfassenden Schutz individueller Autonomie.³³⁵ Geschützt wird die umfassende Selbstbestimmung darüber, was dem Einzelnen für seine Selbstentfaltung als relevant erscheint.³³⁶ Der Einzelne muss demnach für die Ausübung seiner Freiheit keine Gründe angeben (können).³³⁷ Diese verfassungsrechtlich wertneutrale Lesart des Art. 2 Abs. 1 GG trägt dem „Grundrechtsversprechen der gleichen Freiheit“ Rechnung.³³⁸ Der allgemeinen Handlungsfreiheit kommt nach ganz überwiegender Auffassung eine Auffangfunktion zu, die Norm gewährt folglich einen lückenlosen Grund-

³³⁴ St. Rsp. seit BVerfG, Urteil vom 16. Januar 1957 – 1 BvR 253/56 –, juris Rn. 14; grundlegend: Beschluss vom 6. Juni 1989 – 1 BvR 921/85 –, juris Rn. 62. Dieser Auffassung hat sich die ganz überwiegende Literatur angeschlossen, vgl. zu den wesentlichen Argumenten etwa *Rixen* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 43 ff.; 49 ff. m. w. N. Für Nachweise namhafter entgegenstehender Positionen von *Grimm* und *Hesse* siehe *Rixen* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 46 ff. sowie *Dreier* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 27.

³³⁵ *Dreier* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 21, 26; *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 20; *Rixen* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 45, 49.

³³⁶ *Rixen* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 49; *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 20.

³³⁷ *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (33).

³³⁸ *Dreier* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 26.

rechtsschutz, weshalb sich jeder staatliche Eingriff jedenfalls an der allgemeinen Handlungsfreiheit messen lassen muss.³³⁹ Die allgemeine Handlungsfreiheit ist nach dem Wortlaut der Norm garantiert, soweit sie nicht gegen Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz verstößt (sog. Schrankentrias). Korrespondierend mit dem weiten Schutzbereichsverständnis und im Einklang mit der Entstehungsgeschichte der Norm wird der Begriff der „verfassungsmäßigen Ordnung“, welche unter den Schranken unbestritten die zentrale Bedeutung zukommt³⁴⁰, als verfassungsmäßige Rechtsordnung und damit als einfacher Gesetzesvorbehalt verstanden.³⁴¹ Staatliche Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit sind demnach durch jegliche verfassungsgemäßen Rechtssätze zu rechtfertigen – und damit durch eine Bandbreite an sachlichen Gründen.

1. Gewährleistungsgehalt

Aspekte reproduktiver Freiheiten erörtert *Dreier* im *Recht auf sexuelle Selbstbestimmung*, das er jedoch, insofern abweichend von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) verortet.³⁴² Hintergrund ist *Dreiers* Verständnis, dass die allgemeine Handlungsfreiheit Aktivitätsschutz biete, das allgemeine Persönlichkeitsrecht dagegen Integritätsschutz, letzteres habe als Schutzgut die Freiheit vor einer Beeinträchtigung personaler Integrität durch Dritte zum Gegenstand.³⁴³ Demnach würde nach seiner Auffassung ein Verbot der Benutzung von Verhütungsmitteln wie auch das strafrechtliche Inzestverbot einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit bedeuten, weil solche Verbote nicht die personale Integrität von Personen beträfen.³⁴⁴ Mit dem „sexuellen“ *Selbstbestimmungsrecht* der Frau, mithilfe eines anonymen Samenspenders ein Kind zu gebären, verweist *Dreier* auch auf eine grundrechtlich geschützte Freiheit, eine heterologe Insemination in Anspruch zu nehmen.³⁴⁵ Dementgegen verweist er darauf, dass Pränataldiagnostik und Präimplantationsdiagnostik zu einer grundrechtlich geschützten *Fortpflanzungsfreiheit* gehörten, deren Verortung oder Umfang jedoch nicht weiter expliziert wird.³⁴⁶ Nach dieser Freiheit stehe es jedenfalls der Frau frei, „im Falle eines bestimmten Befundes die

³³⁹ *Dreier* in: *Dreier*, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 21, 26, 28 m. w. N.; *Rixen* in: *Sachs*, GG, 9. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 10, 51.

³⁴⁰ *Dreier* in: *Dreier*, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 51, 53.

³⁴¹ Seit BVerfG, Urteil vom 16. Januar 1957 – 1 BvR 253/56 –, juris Rn. 17; *Rixen* in: *Sachs*, GG, 9. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 3, 47, 89 f. Zur Entstehungsgeschichte siehe BVerfG, Urteil vom 16. Januar 1957 – 1 BvR 253/56 –, juris Rn. 19 ff.

³⁴² *Dreier* in: *Dreier*, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 37.

³⁴³ *Dreier* in: *Dreier*, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 22.

³⁴⁴ *Dreier* in: *Dreier*, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 37.

³⁴⁵ *Dreier* in: *Dreier*, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 94.

³⁴⁶ *Dreier* in: *Dreier*, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 30 Fn. 117.

Schwangerschaft nicht einzuleiten oder nicht fortzuführen“, um „Risikopaa- ren“ den „Wunsch nach einem eigenen Kind“ nicht zu versagen und hält sie deshalb für verfassungsgemäß, „wenn nicht gar verfassungsrechtlich geboten“. ³⁴⁷ An anderer Stelle konstatiert *Dreier*, dass der BGH-Rechtsprechung zur Arzthaftung nach fehlgeschlagener Sterilisation der zentrale Gedanke einer „fehlgeschlagenen Familienplanung“ zugrunde liege. ³⁴⁸ Den bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch wirft er Inkonsequenz und Inkonsistenz vor, erörtert jedoch in diesem Zuge nicht die Rechtspositionen der schwangeren Frau, sondern die verfassungsrechtliche Position des Embryos, wobei er – in Abgrenzung zur Rechtsprechung – für ein abgestuftes Schutzkonzept gemäß den verschiedenen pränatalen Entwicklungsstadien des werdenden Lebens plädiert. ³⁴⁹ Aus derselben weitestgehend embryozentrierten Perspektive erörtert *Dreier* reproduktionsmedizinische Verfahren. ³⁵⁰

Aus anderer Perspektive plädiert *Sacksofsky* mit Blick auf die Inanspruchnahme von Methoden der Fortpflanzungsmedizin für einen schwachen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG). ³⁵¹ Nach ihrer Auffassung ist aus dem Umstand, dass Fortpflanzung ein wichtiger Bestandteil der Lebensgestaltung vieler Menschen ist, keine Schlussfolgerung zu ziehen, dass dieses Interesse als Teil der Persönlichkeitsentfaltung geschützt sei, weil es bei dem Bedürfnis, sich fortzupflanzen nicht um das handelnde Individuum ginge, sondern um die Entstehung neuen Lebens. ³⁵² Zugespitzt weist sie darauf hin, dass die Annahme, Kinder dienen der *Persönlichkeitsentwicklung* des Einzelnen letztlich gar „eine Instrumentalisierung einer *anderen* Person, die mit unserem Begriff der Menschenwürde nicht vereinbar ist“ bedeute. ³⁵³ *Sacksofsky* erblickt in vorhandenen und zukünftigen technischen Möglichkeiten einen „neoliberalen Weg“ ³⁵⁴, der vor allem mit *Gefahren* verbunden sei, wie „erhebliche Gesundheitsrisiken“ ³⁵⁵, „die Gefahr der Kommerzialisierung des weiblichen Körpers“ ³⁵⁶ und ein „Normierungsdruck, dem Frauen unterworfen sind“ ³⁵⁷, bei

³⁴⁷ *Dreier* in: *Dreier*, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 97.

³⁴⁸ *Dreier* in: *Dreier*, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 158.

³⁴⁹ Vgl. *Dreier* in: *Dreier*, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 68, 71 ff. Aus diesem Grund plädiert *Dreier* für eine Erörterung des Schwangerschaftsabbruchsverbots im Rahmen des Art. 2 Abs. 2 GG statt Art. 1 GG. Zu der embryozentrierten Erörterung des Schwangerschaftsabbruchsverbots siehe Kapitel 5, IX.

³⁵⁰ *Dreier* in: *Dreier*, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 87 f., 93 ff., 97.

³⁵¹ *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (33).

³⁵² *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (33, 35).

³⁵³ *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (35).

³⁵⁴ *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (43).

³⁵⁵ *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (38).

³⁵⁶ *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (38).

³⁵⁷ *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (38).

denen das „Ausmaß der Bedrohung“³⁵⁸ dieser Gefahren noch nicht feststehe. Sie ist der Auffassung, dass „die Auswahl des ‚perfekten Kindes‘“ bisher nur daran scheitere, „dass die Wissenschaft noch nicht genug Fortschritte gemacht habe, um komplexere Eigenschaften, wie Intelligenz und Schönheit, genetisch zu erkennen.“³⁵⁹ *Sacksofsky* ordnet den Bereich der Fortpflanzung jedoch dann dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) zu, wenn Fortpflanzung mögliches Ergebnis von *sexuellen* Handlungen ist und *diese* grundrechtlich geschützt sind.³⁶⁰ Zugleich übt *Sacksofsky* Kritik an der dominierenden embryozentrierten Betrachtungsweise auf dem Gebiet der Fortpflanzung, besonders mit Blick auf die „beiden frauenfeindlichsten Entscheidungen“³⁶¹ des Bundesverfassungsgerichts zum Verbot des Schwangerschaftsabbruchs.³⁶²

2. Würdigung

Begrüßenswert ist, dass *Dreier* mit der Verortung von Fortpflanzungsaspekten einen wertneutralen Ausgangspunkt wählt (Art. 2 Abs. 1 GG) und grundsätzlich auch die Inanspruchnahme gendiagnostischer Verfahren (etwa PID oder PND) als Teil grundrechtlich geschützter Fortpflanzungsfreiheit ansieht, deren Verortung jedoch nicht expliziert wird. Bedenken begegnet dagegen die wertbeladende Begriffswahl „Risikopaare“, sofern damit eine ableistische Konnotation verbunden wird. Wenngleich *Dreier* im Einklang mit der überwiegenden Kommentarliteratur seinen Fokus auf die Rechtspositionen des Embryos bzw. Fötus richtet³⁶³, verhandelt er *thematisch* Aspekte individueller *reproduktiver* Freiheiten, jedoch ohne reproduktive Freiheiten als solche zu benennen und ohne Differenzierung zwischen *sexuellen* und *reproduktiven* Belangen. Aus diesem Grund kommt *Dreier* meines Erachtens zu Fehlschlüssen, die auf das Verkennen zentraler Grundrechtspositionen hinauslaufen. Erstens kommt er zu dem Schluss, ein Verhütungsmittelverbot stelle nur einen Eingriff in die *Verhaltensfreiheit* dar (Art. 2 Abs. 1 GG), gemeint ist vermutlich die Freiheit, geschützten Geschlechtsverkehr zu haben oder im weiteren Sinne sexuell aktiv zu sein. Ein Verbot von Verhütungsmitteln hat jedoch neben dem Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung große Auswirkungen auf die (*sexuelle*) *Gesundheit* der Beteiligten (Art. 2 Abs. 2 GG), zudem insbesondere für Frauen erhebliche Auswirkungen auf die (*reproduktive*) *Gesundheit* (Art. 2 Abs. 2 S. 1

³⁵⁸ *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (39).

³⁵⁹ *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (43).

³⁶⁰ *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (35).

³⁶¹ *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (40).

³⁶² *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (40 f., 44), *passim*.

³⁶³ Die Wortwahl ist Ausdruck dieser Perspektive, vgl. *Dreier* in: *Dreier*, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 71: „Vernichtungen embryonalen Lebens“ oder ebd., Rn. 87: „Abtötung frühembryonalen Lebens“.

Alt. 2 GG) und *reproduktive Selbstbestimmung* (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), weil ein Verbot das Risiko ungeplanter Schwangerschaften deutlich erhöhen würde und damit sowohl die körperliche Unversehrtheit als auch die private Lebensgestaltung tangiert.³⁶⁴ Zweitens betrifft auch das strafrechtliche Beischlafverbot zwischen Geschwistern (§ 173 Abs. 2 StGB) jedenfalls mittelbar in erheblichem Maße die *reproduktive* Freiheit dieser Personen.³⁶⁵ Drittens lässt sich eine „anonyme“ Samenspende gerade ohne vaginalen Geschlechtsverkehr, also ohne *sexuelle* Interaktion durchführen (sog. Bechermethode). Festzuhalten bleibt damit, dass *Dreier* reproduktive Teilbereiche rund um die Zeugungsfreiheit analytisch unscharf als Aspekte „sexueller“ Selbstbestimmung erörtert, mit Blick auf die Inanspruchnahme gendiagnostischer Verfahren aber die Fortpflanzungsfreiheit erwähnt. Diese fehlende begriffliche Präzisierung und Differenzierung ist nicht nur ein theoretisches Problem, sondern hat zur Folge, dass zentrale Grundrechtspositionen unberücksichtigt bleiben.

Sacksofsky diskutiert unter dem Titel „Über ein Recht auf Fortpflanzung“ eine Vielzahl der Dimensionen des dieser Arbeit zugrunde gelegten Begriffs reproduktiver Freiheiten. Anders als die überwiegende Mehrheit in der Staatsrechtslehre übt *Sacksofsky* zu Recht Kritik an den beiden bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch, welche die Grundrechte der Schwangeren nur unzureichend berücksichtigen. Sie weist zutreffend darauf hin, dass die im deutschen Diskurs vorherrschende Fokussierung auf den Embryonenschutz zu Wertungswidersprüchen führt.³⁶⁶ Reproduktionsmedizinische Verfahren, wie etwa die weiterhin in Deutschland verbotene Eizellspende oder erlaubte gendiagnostische Verfahren, können problematische gesellschaftliche Normalitätsvorstellungen mit sich bringen („Normierungsdruck“³⁶⁷) und in der Tat betreffen viele dieser Verfahren *Frauen und deren Körper* („Gefahr der Kommerzialisierung des weiblichen Körpers“³⁶⁸), können folglich auch *Gesundheitsrisiken* bedeuten. Jedoch sollte Individuen nach ausreichender Information und umfassender Aufklärung grundsätzlich zugestanden werden, diese Risiken selbst zu beurteilen. Reproduktive Wünsche von erwachsenen medizinisch aufgeklärten Frauen sollten nicht allein schon deshalb als fremdbestimmt oder illegitim erachtet werden, wenn ihnen

³⁶⁴ Vgl. *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 42; *Nelson*, *Law, Policy and Reproductive Autonomy*, 2013, 77 ff.; *Klein/Wapler*, *APuZ* 2019, 20–26 (23 f.); zur sozialrechtlichen Kostentragung *Wersig/Dern*, *info* also 2020, 56–61 (57 f., 60), *passim*.

³⁶⁵ Siehe dazu Kapitel 3, II. 3. und 4.; ebenso *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 35; *Coester-Waltjen* in: *Wiesemann/Simon* (Hrsg.), *Patientenautonomie, praktische Anwendungen*, 2013, 222–236 (224).

³⁶⁶ *Sacksofsky*, *Merkur* 859 (2020), 32–44 (40 f.).

³⁶⁷ *Sacksofsky*, *Merkur* 859 (2020), 32–44 (38).

³⁶⁸ *Sacksofsky*, *Merkur* 859 (2020), 32–44 (38).

eine (auch unhinterfragte) Übernahme gesellschaftlicher Normalitätsvorstellungen zugrunde liegt. Das birgt die Gefahr einer Einengung des grundrechtlichen Gewährleistungsgehalts einer Freiheitsbetätigung. Im Ergebnis plädiert *Sacksofsky* für einen Rangunterschied zwischen verschiedenen Dimensionen reproduktiver Freiheiten: die Inanspruchnahme von reproduktionsmedizinischen Verfahren sieht sie von der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) umfasst, Fortpflanzung als Folge von Geschlechtsverkehr ordnet sie dagegen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu, weil *sexuelle* Handlungen davon umfasst sind (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) zu. Analytisch plädieren damit sowohl *Dreier* als auch *Sacksofsky* für eine Rangabstufung grundrechtlichen Schutzes, jedoch gerade mit konträrer grundrechtlicher Zuordnung der einzelnen reproduktiven Teilbereiche. *Sacksofskys* Zuordnung reproduktiver Freiheit als Teil der sexuellen Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) birgt – wie bei *Dreier* gezeigt – die Gefahr einer fehlenden präzisen Differenzierung zwischen *sexuellen* und *reproduktiven* Belangen des Individuums. Die Einschränkung des grundrechtlichen Garantiebereichs setzt sich zudem aus weiteren Gründen Kritik aus: Erstens überzeugt die Rangabstufung grundrechtlichen Schutzes nicht vollends, weil sie mit den verfassungsrechtlichen *Grenzen* zu begründen versucht wird, also vom Ergebnis abgeleitet wird: *Weil* reproduktionsmedizinische Verfahren, wie etwa die Eizellspende, als *Bedrohung der Selbstentfaltung* des Einzelnen angesehen werden, wird dieses „Interesse“ nicht „grundrechtlich geädelt“³⁶⁹. *Weil* die Befürchtung geäußert wird, dass sich bei der in Ausnahme zugelassenen Präimplantationsdiagnostik „die gesellschaftliche Akzeptanz von Menschen mit derartigen Behinderungen verringert und damit der Druck auf Frauen“³⁷⁰ zunimmt, sei zwar die „Angst davor, ein Kind mit Behinderung zu gebären, auf der individuellen Ebene nachvollziehbar“³⁷¹, ihr dürfe „jedoch nicht nachgegeben werden“³⁷². Durch die Markierung dieses Interesses und Wunsches als „Angst“ wird die individuelle Freiheit des Einzelnen jedoch gerade *unscharf* gestellt. Damit werden Fragen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung auf die Schutzbereichsebene gezogen und der Freiheitsbetätigung von vornherein Legitimität abgesprochen. Zweitens wird der Gewährleistungsgehalt einer Freiheitsbetätigung auf diese Weise unzulässig „nach Maßgabe einer angenommenen Wertigkeit“³⁷³ bestimmt. Drittens ist dem überspitzten Argument, sofern Kinder der *Persönlichkeitsentwicklung* der Eltern dienen, handele es sich um „eine Instrumentalisierung einer anderen Person, die mit unserem Begriff der Menschenwürde nicht vereinbar ist“, mit folgenden Einwänden zu begegnen: Diese

³⁶⁹ *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (33).

³⁷⁰ *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (44).

³⁷¹ *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (43).

³⁷² *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (43).

³⁷³ *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 20.

Vorstellung impliziert zunächst, dass die Entscheidung, mithilfe eines reproduktionsmedizinischen Verfahrens Kinder zu wollen, regelmäßig selbstbezogen sei.³⁷⁴ Dies transportiert jedoch gerade ein Stereotyp und scheint weder der Komplexität von reproduktiven Entscheidungen noch den vielfältigen Motivationslagen des Einzelnen gerecht zu werden. Zweifellos sind Techniken denkbar, die eine würdeverletzende Instrumentalisierung von Kindern darstellen würden und deshalb zu einem verfassungsrechtlich zwingend gebotenen Verbot führen würden – wie in dem von *Sacksosky* erwähnten Roman „Never Let Me Go“³⁷⁵ des Literaturnobelpreisträgers Kazuo Ishiguro, in dem Menschen mit dem einzigen Ziel geklont werden, um sie als Organspender zu verwenden.³⁷⁶ Allein der Umstand, dass Menschen *auch* aus egoistischen Gründen Kinder bekommen (wollen), ist jedoch weder verwerflich noch eine würdeverletzende Verzweckung von Kindern, „da es die Eltern üblicherweise in keiner Weise daran hindert, das Kind dennoch als Wesen mit einer eigenen Würde zu respektieren und seine Persönlichkeitsentfaltung nach Kräften zu fördern.“³⁷⁷ Entscheidungen für oder gegen Kinder werden im Gegenteil gerade von vielen Motiven und Erwägungen geprägt.³⁷⁸ Aus Perspektive des Grundgesetzes gilt es anzuerkennen, dass es den einen Menschen daran gelegen ist, sich nicht fortzupflanzen und umgekehrt Fortpflanzung ein wichtiger Bestandteil der Lebensgestaltung vieler Menschen ist und Personen aus diesem Grund zuzugestehen ist, hierfür auch körperliche wie psychische Belastungen auf sich nehmen zu dürfen, sofern sie aufgeklärt und informiert handeln. Sachliche Gründe, bereits auf *Schutzbereichsebene* den verschiedenen Wahrnehmungsformen individueller reproduktiver Freiheiten Grenzen zu setzen, sind damit wenig überzeugend.

IX. Exkurs: Embryozentrierte Erörterung reproduktiver Fragestellungen im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 GG

Diese Arbeit fokussiert auf individualrechtliche reproduktive Freiheiten und damit primär auf die freiheitsrechtliche Dimension der in den Blick genommen Grundrechtsnormen. Reproduktive Fragestellungen können und werden in aller Regel dagegen von einem erheblichen Anteil der verfassungsrechtlichen

³⁷⁴ Vgl. *Büchler*, Reproductive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 10.

³⁷⁵ *Sacksosky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (39 Fn. 6).

³⁷⁶ *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, 107–147 (122), die auf denselben Roman Bezug nimmt.

³⁷⁷ *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, 107–147 (122).

³⁷⁸ Vgl. Kapitel 1, II.

Stimmen aus einer embryozentrierten Betrachtungsweise erörtert.³⁷⁹ Wie bereits zuvor herausgearbeitet wurde, prägt die embryozentrierte Perspektive gerade auch die Verfassungsinterpretation weiterer Grundrechte (etwa Art. 6 Abs. 2 GG oder Art. 6 Abs. 4 GG). In der Interpretation des Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG bzw. Art. 1 Abs. 1 GG nimmt die Betrachtungsweise, die den Embryo bzw. Fötus als *Ausgangspunkt* der verfassungsrechtlichen Erörterung reproduktiver Fragestellungen nimmt, allerdings ihren Ursprung, weshalb ich hierauf nun im Rahmen eines Exkurses eingehen werde.

Die Perspektive des Embryos bzw. Fötus wird grundrechtsdogmatisch oft, aber nicht ausschließlich, im Lichte der Schutzfunktion der Grundrechte erörtert, welche vom Staat verlangt, gefährdete Grundrechtsgüter vor Übergriffen privater Dritter zu schützen.³⁸⁰ Die embryozentrierte Perspektive wird somit als Grenze reproduktiver Freiheiten bedeutsam. Sie bringt erhebliche Konsequenzen für die Ausübung individueller reproduktiver Freiheiten mit sich, weshalb ich überblicksartig auf die wesentlichen Konfliktlinien eingehen werde, welche entscheidende Auswirkung auf die Grenzziehung reproduktiver Freiheiten haben.

1. Kein expliziter Schutz von Embryonen im Grundgesetz

Anders als etwa in § 10 Abs. 1 S. 1 des Allgemeinen Preußischen Landrechts (1794), demzufolge die „allgemeinen Rechte der Menschheit“ auch „den noch ungeborenen Kindern, schon von der Zeit ihrer Empfängniß“ gebührten, ist der Schutz von Embryonen nicht explizit im Grundgesetz erwähnt. Nach dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG hat „jeder“ ein Recht auf Leben. „Jeder“ bedeutet nach dem sonstigen Sprachgebrauch des Grundgesetzes stets *jeder Mensch*.³⁸¹ Diese Wortlautauslegung entspricht dem Alltagssprachgebrauch wie auch dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauch, wonach einerseits dem *Menschen* mit Vollendung der Geburt Rechtsfähigkeit zukommt (§ 1 BGB) und andererseits zwischen Embryonen und Menschen unterschieden

³⁷⁹ Zwar ohne diese explizite Bezeichnung, liegt diese Beobachtung der embryozentrierten Debatte auch folgenden Arbeiten zugrunde *Wiesemann*, Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen, 2006, 13 („Embryodebatte“), 19 („Statusdebatte“); siehe auch *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 31; siehe auch *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (32): „in Deutschland [steht] die gesamte Debatte unter dem Zeichen des Embryonenschutzes“; *dies.* in: *Lembke* (Hrsg.), Regulierungen des Intimen, 2017, 97–116 (104): „Das Gericht denkt nur vom Embryo her.“

³⁸⁰ *Enders* in: Berliner Kommentar, GG, 13. EL VII/05, Art. 1 Rn. 122; *Rixen* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 215 ff., 223a ff.; *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 1 Abs. 1 Rn. 94.

³⁸¹ *Lübbe*, ZfP 1989, 138–150 (141); *Rixen* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 145a.

wird (vgl. § 8 Abs. 1 ESchG).³⁸² Der Wortlaut „jeder“ hat ein Recht auf Leben legt damit zunächst nahe, dass damit das Leben des *Menschen als Person* in einer abwehrrechtlichen Dimension vor staatlichen Eingriffen geschützt wird.³⁸³ Ein Schutz des ungeborenen Lebens im Rahmen des Rechts auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG ist damit jedenfalls weiter „begründungsbedürftig“³⁸⁴. Im Anschluss und unter Bezugnahme der beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch (1975, 1993) herrscht in der Verfassungsrechtsliteratur allerdings bisher ganz überwiegende Einigkeit darüber, dass das Recht auf Leben eines jeden (Art. 2 Abs. 2 Alt. 1 GG) auch den Schutz werdenden menschlichen Lebens umfasst.³⁸⁵ In der gegenwärtigen Kommentarliteratur besteht also bisher Konsens darüber, dass der Schutz des Lebens im verfassungsrechtlichen Sinne (Art. 2 Abs. 2 Alt. 1 GG) jedenfalls nicht erst mit der Geburt beginnt, mit Blick auf zahlreiche nachgelagerte Fragen herrscht dann allerdings vor allem Uneinigkeit.

2. Uneindeutige Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG

Die Entstehungsgeschichte des Grundrechts auf Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG) ist bis heute Anlass zu Kontroversen. Feststeht, dass es bereits im Parlamentarischen Rat unterschiedliche Positionen zu der Frage gab, ob das „keimende Leben“ unter den Schutz des Art. 2 Abs. 2 Alt. 1 GG fällt.³⁸⁶ Zudem

³⁸² Vgl. *Rixen* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 145a; *Ramm*, JZ 1989, 861–874 (867); *Lübbe*, ZfP 1989, 138–150 (142). Siehe aber die inkonsistente Begriffsverwendung in § 219 StGB, die im Wesentlichen auf der Rechtsprechung der Schwangerschaftsabbruchsentscheidung II des BVerfG beruht: Danach soll die verpflichtende Beratung der schwangeren Frau Perspektiven für ein *Leben mit dem Kind* eröffnen (gemeint: das geborene Kind). Ein Schwangerschaftsabbruch kommt nach dem Wortlaut des § 219 StGB nur in Ausnahmesituationen in Betracht, wenn der Frau durch das Austragen des *Kindes* (gemeint: Embryo, Fötus, Leibesfrucht) eine unzumutbare Belastung erwächst. Kritisch gegenüber dieser Differenzierung wohl *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 92.

³⁸³ *Lübbe*, ZfP 1989, 138–150 (142); *Rixen* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 145a.

³⁸⁴ *Rixen* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 145b.

³⁸⁵ *Dreier* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 72; *Schulze-Fielitz* in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 26; *Rixen* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 144, 145b; *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 92; *Höfling* in: Berliner Kommentar, GG, 39. EL XI/12, Art. 2 (3. Teil) Rn. 21, 22 ff. m. w. N.; *Lang* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 2 Rn. 59; dagegen ablehnend nur *Lübbe*, ZfP 1989, 138–150 (141–146); *Hoerster*, JuS 2003, 529–532.

³⁸⁶ Zur Kontroverse zwischen DP, CDU und FDP einerseits und SPD andererseits siehe v. *Doemming/Füsslein/Matz*, JöR n. F. Bd. 1 (1951), 61; siehe zur Analyse der Unterlagen *Schulze-Fielitz* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 5 m. w. N.; *Lübbe*,

ist bekannt, dass ein Antrag, der die *ausdrückliche* Einbeziehung des keimenden Lebens vorschlug, vom Hauptausschuss des Parlamentarischen Rats gerade im Nachgang zur Diskussion eben dieser Streitfrage abgelehnt wurde.³⁸⁷ Aus dem Umstand des abgelehnten Antrags wird mit überzeugenden Gründen geschlossen, dass der historische Gesetzgeber den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 GG wohl gerade eher nicht auf das werdende Leben ausdehnen wollte.³⁸⁸ Die Gegenansicht zur Entstehungsgeschichte stützt sich zum einen auf eine Stellungnahme des Berichterstatters von Mangoldt, der eine, wohlbermerkt *trotz* Ablehnung des Antrags mit 11 gegen 7 Stimmen, „vorherrschende“ Auffassung im Hauptausschuss behauptete, wonach das „keimende Leben“ miterfasst sei und zum anderen auf unwidersprochene Gegenauffassungen von Abgeordneten der DP und CDU.³⁸⁹ Festzuhalten bleibt, dass die Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 2 GG damit konträre Schlussfolgerungen zulässt und deshalb jedenfalls nicht eindeutig ist.³⁹⁰

3. Ungelöste Streitpunkte zum verfassungsrechtlichen Schutz des werdenden Lebens

Mit Blick auf die Details zum verfassungsrechtlichen Schutz des werdenden Lebens herrscht vor allem vehemente Uneinigkeit: Erstens wird mit Blick auf den textlichen Anknüpfungspunkt darüber gestritten, ob der sog. *Lebensschutz* des Embryos (Art. 2 Abs. 2 Alt. 1 GG) verkoppelt mit oder gerade entkoppelt von der Menschenwürdegarantie (Art. 1 GG) zu betrachten ist.³⁹¹ Zweitens lässt sich in der Verfassungsrechtsliteratur eine breit gewachsene Debatte mit unterschiedlichen Begründungsversuchen vorfinden, zu welchem Zeitpunkt der Schutz einsetzt, also *wann* menschliches Leben beginnt (dazu sogleich). Drittens wird kontrovers diskutiert, ob dem Embryo ausschließlich im Rahmen einer objektiv-rechtlichen Dimension verfassungsrechtlicher Schutz zukommt

ZfP 1989, 138–150 (143 f.); BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 140–143.

³⁸⁷ v. Doemming/Füsslein/Matz, JöR n. F. Bd. 1 (1951), 61; Schulze-Fielitz in: Dreier (Hrsg.), GG I, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 5; Ramm, JZ 1989, 861–874 (867 Fn. 51).

³⁸⁸ Ramm, JZ 1989, 861–874 (867 Fn. 51 m. w. N.); Schulze-Fielitz in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 5.

³⁸⁹ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 142–144; deutlich kritisch gegenüber dieser Lesart zu Recht Lübke, ZfP 1989, 138–150 (143 f.); Schulze-Fielitz in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 5.

³⁹⁰ Schulze-Fielitz in: Dreier (Hrsg.), GG I, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 5; Lübke, ZfP 1989, 138–150 (144); Höfling in: Berliner Kommentar, GG, Bearbeitungsstand: 39. EL XI/12, Art. 2 (3. Teil) Rn. 22.

³⁹¹ Zum Meinungsstand siehe Enders in: Berliner Kommentar, GG Art. 1 Rn. 126 ff., insb. 128 m. w. N.; Dreier in: Dreier, Art. 1 GG Rn. 69 Fn. 60 m. w. N.; für eine Kopplung etwa Höfling in: Berliner Kommentar, GG, Bearbeitungsstand: 39. EL XI/12, Art. 2 (3. Teil) Rn. 27; für eine Entkopplung etwa Dreier in: Dreier, Art. 1 GG Rn. 72 f.

oder ob er selbst Grundrechtsträger ist und ihm dementsprechend eigene subjektive Rechte zukommen.³⁹² Zunehmend diskutiert wird in diesem Zuge eine objektivrechtliche *Vorwirkung* der Menschenwürdegarantie in die vorgeburtliche Phase hinein.³⁹³ Viertens wird unterschiedlich beurteilt, ob für die einzelnen Entwicklungsphasen (von der Zygote über den Embryo bis hin zum Fötus) ein unterschiedlich weiter Schutz gilt, ergo *wie weit* eine *staatliche Schutzpflicht*, den Embryo vor Übergriffen Dritter zu schützen, reicht (dazu ebenfalls sogleich). Wenngleich sich die Verfassungsrechtsdebatte damit in zahlreiche ungelöste Detailfragen um den rechtlichen Status des Embryos verstrickt, deren Beantwortung nicht Gegenstand dieser Arbeit ist, möchte ich im Folgenden auf die Stränge in der Debatte eingehen, die mir mit Blick auf die Rechtfertigungsmöglichkeiten von Eingriffen in reproduktive Freiheiten zentral erscheinen:

a) *Bezugspunkt: Entwicklungsstadium*

Ungelöst ist die Frage auf welches Entwicklungsstadium der Beginn verfassungsrechtlichen Schutzes zu beziehen ist: Eine Vielzahl der Verfassungsrechtsliteratur stellt bereits auf den frühen Zeitpunkt der Fertilisation (oder oft

³⁹² Bei einer Erörterung im Rahmen von Art. 1 Abs. 1 GG bettet sich diese Frage in die größere umstrittene Frage ein, ob Art. 1 Abs. 1 GG überhaupt Grundrechtscharakter hat, siehe dazu den Überblick zum Meinungsstand bei *Siehr*, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?, VVDStRL 78 (2019), 393–440 (422 Fn. 88). Die (Grund-) Rechtsfähigkeit des Embryos im Rahmen des Art. 1 Abs. 1 GG verneinend *Enders* in: Berliner Kommentar, GG, Bearbeitungsstand: 13. EL VII/05, Art. 1 Rn. 133; *Jarass* in: Jarass/Piero, GG, 16. Auflage 2020, Art. 1 Rn. 9; *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 90; wohl auch bereits *Dreier* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 1 GG Rn. 72, 81 f.; die Grundrechtsfähigkeit des *extrakorporalen* Embryos verneinend etwa *Siehr*, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?, VVDStRL 78 (2019), 393–440 (428), die Grundrechtsträgerschaft auch des extrakorporalen Embryos noch explizit bejahend *Sacksofsky*, Der verfassungsrechtliche Status des Embryos in vitro, 2001, 16, nun aber zurückhaltender *Sacksofsky*, Merkur 859 (2020), 32–44 (42); die Grundrechtsträgerschaft bereits für die extrakorporal befruchtete Eizelle bejahend *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 1 Abs. 1 Rn. 18 f. Die (Grund-) Rechtsfähigkeit bereits ab der Fertilisation für Art. 2 Abs. 2 GG bejahend *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 94, 96; jedenfalls vor der Nidation für Art. 2 Abs. 2 GG verneinend *Di Fabio* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Februar 2004, Werkstand: 95. EL Juli 2021, Rn. 28.

³⁹³ Bejahend für Art. 1 Abs. 1 GG etwa *Di Fabio* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Februar 2004, Werkstand: 95. EL Juli 2021, Rn. 28; *Siehr*, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?, VVDStRL 78 (2019), 393–440 (427 f., 429); *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 90: „[Die] punktuellen Vorwirkungen der Menschenwürde [...] können sich schlüssig nur auf zukünftige Belange beziehen, d. h., der Bezugspunkt des Würdeschutzes kann nur der später geborene Mensch sein, zu dem sich der Embryo (möglicherweise) entwickelt.“

auch als Befruchtung bezeichnet) ab.³⁹⁴ Andere wählen den Zeitpunkt der Nidation, also die Einnistung des befruchteten Eies in die Gebärmutter.³⁹⁵ Selten wird auf spätere Zeitpunkte als rechtliche Zäsur abgestellt.³⁹⁶ Je nach Anknüpfung an die Fertilisation oder die Nidation geht die Frage einher, ob der Embryo bzw. Fötus im Körper der Schwangeren (*in utero*) einen anderen verfassungsrechtlichen Schutz erfährt als der extrakorporale Embryo (*in vitro*).³⁹⁷

b) Absoluter oder gestufter Schutz

Zentral ist die weitere Frage, ob der verfassungsrechtliche Schutz des werdenden menschlichen Lebens ab einem gesetzten Entwicklungsstadium „absolut“ gilt oder ob korrespondierend mit diesen Entwicklungsstadien ein sich *entwickelndes* Schutzkonzept als überzeugender erachtet wird, womit gemeint ist, dass mit fortschreitender Entwicklung des Embryos auch die Intensität des verfassungsrechtlichen Schutzes wächst.³⁹⁸

4. Würdigung: Überprüfungswürdige Streitpunkte

Aufgrund dieser seit Jahrzehnten disziplinübergreifend diskutierten ungelösten Fragen um den Status des Embryos wird zunehmend konstatiert, dass das *Recht*

³⁹⁴ Kunig/Kämmerer in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 96 m. w. N. in Fn. 423; Lang in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 50. Edition, 15.5.2022, Art. 2 Rn. 59 m. w. N.

³⁹⁵ Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Auflage 2020, Art. 1 Rn. 8; Di Fabio in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Bearbeitungsstand: Februar 2004, Werkstand: 95. EL Juli 2021, Art. 2 Abs. 2 Rn. 24 f.

³⁹⁶ Siehe für einen Überblick über weitere Anknüpfungspunkte bei Lehmann, Die In-vitro-Fertilisation und ihre Folgen, 2007, 45 ff.

³⁹⁷ Für einen schwächeren Schutz des Embryos *in vitro* etwa Siehr, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?, VVDStRL 78 (2019), 393–440 (432 f.); gegenteilig Sacksofsky, Merkur 859 (2020), 32–44 (41): „Es wäre [...] geradezu grotesk, dem Embryo im Körper einer Frau stärkeren Grundrechtsschutz zuzusprechen als dem Embryo in der Petrischale.“; dies, Der verfassungsrechtliche Status des Embryos *in vitro*, 2001, 30 ff. „Denn die Situation von Embryo *in utero* und Embryo *in vitro* ist im Hinblick auf Rechtfertigungsmöglichkeiten vollkommen unvergleichbar. Das Gewicht der Gründe, das eine Frau für einen Abbruch der Schwangerschaft geltend machen kann, ist so groß, daß alle Interessen, die für eine Tötung eines Embryos *in vitro* geltend gemacht werden könnten, dahinter bei weitem zurückbleiben.“

³⁹⁸ Zu abgestuften Schutzkonzepten für das Verfassungsrecht siehe insbesondere den Überblick zum Meinungsstand bei Wapler in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 89 f. Siehe für einen abgestuften Würdeschutz etwa Herdegen in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Bearbeitungsstand: Mai 2009, Werkstand: 95. EL Juli 2021, Art. 1 Abs. 1 Rn. 69 ff.; Hufen, JZ 2004, 313–318 (315 m. w. N. in Fn. 32); für einen abgestuften Lebensschutz Dreier, ZRP 2002, 377–383; Sacksofsky, Der verfassungsrechtliche Status des Embryos *in vitro*, 2001, 26: „Je näher der Embryo dem Baby ist, desto stärkeres Gewicht bekommt sein Lebensrecht in einer Abwägung mit anderen Interessen.“

jedenfalls nicht allein die Frage nach dem Beginn des Lebens lösen kann.³⁹⁹ Auf den Lebensbereich der Fortpflanzung lässt sich in der Tat aus verschiedenen Richtungen und durch die Brille unterschiedlicher Wissenschaftsdisziplinen schauen. Die Verfassungsinterpretation, die stets durch das Vorverständnis der Interpretierenden mitgeprägt wird, ist auf dem Gebiet der menschlichen Fortpflanzung, besonders bei der Frage nach dem Beginn menschlichen Lebens, vor die Herausforderung gestellt, dem *vielfältigen* Meinungsspektrum in weiteren Disziplinen (Biologie, Medizin, Medizinethik, Philosophie, der Theologie und deren Bandbreite an Ansätzen) Rechnung zu tragen.⁴⁰⁰ In der Kommentarliteratur zum Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 Alt. 1 GG) sowie zur Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG) dominiert eine embryozentrierte Betrachtungsweise auf den Lebensbereich der Reproduktion, die aus drei Gründen überprüfungswürdig erscheint. Erstens setzt sich diese Betrachtungsweise jedenfalls mit Blick auf das Recht auf Leben bereits einem methodischen Einwand aus. Vor dem Hintergrund des Wortlauts der Grundrechtsnorm des Art. 2 Abs. 2 GG („jeder“) sowie mit Blick auf die erörterte uneindeutige Entstehungsgeschichte ist es jedenfalls begründungsbedürftig, warum nach Sinn und Zweck der Grundrechtsnorm auch der Schutz werdenden Lebens miteinzubeziehen ist. Durch die überwiegend verwendeten Termini wie „menschliches Leben“ oder „werdendes Leben“ werden – jedenfalls begründungsbedürftige – teleologische Überlegungen „hinter einer methodisch unsaubereren Wortlautauslegung versteckt“.⁴⁰¹ Zweitens trägt die überwiegende Verfassungsrechtswissenschaft den interdisziplinären Erkenntnissen samt der Fachstreitigkeiten bei der Erforschung um den Lebensbeginn bisher wenig Rechnung. Drittens lässt die dominierende Perspektive auf reproduktive Fragestellungen den Embryo in aller Regel als entkontextualisiert und individualisiert erscheinen.⁴⁰² Der Embryo allerdings ist kein „für sich allein stehendes, unabhängiges Wesen, das zu

³⁹⁹ *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 31; *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2018, 185–213 (208, 213); siehe für die medizinethische Debatte *Wiesemann*, Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen, 2006, 13.

⁴⁰⁰ *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.) Autonomie im Recht, 2018, 185–213 (213). Während vor der schlichten Übernahme einseitiger Positionen *Dreier* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 1 ff., 7 ff., 13 ff., insb. 16, 51, der auf die Gefahr des „Einfallsstor[s des Art. 1 GG] für bestimmte Partikularethiken oder politische Anschauungen“ hinweist, „die dann als allgemeinverbindliche Maxime des positiven Verfassungsrechts ausgegeben werden“ (Rn. 51); kritisch auch *Hufen*, MedR 2001, 440–451 (445); ebenso *Siehr*, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?, VVDStRL 78 (2019), 393–440 (416), siehe dort auch für einen prägnanten Überblick zur Vielfalt der verschiedenen religiösen Positionen, ebd., 412 ff.

⁴⁰¹ *Lübbe*, ZfP 1989, 138–150 (142)

⁴⁰² Vgl. *Wiesemann*, Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen, 2006, 15: „Der Begriff ‚menschliches Individuum‘ wird ohne genaue Definition verwendet, der Embryo

einem bestimmten Zeitpunkt mit allen Attributen des Menschseins ausgestattet wird [...], [sondern] ein Wesen, das langsam in eine überaus enge leibliche und soziale, von Verantwortung geprägte Beziehung zu zwei Menschen wächst.“⁴⁰³

Auf diese Weise bleibt in der gegenwärtigen Debatte der *lebenspraktisch nahe Blick auf den Embryo* aus der Perspektive involvierter Personen, die sich in Zukunft gerichtete Fragen nach den Bedingungen, in die das mögliche zukünftige *Kind* hineingeboren werden würde, stellen, weitestgehend unbeleuchtet. Außer Blick geraten auf diese Weise Schwangerschaft und Geburt als existentielle psychische wie physische Erfahrungen der Schwangeren sowie deren Bedeutung für die weitere Lebensgestaltung.⁴⁰⁴

X. Zusammenfassung und Würdigung der Literatur

Über die grundrechtliche Verankerung der einzelnen Bestandteile des dieser Arbeit zugrundeliegenden Begriffs der reproduktiven Freiheiten (Kapitel 2, II.) besteht in der Literatur bisher noch wenig Einigkeit. *Dass einzelne* individuelle reproduktive Belange des Individuums verfassungsrechtlich geschützt sind, ist unbestritten. Allerdings wird um die textlichen Anknüpfungspunkte im Grundgesetz sowie um Inhalt und Umfang dieser Freiheiten gerade gerungen. Reproduktive Belange des Individuums finden jedenfalls in unterschiedlichen Grundrechtsnormen Erwähnung (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG, Art. 6 Abs. 4 GG, Art. 2 Abs. 2 GG, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG).

1. Die Ausgangsperspektive auf den Lebensbereich der Fortpflanzung prägt das Verständnis der Verfassungsinterpretation entscheidend.

Wie einführend festgestellt, werden Reproduktion, Fortpflanzung oder verwandte Begriffe nicht explizit im Verfassungstext erwähnt. Das Grundgesetz bietet somit durch die wenigen textlichen Anhaltspunkte eine große Interpretationsfläche bei der Frage, was das Grundgesetz für den Lebensbereich der Reproduktion vorgibt. Dies erklärt das in der Literatur vorzufindende vielfältige Meinungsspektrum auf dem Gebiet der Fortpflanzung, das auch die in der Gesellschaft vorhandenen Differenzen, die in diesem Lebensbereich besonders groß zu sein scheinen, spiegelt. Auf einer abstrakteren Ebene ließen sich drei Blickrichtungen auf den Lebensbereich der Reproduktion ausfindig machen.

wird als eigenständiges Wesen behandelt, und die leiblichen Aspekte der Beziehung zwischen Eltern und Kind werden nicht berücksichtigt.“ Besonders deutlich wird diese Entkontextualisierung etwa bei *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 1 Rn. 94.

⁴⁰³ *Wiesemann*, Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen, 2006, 33.

⁴⁰⁴ *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.) *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (206 f.).

Erstens lässt sich eine Bandbreite an individualrechtlichen Betrachtungsweisen auf den Lebensbereich der Fortpflanzung vorfinden, auf die der Fokus dieser Bestandsaufnahme lag und auf die sogleich separat einzugehen ist. Zweitens lässt sich eine bevölkerungspolitische Betrachtungsweise vorfinden, welche als Bezugspunkt für die Erörterung reproduktiver Fragestellungen ein verschieden bezeichnetes Kollektiv, die Gemeinschaft, den Staat oder die Gesellschaft, wählt. Hintergrundannahme dieser Perspektive ist, dass das Grundgesetz vorgäbe, Bevölkerungsvermehrung als verpflichtende gesellschaftliche Aufgabe zu betrachten. Daneben dominiert drittens in der Verfassungswissenschaft eine embryozentrierte Betrachtungsweise, welche den Embryo bzw. Fötus gerade als Ausgangspunkt nimmt und nicht als primär nachgelagerte Frage der verfassungsrechtlichen Grenzen staatlicher Regulierung von Reproduktion, Schwangerschaft und Geburt. Sowohl die bevölkerungspolitische als auch die embryozentrierte Betrachtungsweise werden in aller Regel gerade nicht als solche bezeichnet, vielmehr stecken diese Betrachtungsweisen, wie umfassend herausgearbeitet wurde, oft implizit als Hintergrundannahmen zwischen den Zeilen bei der Verfassungsinterpretation, weshalb sie auf Anhieb nicht immer erkennbar sind. Beide Perspektiven, sowohl die bevölkerungspolitische als auch die embryozentrierte Betrachtungsweise, prägen, wie gezeigt, nicht nur das Verständnis *einer* Grundrechtsnorm, sondern durchziehen die gesamte Verfassungsinterpretation, etwa im Rahmen der Kommentierungen zu Art. 1 GG, Art. 2 Abs. 2 GG, Art. 6 Abs. 2 und Abs. 4 GG.

2. Ein Teil der Verfassungswissenschaft operiert bei der Erörterung reproduktiver Fragestellungen mit starken Leitbildern, die Freiheits- und Gleichheitsrechte verschatten. Die zum Teil impliziten Hintergrundannahmen dieser Leitbilder sind deshalb reflexiv zu analysieren.

In Teilen der verfassungsrechtlichen Literatur wird eine vermeintliche Normalität in reproduktiven Kontexten suggeriert, die nicht immer zutreffend ist. Besonders die im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 GG (Ehe und Familie) aufgestellten Leitbilder, wie das behauptete von der Verfassung vorgegebene Leitbild der ehebasierten Familie oder die Annahme einer verfassungsrechtlich bestehenden Staatsaufgabe der Bevölkerungsvermehrung, beruhen auf wirkmächtigen Hintergrundannahmen, die nicht nur Konformitätsdruck für eine Vielzahl von Personen bedeuten, sondern, wie umfassend herausgearbeitet wurde, Freiheits- und Gleichheitsrechte von Individuen in reproduktiven Fragen verschatten. Insbesondere bildet das aufgestellte Leitbild der Ehe zwischen Mann und Frau als *einzig* oder weiterhin *bestgeeignete* Institution für das behütete Aufwachsen von Kindern bereits den zeitgenössischen Entstehungskontext von Art. 6 Abs. 1 GG nur unzureichend ab. Das Leitbild ist zudem spätestens mit Blick auf die heutigen vielfältigen Lebensrealitäten mehr denn je, wie dargelegt, inkonsistent. Ein bevölkerungspolitisch motivierter kollektivistischer Blick im Gewand eines verfassungsrechtlich vermeintlich zwingend vorgegebenen

Ziels („gesellschaftliche Reproduktion“) ist mit der Grundaussage des Grundgesetzes, das Würde und Freiheit der Individuen in den Mittelpunkt stellt, schwer vereinbar und determiniert individuelle reproduktive Entscheidungen genauso wie politische Handlungs- und Gestaltungsspielräume. Besonders bedenklich ist, dass das angenommene Strukturmerkmal der (gesellschaftlichen) Reproduktionsfunktion der Ehe als Abgrenzungskriterium bedient wird, um gleichgeschlechtliche Lebensformen abzuwerten (Art. 3 Abs. 3 GG). Die Leitbilder bedeuten zudem eine Ungleichbehandlung aller Varianten von Elternschafts- und Familienmodellen abseits der verschiedengeschlechtlichen Ehe (Art. 3 Abs. 1 GG), für die keine sachlichen Gründe ersichtlich sind. Verfassungsrechtlich aufgestellte Leitbilder sind deshalb aus freiheits- und gleichheitsrechtlicher Perspektive bedenklich.

Die Verfassungsrechtsliteratur zu Art. 6 Abs. 4 GG (Schutz- und Fürsorgeanspruch der Mutter) ist ebenfalls von noch wenig reflektierten Hintergrundannahmen geprägt. Geschlechts- und rollenspezifische Stereotype, die mit dem Begriff der Mutter einhergehen können, werden bei der Verfassungsrechtsinterpretation des Art. 6 Abs. 4 GG bisher kaum reflektiert.

3. Eine Verortung von Reproduktion im Eheschutz setzt sich mit Blick auf Freiheits- und Gleichheitsrechte von Individuen Bedenken aus.

Eine Verortung von reproduktiven Belangen als Teil der Ehegestaltungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG) überzeugt wenig. Denn erstens bleibt das Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft außerordentlich unklar. Zweitens mündet die individualrechtliche Entscheidung *für* Kinder nicht in der gleichwertigen Anerkennung der Entscheidung *gegen* Kinder. Drittens finden zentrale reproduktive Belange des Individuums bei einem ehebasierten Ansatz keine Erörterung (Zugang und Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren, Entscheidungen während der Schwangerschaft und der Geburt aus Perspektive des Individuums). Viertens führt eine Verortung von reproduktiven Belangen im Ehegrundrecht zur Kollision mit zahlreichen weiteren gelebten Realitäten und insbesondere zur Einschränkung von Freiheitsrechten all derjenigen, die von der vermeintlichen Norm der Leitbilder nicht abgebildet werden, was aus diesem Grund daneben gleichheitsrechtlichen Bedenken begegnet. Ein ehebasierter Ansatz liefert zudem aufgrund der Methodik der Verfassungsinterpretation keine überzeugenden Antworten auf individuelle Freiheiten im Lichte gesellschaftlichen Wandels und medizintechnischen Fortschritts auf dem Gebiet der Fortpflanzung.

