



WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER

› Mutterschaft zwischen ‚Natur‘ und Selbstbestimmung

Thomas Gutmann



Preprints and Working
Papers of the Centre for
Advanced Study in Bioethics
Münster 2016/90



› Mutterschaft zwischen ‚Natur‘ und Selbstbestimmung

Thomas Gutmann

I Einleitung¹

Die beiden Fragen, (a) welche guten Gründe wir dafür haben, die Stellung² „Mutter“ bzw. „Elternteil“ und die damit verbundenen Rechte und Pflichten zuzuschreiben, und für wen die fortpflanzungsmedizinischen Techniken dafür, Mutter werden zu können, zugänglich sein sollen, werfen grundsätzliche Probleme der Begründung rechtlicher Normen auf. Eine spezifisch rechtsphilosophische Perspektive auf diese beiden Fragen kann nicht alle familien- und fortpflanzungsmedizinrechtlichen Detailfragen klären. Sie kann für die Debatte jedoch zweierlei leisten:

(1) *Erstens* kann sie zeigen, welche langwelligen normativen Dynamiken im Hintergrund unserer gegenwärtigen verfassungs-, familien- und reproduktionsrechtlichen Diskussionen stehen. Wir können hier lernen, aus welchem normativen Reservoir sich die Gründe speisen, die eine Weiterentwicklung des geltenden Rechts (einschließlich der Interpretation der Grundrechte) einfordern und antreiben. Unter den normativen Grundtendenzen der Rechtsentwicklung westlicher Verfassungsstaaten sind mit Blick auf die Frage der „Mutterstellung“ (bzw. des Zugangs zu ihr) vor allem zwei „Metatrends“ interessant: Der Abbau noch bestehender Formen (insbesondere kategorialer) Diskriminierung von Bürgerinnen und Bürgern und der Verlust der normativen Überzeugungskraft von Argumenten, die auf spezifische Vorstellungen von „Natur“ oder „Natürlichkeit“ Bezug nehmen.

1 Dieser Text erscheint in veränderter Form in dem von *Anne Röthel* und *Bettina Heiderhoff* herausgegebenen Band *Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?* (Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht, Band 14), Frankfurt am Main: Wolfgang Metzner Verlag 2016.

2 Zur Terminologie siehe *Anne Röthel*, Was kann der Staat? Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, in: dies./ Bettina Heiderhoff (Hg.), *Regelungsaufgabe Vaterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?*, Frankfurt a. M. 2014, 89–117.

Die Rede von Hintergrunddynamiken, Grundtendenzen oder Metatrends impliziert kein teleologisches Weltbild. Nichts richtet sich von selbst, Fortschritte (in welche Richtung auch immer) sind niemals garantiert, und wir können nicht mehr darauf vertrauen, dass sich bestimmte Ideen mit Notwendigkeit selbst verwirklichen, wie dies noch Hegel³ mit seiner Vorstellung eines absoluten Geistes gemeint hatte. Die demokratische Selbststeuerung der Gesellschaft dient nicht dem Vollzug geschichtsphilosophischer Wahrheiten, und das „Irrationalitätsprivileg der Politik“⁴ tut ein Übriges. Gleichwohl lassen sich Dynamiken der Entwicklung des Rechts⁵ und seiner Modernisierung⁶ beobachten; zugleich ist dieser Prozess in unterschiedliche Phänomene eingebettet. Unsere kollektiven Selbstverständnisse sind im Fluss. Normen und Normensysteme sind Teil evaluativer Weltbilder (die in der Regel durch Kontroversen, Dissonanzen und Widersprüche gekennzeichnet sind). Diese unterliegen Prozessen der Generalisierung und der Veränderung von Werten.⁷ Mittel- und langfristig beobachten wir Prozesse des Mentalitäts- und Sensibilitätswandels⁸ und Veränderungen sozialer Vorstellungsschemata.⁹ Kollektive historische Erfahrungen ändern nicht nur Einstellungen, sondern erzeugen auch neue Gründe für normative Regeln.¹⁰ Lebensformen als Ensembles sozialer Praktiken und kultureller Orientierungen¹¹ können dysfunktional und kritisierbar werden (wie dies etwa mit dem tradierten Begriff der Ehe und mit dem patriarchalen Familienmodell geschah). Ein besonders dynamisches Element der Rechtsentwicklung hat der liberale Rechtsstaat dabei selbst produziert: Es ist die egalitäre Logik subjektiver Rechte, die den Einzelnen ein Mittel an die Hand gibt, ihre je eigene Vorstellung eines gelingenden Lebens gegen die Zumutung tradierter Begriffe von Normalität, Natürlichkeit und die mit diesen verbundenen Exklusionsmechanismen durchzusetzen.¹² Die verfassungs-, familien- und reproduktionsrechtlichen Diskussion um die Mutterstellung ist einer der Orte, an denen dies gegenwärtig geschieht (hierzu sogleich unter II). Wir können hier einen sozialen Lernprozess beobachten – also einen Lernprozess, der die Bedingungen einer sozialen Ordnung und ihre normativen Grundlagen zum Thema macht.¹³

