

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1404

**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**

Von

Maren Klein



Duncker & Humblot · Berlin

MAREN KLEIN

Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots
der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes
des Kindeswohls

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1404

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

Von

Maren Klein



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg
hat diese Arbeit im Oktober 2018 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-15639-9 (Print)
ISBN 978-3-428-55639-7 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85639-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Vorwort

Promovieren erfordert neben anderem vor allem Zeit. Den lieben Menschen, die mich während der Zeit meiner Promotion in ganz unterschiedlichen Kontexten begleitet und unterstützt haben, danke ich von Herzen. Zu diesen Menschen gehören Young-Kyung Yoon und Dr. Maike Breckwoldt.

Meine verehrte Doktormutter, Prof. Dr. Ulrike Lembke, besitzt die erstaunliche Fähigkeit, aus meinen Texten herauszulesen, was ich zu sagen habe, aber (noch) nicht zu schreiben vermag. Ihre Haltung gegenüber meinen Ansätzen war stets kritisch und zugleich offen. Auch hierfür bin ich ihr sehr verbunden. Prof. Dr. Armin Hatje danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein besonderer Dank gilt Michael Tommaso.

Berlin, im Oktober 2018

Maren Klein

Inhaltsverzeichnis

Gegenstand der Arbeit und Gang der Darstellung	15
---	----

Teil 1

Grundrechtliche Erfassung der Verwirklichung des Kinderwunsches durch die plazentale Wunschmutter	17
--	----

Abschnitt 1

Prüfungsgegenstand und Begrifflichkeiten	17
---	----

A. Prüfungsgegenstand	17
B. Begrifflichkeiten	19
I. Formen der Fortpflanzung	19
II. Formen von Elternschaft	20
III. Homologe und heterologe Systeme	22

Abschnitt 2

Erfassung der Verwirklichung des Kinderwunsches in bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung und Literatur	23
---	----

A. Keine erschöpfende Klärung durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	23
B. Unterschiedliche Einordnung in der Literatur	25
I. Art. 6 Abs. 1 Var. 2 GG (Familie)	26
II. Art. 6 Abs. 1 Var. 1 GG (Ehe)	27
III. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG (Elternverantwortung)	28
IV. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht) ..	28
V. Das Hinzutreten Dritter als bedeutsames Moment	31

Abschnitt 3

Grundrechtliche Einordnung der Verwirklichung des Kinderwunsches	32
---	----

A. Freiheit zur Gründung einer Familie, Art. 6 Abs. 1 Var. 2 GG	32
I. Familienbegriff des Art. 6 Abs. 1 Var. 2 GG	32
1. Schutz sozial-familiärer Beziehungen zwischen Eltern und Kind	33

2. Leibliche Verbindung zwischen Elter und Kind weder notwendige noch hinreichende Voraussetzung des Familienbegriffs	37
3. Kein Schutz „bloßer“ sozial-familiärer Beziehungen	39
4. Ergebnis zu I.	41
II. Erstreckung des Schutzbereichs auf die Gründung einer Familie?	42
1. Gründung einer Familie kein Privileg ehelicher Gemeinschaften	42
a) Eheliche und nichteheliche Familien als gleichwertige Lebensformen	43
b) Keine Fortpflanzungsfunktion der Ehe	45
aa) Strukturmerkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit kein Vermutungstatbestand für potentielle Fortpflanzungsfähigkeit	47
(1) Anknüpfung an das empfundene Geschlecht	48
(2) Verweis auf potentielle Fortpflanzungsfähigkeit auch bei biologisch verschiedengeschlechtlichen Personen irreführend ..	50
bb) Finanzierung reproduktionsmedizinischer Maßnahmen durch die gesetzliche Krankenversicherung nicht nur für Ehepaare	51
c) Ergebnis zu I.	51
2. Gründung einer Familie durch Fortpflanzung nicht Bestandteil des Schutzbereichs des Art. 6 Abs. 1 Var. 2 GG	54
B. Ehegestaltungsfreiheit, Art. 6 Abs. 1 Var. 1 GG	56
C. Elternverantwortung, Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG	57
D. Freiheit zur Nutzung verfügbaren Fortpflanzungspotentials, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	58
I. Anerkennung eines auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gestützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts	58
1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als unbenanntes Freiheitsrecht	58
2. Entfaltung der Persönlichkeit als aktives Moment	61
3. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als entwicklungsoffenes Recht	64
4. Schutzintensität	65
a) Insbesondere: absolut geschützter Bereich	65
b) Schranken des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	67
II. Freiheit zur Nutzung verfügbaren Fortpflanzungspotentials als Teilgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	68
1. Grundlegende Bedeutung der Verwirklichung des Kinderwunsches für die eigene Lebensgestaltung	69
2. Rein abwehrrechtlich zu verstehende Freiheit	70
3. Schutzbereich der Freiheit zur Nutzung verfügbaren Fortpflanzungspotentials	72
a) Sachlicher Schutzbereich der Freiheit zur Nutzung verfügbaren Fortpflanzungspotentials	72