4. Die Freiheit der Familiengründung (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) wird gegenwärtig unterschiedlich verstanden.

Ein Großteil der Kommentarliteratur sieht von dem Familiengrundrecht auch den vorgelagerten Akt der Gründung einer Familie umfasst. Eine solche Ver-

ortung reproduktiver Belange überzeugt dann, wenn erstens eine individualfreiheitsrechtliche und dem Einzelnen zukommende Lesart reproduktiver Freiheiten im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG befürwortet wird, und zweitens sofern sowohl die positive als auch die negative Dimension reproduktiver Freiheiten umfassend anerkannt werden. Gegenwärtig ist das Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft auch bei einer Verankerung im Familiengrundrecht (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) noch nicht abschließend geklärt. Zudem wird bei einer Verortung reproduktiver Freiheiten im Familiengrundrecht (Art. 6 Abs. 1 GG) von manchen Stimmen die Ehe weiterhin als privilegierte Institution für die Fortpflanzung betrachtet. Dies birgt – wie bei den ehebasierten Positionen – die Gefahr eines ungleichwertigen Grundrechtsschutzes von individualrechtlichen Freiheiten.

5. Das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) wird überwiegend embryozentriert interpretiert. Richtigerweise entfaltet das Elternrecht verfassungsrechtlichen Schutz erst ab Geburt eines Kindes.

In der Verfassungsrechtswissenschaft ist die Auffassung weit verbreitet, dass das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) verfassungsrechtlichen Schutz bereits ab der Zeugung des Embryos entfalte. Diese Auffassung überdehnt allerdings bereits den eindeutigen Wortlaut der Norm („Kinder“, „Erziehung“, „Pflege“). Den Eltern werden von der Verfassung die „Erziehung“ und „Pflege“ übertragen, und damit Tätigkeiten, die gegenüber einem geborenen Kind wahrgenommen werden. Jegliche Entscheidungen vor oder während einer Schwangerschaft können nicht als pflegerische oder gar erzieherische Tätigkeiten begriffen werden. Zudem ist eine Begründung des Elternrechts bereits vor der Geburt für den Einzelfall kaum handhabbar, weil unklar bleibt, wem welche Rechte bzw. Pflichten im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 GG überhaupt zukommen.

6. Schwangerschaft und Geburt werden im Rahmen von Art. 6 Abs. 4 GG überwiegend aus einer embryozentrierten und/oder bevölkerungspolitischen Betrachtungsweise erörtert.

Der Schutz- und Fürsorgeanspruch nach Art. 6 Abs. 4 GG scheint weitestgehend untertheoretisiert zu sein. Nach einhelliger Auffassung schützt Art. 6 Abs. 4 GG den für diese Arbeit relevanten Zeitraum der Schwangerschaft und der Geburt. Die Kommentarliteratur betont im Rahmen von Art. 6 Abs. 4 GG allerdings oft die Bedeutung von „Mutterschaft“ im „Interesse der Gemeinschaft“. Sowohl eine embryozentrierte als auch eine bevölkerungspolitische Interpretation des Art. 6 Abs. 4 GG überschatten schon im Ausgangspunkt individuelle Entscheidungsfreiheiten und Entscheidungsspielräume des Individuums. Geschlechts- oder reproduktionsspezifische Rollenerwartungen werden im Rahmen des Art. 6 Abs. 4 GG kaum reflektiert, sondern im Gegenteil reproduziert oder perpetuiert.

7. *Reproduktive Freiheiten werden bisher nur vereinzelt als Bestandteil des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) erörtert.*

Dem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) kommt in reproduktiven Belangen eine zentrale Rolle zu, weil etwa die Inanspruchnahme von reproduktionsmedizinischen Verfahren oder die Lebensphase der Schwangerschaft wie auch die Geburt mit einschneidenden körperlichen Erfahrungen verbunden sind. Allerdings erörtert die überwiegende Kommentarliteratur bisher nur vereinzelt reproduktive Belange des Individuums im Rahmen des Rechts auf körperliche Unversehrtheit. Erwähnt werden insofern nur besonders schwere Eingriffe, wie Zwangsterilisationen oder -kastationen. Zahlreiche alltagsrelevante Fragen, welche die Einwilligung (*informed consent*) betreffen, werden nicht diskutiert: etwa die Information und Aufklärung über Interventionen während der Geburt oder Fragen rund um die Entscheidungskompetenz von Minderjährigen oder Menschen mit kognitiven Beeinträchtigungen als Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Verhütungsmethoden oder die Einwilligung in eine Sterilisation oder Kastration.

8. *Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) wird in der Regel bei der Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren ins Feld geführt. Inhaltlich weitere Ansätze beziehen auch Schwangerschaft und Geburt mit ein.*

Eine Verankerung reproduktiver Belange im allgemeinen Persönlichkeitsrecht bringt zum Ausdruck, dass es sich bei der Entscheidung, ob, mit wem und auf welche Weise Menschen Kinder zeugen wollen oder nicht, gerade um höchstpersönliche Aspekte des Lebens handelt, die oft einen integralen Bestandteil der eigenen Lebensplanung ausmachen. Mehrheitlich werden unter dem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung verfassungsrechtliche Fragen rund um reproduktionsmedizinische Verfahren erörtert. Durch die einseitige Fokussierung auf den Teilbereich der reproduktionsmedizinischen Verfahren bleiben allerdings zahlreiche relevante Alltagsfragen, die die reproduktive Selbstbestimmung berühren, bisher verfassungsrechtlich unbeleuchtet. Unter dem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) findet etwa die Freiheit, sich *nicht* fortzupflanzen, weitaus seltener Erwähnung als die Freiheit, sich fortzupflanzen. Bisher wenig in der verfassungsrechtlichen Literatur in den Blick genommen werden zudem die physischen, psychischen und sozialen Umstände von Schwangerschaft und Geburt als Teil reproduktiver Selbstbestimmung. Bei praxisnaher und lebensweltlich orientierter Betrachtung erschöpft sich das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) jedenfalls nicht im Akt der Zeugung, sondern bezieht sich auch auf den Bereich der Schwangerschaft bis einschließlich der Geburt.

9. Die Verfassungsinterpretation trägt der Lebenswirklichkeit von Menschen bisher nicht ausreichend Rechnung.

Lebenspraktische, für eine Vielzahl von Personen bedeutsame Fragen, wie etwa der Zugang zu und die Finanzierung von Verhütungsmethoden, aber auch die Gewährleistung umfassender Entscheidungsfreiheiten während der Schwangerschaft wie auch die strukturellen Missstände in der Geburtsversorgung (Kapitel 1, II.), bleiben bisher in der (verfassungs-)rechtswissenschaftlichen Betrachtung weitestgehend außen vor. Schwangerschaft als Lebensphase und der Geburtsvorgang als einschneidendes Ereignis – aus Perspektive der schwangeren bzw. gebärenden Frau – werden bisher kaum zum Ausgangspunkt für die Erörterung reproduktiver Fragestellungen genommen. Es fehlen somit rechtliche Perspektiven auf Schwangerschaft als Lebensphase und Geburt als Prozess, der Grundrechte von Schwangeren und Gebärenden überhaupt erörtert. Besonders deutlich wird das bei der Erörterung des strafrechtlichen Schwangerschaftsabbruchsverbots. Denn die grund- und menschenrechtliche Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden, wird bisher selten ins Zentrum verfassungsrechtlicher Überlegungen gestellt. Vielmehr wird die freiheitsrechtliche Perspektive der schwangeren und gebärenden Person eben durch die vorherrschende embryozentrierte und weiterhin verbreitete bevölkerungspolitische Betrachtungsweise verschattet.

Ein Erklärungsansatz für die fehlende Erörterung dieser Subjektperspektive könnte sein, dass die individuellen Erfahrungswelten durch verbreitete implizite Hintergrundannahmen über Frauen und Mütter nicht gesehen werden. Die fehlenden Leerstellen im rechtlichen Diskurs legen daneben nahe, dass der weite Bereich der menschlichen Reproduktion, insbesondere etwa Infertilität, aber auch Themen wie Schwangerschaftsabbrüche oder das (mitunter traumatische) Erleben einer Geburt, gesellschaftlich tabuisiert zu sein scheint. Verfassungsinterpretation und lebenspraktische Erfahrungswelten in reproduktiven Kontexten fallen derzeit dementsprechend noch weit auseinander.

10. Positive und negative reproduktive Freiheiten werden unterschiedlich verhandelt und ungleich anerkannt.

Die Freiheit, sich fortzupflanzen, steht im Fokus derzeitiger Betrachtungen, jedenfalls gilt das für einen Teil der Gesellschaft. Wie dargelegt offenbart sich in Teilen der Kommentarliteratur weiterhin ein Verständnis von „selbstverständlich vorausgesetzter“ Fortpflanzung bei verschiedengeschlechtlichen Ehepaaren (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG). Die Freiheit, ein Kind zu zeugen, erhält besonders durch die technischen Möglichkeiten und deren in Deutschland einfachgesetzlichen Verbote eine hohe Aufmerksamkeit und erfährt anhaltende Kritik, die auf rechtspolitische Reformen des sog. Embryonenschutzgesetzes aufmerksam macht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG bzw. Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG). Personen, die oft strukturell diskriminierungsgefährdeten Gruppen

zugeordnet werden und deren reproduktiven Freiheiten rechtlich lange Zeit beschnitten waren (trans Personen, § 8 Nr. 3 TSG) oder mithin weiterhin bedroht sind (etwa bei Menschen mit Behinderungen, § 1905 BGB), erhalten dagegen verfassungsrechtlich wenig Aufmerksamkeit. Im Rahmen der Freiheit, in eine Sterilisation einzuwilligen, wird die einfachrechtlich mögliche Sterilisation von im Recht einwilligungsunfähig geltenden Personen erwähnt (§ 1905 BGB) und dabei überwiegend für verfassungsgemäß gehalten, und zwar oft, ohne auf menschenrechtliche Maßgaben Bezug zu nehmen.

Die Freiheit, sich fortzupflanzen, mündet nicht in der Anerkennung der Freiheit, sich nicht fortzupflanzen. Über den Zugang zu finanzierbaren und verträglichen Verhütungsmitteln wird rechtspolitisch diskutiert (Kapitel 1, II.), (verfassungs-)rechtlich bleibt das Thema bisher weitestgehend unbeleuchtet. Zwar sind Fragen der Verhütungsmethoden und -mitteln im Alltag vieler Menschen von einiger Bedeutung, gerade weil hierdurch ungeplante Schwangerschaften verhindert werden können. Allerdings wird der gesamte Themenkomplex, der etwa bei der Frage nach der Forschung nach sicheren, verträglichen Verhütungsmethoden bis hin zur Diskussion einer flächendeckenden staatlichen Finanzierung in der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft kaum beleuchtet. Einfachrechtlich richtet sich das Strafrecht weiterhin gegen Frauen, die eine Schwangerschaft beenden (§§ 218 ff. StGB). Verfassungsrechtlich wird das geltende Schwangerschaftsabbruchsverbot in der Kommentarliteratur bisher nur vereinzelt aus einer individualfreiheitsrechtlichen Perspektive der ungewollt schwangeren Personen erörtert.

11. Es fehlt an einer gleichheitsrechtlichen Adressierung staatlicher Regulierung von Reproduktion.

In der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft werden bei der Erörterung staatlicher Regulierung von Fortpflanzung das in Art. 3 Abs. 2 GG enthaltene Diskriminierungsverbot und Gleichberechtigungsgebot sowie die Diskriminierungsverbote nach Art. 3 Abs. 3 GG bisher kaum herangezogen.⁴⁰⁵

12. Das internationale Recht wird in der Verfassungsrechtswissenschaft bisher nur vereinzelt rezipiert. Daher zeigt sich eine auffällige Diskrepanz zwischen dem menschenrechtlichen Konzept reproduktiver Gesundheit und Rechte und dem verfassungsrechtlichen Diskurs in Deutschland.

Bei reproduktiven Freiheiten handelt es sich um Menschenrechte (Kapitel 5). Wenngleich in der ganz überwiegenden Mehrzahl der GG-Kommentierungen

⁴⁰⁵ Siehe bisher nur unter Zurückhaltung der Hinweis bei Baer/Markard in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Abs. 2 Rn. 351, 359; Nußberger in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 3 Rn. 275, 278–279 mit Tendenz zur Adressierung nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.

– zu Recht – internationale und europäische Bezüge der jeweiligen Grundrechtsnormen erörtert werden, findet die Verankerung reproduktiver Rechte im internationalen Recht bisher kaum explizit Erwähnung.⁴⁰⁶ Vereinzelt wird die internationale Rechtsentwicklung in der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft sogar als Gefahr für den Embryonenschutz betrachtet.⁴⁰⁷ Das ist besonders vor dem Hintergrund bemerkenswert, als dass das Bundesverfassungsgericht inzwischen mehrfach darauf hingewiesen hat, dass ratifizierte Menschenrechtskonventionen Gesetzeskraft zukommt und sie als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte heranzuziehen sind.⁴⁰⁸ Die Kommentarliteratur trägt somit den internationalen Verpflichtungen, wozu etwa die Forderung nach einem ausnahmslosen Verbot der Zwangssterilisation, der Zugang zu sicheren und finanzierbaren Verhütungsmitteln, der Zugang zu sicherem und legalem Schwangerschaftsabbruch und Entscheidungsfreiheiten bei gynäkologischen Eingriffen zählen (vgl. dazu Kapitel 5) bisher erstaunlich wenig Rechnung.⁴⁰⁹ Abseits der GG-Kommentierungen wird auf die menschenrechtliche Dimension reproduktiver Rechte und die einhergehenden internationalen Verpflichtungen allerdings zunehmend Bezug genommen.⁴¹⁰

13. Individuelle reproduktive Freiheiten finden zwar zunehmend in der Verfassungsrechtsliteratur Erwähnung. Die Debatte verlagert sich allerdings auf die Grenzen reproduktiver Freiheiten.

Wie gezeigt lassen sich zunehmend verfassungsrechtliche Stimmen vorfinden, die Aspekte individueller reproduktiver Freiheiten erörtern, wenn auch in unterschiedlichen Grundrechten. Gerade in den letzten Jahren, und damit im Ent-

⁴⁰⁶ Siehe explizit bisher nur *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 130; siehe die impliziten Verweise auf einschlägige Vorschriften und Verträge bei *Baer/Markard* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 345, 347, 349, 351, 399 f.; *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 15, 28–43.

⁴⁰⁷ *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 1 Abs. 1 Rn. 94: „Schlimme Vorzeichen gegen den Schutz des ungeborenen Lebens kommen vom Europäischen Parlament, das am 10. März 2015 mit Mehrheit in einer Entschließung Abtreibung als Menschenrecht bezeichnet hat.“

⁴⁰⁸ Grundlegend BVerfG, Beschluss vom 14. Oktober 2004 – 2 BvR 1481/04 –, juris Rn. 32 (Görgülü), aus jüngerer Zeit: BVerfG, Beschluss vom 26. Juli 2016 – 1 BvL 8/15 –, juris Rn. 88; BVerfG, Beschluss vom 27. April 2021 – 2 BvR 206/14 –, juris Rn. 57; siehe auch *Baer/Markard* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 343.

⁴⁰⁹ Siehe nur *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 120, 130.

⁴¹⁰ *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 222–236 (224, 231); *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 29, *passim*; *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2018, 185–213; *Klein/Wapler*, APuZ 20/2019, 20–26.

stehungsprozess dieser Arbeit, kam deutliche Bewegung in die Verfassungsrechtsdebatte, wenn auch bisher ohne erkennbare Konzeptualisierung. Dem Protokoll einer hitzigen Debatte der Deutschen Staatsrechtslehrertagung im Jahr 2008 ist zu entnehmen, dass vor etwa fünfzehn Jahren „reproduktive Rechte“ noch abgetan wurden als „Rechtsbehauptungen interessierter Kreise, die sich aber weder völkerrechtlich verdichtet haben noch verfassungsrechtlich nachweisen lassen“.⁴¹¹ Der Autor dieses Zitats geht inzwischen jedoch selbst sowohl von einer Familiengründungsfreiheit im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG als auch von einem (engen) Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) aus, auch wenn er diesen Perspektivwechsel nicht offenlegt.⁴¹² Dieser Entwicklung entspricht auch ein weitestgehend festzustellender terminologischer Wechsel bei der Beurteilung reproduktiver Fragen: Nur noch vereinzelt wird von einer „ehelichen Bestimmungsgewalt über die Nachkommenschaft“ gesprochen, ganz überwiegend wird inzwischen eine Familiengründungsfreiheit im Rahmen des Familiengrundrechts (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) oder im Rahmen des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) erörtert. Im Rahmen dieser explizit grundrechtlich eigenständig verorteten reproduktiven Freiheiten des Einzelnen geht es in der Regel um die verfassungsrechtliche Erörterung bisher einfachgesetzlich verbotener reproduktionsmedizinischer Verfahren, etwa um das Verbot der Eizellspende oder der Leihmutterschaft. Nur noch vereinzelt wird mit Blick auf die Ermöglichung eines Kinderwunsches mithilfe reproduktionsmedizinischer Verfahren für einen grundrechtlich schwächeren Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) plädiert.

Die verfassungsrechtliche Debatte um reproduktive Freiheiten scheint sich damit – jedenfalls in Gestalt der *positiven* Freiheit, sich fortzupflanzen, die ganz überwiegend nun als individuelles Abwehrrecht anerkannt ist, – mit Blick auf die weiterhin verbotenen reproduktionsmedizinischen Verfahren insofern auf die Bedingungen und Grenzen der Reproduktionsmedizin zu verlagern. Insbesondere wird diskutiert, welchen Handlungskorridor die Verfassung dem Gesetzgeber im Bereich der Reproduktionsmedizin eröffnet und inwieweit es einen Regulierungsauftrag für den Gesetzgeber gibt.⁴¹³

⁴¹¹ Siehe den Wortbeitrag von *Hillgruber* bei der Diskussion im Anschluss an *Baer*, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), 290–354 (359).

⁴¹² *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (12 ff.).

⁴¹³ Es lassen sich zahlreiche detaillierte Reformvorschläge vorfinden, siehe etwa bereits *Lindner* in: Rosenau (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, 2012, 127–152; *Sydow*, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Reproduktionsmedizin?, in: VVDStRL 78 (2019), 361–392 (369 f.); weitergehend *Kersten*, NVwZ 2018, 1248–1254 (1248); *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina*, Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019.

14. Fazit: Eingeschränkter Blick für reproduktive Freiheiten und für Ungleichheiten.

Reproduktive Freiheiten werden in der Verfassungsliteratur zunehmend in den Blick genommen, wenn auch überwiegend noch fragmentarisch dargestellt. Eine umfassende Konzeptualisierung reproduktiver Freiheiten ist bisher noch wenig erkennbar. Besonders fällt auf, dass die weiterhin dominierenden embryozentrierten und bevölkerungspolitischen Betrachtungsweisen auf den Lebensbereich der Reproduktion die Perspektive der handelnden und entscheidenden Subjekte, und damit deren Grundrechte, zu überdecken drohen. Die Bestandsaufnahme zeigt weiter, dass der lebensweltlich zusammenhängende Bereich der Reproduktion von Zeugung über Schwangerschaft bis hin zur Geburt oft noch in zweierlei Hinsicht verkürzt dargestellt wird. Inhaltsbezogen werden nur bestimmte reproduktive Belange diskutiert: Unberücksichtigt bleiben besonders Entscheidungsfreiheiten während der Schwangerschaft und der Geburt. Personenbezogen bleiben Individuen außen vor, die strukturell (etwa trans Personen oder Menschen mit Behinderungen) oder situativ (etwa Gebärende) vulnerabel sind. Das macht auch eine gleichheitsrechtliche Adressierung der einfachgesetzlichen Regulierung von Reproduktion notwendig (Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG). Die Leerstellen im Verfassungsdiskurs sind nicht lediglich ein theoretisches Problem. Die Leerstellen führen dazu, dass zentrale Grundrechtspositionen nicht erkannt oder verkannt werden, und bringen zudem erhebliche Auswirkungen mit sich: Zum einen entstehen Lücken in der Rechtsinterpretation und in der -anwendung. Zum anderen – es handelt sich schließlich um einen besonders grundrechtssensiblen Lebensbereich mit hohem Praxisbezug – führen Leerstellen im Recht zu Lücken im Versorgungsbe- reich und damit zu Grundrechtseingriffen und gegebenenfalls zu nicht zu rechtfertigenden Grundrechtsverletzungen. Eine weitere verfassungsrechtliche Konturierung reproduktiver Freiheiten scheint essentiell, um erstens bisherige Leerstellen im Diskurs überhaupt erst weiter sichtbar werden zu lassen, und um zweitens bestehende Ungleichheiten in Zukunft besser adressieren zu können. In Kapitel 6 werde ich deshalb einen Vorschlag zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption reproduktiver Freiheiten unterbreiten. Zuvor erfolgt nun ein Überblick über die multiplen Verankerungen reproduktiver Freiheiten im internationalen Recht (Kapitel 5).

Kapitel 5

Reproduktive Rechte im internationalen Recht

I. Einleitung

Aus der Fülle der Rechtsvorschriften, die im internationalen Recht zum Lebensbereich der Reproduktion vorzufinden sind, werden in diesem Kapitel solche mit zentraler Bedeutung für das Verständnis reproduktiver Freiheiten (Kapitel 2) herausgegriffen.¹ Erste Überlegungen, Familiengründung und Fortpflanzung nicht allein aus bevölkerungspolitischer Perspektive, sondern als menschenrechtliches und somit für den Einzelnen bedeutsames Thema zu begreifen, finden sich im internationalen Recht bereits Ende der 1960er-Jahre. So betonte die in Teheran abgehaltene Internationale Menschenrechtskonferenz der Vereinten Nationen erstmals in einer Resolution aus dem Jahr 1968 das Recht aller Frauen und Männer auf Familiengründung und -planung.² Dieses Recht umfasst insbesondere, über die Anzahl der Kinder und den Abstand zwischen den Geburten frei zu entscheiden, sowie ein Recht auf adäquate Bildung und Information hierüber.³ Mehr als fünfundzwanzig Jahre später setzte die Internationale Konferenz über Bevölkerung und Entwicklung in Kairo dann den eigentlichen Meilenstein für die Anerkennung von reproduktiven Freiheiten der Individuen. Mit der Verabschiedung des Kairoer Aktionsprogramms im Jahr 1994 erkannten 179 Staaten reproduktive Gesundheit als Teil des verbrieften Rechts auf Gesundheit an.⁴ Dem schloss sich ein Jahr später die UN-Weltfrauenkonferenz in Peking an.⁵ Demnach wird reproduktive Gesundheit bis heute wie folgt umschrieben:

¹ Zu den folgenden Überlegungen siehe bereits *Klein/Wapler*, APuZ 2019, 20–26.

² UN, Proclamation of Teheran, Final Act of the International Conference on Human Rights, 1968, Ch. XVIII: „men and women of full age have the right to marry and found a family“.

³ UN, Proclamation of Teheran, Final Act of the International Conference on Human Rights, 1968, Ch. XVIII, Art. 3: „couples have a basic human right to decide freely and responsibly on the number and spacing of their children and a right to adequate education and information in this respect“.

⁴ UN, Programme of Action of the International Conference on Population and Development, 1994, Ch. VII, Art. 7.A, 7.2., 7.3.

⁵ UN, Beijing Declaration and Platform for Action, 1995, Annex II, Ch. IV, Art. 94.

„Reproductive health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity, in all matters relating to the reproductive system and to its functions and processes. Reproductive health therefore implies that people are able to have a satisfying and safe sex life and that they have the capability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so. Implicit in this last condition are the right of men and women to be informed and to have access to safe, effective, affordable and acceptable methods of family planning of their choice, as well as other methods of their choice for regulation of fertility which are not against the law, and the right of access to appropriate health-care services that will enable women to go safely through pregnancy and childbirth and provide couples with the best chance of having a healthy infant.“⁶

Unter reproduktiver Gesundheit wird im internationalen Recht damit ein Zustand uneingeschränkter körperlicher, geistiger und sozialer Wohlbefindens in allen Lebensbereichen der Fortpflanzung verstanden. Darunter wird die Freiheit jeder Person gefasst, selbst darüber zu entscheiden, ob, zu welchem Zeitpunkt und wie viele Kinder sie möchte. Das Abschlussdokument der UN-Weltfrauenkonferenz (1995) versteht reproduktive Entscheidungsfreiheit daneben als Grundrecht aller Paare und Einzelpersonen, frei von Diskriminierung, Zwang und Gewalt Entscheidungen in reproduktiven Belangen zu treffen.⁷ Von dieser Freiheit umfasst ist auch das Recht auf Zugang zu sicheren und erschwinglichen Verhütungsmethoden sowie zu Gesundheitsdienstleistungen während der Schwangerschaft und der Geburt.

Die nachfolgende Darstellung dient einer überblicksartigen Bestandsaufnahme der multiplen Verankerungen reproduktiver Freiheiten im internationalen Recht. Zunächst erfolgt ein Überblick über den sich im Laufe der Jahre entwickelten Katalog reproduktiver Rechte, der sich auf unterschiedliche Menschenrechtsverträge stützt, die weitreichende Staatenpflichten begründen (II.). Auf europäischer Ebene tragen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) als zentrales völkerrechtliches Dokument des Europarats samt der sie konkretisierenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sowie diverse Resolutionen und Berichte des Europarats zu einem umfassenden Verständnis reproduktiver Rechte bei (III.). Daneben sind reproduktive Freiheiten in Art. 1 bis 3, 7 und 9 sowie Art. 20, 21 und 23 der Europäischen Grundrechtecharta abgesichert, die jedoch bisher in der Praxis des

⁶ UN, Programme of Action of the International Conference on Population and Development, 1994, Ch. VII, Art. 7.2.; UN, Beijing Declaration and Platform for Action, 1995, Annex II, Ch. IV, Art. 94.

⁷ UN, Beijing Declaration and Platform for Action, 1995, Annex II, Ch. IV, Art. 95: „These rights rest on the recognition of the basic right of all couples and individuals to decide freely and responsibly the number, spacing and timing of their children and to have the information and means to do so, and the right to attain the highest standard of sexual and reproductive health. It also includes their right to make decisions concerning reproduction free of discrimination, coercion and violence, as expressed in human rights documents.“

Unionsrechts kaum eine Rolle spielen.⁸ Aus diesem Grund finden in der nachfolgenden Darstellung unionsrechtliche Normen und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs keine Berücksichtigung.

II. Menschenrechtliche Garantien

Besondere Bedeutung mit Blick auf die menschenrechtlichen Garantien reproduktiver Freiheiten kommen der UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW) (1979), den UN-Menschenrechtspakten (1966), bekannt als UN-Sozialpakt und UN-Zivilpakt, und der UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) (2006) zu. Diese Menschenrechtsverträge wurden allesamt von Deutschland ratifiziert.⁹ Sie stellen deshalb im Rang von Bundesgesetzen geltendes Recht dar (vgl. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG).¹⁰ Exekutive und Judikative sind deshalb an die Vorschriften gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Der Frage, inwieweit die menschenrechtlichen Garantien bei der Auslegung des Grundgesetzes zu berücksichtigen sind, werde ich in Kapitel 6 nachgehen.

Die UN-Fachausschüsse, also etwa der UN-Frauenrechtsausschuss, kontrollieren die Umsetzung dieser Menschenrechtsverträge durch völkerrechtliche Instrumente. Die Ausschüsse erläutern und konkretisieren die einzelnen Vorschriften durch Allgemeine Bemerkungen (*General Comments*) bzw. Empfehlungen (*Recommendations*). In den Staatenberichtsverfahren werden dann – im Dialog mit dem jeweiligen Vertragsstaat und nach Prüfung von Parallelberichten der Zivilgesellschaft – die Staatenberichte der Mitgliedstaaten bewertet. In den Abschließenden Bemerkungen (*Concluding Observations*) formulieren die UN-Fachausschüsse dann Kritikpunkte und sprechen Handlungsempfehlungen für eine bessere Umsetzung im jeweiligen Vertragsstaat aus, also etwa in Deutschland.

⁸ Siehe zur Auslegung der Europäischen Grundrechtecharta für reproduktive Entscheidungen *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (223, 225, 232).

⁹ Gesetz zu dem Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 25. April 1985, BGBl. 1985 II, 647; Gesetz zu dem Internationalen Pakt vom 19. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte vom 15. November 1973, BGBl. 1973 II, 1553; Gesetz zu dem Internationalen Pakt vom 19. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 23. November 1973, BGBl. 1976 II, 1569; Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13. Dezember 2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 21. Dezember 2008, BGBl. 2008 II, 1419.

¹⁰ St. Rsp., etwa BVerfG, Beschluss vom 26. März 1987 – 2 BvR 589/79 –, juris Rn. 35; Beschluss vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 –, juris Rn. 61.

1. UN-Frauenrechtskonvention

Als Herzstück für die Verwirklichung reproduktiver Rechte gilt die UN-Frauenrechtskonvention (1979), welche von Deutschland im Jahr 1985 ratifiziert wurde.¹¹

a) Konventionsbestimmungen

Als zentrale menschenrechtliche Garantie der UN-Frauenrechtskonvention gilt das Recht, über Anzahl und Altersunterschied der Kinder frei und verantwortungsbewusst zu entscheiden, einschließlich eines Rechts auf Zugang zu den notwendigen Informationen, Bildungseinrichtungen und Ressourcen (Art. 16 Abs. 1 lit. e CEDAW). Weiter ist Deutschland verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau im Bereich des Gesundheitswesens zu treffen, um der Frau gleichberechtigt mit dem Mann Zugang zu den Gesundheitsdiensten, einschließlich derjenigen im Zusammenhang mit der Familienplanung, zu gewährleisten (Art. 12 Abs. 1 CEDAW). Gesondert verpflichtet sind die Vertragsstaaten, für eine angemessene und erforderlichenfalls unentgeltliche Betreuung der Frau während der Schwangerschaft sowie während und nach der Entbindung zu sorgen (Art. 12 Abs. 2 CEDAW). Die Frauenrechtskonvention verpflichtet daneben alle Vertragsstaaten, Maßnahmen zu ergreifen, um einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern von Männern und Frauen zu bewirken, um auf diese Weise stereotype Rollenverteilungen zwischen Männern und Frauen zu überwinden (Art. 5 lit. a CEDAW). Deutschland hat dabei sicherzustellen, dass die Erziehung in den Familien zur Anerkennung der gemeinsamen Verantwortung von Mann und Frau für die Erziehung und Entwicklung ihrer Kinder beiträgt (Art. 5 lit. b CEDAW). Zudem sind nach der Frauenrechtskonvention Sondermaßnahmen bis zu einer tatsächlichen Gleichberechtigung zwischen Frauen und Männern ausdrücklich zulässig (Art. 4 CEDAW). Als zulässige Sondermaßnahmen gelten explizit Maßnahmen zum Schutz der Mutterschaft (Art. 4 Abs. 2 CEDAW). Nach der UN-Frauenrechtskonvention sind die Vertragsstaaten somit umfassend verpflichtet, durch geeignete gesetzgeberische und sonstige Maßnahmen jede Diskriminierung der Frau zu verbieten (Art. 2 lit. b CEDAW), und ebenso verpflichtet, für die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Mann und Frau zu sorgen (Art. 2 lit. a CEDAW).

b) Äußerungen des CEDAW-Ausschusses

Bereits im Jahr 1992 hat der UN-Frauenrechtsausschuss, nachfolgend auch als CEDAW-Ausschuss bezeichnet, in der Allgemeinen Empfehlung Nummer 19

¹¹ Gesetz zu dem Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 25. April 1985, BGBl. 1985 II, 647.

zur Gewalt gegen Frauen auf Zwangsmaßnahmen aufmerksam gemacht, die reproduktive Rechte beeinträchtigen.¹² Konkret wies der Ausschuss darauf hin, dass Zwangssterilisationen und Zwangsschwangerschaftsabbrüche das Recht der Frau beeinträchtigen, die Zahl der Kinder und den zeitlichen Abstand zwischen den Geburten zu bestimmen (Art. 16 Abs. 1 lit. e CEDAW), und sich nachteilig auf die körperliche und psychische Gesundheit der Frauen auswirken.¹³

Zwei Jahre später, im Jahr 1994, widmete sich der CEDAW-Ausschuss in der Allgemeinen Empfehlung Nummer 21 der Gleichstellung in Ehe und Familie. In dieser Allgemeinen Empfehlung hält der Ausschuss mit Blick auf das Recht der Frau, die Zahl der Kinder und den zeitlichen Abstand zwischen den Geburten zu bestimmen (Art. 16 Abs. 1 lit. e CEDAW), fest, dass das Kindergebären und -aufziehen mit einer ungleich höheren Arbeitsbelastung für Frauen verbunden ist und Frauen hierdurch in ihrem Recht auf Zugang zu Bildung, zu Arbeit und anderen Bereichen, die die persönliche Entwicklung betreffen, tangiert werden.¹⁴ Die Anzahl und der Altersabstand der Kinder, so der Ausschuss weiter, haben eine ähnliche Auswirkung auf das Leben von Frauen und berühren deren physische wie psychische Gesundheit, ebenso wie das Leben der bereits vorhandenen Kinder.¹⁵ Der UN-Frauenrechtsausschuss hält deshalb weiter fest, dass von dem Recht, über die Anzahl der Kinder zu bestimmen, auch Informationen zur Familienplanung und der Zugang zu Verhütungsmethoden umfasst sind.¹⁶ Bei den damaligen Äußerungen des CEDAW-Ausschusses ging es allerdings nicht nur um die notwendigen Bedingungen, die eine Entscheidungsfreiheit von Individuen für oder gegen Kinder ermöglichen, sondern es spielten daneben auch bevölkerungspolitische Erwägungen eine Rolle.¹⁷

Von besonderer Bedeutung für die Auslegung des Art. 12 CEDAW ist die Allgemeine Bemerkung Nummer 19 des CEDAW-Ausschusses aus dem Jahr

¹² CEDAW, General Recommendation No. 19, 1992. Siehe für die deutsche Arbeitsübersetzung: BMFSFJ, Mit RECHT zur Gleichstellung!, Handbuch zur Frauenrechtskonvention der Vereinten Nationen, Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) vom 18. Dezember 1979, 2020, 78 ff.

¹³ CEDAW, General Recommendation No. 19, 1992, Nr. 22.

¹⁴ CEDAW, General Recommendation No. 21, 1994, Nr. 21.

¹⁵ CEDAW, General Recommendation No. 21, 1994, Nr. 21.

¹⁶ CEDAW, General Recommendation No. 21, 1994, Nr. 22.

¹⁷ Vgl. CEDAW, General Recommendation No. 21, 1994, Nr. 23, wonach die freiwillige Bevölkerungsregulierung, gemeint ist die Entscheidung gegen (weitere) Kinder von Menschen in Entwicklungsländern, einen Beitrag zum Umweltschutz darstelle und eine nachhaltige wirtschaftliche und soziale Entwicklung fördere.

1999.¹⁸ In dieser Äußerung werden wichtige Aspekte zur (reproduktiven) Gesundheitsversorgung von Frauen weiter ausgeführt. Während biologische Unterschiede zwischen Frauen und Männern zu Unterschieden des Gesundheitszustandes führen können, so heißt es in dieser Allgemeinen Bemerkung, können gesellschaftliche Faktoren für den Gesundheitszustand von Frauen und Männern ausschlaggebend sein, der auch zwischen Frauen variiere.¹⁹ Besonderes Augenmerk solle daher auf Frauen liegen, die vulnerablen und benachteiligten Gruppen angehören, wie Migrantinnen, Geflüchtete, junge und ältere Frauen, Sexarbeiterinnen oder Frauen mit körperlichen oder kognitiven Beeinträchtigungen.²⁰

Weiter werden die Vertragsstaaten vom UN-Fachausschuss ermutigt, das Thema Frauengesundheit über die gesamte Lebensspanne von Frauen hinweg, also auch mit Blick auf junge und jugendliche Mädchen, zu adressieren.²¹ Explizit heißt es in Bezug auf das Gesundheitssystem, dass es eine Diskriminierung von Frauen darstellt, wenn sich ein Vertragsstaat weigert, die Erbringung bestimmter reproduktiver Gesundheitsdienstleistungen für Frauen rechtlich zu gewährleisten.²² Sofern sich Gesundheitsdiensteanbieter auf eine Verweigerung aus Gewissensgründen (*based on conscientious objection*) berufen, sollten staatliche Maßnahmen eingeführt werden, die sicherstellen, dass Frauen an alternative Einrichtungen verwiesen werden.²³ Die Vertragsstaaten werden sodann zu Berichten darüber aufgefordert, auf welche Weise politische Maßnahmen im Bereich der Gesundheitsversorgung die Rechte von Frauen und deren Bedürfnisse und Interessen berücksichtigen.²⁴ Konkret wird danach gefragt, wie die Konventionsstaaten etwa biologische Faktoren adressieren, die sich für Frauen im Vergleich zu Männern unterscheiden, etwa der Menstruationszyklus, die reproduktiven Funktionen der Frau oder die Menopause.²⁵ Außerdem gilt es sicherzustellen, dass Frauen angemessene, gegebenenfalls kostenlose Dienstleistungen im Zusammenhang mit Schwangerschaft, Entbindung und der Zeit nach der Geburt erhalten.²⁶ Der Ausschuss stellt in diesem Zuge fest, dass es die Pflicht der Vertragsstaaten ist, das Recht der Frauen auf eine sichere Mutterschaft und geburtshilfliche Notfalldienste zu gewährleisten, und dass

¹⁸ CEDAW, General Comment No. 24, 1999. Siehe für eine deutsche Arbeitsübersetzung: BMFSFJ (Hrsg.), *Mit RECHT zur Gleichstellung!*, 2020, 95 ff. Die nachfolgenden Erläuterungen basieren auf den dortigen überzeugenden Übersetzungsvorschlägen.

¹⁹ CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 6.

²⁰ CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 6.

²¹ CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 8.

²² CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 11.

²³ CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 11.

²⁴ CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 12.

²⁵ CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 12 a).

²⁶ CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 26 f).

die Staaten für diese Dienste ein Höchstmaß an verfügbaren Mitteln bereitstellen sollten.²⁷

Zudem weist der CEDAW-Ausschuss darauf hin, dass die Konventionsstaaten im Zusammenhang mit der Familienplanung insbesondere dazu angehalten sind, auf Prävention zu setzen. Zum einen sind die Vertragsstaaten zu Bildung und Aufklärung zu sexueller und reproduktiver Gesundheit verpflichtet, insbesondere sollte Jugendlichen die notwendige Information und Beratung über alle Methoden zur Familienplanung ermöglicht werden.²⁸ Zum anderen kann ein fehlender Zugang zu Verhütungsmitteln ein Verstoß gegen die Pflicht der Vertragsstaaten darstellen, den Zugang von Frauen zur Gesundheitsversorgung sicherzustellen.²⁹ Denn durch beide Maßnahmen, Aufklärung und Familienplanungsmethoden, kann ungewollten Schwangerschaften vorgebeugt werden.³⁰

Bereits in dieser Äußerung aus dem Jahr 1999 verweist der CEDAW-Ausschuss darauf, dass solche Rechtsvorschriften, die medizinische Verfahren, welche nur von Frauen benötigt werden, unter Strafe stellen, und Frauen bestrafen, die sich diesen Verfahren unterziehen, eine Barriere für den Zugang von Frauen zu angemessener medizinischer Versorgung darstellen.³¹ Deshalb sollten die Rechtsvorschriften, die den Schwangerschaftsabbruch kriminalisieren, wenn möglich geändert werden, um strafrechtliche Maßnahmen gegen Frauen, die sich einem Schwangerschaftsabbruch unterziehen, aufzuheben.³²

Bei (reproduktiven) Gesundheitsdiensten, so die weiteren Ausführungen des CEDAW-Ausschusses, müsse sichergestellt werden, dass eine voll informierte Zustimmung vorliegt, Würde und Autonomie geachtet werden, Privatsphäre, Vertraulichkeit und Wahlfreiheit garantiert werden und sensibel auf die Bedürfnisse und Perspektiven von Frauen eingegangen wird.³³ Die Vertragsstaaten sollten insbesondere keine Formen von Zwang zulassen, wie beispielsweise die Sterilisation ohne vorherige Einwilligung.³⁴

Zudem sensibilisiert der CEDAW-Ausschuss in dieser Allgemeinen Bemerkung, und damit bereits einige Jahre vor Verabschiedung der UN-Behindertenrechtskonvention, für intersektionale Diskriminierungen, die Frauen mit Behinderungen erleben, wenn es heißt, dass Frauen mit Behinderungen aller Altersgruppen oft Schwierigkeiten mit dem physischen Zugang zu Gesundheits-

²⁷ CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 27.

²⁸ CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 18, 23, 31 b).

²⁹ CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 17.

³⁰ CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 31 c).

³¹ CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 14.

³² CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 31 c).

³³ CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 22, 31 e).

³⁴ CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 22.

diensten hätten und Frauen mit psychischen Beeinträchtigungen (*mental disabilities*) besonders vulnerabel seien.³⁵ Vertragsstaaten sollten folglich geeignete Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass die Gesundheitsdienste geschlechtersensibel den Bedürfnissen von Frauen mit Behinderungen Rechnung tragen und ihre Menschenrechte und ihre Würde achten.³⁶

Von Bedeutung ist weiter die Allgemeine Bemerkung Nummer 34 aus dem Jahr 2016, in der der CEDAW-Ausschuss auf die besondere Situation von Frauen in ländlichen Gebieten aufmerksam machte.³⁷ Demnach sollten die Vertragsstaaten eine angemessene, also erreichbare und bezahlbare, Gesundheitsversorgung für Frauen und Mädchen in ländlichen Gebieten gewährleisten.³⁸ Zur sexuellen und reproduktiven Gesundheitsversorgung für Frauen in ländlichen Gebieten, einschließlich älterer Frauen und Frauen mit Behinderungen, zählen nach der Auslegung des UN-Fachausschusses die Familienplanung, der Zugang zu Verhütungsmitteln, einschließlich Notfallverhütung, und der Zugang zu sicherem Schwangerschaftsabbruch und fachgerechter Versorgung nach Abbrüchen, unabhängig davon, ob der Schwangerschaftsabbruch legal ist, sowie pränatale, perinatale, postnatale und geburtshilfliche Versorgung.³⁹ Zudem sollten die Vertragsstaaten eine angemessene finanzielle Ausstattung der Gesundheitsversorgungssysteme in ländlichen Gebieten gewährleisten, insbesondere im Hinblick auf sexuelle und reproduktive Gesundheit und Rechte.⁴⁰ Selbst in Ländern, in denen der Schwangerschaftsabbruch legal ist, so der Hinweis des UN-Fachausschusses, erschwerten restriktive Bedingungen, einschließlich unverhältnismäßig langer Wartezeiten, den Zugang zu einem Schwangerschaftsabbruch für Frauen in ländlichen Gebieten; wenn Schwangerschaftsabbrüche nicht legal sind, seien die gesundheitlichen Auswirkungen sogar noch erheblicher.⁴¹ Deshalb fordert der CEDAW-Ausschuss die Vertragsstaaten auf, dass Rechtsvorschriften, die der sexuellen und reproduktiven Gesundheit im Wege stehen, außer Kraft gesetzt werden, und zwar insbesondere Rechtsvorschriften, die den Schwangerschaftsabbruch kriminalisieren oder Wartefristen und die Zustimmung Dritter zu einem Schwangerschaftsabbruch erfordern.⁴²

³⁵ CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 25.

³⁶ CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 25.

³⁷ CEDAW, General Comment No. 34, 2016. Siehe für eine deutsche Arbeitsübersetzung: BMFSFJ (Hrsg.), *Mit RECHT zur Gleichstellung!*, 2020, 242 ff.

³⁸ CEDAW, General Comment No. 34, 2016, Nr. 39.

³⁹ CEDAW, General Comment No. 34, 2016, Nr. 37, 39 a).

⁴⁰ CEDAW, General Comment No. 34, 2016, Nr. 39 b).

⁴¹ CEDAW, General Comment No. 34, 2016, Nr. 38.

⁴² CEDAW, General Comment No. 34, 2016, Nr. 39 c).

Nur ein Jahr später richtet der CEDAW-Ausschuss in der darauffolgenden Allgemeinen Empfehlung Nummer 35 (2017) seinen Fokus auf geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen (*gender based violence against women*).⁴³ Geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen stellt demnach eine Diskriminierung von Frauen dar (vgl. Art. 1 CEDAW).⁴⁴ Diese Gewalt kann aus Handlungen oder Unterlassungen staatlicher oder nicht-staatlicher Akteurinnen oder Akteure resultieren und tritt in allen Räumen und Bereichen menschlicher Interaktion auf, ob öffentlich oder privat, einschließlich etwa in Kontexten der Familie, der Gemeinschaft und der Gesundheitsdienste.⁴⁵ Zentral für diese Arbeit ist, dass der CEDAW-Ausschuss in dieser Allgemeinen Empfehlung Verletzungen der sexuellen und reproduktiven Gesundheit und Rechte von Frauen als Formen geschlechtsspezifischer Gewalt einordnet.⁴⁶ Explizit heißt es in der Äußerung des UN-Fachausschusses, dass Zwangssterilisationen, Zwangsschwangerschaftsabbrüche, Zwangsschwangerschaften, die Kriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs, die Verweigerung oder Verzögerung von sicherem Schwangerschaftsabbruch und/oder Betreuung nach einem Schwangerschaftsabbruch sowie eine erzwungene Fortsetzung der Schwangerschaft Formen geschlechtsspezifischer Gewalt sind, die je nach den Umständen Folter oder grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung darstellen können.⁴⁷

⁴³ CEDAW, General Comment No. 35, 2017. Siehe für eine deutsche Arbeitsübersetzung: BMFSFJ (Hrsg.), *Mit RECHT zur Gleichstellung!*, 2020, 269 ff.

⁴⁴ CEDAW, General Comment No. 35, 2017, Nr. 20 f. Zu den Hintergründen geschlechtsspezifischer Gewalt vgl. CEDAW, General Comment No. 35, 2017, Nr. 19. Demnach ist der CEDAW-Ausschuss der Auffassung, dass die spezifische Gewalt gegen Frauen auf sozial konstruierten geschlechtsbezogenen (gender-related) Faktoren beruht, wie etwa sozialen Normen in Bezug auf Männlichkeit und der Notwendigkeit, männliche Kontrolle oder Macht geltend zu machen, Geschlechterrollen durchzusetzen oder das als inakzeptabel angesehene, weibliche Verhalten zu verhindern, zu entmutigen oder zu bestrafen. Diese Faktoren, so heißt es weiter, tragen auch zur expliziten oder impliziten sozialen Akzeptanz geschlechtsspezifischer Gewalt gegen Frauen bei, die oft noch als Privatangelegenheit angesehen wird, und zur weitverbreiteten Straffreiheit in dieser Hinsicht.

⁴⁵ Vgl. auch CEDAW, General Comment No. 35, 2017, Nr. 21, wonach der CEDAW-Ausschuss darauf verweist, dass die Vertragsstaaten mit sofortiger Wirkung dazu verpflichtet sind, geschlechtsspezifische Gewalt mit allen geeigneten Mitteln und unverzüglich zu beseitigen (Art. 2 CEDAW); Verzögerungen können aus keinem Grund gerechtfertigt werden, auch nicht aus wirtschaftlichen, kulturellen oder religiösen Gründen. Die Vertragsstaaten sind demnach dafür verantwortlich, Handlungen oder Unterlassungen durch ihre eigenen Organe und Vertretungspersonen zu verhindern und sollten dabei die Diversität von Frauen und die Risiken intersektionaler Formen der Diskriminierung berücksichtigen (Nr. 23). Das Handeln oder Unterlassen von privaten Stellen, die öffentliche Dienstleistungen wie Gesundheitsversorgung anbieten, sind dem Staat zuzurechnen (Nr. 24 a).

⁴⁶ CEDAW, General Comment No. 35, 2017, Nr. 18.

⁴⁷ CEDAW, General Comment No. 35, 2017, Nr. 18.

c) Staatenberichtsverfahren und Zwischenbericht

Für die Umsetzung der in der UN-Frauenrechtskonvention normierten Garantien stehen Kontrollmechanismen zur Verfügung, genauer Berichts- und Überprüfungsverfahren einschließlich der Beteiligung der Zivilgesellschaft, die Einfluss auf Fragen und Empfehlungen des Ausschusses nehmen können.⁴⁸ In den Staatenberichtsverfahren überprüft und bewertet der CEDAW-Ausschuss die periodisch alle vier Jahre einzureichenden Staatenberichte der einzelnen Konventionsstaaten (Art. 18 CEDAW).⁴⁹ In den Abschließenden Bemerkungen (*Concluding Observations*) formuliert der CEDAW-Ausschuss dann Kritikpunkte und spricht Handlungsempfehlungen für eine bessere Umsetzung im jeweiligen Vertragsstaat aus (Art. 21 Abs. 1 CEDAW). Zudem sind die CEDAW-Vertragsstaaten mit Blick auf einzelne prioritäre Empfehlungen zu einem Zwischenbericht (*follow-up*) angehalten.⁵⁰

Deutschland hat aus diesem Grund in den letzten beiden CEDAW-Staatenberichtsverfahren gerade auf dem Gebiet der reproduktiven Rechte deutliche Kritik erfahren. In den Abschließenden Bemerkungen zum kombinierten 7./8. Staatenberichtsverfahren von 2017 mahnte der CEDAW-Ausschuss zum einen den eingeschränkten Zugang zu Verhütungsmitteln für einkommensschwache Frauen und zeigte sich besorgt über die diesbezüglichen Unterschiede zwischen den Bundesländern.⁵¹ Zum anderen äußerte der UN-Fachausschuss Bedenken über die strafrechtlichen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch (§§ 218, 219 StGB). Erstens zeigte sich der CEDAW-Ausschuss besorgt darüber, dass Frauen, die einen Schwangerschaftsabbruch auf eigenes Verlangen wünschen, eine verpflichtende Beratung in Anspruch nehmen und eine vorgeschriebene Wartezeit von drei Tagen einhalten müssen, und zwar unter Verweis darauf, dass die WHO diese Wartezeit als medizinisch nicht erforderlich erklärt hat.⁵² Zweitens verwies der Ausschuss darauf, dass in solchen Fällen die Krankenversicherung die Kosten des Schwangerschaftsabbruchs nicht trägt, obwohl in Sonderfällen und nach einer Bedürftigkeitsprüfung die Kosten für einen Schwangerschaftsabbruch nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz

⁴⁸ BMFSFJ (Hrsg.), *Mit RECHT zur Gleichstellung!*, 2020, 32.

⁴⁹ BMFSFJ (Hrsg.), *Mit RECHT zur Gleichstellung!*, 2020, 32: Unterschieden wird zwischen einem regulären Berichtsverfahren und einem sog. vereinfachten Berichtsverfahren (seit dem Jahr 2018). Berichtsgrundlage des sog. vereinfachten Berichtsverfahrens ist eine vom CEDAW-Ausschuss erstellte Liste mit Fragen und Themen (sog. *List of Issues Prior to Reporting*: „LoIPR“), deren Beantwortung durch den Vertragsstaat dann den Staatenbericht darstellt.