- 3 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte [1833], Werke in zwanzig Bänden, Frankfurt a.M. 1969 ff., Band 12, 74 ff.; *ders.*, Grundlinien der Philosophie des Rechts [1821], Werke in zwanzig Bänden, Band 7, 503 ff.
- 4 Horst Dreier, Bioethik. Politik und Verfassung, Tübingen 2013, 78ff.
- 5 Vgl. Thomas Gutmann/Fabian Wittreck/Bernhard Jakl/Michael Städtler (Hg.), Evolution – Entwicklung – Epigenese des Rechts (Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie, Münster 2012), Stuttgart 2016, i. V.
- 6 Vgl. Thomas Gutmann, Art. „Rechtswissenschaft“, in: Friedrich Jaeger/Wolfgang Knöbl/Ute Schneider (Hg.), Handbuch der Modernforschung. Interdisziplinäre und internationale Perspektiven, Stuttgart/Weimar 2015, 216–230.
- 7 Siehe zum Konzept eines „vernünftigen, begründbaren Wertewandels“ Ludwig Siep, Konkrete Ethik. Grundlagen der Natur- und Kulturethik, Frankfurt a.M. 2004, 164 ff., 169; grundsätzlich auch Hans Joas, Die Entstehung der Werte, Frankfurt a.M., 6. Aufl. 1999.
- 8 Vgl. Lynn Hunt, Inventing Human Rights. A History, London 2007; Kwame Anthony Appiah, The Honor Code. How Moral Revolutions Happen, New York 2010.
- 9 Charles Taylor, Modern Social Imaginaries, Durham/London 2004.
- 10 Vgl. Thomas Gutmann, Sebastian Laukötter, Arnd Pollmann und Ludwig Siep (Hg.), Genesis und Geltung. Historische Erfahrung und Normenbegründung in Moral und Recht, Tübingen 2016, i. V.
- 11 Rahel Jaeggi, Kritik von Lebensformen, Frankfurt a.M. 2014.
- 12 Sie hierzu Thomas Gutmann, Claiming Respect. Historische Erfahrung und das Einfordern von Rechten, in: Thomas Gutmann, Sebastian Laukötter, Arnd Pollmann und Ludwig Siep (Hg.), Genesis und Geltung (Fn. 10).
- 13 Vgl. Klaus Eder, Geschichte als Lernprozess?, Frankfurt a.M. 1991, 13.

(2) Eine rechtsphilosophische Perspektive auf die Frage der „Mutterstellung“ kann die rechtlichen Debatten *zweitens* dadurch irritieren, dass sie sie mit den nicht selten präziseren und differenzierteren Diskursen in der analytischen Rechts- und Moralphilosophie konfrontiert. Die in der Philosophie behandelte Frage, welche *guten* Gründe wir überhaupt dafür haben, die Stellung, „Mutter“ bzw. „Elternteil“ und die damit verbundenen Rechte und Pflichten zuzuschreiben, kann ein scharfes Licht auf unsere rechtlichen Praktiken werfen. Allerdings lässt sich letztlich nicht jedes gute philosophische Argument auch in ein rechtliches übersetzen, und am Ende müssen das Recht und seine Reflexionsform, die Rechtswissenschaft, selbst über die Anschlussfähigkeit außerrechtlicher Theorieangebote entscheiden (hierzu sogleich unter III).

II Die Vogelperspektive: Zwei Entwicklungen auf der Prinzipienebene

1 Der Abbau von Formen kategorialer Diskriminierung

a) Die Logik der Nichtdiskriminierung

Wenn wir den großen rechtsphilosophischen Rahmen aufspannen, dann sehen wir, dass der normative Grund der Entwicklung der Grund- und Menschenrechte in der geistesgeschichtlich seit dem 17. Jahrhundert vielfältig ausbuchstabierten Vorstellung liegt, dass Rechtspersonen – in den Worten Ronald Dworkins – ein individuelles „*right to equality of concern and respect*“¹⁴ zukommt. Darin begründet liegt als erste Ableitung ein Recht, nicht rechtlich diskriminiert zu werden. Einer Rechtsperson die Gleichheit in der Freiheit zu verweigern, bedarf der Rechtfertigung durch gute Gründe, die nicht mehr einfach solche der Tradition oder Religion sein können, sondern Bedingungen der Reziprozität und Allgemeinheit erfüllen müssen. Diskriminierung steht damit unter Rechtfertigungszwang; gleichzeitig verlieren die Gründe, die zu ihrer Verteidigung vorgebracht werden können, ihr normatives Fundament.¹⁵