aa) Erbringung des eigenen Beitrags zur Verwirklichung des Kinderwunsches unter Einsatz ausschließlich des eigenen, vollen Fortpflanzungspotentials	72
(1) Erbringung des eigenen Beitrags unter Einsatz ausschließlich des eigenen, vollen Fortpflanzungspotentials ohne Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Techniken	73
(2) Erbringung des eigenen Beitrags durch Einsatz ausschließlich des eigenen, vollen Fortpflanzungspotentials unter Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Techniken	74
(a) Zeugung außerhalb eines intimen Rahmens irrelevant ..	74
(b) Irrelevanz der dem Gegenbeitrag zugrunde liegenden Motivation	75
bb) Erbringung des eigenen Beitrags zur Verwirklichung des Kinderwunsches unter Rückgriff auf fremdes, gleichgeschlechtliches Fortpflanzungspotential	76
(1) Verwirklichung der plazentalen Wunschwunschmutter durch Entgegennahme einer Eizellspende	76
(a) Rückgriff auf die Eizellspende für die plazentale Wunschwunschmutter nicht entscheidungserheblich	77
(b) Entgegennahme der Eizellspende als Maßnahme zur Herstellung des (vollen) Fortpflanzungspotentials der plazentalen Wunschwunschmutter?	77
(2) Weitere Fallgruppen der Inanspruchnahme fremden, gleichgeschlechtlichen Fortpflanzungspotentials	81
b) Persönlicher Schutzbereich der Freiheit zur Nutzung verfügbaren Fortpflanzungspotentials	82
c) Ergebnis zu 3.	83
4. Eingriffe nur unter engen Voraussetzungen	84
a) Kein absoluter Schutz	84
aa) Höchstpörsönlicher Charakter der Verwirklichung des Kinderwunsches	85
bb) Hinreichender Sozialbezug	86
b) Eingriffe nur zum Schutz von Grundrechten Dritter und/oder von Rechtsgütern von Verfassungsrang	88
E. Ergebnis zu Teil 1	90

Teil 2

Verfassungsrechtliche Elternverantwortung der plazentalen Wunschwunschmutter 93

Abschnitt 1

Einführendes und Gang der Darstellung 93

A. Erkenntnisinteresse	93
------------------------------	----

B. Verfassungsrechtliche Ausgangslage	95
C. Herausforderungen bei der Bestimmung des Schutzbereichs des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG	98
D. Weiterer Gang der Darstellung	99

Abschnitt 2

Entstehungsgeschichte des Art. 6 GG und Grundaussagen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG

A. Parlamentarischer Rat: Idealbild der bürgerlichen Kleinfamilie	100
I. Das Elternrecht im Kontext religiöser Erziehungsrechte des Staates	100
II. Idealbild der auf einer Ehe gründenden Elternschaft	103
B. Grundaussagen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG	106
I. BVerfGE 56, 363 ff. (1981): Einbeziehung des mit Mutter und Kind zusammenlebenden leiblichen Vaters in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG	107
II. BVerfGE 92, 158 ff. (1995): Bedingungslose Einbeziehung des leiblichen Vaters in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG?	108
1. Aufgabe des Kriteriums des Zusammenlebens	109
2. Zuweisung des gesetzlichen Vaterstatus als Voraussetzung für die Einbeziehung des leiblichen Vaters in den Schutzbereich?	109
III. BVerfGE 108, 82 ff. (2003): Zur Konkurrenz zwischen leiblichem und gesetzlichem Vater	110
1. Elternschaft des leiblichen Vaters	111
2. Elternverantwortung des gesetzlichen Vaters	112
3. „Gebot, möglichst eine Übereinstimmung von leiblicher und rechtlicher Elternschaft zu erreichen“	113
IV. BVerfGE 133, 59 ff. (2013): Adoptivelternschaft und soziale Elternschaft ..	114
C. Erkenntnisse aus dem bisherigen Befund	116
I. Leibliche Vaterschaft und gesetzliche Elternschaft als Begründungsmerkmale verfassungsrechtlicher Elternschaft	118
II. Vorrang der gesetzlichen Vaterschaft vor der leiblichen Vaterschaft	119
III. Soziale Elternschaft kein Begründungsmerkmal verfassungsrechtlicher Elternschaft	120
IV. Übertragung der Rechtsprechung zur verfassungsrechtlichen Stellung von leiblichem und gesetzlichem Vater auf die Eizellspenderin und die plazentale Wunschmutter?	120