⁵⁰ BMFSFJ (Hrsg.), *Mit RECHT zur Gleichstellung!*, 2020, 32.

⁵¹ CEDAW, *Abschließende Bemerkungen zum kombinierten siebten und achten periodischen Staatenbericht Deutschlands, 2017*, CEDAW/C/DEU/CO/7-8, Nr. 37 a).

⁵² CEDAW, *Abschließende Bemerkungen zum kombinierten siebten und achten periodischen Staatenbericht Deutschlands, 2017*, CEDAW/C/DEU/CO/7-8, Nr. 37 b).

übernommen werden könnten.⁵³ Folglich sprach der CEDAW-Ausschuss die folgenden Empfehlungen aus: Erstens müsse Deutschland gewährleisten, dass moderne Verhütungsmittel überall im Staatsgebiet für alle Frauen und Mädchen zugänglich, finanzierbar und verfügbar sind, insbesondere für diejenigen, die in Armut und/oder in abgelegenen Gebieten leben.⁵⁴ Zweitens habe Deutschland den Zugang zu sicheren Schwangerschaftsabbrüchen sicherzustellen, ohne der Frau eine verpflichtende Beratung und eine dreitägige Wartezeit aufzuerlegen, und dabei zugleich zu gewährleisten, dass solche Eingriffe von der Krankenversicherung übernommen werden.⁵⁵

Im Zwischenbericht von März 2019 wies die Bundesregierung allerdings die Kritik des CEDAW-Ausschusses gänzlich zurück. Konkret heißt es in dem *Follow-up*-Bericht, dass der Zugang zu sicheren Schwangerschaftsabbrüchen gesetzlich sichergestellt sei.⁵⁶ Auf den faktisch bestehenden Versorgungsmangel wird folglich nicht eingegangen. Weiter heißt es, es bestehe eine verpflichtende Beratungsregelung, die dem Lebensschutz diene, ergebnisoffen sei, und von der Selbstverantwortung der Frau ausgehe.⁵⁷ Die Bundesregierung rezipiert sodann die geltende Rechtslage und richtet ihren Fokus – im Einklang mit und in Bestätigung der zugrundeliegenden *Schwangerschaftsabbruch II*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (1993) – auf den Schutz des ungeborenen Lebens. Etwaige notwendige Reformen, so die Auffassung der Bundesregierung, könnten nicht in Aussicht gestellt werden, da die Regelungen der §§ 218, 219 StGB einen mühsam errungenen gesellschaftlichen Konsens darstellten, mit denen unauflöslich gegenüberstehende Interessen der Schwangeren und des Lebensrechts der Ungeborenen in einen Ausgleich gebracht würden.⁵⁸

Daraufhin forderte der CEDAW-Ausschuss in einer Liste mit Fragen und Themen (LoIPR) vor der Vorlage des 9. Staatenberichts (2020) Deutschland erneut auf, zu den bereits dargelegten Kritikpunkten Stellung zu nehmen. Konkret sollte Deutschland über die Maßnahmen informieren, die ergriffen wur-

⁵³ CEDAW, Abschließende Bemerkungen zum kombinierten siebten und achten periodischen Staatenbericht Deutschlands, 2017, CEDAW/C/DEU/CO/7-8, Nr. 37 b).

⁵⁴ CEDAW, Abschließende Bemerkungen zum kombinierten siebten und achten periodischen Staatenbericht Deutschlands, 2017, CEDAW/C/DEU/CO/7-8, Nr. 38 a).

⁵⁵ CEDAW, Abschließende Bemerkungen zum kombinierten siebten und achten periodischen Staatenbericht Deutschlands, 2017, CEDAW/C/DEU/CO/7-8, Nr. 38 b).

⁵⁶ BMFSJ, CEDAW-Zwischenbericht Deutschlands, März 2019 (Arbeitsübersetzung des BMFSJ), zu Empfehlung Nr. 38 (b).

⁵⁷ BMFSJ, CEDAW-Zwischenbericht Deutschlands, März 2019 (Arbeitsübersetzung des BMFSJ), zu Empfehlung Nr. 38 (b).

⁵⁸ BMFSJ, CEDAW-Zwischenbericht Deutschlands, März 2019 (Arbeitsübersetzung des BMFSJ), zu Empfehlung Nr. 38 (b).

den, um den flächendeckenden Zugang zu modernen, verfügbaren und erschwinglichen Verhütungsmitteln sicherzustellen.⁵⁹ Zudem war zu erklären, wie die Pflichtberatung und eine dreitägige Wartezeit mit der Autonomie der Frauen vereinbar sind, verantwortungsvolle Entscheidungen über ihre reproduktiven Gesundheitsrechte zu treffen.⁶⁰ Weiter war die Bundesregierung aufgefordert, über die ergriffenen Maßnahmen zur Kostenübernahme des Schwangerschaftsabbruch durch die Krankenversicherung zu informieren.⁶¹ Mit Blick auf den Zugang zu Schwangerschaftsabbrüchen präziserte der CEDAW-Ausschuss seine bereits geäußerte Kritik dahingehend, dass Deutschland verpflichtet ist, die Zugänglichkeit und Verfügbarkeit von Angeboten für einen Schwangerschaftsabbruch (*abortion services*) in der Praxis zu gewährleisten und die regionale Abdeckung, Kapazitäten und geographische Verteilung der Hilfsangebote bei einem Schwangerschaftsabbruch (*abortion care services*) zu überwachen und zu bewerten.⁶² Weiter heißt es, dass der UN-Fachausschuss die letzte Änderung von § 219a StGB aus dem Jahr 2019, die es Krankenhäusern und Ärzten bis zur völligen Abschaffung des § 219a StGB im Juli 2022 erlaubte, auf ihren Websites anzugeben, dass sie Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, zur Kenntnis genommen habe; allerdings müsse Deutschland erläutern, welche Arten von Informationen über Schwangerschaftsabbrüche durch das Verbot der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche verboten sind, und wie diese Einschränkung des Rechts der Frauen auf Zugang zu Diensten und Informationen der sexuellen und reproduktiven Gesundheit gerechtfertigt ist.⁶³ Zudem steht nun ein weiterer reproduktiver Themenbereich in der Kritik: Der CEDAW-Ausschuss forderte Deutschland zur Auskunft darüber auf, ob ge-

⁵⁹ CEDAW, List of issues and questions prior to the submission of the ninth periodic report of Germany, März 2020, CEDAW/C/DEU/QPR/9 (ADVANCE UNEDITED VERSION), Nr. 16 a).

⁶⁰ CEDAW, List of issues and questions prior to the submission of the ninth periodic report of Germany, März 2020, CEDAW/C/DEU/QPR/9 (ADVANCE UNEDITED VERSION), Nr. 16 b).

⁶¹ CEDAW, List of issues and questions prior to the submission of the ninth periodic report of Germany, März 2020, CEDAW/C/DEU/QPR/9 (ADVANCE UNEDITED VERSION), Nr. 16 b).

⁶² CEDAW, List of issues and questions prior to the submission of the ninth periodic report of Germany, März 2020, CEDAW/C/DEU/QPR/9 (ADVANCE UNEDITED VERSION), Nr. 16 b).

⁶³ CEDAW, List of issues and questions prior to the submission of the ninth periodic report of Germany, März 2020 CEDAW/C/DEU/QPR/9 (ADVANCE UNEDITED VERSION), Nr. 16 b).

burtshilfliche Gewalt (*obstetric violence*) hierzulande ausdrücklich kriminalisiert wird, und mahnte die Bundesregierung, statistische Daten zu diesem Phänomen zur Verfügung zu stellen.⁶⁴

Die damals amtierende Bundesregierung zeigte sich bei der Beantwortung dieser Fragen im Jahr 2021 erneut in hohem Maße kritikresistent. Mit Blick auf den Zugang zu Verhütungsmitteln verwies sie auf die einfache Gesetzeslage (§ 24a Abs. 2 SGB V), bei der im Berichtszeitraum die Altersgrenze auf 22 Jahre (statt vorher 20 Jahre) angehoben worden war.⁶⁵ Es stünden auch grundsätzlich Verhütungsmittel im gesamten Bundesgebiet zu in der Regel erschwinglichen Kosten flächendeckend zur Verfügung.⁶⁶ Es wurde dann allerdings darauf verwiesen, dass es in vielen deutschen Kommunen und Stadtstaaten verschiedene, aber keine einheitlichen Ansätze zur Übernahme der Kosten (auf Antrag) für ärztlich verordnete Verhütungsmittel für bestimmte Gruppen gibt, etwa für Frauen, die Arbeitslosengeld II, Sozialgeld nach dem SGB II oder Grundsicherung/Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII, Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG), dem Berufsausbildungsförderungsgesetz (BAföG), Wohngeld, Kinderzuschlag oder Berufsausbildungsbeihilfe beziehen.⁶⁷ Mit Blick auf die Schaffung einer bundeseinheitlichen Regelung wurde angekündigt, dass nach Abschluss des Modellprojekts „biko – Beratung, Information, Kostenübernahme bei Verhütung“ im September 2019 Gespräche zu dieser Thematik innerhalb der Bundesregierung mit den zuständigen Bundesressorts (BMFSFJ, BMAS und BMG) aufgenommen worden seien, in denen dann auch verschiedene Möglichkeiten einer bundesgesetzlichen Lösung diskutiert worden seien.⁶⁸ Diese Äußerungen demonstrierten jedenfalls keine Handlungsentschlossenheit. Mit Blick auf die mehrfach geäußerten Handlungsempfehlungen, die Regulierung und Finanzierung des Schwangerschaftsabbruchs zu reformieren sowie einen flächendeckenden Zugang zum Schwangerschaftsabbruch sicherzustellen, zeigte sich die damalige Bundesregierung noch weniger handlungsbereit. Vielmehr heißt es in dem Bericht,

⁶⁴ CEDAW, List of issues and questions prior to the submission of the ninth periodic report of Germany, März 2020 CEDAW/C/DEU/QPR/9 (ADVANCE UNEDITED VERSION), Nr. 16 b).

⁶⁵ BMFSJ, Neunter Bericht der Bundesrepublik Deutschland, Beantwortung der Fragen und Themen des CEDAW-Ausschusses in der LoIPR vom 9. März 2020, Mai 2021, zu Nr. 16 a), S. 42 (Deutsche Übersetzung).

⁶⁶ BMFSJ, Neunter Bericht der Bundesrepublik Deutschland, Beantwortung der Fragen und Themen des CEDAW-Ausschusses in der LoIPR vom 9. März 2020, Mai 2021, zu Nr. 16 a), S. 42 (Deutsche Übersetzung).

⁶⁷ BMFSJ, Neunter Bericht der Bundesrepublik Deutschland, Beantwortung der Fragen und Themen des CEDAW-Ausschusses in der LoIPR vom 9. März 2020, Mai 2021, zu Nr. 16 a), S. 42 (Deutsche Übersetzung).

⁶⁸ BMFSJ, Neunter Bericht der Bundesrepublik Deutschland, Beantwortung der Fragen und Themen des CEDAW-Ausschusses in der LoIPR vom 9. März 2020, Mai 2021, zu Nr. 16 a), S. 42 (Deutsche Übersetzung).

die Autonomie der Frau sei durch die einfachgesetzlichen Regelungen nicht beeinträchtigt.⁶⁹ Tiefergehende Begründungen zur verpflichtenden Beratung und Wartefrist sind in dem Bericht aus dem Jahr 2021 nicht weiter vorzufinden. Ferner wird darauf verwiesen, dass eine Frau bei einem Schwangerschaftsabbruch nach der Beratungsregelung den Eingriff selbst bezahlen müsse, es sei denn, ihr Einkommen liegt unter einer bestimmten Grenze.⁷⁰ Der mehrfachen Aufforderung des CEDAW-Ausschusses, eine flächendeckende Kostenübernahme des Schwangerschaftsabbruchs, und zwar besonders für einkommensschwache Frauen, zu gewährleisten, kam die Bundesregierung folglich ebenfalls nicht nach. Mit Blick auf den Zugang zu Schwangerschaftsabbrüchen wird darauf verwiesen, dass die Bundesländer den Auftrag haben, ein ausreichendes Angebot ambulanter und stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen sicherzustellen (§ 13 Abs. 1 S. 2 SchKG).⁷¹ Es folgen sodann breite Ausführungen zu der damaligen Neuregelung des § 219a StGB, die nach Auffassung der damals amtierenden Bundesregierung eine sachlich-objektive und zugleich umfängliche Information der betroffenen Frauen über die Möglichkeiten und die Durchführung eines Schwangerschaftsabbruches gewährleistete.⁷² Zusammengefasst sah die damalige Bundesregierung offenbar keinen Reformbedarf. Mit Blick auf die Strafbarkeit von geburtshilflicher Gewalt konstatierte sie, dass das deutsche Strafgesetzbuch keinen Straftatbestand der „geburtshilflichen Gewalt“ kenne.⁷³ Stattdessen könne Gewalt gegen Frauen während der Schwangerschaft – wie gegen jede andere Person – als Körperverletzung (§§ 223 ff. StGB) bestraft werden.⁷⁴ Jenseits des Anwendungsbereichs des Strafgesetzbuches, so heißt es in dem Bericht weiter,

⁶⁹ BMFSJ, Neunter Bericht der Bundesrepublik Deutschland, Beantwortung der Fragen und Themen des CEDAW-Ausschusses in der LoIPR vom 9. März 2020, Mai 2021, zu Nr. 16 a), S. 43 (Deutsche Übersetzung).

⁷⁰ BMFSJ, Neunter Bericht der Bundesrepublik Deutschland, Beantwortung der Fragen und Themen des CEDAW-Ausschusses in der LoIPR vom 9. März 2020, Mai 2021, zu Nr. 16 a), S. 43 (Deutsche Übersetzung).

⁷¹ BMFSJ, Neunter Bericht der Bundesrepublik Deutschland, Beantwortung der Fragen und Themen des CEDAW-Ausschusses in der LoIPR vom 9. März 2020, Mai 2021, zu Nr. 16 a), S. 43 (Deutsche Übersetzung).

⁷² BMFSJ, Neunter Bericht der Bundesrepublik Deutschland, Beantwortung der Fragen und Themen des CEDAW-Ausschusses in der LoIPR vom 9. März 2020, Mai 2021, zu Nr. 16 a), S. 43 f. (Deutsche Übersetzung).

⁷³ BMFSJ, Neunter Bericht der Bundesrepublik Deutschland, Beantwortung der Fragen und Themen des CEDAW-Ausschusses in der LoIPR vom 9. März 2020, Mai 2021, zu Nr. 16 a), S. 44 (Deutsche Übersetzung).

⁷⁴ BMFSJ, Neunter Bericht der Bundesrepublik Deutschland, Beantwortung der Fragen und Themen des CEDAW-Ausschusses in der LoIPR vom 9. März 2020, Mai 2021, zu Nr. 16 a), S. 44 (Deutsche Übersetzung).

können ggf. auch zivilrechtliche Schmerzensgeld- und Schadensersatzansprüche im Raum stehen.⁷⁵ Zur Betroffenheit von Gebärenden lägen keine belastbaren statistischen Daten vor; es sei allerdings geplant, zeitnah Forschung zu diesem Themenkomplex zu initiieren.⁷⁶

2. UN-Sozialpakt (IPwskR) und UN-Zivilpakt (IPbpR)

Weitere Menschenrechtsgarantien, die sich ebenfalls auf reproduktive Rechte beziehen, finden sich im Internationalen Pakt für bürgerliche und politische Rechte (sog. Zivilpakt) und im Internationalen Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (sog. Sozialpakt), die beide ebenfalls von Deutschland ratifiziert wurden.⁷⁷

a) Konventionsbestimmungen

Der Zivilpakt garantiert etwa die Freiheit von willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in das Privatleben und die Familie (Art. 17 IPbpR) und das Recht auf Familiengründung (Art. 23 IPbpR).⁷⁸ Der Sozialpakt garantiert das Recht auf körperliche und geistige Gesundheit (Art. 12 IPwskR), wozu auch das Recht auf reproduktive Gesundheit zählt (vgl. Art. 12 Abs. 2 lit. a IPwskR).

b) Äußerungen des UN-Sozialausschusses

Für diese Arbeit zentral ist die Allgemeine Bemerkung Nummer 22 des UN-Sozialausschusses zum Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit (Art. 12 IPwskR) aus dem Jahr 2016.⁷⁹ In dieser Äußerung erörtert der UN-Sozialausschuss grundlegend die sozialen Determinanten, die das Recht auf

⁷⁵ BMFSJ, Neunter Bericht der Bundesrepublik Deutschland, Beantwortung der Fragen und Themen des CEDAW-Ausschusses in der LoIPR vom 9. März 2020, Mai 2021, zu Nr. 16 a), S. 44 (Deutsche Übersetzung).

⁷⁶ BMFSJ, Neunter Bericht der Bundesrepublik Deutschland, Beantwortung der Fragen und Themen des CEDAW-Ausschusses in der LoIPR vom 9. März 2020, Mai 2021, zu Nr. 16 a), S. 44 (Deutsche Übersetzung).

⁷⁷ Gesetz zu dem Internationalen Pakt vom 19. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte vom 15. November 1973, BGBl. 1973 II, 1553; Gesetz zu dem Internationalen Pakt vom 19. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 23. November 1973, BGBl. 1976 II, 1569.

⁷⁸ Im Zivilpakt kommt ferner den Art. 3, 6, 7 und 26 IPbpR Bedeutung für die Gewährleistung reproduktiver Freiheiten zu.

⁷⁹ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22. Nach Aussage eines Mitglieds des UN-Sozialausschusses, *Michael Windfuhr*, im Rahmen einer Podiumsdiskussion über „Frauenrechte in den UN-Menschenrechtsverträgen“, Humboldt-Universität zu Berlin, 22.5.2019, sei diese Allgemeine Bemerkung der bisher schwierigste Text zur Annahme im UN-Sozialausschuss gewesen.

reproduktive Gesundheit beeinträchtigen.⁸⁰ So heißt es in der Bemerkung, dass reproduktive Gesundheitssysteme soziale Ungleichheiten in der Gesellschaft sowie die ungleiche Machtverteilung aufgrund von Geschlecht, ethnischer Zugehörigkeit, Alter, Behinderung und Armut widerspiegeln.⁸¹ Diese sozialen Determinanten, so der UN-Fachausschuss, beschränken die Entscheidungs- bzw. Wahlfreiheit (*choice*) von Individuen in reproduktiven Belangen und haben Einfluss auf den Genuss vieler anderer Rechte.⁸² Daher seien die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, diesen sozialen Determinanten, die in Gesetzen, institutionellen Strukturen oder sozialen Praktiken festgeschrieben sind, entgegenzuwirken.⁸³

Der UN-Sozialausschuss weist weiter auf die Unteilbarkeit und Interdependenz der reproduktiven Rechte mit anderen Menschenrechten hin.⁸⁴ So ist das Recht auf reproduktive Gesundheit untrennbar verbunden mit dem Recht auf physische und psychische Unversehrtheit, dem Recht auf Selbstbestimmung, dem Recht auf Leben, dem Folterverbot, dem Recht auf Privat- und Familienleben, dem Diskriminierungsverbot und dem Gleichbehandlungsgrundsatz.⁸⁵ Als Beispiel führt der Ausschuss an, dass eine fehlende geburtshilfliche Notfallversorgung oder die Verweigerung eines Schwangerschaftsabbruchs eine Verletzung des Rechts auf Leben bedeuten und unter Umständen auch eine Folter oder grausame, unmenschliche oder entwürdigende Behandlung darstellen.⁸⁶ In der Zusammenschau mit weiteren Konventionsvorschriften des UN-Sozialpakts ergibt sich aus dem Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit, verbunden mit dem Recht auf Bildung (Art. 13 und 14 IPwskR), dem Recht auf Nichtdiskriminierung (Art. 2 Abs. 2 IPwskR) und dem Recht auf Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 3 IPwskR), ein Recht auf sexuelle und reproduktive Aufklärung, die umfassend, nichtdiskriminierend, evidenzbasiert, wissenschaftlich fundiert und altersgerecht ist.⁸⁷

Das Recht auf reproduktive Gesundheit, so der Sozialausschuss, beinhaltet den flächendeckenden und diskriminierungsfreien Zugang zu erschwinglichen, in soziokultureller Hinsicht annehmbaren und hochwertigen medizinischen Dienstleistungen, Gütern und Institutionen, insbesondere für benachteiligte und marginalisierte Bevölkerungsgruppen.⁸⁸ Zugang bzw. Zugänglichkeit wird

⁸⁰ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 8.

⁸¹ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 8.

⁸² CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 8.

⁸³ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 8.

⁸⁴ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 10.

⁸⁵ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 10.

⁸⁶ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 10.

⁸⁷ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 9.

⁸⁸ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 16, 20, 21.

hierbei vom Ausschuss weit verstanden und meint sowohl physischen und geographischen Zugang als auch Erschwinglichkeit oder Informationszugang.⁸⁹

Einen zentralen Bestandteil dieser Allgemeinen Bemerkungen stellen die Ausführungen des UN-Sozialausschusses zum Nichtdiskriminierungs- und Gleichberechtigungsgebot dar.⁹⁰ Dabei legt der Ausschuss zum einen ein materiales Gleichheitsverständnis zugrunde: Aus dem substantiellen – im Gegensatz zu einem bloß formellen – Gleichheitsverständnis folge, dass die Vertragsstaaten die unterschiedlichen Bedürfnisse verschiedener Gruppen in reproduktiven Belangen in den Blick nehmen und für diese jeweils zugeschnittene Maßnahmen treffen müssen.⁹¹ Menschen mit Behinderungen steht demnach nicht nur ein Recht auf den gleichen Genuss reproduktiver Rechte zu, sondern sie haben auch Anspruch auf reproduktive Gesundheitsdienstleistungen, die sie gerade aufgrund ihrer Behinderung benötigen (vgl. auch Art. 25 BRK).⁹² Zum anderen trägt der UN-Fachausschuss intersektionalen und Mehrfachdiskriminierungen Rechnung: Neben anderen bestimmten Personengruppen, wie einkommensschwachen Frauen oder intergeschlechtlichen Personen, sind auch Menschen mit Behinderungen mit größerer Wahrscheinlichkeit Mehrfachdiskriminierung bei der Ausübung ihrer reproduktiver Rechte ausgesetzt; die Vertragsstaaten sollten sich daher gerade der Auswirkung intersektionaler Diskriminierung bewusst sein und sich um deren Überwindung bemühen.⁹³

Geschlechtergleichheit auf dem Gebiet der Reproduktion, so der Ausschuss, erfordert, dass die gesundheitlichen Bedürfnisse von Frauen über deren gesamten Lebenszeit eigenständig berücksichtigt werden.⁹⁴ Weiter stellt der Ausschuss fest, dass die in Gesetzen und politischen Strategien verfestigten Stereotype und Rollenerwartungen, die Frauen ausschließlich als Mutter und als die einzige Betreuungs- und Bezugsperson, Männer dagegen als Familienoberhaupt und Haupternährer ansehen, zu überwinden sind.⁹⁵ Als Maßnahmen, welche die Vertragsstaaten ergreifen sollten, um ungeplante Schwangerschaften und unsichere Schwangerschaftsabbrüche zu verhindern, nennt der UN-Sozialausschuss die Gewährleistung sicherer und erschwinglicher Verhütungsmittel sowie umfassender Sexualaufklärung für alle Menschen.⁹⁶ Weiter führt der Ausschuss die Liberalisierung von restriktiver Abtreibungsgesetzgebung an und die Gewährleistung des Zugangs zu sicheren Schwangerschaftsabbrüchen für Mädchen und Frauen mit einer garantierten Nachversorgung und mit einer

⁸⁹ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 15.

⁹⁰ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 22–32.

⁹¹ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 24.

⁹² CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 24.

⁹³ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 30.

⁹⁴ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 25.

⁹⁵ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 27.

⁹⁶ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 28.

Schulung des Gesundheitspersonals.⁹⁷ Zudem gilt es für die Vertragsstaaten, das Recht von Frauen auf reproduktive Gesundheit, insbesondere das Recht, selbstbestimmte Entscheidungen über die eigene sexuelle und reproduktive Gesundheit zu treffen, zu achten, zu schützen und umzusetzen.⁹⁸ Zu dieser Pflicht zählt etwa, jegliche Zustimmungserfordernisse von Dritten, wie beispielsweise die elterliche Zustimmung beim Zugang zu Verhütungsmitteln oder zu Schwangerschaftsabbrüchen bei Jugendlichen, abzuschaffen.⁹⁹ Genauso fordert der UN-Ausschuss die Vertragsstaaten auf, einseitige Beratungen oder verpflichtende Wartefristen vor einem Schwangerschaftsabbruch abzuschaffen sowie Maßnahmen zu treffen, die bei einer Verweigerung eines Abbruchs aus Gewissensgründen, eine Pflicht der Gesundheitsdienste begründet, in diesem Fall für Ersatz zu sorgen.¹⁰⁰ Daneben sollten die Vertragsstaaten darauf hinwirken, gesellschaftliche Vorurteile oder Fehlvorstellungen über Schwangerschaft, Geburt oder Fortpflanzungsfähigkeit, sofern sie die selbstbestimmte Ausübung des Rechts auf reproduktive Gesundheit von Personen unterschiedlichen Alters und Geschlechts einschränken, zu beseitigen.¹⁰¹

3. UN-Behindertenrechtskonvention

Die UN-Behindertenrechtskonvention ist von Deutschland im Jahr 2008 ratifiziert worden.¹⁰² Die Verabschiedung der UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) im Jahr 2006 gilt als Meilenstein für die Anerkennung der Rechte von Menschen mit Behinderungen. Mit dieser Konvention wurde das lange Zeit praktizierte Fürsorgemodell durch ein menschenrechtsbasiertes Modell abgelöst, das alle behinderten Menschen als rechtsfähig und als rechtlich handlungsfähig anerkennt (Art. 12 BRK) und diesen selbstbestimmte, unter Umständen assistierte Entscheidungen zugesteht.¹⁰³

a) Konventionsbestimmungen

Die UN-Behindertenrechtskonvention schützt das Recht aller Menschen mit Behinderungen auf Familiengründung (Art. 23 Abs. 1 lit. a. BRK) sowie das

⁹⁷ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 28.

⁹⁸ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 28, 39, vgl. im Einzelnen Nr. 40–49.

⁹⁹ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 41.

¹⁰⁰ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 41, 43.

¹⁰¹ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 48.

¹⁰² Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13. Dezember 2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 21. Dezember 2008, BGBl. 2008 II, 1419.

¹⁰³ Siehe dazu *Degener* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 61–70.

Recht auf freie und verantwortungsbewusste Entscheidung über die Anzahl ihrer Kinder und die Geburtenabstände, das Recht auf Zugang zu altersgemäßer Information sowie Aufklärung über Fortpflanzung und Familienplanung (Art. 23 Abs. 1 lit. b BRK). Die UN-Behindertenrechtskonvention garantiert damit die in Art. 16 CEDAW normierten Rechte auch für Menschen mit Behinderungen. Zusätzlich wird Menschen mit Behinderungen aber dann das Recht eingeräumt, ihnen die notwendigen Mittel zur Ausübung dieser Rechte zu Verfügung zu stellen (Art. 23 Abs. 1 lit. b BRK). Darüber hinaus wird diesen explizit auch ein Recht eingeräumt, gleichberechtigt mit anderen ihre Fruchtbarkeit zu behalten (Art. 23 Abs. 1 lit. c BRK). Weiter garantiert die Behindertenrechtskonvention eine umfassende Gesundheitsversorgung für Menschen mit Behinderungen, ohne diese aufgrund ihrer Behinderung zu diskriminieren (Art. 25 BRK). Hierzu zählt, dass die Vertragsstaaten Menschen mit Behinderungen eine unentgeltliche oder erschwingliche Gesundheitsversorgung in derselben Bandbreite, von derselben Qualität und auf demselben Standard zur Verfügung stellen wie anderen Menschen, einschließlich sexual- und fortpflanzungsmedizinischer Gesundheitsleistungen (Art. 25 lit. a BRK). Außerdem sind die Vertragsstaaten verpflichtet, den Angehörigen der Gesundheitsberufe die Verpflichtung aufzuerlegen, Menschen mit Behinderungen eine Versorgung von gleicher Qualität wie anderen Menschen angedeihen zu lassen, namentlich auf der Grundlage der freien Einwilligung nach vorheriger Aufklärung, indem sie unter anderem durch Schulungen und den Erlass ethischer Normen für die staatliche und private Gesundheitsversorgung das Bewusstsein für die Menschenrechte, die Würde, die Autonomie und die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen schärfen (Art. 25 lit. d BRK). Außerdem formuliert dieser Menschenrechtsvertrag erstmals explizit eine Anerkennung intersektionaler Diskriminierungsformen, in dem die Konvention darauf hinweist, dass Frauen mit Behinderungen multiple Diskriminierungen erleben können und Staaten deshalb verpflichtet sind, auch explizit Maßnahmen für Frauen mit Behinderungen zu ergreifen, die den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten sicherstellen (Art. 6 Abs. 1 BRK).

b) Äußerungen des UN-BRK-Ausschusses

Für diese Arbeit zentral ist die Allgemeine Bemerkung Nummer 3 zu Frauen und Mädchen mit Behinderungen des UN-Behindertenrechtsausschusses, in dem Art. 6 BRK näher erläutert wird.¹⁰⁴ Neben weiteren Lebensbereichen hält der UN-Fachausschuss die sexuelle und reproduktive Gesundheit und Rechte von Frauen mit Behinderungen für besonders gefährdet (Art. 23 und 25

¹⁰⁴ CRPD, General Comment No. 3, 2016, CRPD/C/GC/3. Die nachfolgenden Ausführungen sind angelehnt an die vom BMAS erstellte und von der Monitoring-Stelle UN-Behindertenrechtskonvention geprüfte nicht amtliche Übersetzung.

BRK).¹⁰⁵ Der UN-Ausschuss betont, dass, wie alle Frauen, auch Frauen mit Behinderungen das Recht haben, die Anzahl und den Abstand der Geburten ihrer Kinder zu wählen, und das Recht haben, Kontrolle über ihre Sexualität, einschließlich der sexuellen und reproduktiven Gesundheit, auszuüben, und frei und selbstverantwortlich sowie frei von Zwang, Diskriminierung und Gewalt darüber zu entscheiden.¹⁰⁶ Falsche Stereotypisierung im Zusammenhang mit Behinderung und Geschlecht, so führt der UN-Ausschuss aus, stellt eine Diskriminierung dar, die sich insbesondere auf den Genuss sexueller und reproduktiver Gesundheit und Rechte sowie das Recht auf Familiengründung auswirkt.¹⁰⁷ Als Stereotype nennt der Ausschuss Vorurteile, dass Frauen mit Behinderungen asexuell, unfähig, irrational, unkontrolliert und/oder hypersexuell seien.¹⁰⁸ Daneben könnten diese Frauen mit dem Stereotyp konfrontiert sein, dass Frauen mit Behinderungen Kinder mit Behinderungen gebären, und deshalb entmutigt oder daran gehindert werden, ihr Recht auf Mutterschaft zu verwirklichen.¹⁰⁹ Der BRK-Ausschuss stellt fest, dass Einrichtungen der Gesundheitsversorgung, wie etwa gynäkologische Untersuchungsstühle oder geburtshilfliche Dienstleistungen, häufig physisch nicht zugänglich seien oder ein Transfer zu einem Besuch solcher Einrichtungen nicht verfügbar, unerschwinglich oder nicht zugänglich sei.¹¹⁰ Außerdem verweist der Ausschuss darauf, dass Barrieren im Kopf von Mitarbeitenden des Gesundheitswesens und sonstigem Personal dazu führen, dass Frauen mit Behinderungen der Zugang verweigert würde.¹¹¹ Die Wahlmöglichkeiten insbesondere von Frauen mit psychosozialen oder kognitiven Beeinträchtigungen, werden laut dieser Äußerung in der Praxis häufig ignoriert und Entscheidungen oft von Dritten, etwa gesetzlichen Vertretern, Betreuern oder Familienmitgliedern, getroffen.¹¹² Gerade in Bezug auf die sexuelle und reproduktive Gesundheit sei es zentral, die rechtliche Handlungsfähigkeit von Frauen mit Behinderungen zu wahren (Art. 12 BRK), indem sie ihre eigenen Entscheidungen über medizinische und/oder therapeutische Behandlungen, auf Wunsch auch mit Unterstützung, treffen können.¹¹³ Denn die Beschränkung oder Aberkennung der rechtlichen Handlungsfähigkeit könne erzwungene Eingriffe, wie Sterilisation, Abtreibung, Verhütung oder chirurgische Eingriffe bzw. Behandlungen bei intersexuellen Kindern ohne deren informierte Zustimmung, erleichtern.¹¹⁴

¹⁰⁵ CRPD, General Comment No. 3, 2016, CRPD/C/GC/3, Nr. 10.

¹⁰⁶ CRPD, General Comment No. 3, 2016, CRPD/C/GC/3, Nr. 38.

¹⁰⁷ CRPD, General Comment No. 3, 2016, CRPD/C/GC/3, Nr. 38.

¹⁰⁸ CRPD, General Comment No. 3, 2016, CRPD/C/GC/3, Nr. 38.

¹⁰⁹ CRPD, General Comment No. 3, 2016, CRPD/C/GC/3, Nr. 39.

¹¹⁰ CRPD, General Comment No. 3, 2016, CRPD/C/GC/3, Nr. 42, 48, 57.

¹¹¹ CRPD, General Comment No. 3, 2016, CRPD/C/GC/3, Nr. 43.

¹¹² CRPD, General Comment No. 3, 2016, CRPD/C/GC/3, Nr. 44.

¹¹³ CRPD, General Comment No. 3, 2016, CRPD/C/GC/3, Nr. 44, 51.

¹¹⁴ CRPD, General Comment No. 3, 2016, CRPD/C/GC/3, Nr. 44 f.

c) Gemeinsame Stellungnahme des CEDAW- und BRK-Ausschusses

Für das Verständnis reproduktiver Freiheiten ist daneben die gemeinsame Stellungnahme des CEDAW- und BRK-Ausschusses aus dem Jahr 2018 bedeutsam.¹¹⁵ In dieser gemeinsamen Äußerung zeigen sich die Ausschüsse zunächst über den ansteigenden *Backlash* in Bezug auf reproduktive Rechte besorgt.¹¹⁶ Weiteres Anliegen der Stellungnahme ist es, auf intersektionale Diskriminierungsformen hinzuweisen, die besonders Frauen mit Behinderungen erleben.¹¹⁷ Explizit begreift die gemeinsame Äußerung der UN-Fachausschüsse reproduktive Rechte nicht nur als Teil reproduktiver Gesundheit, sondern daneben als reproduktive Entscheidungsfreiheit und Autonomie (*reproductive choice and autonomy*) aller Frauen.¹¹⁸ Die Stellungnahme betont weiter das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper, wenn es heißt, dass ein menschenrechtbasierter Ansatz anerkenne, dass die Entscheidungen von Frauen über ihren eigenen Körper eine persönliche und private Angelegenheit darstellen.¹¹⁹ Ein solcher Ansatz stelle die Selbstbestimmung von Frauen ins Zentrum der Politik und Rechtsetzung in Sachen reproduktiver Gesundheitsdienste oder Schwangerschaftsabbruch.¹²⁰ Die Vertragsstaaten sind dazu aufgefordert, allen Frauen, unabhängig einer Behinderung, selbstbestimmte Entscheidungen in sexuellen und reproduktiven Belangen sowie Zugang zu evidenzbasierten und unvoreingenommenen (*unbiased*) Informationen zu ermöglichen.¹²¹ Die Vertragsstaaten sollten ferner sicherstellen, dass Frauen, besonders Frauen mit Behinderungen, reproduktive Entscheidungen frei treffen können und vor Zwangsabtreibung sowie vor Verhütung oder Sterilisationen gegen ihren Willen oder ohne informierte Einwilligung (*informed consent*) geschützt werden.¹²² Die Ver-

¹¹⁵ CRPD and CEDAW, Guaranteeing sexual and reproductive health and rights for all women, in particular women with disabilities, Joint statement, 29.8.2018.

¹¹⁶ CRPD and CEDAW, Guaranteeing sexual and reproductive health and rights for all women, in particular women with disabilities, Joint statement, 29.8.2018.

¹¹⁷ CRPD and CEDAW, Guaranteeing sexual and reproductive health and rights for all women, in particular women with disabilities, Joint statement, 29.8.2018.

¹¹⁸ CRPD and CEDAW, Guaranteeing sexual and reproductive health and rights for all women, in particular women with disabilities, Joint statement, 29.8.2018.

¹¹⁹ CRPD and CEDAW, Guaranteeing sexual and reproductive health and rights for all women, in particular women with disabilities, Joint statement, 29.8.2018.

¹²⁰ CRPD and CEDAW, Guaranteeing sexual and reproductive health and rights for all women, in particular women with disabilities, Joint statement, 29.8.2018.

¹²¹ CRPD and CEDAW, Guaranteeing sexual and reproductive health and rights for all women, in particular women with disabilities, Joint statement, 29.8.2018.

¹²² CRPD and CEDAW, Joint statement by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), Guaranteeing sexual and reproductive health and rights for all women, in particular women with disabilities, 29.8.2018.

tragsstaaten sind daher auch dazu verpflichtet, die Nichteinmischung, insbesondere von nicht-staatlichen Akteuren, bei der eigenständigen Entscheidungsfindung (*autonomous decision-making*) sicherzustellen.¹²³ Zur reproduktiven Gesundheit und Selbstbestimmung gehört nach der gemeinsamen Stellungnahme auch der Zugang zu sicheren und legalen Schwangerschaftsabbrüchen als Voraussetzung zur Sicherung anderer Menschenrechte, wie das Recht auf Leben, Gesundheit, Gleichheit vor und durch das Gesetz, Nicht-Diskriminierung, Information, Privatsphäre, körperliche Unversehrtheit sowie Folterverbot und Misshandlungsverbot.¹²⁴ Weiter sind die Vertragsstaaten zur Bekämpfung der eigentlichen Ursachen für Diskriminierungen, wie gesellschaftlich festgeschriebene Rollenbilder und Stigmata gegenüber Frauen und Menschen mit Behinderungen, aufgefordert (vgl. Art. 5 CEDAW, Art. 8 BRK).¹²⁵

d) Staatenberichtsverfahren

Die Umsetzung der in der UN-Behindertenrechtskonvention normierten Garantien wird im Staatenberichtsverfahren überprüft (Art. 35 BRK). Der erste Staatenbericht hat keine Ausführungen zur Gewährleistung reproduktiver Rechte zum Gegenstand. Im kombinierten 2./3. Staatenberichtsverfahren hat die Bundesregierung die vom UN-BRK-Ausschuss zuvor erstellte Liste mit Themen und Fragen (LoIPR) wie folgt beantwortet.

Mit Blick auf die intersektionale Diskriminierung von Frauen mit Behinderungen (Art. 6 BRK) wurde Deutschland aufgefordert, Angaben zu Strategien und gesetzlichen Maßnahmen zu machen, die den vollen Genuss der sexuellen und reproduktiven Gesundheit und Rechte fördern.¹²⁶ Die Bundesregierung verweist bei der Beantwortung dieser Frage darauf, dass die Leistungen der Krankenversicherung zur sexuellen und reproduktiven Gesundheit ohne Ausnahme auch von Frauen mit Behinderungen in Anspruch genommen werden könnten und jede Frau mit Behinderung uneingeschränkter Zugang zu medizinischen Leistungen während der Schwangerschaft sowie zu Information und

¹²³ CRPD and CEDAW, Joint statement by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), Guaranteeing sexual and reproductive health and rights for all women, in particular women with disabilities, 29.8.2018.

¹²⁴ CRPD and CEDAW, Joint statement by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), Guaranteeing sexual and reproductive health and rights for all women, in particular women with disabilities, 29.8.2018.

¹²⁵ CRPD and CEDAW, Joint statement by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), Guaranteeing sexual and reproductive health and rights for all women, in particular women with disabilities, 29.8.2018.

¹²⁶ CRPD, List of issues prior to the submission of the of the combined second and third periodic report of Germany, 10. Oktober 2018, CRPD/C/DEU/QPR/2-3, Nr. 4.

Aufklärung habe.¹²⁷ Außerdem bestünden verschiedene Projekte, die auf die Sexuaufklärung und -beratung von Frauen mit Behinderungen abzielten, etwa auch zur sexuellen Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen in Wohneinrichtungen.¹²⁸ Daneben berichtet die Bundesregierung von einem vom Bund geförderten Forschungsvorhaben, das unter Einbindung von Betroffenen bestehende Angebote zur gynäkologischen Versorgung von Frauen und Mädchen mit Behinderungen untersuche und Handlungsempfehlungen zur Verbesserung erstelle.¹²⁹

Speziell zur Gesundheit (Art. 25 BRK) forderte der Ausschuss auf, über bestehende Schutzmechanismen zu informieren, die sicherstellen, dass bei Menschen mit Behinderungen vorgenommene medizinische Behandlungen mit ihrem freien und informierten Einverständnis durchgeführt werden.¹³⁰ Die Bundesregierung konstatierte, dass besondere Schutzmechanismen hierzulande gerade nicht existieren.¹³¹ Reformvorhaben waren offenbar auch nicht geplant, jedenfalls lassen sich hierzu keine weiteren Ausführungen in dem Bericht finden. Stattdessen verwies die Bundesregierung auf die einfache Rechtslage, nach der eine Einwilligung in eine medizinische Behandlung grundsätzlich von der Patientin bzw. dem Patienten zu treffen ist (§ 630d BGB); bei fehlender Einsichtsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen wird die Einwilligung allerdings von einer berechtigten Person (sorgeberechtigte, vorsorgebevollmächtigte oder betreuende Person) erteilt.¹³² Die zur Einwilligung berechtigte Person ist in diesen Fällen an die Behandlungswünsche und den mutmaßlichen

¹²⁷ BMAS, Zweiter und dritter Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Juli 2019, zu Nr. 4, S. 7.

¹²⁸ BMAS, Zweiter und dritter Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, zu Nr. 4, 8.

¹²⁹ BMAS, Zweiter und dritter Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, zu Nr. 4, 8.

¹³⁰ CRPD, List of issues prior to the submission of the of the combined second and third periodic report of Germany, 10. Oktober 2018, CRPD/C/DEU/QPR/2-3, Nr. 26 c).

¹³¹ BMAS, Zweiter und dritter Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, zu Nr. 26 c), 48.

¹³² BMAS, Zweiter und dritter Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, zu Nr. 26 c), 47 mit Verweis auf zwei Ausnahmen: § 1901a Abs. 1 S. 1 und § 630d Abs. 1 S. 4 BGB.

Willen der betreuten Person gebunden, d. h. verpflichtet, sich daran zu orientieren, wie die betreute Person selbst entscheiden würde, wäre sie einwilligungsfähig.¹³³

Im Ergebnis schien die Bundesregierung in ihrem Bericht die zahlreichen Handlungsempfehlungen, die der UN-BRK-Ausschuss mit Blick auf die Auslegung von Art. 6, 12, 23 und 25 BRK aufgestellt hat, wenig zu berücksichtigen. Dagegen verpflichten die menschenrechtlichen Vorgaben, insbesondere Art. 12 BRK, den deutschen Gesetzgeber dazu, dass behinderten Menschen im Wege einer partizipativen Entscheidungsfindung eine Unterstützung anzubieten ist, die es ihnen ermöglicht, *ihre* Rechts- und Handlungsfähigkeit gerade selbst auszuüben.¹³⁴ Eine solche Form der Partizipation erfordert, Personen für die Unterstützung zu gewinnen, die in der Lage sind, ein Vertrauensverhältnis zu der betroffenen Person aufzubauen, und dabei die – unter Umständen non-verbale – Willensbekundung wahrnehmen und deuten können, folglich daran mitwirken, dass die betroffene Person *ihre* Handlungsfähigkeit entfalten kann.¹³⁵

III. Europäische Menschenrechtskonvention und Äußerungen des Europarats

Auf europäischer Ebene tragen besonders die Europäische Menschenrechtskonvention als zentrales völkerrechtliches Dokument des Europarats sowie diverse Resolutionen und Berichte des Europarats zu einem umfassenden Verständnis reproduktiver Rechte bei.¹³⁶

1. Europäische Menschenrechtskonvention

a) Konventionsvorschriften

Die Europäische Menschenrechtskonvention garantiert das Recht von Männern und Frauen im heiratsfähigen Alter, eine Ehe einzugehen und eine Familie

¹³³ BMAS, Zweiter und dritter Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, zu Nr. 26 c), 47. Siehe zur Kritik mit Blick auf Art. 3 lit. a), Art. 12, Art. 25 lit. d) UN-BRK bereits *Lachwitz*, KJ 2012, 385–404 (318 ff., 390 ff., 395).

¹³⁴ Siehe dazu bereits *Lachwitz*, KJ 2012, 385–404 (391, 393).

¹³⁵ *Lachwitz*, KJ 2012, 385–404 (397).

¹³⁶ Einen Teilaspekt reproduktiver Rechte regelt weiter das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt („Istanbul-Konvention“): Das in Deutschland am 1. Februar 2018 in Kraft getretene Übereinkommen stellt etwa Abtreibungen und Sterilisationen an Frauen ohne deren Zustimmungen unter Strafe (Art. 39 Istanbul-Konvention).

zu gründen (Art. 12 EMRK), sowie das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK). Daneben verbietet das akzessorische Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK) Diskriminierungen im Hinblick auf die gewährleisteten Menschenrechte und Grundfreiheiten. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte befasste sich bereits mehrfach mit Fragen der menschlichen Fortpflanzung, besonders, jedoch nicht ausschließlich, im Kontext reproduktionsmedizinischer Verfahren.

b) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Nach Auslegung der Konvention durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zählt die freie Entscheidung für oder gegen Kinder zum Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK).¹³⁷ Dabei verortet das Gericht Aspekte der reproduktiven Freiheit überwiegend im Recht auf Privatleben,¹³⁸ weil das Recht auf Familienleben, so jedenfalls die Interpretation des Gerichts im Jahr 2008, eine bestehende Familie voraussetze und sich nicht auf die Gründung einer Familie erstrecke.¹³⁹ Gewisse reproduktive Aspekte sieht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte inzwischen sowohl vom Recht auf Privatleben als auch vom Recht auf Familienleben umfasst.¹⁴⁰

¹³⁷ EGMR, Evans/Vereintes Königreich, Urteil der Großen Kammer, 10. April 2007, Nr. 6339/05, Rn. 71; EGMR, A, B and C/Irland, Urteil vom 16. Dezember 2010, Nr. 25579/05, Rn. 212; EGMR, R.R./Polen, Urteil vom 26. Mai 2011, Nr. 27617/04, Rn. 181; EGMR, S.H. u.a./Österreich, Urteil der Großen Kammer, 3. November 2011, Nr. 57813/00, Rn. 80; EGMR, R.R./Polen, Urteil vom 26. Mai 2011, Nr. 27617/04, Rn. 181; EGMR, Costa und Pavan/Italien, Urteil vom 28. August 2012, Nr. 54270/10, Rn. 55.

¹³⁸ EGMR, Evans/Vereintes Königreich, Urteil der Großen Kammer, 10. April 2007, Nr. 6339/05, Rn. 71; EGMR, A, B and C/Irland, Urteil vom 16. Dezember 2010, Nr. 25579/05, Rn. 212; EGMR, Stübing/Deutschland, Urteil vom 12. April 2012, Nr. 43547/08, Rn. 55 f.; EGMR, R.R./Polen, Urteil vom 26. Mai 2011, Nr. 27617/04, Rn. 179 ff. Siehe zur älteren Rechtsprechung des EGMR *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (224 f. Fn. 9).

¹³⁹ EGMR, E.B./Frankreich, Urteil vom 22. Januar 2008, Nr. 43546/02, Rn. 41.

¹⁴⁰ EGMR, Dickson/Vereintes Königreich, Urteil vom 4. Dezember 2007, Nr. 44362/04, Rn. 66; EGMR, S.H. u.a./Österreich, Urteil der Großen Kammer, 3. November 2011, Nr. 57813/00, Rn. 82; EGMR, Costa und Pavan/Italien, Urteil vom 28. August 2012, Nr. 54270/10, Rn. 57. *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (225) folgert daraus, dass der EGMR inzwischen nicht mehr zwischen der Achtung des Privatlebens und des Familienlebens unterscheidet. Sachverhalte und Formulierungen des Gerichts deuten meines Erachtens eher darauf hin, dass der EGMR das *Recht auf Familienleben* immer dann ebenfalls neben dem Recht auf Privatleben für anwendbar erklärt, wenn es sich um eine Entscheidung eines *Paars* handelt. *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 12 f., geht ausschließlich auf das Recht auf *Privatleben* ein.

Grundsätzlich in den Schutzbereich des Art. 8 EMRK fallen danach die Strafbarkeit des Beischlafverbots zwischen Geschwistern¹⁴¹, Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch¹⁴², der Zugang zu Methoden der Fortpflanzungsmedizin¹⁴³, einschließlich der Hinzuziehung von Dritten (etwa einer Eizellspenderin)¹⁴⁴, und ein Auskunftsrecht über genetische Informationen des Embryos bzw. Fötus¹⁴⁵. Im Einzelnen nahm der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte etwa Stellung zum Verbot der Eizellspende in Österreich¹⁴⁶, zur nach englischem Recht möglichen Verweigerung der Zustimmung zum Embryotransfer nach einer konsentierten medizinisch assistierten Befruchtung¹⁴⁷ oder zur Frage der Verweigerung einer medizinisch assistierten Zeugung bei Personen, die unter einer Erbkrankheit leiden¹⁴⁸. Mit Blick auf diesen letzten Aspekt erklärte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte das absolute Verbot der Präimplantationsdiagnostik für konventionswidrig: Dabei wies das Gericht zum einen auf die Widersprüche einer nationalen Rechtsordnung, welche die Präimplantationsdiagnostik zur Verhinderung der Übertragung einer Krankheit verbietet, den Schwangerschaftsabbruch bei einer befürchteten Erbkrankheit dagegen erlaubt¹⁴⁹, zum anderen auf die Konsequenzen für die Eltern, besonders für die Frau, hin, die ein absolutes Verbot der Präimplantationsdiagnostik mit sich bringen.¹⁵⁰

Nach Art. 8 Abs. 2 EMRK können Eingriffe in das Recht auf Privat- und Familienleben gerechtfertigt sein, wenn sie legitime Zwecke verfolgen, also in einer demokratischen Gesellschaft etwa zum Schutz der Aufrechterhaltung der Ordnung, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind. In mehreren Entscheidungen

¹⁴¹ EGMR, Stübing/Deutschland, Urteil vom 12. April 2012, Nr. 43547/08, Rn. 55 f.

¹⁴² EGMR, A, B und C/Irland, 16. Dezember 2010, Nr. 25579/05, Rn. 213; EGMR, R.R./Polen, Urteil vom 26. Mai 2011, Nr. 27617/04, Rn. 181.

¹⁴³ EGMR, Evans/Vereintes Königreich, Urteil der Großen Kammer vom 10. April 2007, Nr. 6339/05, Rn. 71 f.; EGMR, Dickson/Vereintes Königreich, Urteil vom 4. Dezember 2007, Nr. 44362/04, Rn. 66; EGMR, S. H. u.a./Österreich, Urteil der Großen Kammer vom 3. November 2011, Nr. 57813/00, Rn. 82; EGMR, Costa und Pavan/Italien, Urteil vom 28. August 2012, Nr. 54270/10, Rn. 56.