Das Recht auf gleiche Achtung wendet sich potentiell gegen alle die Strukturen seiner Missachtung. Seine Logik ist inklusiv, es zielt auf die Einbeziehung des anderen und damit aller anderen. Wenngleich die Entfaltung des Prinzips historisch schrittweise und nicht ohne Rückschläge erfolgt ist, hat der Anspruch des egalitären Universalismus von Anfang an Standards definiert, an denen sich die je verbliebenen Verstöße gegen ihn auf eben seiner Grundlage kritisieren ließen. Die im 18. Jahrhundert, auch noch bei Immanuel Kant (und umso mehr in den sklavenhaltenden Vereinigten Staaten von Amerika des Jahres 1776) explizit oder stillschweigend mitgedachte Beschränkung aller oder bestimmter Bürger- und Menschenrechte auf freie, weiße, männliche und ökonomisch unabhängige *citoyens* konnte angesichts der egalitären Geltungsansprüche, die mit der Menschenrechtsforderung erhoben wurden, von vornherein nicht plausibel begründet werden. Wenn es keine guten Gründe dafür geben kann,

14 Ronald Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt a. M. 1984, 298 ff.; ders., Liberalism, in: ders., A Matter of Principle, Oxford 1985, 181–204, 191.

15 Vgl. hierzu und zum Folgenden näher: Thomas Gutmann, Normenbegründung als Lernprozess? Zur Tradition der Grund- und Menschenrechte, in: ders./Ludwig Siep/Bernhard Jakl/Michael Städtler (Hg.): Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, Tübingen 2012, 295–313 und ders., Religion und Normative Moderne, in: ders./Ulrich Willems/Detlef Pollack/Helene Basu/Ulrike Spohn (Hg.), Moderne und Religion. Kontroversen um Modernität und Säkularisierung, Bielefeld 2013, 447–488.

Menschen wegen ihrer Hautfarbe in Sklaverei zu halten, gibt es auch keine dafür, Personen wegen ihres Geschlechts bürgerliche und politische (oder Menschen-) Rechte vorzuenthalten, sie von Schulen, Universitäten und freier Berufswahl auszuschließen. Das gleiche Verbot der freiheitsbeeinträchtigenden Ungleichbehandlung greift sodann im Hinblick auf religiöse und weltanschauliche Überzeugung, auf die ethnische Herkunft, auf Behinderung und Alter und schließlich auch auf die sexuelle Orientierung (sowie potenziell auch im Hinblick auf jene diskriminierenden Formen von Exklusion und Ungleichheit, die von der sozialen Dynamik stets neu hervorgebracht bzw. von der Progression der Inklusionslogik neu „entdeckt“ werden). Dies benennt einen weltweiten Prozess, der weit davon entfernt ist, zum Abschluss gekommen zu sein. Das Prinzip der gleichen Achtung ist in westlichen Verfassungsstaaten heute breit institutionalisiert: in den einzelnen konstitutionellen Freiheits- und Gleichheitsgarantien, im europäischen Antidiskriminierungsrecht¹⁶ und zugleich im Ausbau des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes zu einem objektiven Rechtsregime. Dabei gilt, dass die Geschichte der Menschen- und Grundrechte eine Geschichte ihrer Extension¹⁷ ist, weil und insoweit sich die Logik der Nichtdiskriminierung Raum schafft. Normativ gesehen ist dies ein gerichteter Prozess, d. h. soweit die egalitäre Achtung vor den Einzelnen als Rechtspersonen heute reicht, ist sie mit Blick auf die Logik ihrer normativen Gründe die Entfaltung eines einheitlichen Prinzips und nur als solche verständlich. Mit anderen Worten: Wo mit Blick auf die Frage der „Mutterstellung“ (bzw. des Zugangs zu ihr) heute noch Bürgerinnen oder Lebensformen benachteiligt werden, haben solche Arrangements zunehmend mit heftiger, nicht zuletzt verfassungsrechtlicher Kritik zu rechnen – mit einer Kritik, die einen sehr langen Anlauf genommen hat.