Abschnitt 3

**Verfassungsrechtliche Elternverantwortung
des eine Gametenspende in Anspruch nehmenden Wunschelters** 121

A. Soziale Elternschaft als materieller Kerngehalt verfassungsrechtlicher Elternverantwortung	122
B. Voraussetzungen der verfassungsrechtlichen Elternverantwortung des eine Gametenspende in Anspruch nehmenden Wunschelters	123
I. Elternschaft des Wunschelters	123
1. Zeugungsverantwortung des Wunschelters	124
a) Zeugungsverantwortung als Begründungsmerkmal verfassungsrechtlicher Elternschaft	124
b) Kein unzulässiger Verzicht des Spendeelters auf elterliche Verantwortung	129
c) Kein Recht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung durch die genetischen Eltern	131
d) Ergebnis zu 1.	134
2. Überschießender Gehalt der Wunschelternschaft: Wille des Wunschelters zur Übernahme elterlicher Verantwortung	135
a) Bereitschaft zur Übernahme elterlicher Verantwortung als fest etablierter Argumentationstopos	137
b) Gesetzliche Vaterschaftstatbestände als Medium zur Berücksichtigung des Willens zur Übernahme elterlicher Verantwortung	139
c) Ergebnis zu 2.	141
3. Verfassungsrechtliche Elternschaft des Wunschelters qua gesetzlicher Elternschaft?	142
a) Soziale Vaterschaft des gesetzlichen Vaters	143
b) Strukturelle Unterschiede zwischen Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 14 GG	145
c) Elternbegriff kein dem Kindeswohl dienender Begriff	147
d) Adoptivelternschaft als durch das staatliche Wächteramt legitimierte Zuweisung verfassungsrechtlicher Elternverantwortung	148
e) Ergebnis zu 3.	151
II. Elternverantwortung des Wunschelters	152
1. Kritische Reflexion der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur verfassungsrechtlichen Stellung des leiblichen Vaters	153
a) Verhinderung kindeswohlabträglicher Kompetenzkonflikte	153
b) Kindeswohlgerechte Ergebnisse auf gesetzlicher Ebene trotz verfassungsrechtlichen (<i>prima facie</i> -)Rechts auch des leiblichen Vaters ...	156
aa) (<i>Prima facie</i> -)Recht zur Pflege und Erziehung des Kindes gewährt keinen Anspruch auf Zuweisung des gesetzlichen Elternstatus	156

bb) Kindeswohlgerechte Ergebnisse durch Abstufung und gegebenenfalls mehrfache Zuweisung materieller Elternrechtspositionen . . .	160
c) Ergebnis zu 1.	165
2. Fehlende Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur verfassungsrechtlichen Stellung des leiblichen Vaters auf die leibliche Mutter oder die plazentale Wunschmutter	166
C. Eckpunkte des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG für die gesetzliche Ausgestaltung mittels Gametenspende verwirklichter Wunschelterenschaften	167
I. Elternschaft des Wunschelters	169
II. Anfechtungsfestigkeit der Wunschelternschaft	173
Ergebnis zu Teil 2	176