¹⁴⁴ EGMR, S. H. u.a./Österreich, Urteil der Großen Kammer, 03. November 2011, Nr. 57813/00, Rn. 82.

¹⁴⁵ EGMR, Costa und Pavan/Italien, Urteil vom 28. August 2012, Nr. 54270/10, Rn. 57.

¹⁴⁶ EGMR, S. H. u.a./Österreich, Urteil der Großen Kammer, 03. November 2011, Nr. 57813/00.

¹⁴⁷ EGMR, Evans/Vereintes Königreich, Urteil der Großen Kammer, 10. April 2007, Nr. 6339/05.

¹⁴⁸ EGMR, Costa und Pavan/Italien, Urteil vom 28. August 2012, Nr. 54270/10.

¹⁴⁹ EGMR, Costa und Pavan/Italien, Urteil vom 28. August 2012, Nr. 54270/10, Rn. 64.

¹⁵⁰ EGMR, Costa und Pavan/Italien, Urteil vom 28. August 2012, Nr. 54270/10, Rn. 65 f. Siehe dazu auch *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 13, 63 ff.

räumt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den nationalen Gesetzgebern für den Lebensbereich der Reproduktion einen großen Ermessensspielraum ein (vgl. Art. 8 Abs. 2 EMRK), weil ein europäischer Konsens bei diesen ethisch kontrovers diskutierten Fragen, etwa wer zu welchen Verfahren Zugang haben soll oder welche Gründe Einschränkungen rechtfertigen, nicht gegeben sei.¹⁵¹ Der Ermessensspielraum kann jedoch in dreierlei Hinsicht begrenzt sein: Zum einen müssen die nationalen Regelungen auf einer kohärenten Argumentation beruhen¹⁵², das bedeutet eine rationale und widerspruchsfreie Argumentation.¹⁵³ Zum anderen kann sich der Ermessensspielraum verengen, wenn eine wichtige Facette der Existenz oder der Identität einer Person betroffen ist,¹⁵⁴ d. h. je fundamentaler das eingeschränkte Menschen- oder Freiheitsrecht betroffen ist.¹⁵⁵ Zugleich verpflichtet der EGMR aufgrund seiner dynamischen Auslegung der EMRK die Mitgliedstaaten, ihre Gesetze mit Blick auf die dynamischen wissenschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen laufend zu überprüfen.¹⁵⁶

Für diese Arbeit weiter bedeutsam ist eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in der das Gericht Stellung zu alters- und geschlechtsbezogenen Stereotypen nahm, nachdem ein portugiesisches Gericht bei einer fünfzigjährigen Frau und zugleich zweifachen Mutter die Schadensersatzhöhe für Beschwerden beim Geschlechtsverkehr aufgrund ihres Alters gekürzt hatte.¹⁵⁷ Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist ein Paradebeispiel für die Verwobenheit von Geschlechts- und

¹⁵¹ EGMR, Evans/Vereintes Königreich, Urteil der Großen Kammer vom 10. April 2007, Nr. 6339/05, Rn. 77, 81; EGMR, A, B und C/Irland, 16. Dezember 2010, Nr. 25579/05, Rn. 232 f.; EGMR, S. H. u.a./Österreich, Urteil der Großen Kammer, 03. November 2011, Nr. 57813/00, Rn. 94; vgl. auch EGMR, Stübing/Deutschland, Urteil vom 12. April 2012, Nr. 43547/08, Rn. 66. Siehe zur kritischen Auseinandersetzung mit dem Ermessensspielraum des EGMR im Kontext der Fortpflanzung insbesondere *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (227 ff., insb. 229).

¹⁵² Vgl. EGMR, S. H. u.a./Österreich, Urteil der Großen Kammer, 03. November 2011, Nr. 57813/00 Rn. 100; EGMR, A, B und C/Irland, 16. Dezember 2010, Nr. 25579/05, Rn. 249.

¹⁵³ *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (228).

¹⁵⁴ EGMR, Evans/Vereintes Königreich, Urteil der Großen Kammer vom 10. April 2007, Nr. 6339/05, Rn. 77 m. w. N.

¹⁵⁵ *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (228).

¹⁵⁶ EGMR, S. H. u.a./Österreich, Urteil der Großen Kammer, 03. November 2011, Nr. 57813/00 Rn. 118 m. w. N.; betonend *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 12.

¹⁵⁷ EGMR, Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portugal, Urteil vom 25. Juli 2017, Nr. 17484/15, Rn. 44 ff., 52.

Altersdiskriminierung im Bereich von Sexualität und Fortpflanzung.¹⁵⁸ Wenn ein nationales Gericht bei seiner rechtlichen Begründung Vorstellungen unterliegt, die das Stereotyp bedienen, weibliche Sexualität sei ausschließlich auf Reproduktion angelegt, und dabei unterstellt, ältere Frauen hätten deshalb mit abnehmender Reproduktionsfähigkeit ein weniger ausgeprägtes oder überhaupt kein Sexualleben, so stellt das eine Verletzung des Geschlechts- und Altersdiskriminierungsverbots und des Rechts auf Privatleben (Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK) dar und ist damit konventionswidrig.¹⁵⁹ Im Zuge dieser Entscheidung hob der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zum einen die zentrale Bedeutung des Gebots der Geschlechtergerechtigkeit als Ziel der Mitgliedstaaten des Europarats hervor und wies darauf hin, dass der Verweis auf Traditionen, allgemeine Annahmen oder vorherrschende gesellschaftliche Einstellungen in einem Land keine ausreichende Rechtfertigung einer Differenzierung aufgrund des Geschlechts sind.¹⁶⁰ Daneben bezog sich das Gericht auf die UN-Frauenrechtskonvention (Art. 1, 2, 5 CEDAW) und die diese konkretisierenden Abschließenden Bemerkungen, denen zufolge Portugal als Konventionsstaat zu einer umfassenden Bekämpfungsstrategie von geschlechtsspezifischen diskriminierenden Stereotypen, also etwa zur Adressierung von Rollenbildern und Verantwortungszuweisungen von Frauen und Männern in der Familie, verpflichtet ist.¹⁶¹ *Valentiner* ordnet die Entscheidung ein „als Lehrstück für den antidiskriminierungsrechtlichen Umgang mit (alters- und geschlechtsbezogenen) Stereotypen“, in dem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte seinen „*anti-stereotyping approach*“ fortentwickelt.¹⁶²

2. Äußerungen des Europarats

Daneben prägen Resolutionen und Berichte des Europarats das heutige Verständnis reproduktiver Rechte. Die Parlamentarische Versammlung des Europarats widmete sich etwa in einer eigenständigen Resolution aus dem Jahr 2008 dem Zugang zu sicheren und legalen Schwangerschaftsabbrüchen in Europa.¹⁶³ In dieser Erklärung zeigte sich die Parlamentarische Versammlung besorgt darüber, dass in vielen Staaten zahlreiche Hürden bestehen, die einen effektiven Zugang zu sicheren, erschwinglichen, annehmbaren und angemessenen

¹⁵⁸ Für eine eingehende und kritische Auseinandersetzung mit dem Fall siehe *Valentiner* in: Kappler/Vogt (Hrsg.), *Gender im Völkerrecht* 2019, 15–39 (32 ff.).

¹⁵⁹ Vgl. EGMR, Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portugal, Urteil vom 25. Juli 2017, Nr. 17484/15, Rn. 52 f.

¹⁶⁰ EGMR, Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portugal, Urteil vom 25. Juli 2017, Nr. 17484/15, Rn. 46.

¹⁶¹ Vgl. EGMR, Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portugal, Urteil vom 25. Juli 2017, Nr. 17484/15, Rn. 25 f., 54.

¹⁶² *Valentiner* in: Kappler/Vogt (Hrsg.), *Gender im Völkerrecht* 2019, 15–39 (34).

¹⁶³ Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1607, 2008, *Access to safe and legal abortion in Europe*.

Schwangerschaftsabbruchsdienstleistungen verhindern.¹⁶⁴ Diese Restriktionen, so die Äußerung, haben diskriminierende Auswirkungen, weil gerade die gut informierten und wohlhabenderen Frauen leichteren Zugang als andere haben.¹⁶⁵ Der effektive Zugang zu Schwangerschaftsabbrüchen wird nach den Ausführungen der Parlamentarischen Versammlung auch in Ländern, in denen Schwangerschaftsabbrüche grundsätzlich erlaubt sind, durch eine Vielzahl von rechtlichen oder faktischen Hürden beeinträchtigt oder in der Praxis gar verunmöglicht, etwa durch fehlende lokale Gesundheitseinrichtungen, durch einen Mangel an medizinischem Personal, die Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen, durch die Vorgabe einer mehrfachen medizinischen Beratung oder eine verpflichtende vorgegebene Wartezeit vor der Durchführung eines Abbruchs.¹⁶⁶ Zudem verweist die Resolution darauf, dass eine obligatorische altersgerechte und gendersensible Sexualerziehung von jungen Menschen ungewollte Schwangerschaften und damit Schwangerschaftsabbrüche vermeiden kann.¹⁶⁷ Hierzu zähle auch, das Selbstwertgefühl und gesunde Beziehungen zu fördern, über Gruppendruck und die Freiheit, sexuelle Aktivitäten abzulehnen, aufzuklären, und ebenso zu vermitteln, die Folgen und Verantwortung des eigenen Tuns abzuwägen.¹⁶⁸ Weiter bekräftigt die Parlamentarische Versammlung die Anerkennung des Rechts aller Menschen, insbesondere von Frauen, über den eigenen Körper zu bestimmen.¹⁶⁹ In dem Zuge betont die Resolution, dass es die Angelegenheit der Frau ist, die Letztentscheidung zu treffen, ob ein Schwangerschaftsabbruch vorgenommen werden sollte oder nicht, und ihr aus diesem Grund die Mittel zur Verfügung stehen sollten, um dieses Recht effektiv ausüben zu können.¹⁷⁰ Abschließend zeigt die Versammlung konkrete Handlungsempfehlungen auf, wie die Mitgliedstaaten des Europarats die reproduktiven Rechte sicherstellen können.¹⁷¹

¹⁶⁴ Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1607, 2008, Access to safe and legal abortion in Europe, Nr. 2.

¹⁶⁵ Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1607, 2008, Access to safe and legal abortion in Europe, Nr. 2.

¹⁶⁶ Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1607, 2008, Access to safe and legal abortion in Europe, Nr. 3.

¹⁶⁷ Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1607, 2008, Access to safe and legal abortion in Europe, Nr. 5.

¹⁶⁸ Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1607, 2008, Access to safe and legal abortion in Europe, Nr. 6.

¹⁶⁹ Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1607, 2008, Access to safe and legal abortion in Europe, Nr. 6.

¹⁷⁰ Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1607, 2008, Access to safe and legal abortion in Europe, Nr. 6.

¹⁷¹ Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1607, 2008, Access to safe and legal abortion in Europe, Nr. 7.1.-7.8.

Knapp zehn Jahre später bekannte sich der Menschenrechtskommissar des Europarats in einem umfassenden Diskussionspapier zu der Notwendigkeit, die reproduktive Selbstbestimmung aller Menschen in Europa zu fördern, ohne die erhebliche und intime Aspekte unseres Lebens gefährdet seien.¹⁷² Der Bericht aus dem Jahr 2017 weist auf zahlreiche bestehende Mängel auf dem Gebiet der sexuellen und reproduktiven Gesundheit in europäischen Staaten hin und spricht detaillierte Handlungsempfehlungen aus.¹⁷³ Entsprechend der Äußerungen verschiedener UN-Ausschüsse übt auch der Menschenrechtskommissar des Europarats Kritik am zu verzeichnenden *Backlash* in Europa, an bestehenden Geschlechterstereotypen, die in diesem Bereich durch Gesetze und Praktiken vorherrschen, an den Defiziten in den Gesundheitssystemen und an intersektionalen Diskriminierungen, die besonders Menschen mit geringem Einkommen, Migrantinnen und Frauen mit Behinderungen, erleben.¹⁷⁴ Für die Absicherung reproduktiver Rechte in Deutschland sind letztlich eine Vielzahl der Forderungen des Europarats von hoher Bedeutung, etwa der Zugang zu sicheren, erschwinglichen und modernen Verhütungsmitteln, der Zugang zu sicheren und legalen Schwangerschaftsabbrüchen, eine angemessene medizinische Versorgung während der Schwangerschaft und der Geburt sowie jeweils deren Aufnahme in die gesetzliche Krankenversicherung; weiter die Achtung und Sicherstellung von informierten Einwilligungen und partizipativer Entscheidungsfindung bei gynäkologischen Eingriffen und besonders während der Geburt sowie die Beseitigung von intersektionaler und multipler Diskriminierung.¹⁷⁵ Mit Blick auf die empfohlene Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs gehört nach den dortigen Ausführungen erneut die Abschaffung der Beratungspflicht und verpflichtender Wartezeiten sowie eine ergebnisoffene Beratung.¹⁷⁶ Der Zugang zu und die Verfügbarkeit von legalen Schwangerschaftsabbrüchen müsse weiter nicht nur rechtlich, sondern auch in der Praxis sichergestellt werden.¹⁷⁷ Ferner dürfe die Verweigerung eines Abbruchs aus Gewissens- oder religiösen Gründen nicht den Zugang zu dieser

¹⁷² Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women's sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 5.

¹⁷³ Siehe zu den detaillierten Empfehlungen: Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women's sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 9–14.

¹⁷⁴ Vgl. Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women's sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 21–26.

¹⁷⁵ Vgl. Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women's sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 9–14, 57–60.

¹⁷⁶ Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women's sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 59.

¹⁷⁷ Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women's sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 59.

Gesundheitsdienstleistung beeinträchtigen.¹⁷⁸ Aus diesem Grund sollten die im Gesundheitsbereich Arbeitenden verpflichtet werden, zeitnah alternative Stellen vorzuschlagen, welche die Eingriffe durchführen und dazu befähigt sind.¹⁷⁹ Eine Verweigerung sei zudem nur in Bezug auf eine konkrete Gesundheitsversorgung und nur durch eine Individualperson zulässig; die Verweigerung kann also keine institutionelle Maßnahme der Praxis oder Klinik sein.¹⁸⁰ Letztlich sollte in den Mitgliedstaaten sichergestellt werden, dass es eine adäquate Anzahl an Praxen und Kliniken gibt, und zwar im öffentlichen und privaten Gesundheitsbereich sowie in ländlichen und städtischen Gegenden, die bereit und fähig sind, Schwangerschaftsabbrüche vorzunehmen.¹⁸¹ Ferner mahnt dieses Papier mehrfach ausdrücklich, dass bei medizinischen Eingriffen eine informierte und partizipative Entscheidungsfindung (*informed consent* und *shared decision making*) zu gewährleisten ist.¹⁸² Demnach sollten etwaige Gesetze oder Praktiken, die das Recht einer informierten Entscheidungsfindung untergraben oder einzelne Gruppen aufgrund von Alter oder einer Behinderung diskriminieren, reformiert werden.¹⁸³ Weiter müsse jegliche Form von Zwang, wie Zwangssterilisation, Zwangsverhütung, Zwangsabtreibung oder nicht-konsensuale Eingriffe bei gynäkologischen Untersuchungen oder während der Geburt, verhindert, entschädigt und sanktioniert werden.¹⁸⁴ Explizit wird darauf hingewiesen, dass zu einer selbstbestimmten Geburt gehört, dass jede Frau in den Genuss einer ausgebildeten Geburtshilfe kommt. Gesondert wird auf geburtsspezifische Gewalt aufmerksam gemacht.¹⁸⁵ Während die internationalen menschenrechtlichen Garantien keine Aussage zu reproduktionsmedizinischen Verfahren treffen, übt dieses Diskussionspapier unter der Sektion der intersektionalen Diskriminierungsformen explizit Kritik an solchen Zugangsregelungen zur assistierten Reproduktion (In-Vitro-Fertilisation oder Samen-

¹⁷⁸ Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women's sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 59 f.

¹⁷⁹ Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women's sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 60.

¹⁸⁰ Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women's sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 60.

¹⁸¹ Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women's sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 60.

¹⁸² Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women's sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 11, 25, 40 f., 54, 61.

¹⁸³ Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women's sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 12.

¹⁸⁴ Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women's sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 12.

¹⁸⁵ Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women's sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 40.

spende), die den Ausschluss von alleinstehenden Frauen oder gleichgeschlechtlichen Paaren von Frauen vorsehen.¹⁸⁶ Daneben macht der Bericht auf intersektionale Diskriminierungsformen von jüngeren und älteren Frauen aufmerksam.¹⁸⁷ In diesem Zuge werden etwa der Mangel an modernen Verhütungsmitteln wie auch Regelungen kritisiert, welche die elterliche Zustimmung beim Zugang zu Verhütung oder für einen Schwangerschaftsabbruch voraussetzen.¹⁸⁸

IV. Zusammenfassung und Würdigung

Auf internationaler Ebene wurde in den vergangenen Jahrzehnten ein umfassender Katalog reproduktiver Rechte entwickelt, der sich auf unterschiedliche, von Deutschland ratifizierte internationale Menschenrechtsabkommen stützt und besonders durch drei UN-Fachausschüsse, den UN-Frauenrechtsausschuss, den UN-Sozialausschuss sowie den UN-Behindertenrechtsausschuss, stetig weiter ausdifferenziert und fortentwickelt wird. Daneben leistet der Europarat, genauer dessen Parlamentarische Versammlung und dessen Menschenrechtskommissar, durch Resolutionen und Berichte einen wichtigen Beitrag zum Verständnis reproduktiver Freiheiten in Europa. Ein umfassendes Verständnis reproduktiver Rechte hat sich besonders mit Blick auf die Menschenrechte von Frauen entwickelt. Grund hierfür sind die leiblichen Erfahrungen, die vor allem Frauen in reproduktiven Belangen erleben. Weil ein Kind oder mehrere Kinder die eigene Lebensplanung und -gestaltung fundamental verändern und etwa auch Auswirkungen auf die finanzielle Lage, auf die Ausübung von Ausbildung und Beruf haben, kommt reproduktiver Entscheidungsfreiheit eine lebensbereichsübergreifende Bedeutung zu.

Unter dem Terminus der reproduktiven *Gesundheit* und Rechte verweisen die UN-Fachausschüsse wie die beiden Gremien des Europarats auf elementare Rechte der einzelnen Person, die für den gesamten Lebensbereich der menschlichen Fortpflanzung von der Zeugung über Schwangerschaft bis hin zur Geburt gelten. Das Recht auf reproduktive Gesundheit umfasst demnach insbesondere, *selbstbestimmte* Entscheidungen über die eigene Fortpflanzung, während der Schwangerschaft und der Geburt zu treffen. Deshalb gilt es, bei reproduktiven Entscheidungen die Gesundheit und Autonomie gleichermaßen zu

¹⁸⁶ Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women's sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 44.

¹⁸⁷ Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women's sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 43.

¹⁸⁸ Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women's sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 44.

achten, zu schützen und zu fördern. Daneben machen die internationalen Gremien seit einigen Jahren auf intersektionale und Mehrfachdiskriminierungen auf dem Gebiet der Reproduktion aufmerksam, insbesondere auch auf weit verbreitete diskriminierende Stereotype im Kontext von Reproduktion, Schwangerschaft und Geburt, die es zu verhindern und zu beseitigen gilt. Nach den zahlreichen Vorschriften und in den Blick genommenen Äußerungen zählen zu den reproduktiven Rechten demnach (1) eine umfassende, nichtdiskriminierende, wissenschaftlich fundierte und altersgerechte Information und Aufklärung über Sexualität, Verhütung und Reproduktion, (2) der Zugang zu modernen, sicheren und erschwinglichen Verhütungsmethoden, einschließlich Notfallverhütung, und zwar insbesondere für einkommensschwache Frauen, (3) der Zugang zu sicheren und legalen Schwangerschaftsabbrüchen für alle Frauen und Mädchen, weshalb (a) die verpflichtende Beratung und die dreitägige Wartefrist vor einem Schwangerschaftsabbruch abzuschaffen sind, (b) alle Schwangerschaftsabbrüche von der Krankenversicherung übernommen werden sollten und (c) Maßnahmen zu treffen sind, die bei einer Verweigerung eines Abbruchs aus Gewissensgründen, eine Pflicht der Gesundheitsdienste begründet, in diesem Fall für Ersatz zu sorgen. Von den reproduktiven Rechten umfasst ist weiter (4) das Recht einer jeden Person auf informierte Einwilligung und partizipative Entscheidungsfindung in allen reproduktiven Kontexten, insbesondere bei Frauen mit Behinderungen (vgl. Art. 12 BRK) und auch bei jungen Frauen, weshalb es etwa bei dem Zugang zu Verhütungsmethoden oder einem Schwangerschaftsabbruch nicht der Zustimmung von Dritten, wie etwa Eltern im Falle von Jugendlichen, bedarf. Ferner zählt zu den reproduktiven Rechten (5) eine angemessene und sichere geburtshilfliche Versorgung (a) mit der Sicherstellung, dass geburtshilfliche Gewalt eigenständig kriminalisiert wird, und (b) mit der Aufforderung, hierzu statistische Daten zu erheben.

Keine expliziten Aussagen treffen die internationalen Gewährleistungen zur Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren. Allerdings übte ein Diskussionspapier des Menschenrechtskommissars des Europarats Kritik an Zugangsregelungen zur assistierten Reproduktion (In-Vitro-Fertilisation oder Samenspende), die den Ausschluss von alleinstehenden Frauen oder gleichgeschlechtlichen Paaren von Frauen vorsehen. Zudem beschäftigte sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit Fragen zu reproduktionsmedizinischen und gendiagnostischen Verfahren, und insofern auch mit der Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs in anderen Mitgliedstaaten. Allerdings überlässt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte grundsätzlich den nationalen Gesetzgebern für den Lebensbereich der Reproduktion einen großen Ermessensspielraum (vgl. Art. 8 Abs. 2 EMRK), wobei die erläuterten aufgestellten Regeln zu beachten sind, in denen dieser Ermessensspielraum wiederum begrenzt bzw. verengt wird.

Die UN-Fachausschüsse geben zudem den wichtigen Hinweis, dass das Recht auf reproduktive Gesundheit eng verwoben ist mit anderen Rechten, wie

dem Recht auf Leben, der Gleichheit vor und durch das Gesetz, dem Grundsatz der Nicht-Diskriminierung, dem Recht auf Privatsphäre, dem Recht auf körperliche Unversehrtheit sowie dem Folterverbot und Misshandlungsverbot. Zum gleichheitsrechtlichen Verständnis wichtig ist, dass Zwangssterilisationen, Zwangsschwangerschaftsabbrüche, Zwangsschwangerschaften, die Kriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs, die Verweigerung oder Verzögerung von sicherem Schwangerschaftsabbruch sowie eine erzwungene Fortsetzung der Schwangerschaft als Formen geschlechtsspezifischer Gewalt gegen Frauen verstanden werden, die je nach den Umständen Folter oder grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung darstellen können.

Der Diskurs über reproduktive Rechte, verstanden als Recht auf reproduktive Gesundheit und Selbstbestimmung, verbunden mit intersektionalen Ansätzen zum Diskriminierungsschutz, ist im internationalen Recht deutlich weiter fortgeschritten als in der Verfassungsrechtsdebatte. Anders als dies weiterhin in Teilen der Verfassungsrechtsliteratur vorzufinden war (Kapitel 4), ist Bezugspunkt der menschenrechtlichen Gewährleistungen im internationalen Recht somit gerade nicht (mehr) die Bevölkerung als solche oder der Schutz des Embryos. Vielmehr werden die Vertragsstaaten aufgefordert, die Rechte des Individuums ins Zentrum ihrer Politik in reproduktiven Fragen zu setzen und die notwendigen Bedingungen zu schaffen, um die reproduktiven Rechte der Individuen zu sichern. Deutschland hat deshalb von unterschiedlichen Stellen, insbesondere vom CEDAW-Ausschuss in den beiden jüngeren Staatenberichtsverfahren, deutliche Kritik erfahren, etwa hinsichtlich des Zugangs zu sicheren und erschwinglichen Verhütungsmitteln oder mit Blick auf den Zugang zu und der Regulierung und Finanzierung von Schwangerschaftsabbrüchen. Die damals amtierende Bundesregierung zeigte sich in ihren Berichten mit Blick auf eine Vielzahl der Handlungsempfehlungen in hohem Maße kritikresistent und wenig handlungsentschlossen. Das wirft die Frage auf, ob diese Haltung mit den Grundrechten der Individuen vereinbar ist. Aus diesem Grund ist im kommenden Kapitel 6 erstens zu prüfen, in welchem Umfang die internationalen Garantien bei der Auslegung des Grundgesetzes zu berücksichtigen sind. Zweitens unterbreite ich sodann einen Vorschlag, wie reproduktive Freiheiten unter Berücksichtigung menschenrechtlicher Vorgaben und der Erkenntnisse aus weiteren Wissenschaftsdisziplinen (Kapitel 1, II.) grundrechtlich angemessener gedacht werden können.

Kapitel 6

Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption reproduktiver Freiheiten

I. Einleitung

Ziel der bisherigen Arbeit war es, systematisch darüber zu reflektieren, wie das Bundesverfassungsgericht den Lebensbereich der Reproduktion verhandelt (Kapitel 3) und welche Fragen in der Verfassungsrechtsliteratur als individuelle reproduktive Freiheiten erörtert werden und wo Leerstellen bleiben (Kapitel 4). Dabei zeichnete sich ab, dass die bisher in der Verfassungsrechtswissenschaft erörterten Themen rund um Zeugung, Schwangerschaft und Geburt dem besonderen Schutzbedürfnis des Individuums in diesem Lebensbereich nicht in ausreichendem Maße genügen. Die Rechtsprechungsanalyse zeigte insbesondere bereits eine fehlende analytische Differenzierung zwischen sexuellen und reproduktiven Belangen. Durch diese analytische Unschärfe werden zentrale grundrechtliche Freiheiten von Individuen nicht erkannt oder gar verkannt, jedenfalls werden reproduktive Freiheiten in der Rechtsprechung noch nicht umfassend verhandelt und anerkannt. Wie die Bestandsaufnahme der Verfassungsrechtsliteratur zeigte, ist auch dort noch keine umfassende Konzeptualisierung reproduktiver Freiheiten erkennbar, weshalb die Rechtsprechung wiederum nicht auf einen theoretischen Überbau Bezug nehmen kann. In der Verfassungsrechtsliteratur werden reproduktive Freiheiten besonders durch die vorherrschende embryozentrierte Perspektive und durch die weiterhin verbreitete bevölkerungspolitische Betrachtungsweise verschattet. Aufgrund dieser Fokussierungen fehlt es in der Verfassungsrechtswissenschaft an wichtigen Subjektperspektiven, die lebenspraktische Erfahrungswelten in reproduktiven Kontexten systematisch berücksichtigen. Der Verfassungsinterpretation fehlt insofern auch ein lebensnaher Blick auf Zeugung, Schwangerschaft und Geburt und auf die sozialen Umstände, unter denen Menschen reproduktive Entscheidungen treffen (vgl. dazu Kapitel 1, II.). Im Verfassungsrechtsdiskurs wird zudem bisher kaum auf die multiplen internationalen Garantien, die als Wurzeln reproduktiver Rechte gelten, Bezug genommen (vgl. dazu Kapitel 5).

Während es bisher folglich primär darum ging, Leerstellen im Verfassungsrechtsdiskurs aufzudecken, wird im Folgenden ein Vorschlag unterbreitet, wie

sich individualrechtliche reproduktive Freiheiten unter Einbeziehung der erarbeiteten disziplinübergreifenden Erkenntnisse (Kapitel 1, II.) und unter Berücksichtigung menschenrechtlicher Garantien (Kapitel 5) grundrechtlich angemessener erörtern lassen. Diese grundrechtliche Konturierung ist deshalb notwendig, um staatliche Institutionen, besonders Gesetzgeber, Behörden und Gerichte, stets und ausdrücklich zu verpflichten, grundrechtlich verbrieft reproduktive Freiheiten der Individuen zu achten und sich zu rechtfertigen, wenn sie in diese Freiheiten eingreifen oder Menschen mit Blick auf ihre reproduktiven Freiheiten ungleich behandeln (vgl. Art. 20 Abs. 3 S. 1, 2 GG). Eine angemessene grundrechtliche Konturierung reproduktiver Freiheiten kann zudem dafür sensibilisieren, dass die gegenwärtigen Regelungsformen in diesem Lebensbereich die Grundrechte der Individuen noch nicht ausreichend berücksichtigen. Denn in Deutschland ist zum einen weiterhin noch das (Neben-)*Strafrecht* der Regelungsort bei der Beschränkung reproduktiver Freiheiten (vgl. §§ 1 ff. ESchG, §§ 218 ff. StGB, § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB), zum anderen fehlt es bei der Ermöglichung reproduktiver Freiheiten zum Teil an einer parlamentarischen Regulierung, etwa mit Blick auf die untergesetzlichen Vorschriften zur Regulierung des Zugangs zur Samenspende im ärztlichen Berufsrecht. Mit einer umfassend verstandenen freiheitsrechtlichen Ausgangsperspektive kann es damit für die Zukunft besser gelingen, Verbindungslinien zwischen einzelnen reproduktiven Entscheidungsfreiheiten im Bereich der Zeugung, während der Schwangerschaft und der Geburt zu ziehen. Auf diese Weise können Subjektperspektiven und Erfahrungswelten ins Zentrum von Gesetzgebung und Recht gestellt werden.

Dieses Kapitel verfolgt damit nicht das Ziel, die bisherige Untertheoretisierung reproduktiver Freiheiten durch eine abschließende Konzeptualisierung zu bewältigen. Ein solcher Anspruch wäre angesichts der Vielschichtigkeit dieses Lebensbereichs auch vermessen. Es geht nachfolgend darum, eine individualrechtliche Perspektive aufzuzeigen, wie die Themenfelder von Zeugung, Schwangerschaft und Geburt bei der Verfassungsinterpretation in Zukunft weiter erörtert werden können und sollten und wie sich dabei menschenrechtliche Garantien und Erkenntnisse aus weiteren Wissenschaftsdisziplinen berücksichtigen lassen. Zuvor gehe ich darauf ein, in welchem Umfang internationale Garantien bei der Verfassungsinterpretation zu berücksichtigen sind.

II. Berücksichtigung internationaler Garantien bei der Auslegung von Grundrechten

Auf internationaler Ebene ist ein umfassender Katalog reproduktiver Rechte vorzufinden, der sich auf unterschiedliche, von Deutschland ratifizierte internationale Menschenrechtsabkommen stützt und besonders durch den UN-Frau-

enrechtsausschuss, den UN-Sozialausschuss sowie den UN-Behindertenrechtsausschuss stetig weiter ausdifferenziert und fortentwickelt wird (Kapitel 5). Daneben leisten der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sowie der Europarat einen wichtigen Beitrag zum Verständnis reproduktiver Freiheiten in Europa (Kapitel 5).

Wenn auch das Normenhierarchieverhältnis zwischen Völkerrecht und Verfassungsrecht von Kontroversen geprägt ist, so entspricht es inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass internationale Garantien, soweit ratifiziert, als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten heranzuziehen sind.¹ Eine solche Auslegung des Grundgesetzes entspricht dem aus der Verfassung hergeleiteten ungeschriebenen Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.² Zum Völkerrecht in Europa zählt insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Das Bundesverfassungsgericht hat die Berücksichtigung der EMRK samt ihrer Konkretisierung durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte anerkannt.³ In jüngerer Zeit hat das Bundesverfassungsgericht auch darauf aufmerksam gemacht, dass die Grundrechtsgarantien der EMRK und des Grundgesetzes zwar im Hinblick auf ihre äußere Form oder institutionelle Einbindung nicht vollständig deckungsgleich sind, jedoch ihre Wurzeln in gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen und in der Anerkennung der Würde des Menschen haben, sich durch weitgehend deckungsgleiche Gewährleistungsgehalte auszeichnen und deshalb Ausprägungen universaler und gemeineuropäischer Werte sind.⁴ Die Berücksichtigung internationaler verbindlicher Rechtsquellen bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes dient somit auch der Einbindung Deutschlands in den europäischen Rechtsraum und trägt seiner Entwicklung Rechnung, fördert die Stärkung gemeineuropäischer Grundrechtsstandards und vermeidet

¹ Bereits BVerfG, Beschluss vom 26. März 1987 – 2 BvR 589/79 –, juris Rn. 35; grundlegend BVerfG, Beschluss vom 14. Oktober 2004 – 2 BvR 1481/04 –, juris Rn. 32 (Görgülü), aus jüngerer Zeit: BVerfG, Beschluss vom 26. Juli 2016 – 1 BvL 8/15 –, juris Rn. 88; Beschluss vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 –, juris Rn. 62; Beschluss vom 27. April 2021 – 2 BvR 206/14 –, juris Rn. 57; ebenso *Baer/Markard* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 343.

² Beschluss vom 14. Oktober 2004 – 2 BvR 1481/04 –, juris Rn. 33, 36; BVerfG, Beschluss vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 –, juris Rn. 62; Beschluss vom 1. Dezember 2020 – 2 BvR 1845/18 –, juris Rn. 63 m. w. N.

³ St. Rsp. seit BVerfG, Beschluss vom 26. März 1987 – 2 BvR 589/79 –, juris Rn. 35; grundlegend: Beschluss vom 14. Oktober 2004 – 2 BvR 1481/04 –, juris Rn. 32 (Görgülü), BVerfG, Beschluss vom 26. Juli 2016 – 1 BvL 8/15 –, juris Rn. 92 ff.; BVerfG, Beschluss vom 27. April 2021 – 2 BvR 206/14 –, juris Rn. 70 m. w. N.

⁴ BVerfG, Beschluss vom 27. April 2021 – 2 BvR 206/14 –, juris 72 f., Rn. 57; vgl. Beschluss vom 1. Dezember 2020 – 2 BvR 1845/18 –, juris Rn. 37. Das BVerfG hat in diesen Entscheidungen insbesondere den Grundrechtsschutz am Maßstab der Unionsgrundrechte gestärkt, deren Betrachtung in dieser Arbeit allerdings außen vor bleibt.

Friktionen und Wertungswidersprüche bei der Gewährleistung des Grundrechtsschutzes im Interesse seiner Effektivität und der Rechtssicherheit.⁵

Wichtige Hinweise für die Auslegung des Grundgesetzes ergeben sich für diese Arbeit auch aus weiteren Menschenrechtsabkommen. Explizit anerkannt hat das Bundesverfassungsgericht bereits die Heranziehung von Vorschriften der UN-Behindertenrechtskonvention und des UN-Zivilpakts.⁶ Über die Heranziehung der für diese Arbeit ebenso relevanten Garantien der UN-Frauenrechtskonvention sowie des UN-Sozialpakts hatte das Bundesverfassungsgericht zwar noch nicht zu entscheiden. Nach den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts sind auch die einzelnen Konventionsvorschriften dieser UN-Abkommen bei der Auslegung der Grundrechte zu berücksichtigen.⁷ Denn diese völkerrechtlichen Verträge wurden ebenso allesamt von Deutschland ratifiziert.⁸

Von den einzelnen Menschenrechtsvertragsbestimmungen sind die *Äußerungen der UN-Fachausschüsse*, die die Normen durch Berichte, Leitlinien und Empfehlungen konkretisieren, zu unterscheiden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommen den Äußerungen der UN-Fachausschüsse zur Auslegung der jeweiligen Menschenrechtsvertragsnorm und insbesondere zur Rechtslage in Deutschland zwar „erhebliches Gewicht“ zu, sie sind aber für internationale und nationale Gerichte nicht rechtsverbindlich, sofern ihnen kein Mandat zur verbindlichen Interpretation des Vertragstextes übertragen worden ist.⁹ Das Bundesverfassungsgericht verweist dann darauf, man solle sich bei der Rechtsauslegung und -anwendung mit den Auffassungen

⁵ BVerfG, Beschluss vom 27. April 2021 – 2 BvR 206/14 –, juris Rn. 71.

⁶ Zur UN-BRK: BVerfG, Beschluss vom 23. März 2011 – 2 BvR 882/09 –, juris Rn. 52; Beschluss vom 26. Juli 2016 – 1 BvL 8/15 –, juris Rn. 88; Beschluss vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 –, juris Rn. 62; Stattgebender Kammerbeschluss vom 31. März 2021 – 1 BvR 413/20 –, juris Rn. 36, 39. Zum IPbPR: BVerfG, Beschluss vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 –, juris Rn. 66 ff.

⁷ Statt vieler explizit *Baer/Markard* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 343, 349 f., 399, insb. 400. Für eine restriktivere Berücksichtigung etwa BVerfG, Beschluss vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 –, juris Rn. 63 f.

⁸ Gesetz zu dem Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 25. April 1985, BGBl. 1985 II, 647; Gesetz zu dem Internationalen Pakt vom 19. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte vom 15. November 1973, BGBl. 1973 II, 1553; Gesetz zu dem Internationalen Pakt vom 19. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 23. November 1973, BGBl. 1976 II, 1569; Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13. Dezember 2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 21. Dezember 2008, BGBl. 2008 II, 1419.

⁹ BVerfG, Beschluss vom 26. Juli 2016 – 1 BvL 8/15 –, juris Rn. 90; Urteil vom 24. Juli 2018 – 2 BvR 309/15 –, Rn. 91; Beschluss vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 –, juris Rn. 65, 77.

eines zuständigen internationalen Vertragsorgans in gutem Glauben argumentativ auseinandersetzen, übernehmen müsse man sie aber nicht.¹⁰ Im völkerrechtlichen Diskurs findet sich eine Bandbreite an Auffassungen zur rechtlichen Qualifizierung der Äußerungen der UN-Ausschüsse, mit welchen sich das Bundesverfassungsgericht jedoch bisher nicht auseinandersetzte.¹¹ Nimmt man die völkerrechtlich anerkannte Autorität der einzelnen UN-Fachausschüsse ernst, erfordern die konkretisierenden Rechtsauffassungen der UN-Ausschüsse zwar keine verbindliche Übernahme bei der Auslegung des Grundgesetzes, ihnen kommt jedoch eine wichtige Orientierungs- und Leitfunktion bei der Auslegung und Umsetzung der einzelnen Norm zu.¹²

III. Wesentliche Grundrechtsnormen für die Gewährleistung reproduktiver Freiheiten

Der von dieser Arbeit vorgeschlagene Terminus der reproduktiven Freiheiten (Kapitel 2, II.) umfasst unterschiedliche Entscheidungsfreiheiten im Kontext von Zeugung, Schwangerschaft und Geburt. Der Terminus erstreckt sich auf die Inanspruchnahme von Verhütungsmitteln, auf Eingriffe in die Reproduktionsfähigkeit (Sterilisation oder Kastration), auf die grundsätzliche Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden, auf eine diskriminierungsfreie Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren mit der Möglichkeit, freiwillig handelnde Dritte hinzuzuziehen, auf ein Recht auf Wissen und Nichtwissen genetischer Informationen über den Embryo sowie auf selbstbestimmte Entscheidungen bei medizinischen Interventionen während der Schwangerschaft und der Geburt.¹³ Sowohl der Begriff der Reproduktion als auch der Plural bei „Freiheiten“ verdeutlichen die engen Bezüge von Gesundheit, Selbstbestimmung und Diskriminierungsverboten in reproduktiven Belangen.¹⁴ Mit dem

¹⁰ BVerfG, Beschluss vom 26. Juli 2016 – 1 BvL 8/15 –, juris Rn. 90; ähnlich Beschluss vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 –, juris Rn. 65.

¹¹ Für eine Aufbereitung der Ansätze im völkerrechtlichen Diskurs siehe *Payandeh*, NVwZ, 2020, 125–129 (127 f.)

¹² Ebenso *Payandeh*, NVwZ, 2020, 125–129 (128).

¹³ So bereits *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 7, 28 f., 138 f.

¹⁴ Ebenso *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 12, 16, 19; *Baer*, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), 290–354 (319 f., 321 f.). Für die angloamerikanische Debatte ebenso *Nelson*, Law, Policy and Reproductive Autonomy, 2013, 51 f., *passim*; sowie *Ruth Bader Ginsburg*, *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), dissenting, 4: „Thus, legal challenges to undue restrictions on abortion procedures do not seek to vindicate some generalized *notion of privacy*; rather, they center on a woman’s *autonomy* to determine her life’s course, and thus to enjoy *equal citizenship* stature. [...] In keeping with this comprehension of the *right to reproductive choice*,

Begriffsvorschlag wurde allerdings gerade noch keine Aussage über die grundrechtliche Verortung dieser Freiheiten getroffen. Dieser Frage gehe ich deshalb in diesem Abschnitt nach.

Als Antwort auf diese Frage lässt sich vorweg festhalten: Bei der Komplexität dieses vielschichtigen und breiten Lebensbereichs wäre es reduktionistisch, von nur *einem* Grundrecht auszugehen, das alle reproduktiven Belange des Individuums erfasst. Vielmehr beruht die Gewährleistung reproduktiver Freiheiten auf fünf Säulen: dem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), der Familiengründungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG), dem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG), dem Anspruch auf Schutz- und Fürsorge der Mutter (Art. 6 Abs. 4 GG), dem Diskriminierungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG) und dem Gleichberechtigungsgebot (Art. 3 Abs. 2 GG).

Je nach Teilbereich des Begriffs der reproduktiven Freiheiten sind unterschiedliche und zum Teil auch verschiedene Grundrechte einschlägig. Grob fächert sich der Lebensbereich wie folgt auf: Zentrale Bedeutung im Kontext von Zeugung, Schwangerschaft und Geburt kommt dem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) zu. In medizinischen Kontexten ist daneben das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) zu berücksichtigen. Einschränkungen, die sich auf die Zeugung als solche beziehen, besonders mithilfe reproduktionsmedizinischer Verfahren, sind im Lichte der Familiengründungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) zu betrachten. Das Schutz- und Fürsorgegebot des Art. 6 Abs. 4 GG enthält einen staatlichen Auftrag, die reproduktive Gesundheitsversorgung sicherzustellen. Zudem sind bei der Regulierung des gesamten Lebensbereichs der Reproduktion das Diskriminierungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG) und das Gleichberechtigungsgebot (Art. 3 Abs. 2 GG) zu beachten. Das Verhältnis der einzelnen Grundrechtsnormen zueinander wird sogleich bei der Erörterung der einzelnen Gewährleistungsbereiche deutlich und ist zudem bei der jeweiligen einfachgesetzlichen Regulierung spezifisch zu diskutieren (Kapitel 6, IV.).

1. Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)

Grundlegende Bedeutung kommt dem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) zu. Hierzu zählt der gesamte Lebensbereich von Zeugung über Schwangerschaft bis hin zur Geburt.¹⁵ Das Recht auf reproduktive Selbst-

the Court has consistently required that laws regulating abortion, at any stage of pregnancy and in all cases, safeguard a woman's *health*." (Hervorhebungen durch mich).

¹⁵ Bereits *Hieb*, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, 2005, 22; *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 7, 28 f., 138 f.,

bestimmung gewährleistet damit zum einen die Befugnis, darüber zu bestimmen, ob, mit wem, wann und auf welche Weise eine Person sich fortpflanzen möchte oder nicht, zum anderen die Befugnis, selbstbestimmte Entscheidungen im Kontext von Schwangerschaft und Geburt zu treffen.¹⁶ Das Grundrecht erstreckt sich damit auf die Information und Aufklärung über reproduktive Rechte, die diskriminierungsfreie Inanspruchnahme von Verhütungsmitteln, die Verfügung über die eigene Reproduktionsfähigkeit (Sterilisation oder Kastration), bezieht sich weiter auf den Zeugungsakt selbst inklusive der Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren, auf den Bereich der Schwangerschaft, wozu informierte Entscheidungsfindungen bei gynäkologischen Eingriffen ebenso zählen wie die grundsätzliche Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden, auf ein Recht auf Wissen und Nichtwissen genetischer Informationen über den Embryo sowie auf eine selbstbestimmte Geburt mit sicherer Gesundheitsversorgung.¹⁷

Mit Blick auf die Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren erfasst das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) auch die Hinzuziehung freiwillig handelnder Dritter.¹⁸ Dabei kommt das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung jedenfalls immer dann zum Tragen, sofern *eigene* Gameten (Samen oder Eizelle), etwa in ein sog. Leihmutterverhältnis, eingebracht werden sollen.¹⁹ Der Gewährleistungsbereich des Grundrechts geht jedoch noch darüber hinaus und erfasst die

passim; Wapler in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (187, 190 ff.), *passim*; Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterchaft und Familie*, 2018, 107–147 (111 f.); Valentiner, *Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung*, 2021, 402 f. Siehe auch Bleisch/Büchler, *Kinder wollen*, 2020, 37–46. Im angloamerikanischen Raum vertreten dieses Verständnis etwa Jackson, *Regulation Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, 2001, 1, *passim*; grundlegend mit umfassender Theoretisierung Nelson, *Law, Policy and Reproductive Autonomy*, 2013.

¹⁶ Vgl. Büchler, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 7, 28 f., 138 f., *passim*; Wapler in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (187, 190, 192); Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterchaft und Familie*, 2018, 107–147 (111 f.); Valentiner, *Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung*, 2021, 402 f.; ähnlich Koppernock, *Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung*, 1997, 85 ff., 95 ff., insb. 96 ff., 100 ff., 125 ff., 131 ff.

¹⁷ Vgl. Büchler, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 7, 28 f., 138 f.

¹⁸ Hieb, *Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts*, 2005, 33 ff.; Heun in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), *Umwege zum eigenen Kind*, 2008, 49–61 (51); Hillgruber, *JZ* 2020, 12–20 (14); Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterchaft und Familie*, 2018, 107–147 (112); Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterchaft und Familie*, 2018, 107–147 (115); Heiderhoff in: v. Münch/Kunig, *GG*, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 228; vgl. auch BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 –, juris Rn. 212 f.

¹⁹ Hillgruber, *JZ* 2020, 12–20 (14); Heun in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), *Umwege zum eigenen Kind*, 2008, 49–61 (52).

Verwirklichung des Kinderwunsches unter Hinzuziehung freiwillig handelnder Dritter unabhängig von einem eigenen biologischen oder genetischen Beitrag.²⁰ Anknüpfungspunkt ist damit der eigene *Kinderwunsch* als Ausdruck der eigenen Persönlichkeitsentfaltung. Der Wunsch äußert sich darin, dauerhaft elterliche Verantwortung übernehmen zu wollen.²¹ Die Entfaltung der Persönlichkeit wiederum wird gerade im Austausch mit Dritten, die ihrerseits freiwillig handeln müssen, gewährleistet.²² Das gilt insbesondere für Konstellationen, in denen die Wahrnehmung eines Grundrechts von der Einbeziehung dritter Personen und deren Mitwirkung abhängig ist.²³ Dies ist bei reproduktionsmedizinischen Verfahren, bei denen Personen auf das freiwillige Handeln von Dritten, etwa eines sog. Samenspenders, einer sog. Eizellspenderin oder einer sog. Leihmutter angewiesen sind, der Fall. Dann schützt das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch davor, dass es nicht durch ein Verbot gegenüber Dritten, im Rahmen ihrer Freiheit Unterstützung anzubieten, beschränkt wird.²⁴

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und in der Literatur ist anerkannt, dass innerhalb des Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) ein unantastbarer Kernbereich besteht, der aufgrund der Nähe zur Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) staatlichen Zugriffen entzogen ist.²⁵ Damit stellt sich die Frage, ob und welche Teilbereiche des skizzierten Gewährleistungsgehalts des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung den unantastbaren Kernbereich berühren. Die Entscheidung, ob, mit wem, wann und auf welche Weise man sich fortpflanzen möchte oder nicht, ist, ähnlich der Sexualität, der sog. Intimsphäre zuzuordnen, entfaltet sich jedoch (häufig und ebenfalls) in sozialen Bezügen.²⁶ Geht es um die Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren, ist immer wieder zu

²⁰ *Hieb*, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, 2005, 31 f., 33 ff.; *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, 107–147 (115); *Klein*, Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls, 2019, 68 f., 72, 81 f.; ähnlich wohl auch *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 228.

²¹ *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, 107–147 (113 ff., insb. 115); *Klein*, Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls, 2019, 83 f.

²² BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 –, juris Rn. 212.

²³ Vgl. BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 –, juris Rn. 213.

²⁴ Vgl. BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 –, juris Rn. 213.

²⁵ Vgl. bereits BVerfG, Urteil vom 16. Januar 1957 – 1 BvR 253/56 –, juris Rn. 33; Beschluss vom 16. Juli 1969 – 1 BvL 19/63 –, juris Rn. 25; Beschluss vom 8. März 1972 – 2 BvR 28/71 –, juris Rn. 22; Beschluss vom 24. Juni 1993 – 1 BvR 689/92 –, juris Rn. 51; *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 119.

²⁶ *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 122, 119, 121.

lesen, dass die eigene Fortpflanzung zum Kern personaler Identität und Identitätsbildung gehöre.²⁷ Der Wunsch, Kinder, „ganz gleich auf welchem Wege“²⁸ zu bekommen, kann in der Tat wesentlicher Ausdruck der eigenen Persönlichkeitsentfaltung sein, der von den engeren Persönlichkeitssphären des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) erfasst wird, berührt jedoch nicht den unantastbaren Kernbereich.²⁹

Allerdings sind die engeren reproduktiven Fähigkeiten einem Kernbereich des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) zuzuordnen, der staatlichen Zugriffen entzogen ist.³⁰ Hierzu gehört zum einen die Entscheidung über die eigene Reproduktionsfähigkeit, etwa eine Sterilisation, zum anderen zählen hierzu grundlegende Entscheidungen während der Schwangerschaft, insbesondere die Entscheidung über Austragung oder Beendigung einer Schwangerschaft. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass Zwangssterilisationen (§§ 1631c, 1905 BGB) oder Zwangsabtreibungen den Kernbereich des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) berühren und eine Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) darstellen.³¹ Eine erzwungene Schwangerschaft betrifft ebenfalls diesen Kernbereich und damit die Menschenwürde der Schwangeren (Art. 1 Abs. 1 GG).³² Der absolute Kernbereich des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der ungewollt schwangeren Person (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) wird durch eine (strafrechtliche) Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs jedenfalls dann berührt, wenn gesetzliche Vorschriften Frauen nicht mehr als entscheidungsfähige Subjekte anerkennen.³³ Grundsätzlich dürfen damit staatliche Gesetze auch den Schwangerschaftsabbruch regulieren.³⁴ Dabei muss ungewollt Schwangeren aber ein Raum dafür bleiben, selbstbestimmt darüber zu ent-

²⁷ Etwa *Gassner/Kersten/Krüger et al.*, Fortpflanzungsmedizingesetz, 2013, 31.

²⁸ *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, 107–147 (115); in diesem Sinne wohl auch *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 228, 233.

²⁹ *Heun* in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, 2008, 49–61 (51).

³⁰ *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 122, 130.

³¹ *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 122, 131.

³² *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 130 m. w. N. in Fn. 521.

³³ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 154; BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 165; siehe auch BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 387 – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer. *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 130 sieht die Würde der Schwangeren jedenfalls bei einem vollständigen Verbot des Schwangerschaftsabbruchs und im Falle von sehr restriktiven Fristenregelungen, wie sie nun einige US-Bundesstaaten verabschiedeten (sog. Heartbeat Rules), verletzt.

³⁴ *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 130.

scheiden, ob sie die Schwangerschaft wollen. Denn die Entscheidung über Beendigung oder Austragung einer Schwangerschaft ist eine höchstpersönliche und situationsbezogene Entscheidung über das eigene Leben, den eigenen Körper und die eigene Lebensgestaltung, deren Gründe vielfältig sind (Kapitel 1, II.) und gerichtlich wohl kaum überprüfbar sind.³⁵ Dies erkannten zwar jeweils sogar auch die Senatsmehrheiten in den beiden Schwangerschaftsabbruchentscheidungen, allerdings stellten die ergangenen Sondervoten diese Erkenntnis der ungewollt schwangeren Person als verantwortungsfähiges Entscheidungssubjekt ins Zentrum ihrer verfassungsrechtlichen Beurteilung.³⁶

Reproduktive Entscheidungen, wie etwa die Entscheidung für oder gegen einen Schwangerschaftsabbruch oder für oder gegen eine Sterilisation, sind höchstpersönlich (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG).³⁷ Folglich erfordern diese Eingriffe weder die Zustimmung eines Partners oder einer Partnerin, im Falle Heranwachsender grundsätzlich auch nicht die Zustimmung der Eltern.³⁸ Mit Blick auf im einfachen Recht als eingeschränkt einwilligungsfähig oder (vorübergehend) nicht einwilligungsfähig geltende Personen verpflichten die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), aber auch das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) dazu, stets den Willen von der betroffenen Person hinreichend konkret zu ermitteln, d. h. die Person ist über die geplante Handlung bzw. über Bedeutung und Tragweite des Eingriffs in einer wahrnehmbaren und verständlichen Art und Weise zu informieren.³⁹

³⁵ *Frommel*, Feministische Studien extra 1991, 59–65 (59 ff., 62 f.), die diesen Kernbereich allerdings in der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) erörtert und verortet.

³⁶ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 218 ff. – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon; Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 385 ff. – abw. Meinung Mahrenholz und Sommer; siehe insbesondere zur Analyse der Entscheidungen Kapitel 3, V. 3. a. bb., 3. b. bb., 4. a. bb., 4. b. bb.

³⁷ *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 131, 122; siehe auch Rn. 124: „Insbesondere bei höchstpersönlichen Entscheidungen wird das elterliche Vertretungsrecht durch die wachsenden Fähigkeiten des Kindes oder Jugendlichen begrenzt.“

³⁸ Vgl. statt vieler explizit *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 38, 43, 45.

³⁹ *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 122, 127, 131. Aus menschenrechtlicher Perspektive sind insbesondere Formen der partizipativen Entscheidungsfindung von Menschen mit Behinderungen notwendig, um deren Handlungs- und Rechtsfähigkeit zu gewährleisten, siehe dazu siehe dazu mit Blick auf Art. 3 lit. a), Art. 12, Art. 25 lit. d) UN-BRK *Lachwitz*, KJ 2012, 385–404 (318 ff., 390 ff., 395).

2. Familiengründungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG)

Auf den Schutz der Familiengründungsfreiheit⁴⁰ oder eines Rechts auf Fortpflanzung⁴¹ wird in der Verfassungsrechtsliteratur bereits vielfach hingewiesen. Ordnet man – im Einklang mit dieser Literatur – den vorgelagerten Akt der Familiengründung dem Schutz des Familiengrundrechts (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) zu⁴², überschneidet sich die Gewährleistung dieses Grundrechts mit einem Teilbereich des umfassenderen Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG). Die Familiengründungsfreiheit verfolgt jedoch einen anderen Schutzzwerpunkt. Sie betrifft den Akt der Familiengründung als solchen, was vor allem die Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Maßnahmen aus Sicht der einzelnen Person, die eine Familie gründen will, umfasst.⁴³ Die Familiengründungsfreiheit schützt jedoch weder die individuelle Selbstbestimmung über die eigenen reproduktiven Fähigkeiten noch umfasst dieses Grundrecht den Bereich der Schwangerschaft und Geburt.⁴⁴ Geht es folglich etwa um Sterilisationen, um das Recht auf Schwangerschaftsabbruch oder um das Recht auf eine selbstbestimmte Geburt, fällt dieser Bereich, wie soeben eingehend erörtert, unter das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG). Sofern es um Fragen der Einwilligung in medizinischen Kontexten geht, ist daneben das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Alt. 2 GG) zu beachten.

⁴⁰ *Koppernock*, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997, 139, 141, 143 f.; *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 115; *Coester-Waltjen* in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012 (Vorausgabe), Art. 6 Rn. 32; *Hufen*, MedR 2001, 440–451 (442); *Robbers* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 6 Rn. 79, 92; *Baer*, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), 290–354 (321); *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (12 f.).

⁴¹ *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, 143, 145; *Müller-Terpitz* in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Auflage 2018, Art. 6 GG Rn. 1 f.; *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 222–236 (222 [„Fortpflanzungsfreiheit“]); *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (13).

⁴² Etwa *Heun* in: in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, 2008, 49–61 (52); *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, 135 m. w. N in Fn. 15; *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (12).

⁴³ *Heun* in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, 2008, 49–61 (51 f.); *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (13); *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 117 f.; *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterschaft und Familie, 2018, 107–147 (113 f.).

⁴⁴ Anders *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 228: Nach ihrer Auffassung stellen eine staatliche Geburtenkontrolle, Zwangssterilisationen oder ein Schwangerschaftsabbruch ohne Einwilligung einen Verstoß gegen das Recht auf Fortpflanzung dar (Art. 6 Abs. 1 GG); die Inanspruchnahme von reproduktionsmedizinischen Verfahren unterfällt dagegen nur dem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG).

Wie in Kapitel 4 dargestellt, werden unterschiedliche Positionen dazu vertreten, wem dieses Recht in welchen Fällen wie stark zukommen soll.⁴⁵ Daher ist an dieser Stelle zur Klarstellung wichtig, dass es sich bei der Familiengründungsfreiheit um ein individuelles Recht der einzelnen Person handelt, das insbesondere losgelöst vom verfassungsrechtlichen Eheschutz (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG) grundrechtlich gewährleistet ist.⁴⁶ Denn eine Verkopplung von Reproduktion und verfassungsrechtlichem Eheschutz setzt sich mit Blick auf die in diesem Kapitel erläuterten Freiheits- und Gleichheitsrechte von Individuen ernstzunehmenden Bedenken aus.⁴⁷ Insbesondere beruht ein ehebasierter Ansatz in reproduktiven Fragen auf wirkmächtigen, als interpretationsfest deklarierten Leitbildern, die zur Kollision mit zahlreichen weiteren gelebten Realitäten führen und die Grundrechte der Individuen, die von der vermeintlichen Norm dieser Leitbilder nicht abgebildet werden, übersehen. Zentral ist auch, dass die Familiengründungsfreiheit nicht paarbezogen gedacht wird, weil andernfalls das Verhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft bei der Grundrechtsausübung außerordentlich unklar bliebe.

Die Familiengründungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) kommt damit *jeder* Person unabhängig von einer Partnerschaft, unabhängig von der sexuellen Orientierung und auch unabhängig davon, ob eigene Gameten eingebracht werden, zu.⁴⁸ Eine Begrenzung auf Schutzbereichsebene würde von vornherein auf eine Ungleichbehandlung verschiedener angestrebter Familienformen hinauslaufen.⁴⁹ Der Staat ist jedoch bereits bei der Ermöglichung der Familiengründung zur Gleichbehandlung aller Familienformen verpflichtet.⁵⁰

3. Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Alt. 2 GG)

Wesentliche Bedeutung für die Gewährleistung reproduktiver Freiheiten kommt zudem dem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Alt. 2 GG) zu, und zwar vor allem in medizinischen Kontexten, etwa wenn es um Fragen der Einwilligung geht. Relevanz hat dies vor allem für Frauen und alle Personen, die im Kontext reproduktionsmedizinischer Verfahren, während

⁴⁵ Siehe dazu Kapitel 4, III. 1. und 2.

⁴⁶ *Brosius-Gersdorf* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 115, 117; *Heiderhoff* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 228.

⁴⁷ Siehe dazu Kapitel 4, II. 2.

⁴⁸ *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterchaft und Familie, 2018, 107–147 (114 f.); *Hillgruber*, JZ 2020, 12–20 (13); wohl auch *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 117 f.

⁴⁹ Siehe dazu *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterchaft und Familie, 2018, 107–147 (114 f.); *Klein*, Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls, 2019, 80.

⁵⁰ Vgl. *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 133 f., 137.

der Schwangerschaft oder Geburt intensive „leibliche Erfahrungen“ machen.⁵¹ Das Recht auf körperliche Unversehrtheit schützt damit deren reproduktiven Gesundheit und Bedürfnisse.⁵²

Erhebliche Bedeutung hat das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) bei *irreversiblen* Eingriffen, die die Reproduktionsfähigkeit (Sterilisation, Kastration) betreffen, und zwar zunächst unabhängig davon, ob diese medizinisch indiziert sind oder nicht.⁵³ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das *Selbstbestimmungsrecht* über den eigenen Körper, also das Recht, selbst über den eigenen Körper betreffende Belange zu entscheiden, ebenfalls von Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG, und nicht etwa vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht, geschützt.⁵⁴ Das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) gewährleistet deshalb das Recht, in medizinischen Kontexten selbst über den eigenen Körper betreffende Belange im Bereich von Zeugung, Schwangerschaft und Geburt zu entscheiden, und zwar mit Blick auf jegliche Eingriffe während der Schwangerschaft und der Geburt, aber auch in Bezug auf geringfügige nicht-invasive Untersuchungen während der Schwangerschaft (etwa einer Ultraschalluntersuchung).⁵⁵

Freilich können Personen, soweit sie im einfachen Recht als einwilligungsfähig gelten, in medizinische Eingriffe, etwa in eine Sterilisation oder eine gynäkologische Untersuchung, zivilrechtlich einwilligen. Diese Einwilligung führt dann auf strafrechtlicher Ebene zum Tatbestandsausschluss bzw. richtigerweise zum Ausschluss der Rechtswidrigkeit.⁵⁶ Maßnahmen, die reproduktive

⁵¹ Siehe dazu *Wiesemann*, Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen, 2006, 12, 102 ff. *passim*; *Beier/Wiesemann* in: *Wiesemann/Simon* (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 205–221 (206).

⁵² Statt vieler explizit *Hufen*, *MedR* 2001, 440–451 (444); *Wapler* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (191); siehe auch *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 19, 79 f., 136, 137 f. In der angloamerikanischen Debatte wird dieser Aspekt unter dem Begriff der „bodily integrity“ diskutiert: *Nelson*, *Law, Policy and Reproductive Autonomy*, 2013, 56 ff., 62 ff. Vgl. auch EGMR, *Boso/Italien*, Urteil vom 5. September 2002, Nr. 50490/99, S. 5 f.: „The Court considers that any interpretation of a potential father’s rights under Article 8 of the Convention when the mother intends to have an abortion should above all take into account her rights, as she is the person primarily concerned by the pregnancy and its continuation or termination.“

⁵³ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2011 – 1 BvR 3295/07 –, juris Rn. 74.

⁵⁴ BVerfG, Beschluss vom 23. März 2011 – 2 BvR 882/09 –, juris Rn. 44.

⁵⁵ Vgl. *Schulze-Fielitz* in: *Dreier*, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 47 f., 50 f., 55; *Lorenz* in: *Bonner Kommentar*, GG, 157. EL Juni 2012, Art. 2 Abs. 2 Rn. 457; ablehnend mit Blick auf allgemeine Ultraschalluntersuchungen: *Kunig/Kämmerer* in: *v. Münch/Kunig*, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 118.

⁵⁶ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. März 2011 – 2 BvR 882/09 –, juris Rn. 44; *Kunig/Kämmerer* in: *v. Münch/Kunig*, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 126.

Belange von Individuen tangieren, verletzen folglich stets das Recht auf körperliche Unversehrtheit und das diesbezügliche Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG), wenn sie *ohne* vorherige informierte Zustimmung (*informed consent*) erfolgen.⁵⁷ Bei einer Entscheidungsfindung im medizinischen Kontext sind wir *alle* auf personen- und systembezogene Rahmenbedingungen, besonders auf Unterstützung von medizinischem Personal durch zwischenmenschliche Fähigkeiten, Wissensvermittlung, in Form von Untersuchungen oder Interventionen angewiesen.⁵⁸ Die Vorstellung von „partizipativer Entscheidungsfindung“⁵⁹ als Voraussetzung für die Ausübung einer informierten Zustimmung (*informed consent*) hat mit Blick auf den Umgang mit reproduktiven Belangen von Minderjährigen⁶⁰ oder mit Blick auf Menschen mit Behinderungen⁶¹ besondere Relevanz. Diese Prozesse partizipativer Entscheidungsfindung zielen damit auf eine „gleichberechtigte Teilhabe und Befähigung zum Grundrechtsgebrauch“ ab.⁶² Insofern bedarf es auch staatlicher Schutzmechanismen, die sicherstellen, dass medizinische Behandlungen in freiem und informiertem Einverständnis durchgeführt werden.

⁵⁷ Vgl. *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 19, 137.

⁵⁸ Dem liegt ein relationales Verständnis der Patientenautonomie zugrunde, siehe dazu *Wiesemann* in: *Wiesemann/Simon*, Patientenautonomie, 2013, 13–26 (insb. 18 f.); *Deutscher Ethikrat*, Patientenwohl als ethischer Maßstab für das Krankenhaus, Stellungnahme, 2016, 42, 45, 46 f., 66 f., 133; *Steinfath/Pindur* in: *Wiesemann/Simon* (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 27–41. Siehe zum maßgeblichen und fortlaufend aktualisierten Standardwerk der Patientenautonomie *Beauchamp/Childress*, *Principles of Biomedical Ethics*, 7. Auflage 2013, 102 ff., insb. 107.

⁵⁹ Vgl. *Deutscher Ethikrat*, Patientenwohl als ethischer Maßstab für das Krankenhaus, Stellungnahme, 2016, 45, 133.

⁶⁰ Statt vieler *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 43; vgl. *Wiesemann* in: *Wiesemann/Simon* (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 13–26 (20 f.); statt vieler für die verfassungsrechtliche Debatte mit zahlreichen Nachweisen: *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, insb. 534 ff., siehe auch 98, 99–105 ff., zur ethischen Debatte insbesondere 391 ff. (Kapitel 7); vgl. zu einem Befähigungsansatz und zum Begriff der sich entwickelnden Fähigkeiten („*evolving capacities*“) bei Minderjährigen (Art. 5, Art. 14 Abs. 2 UN-BRK) auch: *Varadan*, *International Journal of Children’s Rights* 27 (2019), 306–338.

⁶¹ Statt vieler *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 36–39, 40 f.; siehe auch *Deutscher Ethikrat*, Patientenwohl als ethischer Maßstab für das Krankenhaus, Stellungnahme, 2016, 40, 108, 110; vgl. zum Begriff der „*unterstützten gleichen Freiheit*“, der zwar aus der UN-BRK kommt, aber für alle Menschen fruchtbar gemacht werden kann: *Degener* in: *Baer/Sacksofsky* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 61–70 (62 f., 69). Siehe grundlegend aus gleichheitsrechtlicher Perspektive auch *Zinsmeister*, *Mehrdimensionale Diskriminierung*, 2007; aus menschenrechtlicher Perspektive: *Graumann*, *Assistierte Freiheit*, 2011.

⁶² *Wapler* in: *Dreier* (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 125.

4. Anspruch auf Schutz und Fürsorge der Mutter (Art. 6 Abs. 4 GG)

Der Schutz- und Fürsorgeauftrag des Art. 6 Abs. 4 GG als bindender Auftrag an den Gesetzgeber erstreckt sich – entgegen dem Wortlaut – nach einhelliger Auslegung in Rechtsprechung und Literatur auf den vorgelagerten Bereich der Schwangerschaft und Geburt.⁶³ Die Grundrechtsnorm wird auch als leistungsrechtlich ausgestaltetes Grundrecht begriffen.⁶⁴ Vereinzelt wird vertreten, dass Art. 6 Abs. 4 GG eine staatliche Gewährleistung einer angemessenen medizinischen Versorgung während der Schwangerschaft und insbesondere während der Geburt zu entnehmen ist, was ein Untermaßverbot für die Ausstattung der Geburtshilfeversorgung, welches zum Schutz der gebärenden Frauen nicht unterschritten werden darf, beinhaltet.⁶⁵ Eine solche staatliche Gewährleistung von Mindeststandards bei der reproduktiven Gesundheitsversorgung von Frauen ergibt sich jedenfalls *auch* aus deren Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), und zwar in Form einer staatlichen Schutzpflicht, bei deren Erfüllung dem Gesetzgeber jedoch ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukommt. Die Norm bietet aufgrund des staatlichen Auftrags durchaus Potential, das in der bisherigen Verfassungsrechtswissenschaft noch wenig entfaltet wird. Aufgabe künftiger Forschung könnte es sein, den sozialstaatlichen Schutz- und Fürsorgeauftrag des Art. 6 Abs. 4 GG für den Bereich der reproduktiven Gesundheitsversorgung von Frauen in den Blick zu nehmen und dabei die Perspektive der Grundrechtsträgerinnen stärker zu berücksichtigen, als dies bisher geschieht.

5. Diskriminierungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG) und Gleichberechtigungsgebot (Art. 3 Abs. 2 GG)

Wie diese Arbeit durch eine systematische und reflexive Analyse der Rechtsprechung und der Verfassungsrechtswissenschaft herausgearbeitet hat, zeichnen sich im verfassungsrechtlichen Diskurs unterschiedliche und zuweilen konträre Erwartungen an Menschen mit Blick auf deren Entscheidungsfreiheiten *für* oder *gegen* Kinder ab, und zwar abhängig von deren Positionierung in der Gesellschaft und von sozialen Determinanten. Diese ungleichen Erwartungen tangieren die Anerkennung und Ausübung *gleicher* reproduktiver Freiheiten. Sie lassen zudem eine komplexe Verflechtung entlang von mehrdimensionaler Diskriminierung vermuten, welche es disziplinübergreifend weiter aufzudecken gilt. Wenn auch bisher in der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft

⁶³ Explizit *Brosius-Gersdorf* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 215; v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 90; *Aubel*, Der verfassungsrechtliche Mutter-schutz (2003), 110 ff., 115.

⁶⁴ v. *Coelln* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 6 Rn. 95.

⁶⁵ Siehe nur *Klimke*, KJ 2020, 513–528 (523).

weder das in Art. 3 Abs. 2 GG enthaltene Diskriminierungsverbot und Gleichberechtigungsgebot noch die Diskriminierungsverbote nach Art. 3 Abs. 3 GG bei der Beschränkung oder auch Ermöglichung reproduktiver Freiheiten soweit ersichtlich herangezogen werden, muss das nicht bedeuten, dass diesen Normen im Kontext von Zeugung, Schwangerschaft und Geburt keine Bedeutung zukommt.⁶⁶ Es bedarf insofern weiterer Forschung, inwieweit die einfachrechtliche Regulierung reproduktiver Freiheiten, insbesondere im Bereich von Schwangerschaft und Geburt, auch gleichheitsrechtlich (Art. 3 Abs. 2 bzw. Abs. 3 GG) adressiert werden muss.⁶⁷

Wie zu Beginn der Arbeit (Kapitel 1, II.) veranschaulicht wurde, stehen reproduktive Entscheidungsfreiheiten unter dem Einfluss von sozialen Determinanten.⁶⁸ Das Diskriminierungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG) verpflichtet den Gesetzgeber explizit zur Sicherung der reproduktiven Freiheiten solcher Personen, die zu den dort geschützten strukturell diskriminierungsgefährdeten Gruppen zählen.⁶⁹ Folgt man etwa der Empfehlung des CEDAW-Ausschusses, sind Verletzungen der reproduktiven Gesundheit und Rechte von Frauen als Formen geschlechtsspezifischer Gewalt und damit als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (Art. 3 Abs. 3 GG) einzuordnen.⁷⁰ Demnach stellen etwa Zwangssterilisationen, die Kriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs sowie die Verweigerung oder Verzögerung eines sicheren Schwangerschaftsabbruchs Formen geschlechtsspezifischer Gewalt dar.⁷¹ Als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG ist für die Zukunft auch strukturelle Gewalt unter der Geburt als Form der geschlechtsspezifischen Gewalt gegen (gebärende) Frauen zu diskutieren.⁷²

Die Identität einer Person besteht stets aus mehr als (nur) einer Kategorie im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG; Personen sind in einer Gesellschaft vielmehr

⁶⁶ Siehe bisher nur unter Zurückhaltung der Hinweis bei *Baer/Markard* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Abs. 2 Rn. 351, 359; *Nußberger* in: Sachs, GG, 9. Auflage 2021, Art. 3 Rn. 275, 278–279 mit Tendenz zur Adressierung nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.

⁶⁷ Statt vieler *Baer/Markard* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 351. Vgl. *MacKinnon*, *The Yale Law Journal* 1991, 1281–1328 (insb. 1298 ff., 1308 ff., 1311 ff.; 1313 f.; 1318 ff.); *Ginsburg*, *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), dissenting, 4. Für die Auswirkungen einer fehlenden gleichheitsrechtlichen Adressierung im Recht in reproduktiven Kontexten siehe ebenfalls *MacKinnon*, ebd., insb. 1286 f., 1288 f., 1319 ff., *passim*.

⁶⁸ Vgl. ebenso *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 9.

⁶⁹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 –, juris Rn. 59; siehe weiterführend zu Art. 3 Abs. 3 GG *Mangold*, *Demokratische Inklusion durch Recht*, 2021.

⁷⁰ CEDAW, General Comment No. 35, 2017, Nr. 18.

⁷¹ CEDAW, General Comment No. 35, 2017, Nr. 18.

⁷² Überraschend schnell ablehnend *Klimke*, *KJ* 2020, 513–528 (522).

„mehrfach sozial situiert“.⁷³ Diese Mehrfachpositionierung kann auch in reproduktiven Kontexten zu unterschiedlichen Diskriminierungserfahrungen und mehrdimensionalen Diskriminierungen führen.⁷⁴ Für die Zukunft sind somit „die unterschiedlichen Auswirkungen von rechtlichen Regelungen und Praktiken für verschiedene Personengruppen“⁷⁵ auch für den Lebensbereich der Fortpflanzung stärker in den Blick zu nehmen. Dieser Überlegung liegt ein materiales Verständnis von Gleichheit zugrunde.⁷⁶ Materiale Gleichheitsforderungen sollen der Erkenntnis Rechnung tragen, dass formale Gleichheit nicht jede gesellschaftliche Ungleichheit beseitigt und sich formal gleiches Recht unterschiedlich auswirken kann, wenn es auf ungleiche Lebensverhältnisse trifft.⁷⁷

Daneben stellt das Grundgesetz ein *Gleichberechtigungsgebot* (Art. 3 Abs. 2 GG) zwischen Männern und Frauen auf. Die Norm enthält zum einen ein individuelles Grundrecht von Frauen und Männern auf Gleichberechtigung.⁷⁸ Zum anderen stellt Art. 3 Abs. 2 GG ein verfassungsrechtliches Gebot

⁷³ Baer/Markard in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 442.

⁷⁴ Vgl. Baer/Markard in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 443; Boysen in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 3 Rn. 154. Zum Diskriminierungsverständnis im Recht siehe insbesondere Mangold, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, 5 ff., 185 ff., insb. 190 ff. Diesem Verständnis von Diskriminierung liegt das Phänomen der Intersektionalität zugrunde, grundlegend Crenshaw, University of Chicago Legal Forum 1989, 139–167.

⁷⁵ Mangold, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, 5, siehe ebd., S. 192: „Eine solche Perspektive hat drei Auswirkungen: Erstens wird das einer neutral erscheinenden Regelung zugrunde gelegte „Normalmodell“ sichtbar. Zweitens tritt die Heterogenität der von Diskriminierungsverboten geschützten Personengruppen hervor. Drittens müssen die unterschiedlichen Folgen für die betroffenen Personengruppen berücksichtigt werden.“

⁷⁶ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 10. März 1998 – 1 BvR 178/97 –, juris Rn. 63, 65; Urteil vom 30. Januar 2002 – 1 BvL 23/96 –, juris Rn. 71 f.; Beschluss vom 5. April 2005 – 1 BvR 774/02 –, juris Rn. 63 ff.; Baer/Markard in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Abs. 2 Rn. 362, 401, 418 ff.; Eckertz-Höfer in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz, 3. Auflage 2001, Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 77 f.; Nußberger in: Sachs, GG, 8. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 265; Wapler, Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses, VVDStRL 78 (2019), 53–85 (66 f.); dies., JöR 2019, 427–456 (432); zu den Entwicklungen des rechtlichen Gleichheitsbegriffs und zum *materialen Gleichheitsbegriff* Mangold, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, 4 ff., näher 185 ff., 190 ff.: „In diesen rechtlichen Kämpfen um Gleichheit lassen sich idealtypisch drei Phasen unterscheiden: In der ersten Phase werden gleiche Rechte verwehrt, in der zweiten Phase werden gleiche Rechte formal eingeräumt, in der dritten Phase müssen diese gleichen Rechte auch tatsächlich durchgesetzt werden.“ (S. 5).

⁷⁷ Wapler, Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses, VVDStRL 78 (2019), 53–85 (66 f.); dies., JöR 2019, 427–456 (432).

⁷⁸ Baer/Markard in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Abs. 2 Rn. 360; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Auflage 2020, Art. 3 Abs. 102; Boysen in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 3 Rn. 163.

tatsächlicher Gleichberechtigung auf, das sich auf die gesellschaftliche Lebenswirklichkeit erstreckt.⁷⁹ Damit hebt das Grundgesetz die Notwendigkeit hervor, entsprechend der historischen Rechtsungleichheiten zwischen Männern und Frauen tief verankerte soziale Verhältnisse zu adressieren und tatsächliche Nachteile, insbesondere Benachteiligungen von Frauen, umfassend zu beseitigen.⁸⁰ Das Gleichberechtigungsgebot (Art. 3 Abs. 2 GG) verpflichtet damit, durch staatliche Maßnahmen geschlechtsspezifische Stereotype und Rollenerwartungen an Menschen (Kapitel 1, II.) zu überwinden.⁸¹ Insbesondere dürfen tradierte Geschlechterrollen im Kontext der Reproduktion durch den Gesetzgeber nicht *verfestigt* werden.⁸² Der Gesetzgeber ist damit vor die Herausforderung gestellt, die in dieser Arbeit eingangs skizzierten tatsächlichen (geschlechtstypischen) Lebenslagen auf dem Gebiet der Reproduktion zu berücksichtigen, Nachteile zu beseitigen, ohne aber Stereotype zu perpetuieren

⁷⁹ St. Rsp. seit BVerfG, Urteil vom 28. Januar 1992 – 1 BvR 1025/82 –, juris Rn. 53; Beschluss vom 24. Januar 1995 – 1 BvL 18/93 –, juris Rn. 68; Beschluss vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 –, juris Rn. 60; *Baer/Markard* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 354 f. („Staatsaufgabe“). Siehe grundlegend *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 1. Auflage 1991, 64 ff., insb. 95 ff., 323 ff., 349 ff.; *dies.* in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Mitarbeiterkommentar I, 2002, Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 Rn. 335 ff., 353 sowie die ausführlichen Dokumentationen in Limbach/Eckertz–Höfer (Hrsg.), Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland, 1993. Der zweite Satz des Art. 3 Abs. 2 GG wurde 1994 auf Vorschlag der Gemeinsamen Verfassungskommission in das Grundgesetz aufgenommen, und zwar mit dem Ziel, der Gleichberechtigung von Männern und Frauen in der Lebenswirklichkeit zu mehr Durchsetzung zu verhelfen, vgl. *Sacksofsky* in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Mitarbeiterkommentar I, 2002, Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 Rn. 353 ff.

⁸⁰ BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 –, juris Rn. 50 m. w. N.; *Heun* in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 3 Rn. 107; *Baer/Markard* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Abs. 2 insb. Rn. 340, 352, 354 f., 361, 364; *Sacksofsky* in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Mitarbeiterkommentar I, 2002, Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 Rn. 354 f. („reale Chancengleichheit“), siehe tiefergehend auch Rn. 332–334, 360–364.

⁸¹ Bereits BVerfG, Urteil vom 28. Januar 1992 – 1 BvR 1025/82 –, juris Rn. 53; BVerfG, Urteil vom 7. Juli 1992 – 1 BvL 51/86 –, –, juris Rn. 139; Beschluss vom 24. Januar 1995 – 1 BvL 18/93 –, juris Rn. 76; Beschluss vom 25. Oktober 2005 – 2 BvR 524/01 –, juris Rn. 42; *Baer/Markard* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 354, 443. Siehe auch *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 8, die darauf hinweist, dass gesellschaftliche Normalitätsvorstellungen im Kontext der Reproduktion von einiger Bedeutung sind.

⁸² BVerfG, Urteil vom 28. Januar 1992 – 1 BvR 1025/82 –, juris Rn. 53 m. w. N.; *Baer/Markard* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 370 f.; vgl. *Baer*, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), 290–354 (321).

oder gar zu produzieren, um auf diese Weise gleichberechtigte Entscheidungen von Frauen und Männern zu ermöglichen.⁸³

Sowohl staatliche Institutionen als auch künftige Forschungsarbeiten stehen bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung rechtlicher und rechtspolitischer Fragen mit Blick auf Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG insbesondere vor drei Herausforderungen: Erstens sind reproduktive Differenzen, eben das Schwangerwerdenkönnen von Frauen und das Nichtschwangerwerden von Männern, in den Blick zu nehmen.⁸⁴ Dabei ist den intensiven leiblichen Erfahrungen, die Reproduktion, Schwangerschaft und Geburt besonders für Frauen bedeuten, Rechnung zu tragen und sind damit verbundene Nachteile auszugleichen. Zweitens ist gerade die geteilte Verantwortung von Frauen und Männern weiter zu fördern, etwa mit Blick auf eine gleichberechtigte Verhütung oder allgemein mit Blick auf die realen Sorgen rund um Familienplanung, eine lebenslange Sorgeverpflichtung für Kinder und die berufliche Vereinbarkeit. Drittens besteht die rechtspolitische Herausforderung auch darin, das Verhältnis des auf Frauen und Männer bezogenen Gleichheitsrechts aus Art. 3 Abs. 2 GG mit dem Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts aus Art. 3 Abs. 3 GG vor dem Hintergrund der faktischen Diversität der Geschlechter auch in reproduktiven Kontexten weiter auszuloten.⁸⁵

IV. Lebensweltlich orientierte Überlegungen zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption reproduktiver Freiheiten

Im Anschluss an die abstrakte Skizzierung der einzelnen Gewährleistungsbe-
reiche gilt es im Folgenden, eine lebensweltlich orientierte Perspektive aufzu-
zeigen, wie die Themenfelder von Zeugung, Schwangerschaft und Geburt bei
der Verfassungsinterpretation weiter erörtert werden können. Lebensweltliche
Orientierung meint erstens, Reproduktion als einen gesamten Lebensbereich,
der sich auf die Zeugung, die Lebensphase der Schwangerschaft und die Geburt
erstreckt, auch bei der Verfassungsinterpretation als solchen aus Perspektive
der entscheidenden Individuen zu betrachten. Zweitens gilt es, bei der Ausle-

⁸³ Baer/Markard in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 371, 374 f. („Dilemma der Differenz“) m. w. N.

⁸⁴ Zum Begriff siehe *Schrupp*, Schwangerwerdenkönnen, 2019, 39 f. Zu unterschiedlichen gesellschaftlichen Erwartungshaltungen siehe Kapitel 1.

⁸⁵ Zum Verhältnis zwischen Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 GG siehe BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 –, juris Rn. 58 ff.: Art. 3 Abs. 2 GG enthält einen besonderen Diskriminierungsschutz, der sich speziell auf das Verhältnis von Männern und Frauen bezieht (Rn. 60). Art. 3 Abs. 3 GG schützt in dem Merkmal des „Geschlechts“ die gesamte Vielfalt geschlechtlicher Identitäten, beschränkt sich also nicht auf Männer und Frauen (Rn. 58).

gung des Grundgesetzes die Lebensrealitäten und Erfahrungswelten von Menschen in diesem Lebensbereich miteinzubeziehen. Aus diesem Grund werden Erkenntnisse aus weiteren Wissenschaftsdisziplinen berücksichtigt. Daneben wird geprüft, wie sich internationale Vorgaben bei der Auslegung der Grundrechte berücksichtigen lassen. Aufgrund der Bandbreite an einzelnen Bestandteilen des zugrunde gelegten Begriffs der reproduktiven Freiheiten (Kapitel 2) richtet dieses Kapitel den Fokus auf solche Themenfelder, denen bisher besonders wenig Aufmerksamkeit geschenkt wird. Dieser Ausschnitt ist deshalb gerade nicht als abschließende Betrachtung gedacht. Vielmehr gilt es, den Lebensbereich umfassend freiheits- und gleichheitsrechtlich weiter zu beleuchten. Die nachfolgende Skizzierung kann auch keine grundlegenden verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsfragen beantworten. Sie ist deshalb notwendigerweise ergebnis- und zukunfts offen. Im Folgenden gilt es somit, primär Handlungsspielräume für gesetzgeberisches Handeln ausfindig zu machen und dort Aufträge anzuregen und Grenzen aufzuzeigen, wenn dies die soeben erörterten Grundrechte notwendig erscheinen lassen.

1. Information und Aufklärung über Zeugung, Schwangerschaft und Geburt

a) Gegenwärtige Rechtslage

Die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA) ist unter Beteiligung der Länder und in Zusammenarbeit mit den Familienberatungseinrichtungen dafür zuständig, Konzepte und insbesondere Aufklärungsmaterialien zur Sexualaufklärung, zu Verhütungsmethoden und Verhütungsmitteln zu entwickeln (§ 1 Abs. 1, 2 SchKG). Das Schwangerschaftskonfliktgesetz gewährt zudem jeder Person das Recht, sich in Fragen der Sexualaufklärung, Verhütung und Familienplanung sowie in allen eine Schwangerschaft unmittelbar oder mittelbar berührenden Fragen von einer hierfür vorgesehenen Beratungsstelle auf Wunsch anonym informieren und beraten zu lassen (§ 2 Abs. 1 SchKG). Der Beratungsanspruch umfasst dabei etwa Informationen zu Vorsorgeuntersuchungen im Falle einer Schwangerschaft und zu den Kosten der Entbindung, Informationen zu Methoden der Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs oder eine Beratung nach einem Schwangerschaftsabbruch (vgl. § 2 Abs. 2 SchKG). Mütter haben auch nach Geburt eines Kindes Anspruch auf Beratung (§ 30 SchKG). Im Schwangerschaftskonfliktgesetz ist zudem geregelt, dass Schwangere, die ihre Identität nicht preisgeben möchten, über die Möglichkeit einer vertraulichen Geburt zu informieren sind (vgl. § 25 SchKG).

Einfachgesetzlich fokussiert sich die Aufklärungsarbeit damit vor allem auf Verhütung. Daneben können Personen im Rahmen eines persönlichen Beratungsgesprächs Informationen zu Konfliktlagen, etwa im Falle eines geplanten Schwangerschaftsabbruchs, erlangen. Eine Bandbreite an Themenfeldern, etwa Informationen zur (eingeschränkten) Fruchtbarkeit, zu Möglichkeiten und Grenzen reproduktionsmedizinischer Verfahren, zum unterschiedlichen

Erleben von Schwangerschaften oder zum Erleben einer Geburt, gehört damit nicht zur gesetzlich verankerten staatlichen Aufklärungsarbeit (§ 1 Abs. 1, 2 SchKG), gerät aber erfreulicherweise jüngst in das Blickfeld staatlichen Informationsangebots.⁸⁶

b) Völkerrechtliche Kritik

Auf internationaler Ebene gibt es zwar keine inhaltlichen Vorgaben zur Aufklärung über reproduktionsmedizinische Verfahren. Nach der Allgemeinen Empfehlung des UN-Sozialausschusses ergibt sich allerdings aus dem Recht auf sexuelle und reproduktive Gesundheit verbunden mit dem Recht auf Bildung (Art. 13 und 14 IPwskR) und dem Recht auf Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung von Mann und Frau (Art. 2 (2) und 3 IPwskR) ein Recht auf sexuelle und reproduktive Aufklärung, die umfassend, nichtdiskriminierend, evidenzbasiert, wissenschaftlich fundiert und altersgerecht ist.⁸⁷

c) Erkenntnisse aus der Lebenspraxis

Empirisch belegt variieren unsere Wahrnehmungen, Einstellungen und Handlungsweisen zu Kinderwünschen oder Kinderlosigkeit in verschiedenen Altersstufen, Lebensphasen und Milieus und werden entscheidend von gesellschaftlichen Erwartungen und Rollenbildern geprägt.⁸⁸ In allen Altersgruppen, Lebensphasen und Milieus gehört auch gewollte und ungewollte Kinderlosigkeit zur weit verbreiteten Normalität.⁸⁹ Die Sozialforschung offenbart insofern eine

⁸⁶ Eine vom BMFSFJ geförderte Initiative zu „Kinderwunschzeit“ bietet wissenschaftlich basierte Aufklärung zur Kinderwunschzeit sowie Informationen zu Ursachen, Hintergründen und Unterstützungsangeboten bei ungewollter Kinderlosigkeit, <https://www.informationsportal-kinderwunsch.de> (zuletzt 27.12.2022). Die vorherige Bundesinitiative zu „Hilfe und Unterstützung bei ungewollter Kinderlosigkeit“ war allerdings im Jahr 2020 einer Umfrage zufolge nur 7 % der ungewollt kinderlos Befragten bekannt: BMFSFJ (Hrsg.), *Ungewollte Kinderlosigkeit 2020*, 2020, 33.

⁸⁷ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 9, 28.

⁸⁸ Zu näheren sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen siehe BMFSFJ (Hrsg.), *Kinderlose Frauen und Männer*, 2014, insb. 157 ff., siehe auch 10 ff., 53 ff., 82 ff., *passim*. Siehe auch BMFSFJ (Hrsg.), *Ungewollte Kinderlosigkeit 2020*, 2020, insb. 73 ff., 84 ff., 97 ff., *passim*.

⁸⁹ BMFSFJ (Hrsg.), *Kinderlose Frauen und Männer*, 2014, 10: Im Jahr 2014 waren nach dieser Studie 75 % aller kinderlosen Frauen und Männer im Alter zwischen 20 und 50 Jahren *gewollt* kinderlos und wollten momentan kein Kind, 25 % waren demnach *ungewollt* kinderlos, d. h. sie wollten (teilweise schon seit vielen Jahren) ein eigenes Kind, konnten sich diesen Wunsch aber bislang noch nicht erfüllen (z. B., weil ein passender Partner fehlte oder aufgrund von Fertilitätsproblemen). Für eine Perspektive zu *gewollter* Kinderlosigkeit und gesellschaftlichen Erwartungshaltungen an Frauen siehe *Diehl*, *Die Uhr, die nicht tickt*, 2018. Siehe auch die Ergebnisse aktueller Forschung BMFSFJ (Hrsg.), *Ungewollte Kinderlosigkeit 2020*, 2020, 37 ff., wonach der Anteil *ungewollt* kinderloser Frauen und Männer im Alter zwischen 20 und 50 Jahren zwischen 2013 und 2020 erheblich gestiegen ist, von

Vielfalt von Haltungen zum Kinderwunsch und zu gewollter wie ungewollter Kinderlosigkeit, die geschlechter-, milieu- und lebenslaufdifferenziert zu betrachten sind.⁹⁰

Die empirische Forschung zeigt allerdings, dass unhinterfragte, weit verbreitete Alltagsannahmen zu einer *vermeintlich uneingeschränkten* eigenen Furchtbarkeit zu verzerrten Selbstbildern und auch zu unfreiwilliger Kinderlosigkeit führen können.⁹¹ Die Sozialforschung zeigt insofern, dass die Tabuisierung von Unfruchtbarkeit bzw. des Verdachts der eigenen Unfruchtbarkeit ein weit verbreitetes Phänomen mit soziokulturellen, sozialisationsbiografischen und politischen Ursachen ist.⁹² Neben weiteren Ursachen wird als zentraler Grund die ausschließliche Fokussierung der Aufklärungsarbeit auf Verhütung genannt, was „implizit als ungewollten Nebeneffekt die Botschaft selbstverständlicher Fertilität“ impliziere.⁹³ Zudem offenbaren Befragungen in den letzten Jahren zugenommene Diskriminierungserfahrungen von ungewollt Kinderlosen.⁹⁴

25 auf 32 Prozent. 67,7 Prozent der Frauen und 67,9 Prozent der Männer wollen demnach derzeit kein Kind, hingegen haben gegenwärtig 32,3 Prozent der Frauen und 32,1 Prozent der Männer einen bisher ungefüllten Kinderwunsch. Bei Frauen ist der Anteil ungewollter Kinderlosigkeit im Vergleich der früheren Studie um sechs Prozentpunkte, bei Männern um acht Prozentpunkte gestiegen.

⁹⁰ Siehe die aufschlussreiche Untersuchung und geschlechter-, milieu- und lebenslaufdifferenzierte Daten zu gewollter und ungewollter Kinderlosigkeit BMFSFJ (Hrsg.), *Kinderlose Frauen und Männer*, 2014. Siehe ebenso die Anschlussstudie, jedoch bedauerlicherweise mit einem verengten Blick der Fragestellung BMFSFJ (Hrsg.), *Ungewollte Kinderlosigkeit 2020*, 2020, 89 ff., *passim*.

⁹¹ BMFSFJ (Hrsg.), *Kinderlose Frauen und Männer*, 2014, 106 f. Siehe zudem die Ergebnisse der Anschlussuntersuchung BMFSFJ (Hrsg.), *Ungewollte Kinderlosigkeit 2020*, 2020, 107: „Die feste Überzeugung von der eigenen Fruchtbarkeit auch gegen die Alltagsevidenz ist eine Ursache für das biografische Aufschieben des Kinderwunsches, die Distanz gegenüber einer Kinderwunschbehandlung sowie des letztlich hohen Anteils ungewollt Kinderloser“. Ebd., 10: „Auch wenn Frauen und Männer viele Jahre lang vergeblich auf ein erstes Kind hoffen, ist 44 Prozent der Frauen und 55 Prozent der Männer noch nie (!) der Gedanke gekommen, dass es mit einem eigenen Kind auf natürlichem Wege, das heißt ohne eine Kinderwunschbehandlung, möglicherweise nicht klappt.“

⁹² Siehe für aktuelle Erkenntnisse zu geschlechterasymmetrischer und milieuspezifischer Stigmatisierung und Tabuisierung von ungewollter Kinderlosigkeit BMFSFJ (Hrsg.), *Kinderlose Frauen und Männer*, 2014, 97 ff.

⁹³ BMFSFJ (Hrsg.), *Kinderlose Frauen und Männer*, 2014, 107; zu weiteren Ursachen siehe 17 f., 104 ff. Siehe für eine kulturhistorische Perspektive zum Wissen von der Zeugung, *Bernhard*, *Kinder machen*, 2014, 25–74 und zum „Diktat der Fruchtbarkeit“ im Wandel der Zeit, 436 ff., 440 ff., 442 ff.

⁹⁴ BMFSFJ (Hrsg.), *Kinderlose Frauen und Männer*, 2014, 106 f. Siehe zudem die Ergebnisse der Anschlussuntersuchung BMFSFJ (Hrsg.), *Ungewollte Kinderlosigkeit 2020*, 2020.

Empirisch erforscht ist auch, dass einem großen Teil ungewollt kinderloser Frauen und Männer milieuübergreifend viele der hierzulande zugelassenen medizinischen Behandlungsmöglichkeiten, welche die Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer Schwangerschaft erhöhen können, dem Namen nach nicht bekannt sind.⁹⁵ Erforscht ist zudem, dass Bekanntheit und Nutzung dieser Verfahren erheblich auseinanderfallen, die Inanspruchnahme zudem je nach Milieu variiert, und dass gegenwärtig ein großer Teil ungewollt kinderloser Personen je nach Alter vor allem Verfahren der sog. Alternativmedizin oder Naturheilmaßnahmen in Anspruch nimmt.⁹⁶ Erforscht ist auch, dass in den letzten Jahren die Aufmerksamkeit und Sorge vor Risiken reproduktionsmedizinischer Verfahren gestiegen ist und damit das Bedürfnis nach mehr Informationen in der Gesellschaft wächst.⁹⁷

Zusammengefasst zeigt die Sozialforschung erstens, dass Kinderlosigkeit gesellschaftlich weiterhin tabuisiert und stigmatisiert ist. Zum anderen offenbaren die Studien einen ungedeckten Bedarf an Informationen. Diese Erkenntnisse legen nahe, dass es in der Gesellschaft ein unzureichendes Wissen zur eigenen Fertilität oder Infertilität sowie zu gewollter und ungewollter Kinderlosigkeit gibt. Zweitens belegt die Sozialforschung, dass weitere Informationen und Aufklärung zu den Möglichkeiten und Grenzen reproduktionsmedizinischer Verfahren notwendig sind.

d) Relevante Grundrechtsnormen

Das Bundesverfassungsgericht hat staatliche bzw. staatlich geförderte Dienstleistungsangebote zur Sexualaufklärung und Familienberatung als Bestandteil einer staatlichen „Schutzpflicht für das ungeborene Leben“⁹⁸ eingeordnet. Auf diese Weise drohen allerdings die Perspektive der entscheidenden und handelnden Individuen und deren Entscheidungsnot, Sorgen und Unsicherheiten in diesem Lebensbereich nicht ins Zentrum staatlicher Wissensvermittlung zu gelangen. Grundrechtlich überzeugender ist deshalb eine Verortung im Recht

⁹⁵ Zu ausdifferenzierten Zahlen BMFSFJ (Hrsg.), Ungewollte Kinderlosigkeit 2020, 2020, 102 ff.

⁹⁶ BMFSFJ (Hrsg.), Ungewollte Kinderlosigkeit 2020, 2020, 9.

⁹⁷ BMFSFJ (Hrsg.), Ungewollte Kinderlosigkeit 2020, 2020, 12: „je mehr Wissen, umso größer das Bewusstsein für Risiken; je mehr Risikobewusstsein, umso größer das Bedürfnis nach Informationen, die Sicherheit bieten“.

⁹⁸ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 185: „Der Schutzauftrag verpflichtet den Staat schließlich auch, den rechtlichen Schutzanspruch des ungeborenen Lebens im allgemeinen Bewußtsein zu erhalten und zu beleben. Deshalb müssen die Organe des Staates in Bund und Ländern erkennbar für den Schutz des Lebens eintreten. Das betrifft auch und gerade die Lehrpläne der Schulen. Öffentliche Einrichtungen, die Aufklärung in gesundheitlichen Fragen, Familienberatung oder Sexualaufklärung betreiben, haben allgemein den Willen zum Schutz des ungeborenen Lebens zu stärken; dies gilt insbesondere für die in Art. 1 § 1 SFHG vorgesehene Aufklärung.“

auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), das insbesondere auch eine umfassende, nichtdiskriminierende, wissenschaftlich fundierte und altersgerechte Aufklärung und Information über die gesamte Bandbreite an Themen rund um Zeugung, Schwangerschaft und Geburt, und zwar für Menschen aller Altersklassen, umfasst.⁹⁹ Geht es spezifisch um Wissensvermittlung an Minderjährige und deren Erziehung, ist die sachliche und wissenschaftlich fundiertere Information über Zeugung, Schwangerschaft und Geburt als Teil des staatlichen Bildungsauftrags in der Schule anerkannt (Art. 7 Abs. 1 GG).¹⁰⁰ Im medizinischen Kontext verlangt daneben das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) Information und Aufklärung vor Behandlungen und Eingriffen durch das medizinische Personal; dies betrifft dann allerdings die Frage der ärztlichen Aufklärung und damit das Verhältnis von Privatpersonen und weniger die Frage staatlicher Information.

e) Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum

Im Bereich des Schulwesens ist der Gesetzgeber dazu aufgerufen, seinen staatlichen Bildungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG) gegenüber Minderjährigen und deren Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) mit dem elterlichen Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) in Ausgleich zu bringen.¹⁰¹ Geht es um die Wissensvermittlung der menschlichen Fortpflanzung und nicht um Erziehung, tritt das elterliche Erziehungsrecht stets hinter dem staatlichen Bildungsauftrag zurück.¹⁰² Aus der individualrechtlichen Perspektive der Minderjährigen und deren Rechte liegt es nahe, dass eine umfassende wertneutrale, wissenschaftlich fundierte und altersgerechte Information über die Bandbreite an Themen, die die menschliche Fortpflanzung betreffen, zu ermöglichen ist.

Abseits des Schulwesens zählt staatliche Aufklärung und Information zum Bereich des staatlichen Informationshandelns. Ohne an dieser Stelle vertiefend auf die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen und Grenzen staatlicher Informationstätigkeit einzugehen,¹⁰³ kommt dem Staat in diesem Bereich grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Aus rechtstatsächlicher Sicht, so legen die zuvor erörterten empirischen Erkenntnisse es nahe, sollten die staatliche

⁹⁹ Vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 21. Dezember 1977 – 1 BvL 1/75 –, juris Rn. 78, 10, 65.

¹⁰⁰ BVerfG, Beschluss vom 21. Dezember 1977 – 1 BvL 1/75 –, juris Rn. 10, 65, 74 f., 76.

¹⁰¹ BVerfG, Beschluss vom 21. Dezember 1977 – 1 BvL 1/75 –, juris Rn. 79 ff.

¹⁰² BVerfG, Beschluss vom 21. Dezember 1977 – 1 BvL 1/75 –, juris Rn. 83.

¹⁰³ Siehe dazu etwa BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2002 – 1 BvR 558/91 –, juris Rn. 49: „Verfassungsrechtlich von Bedeutung sind das Vorliegen einer staatlichen Aufgabe und die Einhaltung der Zuständigkeitsordnung (aa) sowie die Beachtung der Anforderungen an die Richtigkeit und Sachlichkeit von Informationen (bb).“; Beschluss vom 26. Juni 2002 – 1 BvR 670/91 –, juris Rn. 76 ff., 80 ff.