Teil 3

Verfassungswidrigkeit des Verbots der Eizellspende	182
A. Grundgesetzwidrigkeit des zum Schutz des Kindeswohls erlassenen Verbots der Eizellspende	182
I. Der Schutz des Wohls des zukünftigen Kindes als potentiell legitimer Zweck zur Rechtfertigung des Eingriffs in die grundrechtlich geschützte Freiheit der plazentalen Wunschmutter	183
1. Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Kindes	185
2. Schutz des Kindeswohls als auf Grundlage der Rechtsprechung zum postmortalen Würdeschutz konstruierter vorwirkender Menschenwürdeschutz?	186
a) Gegenstand des postmortalen Schutzes unklar	187
b) Beschränkung auf den Schutz der Menschenwürde	188
3. Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des zukünftigen Kindes	190
a) Grundrechtliche Schutzpflichten als Ausprägung objektiv-rechtlicher Gehalte von Grundrechtsnormen – Schutz des Kindeswohls als „objektiver Verfassungswert“?	190
b) Eingriff in die grundrechtlich geschützte Freiheit der plazentalen Wunschmutter zum Schutz des Kindeswohls als Grundrechtskollision	194
aa) Grundrechtskollision	194
bb) Legitimer Schutz auch des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des zukünftigen Kindes	197
cc) Weitgehende Unabhängigkeit von der Herleitung grundrechtlicher Schutzpflichten	198
dd) Zur Rolle des Kindeswohls bei der Finanzierung reproduktionsmedizinischer Maßnahmen durch die gesetzliche Krankenversicherung	200
c) Grenzen zukunftsbezogener grundrechtlicher Schutzpflichten im reproduktionsmedizinischen Kontext	203

4. Ergebnis zu I.	204
II. Verhinderung der Existenz des Kindes als zu dessen Schutz geeignetes Mittel?	205
B. Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention	208
I. Bedeutung der EMRK und deren Auslegung durch den EGMR im Gefüge des Grundgesetzes	208
II. Vorgaben der EMRK hinsichtlich der Verwirklichung des Kinderwunsches mittels Eizellspende	210
1. Art. 12 EMRK für die Erfassung der Verwirklichung des Kinderwunsches praktisch bedeutungslos	210
2. Freiheit zur Verwirklichung des Kinderwunsches als Teilgehalt von Art. 8 Abs. 1 EMRK	211
a) Verwirklichung des Kinderwunsches mittels der eigenen Gameten auch unter Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren .	211
b) Verwirklichung des Kinderwunsches unter Entgegennahme einer Gametenspende	213
c) Ergebnis zu 2.	215
3. Berücksichtigung des Wohls der aus Gametenspenden hervorgehenden Kinder bei der Rechtfertigung von Eingriffen möglich	215
4. Weiter Ermessensspielraum der Konventionsstaaten hinsichtlich des Verbots von Eizellspenden?	217
III. Ergebnis zu B.	218
C. Aufhebung des Verbots und gesetzliche Regelung der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Eizellspende	219
I. Forschungsergebnisse zu Kindern und Familien nach Gametenspende	221
1. Junges Forschungsgebiet	222
2. Vorliegende Daten	223
3. Steuerbarkeit etwaiger Belastungen	227
II. Beratung über die Bedeutung der Aufklärung der Kinder über die Gametenspende	228
III. Sicherung des Rechts des zukünftigen Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung	229
IV. „Geeignetheit“ der plazentalen Wunschmutter zur Erziehung eines Kindes?	231
V. Alleinelternschaft der plazentalen Wunschmutter?	234
VI. Medizinische Indikation?	236
Ergebnis zu Teil 3	237
Literaturverzeichnis	239
Stichwortverzeichnis	261

Gegenstand der Arbeit und Gang der Darstellung

Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 Embryonenschutzgesetz (ESchG) wird bestraft, wer „auf eine Frau eine fremde unbefruchtete Eizelle überträgt“. Diese Norm, im Folgenden verkürzt als das „Verbot der Eizellspende“ bezeichnet, soll der Einheit von genetischer und plazentaler Mutterschaft dienen und damit die Entstehung einer „gespaltenen Mutterschaft“¹ verhindern.² Einer Frau, die nicht in der Lage ist, eigene Eizellen zu produzieren und die bereit ist, ihren Kinderwunsch mittels der Entgegennahme einer Eizellspende zu verwirklichen, wird die Erfüllung ihres Wunsches auf legalem Wege durch das Verbot unmöglich gemacht.