Aufklärungsarbeit und insbesondere auch die (medizinische) Beratungspraxis dafür Sorge tragen, dass Individuen ein ausreichendes Wissen rund um Zeugung, Schwangerschaft und Geburt vermittelt wird, um auf diese Weise in der Gesellschaft vorhandene Tabuisierungen und Stigmatisierungen zu überwinden. Dies betrifft erstens wichtige Informationen zur eigenen Fruchtbarkeit, wie sie sich im Laufe des Lebens verändert, zu Ursachen eingeschränkter Fruchtbarkeit, aber auch evidenzbasierte Informationen zu Möglichkeiten und Grenzen reproduktionsmedizinischer Verfahren. Eine staatliche und gegebenenfalls medizinische Aufklärung sollte zweitens Informationen zum unterschiedlichen Erleben von Schwangerschaften und Geburten aus Sicht der schwangeren und gebärenden Personen enthalten. Denn es scheint sich auch bei dem Erleben von Schwangerschaft und dem unterschiedlichen Erleben von Geburten noch um gesellschaftlich tabuisierte Themenfelder zu handeln. Drittens, und dieser Aspekt scheint mir für das gegenwärtige Zeitalter zentral, sollte es bei der Aufklärungsarbeit allerdings gerade nicht nur darum gehen, *mehr* Informationen zu vermitteln, denn, wie empirisch belegt, nimmt das Risikobewusstsein und (Halb-) *Wissen* um Möglichkeiten und Gefahren in der Gesellschaft zu. Deshalb gilt es vor allem auch, Individuen dazu zu befähigen, einen *eigenen* Umgang mit der Optionenvielfalt und mit den durch das steigende Risikobewusstsein verbundenen Entscheidungsnöten und Unsicherheiten in diesem Lebensbereich zu finden. Selbstbestimmtes Entscheiden in reproduktiven Kontexten setzt somit nicht nur ein Wissen über Chancen, Risiken und Grenzen von Medizin voraus, sondern auch ein Vertrauen in die eigene Urteilskraft. Durch die Vielfalt verfügbarer Optionen und aufgrund der medizinischen Entwicklungen bei Schwangerschaft und Geburt handelt es sich um einen Lebensbereich, bei dem die meisten *glauben*, vieles kontrollieren zu können und bei dem wir evidenzbasiert *wissen*, dass das nur in Grenzen möglich ist. Es scheint damit auch ein gesellschaftliches Wissensdefizit der *Grenzen* medizinischer Realisierbarkeit und der Grenzen der eigenen Körperlichkeit und Kontrollierbarkeit zu geben. Dies soll allerdings gerade nicht als Vorwurf dem einzelnen Individuum gegenüber begriffen werden. Im Gegenteil treffen Menschen ihre reproduktiven Entscheidungen im sozialen Kontext und unter dem Einfluss von gesellschaftlichen Strukturen (Kapitel 1, II.). Der Umgang mit Unwägbarkeiten und Ungewissheiten im Kontext von Zeugung, Schwangerschaft und Geburt sollte meines Erachtens folglich gerade nicht nur als durchaus immense Herausforderung für den Einzelnen, sondern als gesamtgesellschaftliche Aufgabe verstanden werden. Dementsprechend sollte die Aufklärungsarbeit und Beratungspraxis den Individuen einen Raum für Wahlfreiheit gewähren, einen Strauß an lebhaften Optionen mit und ohne Kinder (mit und ohne Beeinträchtigungen) eröffnen, in dem die Bandbreite an Wertüberzeugungen und persönlichen Haltungen rund um Reproduktion Platz findet. Es gilt damit Orientierung zu bieten, nicht im Sinne einer vorgegebenen Empfehlung einer reproduktiven Entscheidung, sondern im Sinne von Transparenz

über Für und Wider, über Chancen, Risiken und Grenzen von Wahlfreiheiten, sodass Menschen selbst eine von ihnen reflektierte und verantwortete Entscheidung treffen können.

2. Inanspruchnahme von Verhütungsmitteln

a) Gegenwärtige Rechtslage

Wie bereits zu Beginn der Arbeit erläutert wurde, sind jegliche Verhütungsmittel in Deutschland grundsätzlich privat zu finanzieren. Eine flächendeckende Versorgung bzw. ein bundeseinheitlicher Rechtsanspruch auf Kostenübernahme existiert nicht.¹⁰⁴ Ausnahmen gelten gegenwärtig nur für gesetzlich Versicherte bis zum vollendeten 22. Lebensjahr: Für sie übernehmen die gesetzlichen Krankenversicherungen die Kosten für verschreibungspflichtige Verhütungsmittel und für Notfallverhütung, sog. „Pille danach“ (§ 24a Abs. 2 SGB V), die seit dem Jahr 2015 zwar rezeptfrei zugänglich ist, allerdings nur nach ärztlicher Verordnung und ausschließlich für diese kleine Personengruppe auch kostenfrei erhältlich ist. Personen im Transferleistungsbezug des SGB II und SGB XII haben seit dem Jahr 2004 die Kosten für Verhütungsmittel aus dem Regelbetrag zu bestreiten, in dessen Berechnung für den gesamten Bereich „Gesundheitspflege“ auch nach Einführung des sog. Bürgergeldes derzeit ein Betrag von 19,16 Euro im Monat vorgesehen ist (Stand: 2023).¹⁰⁵ Die Kosten variieren je nach Verhütungsmethode erheblich, übersteigen zum Teil bereits den vorgesehenen Betrag für die gesamte Gesundheitspflege gänzlich und sind jedenfalls von diesem Regelsatzsegment häufig nicht finanzierbar.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Die Versorgungslage ist unübersichtlich, die Regelungen uneinheitlich. Mangels bundeseinheitlicher Lösung existieren in einzelnen Bundesländern (etwa Berlin, Bremen, Hamburg) und Kommunen freiwillige Projekte zur Kostenübernahme. Zudem ermöglichte im Entstehungsprozess dieser Arbeit das vom BMFSFJ geförderte Modellprojekt „biko“ (Beratung, Information, Kostenübernahme bei Verhütung, 2016–2019) Menschen mit geringem Einkommen (etwa Personen, die Arbeitslosengeld II, Grundsicherung, Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz oder BAföG beziehen) vorübergehend an sieben regionalen Standpunkten die Kostenübernahme von verschreibungspflichtigen Verhütungsmitteln.

¹⁰⁵ Vgl. BSG, Urteil vom 15. November 2012 – B 8 SO 6/11 R –, BSGE 112, 188–195 –, juris Rn. 15 ff., wonach die Kosten für Verhütung keine Leistung der Hilfen zur Gesundheit im Sinne des SGB XII darstellen und deshalb aus den *Regelsätzen* finanziert werden müssen; vgl. auch *Wersig/Dern*, info also 2020, 56–61 (57). Vgl. BT-Drs. 17/3404, S. 58, wonach hierunter pharmazeutische Produkte fallen, also nicht verschreibungspflichtige Medikamente, wie etwa Kopfschmerztabletten oder Heuschnupfenmittel, therapeutische Mittel und Geräte und weitere medizinische Produkte, wie die Kosten zur individuellen Verhütung.

¹⁰⁶ Vgl. *Medizinischer Arbeitskreis pro familia NRW*, Verhütung – Aktuelle Preise und Zusatzkosten, Juli 2020, wonach gegenwärtig die Kosten für Kondome bei 0,15 bis 1,20 Euro pro *Stück* liegen, die monatlichen Kosten für die Anti-Baby-Pille zwischen 3,92 und 22,10 Euro und für Verhütungsringe bei ca. 19 bis 23 Euro liegen. Die Kosten für kupferhaltige Spiralen u.Ä. variieren inkl. der ärztlichen Einsetzung stark und liegen nach dieser

Rechtspolitisch plant die amtierende Bundesregierung, Krankenkassen zu ermöglichen, Verhütungsmittel als Satzungsleistung zu erstatten; bei Geringverdienenden sollen die Kosten übernommen werden.¹⁰⁷ Daneben ist beabsichtigt, die Forschungsförderung für Verhütungsmittel für alle Geschlechter anzuheben.¹⁰⁸

b) Völkerrechtliche Kritik

Völkerrechtlich wurde Deutschland bereits von verschiedenen Stellen und mehrfach dazu aufgefordert, die flächendeckende Versorgung mit modernen und erschwinglichen Verhütungsmitteln sicherzustellen, und zwar insbesondere für einkommensschwache Frauen.¹⁰⁹ Denn nicht nur durch Aufklärung, sondern insbesondere auch durch einen gesicherten Zugang zu Verhütungsmethoden kann ungewollten Schwangerschaften und Schwangerschaftsabbrüchen vorgebeugt werden.¹¹⁰

c) Erkenntnisse aus der Lebenspraxis

Empirisch ist inzwischen erforscht, dass eine Bandbreite an Personen mit geringem Einkommen unterschiedlichen Alters, mit und ohne Migrationshintergrund, mit Kindern und ohne Kinder, innerhalb und außerhalb einer Partnerschaft hierzulande einen ungedeckten Bedarf an Verhütungsmitteln hat und aus

Kostenaufstellung zwischen 120 und 500 Euro zzgl. der jährlichen Ultraschallkontrolle i.H.v. 40 Euro. Eine Notfallverhütung, auf deren rechtzeitigen Einnahme es entscheidend ankommt, um den Eintritt einer ungewollten Schwangerschaft zu verhindern, kostet zwischen 16 und 36 Euro. Siehe aus sozialrechtlicher Perspektive mit Lösungsvorschlägen für die Kostendeckung teurer (Langzeit-)Verhütungsmittel, die durch den Regelsatz oder Einsparmöglichkeiten nicht sicher finanziert werden können, *Wersig/Dern*, info also 2020, 56–61 (insb. 57 f., 60).

¹⁰⁷ Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 92. Siehe zu gescheiterten Initiativen in der letzten Legislaturperiode: BR-Drs. 617/17, BT-Drs. 19/2514 sowie BT-Drs. 19/2699.

¹⁰⁸ Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 92.

¹⁰⁹ CEDAW, Abschließende Bemerkungen zum kombinierten siebten und achten periodischen Staatenbericht Deutschlands, 2017, CEDAW/C/DEU/CO/7-8, Nr. 37 a), 38 a); CEDAW, List of issues and questions prior to the submission of the ninth periodic report of Germany, März 2020, CEDAW/C/DEU/QPR/9 (ADVANCE UNEDITED VERSION), Nr. 16 a). Siehe außerdem CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 28; Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women's sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 44.

¹¹⁰ CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 31 c); CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 28.

Kostengründen nicht oder weniger sicher verhütet.¹¹¹ Daneben ist erforscht, dass sich mit Blick auf die gewählten Verhütungsmethoden ein Verhaltenswandel in Deutschland manifestiert: Die (alleinige) Nutzung von Kondomen ist in den letzten Jahren deutlich angestiegen und wird für Männer wie Frauen eine wichtigere Verhütungsmethode, während der Anteil derjenigen, welche die Anti-Baby-Pille nutzen, besonders im jüngeren Alter deutlich zurückging.¹¹² Eine Befragung im Auftrag der BZgA aus dem Jahr 2018 offenbart zudem in der Bevölkerung weit verbreitete Bedenken gegenüber hormonellen Verhütungsmethoden mit Blick auf deren negative Auswirkungen auf Körper und Psyche von Frauen.¹¹³ Die gesellschaftliche Risikowahrnehmung von hormonellen Verhütungsmethoden hat sich damit also verändert.

d) Relevante Grundrechtsnormen

Der Zugang zu sicheren und erschwinglichen Verhütungsmitteln betrifft das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1

¹¹¹ Vgl. bereits BZgA (Hrg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, insb. 114 ff., 126, 132, wonach Kosten eine Zugangsbarriere zur Verhütung darstellen. Die Ergebnisse des Modellprojekts „biko“ zur Verhütungsmittelversorgung von Frauen mit geringem Einkommen sind besorgniserregend, vgl. *pro familia Bundesverband* (Hrsg.), *Modellprojekt biko, Abschlussbericht 2019*, insb. 94 f., 99–102: „Die Beraterinnen vor Ort waren mit Berichten von Frauen konfrontiert, die sich bspw. zwischen dem Schulranzen für ihr Kind oder für die eigene Verhütung entscheiden mussten. Andere Frauen berichteten über Sparstrategien, dass sie bspw. begannen die Pille zu ‚strecken‘, also mit Pausen einzunehmen, damit sie länger hält. Dies hat Konsequenzen für die Verhütungssicherheit und die Gesundheit der Frauen.“ (S. 99). Siehe ebenso zur überdurchschnittlich häufig genannten Nichtverhütung aus finanziellen Gründen bei Befragten mit einfacher Bildung, jedoch ohne weitere Einordnung BZgA (Hrsg.), *Verhütungsverhalten Erwachsener*, 2019, 8 f.

¹¹² Vgl. BZgA (Hrsg.), *Verhütungsverhalten Erwachsener*, 2019, 10–13, 29. Die alleinige Kondomnutzung ist besonders bei den 25- bis 29-Jährigen verbreitet (41 %, 13 Prozentpunkte mehr als im Jahr 2011), ebd., 12 f. „Es sind de facto die männlichen 25- bis 29-Jährigen, die in diesem Altersabschnitt so stark das Kondom allein favorisieren (52%). Bei den jungen Frauen ist zwar ebenfalls ab Mitte Zwanzig der Umschwung von der zuvor vielfach kombinierten zur alleinigen Nutzung des Kondoms zu beobachten („Kondom allein“: 26% gegenüber 12% bei den 18- bis 24-Jährigen), es vollzieht sich aber verhaltener.“ (S. 13). Die insgesamt festgestellte rückläufige Pillennutzung zeichnet sich am deutlichsten in der Altersgruppe der 18- bis 29-Jährigen ab: Pillennutzerinnen (56 %, 16 Prozentpunkte weniger als im Jahr 2011), Kondomverwender (58 %, 7 Prozentpunkte mehr als im Jahr 2011), ebd., 11. Die Bedeutung der Pille geht damit insgesamt zurück, bereits *innerhalb* der Altersspanne 18 bis 29 Jahre sind erhebliche Unterschiede festzustellen: Von den 18- bis 24-Jährigen verhüten drei von fünf mithilfe der Pille (61%), während der Anteil unter den 25- bis 29-Jährigen deutlich niedriger ist (47%) (S. 13).

¹¹³ Vgl. BZgA (Hrsg.), *Verhütungsverhalten Erwachsener*, 2019, 24–26, 29.

Alt. 2 GG) und unter Umständen auch Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG.¹¹⁴ Denn der Zugang zu Verhütungsmitteln sichert zum einen die sexuelle Gesundheit, weil jedenfalls gewisse Verhütungsmethoden, wie Kondome, vor sexuell übertragbaren Krankheiten schützen. Zum anderen betrifft der Zugang zu Verhütungsmitteln die reproduktive Gesundheit und reproduktive Autonomie, weil sich Personen je nach Alter und Intention dem Risiko einer unbeabsichtigten, also ungeplanten und gegebenenfalls ungewollten, Schwangerschaft aussetzen. Ein gleichberechtigter gesicherter Zugang zu Verhütungsmitteln betrifft auch Fragen der Geschlechtergerechtigkeit in einer Gesellschaft.¹¹⁵

e) Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum

Der Zugang zu erschwinglichen Verhütungsmitteln betrifft mit Blick auf die genannten Grundrechte vor allem sozialpolitische Fragen. Das Grundgesetz überlässt dem Gesetzgeber in diesen Fragen grundsätzlich einen großen Gestaltungsspielraum.¹¹⁶ Insofern ergibt sich aus dem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG), dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) oder dem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) kein grundsätzlicher grundrechtlicher Anspruch auf eine flächendeckende Kostenübernahme von Verhütungsmethoden für alle Menschen. Untergrenze ist jedoch die Verpflichtung des Gesetzgebers, jedem Menschen ein menschenwürdiges Existenzminimum zu gewährleisten (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG), was neben weiteren Facetten jedenfalls auch die physische Existenz des Menschen umfasst, wozu die Gesundheit zählt (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG).¹¹⁷ Vor dem Hintergrund des bereits erforschten unzureichend gedeckten Bedarfs an Verhütungsmitteln bei Menschen mit geringem Einkommen scheint bereits fraglich, ob die geltende Rechtslage diese Untergrenze nicht sogar unterschreitet. Jedenfalls aber lässt die eindeutige völkerrechtliche

¹¹⁴ *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, 404: „Die nur teilweise Finanzierung durch die gesetzliche Krankenversicherung führt derzeit zu finanziellen Mehrbelastungen aufgrund des Geschlechts, die mit Blick auf das Geschlechtsdiskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 2, 3 S. 1 GG nicht unproblematisch sind.“; *Turath*, GesR 01/2021, 19–24 (20 ff.).

¹¹⁵ Siehe dazu *Turath*, GesR 01/2021, 19–24 (20 f.).

¹¹⁶ BVerfG, Urteil vom 28. Februar 2007 – 1 BvL 5/03 –, juris Rn. 40; speziell mit Blick auf die Übernahme von Verhütungsmitteln ebenso *Turath*, GesR 01/2021, 19–24 (21 f.).

¹¹⁷ BVerfG, Urteil vom 9. Februar 2010 – 1 BvL 1/09 –, juris Rn. 133, 135; vgl. auch BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 354 ff., insb. 363, 365, 368, wonach der Staat zur Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Schutzes des ungeborenen Lebens für eine wohnortnahe ärztliche Betreuung und Versorgung zu sorgen hat; statt vieler *Baer*, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), 290–354 (321 f.); vgl. aus sozialrechtlicher Perspektive: *Wersig/Dern*, info also 2020, 56–61.

Kritik an der deutschen Rechtslage eine Änderung der derzeitigen Gesetzeslage, und zwar insbesondere für Menschen mit geringem Einkommen, dringend erscheinen.¹¹⁸ Es bleibt deshalb zu hoffen, dass die geplante Initiative der amtierenden Bundesregierung zeitnah und erfolgreich umgesetzt wird.¹¹⁹ Der empirisch erforschte Verhütungswandel in Deutschland legt nahe, dabei *jegliche* Verhütungsmethoden, insbesondere auch Kondome und weitere nicht hormonelle Verhütungsmethoden, in die rechtspolitische Debatte über die Kostenübernahme einzubeziehen. Eine Beschränkung der Kostenübernahme auf hormonelle Verhütungsmethoden widerspräche insofern zum einen dem sich gewandelten Bedarf, zum anderen würde damit fälschlicherweise suggeriert werden, die Schwangerschaftsverhütung läge in der alleinigen Verantwortung von Frauen. Die Kostenübernahme jeglicher Verhütungsmethoden, jedenfalls für Menschen im Transferleistungsbezug und mit geringem Einkommen, sichert somit die sexuelle und reproduktive Gesundheit, geschützt durch das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG), sowie die sexuelle und reproduktive Autonomie, geschützt durch das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG). Gefördert werden daneben der gleichberechtigte Zugang und die gleichberechtigte Verantwortung in Fragen der Sexualität und Fortpflanzung (Art. 3 Abs. 2 GG).

3. Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren am Beispiel des Verbots der sog. Leihmutterschaft

a) Gegenwärtige Rechtslage

Wie bereits in Kapitel 4 dargelegt, fokussiert sich die Verfassungsrechtsdebatte insbesondere auf die Beurteilung reproduktionsmedizinischer und gendiagnostischer Maßnahmen, weshalb dieses weite Feld im Folgenden nicht weiter in seiner Breite vertieft werden muss. Stattdessen soll anhand des rechtlich wie ethisch besonders kontrovers diskutierten einfachgesetzlichen Verbots der sog. Leihmutterschaft beispielhaft gezeigt werden, wie sich dieses Thema für die Zukunft freiheitsrechtlich unter Berücksichtigung weiterer Wissenschaftsdisziplinen diskutieren ließe.¹²⁰ Das hierzulande geltende Verbot der Leihmutterschaft ergibt sich zum einen aus dem Embryonenschutzgesetz (§ 1 Abs. 1 Nr.

¹¹⁸ Bereits *Klein/Wapler*, APuZ 2019, 20–26 (24).

¹¹⁹ Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 92.

¹²⁰ Die Begriffe „Leihmutterschaft“ oder „Ersatzmutter“ (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG) sind in zweierlei Hinsicht missverständlich, siehe dazu bereits *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (108): „Der Ausdruck „Leihmutterschaft“ ist in gewisser Weise irreführend, da die betroffene Frau weder ihren Körper noch Teile desselben, noch ihre Mutterschaft „verleiht“. Denn anders als bei der Leihe erhalten die Auftraggeber gerade kein Recht, den Körper der Frau nach ihrem Belieben zu nutzen. Es

7 ESchG). Danach ist jede Variante, also sowohl die sog. altruistische als auch die kommerzielle Form der Leihmutterschaft, verboten und zwar unabhängig von der genetischen Beziehung der Beteiligten. Strafbar machen sich Ärztinnen und Ärzte, genauso auch weiteres medizinisches Personal, wenn sie bei einer Frau, die bereit ist, das so geborene Kind nach der Geburt den intendierten Eltern zu geben, eine reproduktionsmedizinische Behandlung durchführen. Zudem ist die Suche, das Anbieten und das Vermitteln von intendierten Eltern und Leihmutter in Deutschland strafbar (§§ 13a, b, c, d AdVerMiG). Nicht strafbar machen sich nach der gegenwärtigen Rechtslage intendierte Eltern, Leihmutter oder eine möglicherweise involvierte Eizellspenderin. Neben weiteren Erwägungen wird das derzeit geltende Verbot der sog. Leihmutterschaft im Wesentlichen damit begründet, dass die sog. gespaltene Mutterschaft, also das Auseinanderfallen der genetischen und biologischen Mutterschaft, die Identitätsfindung eines so geborenen Kindes beeinträchtigt.¹²¹ Bei der Lektüre der Gesetzesmaterialien fällt allerdings auf, dass in der inzwischen dreißig Jahre alten Gesetzesbegründung des Embryonenschutzgesetzes wissenschaftliche Belege für diese gesetzgeberischen Annahmen fehlen, weil damals noch keine Erkenntnisse hierzu vorlagen.¹²²

gibt also keinen Gegenstand, der verliehen (oder, bei einem entgeltlichen Vertrag, vermietet) wird. Stattdessen wird eine Dienstleistung vereinbart, die in der (zumeist künstlichen) Befruchtung, dem Austragen der Schwangerschaft sowie der Geburt des Kindes besteht. Darüber hinaus verspricht die Leihmutter, das erzeugte Kind nach der Geburt an die Auftraggeber abzugeben. Ihre Mutterschaft, die rechtlich mit der Geburt des Kindes erst beginnt (§ 1591 BGB), „verleiht“ die Frau aus diesem Grund ebenfalls nicht.“

¹²¹ BT-Drs. 11/4154 S. 6 f.; BT-Drs. 11/540, 15: „Es widerspricht dem Kindeswohl, wenn die psychosozialen Beziehungen zwischen der austragenden Frau und dem Kind völlig unberücksichtigt bleiben. Dies kann schon die Entwicklung des Kindes im Mutterleib beeinträchtigen. Auch kann sich die Trennung des Kindes von der Mutter nach der Geburt nachteilig auswirken. Das Auseinanderfallen zwischen austragender und sozialer Mutter kann zudem die Identitätsfindung des Kindes erheblich erschweren. Schließlich ist eine Ersatzmutterschaft mit großer Unsicherheit und möglichen psychischen Konflikten für alle Beteiligten sowie gesundheitlichen Risiken für die Ersatzmutter belastet. Es ist nicht zu verantworten, ein Kind in dem Wissen um all diese Risiken künstlich zu zeugen. Die aufgezeigten Gefahren sind besonders offenkundig in den Fällen einer entgeltlichen Ersatzmutterschaft, in denen die Schwangerschaft gleichsam als Dienstleistung übernommen wird. Die Gefahren sind aber grundsätzlich auch bei einer altruistischen Ersatzmutterschaft gegeben. Da eine altruistische Ersatzmutterschaft in der Regel innerhalb der Verwandtschaft oder im engeren Freundeskreis vereinbart wird, könnte die Gefahr schwerer psychischer Konflikte hier sogar noch größer sein.“

¹²² Vgl. BT-Drs. 11/540, 7, wonach das weiterhin einfachgesetzlich geltende Verbot der Eizelltransplantation (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG) ebenfalls mit der Verhinderung der sog. gespaltenen Mutterschaft begründet wird.

Rechtspolitisch plant die amtierende Bundesregierung die Einberufung einer Kommission, welche unter anderem auch die Zulassung einer altruistischen Form der sog. Leihmutterschaft prüft.¹²³

b) Keine völkerrechtliche Kritik

Menschenrechtliche Vorgaben gibt es mit Blick auf die Einführung einer sog. Leihmutterschaft nicht. Ebenso wenig verpflichtet die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu einer Einführung der sog. Leihmutterschaft, verbietet diese aber auch nicht *per se*. Denn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte räumt den nationalen Gesetzgebern für den Lebensbereich der Reproduktion einen großen Ermessensspielraum ein (vgl. Art. 8 Abs. 2 EMRK), weil ein europäischer Konsens bei diesen ethisch kontrovers diskutierten Fragen, etwa wer zu welchen Verfahren Zugang haben soll oder welche Gründe Einschränkungen rechtfertigen, nicht gegeben sei.¹²⁴ Die Einführung einer sog. kommerziellen Leihmutterschaft wird vereinzelt als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta bewertet, wonach das Verbot, den menschlichen Körper und Teile davon als solche zur Erzielung von Gewinnen zu nutzen, zu beachten ist.¹²⁵

c) Erkenntnisse aus der Lebenspraxis

Ein Blick über die Landesgrenzen hinweg, die Reflexion von Hintergrundannahmen sowie ein interdisziplinärer Austausch sind für eine rechtliche Diskussion um eine Regulierung der sog. Leihmutterschaft unerlässlich. Allerdings stützt sich eine solche Debatte gegenwärtig noch auf einen begrenzten empirischen Forschungsstand.¹²⁶ Die bisherigen Erkenntnisse zu den Erfahrungen der

¹²³ Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 92.

¹²⁴ EGMR, Evans/Vereintes Königreich, Urteil der Großen Kammer vom 10. April 2007, Nr. 6339/05, Rn. 77, 81; EGMR, A, B und C/Irland, 16. Dezember 2010, Nr. 25579/05, Rn. 232 f.; EGMR, S. H. u.a./Österreich, Urteil der Großen Kammer, 03. November 2011, Nr. 57813/00, Rn. 94; vgl. auch EGMR, Stübing/Deutschland, Urteil vom 12. April 2012, Nr. 43547/08, Rn. 66. Siehe zur kritischen Auseinandersetzung mit dem Ermessensspielraum des EGMR im Kontext der Fortpflanzung insbesondere *Coester-Waltjen* in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, 222–236 (227 ff., insb. 229).

¹²⁵ Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina, Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, 80.

¹²⁶ Zur Auswertung der wenigen bisher vorliegenden Daten siehe Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina, Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, 79 m. w. N., 83 m. w. N.: „Empirische Studien beruhen noch auf selektiven Stichproben, die derzeit kaum Generalisierungen erlauben.“. Zur Analyse des empirischen Forschungsstandes siehe *Lammers*, Leihmutterschaft in Deutschland, 2017, 109 ff., der u.a. auf die oft zitierte Studie von *Golombok*, *Journal of*

betroffenen Kinder, der Geburtsmütter und der intendierten Eltern sowie zu den emotionalen Bindungen zwischen den Beteiligten in den Ländern, in denen die sog. Leihmutterschaft unter unterschiedlichen Bedingungen zulässig ist, sind deshalb als vorläufig und nur bedingt aussagekräftig einzuordnen.¹²⁷ Allerdings bestätigt die begrenzte Datenlage die vom deutschen Gesetzgeber in den Gesetzesbegründungen als Annahmen bezeichneten Sorgen jedenfalls nicht in dieser Absolutheit. Ob eine sog. Leihmutterschaft ethisch vertretbar erscheint, ist vielmehr abhängig vom jeweiligen Regelungsmodell und den Rahmenbedingungen in der Praxis, insbesondere von der Frage, ob sich die Beteiligten unter Bedingungen struktureller Ungleichheit begegnen.¹²⁸ Im internationalen Ländervergleich lassen sich unterschiedliche Regulierungsmodelle vorfinden, auf die an dieser Stelle nicht vertieft eingegangen werden kann, welche allerdings bei einer Debatte über eine mögliche Neuregelung des geltenden Verbots in den Blick genommen werden sollten und deren Chancen und Risiken für die Beteiligten erörtert werden sollten.¹²⁹ Gezeigt wurde jedenfalls bereits, dass die rechtlichen Konstruktionen der sog. Leihmutterschaft entscheidend davon abhängen, welche Funktion der sog. Leihmutter implizit oder explizit zukommen soll, also ob eine sog. Leihmutter eher als „altruistische Helferin“ (Regulierungsmodell: sog. altruistische Leihmutterschaft), als „Reproduktionsdienstleisterin“ (Regulierungsmodell: sog. kommerzielle Leihmutterschaft) oder – so das jedenfalls bisher vorherrschende Bild der zugrundeliegenden Regelung in Deutschland – als „instrumentalisierte Frau“ (Verbot der sog. Leihmutterschaft) verstanden wird.¹³⁰ Aus ethischer Perspektive wurde daneben vorgeschlagen, das Leihmutterschaftsverhältnis wiederum anders zu denken, und zwar als anhaltendes triadisches Beziehungsgefüge zwischen Leihmutter, Kind und intendierten Eltern, welches nach der Geburt des Kindes bestehen bleibt (Regulierungsmodell: offen, jedenfalls wohl dann mit Umgangs- und Sorgerechten der Leihmutter gegenüber dem Kind).¹³¹ Das zu-

Child Psychology and Psychiatry 54 (2013), 653–660 verweist. Siehe auch die Untersuchungen im Ländervergleich durch Erfassen und Auswertung von Interviews mit den Beteiligten, deren Motive und Erfahrungen bei *Bertschi*, Leihmutterschaft, 2014, 89 ff., 128 ff., 178 ff.

¹²⁷ Das konstatierte zuletzt die Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina, Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, 79, 83, 84.

¹²⁸ Vgl. ebenso Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina, Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, 79, 83 f.

¹²⁹ Siehe für einen kurzen Überblick der gegenwärtigen Regelungen weltweit Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina, Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, 79 f.; siehe insbesondere für Regelungsmodelle in ausgewählten US-Bundesstaaten *Bertschi*, Leihmutterschaft, 2014, 109 ff., 121 ff.

¹³⁰ *Cottier*, *juridicum* 2/2016, 188–198.

¹³¹ *Bleisch*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 17/2012, 5–28 (12 ff.).

grundliegende Bild, welche Funktion der Leihmutter in einem Leihmutterchaftsverhältnis zukommen soll, der Diskurs über Mutterschaft und Familienmodelle prägen jedenfalls die rechtliche Konstruktion der sog. Leihmutterchaft und damit auch die verfassungsrechtliche Beurteilung einfachrechtlicher Regelungsmodelle.

d) Relevante Grundrechtsnormen

Das geltende Verbot der sog. Leihmutterchaft berührt verschiedene Grundrechtspositionen der Beteiligten, zwischen denen zu differenzieren ist.

Aus Sicht der Person, die mithilfe der Leihmutter, die von dieser Arbeit im Ausgangspunkt als freiwillig handelnde dritte Person gedacht wird, eben mit dem Kind, das die Leihmutter austrägt, eine Familie gründen will (intendierter Elternteil), tangiert das geltende Verbot deren grundsätzliche individuelle Freiheit, eine Familie zu gründen, zunächst als Teil der Familiengründungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG).¹³² Dieses Grundrecht kommt zunächst *jeder* Person unabhängig von einer Partnerschaft, unabhängig von der sexuellen Orientierung und auch unabhängig davon, ob eigene Gameten eingebracht werden, zu.¹³³ Daneben tritt das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), welches als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts insbesondere davor schützt, dass es nicht durch ein Verbot gegenüber Dritten, im Rahmen ihrer Freiheit Unterstützung anzubieten, beschränkt wird.¹³⁴ Sofern die Eizellen der intendierten Mutter verwendet werden und sich diese Frau deshalb zuvor einer hormonellen Behandlung zur Entnahme der Eizellen unterzieht, ist auch deren Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 2 GG) berührt, weil gegenwärtig auch jede Form der Eizellentransplantation verboten ist (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG).

Das geltende Verbot der sog. Leihmutterchaft berührt auch das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) der Leihmutter.¹³⁵ Dies umfasst zunächst die „Entscheidung, Leihmutter sein zu

¹³² Heun in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, 2008, 49–61 (51 f.); Hillgruber, JZ 2020, 12–20 (13); Brosius-Gersdorf in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 117 f.; Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterchaft und Familie, 2018, 107–147 (113 f.).

¹³³ Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterchaft und Familie, 2018, 107–147 (114 f.); Hillgruber, JZ 2020, 12–20 (13); wohl auch Brosius-Gersdorf in: Dreier, GG I, 3. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 117 f.

¹³⁴ Vgl. BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 –, juris Rn. 213.

¹³⁵ Statt vieler für diese freiheitsrechtliche Perspektive Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), Leihmutterchaft und Familie, 2018, 107–147 (113).

wollen“.¹³⁶ Unerheblich ist insofern, dass die Leihmutter keinen eigenen Kinderwunsch realisieren will.¹³⁷ Denn die Leihmutter nimmt durch Befruchtung und Schwangerschaft ihre eigenen Reproduktionsorgane (Gebärmutter) in Anspruch; auch wenn in der Regel nicht die Eizellen der Leihmutter verwendet, sondern die Eizelle der intendierten Mutter oder die Eizellen einer sog. Eizellenspenderin. Zudem umfasst das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung der Leihmutter (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), wie bei jeder anderen Person, die schwanger ist, jegliche selbstbestimmten Entscheidungen während der Schwangerschaft und der Geburt. Die Familiengründungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG) ist mit Blick auf die Leihmutter grundsätzlich nicht einschlägig, denn die Leihmutter hat in der Regel gerade nicht vor, mit dem gezeugten Kind eine Familie zu gründen.¹³⁸

Das geltende Verbot der sog. Leihmutterschaft greift jedenfalls nicht in *Grundrechte* der Kinder ein, weil es deren Zeugung gerade verhindert und *nicht gezeugte* Menschen weder rechtlich noch tatsächlich existieren und damit keine Träger von Grundrechten sein können.¹³⁹ Allerdings wird mit Blick auf eine etwaige Neuregelung vorgeschlagen, danach zu fragen, ob die sog. Leihmutterschaft *per se* Grundrechte eines jeden Kindes, das auf diesem Wege geboren würde, verletzt oder dies jedenfalls mit erheblicher Wahrscheinlichkeit anzunehmen wäre.¹⁴⁰

e) Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist das bestehende Verbot der sog. Leihmutterschaft aufgrund der skizzierten Freiheitsrechte der intendierten Eltern und der Leihmutter jedenfalls nicht zwingend. Umgekehrt gibt es nach richtiger Auffassung keinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Einführung einer sog. Leihmutterschaft, etwa von intendierten Eltern.¹⁴¹ Der Gesetzgeber

¹³⁶ Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (113).

¹³⁷ Gegenteilig *Hieb*, *Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts*, 2005, 35.

¹³⁸ Ähnlich zurückhaltend Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (113).

¹³⁹ Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (113, 118); Coester-Waltjen in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie*, 2013, 222–236 (229 f.).

¹⁴⁰ Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (119), die das aber im Ergebnis verneint.

¹⁴¹ Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (136 f.); *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina*, *Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung*, 2019, 85 f.; statt vieler anders Kersten, *NVwZ* 2018, 1248–1254 (1251 f.).

ist demnach – insbesondere aufgrund von Missbrauchsgefahren und zahlreicher Risiken, die in diesem Abschnitt nur skizziert werden können – verfassungsrechtlich nicht zur Einführung verpflichtet.¹⁴² Eine Pflicht zur Einführung kann schon vor dem Hintergrund nicht bestehen, dass die empirische Befundlage aus anderen Ländern, wie soeben erörtert, zu den dortigen Leihmutterchaftsverhältnissen bisher nur wenige Erkenntnisse hergibt, um eine Abwägung von Freiheitsrechten und verfassungsrechtlichen Grenzen überhaupt treffen zu können, was somit jedenfalls gegenwärtig eine Aufrechterhaltung des geltenden Verbots bei gleichzeitiger weiterer Evaluierung der Sachlage rechtfertigt.¹⁴³

Eine Neuregelung, wie sie rechtspolitisch nun durch Einberufung einer Kommission weiter diskutiert werden soll, müsste jedenfalls grundrechtskonform ausgestaltet werden und die Verfassung macht dem Gesetzgeber insofern in diesem grundrechtssensiblen Bereich konkrete Vorgaben.¹⁴⁴ In Abgrenzung zu den übrigen in diesem Kapitel vertieften Themenfeldern rund um Zeugung, Schwangerschaft und Geburt lassen sich zum Thema der sog. Leihmutterchaft inzwischen erste Vorschläge für eine verfassungskonforme Ausgestaltung einer möglichen Neuregelung vorfinden, auf die nachfolgend Bezug genommen wird.¹⁴⁵ Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum für eine Neuregelung hängt allerdings wiederum in entscheidendem Maße von der Vorfrage ab, wie die Beziehungsverhältnisse der involvierten Personen gedacht werden sollen. Wie bereits dargelegt wurde, basieren die möglichen Regulierungsmodelle auf kulturell geprägten Vorannahmen („altruistische Helferin“ versus „Reproduktionsdienstleisterin“), welche im Rahmen einer solchen Debatte reflektiert und offen diskutiert werden sollten.

Bei einer Zulassung der sog. Leihmutterchaft sind zunächst zahlreiche Risiken und Konfliktfälle denkbar. Ein zentraler Konflikt besteht in den Fällen, in denen die Leihmutter das so geborene Kind nicht an die intendierten Eltern abgeben möchte.¹⁴⁶ Diese Problematik betrifft primär die Menschenwürde der

¹⁴² Siehe dazu umfassend *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterchaft und Familie*, 2018, 107–147 (116–137);

¹⁴³ *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina*, Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, 85.

¹⁴⁴ Siehe dazu *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterchaft und Familie*, 2018, 107–147 (110 ff., 135 ff., insb. 137); siehe zu den folgenden Überlegungen bereits das Interview der Verfasserin zum Thema „Ist Leihmutterchaft mit dem Grundgesetz vereinbar?“, geführt von Antje Schrupp, 25.10.2020, <https://www.bzw-weiterdenken.de/2020/10/ist-leihmutterchaft-mit-dem-grundgesetz-vereinbar/> (zuletzt 1.2.2022).

¹⁴⁵ *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina*, Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, 78–86.

¹⁴⁶ *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina*, Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, 84 mit Verweis darauf, dass zu Häufigkeit des Phänomens derzeit noch zu wenig empirische Erkenntnisse vorliegen.

Leihmutter (Art. 1 Abs. 1 GG). Richtigerweise kann nämlich die Abgabe des Kindes nicht *erzungen* werden, weil eine solche Vereinbarung die Leihmutter zum Objekt des Vertrages machen würde und damit ihre Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) berührt wäre.¹⁴⁷ Zudem trifft den Staat eine Schutzpflicht, die weiteren Grundrechte der Leihmutter, insbesondere deren Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie deren Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) zu schützen.¹⁴⁸ Sofern eine Eizellenspenderin involviert ist, ist auch deren Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) durch verfahrensrechtliche Regelungen zu schützen.¹⁴⁹ Wie bereits erwähnt, berührt das geltende Verbot nicht die *Grundrechte* der Kinder. Allerdings sollte mit Blick auf eine etwaige Neuregelung prospektiv nach abstrakten Mindestbedingungen gefragt werden, ohne die bei jedem Kind von einer Gefährdung seines späteren Wohls auszugehen ist; es ist also danach zu fragen, welche Umstände die späteren Grundrechte, insbesondere die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), das Recht auf Entwicklung zu einer selbstbestimmten Person (vgl. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) berühren würden.¹⁵⁰

Eine etwaige Neuregelung müsste jedenfalls die folgenden Mindestbedingungen erfüllen, um verfassungskonform ausgestaltet zu sein: Es müsste zunächst sichergestellt werden, dass alle Beteiligten umfassend über medizinische, psychosoziale und rechtliche Risiken aufgeklärt und beraten werden; denn nur so können sie überhaupt eine informierte, reflektierte Entscheidung treffen.¹⁵¹ Der Gesetzgeber müsste sodann insbesondere sicherstellen, dass die Leihmutter durch die Vereinbarung mit den intendierten Eltern nicht zum Objekt gemacht und ausgebeutet wird (Art. 1 Abs. 1 GG). Das bedeutet, dass die Freiwilligkeit des Handelns der Leihmutter vor und während der Schwangerschaft und nach der Geburt sichergestellt sein muss, also dass die Frau ohne

¹⁴⁷ Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (136 f.); Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina, *Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung*, 2019, 84 ff.

¹⁴⁸ Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (130).

¹⁴⁹ Vgl. Heun in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), *Umwege zum eigenen Kind*, 2008, 49–61 (57).

¹⁵⁰ Siehe vertiefend Wapler in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (117–127).

¹⁵¹ Vgl. Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina, *Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung*, 2019, 86: „Das Verfahren einer Leihmutterschaft muss in eine umfassende medizinische und psychosoziale Vorbereitung und Begleitung eingebettet sein. In diesem Rahmen sollten Erwartungen, Hoffnungen sowie potenzielle Konflikte angesprochen werden können.“

Zwang, Manipulation und auch nicht aus rein finanzieller Not handelt.¹⁵² Daraus ergibt sich richtigerweise, dass die Leihmutter ein Recht haben muss, das von ihr ausgetragene Kind „zu behalten“, das Kind also zu fairen Bedingungen nach der Geburt rechtlich und tatsächlich in Form einer Bedenkzeit oder einer Umentscheidungsfrist zugeordnet zu bekommen.¹⁵³ Weiter müsste die Leihmutter einen Anspruch auf eine angemessene medizinische und psychosoziale Versorgung vor und während der Zeugung, der Schwangerschaft und der Geburt haben (Art. 2 Abs. 2 GG).¹⁵⁴ Diskutiert werden müsste auch eine Auswahl der Leihmutter nach medizinischen und psychosozialen Kriterien.¹⁵⁵

Umgekehrt erfordern das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) der Leihmutter, sicherzustellen, dass die intendierten Eltern keine Verfügungsrechte über die Leihmutter und deren (körperliche) Selbstbestimmung erhalten; sie dürften also insbesondere keine spezifischen Untersuchungen während der Schwangerschaft verlangen oder die Geburtsmethode bestimmen und hätten auch kein Mitspracherecht etwa bei einem Schwangerschaftsabbruch aufgrund einer Mehrlingsschwangerschaft oder bei einem auffälligen genetischen Befund.¹⁵⁶

¹⁵² Vgl. *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (137): „Verfahrensrechtlich wäre sicherzustellen, dass die Leihmutter ihre Entscheidung frei und selbstbestimmt getroffen hat“. Der Vorschlag von *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina*, *Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung*, 2019, 86 geht insofern noch weiter: „Wie bei der Samen- und Eizellspende darf bei der Leihmutterschaft kein kommerzieller Anreiz vorliegen, sondern lediglich eine angemessene Aufwandsentschädigung gezahlt werden. Diese Aufwandsentschädigung wird staatlich begrenzt.“

¹⁵³ Vgl. *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (137): „Für die Leihmutter müsste hingegen ähnlich wie bei der Adoption eine faire und für sie finanzierbare Option bestehen, das Kind nach der Geburt bei sich zu behalten.“; ebenso *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina*, *Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung*, 2019, 86.

¹⁵⁴ *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (137).

¹⁵⁵ Vgl. *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina*, *Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung*, 2019, 86: „So sollte [die Leihmutter] bereits eigene Kinder haben, um die Belastungen durch Schwangerschaft und Geburt einschätzen zu können. Es darf keine medizinische Kontraindikation vorliegen. Es sollte nur eine begrenzte Anzahl von Schwangerschaften pro Leihmutter möglich sein.“

¹⁵⁶ *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (137): „Der Vertrag dürfte also keine bestimmte Geburtsmethode (Kaiserschnitt) vorsehen oder zu bestimmten Untersuchungen (Ultraschall, Fruchtwasserpunktion) verpflichten. Nicht zulässig wären auch standardisierte Vertragsklauseln, wie sie aus anderen Ländern bekannt sind, die den Frauen vollkommen unbedenkliche Verhaltensweisen während der Schwangerschaft verbieten (Sport, Geschlechtsverkehr).“; ebenso *Nationale Akademie der*

Ebenso müsste sichergestellt werden, dass das so zu zeugende Kind nicht zum Objekt der Vereinbarung gemacht werden darf (Art. 1 Abs. 1 GG).¹⁵⁷ Es müsste insbesondere mit Blick auf reale Missbrauchsgefahren sichergestellt werden, dass die Vereinbarung keinen versteckten Kinderhandel darstellt.¹⁵⁸ Das Kind dürfte nicht als Ware gehandelt werden, es dürfte also nicht zu einem Produkt gemacht werden, das man aufgrund konkreter Merkmale „bestellt“ („gesundes Mädchen“, „keine Zwillinge“)¹⁵⁹, oder gar bestellt und nicht abholt. Die intendierten Eltern wären vielmehr verpflichtet, das Kind „bedingungslos“ anzunehmen, ihnen stünde also kein „Rückgaberecht“ zu, etwa bei einem Kind mit Beeinträchtigungen.¹⁶⁰ Aus dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung (Art. 2 Abs. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) folgt weiter, dass eine anonyme Form der sog. Leihmutterschaft verfassungswidrig wäre; ähnlich etwa wie im Samenspenderregister müsste deshalb durch rechtliche Dokumentationspflichten und Auskunftsansprüche das Recht des Kindes auf Kenntnis der Geburtsmutter und einer gegebenenfalls involvierten Eizellspenderin gesichert werden.¹⁶¹ Den Gesetzgeber träfe dann eine Pflicht zur Überprüfung, ob die hohen verfassungsrechtlichen Anforderungen eingehalten werden.

Wissenschaften Leopoldina, Stellungnahme: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, 85.

¹⁵⁷ Für eine überzeugende und umfassende Erörterung der Kindesbelangen statt vieler *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (119 ff., 122 ff., 127).

¹⁵⁸ *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (123): „Eine rechtliche Regelung der Leihmutterschaft müsste sicherstellen können, dass sie der Gefahr eines verdeckten Handels mit Kindern wirksam entgegenwirkt. Ob dies unter den bestehenden Bedingungen in einer Gesellschaft mit einer marktförmig organisierten Wirtschaft überhaupt bzw. mit zumutbarem Aufwand möglich ist, obliegt einer Risikobewertung des Gesetzgebers und damit auch der demokratischen Entscheidung über die Frage, welche Risiken eine Gesellschaft um bestimmter individueller Freiheitsräume willen einzugehen bereit ist. Angesichts der hohen Bedeutung, die der Anspruch auf Respekt und das Verbot, zum Objekt gemacht zu werden, für unsere Gesellschaft und die gesamte Rechtsordnung haben, erscheint es durchaus legitim, eine Praxis zu verbieten, die in dieser Hinsicht ein bedeutendes Gefahrenpotenzial aufweist.“

¹⁵⁹ *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (127), wonach die Vereinbarung von „Qualitätsanforderungen“ unzulässig wäre.

¹⁶⁰ *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (137): „Die Wunscheltern müssten verpflichtet sein, das Kind in jedem Falle anzunehmen.“

¹⁶¹ *Wapler* in: Schramm/Wermke (Hrsg.), *Leihmutterschaft und Familie*, 2018, 107–147 (126 f.).

4. Selbstbestimmte Entscheidungen im Kontext von Zeugung, Schwangerschaft und Geburt

a) Gegenwärtige Rechtslage

Vor Durchführung einer jeden medizinischen Maßnahme, insbesondere eines Eingriffs in den Körper oder die Gesundheit, ist das behandelnde medizinische Personal verpflichtet, eine Einwilligung einzuholen (§ 630d Abs. 1 S. 1 BGB). Bei Einwilligungsunfähigkeit ist die Einwilligung eines hierzu Berechtigten einzuholen (§ 630d Abs. 1 S. 2 BGB). Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung wiederum ist eine wirksame Aufklärung nach der maßgeblichen Vorschrift der § 630e Abs. 1–4 (§ 630d Abs. 2 BGB). Besondere Beteiligungs- oder Schutzmechanismen, die eine informierte Einwilligung für vulnerable Personengruppen oder im Recht als nicht einwilligungsfähige Personen in reproduktiven Kontexten sicherstellen, gibt es hierzulande bisher nicht. Einen eigenen Straftatbestand, der etwa nicht-konsensuale Eingriffe während der Geburt unter Strafe stellt und sanktioniert, gibt es in Deutschland ebenfalls nicht. Grundsätzlich können solche Verletzungen allerdings als Körperverletzung (§§ 223 ff. StGB) bestraft werden oder es können zivilrechtliche Schmerzensgeld- und Schadensersatzansprüche bestehen.¹⁶²

Während einer Schwangerschaft gehören regelmäßige und zahlreiche Untersuchungen sowie eine enge medizinische Betreuung und Interventionen während der Geburt zum Alltag vieler Schwangerer. Einfachgesetzlich haben gesetzlich Krankenversicherte während der Schwangerschaft, bei und jedenfalls bis zwölf Wochen nach der Entbindung Anspruch auf ärztliche Betreuung sowie auf Hebammenhilfe einschließlich der Untersuchungen zur Feststellung der Schwangerschaft und zur Schwangerenvorsorge (§ 24d S. 1 SGB V). Die vorgesehenen Untersuchungen und Beratungen für diese Zeit sind den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses über die ärztliche Betreuung während der Schwangerschaft und nach der Entbindung (sog. „Mutterschafts-Richtlinien“) festgelegt.¹⁶³ Zudem haben Frauen einen gesetzlich verankerten Anspruch auf eine freie Wahl des Geburtsortes, und zwar ambulant oder stationär im Krankenhaus, in einer von einer Hebamme geleiteten Einrichtung, in einer ärztlich geleiteten Einrichtung oder im Rahmen einer Hausgeburt (§ 24f S. 1, 2 SGB V).

¹⁶² BMFSJ, Neunter Bericht der Bundesrepublik Deutschland, Beantwortung der Fragen und Themen des CEDAW-Ausschusses in der LoIPR vom 9. März 2020, Mai 2021, zu Nr. 16 a), S. 44 (Deutsche Übersetzung).

¹⁶³ Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses über die ärztliche Betreuung während der Schwangerschaft und nach der Entbindung („Mutterschafts-Richtlinien“) in der Fassung vom 10. Dezember 1985, zuletzt geändert am 19. August 2021, veröffentlicht im Bundesanzeiger AT 16.11.2021, in Kraft getreten am 17. November 2021.

Rechtspolitisch ist mit Blick auf dieses Themenfeld (bisher nur) geplant, das Nationale Gesundheitsziel „Gesundheit rund um die Geburt“ mit einem Aktionsplan umzusetzen.¹⁶⁴ Hierzu sollen „mögliche Fehlanreize rund um Spon-tangeburt und Kaiserschnitte“ evaluiert werden.¹⁶⁵ Daneben sind die Einführung einer 1:1-Betreuung durch Hebammen während „wesentlicher Phasen der Geburt“, der Ausbau hebammengeleiteter Kreißsäle sowie die Möglichkeit und Vergütung zur ambulanten, aufsuchenden Geburtsvorsorge und Nachsorge für angestellte Hebammen an Kliniken geplant.¹⁶⁶ Zudem soll kurzfristig eine bedarfsgerechte auskömmliche Finanzierung für die Geburtshilfe geschaffen werden.¹⁶⁷

b) Völkerrechtliche Kritik

Auf internationaler Ebene wird mit Blick auf den gesamten Lebensbereich der Schwangerschaft und Geburt zunehmend Kritik laut. Diese Kritik bezieht sich vor allem auf die Missachtung der Selbstbestimmungsrechte im medizinischen Kontext, insbesondere bei schwangeren und gebärenden Frauen. Es bedarf bedauerlicherweise offenbar mehrfacher gesonderter Klarstellung, dass bei medizinischen Eingriffen in die reproduktive Selbstbestimmung und Gesundheit stets eine informierte und partizipative Entscheidungsfindung zu gewährleisten ist und dabei sensibel auf die Bedürfnisse und Perspektiven von Frauen einzugehen ist.¹⁶⁸ Um Selbstbestimmungsrechte in reproduktiven Kontexten zu sichern, gilt es, jegliche Form von Zwang, wie etwa nicht-konsensuale Eingriffe bei gynäkologischen Untersuchungen oder während der Geburt, zu verhindern, zu entschädigen und zu sanktionieren.¹⁶⁹ Eine fehlende geburtshilfliche Notfallversorgung kann eine Verletzung des Rechts auf Leben der schwangeren Frauen bedeuten und unter Umständen auch eine Folter oder grausame, unmenschliche oder entwürdigende Behandlung darstellen.¹⁷⁰ Die WHO hat aufgrund der steigenden medizinischen Interventionsrate während der Geburt zu

¹⁶⁴ Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 67.

¹⁶⁵ Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 67.

¹⁶⁶ Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 67.

¹⁶⁷ Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 67.

¹⁶⁸ CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 22, 31 e); Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women’s sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 11, 25, 40 f., 54, 61; vgl. auch CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 25, Nr. 28, 39, vgl. im Einzelnen Nr. 40–49.

¹⁶⁹ Council of Europe: Commissioner for Human Rights, Issue Paper, Women’s sexual and reproductive health and rights in Europe, 2017, 12.

¹⁷⁰ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 10.

zahlreichen üblichen geburtshilflichen Praktiken evidenzbasierte Empfehlungen erstellt, die Selbstbestimmungsrechte für Frauen während der Geburt besser wahren sollen.¹⁷¹

Besonders besorgniserregend ist in diesem Kontext die Situation von Frauen mit Behinderungen. Menschen mit Behinderungen steht nicht nur ein Recht auf den gleichen Genuss reproduktiver Rechte zu, sondern sie haben zudem Anspruch auf reproduktive Gesundheitsdienstleistungen, die sie gerade aufgrund ihrer Behinderung benötigen (vgl. auch Art. 25 BRK).¹⁷² Der UN-Behindertenrechtsausschuss hat allerdings darauf hingewiesen, dass Einrichtungen der Gesundheitsversorgung, wie etwa gynäkologische Untersuchungsstühle oder bei geburtshilflichen Dienstleistungen, für Frauen mit Behinderungen häufig bereits physisch nicht zugänglich sind oder ein Transfer zu einem Besuch solcher Einrichtungen nicht verfügbar, unerschwinglich oder nicht zugänglich ist.¹⁷³ Vor allem ist bei Personen mit Behinderungen allerdings sicherzustellen, dass sie ihre reproduktiven Entscheidungen frei treffen können und vor Zwangsabtreibung sowie vor Verhütung oder Sterilisationen gegen ihren Willen oder ohne informierte Einwilligung (*informed consent*) geschützt werden.¹⁷⁴ Hierzu zählt auch die Nichteinmischung von nicht-staatlichen Akteuren bei der eigenständigen Entscheidungsfindung (*autonomous decision-making*) sicherzustellen.¹⁷⁵ Denn in der Praxis werden die Entscheidungen von Menschen mit Behinderungen oft von Dritten, etwa gesetzlichen Vertretern, Betreuenden oder Familienmitgliedern, getroffen.¹⁷⁶ Gerade in Bezug auf die sexuelle und reproduktive Gesundheit ist es also zentral, die rechtliche Handlungsfähigkeit von Frauen mit Behinderungen zu wahren (Art. 12 BRK), indem sie ihre eigenen Entscheidungen über medizinische und/oder therapeutische Behandlungen, auf Wunsch auch mit Unterstützung, treffen können.¹⁷⁷ Denn die Beschränkung

¹⁷¹ Vgl. WHO, WHO recommendations: intrapartum care for a positive childbirth experience, 2018.

¹⁷² CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 24.

¹⁷³ CRPD, General Comment No. 3, 2016, CRPD/C/GC/3, Nr. 42, 48, 57; siehe etwas allgemeiner bereits CEDAW, General Comment No. 24, 1999, Nr. 25.

¹⁷⁴ CRPD and CEDAW, Joint statement by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), Guaranteeing sexual and reproductive health and rights for all women, in particular women with disabilities, 29.8.2018.

¹⁷⁵ CRPD and CEDAW, Joint statement by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), Guaranteeing sexual and reproductive health and rights for all women, in particular women with disabilities, 29.8.2018.

¹⁷⁶ CRPD, General Comment No. 3, 2016, CRPD/C/GC/3, Nr. 44.

¹⁷⁷ CRPD, General Comment No. 3, 2016, CRPD/C/GC/3, Nr. 44, 51. Siehe dazu mit Blick auf Art. 3 lit. a), Art. 12, Art. 25 lit. d) UN-BRK Lachwitz, KJ 2012, 385–404 (318 ff., 390 ff., 395).

oder Aberkennung der rechtlichen Handlungsfähigkeit kann erzwungene Eingriffe wie Sterilisation, Abtreibung, Verhütung oder chirurgische Eingriffe erleichtern.¹⁷⁸ Der UN-Behindertenrechtsausschuss hat deshalb Deutschland aufgefordert, über bestehende Schutzmechanismen zu informieren, die sicherstellen, dass bei Menschen mit Behinderungen durchgeführte medizinische Behandlungen mit ihrem freien und informierten Einverständnis durchgeführt werden.¹⁷⁹ Die Bundesregierung musste allerdings zugeben, dass besondere Schutzmechanismen hierzulande gerade nicht existieren.¹⁸⁰

c) Erkenntnisse aus der Lebenspraxis

Zunächst offenbaren sich eklatante Leerstellen mit Blick auf Forschungs- und Wissensstand hinsichtlich der Gesundheitsversorgungssituation von Frauen während einer Schwangerschaft und Geburt. Die WHO hat bereits im Jahr 2015 darauf aufmerksam gemacht, dass es mögliche Menschenrechtsverletzungen in der Geburtshilfe überhaupt erst wissenschaftlich aufzudecken und so dann praktisch zu verhindern gilt.¹⁸¹ In Deutschland mangelt es laut einem Bericht aus dem Jahr 2021 der damals amtierenden Bundesregierung bisher weiterhin an statistischer Datenerhebung zur Verbreitung von Gewalt unter der Geburt und zum Einfluss auf Gesundheit, Wohlbefinden und Entscheidungen der Frauen.¹⁸² Zur Betroffenheit von Gebärenden lagen der damaligen Bundesregierung nach eigener Aussage keine belastbaren statistischen Daten vor; es wurde allerdings angekündigt, zeitnah Forschung zu diesem Themenkomplex zu initiieren.¹⁸³ Unzureichendes Wissen besteht insbesondere auch mit Blick auf die Versorgungssituation von Frauen mit Behinderungen. Angekündigt war deshalb ein vom Bund gefördertes Forschungsvorhaben, das unter Einbindung von Betroffenen bestehende Angebote zur gynäkologischen Versorgung von

¹⁷⁸ CRPD, General Comment No. 3, 2016, CRPD/C/GC/3, Nr. 44 f.

¹⁷⁹ CRPD, List of issues prior to the submission of the of the combined second and third periodic report of Germany, 10. Oktober 2018, CRPD/C/DEU/QPR/2-3, Nr. 26 c).

¹⁸⁰ BMAS, Zweiter und dritter Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, zu Nr. 26 c), 48.

¹⁸¹ Vgl. WHO, Vermeidung und Beseitigung von Geringschätzung und Misshandlung bei Geburten in geburtshilflichen Einrichtungen, 2015.

¹⁸² Vgl. dazu die Antwort der Bundesregierung in BMFSFJ, Neunter Bericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), 44, Zu Ziffer 16.

¹⁸³ BMFSJ, Neunter Bericht der Bundesrepublik Deutschland, Beantwortung der Fragen und Themen des CEDAW-Ausschusses in der LoIPR vom 9. März 2020, Mai 2021, zu Nr. 16 a), S. 44 (Deutsche Übersetzung).

Frauen und Mädchen mit Behinderungen untersucht und Handlungsempfehlungen zur Verbesserung erstellt.¹⁸⁴ Die Aussagen lassen allenfalls vage gehaltene Absichtserklärungen der damaligen Bundesregierung erkennen.

Mit Blick auf den Bereich der geburtshilflichen Versorgung sind vereinzelte Beiträge zu Ursachen und Folgen von Gewalterfahrungen während der Geburt vorzufinden, die von dieser Arbeit berücksichtigt werden.¹⁸⁵ In der Praxis drohen strukturelle Missstände im Geburtshilfesystem, insbesondere eine zunehmende Medikalisierung und lückenlose Überwachung während der Schwangerschaft und der Geburt, unzureichende Aufklärung und Informationen über Entscheidungsspielräume und ein in Deutschland seit Jahren bestehender und bekannter Hebammenmangel, selbstbestimmte Entscheidungen über medizinische Maßnahmen und Interventionen während der Schwangerschaft und der Geburt zu erschweren.¹⁸⁶ Abseits der rechtswissenschaftlichen Forschung gibt es Vorschläge, wie sich Selbstbestimmung der gebärenden Person und das fundamentale Angewiesensein auf andere während der Geburt als wenig planbar gestaltendes Ereignis konzeptionell berücksichtigen lassen.¹⁸⁷

d) Relevante Grundrechtsnormen

Angesichts der zwar unzureichend erforschten, aber offenbar in Kritik stehenden Gesundheitsversorgungssituation und der besorgniserregenden völkerrechtlichen Kritik bedarf es gesonderter Klarstellung, dass eine schwangere bzw. gebärende Person Grundrechtsträgerin bleibt, der Entscheidungsfreiheiten mit Blick auf jegliche Untersuchungen während der Schwangerschaft zukommen. Der Kreißsaal ist ebenfalls kein grundrechtsfreier Raum. Eine Geburt kann eine vulnerable Ausnahmesituation darstellen, allerdings verliert eine Frau unter der Geburt in aller Regel nicht ihre Einwilligungsfähigkeit, sondern ist weiterhin (Entscheidungs-) Subjekt mit eigenen Bedürfnissen und Wünschen (Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), die freilich

¹⁸⁴ BMAS, Zweiter und dritter Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, zu Nr. 4, 8.

¹⁸⁵ Zu Definition, möglichen Folgen und Ursachen von Gewalt unter der Geburt siehe aber bereits aus soziologischer Perspektive etwa *Mundlos*, Die Hebamme 30 (2017), 312–318; aus Perspektive einer Hebamme etwa *Domanig*, Die Hebamme 30 (2017), 336–345; siehe zum Spannungsfeld der Geburt zwischen Interaktion, Professionalisierung und Gewalterfahrung *Ameli/Valdor*, Gender 03/2020, 141–156 (144 ff.).

¹⁸⁶ *Klein/Wapler*, APuZ 2019, 20–26 (25 f.); vgl. *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (195); ausführlich *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 94 ff., 117 ff.

¹⁸⁷ Aus soziologischer Perspektive zu Möglichkeiten und Grenzen von Selbstbestimmung während der Geburt *Eckardt*, *Femina Politica*, 02/2020, 63–75 (insb. 67 ff.); siehe auch *Tegethoff* in: *Villa/Moebius/Thiessen* (Hrsg.), *Soziologie der Geburt*, 2011, 101–128 (insb. 123 ff.).

auf die Hilfe und Unterstützung durch Hebamme und medizinisches Personal angewiesen ist.

Jegliche Maßnahmen, die den Lebensbereich der Schwangerschaft und der Geburt und zugleich den Körper von Frauen betreffen, etwa Regelungen zu medizinischen Untersuchungen und Eingriffen, tangieren die Autonomie und Gesundheit der Betroffenen und berühren deshalb sowohl das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) als auch das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG).¹⁸⁸ Reproduktive Entscheidungen, wie etwa die Entscheidung für oder gegen einen Schwangerschaftsabbruch oder für oder gegen eine Sterilisation, sind höchstpersönlich (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG).¹⁸⁹ In jedem Fall verpflichten deshalb die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) stets dazu, den (auch non-verbalen) Willen von der betroffenen – im Recht als (vorübergehend) nicht einwilligungsfähig geltenden – Person hinreichend konkret zu ermitteln, d. h. der geäußerte Wille ist zu berücksichtigen, es ist auf die individuellen Belange einzugehen; dabei sind die Betroffenen über die geplante Handlung bzw. über Bedeutung und Tragweite des Eingriffs in einer wahrnehmbaren und verständlichen Art und Weise zu informieren.¹⁹⁰ Bei medizinischen Zwangseingriffen ist unstreitig, dass diese jedenfalls einen Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) darstellen.¹⁹¹ Bei Zwangssterilisationen (§§ 1631c, 1905 BGB) oder Zwangsabtreibungen kommt jedoch auch eine Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) in Betracht.¹⁹²

Eine staatliche Gewährleistung von Mindeststandards bei der reproduktiven Gesundheitsversorgung von Frauen ergibt sich zum einen aus deren Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), und zwar in

¹⁸⁸ Vgl. statt vieler *Wapler* in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2018, 185–213 (195 ff.); *Klein/Wapler*, *APuZ* 2019, 20–26 (20 f., 24 ff.); siehe auch *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 19, 79 f., 136, 137 f., insb. 94 ff., 117 ff.;

¹⁸⁹ *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), *GG I*, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 131, 122, 124.

¹⁹⁰ *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), *GG I*, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 122, 127, 131; siehe dazu vertiefend *Lachwitz*, *KJ* 2012, 385–404 (391): „Der Begriff „support“ in Art. 12 Abs. 3 UN-BRK [ist] so auszulegen, dass behinderten Menschen eine Unterstützung angeboten werden soll, die es ihnen ermöglicht, die Rechts- und Handlungsfähigkeit selbst auszuüben, ohne auf einen gesetzlichen Vertreter zurückgreifen zu müssen, der an Stelle der von der persönlichen Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit ausgeschlossenen behinderten Menschen rechtswirksam tätig werden soll.“ Es geht also darum, „behinderten Menschen zur Ausübung ihrer rechtlichen Handlungsfähigkeit („exercising their legal capacity“) zu verhelfen.“ (S. 393).

¹⁹¹ *BVerfG*, Beschluss vom 23. März 2011 – 2 BvR 882/09 –, juris Rn. 44; *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, *GG*, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 116.

¹⁹² *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), *GG I*, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 122, 131.

Form einer staatlichen Schutzpflicht. Das Bundesverfassungsgericht hat zudem auf eine staatliche Schutzpflicht gegenüber dem ungeborenen Leben hingewiesen, die den Gesetzgeber zu einer wohnortsnahen reproduktiven Gesundheitsversorgung von Frauen verpflichtet.¹⁹³ Zudem umfasst das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG) auch die Sicherstellung einer notwendigen medizinischen Versorgung.¹⁹⁴ Daneben wird vereinzelt vorgeschlagen, dass Art. 6 Abs. 4 GG eine staatliche Gewährleistung einer angemessenen medizinischen Versorgung während der Schwangerschaft und insbesondere während der Geburt zu entnehmen ist, was jedenfalls ein Untermaßverbot für die Ausstattung der Geburtshilfeversorgung beinhaltet, welches zum Schutz der gebärenden Frauen nicht unterschritten werden darf.¹⁹⁵

Folgt man der Empfehlung des CEDAW-Ausschusses, sind Verletzungen der reproduktiven Gesundheit und Rechte von Frauen, etwa auch während der Geburt, als Formen geschlechtsspezifischer Gewalt und damit als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (Art. 3 Abs. 3 GG) und gegebenenfalls auch als Verstoß gegen das Gleichberechtigungsgesetz (Art. 3 Abs. 2 GG) zu diskutieren.¹⁹⁶

e) Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum

Die enorme Schieflage bei der geburtshilflichen Versorgung sollte zunächst weiter aufgedeckt werden und sodann vor allem auch tatsächlich adressiert werden. Es bedarf insbesondere einer Aufarbeitung zum Ausmaß geburtsspezifischer Gewalt. Sofern diese empirische Befundlage auf systematische Verletzungen in der Geburtshilfe schließen lässt, sollten diese rechtlich adressiert werden. Ein großer Handlungsbedarf besteht offenbar auch bei der Versorgungssituation von Frauen mit Behinderungen, die dringend zu verbessern ist. Insbesondere ist eine Debatte über Schutzmechanismen wichtig, die sicherstellen, dass bei Menschen mit Behinderungen durchgeführte medizinische Behandlungen mit ihrem freien und informierten Einverständnis durchgeführt werden und dass deren individuellen Belange im Sinne einer partizipativen Entscheidungsfindung hinreichend berücksichtigt werden.

¹⁹³ Vgl. BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 354 ff., insb. 363, 365, 368, wonach der Staat für eine wohnortnahe ärztliche Betreuung und Versorgung von Frauen im Falle eines Schwangerschaftsabbruchs zu sorgen hat.

¹⁹⁴ BVerfG, Urteil vom 9. Februar 2010 – 1 BvL 1/09 –, juris Rn. 133, 135.

¹⁹⁵ Siehe nur *Klimke*, KJ 2020, 513–528 (523).

¹⁹⁶ Vgl. CEDAW, General Comment No. 35, 2017, Nr. 18.

5. Die Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden

a) Gegenwärtige Rechtslage

Im Falle einer ungewollten Schwangerschaft, die beendet werden soll, finden sich die maßgeblichen Vorschriften zum Schwangerschaftsabbruch im Strafgesetzbuch (§§ 218 ff. StGB). Die gegenwärtige Kriminalisierung geht auf eine in sich widersprüchliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zurück, bei der sowohl die von dieser Arbeit herausgearbeiteten Hintergrundannahmen als auch die Konstruktion der Grundrechtspositionen von Embryo und Schwangerer überprüfungswürdig erscheinen.¹⁹⁷ Nach dem vom Bundesverfassungsgericht favorisierten Regelungsmodell, das der Gesetzgeber entsprechend den detaillierten Vorgaben übernahm, ist eine ungewollt schwangere Person, die während der ersten zwölf Wochen einen Abbruch vornehmen lassen möchte, verpflichtet, sich zuvor einer Beratung zu unterziehen und eine im Strafgesetzbuch vorgesehene Wartezeit von drei Tagen vor Durchführung des Eingriffs abzuwarten (§§ 218, 218a Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3, 219 StGB). Aufgrund der strafrechtlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs haben Betroffene die Kosten nach der sog. Beratungsregelung – also in 96 Prozent der Fälle – grundsätzlich selbst zu tragen.¹⁹⁸ Anders ist dies bei den nach wie vor bestehenden gesetzlichen Indikationen für einen Schwangerschaftsabbruch, wenn also medizinische Gründe bestehen (§ 218a Abs. 2 StGB) oder die Schwangerschaft auf eine Sexualstraftat zurückgeht (§ 218a Abs. 3 StGB).

Rechtspolitisch ist geplant, dass die einzuberufende Kommission neben einer etwaigen Einführung von Eizellspende und sog. altruistischer Leihmutterchaft auch Regulierungen für den Schwangerschaftsabbruch außerhalb des Strafgesetzbuches prüft.¹⁹⁹ Geplant ist auch, das Konzept zur Fortentwicklung der Qualifizierung von Ärztinnen und Ärzten zu aktualisieren, um auch medikamentöse Schwangerschaftsabbrüche leichter verfügbar zu machen.²⁰⁰

¹⁹⁷ Siehe zur Analyse Kapitel 3, V. 3. und 4.

¹⁹⁸ Je nach gewählter Methode – operativ oder medikamentös – betragen die Kosten etwa zwischen 350 und 600 Euro, vgl. <https://www.familienplanung.de/schwangerschaftskonflikt/schwangerschaftsabbruch/die-kosten-eines-schwangerschaftsabbruchs/#c65076> (zuletzt 27.12.2022). Einen Anspruch auf Kostenübernahme haben ungewollt schwangere Personen im Transferleistungsbezug (vgl. § 19 Abs. 1, 3 SchKG). Bei geringem Einkommen können Betroffene vor dem Eingriff einen Antrag auf Kostenübernahme stellen. Die Einkommensgrenze liegt derzeit bei monatlich 1.258 Euro und erhöht sich bei bereits vorhandenen Kindern (vgl. § 19 Abs. 2 SchKG, Stand Juli 2020).

¹⁹⁹ Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 92.

²⁰⁰ Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 64.

b) Völkerrechtliche Kritik

Seit einigen Jahren wird die Kriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs völkerrechtlich von verschiedenen Seiten kritisiert.²⁰¹ Der CEDAW-Ausschuss forderte bereits im Jahr 2016 dazu auf, dass Rechtsvorschriften, die der sexuellen und reproduktiven Gesundheit im Wege stehen, außer Kraft gesetzt werden, und zwar insbesondere Rechtsvorschriften, die den Schwangerschaftsabbruch kriminalisieren oder Wartefristen und die Zustimmung Dritter zu einem Schwangerschaftsabbruch erfordern.²⁰² Besonderes Augenmerk sollte nach den dortigen Ausschussempfehlungen auf die reproduktive Gesundheitsversorgung von Frauen in ländlichen Gebieten gelegt werden, damit diese zum einen Zugang zu sicherem Schwangerschaftsabbruch und fachgerechter Versorgung nach Abbrüchen, unabhängig davon, ob der Schwangerschaftsabbruch legal ist, erhalten und zum anderen, damit deren pränatale, perinatale, postnatale und geburtshilfliche Versorgung sichergestellt ist.²⁰³ Genauso forderte der UN-Sozialausschuss die Vertragsstaaten auf, einseitige Beratungen oder verpflichtende Wartefristen vor einem Schwangerschaftsabbruch abzuschaffen sowie Maßnahmen zu treffen, die bei einer Verweigerung eines Abbruchs aus Gewissensgründen eine Pflicht der Gesundheitsdienste begründet, in diesem Fall für Ersatz zu sorgen.²⁰⁴

Insbesondere mit Blick auf die deutsche Rechts- und Versorgungslage zeigte sich der CEDAW-Ausschuss besorgt darüber, dass Frauen, die einen Schwangerschaftsabbruch auf eigenes Verlangen wünschen, eine verpflichtende Beratung in Anspruch nehmen und eine vorgeschriebene Wartezeit von drei Tagen einhalten müssen, welche die WHO für medizinisch nicht erforderlich erklärt hat.²⁰⁵ Zweitens verwies der Ausschuss darauf, dass in solchen Fällen die Krankenversicherung die Kosten des Schwangerschaftsabbruchs nicht trägt, obwohl in Sonderfällen und nach einer Bedürftigkeitsprüfung die Kosten für einen Schwangerschaftsabbruch nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz übernommen werden könnten.²⁰⁶ Folglich habe Deutschland den Zugang zu sicheren Schwangerschaftsabbrüchen sicherzustellen, ohne der Frau eine verpflichtende Beratung und eine dreitägige Wartezeit aufzuerlegen, und dabei zugleich zu gewährleisten, dass solche Eingriffe von der

²⁰¹ Siehe jüngst auch WHO, *Abortion care guideline*, 2022, insb. 22 ff., 41 f.; bereits WHO, *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems*, 2012, insb. 87 ff.

²⁰² CEDAW, General Comment No. 34, 2016, Nr. 39 c).

²⁰³ CEDAW, General Comment No. 34, 2016, Nr. 37, 39 a).

²⁰⁴ CESCR, General Comment No. 22, 2016, E/C.12/GC/22, Nr. 41, 43.

²⁰⁵ CEDAW, *Abschließende Bemerkungen zum kombinierten siebten und achten periodischen Staatenbericht Deutschlands*, 2017, CEDAW/C/DEU/CO/7–8, Nr. 37 b); WHO, *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems*, 2012, 96 f.; jüngst erneut WHO, *Abortion care guideline*, 2022, 41.

²⁰⁶ CEDAW, *Abschließende Bemerkungen zum kombinierten siebten und achten periodischen Staatenbericht Deutschlands*, 2017, CEDAW/C/DEU/CO/7–8, Nr. 37 b).

Krankenversicherung übernommen werden.²⁰⁷ Dabei mahnte der UN-Ausschuss Deutschland explizit an, die Zugänglichkeit und Verfügbarkeit von Angeboten für einen Schwangerschaftsabbruch (*abortion services*) in der Praxis zu gewährleisten und die regionale Abdeckung, Kapazitäten und geographische Verteilung der Hilfsangebote bei einem Schwangerschaftsabbruch (*abortion care services*) zu überwachen und zu bewerten.²⁰⁸

c) Erkenntnisse aus der Lebenspraxis

Grundlegend muss zunächst bei unbeabsichtigt eingetretenen Schwangerschaften zwischen einerseits ungeplanten, aber gewollten und andererseits ungewollten Schwangerschaften unterschieden werden.²⁰⁹ *Ungewollte* Schwangerschaften sind zunächst als multifaktorielles Geschehen zu begreifen, das unter dem Einfluss von Bedingungsfaktoren wie sexueller Aktivität, Verhütungsverhalten, (nicht) vorhandenem Kinderwunsch, Alter, Partnerschaft, bereits vorhandenen Kindern, Beruf, Wohnung, Geld, Gesundheit und sozialen Normen wie persönlichen Ressourcen steht.²¹⁰ Dieser soziale Kontext ist damit bei ungewollten Schwangerschaften zentral in den Blick zu nehmen.²¹¹ Ein großer

²⁰⁷ CEDAW, Abschließende Bemerkungen zum kombinierten siebten und achten periodischen Staatenbericht Deutschlands, 2017, CEDAW/C/DEU/CO/7–8, Nr. 38 b).

²⁰⁸ CEDAW, List of issues and questions prior to the submission of the ninth periodic report of Germany, März 2020, CEDAW/C/DEU/QPR/9 (ADVANCE UNEDITED VERSION), Nr. 16 b).

²⁰⁹ BZgA (Hrsg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 23–26, 277, 282, *passim*.

²¹⁰ BZgA (Hrsg.), *frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 278, 284. Neue wissenschaftlich basierte Erkenntnisse zum Erleben und Verarbeiten ungewollter Schwangerschaften, zu den psychosozialen Beratungs- und Unterstützungsangeboten sowie zur medizinischen Versorgungssituation soll eine Studie mit dem Titel „Erfahrungen und Lebenslagen ungewollt Schwangerer – Angebote der Beratung und Versorgung (Elsa)“ in Auftrag gegeben vom BMG bis Herbst 2023 liefern, vgl. <https://elsa-studie.de> (zuletzt 27.12.2022).

²¹¹ BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 249 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon: „Neben wirtschaftlichen oder materiellen Gründen – etwa unzulängliche Wohnverhältnisse, nicht ausreichendes oder ungesichertes Einkommen der vielleicht schon vielköpfigen Familie, Notwendigkeit einer Erwerbstätigkeit beider Ehegatten – stehen persönliche Gründe: die immer noch nicht beseitigte gesellschaftliche Diskriminierung der unverheirateten Mutter, der Druck des Erzeugers oder der Familie, die Furcht vor einer Gefährdung der Partnerbeziehung oder einem Zerwürfnis mit den Eltern, der Wunsch oder die Notwendigkeit, eine begonnene Ausbildung fortzusetzen oder einen Beruf weiter auszuüben, Schwierigkeiten in der Ehe, das Gefühl, der Betreuung weiterer Kinder physisch oder psychisch nicht mehr gewachsen zu sein, bei Alleinstehenden auch die Ablehnung einer nicht zu verantwortenden Heimerziehung des Kindes. Die Angst der Schwangeren, daß die ungewollte Schwangerschaft zu einem irreparablen Einbruch in ihre persönliche Lebensgestaltung oder den Lebensstandard der Familie führen wird, das Empfinden, daß sie beim Austragen ihrer Leibesfrucht nicht auf eine wirksame Hilfe der Umwelt rechnen

Teil, ungefähr ein Drittel der Schwangerschaften, ist nach einer Untersuchung im Auftrag der BZgA *nicht beabsichtigt* gewesen.²¹² 17,7 Prozent dieser Schwangerschaften waren explizit *ungewollt*, von denen aber deutlich mehr als die Hälfte ausgetragen wurde.²¹³ Dieser Erhebung zufolge haben demnach 57 Prozent der befragten ungewollte schwangere Personen die Schwangerschaft ausgetragen, 43 Prozent haben sie durch einen Schwangerschaftsabbruch beendet.²¹⁴ Jährlich entscheiden sich derzeit etwa 100.000 ungewollt schwangere Frauen in Deutschland für einen Schwangerschaftsabbruch, etwa 60 Prozent dieser Frauen haben bereits Kinder.²¹⁵ Auch diese Erkenntnis ist wichtig, um zu verstehen, dass ein Schwangerschaftsabbruch aus der realen Sorge vorgenommen wird, der Verantwortung für ein (weiteres) Kind nicht allein oder gemeinsam gerecht werden zu können.²¹⁶ 96 % der im Jahr 2020 verzeichneten Schwangerschaftsabbrüche wurden nach der sog. Beratungsregelung vorgenommen.²¹⁷

Zu einem Überblick über empirische Erkenntnisse in diesem kontrovers diskutierten Bereich zählt auch der Hinweis auf weit verbreitete Annahmen, die auch wissenschaftlich unterschiedlich eingeordnet werden. Unter dem Stichwort des sog. „*Post Abortion Syndrom*“ wird von unterschiedlichen Seiten auf die Gefahr psychischer Spätfolgen bei Personen, die einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen, hingewiesen.²¹⁸ Zu dieser Thematik gibt es keine aktuelle aussagekräftige deutsche Studie. International allerdings sind bereits zahlrei-

kann, sondern daß die nachteiligen Folgen eines nicht nur von ihr zu verantwortenden Verhaltens sie allein treffen, lassen ihr die Schwangerschaftsunterbrechung häufig als einzigen Ausweg erscheinen.“

²¹² BZgA (Hrsg.), *Frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 282 f.

²¹³ BZgA (Hrsg.), *Frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 282 f.

²¹⁴ BZgA (Hrsg.), *Frauen leben 3. Familienplanung im Lebenslauf von Frauen*, 2016, 283.

²¹⁵ Statisches Bundesamt, *Anzahl der Schwangerschaftsabbrüche in Deutschland nach rechtlicher Begründung, Dauer der Schwangerschaft und vorangegangenen Lebendgeborenen im Zeitvergleich ab 2012*, Stand 24. März 2021; siehe zu den pandemiebedingten Schwankungen Statisches Bundesamt, *Anzahl der Schwangerschaftsabbrüche in Deutschland im 2. Quartal 2021 insgesamt nach verschiedenen Merkmalen, Anteilen und Veränderung zum Vorjahr*, Stand 28. September 2021.

²¹⁶ *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), *GG I*, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 128; vgl. auch BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris Rn. 249 – abw. Meinung Rupp-von Brünneck und Simon.

²¹⁷ Statisches Bundesamt, *Anzahl der Schwangerschaftsabbrüche in Deutschland nach rechtlicher Begründung, Dauer der Schwangerschaft und vorangegangenen Lebendgeborenen im Zeitvergleich ab 2012*, Stand 24. März 2021.

²¹⁸ So etwa auch das BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 229, 255, allerdings ohne namentliches Nennen einer Quelle.

che Studien hierzu ergangen sowie Publikationen, die diese Studien auswerten.²¹⁹ Diese Studien kommen zum Teil zu konträren Ergebnissen und unterscheiden sich methodisch in ihrer Belastbarkeit, etwa mit Blick auf die Datenerhebung, die Vergleichsgruppenbildung oder die Berücksichtigung von Kontextfaktoren wie familiärer Hintergrund, Missbrauch in der Kindheit oder psychischen Vorerkrankungen wie Depressionen oder Angststörungen.²²⁰ Wenn gleich es sich damit um ein (auch) wissenschaftlich umkämpftes Terrain handelt, kommt die Mehrzahl der – von anderen Wissenschaftsdisziplinen als methodisch belastbar eingestuft²²¹ – Studien zu dem Ergebnis, dass ein Schwangerschaftsabbruch allein das Risiko für die spätere Entwicklung psychischer Störungen wohl nicht erhöht.²²² Sie kommen deshalb zu dem Ergebnis, dass ein etwaiges sog. „*Post Abortion Syndrom*“ statisch nicht belegbar ist.²²³

²¹⁹ Siehe dazu die umfassende Übersicht bei Wissenschaftlicher Dienst, Studien zu psychischen Folgen von Schwangerschaftsabbrüchen – Zu den Ergebnissen und zur Methodik, WD 9 – 3000 – 012/19 (2019) mit zahlreichen Verweisen auf Studien aus den USA, Großbritannien, Dänemark und den Niederlanden, vgl. etwa die Übersichtsarbeit im Auftrag des britischen Gesundheitsministeriums: National Collaborating Centre for Mental Health (NCCMH), *Induced abortion and mental health, A systematic review of the mental health outcomes of induced abortion, including their prevalence and associated factors*, 2011, abrufbar unter: https://www.aomrc.org.uk/wp-content/uploads/2016/05/Induced_Abortion_Mental_Health_1211.pdf (zuletzt 27.12.2022); siehe weiter die Auswertung einer Arbeitsgruppe der American Psychological Association (APA): Major/Appelbaum/Beckman u.a., *Report of the APA Task Force on Mental Health and Abortion*, abrufbar unter: <https://www.apa.org/pi/women/programs/abortion/mental-health.pdf> (zuletzt 27.12.2022), siehe dort auch zur Gegenauffassung und deren Bewertung etwa: Coleman/Coyle/Shupin u. a., *Induced abortion and anxiety, mood, and substance abuse disorders: Isolating the effects of abortion in the national comorbidity survey*, in: *Journal of Psychiatric Research*, 2009, abrufbar unter: <http://www.vidaymujer.es/Coleman-et-al-article.pdf> (zuletzt 27.12.2022).

²²⁰ Siehe dazu die gelungene Aufbereitung durch *Wissenschaftlicher Dienst*, Studien zu psychischen Folgen von Schwangerschaftsabbrüchen – Zu den Ergebnissen und zur Methodik, WD 9 – 3000 – 012/19 (2019).

²²¹ Siehe für diese Nachweise *Wissenschaftlicher Dienst*, Studien zu psychischen Folgen von Schwangerschaftsabbrüchen – Zu den Ergebnissen und zur Methodik, WD 9 – 3000 – 012/19 (2019), 6, 14, *passim*.

²²² Siehe für wissenschaftlich belastbare Meta-Studien etwa: National Collaborating Centre for Mental Health (NCCMH), *Induced abortion and mental health, A systematic review of the mental health outcomes of induced abortion, including their prevalence and associated factors*, 2011, abrufbar unter: https://www.aomrc.org.uk/wp-content/uploads/2016/05/Induced_Abortion_Mental_Health_1211.pdf (zuletzt 27.12.2022) sowie Major/Appelbaum/Beckman u.a., *Report of the APA Task Force on Mental Health and Abortion*, abrufbar unter: <https://www.apa.org/pi/women/programs/abortion/mental-health.pdf> (zuletzt 27.12.2022).

²²³ Hierauf weist auch die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung auf ihrem wissenschaftlich überprüften Informationsportal hin, abrufbar unter: <https://www.familienplanung.de/beratung/schwangerschaftsabbruch/der-schwangerschaftsabbruch-traurig-und-erleichternd-zugleich/> (zuletzt 27.12.2022).

Die Datenlage zu der Gesundheitsversorgungslage ungewollt Schwangerer, die einen Abbruch vornehmen lassen (wollen), ist bislang äußerst lückenhaft. Die mediale Berichterstattung weist auf eine deutliche Verschlechterung der Versorgungslage in den letzten Jahren hin.²²⁴ Die vorherige Bundesregierung gab im Jahr 2019 an, keine Kenntnis zur Versorgungslage zu haben, weil die Anzahl der Arztpraxen und Kliniken, die Abbrüche vornehmen, statisch nicht ausreichend erfasst wird.²²⁵ Notwendige neue belastbare Daten zur medizinischen Versorgungssituation und auch zu den Erfahrungen und Lebenslagen ungewollt Schwangerer soll eine vom Bundesgesundheitsministerium in Auftrag gegebene Studie mit dem Kurztitel „Elsa“ bis Herbst 2023 liefern.²²⁶

d) Relevante Grundrechtsnormen

Eine erzwungene Schwangerschaft berührt die Menschenwürde der schwangeren Person (Art. 1 Abs. 1 GG).²²⁷ Die Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden, steht zudem unter dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der ungewollt Schwangeren (Art. 2. Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), deren Recht

²²⁴ Nach einer Berechnung des Statistischen Bundesamtes für das ARD-Politikmagazin Kontraste sei jedenfalls die Anzahl der Meldestellen seit 2003 bis 2018 um 40 Prozent zurückgegangen – von 2.000 auf 1.200 Stellen (zuletzt 23.8.2018, online allerdings nicht mehr verfügbar); diese Situation hat sich offenbar weiterhin verschärft, vgl. Deutschlandfunk, Schwangerschaftsabbrüche in Deutschland. Warum immer weniger Ärzte Abtreibungen durchführen, 29.7.2021, <https://www.deutschlandfunk.de/schwangerschaftsabbrueche-in-deutschland-warum-immer-100.html> (zuletzt 27.12.2022) oder Tagesschau, Schwangerschaftsabbruch, 100 Kilometer bis zur nächsten Arztpraxis, 24.6.2022, <https://www.tagesschau.de/inland/schwangerschaftsabbruch-aerzte-101.html> (zuletzt 27.12.2022).

²²⁵ Siehe dazu die Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage in BT-Drs. 19/16988, S. 2 f.: „Die Anzahl der Einrichtungen, die einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen, liegt der Bundesregierung nicht vor. Gemäß § 18 Absatz 1 Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG) wird eine Anzahl von Meldestellen erhoben, bei denen ein Schwangerschaftsabbruch durchgeführt wurde. Diese Zahl lässt allerdings nur bedingt Rückschlüsse auf die Zahl der Einrichtungen zu, da z. B. zentrale ambulante OP-Praxen für mehrere Arztpraxen mitmelden. Die Gesamtzahl der Meldestellen in Deutschland ist für den Zeitraum der letzten zehn Jahre nicht verfügbar. [...] Die Zahl der Meldestellen wurde bislang nicht regionalisiert, d. h. Angaben für die Länder sind – wie beigelegt – nur aktuell möglich. [...] Eine tiefere Darstellung nach Kliniken und Arztpraxen ist nicht verfügbar.“

²²⁶ Siehe dazu <https://elsa-studie.de> (zuletzt 27.12.2022).

²²⁷ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 165; *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 130 m. w. N. in Fn. 521.

auf Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1) und deren Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2).²²⁸ Das strafrechtliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs berührt unter Umständen auch die Gewissensfreiheit der schwangeren Person (Art. 4 Abs. 1 GG).²²⁹ Folgt man dem CEDAW-Ausschuss, stellt zudem die Kriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs sowie die Verweigerung oder Verzögerung eines sicheren Schwangerschaftsabbruchs eine Form geschlechtsspezifischer Gewalt dar, weil von einer solchen Regelung ganz überwiegend Frauen betroffen sind.²³⁰ Die Regelungen ließen sich somit auch als Verstoß gegen das Gleichberechtigungsgebot (Art. 3 Abs. 2 GG) und Geschlechtsdiskriminierungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG) diskutieren.²³¹

e) Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum

Der Gesetzgeber hat diesen genannten Grundrechten der ungewollt schwangeren Person angemessen Rechnung zu tragen. Mit der jüngsten Abschaffung des strafrechtlichen Verbots der sog. Werbung für Schwangerschaftsabbrüche (§ 219a StGB a. F.) im Juli 2022 hat der deutsche Gesetzgeber einen ersten Schritt in diese Richtung unternommen und dabei offenbar auch auf völkerrechtliche Kritik an der deutschen Staatenpraxis reagiert.²³² Bei der Prüfung einer möglichen Neuregulierung des Schwangerschaftsabbruchs außerhalb des Strafgesetzbuchs sollten die eindeutigen völkerrechtlichen evidenzbasierten Empfehlungen ebenfalls ernstgenommen werden.²³³ Zum anderen sollte der

²²⁸ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 165; *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 130; *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 63, 107.

²²⁹ *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 107. Grundlegend *Frommel*, *Feministische Studien extra* 1991, 59–65 (59 ff., 62 f.): „Das Recht auf Abtreibung im Sinne eines Rechts auf eine Gewissensentscheidung hat also einen doppelten Sinn. Gemeint ist Freiheit von Bevormundung und Anspruch auf Anerkennung als moralisches Subjekt. [...] [E]ine Entscheidung für oder gegen ein Kind kann nur höchstpersönlich und situationsbezogen getroffen werden. Was für eine konkrete Frau in ihrer konkreten Situation ‚richtig‘ ist, das kann nur sie beurteilen. Nicht ‚Hilfe statt Strafe‘ ist der für eine künftige Abtreibungsdebatte angemessene Slogan, sondern ‚Hilfe ohne Kontrolle‘.“ (S. 61); siehe auch *Hochreuter*, *KJ* 1994, 67–76 (69)

²³⁰ CEDAW, General Comment No. 35, 2017, Nr. 18.

²³¹ Dafür bereits etwa *Frommel*, *Feministische Studien extra* 1991, 59–65 (62 f.); *Oberlies*, *KJ* 1992, 199–213 (209, 211); *Hochreuter*, *KJ* 1994, 67–76 (69).

²³² CEDAW, List of issues and questions prior to the submission of the ninth periodic report of Germany, März 2020 CEDAW/C/DEU/QPR/9 (ADVANCE UNEDITED VERSION), Nr. 16 b).

²³³ Als aktuelles Nachschlagewerk empfiehlt sich etwa WHO, *Abortion care guideline*, 2022.

Gesetzgeber empirischen Erkenntnissen Rechnung tragen.²³⁴ Nicht zuletzt die völkerrechtliche Anerkennung eines Rechts auf sicheren und legalen Schwangerschaftsabbruch lässt eine „schematische Überordnung des Lebensinteresses des Embryos über die Würde und das Selbstbestimmungsrecht der Frau“²³⁵ als „Scheingewissheit weitgehender verfassungsrechtlicher Vorprogrammierung“²³⁶ erscheinen.

Räumt man den eingangs dieses Kapitels umfassend erläuterten Grundrechten der ungewollt schwangeren Person – im Einklang mit der völkerrechtlichen Kritik an der deutschen Staatenpraxis – gegenüber den Belangen des Embryos, welche „mit wachsendem Gewicht berücksichtig[t]“²³⁷ werden können, größeres Gewicht ein, bleiben rechtliche Regulierungen des Schwangerschaftsabbruchs außerhalb des Strafgesetzbuches durchaus möglich, könnten jedoch stärker als nach den ungewöhnlich detaillierten Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts dem Gesetzgeber überlassen werden.²³⁸ Gerade bei ethisch und politisch derart umkämpften Themen ist es primär Aufgabe der demokratisch unmittelbar legitimierten Legislative, im Wege der öffentlichen Debatte und Abstimmung eine Entscheidung zu finden.²³⁹ Die bereits erwähnte, von der amtierenden Bundesregierung geplante Einberufung einer Kommission, welche unter anderem Regulierungen für den Schwangerschaftsabbruch außerhalb des Strafgesetzbuches prüfen soll, gibt insofern Anlass zur Hoffnung.

²³⁴ *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 109; ähnlich *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 128.

²³⁵ *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 130.

²³⁶ *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 109.

²³⁷ *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 130.

²³⁸ Bereits *Klein/Wapler*, APuZ 2019, 20–26 (24 f).

²³⁹ Bereits *Oberlies*, KJ 1992, 199–213 (200 ff.); *Wapler* in: Dreier (Hrsg.), GG I, 4. Auflage 2023, Art. 1 Rn. 130; ähnlich *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Auflage 2021, Art. 2 Rn. 109.

Kapitel 7

Schlussbetrachtung

Bei dem Lebensbereich der Reproduktion – von der Zeugung über Schwangerschaft bis einschließlich der Geburt – handelt es sich um einen zentralen und besonders grundrechtssensiblen Lebensbereich, der uns alle und im Laufe des Lebens unterschiedlich betrifft (Kapitel 1, II.), dessen vorhandene oder fehlende Regulierung jedoch Personen ungleich trifft. Denn in Deutschland ist zum einen weiterhin noch das (Neben-)Strafrecht der Regelungsort bei der Beschränkung reproduktiver Freiheiten (vgl. §§ 1 ff. ESchG, §§ 218 ff. StGB, § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB), zum anderen fehlt es bei der Ermöglichung reproduktiver Freiheiten an einer bundeseinheitlichen parlamentarischen Regelung, etwa bei der Kostenübernahme von Verhütungsmethoden (für Menschen mit geringem Einkommen) oder mit Blick auf die untergesetzlichen Vorschriften zur Regulierung des Zugangs zur sog. Samenspende im ärztlichen Berufsrecht. Diese Arbeit zog deshalb Verbindungslinien zwischen einzelnen reproduktiven Entscheidungsfreiheiten im Bereich der Zeugung, während der Schwangerschaft und der Geburt.

Im Zentrum der Arbeit stand eine analytische wie kritische Reflexion darüber, wie das Bundesverfassungsgericht den Lebensbereich der Reproduktion verhandelt und welche Fragen in der Verfassungsrechtsliteratur als individualrechtliche reproduktive Freiheiten erörtert werden und welche außen vor bleiben. Dies erfolgte anhand des eingangs erarbeiteten Begriffs der reproduktiven Freiheiten (Kapitel 2, II.). Der Terminus der reproduktiven Freiheiten erstreckt sich demnach auf die Inanspruchnahme von Verhütungsmitteln, auf Eingriffe in die Reproduktionsfähigkeit (Sterilisation oder Kastration), auf die grundsätzliche Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden, auf eine diskriminierungsfreie Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren mit der Möglichkeit, freiwillig handelnde Dritte hinzuzuziehen, auf ein Recht auf Wissen und Nichtwissen genetischer Informationen über den Embryo sowie auf selbstbestimmte Entscheidungen bei medizinischen Interventionen während der Schwangerschaft und der Geburt.¹ Der Begriffsvorschlag diene vor allem als Einordnungs- und Kritikmaßstab für die im Anschluss erfolgte Analyse der

¹ So bereits *Büchler*, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, 2017, 7, 28 f., 138 f.

Rechtsprechung und Literatur. Die Begriffskonzeption bietet zudem einen theoretischen Rahmen für ein zukünftiges systematisches Nachdenken über reproduktive Entscheidungen. Reproduktive Freiheiten sind dabei als gleiche reproduktive Freiheiten zu betrachten, die sozialer Vielfalt Rechnung tragen und an der Lebenswirklichkeit der Menschen orientiert sind.² Sowohl der Begriff der Reproduktion als auch der Pluralgebrauch „Freiheiten“ verdeutlichen die engen Bezüge von Gesundheit, Selbstbestimmung und Diskriminierungsverboten in reproduktiven Belangen.³ Mithilfe des Begriffs können damit zum einen Verbindungslinien zwischen einzelnen reproduktiven Entscheidungsfreiheiten und deren staatlicher Regulierung aufgezeigt werden. Zum anderen lädt der Begriff dazu ein, lebenspraktische Erfahrungswelten in reproduktiven Kontexten in Zukunft systematisch zu berücksichtigen. Idealerweise kann es künftigen Arbeiten auf diese Weise gelingen, die herausgearbeiteten Hintergrundannahmen im Verfassungsrechtsdiskurs mit dem Forschungs- und Wissenschaftsstand anderer Disziplinen weiter zu konfrontieren.

Denn die Rekonstruktion zentraler bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen (Kapitel 3) zeigte, dass reproduktive Freiheiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch weitestgehend untertheoretisiert sind. Ungeachtet vieler beiläufiger Ausführungen hat das Bundesverfassungsgericht bisher noch nicht umfassend und systematisch zu einer eigenständig geschützten reproduktiven Freiheit Stellung genommen. Zudem findet in der Rechtsprechung bisher noch keine ausreichende analytische Differenzierung zwischen sexuellen und reproduktiven Belangen statt. Reproduktive Belange werden stattdessen im Rahmen üblich anerkannter Grundrechte verhandelt und nur punktuell geschützt. In einigen Entscheidungen fehlt es an einer (überzeugenden) freiheitsrechtlichen Ausgangsperspektive, die zunächst die entscheidenden Subjekte und deren reproduktiven Freiheitsrechte ins Zentrum rückt, um sodann auf einer zweiten Ebene verfassungsrechtliche Grenzen zu erörtern.

² Siehe für einen ähnlichen Begriffsvorschlag reproduktiver Freiheit bisher nur *Sander*, KJ 2006, 303–310 (310), jedoch ohne weitere Ausführungen; statt vieler vorsichtig in diese Richtung wohl *Baer/Markard* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Auflage 2018, Art. 3 Rn. 351: „Reproduktive Freiheiten als gleichberechtigte Entscheidung über Fortpflanzung“.

³ Siehe zu dieser Verwobenheit: *Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, 2017, 12, 16, 19; *Baer*, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), 290–354 (319 f., 321 f.). Für die angloamerikanische Debatte ebenso *Nelson*, Law, Policy and Reproductive Autonomy, 2013, 51 f., *passim*; sowie *Ruth Bader Ginsburg*, *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), dissenting, 4: „Thus, legal challenges to undue restrictions on abortion procedures do not seek to vindicate some generalized *notion of privacy*; rather, they center on a woman’s *autonomy* to determine her life’s course, and thus to enjoy *equal citizenship* stature. [...] In keeping with this comprehension of the *right to reproductive choice*, the Court has consistently required that laws regulating abortion, at any stage of pregnancy and in all cases, safeguard a woman’s *health*.“ (Hervorhebungen durch mich).

Zudem werden in den bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen, jedenfalls ganz überwiegend, keine Verbindungslinien zwischen den einzelnen Entscheidungen, die zum Lebensbereich der Reproduktion ergangen sind, gezogen. Aufgrund eines bisher fehlenden theoretischen Überbaus, auf den hätte Bezug genommen werden können, entsteht eine analytische Unschärfe bei der Verfassungsinterpretation, die zur Folge hat, dass zentrale grundrechtliche Freiheiten nicht erkannt oder gar verkannt, jedenfalls oft noch nicht umfassend verhandelt und anerkannt werden.

Reproduktive Freiheiten wurden und werden insbesondere dann nicht (an)erkannt bei Personen, die üblicherweise zu strukturell gefährdeten Gruppen gezählt werden (Art. 3 Abs. 3 GG) und deren Sexualität und/oder Fortpflanzung gesellschaftlich lange Zeit stigmatisiert war oder gegenwärtig weiterhin noch als normabweichend gezeichnet wird. Gleichgeschlechtliche Paare etwa verstand das Bundesverfassungsgericht noch Anfang der 2000er-Jahre und zuletzt im Jahr 2010 als stets nicht-reproduktive Gemeinschaft. In den Entscheidungen zur Anerkennung von trans Menschen macht das Bundesverfassungsgericht die jedem Menschen gleichermaßen zukommende Entscheidungsfreiheit, sich fortzupflanzen (Art. 2 Abs. 1 Alt. 1 i. V. m. Art. 1 GG bzw. Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG), ebenfalls nicht zum Ausgangspunkt seiner verfassungsrechtlichen Betrachtung. Im Ergebnis gestand das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2011 trans Menschen ihre Fortpflanzungsfreiheit zwar zu, jedoch verortete es die grundrechtliche Freiheit (allein) im Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG). Zudem bestätigte das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2008 das strafrechtliche Verbot von einvernehmlichem Geschlechtsverkehr zwischen verschiedengeschlechtlichen Geschwistern und verkannte auch dort deren grundsätzliche reproduktive Freiheit. Weil es an einer Anerkennung *gleicher* reproduktiver Freiheiten fehlt, werden reproduktive Freiheiten folglich ungleich verhandelt, geschützt und anerkannt. Dies bringt eine deutliche Freiheitsverkürzung für die genannten Personengruppen mit sich. Die Befundlage lässt aufgrund der zugrundeliegenden unterschiedlichen und zuweilen konträren Erwartungen an Menschen mit Blick auf deren Entscheidungen für oder gegen Kinder eine komplexe Verflechtung entlang von mehrdimensionaler Diskriminierung (Art. 3 Abs. 3 GG) vermuten, die diese Arbeit nur in Ansätzen sichtbar werden lassen konnte und die es durch weitere Forschungsarbeiten, wünschenswerterweise im transdisziplinären Austausch, aufzudecken gilt.