Zur Rechtfertigung des Verbots heißt es in der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung,³ die Übertragung fremder Eizellen sei zwar technisch möglich⁴; andererseits lägen jedoch keine Erkenntnisse darüber vor, wie junge Menschen – etwa in der Pubertätszeit – seelisch den Umstand zu verarbeiten vermögen, dass ihre Existenz gleichsam durch eine genetische wie eine plazentale Mutter bedingt ist. Unter diesen Umständen liege die Annahme nahe, dass die Identitätsfindung des Kindes wesentlich erschwert werde.

Ziel dieser Arbeit ist es zu prüfen, ob diese gesetzgeberische Begründung den mit dem Verbot verbundenen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Freiheit⁵

¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Embryonenschutzgesetz vom 25. Oktober 1989, BT-Drs. 11/5460, S. 6. Andersorts wird als Oberbegriff für Konstellationen, in denen genetische und plazentale Mutterschaft auseinanderfallen, etwa die Formulierung „fragmentierte“ Mutterschaft gebraucht, so etwa bei *Walper/Bovenschen/Entleitner-Phleps et al.*, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?, 2016, S. 31. Wegen der negativen Konnotation derartiger Formulierungen werden diese im Folgenden jedoch vermieden.

² Ebenfalls der Verhinderung des Auseinanderfallens von genetischer und plazentaler Mutterschaft dienen § 1 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 und Nr. 6 ESchG. Zur Entstehungsgeschichte des Embryonenschutzgesetzes siehe etwa *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, S. 95 ff.

³ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Embryonenschutzgesetz vom 25. Oktober 1989, BT-Drs. 11/5460, S. 7. Diese Auffassung wurde vor einigen Jahren in einer Stellungnahme der Bundesrepublik Deutschland in einem Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zum österreichischen Fortpflanzungsmedizinengesetz wiederholt (Nachweis in Fn. 859).

⁴ Die erste erfolgreiche Geburt nach Eizellspende fand laut *Blyth/Kramer/Schneider*, *Reproductive BioMedicine Online* 26 (2013), 179, im Jahr 1984 statt.

⁵ Unbeachtet bleibt der aus der Ungleichbehandlung von Eizellspende (verboten und strafrechtlich sanktioniert) und Samenspende (erlaubt) resultierende Verstoß gegen Art. 3 GG. Für eine Verfassungswidrigkeit des Verbots (ggf.: auch) wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 GG im Verhältnis zur sanktionslosen Samenspende etwa: *Dorneck*,

der den Kinderwunsch hegenden Frau trägt. Dies setzt zunächst eine grundrechtliche Erfassung der Verwirklichung des Kinderwunsches mittels Entgegennahme einer Eizellspende voraus (Teil 1). Hinterfragt werden muss ferner, ob der seitens des Gesetzgebers beabsichtigte Schutz des Kindes in dieser Konstellation überhaupt ein legitimes Ziel zur Rechtfertigung von Eingriffen in Grundrechte der plazentalen Wunschmutter darstellen kann. Aufmerksamkeit verdient dieser Aspekt, weil das Kind zu dem Zeitpunkt, in dem die zur Erfüllung des Kinderwunsches erforderliche und verbotene Übertragung der Eizelle stattfinden würde, noch nicht existiert (Teil 3). Ein weiterer Schwerpunkt der Arbeit liegt auf der Frage, ob die plazentale Wunschmutter als Trägerin der in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verankerten Elternverantwortung anzusehen ist und welche Stellung die Eizellspenderin unter dem Regime des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG einnimmt (Teil 2).

Grundrechtsdogmatisch widmet sich die Arbeit damit insbesondere der Frage, inwieweit die Verwirklichung des Kinderwunsches mittels (medizinisch assistierter) Fortpflanzung⁶ grundrechtlich geschützt wird. Kritisch beleuchtet wird hierbei unter anderem, welche Rolle der in diesem Zusammenhang in der Literatur oftmals herangezogene Art. 6 Abs. 1 Var. 2 GG („Freiheit zur Gründung einer Familie“) spielt. Aussagen über die konkret interessierende Fallgestaltung hinaus sind der Arbeit auch hinsichtlich vor allem des persönlichen Schutzbereichs des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG (Elternschaft) zu entnehmen.

Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda, 2018, S. 137 f.; *Jofer*, Regulierung der Reproduktionsmedizin, 2014, S. 321; *Kaiser*, in: Götz, Familie – Recht – Ethik, 2014, S. 362 f.; *Schewe*, FamRZ 2014, 90, 93 („[...] Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot.“); *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 12; *Heun*, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn, Umwege zum eigenen Kind, 2008, S. 59 ff.; *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, S. 115. An der Verfassungsmäßigkeit insoweit zweifelnd auch *Müller-Terpitz*, ZRP 2016, 51, 53; *Hieb*, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, 2005, S. 201; *Knoop*, Recht auf Fortpflanzung und medizinischer Fortschritt, 2005, S. 306. Vgl. auch *Büchler/Clausen*, FamPra.ch 2014, 231, 260 (zum schweizerischen Recht); *Wellenhofer*, in: Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main, 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt, 2014, S. 568; *Schumann*, in: Rosenau, Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, 2012, S. 186 f.; *Coester-Waltjen*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band I, 1986, S. B 110 f. Keine Bedenken unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten hingegen haben *Höfling/Engels*, in: Prütting, Medizinrecht, 2016, § 1 ESchG Rn. 10, sowie bereits *Höfling*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Verfügung über menschliche Embryonen und „humanbiologisches Material“, S. 171. Für Nachweise hinsichtlich verfassungsrechtlicher Bedenken gegen das Verbot der Eizellspende jenseits des Art. 3 GG siehe Fn. 875. Ebenfalls nicht nachgegangen wird der Frage, ob der Einsatz des Strafrechts zu rechtfertigen ist, vgl. hierzu *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 7, sowie *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, S. 162 ff.

⁶ Zur Beschränkung des Prüfungsgegenstandes in diesem Punkt siehe nachfolgend Teil 1, Abschnitt 1 unter A., S. 17 f.

Teil 1

Grundrechtliche Erfassung der Verwirklichung des Kinderwunsches durch die plazentale Wunschmutter

Um beurteilen zu können, ob das Verbot der Eizellspende im Hinblick auf den Kinderwunsch der plazentalen Wunschmutter verfassungsgemäß ist, muss geklärt werden, inwiefern die Verwirklichung des Kinderwunsches mittels Entgegennahme einer Eizellspende vom Schutzbereich eines oder mehrerer Grundrechte umfasst ist.⁷ Zur Klärung dieser Frage ist es dienlich, nicht nur die Konstellation des Auseinanderfallens von genetischer Mutterschaft und plazentaler Wunschmutterschaft zu betrachten, sondern andere Formen der Wunschelternschaft in die Betrachtung einzubeziehen.

Nachfolgend werden zunächst der Prüfungsgegenstand näher definiert sowie einige Begrifflichkeiten geklärt (Abschnitt 1). Es folgen Ausführungen zu bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung⁸ und Literatur zum Thema (Abschnitt 2). Im Anschluss wird eine freiheitsrechtliche Einordnung der Verwirklichung des Kinderwunsches vorgenommen (Abschnitt 3).

Abschnitt 1

Prüfungsgegenstand und Begrifflichkeiten

A. Prüfungsgegenstand

Grundsätzliches Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist die Beantwortung der Frage, wie die Verwirklichung des Kinderwunsches grundrechtlich einzuord-

⁷ Die verfassungsrechtliche Stellung der Wunschmutter wurde im Gesetzgebungsverfahren zum Embryonenschutzgesetz weitestgehend ausgeblendet. Vgl. aber die Bemerkung der Abgeordneten *Bitter* (PDS) in der 230. Sitzung des Deutschen Bundestags am 24. Oktober 1990: „Warum soll z. B. eine Frau, die durch Krebsbestrahlung selbst nur geschädigte Eizellen hat, nicht von ihrer Schwester eine Eizelle gespendet bekommen, wenn man es dann akzeptiert?“, BT-Drs. 11/230, S. 18215. Zur (allgemeineren) Kritik, wonach die Grundrechte der Wunscheltern in der Diskussion um moderne Fortpflanzungstechnologien bislang zu kurz kamen, siehe etwa *Hufen*, in: Gethmann/Huster, *Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik*, 2010, S. 139, sowie *Knoop*, *Recht auf Fortpflanzung und medizinischer Fortschritt*, 2005, S. 117.

⁸ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs werden unter anderem mit Hilfe von Randnummern zitiert. Sofern nicht abweichend angegeben, wird auf die Randnummern der über die Internetseiten der Gerichte (www.bundesverfassungsgericht.de bzw. www.bundesgerichtshof.de) jeweils abrufbaren Version Bezug genommen.