Die Bestandsaufnahme der Verfassungsrechtsliteratur (Kapitel 4) ergab, dass auch in der Literatur eine umfassende Konzeptualisierung reproduktiver Freiheiten bisher noch wenig erkennbar ist. Besonders auffallend war, dass die weiterhin dominierenden embryozentrierten und bevölkerungspolitischen Betrachtungsweisen auf den Lebensbereich der Reproduktion die Perspektive der handelnden und entscheidenden Subjekte und damit deren Grundrechte zu

überdecken drohen. Aufgrund der fragmentarischen Darstellung einzelner reproduktiver Belange werden auch in der Literatur zwischen den verschiedenen Entscheidungsfreiheiten im Bereich der Zeugung, während der Schwangerschaft und der Geburt häufig noch keine Verbindungslinien gezogen. Ein Teil der Verfassungsrechtswissenschaft operiert bei der Erörterung reproduktiver Fragestellungen weiterhin mit starken Leitbildern, die Freiheits- und Gleichheitsrechte von Individuen verschatten. Die Bestandsaufnahme zeigte aber auch, dass reproduktive Freiheiten im Rahmen unterschiedlicher Grundrechte (Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG, Art. 6 Abs. 4 GG, Art. 2 Abs. 2 GG, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG) zunehmend in den Blick genommen werden, wenngleich sie dort überwiegend fragmentarisch dargestellt werden. Positive und negative reproduktive Freiheiten werden in der Verfassungsrechtsliteratur sehr unterschiedlich verhandelt und ungleich anerkannt. Die Freiheit, sich fortzupflanzen, mündet bisher noch nicht in der umfassenden Anerkennung der Freiheit, sich nicht fortzupflanzen. Schwangerschaft als Lebensphase und der Geburtsvorgang als einschneidendes Ereignis – aus Perspektive der schwangeren bzw. gebärenden Frau – werden bisher in der Verfassungsrechtsliteratur kaum zum Ausgangspunkt für die Erörterung reproduktiver Fragestellungen genommen. Vielmehr wird die Perspektive der schwangeren und gebärenden Person eben durch die vorherrschende embryozentrierte und weiterhin verbreitete bevölkerungspolitische Betrachtungsweise verschattet. Folglich fehlen rechtliche Perspektiven auf Schwangerschaft als Lebensphase und Geburt als Prozess, welche die Grundrechte von Schwangeren und Gebärenden überhaupt erörtern. Zudem fehlt es bisher auch in der Verfassungsrechtsliteratur an einer gleichheitsrechtlichen Adressierung reproduktiver Freiheitsbeschränkungen (Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 3 GG).

Anders als in vielen anderen Bereich haben menschenrechtliche Garantien zur Gewährleistung reproduktiver Gesundheit und Rechte (Kapitel 5) noch keinen Eingang in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gefunden und werden bisher auch nur vereinzelt in der Verfassungsrechtsliteratur rezipiert. Das internationale Recht allerdings ist gerade auch für das grundrechtliche Verständnis reproduktiver Freiheiten und Gleichheiten essentiell. Zusammengefasst trägt der deutsche Verfassungsrechtsdiskurs der Lebenswirklichkeit von Menschen bisher nicht ausreichend Rechnung. Verfassungsinterpretation und lebenspraktische Erfahrungswelten in reproduktiven Kontexten fallen dementsprechend noch weit auseinander. Die Leerstellen im Verfassungsrechtsdiskurs sind nicht lediglich ein theoretisches Problem. Die Leerstellen führen dazu, dass zentrale Grundrechtspeditionen nicht erkannt oder verkannt werden, und bringen zudem erhebliche Auswirkungen mit sich: Zum einen entstehen Lücken in der Rechtsinterpretation und in der -anwendung. Zum anderen – es handelt sich schließlich um einen besonders grundrechtssensiblen Lebensbereich mit hohem Praxisbezug – führen Leerstellen im Recht zu Lücken

im Versorgungsbereich und damit zu Grundrechtseingriffen und gegebenenfalls zu nicht zu rechtfertigenden Grundrechtsverletzungen.

Ziel der Arbeit war es deshalb in einem nächsten Schritt, einen Vorschlag zu unterbreiten, wie sich reproduktive Freiheiten grundrechtlich angemessen denken lassen könnten (Kapitel 6). Denn mit dem eingangs erarbeiteten Begriffsvorschlag der reproduktiven Freiheiten wurde gerade noch keine Aussage über die grundrechtliche Verortung dieser Freiheiten getroffen. Dieser Frage ging ich deshalb im letzten Kapitel nach. Danach beruht die Gewährleistung reproduktiver Freiheiten auf fünf Säulen: dem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), der Familiengründungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 GG), dem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG), dem Anspruch auf Schutz- und Fürsorge der Mutter (Art. 6 Abs. 4 GG), dem Diskriminierungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG) und dem Gleichberechtigungsgebot (Art. 3 Abs. 2 GG). Zunächst wurden die Gewährleistungsbereiche der einzelnen Grundrechte abstrakt skizziert (Kapitel 6, III.) Mit dieser verfassungsrechtlichen Konturierung kann es für die Zukunft gelingen, die grundrechtlich begründeten reproduktiven Freiheiten im Verfassungsrechtsdiskurs angemessener zu berücksichtigen.

Im Anschluss habe ich eine lebensweltlich orientierte Perspektive aufgezeigt, wie sich einfachgesetzliche Fragestellungen unter Beachtung dieser skizzierten Grundrechte und unter Berücksichtigung menschenrechtlicher Garantien (Kapitel 5) wie der erarbeiteten Sozialforschung (Kapitel 1, II.) fundiert erörtern lassen (Kapitel 6, IV.). Der Fokus lag auf den Themenfeldern (1) Information und Aufklärung über Zeugung, Schwangerschaft und Geburt, (2) Inanspruchnahme von Verhütungsmitteln, (3) Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren am Beispiel des Verbots der sog. Leihmutterchaft, (4) selbstbestimmte Entscheidungen im Kontext von Schwangerschaft und Geburt sowie (5) der Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden. Für diese Themenbereiche wurden jeweils Gestaltungsspielräume für gesetzgeberisches Handeln aufgezeigt und es wurden dort Aufträge zur Umsetzung bereits geplanter Reformvorhaben angeregt sowie Grenzen ausfindig gemacht, wo dies die Grund- und Menschenrechte von Individuen notwendig erscheinen lassen.

In der rechtswissenschaftlichen Forschung den Blickwinkel reproduktiver Freiheiten weiter einzuspeisen, kann nur der Anfang sein. Erst wenn die Perspektive in der Rechtssetzung, in der Rechtsanwendung und besonders in der Praxis, also in der Versorgung im Gesundheitswesen, Eingang findet, wird die Rechtsordnung der zentralen Bedeutung reproduktiver Freiheiten von Individuen gerecht. Für die Zukunft ist es deshalb besonders wichtig, die Grundrechte von Individuen im einfachen Recht und vor allem in der Anwendungspraxis zur Geltung zu bringen.

Literaturverzeichnis

- Ach, Johann S./Schöne-Seifert, Bettina*, Relationale Autonomie. Eine kritische Analyse, in: Claudia Wiesemann/Alfred Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie. Theoretische Grundlagen – Praktische Anwendungen*, Münster 2013, S. 42–60.
- Adamietz, Laura*, Geschlecht als Erwartung. Das Geschlechtsdiskriminierungsverbot als Recht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität, Baden-Baden 2011.
- Adamietz, Laura/Bager, Katharina*, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, in: BMFSFJ (Hrsg.), *Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität*, Bd. 7, Berlin 2017.
- Alternativkommentar*, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage 2001, Loseblatt, Werkstand: August 2002, Reihe Alternativkommentare, hrsg. v. Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart (zitiert: *Bearb.* in: *Alternativkommentar*, GG, 3. Auflage 2001).
- Ameli, Katharina/Valdor, Lara L.*, Geburt im Spannungsfeld von Interaktion, Professionalität und Gewalterfahrungen, in: *Gender. Zeitschrift für Geschlecht, Kultur und Gesellschaft* 12 (2020), Heft 3, S. 141–156.
- Arbeitsstab Reproduktive Rechte des Deutschen Juristinnenbundes e.V.*, Reproduktive Rechte und Geschlechtergerechtigkeit – Zeit für eine Diskussion!, in: *Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes (djz)*, Jahrgang 20 (2017), Heft 1, Baden-Baden 2017, S. 1–4.
- Aubel, Tobias*, Der verfassungsrechtliche Mutterschutz. Ein Beitrag zur Dogmatik der Leistungsgrundrechte am Beispiel des Art. 6 Abs. 4 GG, Berlin 2003.
- Austausch mit und in einem Berliner Netzwerk*, Was bringt uns das Konzept der reproduktiven Gerechtigkeit?, in: *Kitchen Politics* (Hrsg.), *Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit*, Münster 2021, S. 73–95.
- Baer, Susanne*, Demographischer Wandel und Generationengerechtigkeit, in: *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Hrsg.), *VVDStRL Bd. 68: Erosion von Verfassungsvoraussetzungen. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Erlangen vom 1. bis 4. Oktober 2008*, Berlin, Boston 2009, S. 290–354.
- , Juristische Biopolitik: Das Wissensproblem im Recht am Beispiel ‚des‘ demografischen Wandels, in: *Michelle Cottier/Josef Estermann/Michael Wrase* (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?: Ausgewählte Beiträge zum ersten gemeinsamen Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigung*, Baden-Baden 2010, S. 181–202.
- , *Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*, 4. Auflage, Baden-Baden 2021.
- Baer, Susanne/Sacksofsky, Ute* (Hrsg.), *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen*, Baden-Baden 2018.

- Beauchamp, Tom L./Childress, James F.*, Principles of Biomedical Ethics, 7. Auflage, Oxford/New York 2013.
- Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz*, hrsg. v. Epping, Volker/Hillgruber, Christian, 50. Edition, Stand 15.2.2022, München 2022 (zitiert *Bearb.* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG).
- Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, hrsg. v. Friauf, Karl-Heinrich/Höfling, Wolfram, Loseblattsammlung, Berlin, Werkstand: November 2021. (zitiert: *Bearb.* in: Berliner Kommentar, GG)
- Beier, Katharina/Wiesemann, Claudia*, Reproduktive Autonomie in der liberalen Demokratie – eine ethische Analyse, in: Claudia Wiesemann/Alfred Simon (Hrsg.), Patientenautonomie. Theoretische Grundlagen – Praktische Anwendungen, Münster 2013, S. 205–221.
- Berghahn, Sabine*, Weichenstellungen in Karlsruhe – Die deutsche Reform des Abtreibungsrechts, in: Ulrike Busch/Daphne Hahn (Hrsg.), Abtreibung. Diskurse und Tendenzen, Bielefeld 2014, S. 163–192.
- Bernard, Andreas*, Kinder machen. Neue Reproduktionstechnologien und die Ordnung der Familie. Samenspender, Leihmütter, Künstliche Befruchtung, München 2014.
- Bertschi, Nora*, Leihmutterschaft. Theorie, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien, Bern 2014.
- Bleisch, Barbara*, Leihmutterschaft als persönliche Beziehung. Jahrbuch für Recht und Ethik 17, Zürich 2012, S. 5–27.
- Bleisch, Barbara/Büchler, Andrea*, Kinder wollen. Über Autonomie und Verantwortung, München 2020.
- Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, hrsg. v. Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian, Loseblattsammlung, Heidelberg, Werkstand: Dezember 2021 (zitiert: *Bearb.* in: Bonner Kommentar, GG).
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz* (Hrsg.), Arbeitskreis Abstammungsrecht. Abschlussbericht. Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, Berlin 2017.
- Bundesministerium für Familie, Frauen, Senioren und Jugend (BMFSFJ)* (Hrsg.), Lebenssituation und Belastungen von Frauen mit Behinderungen und Beeinträchtigungen in Deutschland. Ergebnisse der quantitativen Befragung. Endbericht, Bielefeld/Frankfurt/Köln/München, 2013.
- , Mit RECHT zur Gleichstellung! Handbuch zur Frauenrechtskonvention der Vereinten Nationen. Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) vom 18. Dezember 1979, Berlin 2020.
- , Ungewollte Kinderlosigkeit 2020 – Leiden – Hemmungen – Lösungen 2020, Studie im Auftrag des BMFSFJ von Carsten Wippermann, Berlin 2020.
- , Neunter Bericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), Berlin 2021.
- Bundesverfassungsgericht* (Hrsg.), Jahresstatistik 2020. Grafische Darstellung der Entscheidungen mit/ohne Sondervotum seit 1971.
- Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA)* (Hrsg.), frauen leben 3 – Familienplanung im Lebenslauf von Frauen. Schwerpunkt: Ungewollte Schwangerschaften, Studie im Auftrag der BZgA von Cornelia Helfferich, Heike Klindworth, Yvonne Heine, Ines Wlosnewski, Köln 2016.
- , Verhütungsverhalten Erwachsener. Ergebnisse der Repräsentativbefragung 2018, Köln 2019.

- Bockenheimer-Lucius, Gisela/Thorn, Petra/Wendehorst, Christiane* (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind. Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, Göttingen, 2008.
- Bourdieu, Pierre*, Die feinen Unterschiede, Frankfurt am Main 1987.
- Braun, Johann*, Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Ehe: Reflexionen über den Sinn einer überkommenen Institution, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP), Jahrgang 34, Heft 1, München 2001, S. 14–18.
- Brosius-Gersdorf, Frauke*, Demografischer Wandel und Familienförderung, Tübingen 2011.
- Büchler, Andrea*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung. Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens, Basel 2017.
- Büchler, Andrea/Clausen, Sandro*, Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl! Kindeswohl und Fortpflanzungsmedizin?, in: Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch), Heft 2, Bern 2014, S. 231–273.
- Bumke, Christian/Röthel, Anne* (Hrsg.), Autonomie im Recht. Gegenwartsdebatten über einen rechtlichen Grundbegriff, Tübingen 2017.
- Burgi, Martin*, Schützt das Grundgesetz die Ehe vor der Konkurrenz anderer Lebensgemeinschaften?, in: Der Staat, Bd. 39, Heft 4, Berlin 2000, S. 487–508.
- Burgi, Martin/Wolff, Daniel*, Rehabilitation der nach § 175 StGB verurteilten homosexuellen Männer: Auftrag, Optionen und verfassungsrechtlicher Rahmen. Rechtsgutachten erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Baden-Baden 2016.
- Clausen, Jens/Herrath, Frank* (Hrsg.), Sexualität leben ohne Behinderung. Das Menschenrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, Stuttgart 2013.
- Coester-Waltjen, Dagmar*, Reproduktive Autonomie aus rechtlicher Sicht, in: Claudia Wiesemann/Alfred Simon (Hrsg.), Patientenautonomie. Theoretische Grundlagen – Praktische Anwendungen, Münster 2013, S. 222–236.
- Cottier, Michelle*, Die instrumentalisierte Frau: Rechtliche Konstruktionen der Leihmutter-schaft, in: *juridicum* Heft 2, Wien 2016, S. 188–198.
- Council of Europe Commissioner for Human Rights* (Hrsg.), Issue Paper. Women’s sexual and reproductive health and rights in Europe, Straßburg 2017.
- Crenshaw, Kimberle*, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Anti-discrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, in: The University of Chicago Legal Forum, Heft 140, Chicago 1989, S. 139–167.
- Degener, Theresia*, Unterstützte gleiche Freiheit: Zum Innovationspotenzial der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen, in: Susanne Baer/Ute Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, Baden-Baden 2018, S. 61–70.
- Dethloff, Nina*, Reproduktive Autonomie, in: Susanne Baer/Ute Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, Baden-Baden 2018, S. 229–238.
- Deutscher Ethikrat*, Präimplantationsdiagnostik, Stellungnahme, Berlin 2011.
- , Die Zukunft der genetischen Diagnostik – von der Forschung in die klinische Anwendung. Stellungnahme, Berlin 2013.
- , Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung. Stellungnahme, Berlin 2016.
- , Patientenwohl als ethischer Maßstab für das Krankenhaus. Stellungnahme, Berlin 2016.
- Deutsches IVF-Register*, Jahrbuch 2019, in: Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie, Sonderheft 1, Gablitz 2020.
- Di Fabio, Udo*, Der Schutz von Ehe und Familie: Verfassungsentscheidung für die vitale Gesellschaft, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), München 2003, S. 993–998.
- Diehl, Sarah*, Die Uhr, die nicht tickt. Kinderlos glücklich, Zürich 2018.

- Doemming, Klaus-Berto von/Füsslein, Rudolf Werner/Matz, Werner*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge (JöR N. F.), Bd. 1, Tübingen 1951.
- Domanig, Anna*, Übergriffe im Kreißsaal, in: Die Hebamme, Jahrgang 30, Heft 5, Stuttgart 2017, S. 336–345.
- Donath, Orna*, *Regretting Motherhood*, München 2016.
- Dorneck, Carin*, Das Recht der Reproduktionsmedizin *de lege lata* und *de lege ferenda*: Eine Analyse zum AME-FMedG, Baden-Baden 2018.
- Dreier, Horst*, Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP), Jahrgang 35, Heft 6, München 2002, S. 377–383.
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 3. Auflage, Tübingen 2013 (zitiert: *Bearb.* in: Dreier, GG, 3. Auflage 2013).
- Dreier, Horst* (Begr.), *Brosius-Gersdorf, Frauke* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 4. Auflage, Tübingen 2023 (zitiert: *Bearb.* in: Dreier, GG, 4. Auflage 2023).
- Eckardt, Sarah*, Selbstbestimmung kontrovers?! Patient*innenautonomie in der Geburtshilfe, in: *Femina Politica – Zeitschrift für feministische Politikwissenschaft*, Heft 2, Stuttgart 2020, S. 63–75.
- Engelhardt, Henriette*, Grundlagen der Bevölkerungswissenschaft und Demografie, Würzburg 2016.
- Eribon, Didion*, Rückkehr nach Reims, Berlin 2016.
- Erneaux, Annie*, *Der Platz*, Berlin 2019.
- Faden, Ruth R./Beauchamp, Tom L.*, *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford 1986.
- Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 69. Auflage 2022.
- Flügge, Sibylla*, Leihmutterchaft ist kein Menschenrecht, in: Susanne Baer/Ute Sacksofsky, *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen*, Baden-Baden 2018, S. 239–250.
- Foljanty, Lena*, *Recht oder Gesetz*, Tübingen 2013.
- Frewer, Andreas/Bielefeldt, Heiner* (Hrsg.), *Das Menschenrecht auf Gesundheit. Normative Grundlagen und aktuelle Diskurse*, Bielefeld 2016.
- Friedman, Marilyn*, *Autonomy, Gender, Politics. Studies in Feminist Philosophy*, New York 2003.
- Frommel, Monika*, Schwangerschaftsabbruch ist eine Gewissensfrage, in: *Feministische Studien. Zeitschrift für interdisziplinäre Frauen- und Geschlechterforschung*, Heft: Extra Bd. 9, Berlin 1991, S. 59–65.
- Gärditz, Klaus Ferdinand*, Gutachtliche Stellungnahme zur Zulässigkeit des Diagnoseprodukts „PraenaTest“, im Auftrag des Beauftragten der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen, Berlin 2012.
- Gassner, Ulrich M./Kersten, Jens/Krüger, Matthias/Lindner, Josef Franz/Rosenau, Henning/Schroth, Ulrich*, Fortpflanzungsmedizingesetz. Augsburg-Münchener Entwurf (AME-FMedG), Tübingen 2013.
- Graumann, Sigrid*, *Assistierte Freiheit. Von einer Behindertenpolitik der Wohltätigkeit zu einer Politik der Menschenrechte*, Frankfurt am Main 2011.
- Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, hrsg. v. Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, Bd. 7, 3. Auflage Heidelberg 2009. (zitiert: *Bearb.* in: *Handbuch des Staatsrechts VII*)
- Heun, Werner*, Restriktionen assistierter Reproduktion aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Gisela Bockenheimer-Lucius/Petra Thorn/Christiane Wendehorst (Hrsg.), *Umwege zum*

- eigenen Kind. Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, Göttingen, 2008, S. 49–61.
- Hieb, Anabel Eva*, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit reproduktionsmedizinischer Verfahren zur Überwindung weiblicher Unfruchtbarkeit. Ein Beitrag zum „Recht auf Fortpflanzung“, Berlin 2005.
- Hillgruber, Christian*, Gibt es ein Recht auf ein Kind?, in: JuristenZeitung (JZ), Jahrgang 75, Heft 1, Tübingen 2020, S. 12–20.
- Hochreuter, Anna*, Gebärdung und tote Frau als Brüterin – patriarchale Ethik? Staatsrechtliche Überlegungen zum § 218 StGB und zum Fall der hirntoten Marion P. in Erlangen, in: Kritische Justiz (KJ), Jahrgang 27, Heft 1, Baden-Baden 1994, S. 67–76.
- Hoerster, Norbert*, Forum: Kompromisslösungen zum Menschenrecht des Embryos auf Leben?, in: Juristische Schulung (JuS), Jahrgang 43, Heft 6, München 2003, S. 529–532.
- Hörnle, Tatjana*, Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), München 2008, 2085–2088.
- Hufen, Friedhelm*, Präimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Medizinrecht (MedR), Heft 9, München 2001, S. 440–451.
- , Erosion der Menschenwürde?, in: JuristenZeitung (JZ), Jahrgang 59, Tübingen 2004, S. 313–318.
- , Verfassungsrechtliche Bedenken gegen frühe Pränataldiagnostik?, in: Medizinrecht (MedR), Heft 4, München 2017, S. 277–282.
- , Staatsrecht II: Grundrechte, 9. Auflage, München 2021.
- Huster, Stefan*, Die Leistungspflicht der GKV für Maßnahmen der künstlichen Befruchtung und der Krankheitsbegriff, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), München 2009, S. 1713–1716.
- Hyatt, Millay*, Ungestillte Sehnsucht, 3. Auflage, Berlin 2017.
- Jackson, Emily*, Regulating Reproduction. Law, Technology, and Autonomy, London 2001.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 16. Auflage, München 2020 (zitiert: *Bearb.* in: Jarass/Pieroth, 16. Auflage 2020).
- Jofer, Patricia*, Regulierung der Reproduktionsmedizin. Fremdsamenspende, Ersatzmutter-schaft und Umgang mit überzähligen Embryonen, Baden-Baden 2014.
- Kersten, Jens*, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), Heft 17, München 2018, S. 1248–1254.
- Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf*, Grundrechte – Staatsrecht II, 37. Auflage, Heidelberg 2021.
- Kirchhof, Gregor*, Der besondere Schutz der Familie in Art. 6 Abs. 1 des Grundgesetzes: Abwehrrecht, Einrichtungsgarantie, Benachteiligungsverbot, staatliche Schutz- und Förderpflicht, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) Jahrgang 129, Heft 4, Tübingen 2004, S. 542–583.
- Klein, Laura*, Elternschaft zwischen Recht und Realitäten, in: Barbara Rendtroff/Claudia Mahs/Anne-Dorothee Warmuth (Hrsg.), Geschlechterverwirrungen: Was wir wissen, was wir glauben und was nicht stimmt, Frankfurt am Main 2020, S. 229–236.
- Klein, Laura/Wapler, Friederike*, Reproduktive Gesundheit und Rechte, in: Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ), Heft 20, Bonn 2019, S. 20–26.
- Klein, Maren*, Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls. Zugleich ein Beitrag zur grundrechtlichen Erfassung der Verwirklichung des Kinderwunsches mittels Gametenspende sowie hierauf gründender Elternverantwortung, Berlin 2019.

- Klein, Renate*, From test-tube women to bodies without women, in: Women's Studies International Forum, Amsterdam 2008, S. 157–175.
- Klimke, Romy*, „Du sollst mit Schmerzen Kinder gebären“ – Obstetrische Gewalt in deutschen Kreißsälen, in: Kritische Justiz (KJ), Jahrgang 53, Heft 4, Baden-Baden 2020, S. 513–528.
- Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP*, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Stand 24. November 2021, <https://www.spd.de/koalitionsvertrag2021/> (zuletzt 27.12.2022).
- Koppernock, Martin*, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung: zur Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Baden-Baden 1997.
- Kranenpohl, Uwe*, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, Wiesbaden 2010.
- Kyere, Anthea*, Kämpfe verbinden. *Reproductive Justice* auf deutsche Verhältnisse übertragen, in: Kitchen Politics (Hrsg.), Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit, Münster 2021, S. 61–71.
- Lachwitz, Klaus*, Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das deutsche Geschäftsfähigkeits- und Betreuungsrecht. Überlegungen aus der Perspektive von Menschen mit geistiger Behinderung, in: Kritische Justiz (KJ), Jahrgang 45, Heft 4, Baden-Baden 2012, S. 385–404.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian/Heger, Martin* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 29. Auflage München 2018 (zitiert: *Bearb.* in: Lackner/Kühl).
- Lammers, Roman*, Leihmutterchaft in Deutschland. Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, Frankfurt am Main 2017.
- Landwehr, Charlotte*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, Berlin 2017.
- Lehmann, Michaela*, Die In-vitro-Fertilisation und ihre Folgen: eine verfassungsrechtliche Analyse, Frankfurt am Main 2007.
- Limbach, Jutta/Eckertz-Höfer, Marion* (Hrsg.), Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland: Diskussion in der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat und der Bundesratskommission Verfassungsreform, Baden-Baden 1993.
- Lindner, Josef Franz*, Verfassungsrechtliche Aspekte eines Fortpflanzungsmedizingesetzes, in: Henning Rosenau (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, Baden-Baden 2012, S. 127–152.
- Lübbe, Anna*, Embryonenschutz als Verfassungsfrage, in: Zeitschrift für Politik (ZfP), Jahrgang 36, Heft 2, Baden-Baden 1989, S. 138–150.
- Mackenzie, Catriona/Stoljar, Natalie*, Introduction: Autonomy Refigured, in: Catriona Mackenzie und Natalie Stoljar (Hrsg.), Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self, New York 2000, S. 3–31.
- MacKinnon, Catharine A.*, Reflections on Sex Equality under Law, The Yale Law Journal, Vol. 100, No. 5, New York 1991, S. 1281–328.
- Mangold, Anna Katharina*, Demokratische Inklusion durch Recht, Tübingen 2021.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Begr.), *Huber, Peter/Voßkuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 7. Auflage München 2018 (zitiert: *Bearb.* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Auflage 2018).
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begr.), *Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans* (Hrsg.), Grundgesetz, Loseblattsammlung, München, Werkstand: Juli 2021 (zitiert: *Bearb.* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG).
- Medizinischer Arbeitskreis pro familia NRW* (Hrsg.), Verhütung – Aktuelle Preise und Zusatzkosten Juli 2020.
- Mundlos, Christina*, Gewalt unter der Geburt und ihre Auswirkungen, in: Die Hebamme, Jahrgang 30, Heft 5, Stuttgart 2017, S. 312–319.

- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, hrsg. v. Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Bd. 3, 4. Auflage München 2021 (zitiert: *Bearb.*, in: MüKo StGB, 4. Auflage 2021)
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 6. Auflage, München 2012 (zitiert: *Bearb.* in: v. Münch/Kunig, 6. Auflage 2012).
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip* (Begr.), *Kämmerer, Jörn-Axel/Kotzur, Markus* (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 7. Auflage, München 2021 (zitiert: *Bearb.* in: v. Münch/Kunig, 7. Auflage 2021).
- Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina* (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung. Stellungnahme, Halle (Saale) 2019.
- Nelson, Erin*, Law, Policy and Reproductive Autonomy, London 2013.
- Nussbaum, Martha C.*, Human Capabilities, Female Human Beings, in: Martha C. Nussbaum/Jonathan Glover (Hrsg.), Women, Culture, and Development: A Study of Human Capabilities, Oxford 1995, S. 61–104.
- Oberlies, Dagmar*, § 218 – Ein Grenzfall des Rechts?, in: Kritische Justiz (KJ), Jahrgang 25, Heft 2, Baden-Baden 1992, S. 199–213.
- Pauer-Studer, Herlinde*, Autonom leben: Reflexionen über Freiheit und Gleichheit, Frankfurt am Main 2000.
- Pauly, Walter*, Sperrwirkungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), München 1997, S. 1955–1957.
- Payandeh, Mehrdad*, Rechtsauffassungen von Menschenrechtsausschüssen der Vereinten Nationen in der deutschen Rechtsordnung, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), Heft 3, München 2020, S. 125–129.
- pro familia Bundesverband* (Hrsg.), Modellprojekt biko – Beratung, Information und Kostenübernahme. Abschlussbericht, Frankfurt am Main 2019.
- Ramm, Thilo*, Die Fortpflanzung – ein Freiheitsrecht?, in: JuristenZeitung (JZ), Jahrgang 44, Tübingen 1989, S. 861–874.
- Rawls, John*, Politischer Liberalismus, Frankfurt am Main 1998.
- Raz, Joseph*, The Morality of Freedom, Oxford 1986.
- Reckwitz, Andreas*, Das Ende der Illusionen, Berlin 2019.
- Reinke, Mathias*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, Berlin 2008.
- Reuß, Philipp M.*, Theorie eines Elternschaftsrechts, Berlin 2018.
- Richarz, Theresa Anna*, Rechtliche Elternschaft jenseits der Geschlechternorm, in: Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB), Jahrgang 67, Heft 1, Baden-Baden 2019, S. 53–75.
- Robertson, John A.*, Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies, Princeton, New Jersey 1996.
- Ross, Loretta*, Reproductive Justice. Ein Rahmen für eine anti-essentialistische und intersektionale Politik, in: Kitchen Politics (Hrsg.), Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit, Münster 2021, S. 17–60.
- Ross, Loretta/Solinger, Rickie*, Reproductive Justice: An Introduction, Oakland, California 2017.
- Rössler, Beate*, Autonomie: Ein Versuch über das gelungene Leben, Berlin 2017.
- Röthel, Anne*, Autonomie als Bezugspunkt für eine Kritik der rechtlichen Regulierung des Zugangs zu reproduktiven Verfahren, in: Susanne Baer/Ute Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, Baden-Baden 2018, S. 215–228.
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 9. Auflage, München 2021 (zitiert: *Bearb.* in: Sachs, 9. Auflage 2021).
- Sacksofsky, Ute*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung: Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, Baden-Baden 1996.

- , Der verfassungsrechtliche Status des Embryos in vitro: Gutachten für die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Recht und Ethik der modernen Medizin“, Frankfurt am Main 2001.
- , Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz, in: Kritische Justiz (KJ), Jahrgang 36, Heft 3, Baden-Baden 2003, S. 274–292.
- , Das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts, in: Beate Rudolf (Hrsg.) *Geschlecht im Recht*, Göttingen 2009, S. 191–215.
- , „Produktive Sexualität“: Bevölkerungspolitik durch Recht, in: Ulrike Lembke (Hrsg.), *Regulierungen des Intimen: Sexualität und Recht im modernen Staat*, Wiesbaden 2017, S. 97–116.
- , Über ein Recht auf Fortpflanzung, in: *Merkur*, Jahrgang 74, Stuttgart 2020, 32–44.
- Sander, Katja*, Bio-Politik durch Rechtsprechung: Zur Konstruktion der ›Normfamilie‹ in steuerrechtlichen Entscheidungen zur medizinisch assistierten Reproduktion, in: *Kritische Justiz (KJ)*, Jahrgang 39, Heft 3, Baden-Baden 2006, S. 303–310.
- Sanders, Anne*, Mehrelternschaft, Tübingen 2018.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz* (Begr.), *Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 15. Auflage, Köln 2022 (zitiert: *Bearb.* in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, 15. Auflage 2022).
- Schrupp, Antje*, *Schwangerwerdenkönnen*, Roßdorf 2019.
- , *Reproduktive Freiheit. Eine feministische Ethik der Fortpflanzung*, Münster 2022.
- Schultz, Susanne*, Gefährliche statische Kurzschlüsse. Zur anti-malthusianischen Dimension reproduktiver Gerechtigkeit, in: *Kitchen Politics* (Hrsg.), *Mehr als Selbstbestimmung! Kämpfe für reproduktive Gerechtigkeit*, Münster 2021, S. 97–123.
- Schweigler, Daniela*, Leitbilder im Recht: Grenzen der Ordnung – Chancen der Unordnung, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)*, Bd. 104, Heft 3, Stuttgart 2018, S. 362–379.
- Siehr, Angelika*, Regulauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?, in: *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.)*, *VVDStRL Bd. 78: Gleichheit, Vielfalt, Technischer Wandel*, Berlin 2019, S. 393–440.
- Spickhoff, Andreas* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Auflage München 2014.
- Statistisches Bundesamt*, *Gesundheit: Schwangerschaftsabbrüche* 2018, Fachserie 12, Reihe 3, Wiesbaden 2019.
- , Anzahl der Schwangerschaftsabbrüche in Deutschland im 2. Quartal 2021 insgesamt nach verschiedenen Merkmalen, Anteilen und Veränderung zum Vorjahr, Stand 28. September 2021.
- , Anzahl der Schwangerschaftsabbrüche in Deutschland nach rechtlicher Begründung, Dauer der Schwangerschaft und vorangegangenen Lebendgeborenen im Zeitvergleich ab 2012, Stand 24. März 2021.
- , *Datenreport 2021 – Kapitel 2: Familie, Lebensformen und Kinder*, Stand 10. März 2021.
- Steiner, Udo-Dietrich*, Die Bedeutung der Dissenting Opinion für den rechtspolitischen Diskurs, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, Jahrgang 40, 2007, S. 245–246.
- Steinfath, Holmer/Pindur, Anne-Marie*, Patientenautonomie im Spannungsfeld philosophischer Konzeptionen von Autonomie, in: *Claudia Wiesemann/Alfred Simon (Hrsg.)*, *Patientenautonomie. Theoretische Grundlagen – Praktische Anwendungen*, Münster 2013, S. 27–41.
- Stern, Klaus* (Hrsg.), in Verbindung mit *Sachs, Michael/Dietlein, Johannes*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 4: Die einzelnen Grundrechte, 1. Halbband: Der Schutz und die freiheitliche Entfaltung des Individuums, München 2006 (zitiert: *Stern*, *Staatsrecht IV/1*).

- Sydow, Gernot*, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), VVDStRL Bd. 78: Gleichheit, Vielfalt, Technischer Wandel, Berlin 2019, S. 361–392.
- Tegethoff, Dorothea*, Patientinnenautonomie in der Geburtshilfe, in: Paula-Irene Villa/Stephan Moebius/Barbara Thiessen (Hrsg.), Soziologie der Geburt: Diskurse, Praktiken und Perspektiven, Frankfurt am Main 2011, 101–128.
- Tretau, Alisa* (Hrsg.), Nicht nur Mütter waren schwanger: Unerhörte Perspektiven auf die vermeintlich natürlichste Sache der Welt, Münster 2018.
- Turath, Myriam*, Zwischen dem Recht auf reproduktive Gesundheit und Geschlechtergleichstellung: Die Notwendigkeit der Kostenübernahme für Verhütungsmittel, in: Gesundheitsrecht (GesR), Bd. 20, Heft 1, Köln 2021, S. 19–24.
- Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas* (Hrsg.), Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Bd. I, Heidelberg 2002 (zitiert: *Bearb.* in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz Mitarbeiterkommentar, Bd. I, 2002).
- Valentiner, Dana-Sophia*, Sexualität in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – ein Menschenrecht auf sexuelle Autonomie?, in: Katrin Kappeler/Vinzent Vogt (Hrsg.), Gender im Völkerrecht: Konfliktlagen und Errungenschaften, Baden 2019, S. 15–39.
- , Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung: Zugleich eine gewährleistungsdogmatische Rekonstruktion des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit, Baden-Baden 2021.
- Varadan, Sheila*, The Principle of Evolving Capacities under the UN Convention on the Rights of the Child, in: The International Journal of Children’s Rights, Jahrgang 27, Heft 2, Leiden 2019, S. 306–338.
- Veltman, Andrea/Piper, Mark* (Hrsg.), *Autonomy, Oppression, and Gender*, Oxford 2014.
- Vofßkuhle, Andreas*, Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?, in: Der Staat, Band 43, Heft 3, 2004, S. 450–459.
- Wapler, Friederike*, Kinderrechte und Kindeswohl. Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht, Tübingen 2015.
- , Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare: Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2015.
- , Die Öffnung der Ehe und ihre Folgen – Hinweise für eine erfolgreiche Begleitung ihrer Umsetzung, Hintergrundpapier für die Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2018.
- , Reproduktive Autonomie und ihre Grenzen – Leihmutterchaft aus verfassungsrechtlicher Perspektive in: Edward Schramm/Michael Wermke (Hrsg.), Leihmutterchaft und Familie – Impulse aus Recht, Theologie und Medizin, Berlin/Heidelberg 2018, S. 107–147.
- , Reproduktive Autonomie: Rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Susanne Baer/Ute Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, Baden-Baden 2018, S. 185–214.
- , Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), VVDStRL Bd. 78: Gleichheit, Vielfalt, Technischer Wandel, Berlin 2019, S. 53–85.
- Wersig, Maria*, Reproduktion zwischen ‚Lebensschutz‘, Selbstbestimmung und Technologie, in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2012, S. 197–212.
- Wersig, Maria/Dern, Susanne*, Maßnahmen bei Unterdeckung des Bedarfs für Kosten von Verhütungsmitteln im SGB II und SGB XII, in: info also, Heft 2, Baden-Baden 2020, S. 56–61.

- World Health Organization (WHO)* (Hrsg.), Safe abortion: technical and policy guidance for health systems, Genf 2012.
- , Vermeidung und Beseitigung von Geringschätzung und Misshandlung bei Geburten in geburtshilflichen Einrichtungen, Genf 2015.
 - , WHO recommendations: Intrapartum care for a positive childbirth experience, Genf 2018.
 - , Abortion care guideline, Genf, 2022.
- Wiesemann, Claudia*, Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen: Eine Ethik der Elternschaft. München 2006.
- , Die Autonomie des Patienten in der modernen Medizin, in Claudia Wiesemann/Alfred Simon (Hrsg.), Patientenautonomie: Theoretische Grundlagen –Praktische Anwendungen, München 2016, S. 13–26.
- Wissenschaftlicher Dienst – Deutscher Bundestag*, WD 9: Gesundheit, Familie, Senioren, Frauen und Jugend: Studien zu psychischen Folgen von Schwangerschaftsabbrüchen – Zu den Ergebnissen und zur Methodik, Berlin 2019.
- Wollenschläger, Ferdinand/Coester-Waltjen, Dagmar*, Ehe für Alle: Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare aus verfassungsrechtlicher und rechtsvergleichender Perspektive, Tübingen 2018.
- Zinsmeister, Julia*, Mehrdimensionale Diskriminierung: Das Recht behinderter Frauen auf Gleichberechtigung und seine Gewährleistung durch Art. 3 GG und das einfache Recht, Baden-Baden 2007.

Sachregister

- Allgemeine Handlungsfreiheit 263, 296, **306–312**
- Ärztliche Haftung nach fehlgeschlagener Sterilisation 81–86, 103–104, 159, 228–230, 235, 245, 248
- Ärztliche Haftung nach freiwilliger Sterilisation 78–81
- Bevölkerungspolitische Perspektive 4, 29, 60–61, 121–123, 154, 180, 254, 215–216, 244, **257–262**, 286, 320–321, 322, 333, 363, 419
- Bevölkerungsreproduktion als gesellschaftliche Aufgabe 60–61, 257–262, *siehe auch* Bevölkerungspolitische Perspektive
- Biopolitische Erwägungen, *siehe* Bevölkerungspolitische Perspektive
- Diskriminierungsverbot 30, 34, 54, 59, 100, 118, 239, 272, 302, 325, 344, 356, 360–361, 367–368, **377–381**, 408, 415, 419, 421
- Ehe, *siehe* Schutz der Ehe
- Ehegattensplitting 143–147, 154, 156–157, 244–245
- Eheschließung zwischen gleichgeschlechtlichen Personen 114–116, 153, 155, 239, 243, 244
- Elternrecht **278–282**, 322
- Elternverantwortung, *siehe* Elternrecht
- Embryozentrierte Perspektive **163**, 178, 196, 212, 221, 222–223, 235, 246, 285–286, 299, **312–319**, 320, 322, 324, 363, 419
- Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz 136–138, 153, 157
- Europäische Menschenrechtskonvention 352–356, *siehe auch* reproduktive Rechte
- Europarat 356–360
- Familiengrundrecht, *siehe* Familiengründungsfreiheit
- Familiengründung, *siehe* Familiengründungsfreiheit
- Familiengründungsfreiheit 112–116, 143, 130, 132, 134, 136–137, 153–158, 236–237, 243–245, **274–278**, 321–322, 329, 343, 346–348, **373–374**, 421
- Familiennachzug 113–114, 153, 156, 243
- Familienzuschlag 138–140, 154, 155, 157, 244
- Fortpflanzungsfreiheit 42, 69, 106, 236, 239, 277, 307, 306–312, *siehe auch* Familiengründungsfreiheit
- Freiheit, eine Schwangerschaft zu beenden 22, 39, 163–247, **299–302**, 367, 369, **371–372**, **409–416**, *siehe auch* Schwangerschaftsabbruch
- Freiheitsrechte 41, 174, 237, 262, 270–272, 306, 321, 398, 417–421
- freiheitsrechtliche Perspektive 31, **32–34**, 96, 239, 312, 321, 367–381
- freiheitsrechtlicher Ausgangspunkt 97, 174, 211, 224, 235, 237, 264, 418
- Geburt 12, 38–39, 49, 305, 402–408, 417, 421
- Gewalt unter der Geburt 12, 359, 378–379, 403–408
- selbstbestimmte Geburt 22, 247–248, 302–303, 359–360, 367, 369, **402–408**
- Gendiagnostische Verfahren 24, 42, 277, 287–288, 297–298, 307, 309–311, 354
- Inanspruchnahme gendiagnostischer Verfahren 22, **297–298**, 305–306, 367,

- 369, *siehe auch* Recht auf Wissen und Nichtwissen genetischer Informationen
 Geschlechtsverkehr 11, 44–47, 53, 60–63, 63–77, 107–110, 238, 309, 311
 – reproduktiver Geschlechtsverkehr **46–47**, 57, 66, 69, 72, 76, 238, 309–312
 Geschwisterbeischlafverbot 63–74, 76–77, 238–240, 242
 Gesundheitsversorgung 9, 22, 334–336, 347, 359, 368, 377, **402–408**, **410–411**, **414**
 Gleichberechtigungsgebot 35, 54–55, 62, 135, 239, 302, 325, **377–381**, 408, 415, 421
 Gleichheitsrechte 4, 53, 270–272, 320–321
 – gleichheitsrechtliche Adressierung **34–37**, 325, 328, 362, 377–381, 382, 419–420
 – gleichheitsrechtliche Perspektive 34–37, 106, 147, 156, 180, 215, 266, 278, 304, 321
 Hinterbliebenenversorgung 133–136, 154, 155, 157, 244
 Hintergrundannahmen 38, 53, 77, 85, 103–104, 180, 215–216, 239–241, **241–243**, 252, 244–266, **320–321**, 324, 418
 Individualrechtlicher Ausgangspunkt 123, 160, 254, 270–272, 278, 320, 322, *siehe auch* Freiheitsrechtliche Perspektive
 Information und Aufklärung 22, 104, 173, 202, 213, 223–224, 247, 305, 310, 323, 329, 335, 344–345, 347, 350–351, 369, **382–388**
 Internationales Recht, *siehe* reproduktive Rechte
 Konzeption reproduktiver Freiheiten 363–416
 Körperliche Unversehrtheit, *siehe* Recht auf körperliche Unversehrtheit
 Kostentragung der assistierten Reproduktion 124–130, 130–132, 155, 157–158, 244
 Kündigungsschutz von Schwangeren 159–163, 234
 Lebenspartnerschaftsgesetz 116–123, 153–153, 239, 244
 Lebenspraxis 3, 46, 152
 – lebenspraktischer Blick 3, 225–226, 237, 319, 324
 – lebenspraktische Erfahrungswelten 364, 382, 418–419, *siehe auch* Lebensweltlich orientierte Perspektive
 – Erkenntnisse aus der Lebenspraxis 383–385, 389–390, 394–396, 405–406, 411–414
 Lebensrealitäten 123, 157, 162, 244–245, 320, 382, *siehe auch* Lebensweltlich orientierte Perspektive sowie Lebenspraxis
 Lebensweltlich orientierte Perspektive 2, 19, 37–38, 227, **381–416**, 421
 Lebenswirklichkeit **37–38**, 53, 324, 418, *siehe auch* Lebensweltlich orientierte Perspektive, *siehe auch* Lebenspraxis
 Leihmutterschaft 10, 255, 276–277, 292, 327, 369–370, **392–401**, 421, *siehe auch* Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren
 Leitbilder 178–180, 215, **264–266**, **320–321**, *siehe auch* Hintergrundannahmen
 Menschenrechtliche Garantien 331–352, *siehe auch* reproduktive Rechte
 Moralische Vorverständnisse 78, **182–183**, **224**, **228**, *siehe auch* Hintergrundannahmen
 nicht–reproduktive Gemeinschaft 120, 154, 239, 244, 419
 Recht auf Fortpflanzung, *siehe* Fortpflanzungsfreiheit
 Recht auf körperliche Unversehrtheit 34, 46, **47–48**, 83, 92–95, 99–100, 105–106, 177, 188, 204, 213, 219, 230, 233, 235, 245, **286–288**, 323, 368, **374–376**, 391–392, 399–400, 407–408, 421
 Recht auf reproduktive Selbstbestimmung 23, 46, 52, 103, 109, 224, 230, 251, **288–306**, 323, **368–372**, 396–397, 400, 407, 414, 421
 Recht auf sexuelle Selbstbestimmung **44–47**, 66, 71, 74–77, 109, 390, *siehe auch* Sexualität

- Recht auf Wissen und Nichtwissen genetischer Informationen 297, 305, 367, 369, *siehe auch* Inanspruchnahme genodiagnostischer Verfahren
- Reproduktion als Lebensbereich 2, 4, 16, 19, 22, 40–41, 48, 52, 236–237, 319–320, 363–364, 368, 381–382, 387, 417, 419
- Reproduktionsfähigkeit 39, 81, 143, 267, 288, 305, 356, 369, 371, 417
- Reproduktionsgemeinschaft 52, 118–119, 123, 146, 214, 244, 273, *siehe auch* Bevölkerungspolitische Perspektive
- Reproduktionsmedizinische Verfahren 1, **10–11**, 22, 23–25, 42, 44, 48, 52, 124–130, 130–132, 155, 157–158, 244, 255, 263, 275–276, 289–290, 311, 321, 323, 327, 361, 417
- Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren 22, **291–296**, 304, 323, 367–368, **368–371**, 373, 374, **392–401**
- Reproduktionsorgan 62, 89, 98, 104, 110, 397
- Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung 21, **23–28**, 46, *siehe auch* Recht auf reproduktive Selbstbestimmung
- Reproduktive Belange 3, 18, 33, 52, 53, 72, 76, 85, 97, 103, 107, 132, 163, 169, 237–240, 242, 249, 251, 263, 272, 288–289, 303, 305–306, 309, 319, 321–323, 328, 330, 344–345, 349, 363, 367, 375–376, 418–421
- Reproduktive Differenz 14, 75, 240
- Reproduktive Entscheidung 19, 29, 34, 49–50, 85, 104, 160, 223, 239, 243, 321, 349, 363, 372, 406, *siehe auch* reproduktive Belange
- Reproduktive Entscheidungsfreiheit 85–86, 97–98, 104–106, 122, 138, 158, 160, 169, 177, 188, 214–216, 223, 239, 247, 271, 330, 333, 349
- Reproduktive Freiheit 52, 72, 76–77, 97–99, 100, 103, 236–237, 244, 286
- gleiche reproduktive Freiheit **31–32**, **34–37**, 53, 103, 238–241, 278, 324–325, 328, 377, 419–420
- reproduktive Freiheiten 3, **30–48**, 49–53, 77, 106, 249, 251, 285, 319, 324–325, 328, 362, 417–421
- Reproduktive Gerechtigkeit 28–29, 30
- Reproduktive Gesundheit **21–22**, 46, 248, 329–330, 344, 346–348, 360–361, 383, 391–392, 404–405
- Reproduktive Rechte 22, 236, 248, 325–326, **329–362**, *siehe auch* Reproduktive Gesundheit
- Schutz der Ehe 116, 119, 121, 134, 139, 142, 145–147, 153–154, 157, 243–245, **252–273**, 321
- Schutz- und Fürsorgeanspruch der Mutter 159, 160–163, 200–201, 222–223, 233–234, **282–286**, 321–322, 368, **377**, 421
- Schwangerschaft 158–236, 282–286, 286–288, 302–303, 402–408, 421
- unbeabsichtigte Schwangerschaft **7–9**, 44–47, 158–159, 217, 219–220, 411–414
- selbstbestimmte Schwangerschaft 22, 24, 39, 302–303, 305, 346, 349, 360, 367, 369, 397, **402–408**
- Schwangerschaftsabbruch **8–9**, 24–25, 42, 45, 159–160, 233–235, 240, 242, 245–247, 284–285, 299–302, 308, 310, 324–326, 335–346, 349, 354, 356–357, 361–362, 371–373, 378, **409–416**
- Schwangerschaftsabbruch I 163–185, 233–235, 240, 242, 245–247
- Schwangerschaftsabbruch II 185–228, 234–235, 238, 240, 242, 245–247
- Sexualität **44–46**, 53–54, 54–63, 63–74, 74–77, 96, 203, 219, 225, 238–240, 243, 348, 356, 361, 371, 392, 419
- Sexuelle Belange 44–46, 52, 54, 72, 76, 240, 309–312, 363, 418
- Sexuelle Orientierung 12, 52, 88–89, 91, 92, 96, 123, 133, 143, 145, 147, 243
- Sexuelle Selbstbestimmung, *siehe* Recht auf sexuelle Selbstbestimmung
- Stiefkindadoption 147–153, 155, 156–157, 244–245
- Sukzessivadoption 140–143, 157, 244
- Transsexuellengesetz 86–103, 104–106, 239
- Trans I 89–90, 96, 105, 110, 111, 153
- Trans II 90, 96, 105
- Trans V 90–91, 97, 105
- Trans VIII 92–95, 97–103, 105–106

- Unterhaltsverzichtungsvertrag 230–233, 235–236
- Unterhaltsvorrang 111–113, 153, 155, 243
- Verbot homosexueller Handlungen 54–63, 74–75
- Verhütungsmethoden 1, 6–7, 46, 48, 304, 324–325, 330, 361, 382, 388–392, 417, *siehe auch* Verhütungsmittel
- Verhütungsmittel 4–7, 22, 24, 27, 36, 46–47, 219–220, 223–224, 247, 307, 309, 335–336, 338–341, 346, 368, 362, 367, 369, 417
- Inanspruchnahme von Verhütungsmitteln 39, 298–299, 325, 326, **388–392**, 421
- Völkerrechtliche Kritik 383, 389, 403–405, 410–411, *siehe auch* reproduktive Rechte
- Zerrüttung der Ehe 107–110
- Zeugungsfähigkeit/Zeugungsunfähigkeit 22, 89, 92, 94–95, 100, 110, 153