b) Die Freiheitsvermutung. Das Recht auf Reproduktionsfreiheit

Das Recht regelt den Zugang zur Mutterstellung auf zwei Arten. Eine wird mit der *familienrechtlichen* Frage behandelt, unter welchen Voraussetzungen eine Frau als Mutter eines geborenen Kindes gelten kann. Kann eine Frau nicht oder nicht gefahrlos auf natürlichem Weg schwanger werden, so liegt eine erste Hürde aber bereits in den Voraussetzungen, die das Recht für den Zugang zu den unterschiedlichen Techniken der medizinisch assistierten Fortpflanzung, also für das In-Existenz-Bringen eines Kindes (und damit für die Stellung einer oder mehrerer Frauen als dessen Mu[e]tter) aufstellt. Dies ist die *reproduktionsrechtliche* Seite des Problems, die im Folgenden zunächst im Vordergrund stehen wird.

Erwachsene Menschen haben *prima facie* das moralische und juridische Recht, über das ob und wie ihrer Fortpflanzung selbst zu entscheiden. Dieses „Recht auf reproduktive Autonomie“, um einen Ausdruck zu gebrauchen, den Ronald Dworkin geprägt hat¹⁸, wurzelt in einem zumindest den westlichen Gesellschaften gemeinsamen Verständnis von menschlicher Würde

16 Vgl. *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte* (Hg.), Handbuch zum europäischen Antidiskriminierungsrecht, Luxemburg 2011.

17 *Christoph Menkel/Arnd Pollmann*, Philosophie der Menschenrechte. Zur Einführung, Frankfurt a. M. 2007, 99 ff.

18 *Ronald Dworkin*, Die Grenzen des Lebens. Abtreibung, Euthanasie und persönliche Freiheit. Reinbek 1994, 217 ff., 230. Vgl. auch *John A. Robertson*, Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies, Princeton 1994 und bereits *John L. Hill*, What does it mean to be a 'Parent'? The claims of biology as a basis for parental rights, *New York University Law Review* 66 (1991), 353–420 sowie *Allen Buchanan/Dan W. Brock/Norman Daniels/Daniel Wikler*, From Chance to Choice. Genetics and Justice, Cambridge 2000, 204 ff.

– in der Überzeugung, dass Menschen das Recht und die Verantwortung haben, die grundlegenden Fragen über die Bedeutung und den Sinn ihres Lebens für sich selbst zu beantworten.¹⁹

Dieses Recht lässt sich als moralisches ausbuchstabieren, in seiner „klassischen“ Abwehrfunktion²⁰ aber auch als Grundrecht nachweisen. Dworkin und andere haben es für die USA verfassungsrechtlich hergeleitet²¹; in Deutschland lässt es sich – als besonders „menschenwürdenahes“ Grundrecht²² – in erster Linie als ein Aspekt des durch Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG garantierten Persönlichkeitsrechts fassen²³ und daneben in Art. 6 Abs. 1 GG, dem Schutz von Ehe und Familie, lokalisieren.²⁴ In der EMRK dient nicht zuletzt der (freilich schwache) Art. 8 Abs. 1 als Anknüpfungspunkt.

Die Möglichkeit der eigenen Fortpflanzung gehört zum Kern personaler Identität.²⁵ Das Recht auf Fortpflanzung dient nicht zuletzt dem Schutz des basalen, anthropologisch tief liegenden Interesses daran, Kinder zu zeugen, zu gebären und aufzuziehen.²⁶ Es vermittelt insoweit ein (negatives) *Recht auf Mutterschaft*. Dabei ist das „Grundrecht auf Fortpflanzung bzw. auf reproduktive Selbstbestimmung [...]“ persönlich und sachlich umfassend. Persönlich steht das Grundrecht auf Fortpflanzung jedem zu: verheirateten und unverheirateten Paaren, gleichgeschlechtlichen Paaren und auch einer einzelnen, partnerschaftlich ungebundenen Person, die sich zwar ein eigenes Kind wünscht, dies indes ohne Partnerschaft. Sachlich umfasst der Schutzbereich nicht nur die natürliche Zeugung, sondern auch die medizinisch assistierte Fortpflanzung²⁷, also die Inanspruchnahme von Techniken wie In-vitro-Fertilisation (IVF), Samen- bzw. Eizellspende oder Leihmutterschaft.²⁸

19 Dworkin, Die Grenzen des Lebens (Fn. 18), 222 ff.

20 Angesprochen ist hierbei nur die „klassische“ Abwehrfunktion dieses Grundrechts. Es geht nicht um die Inanspruchnahme eines „Rechts auf ein gesundes Kind“, das es (wie überhaupt ein Recht auf ein Kind) nicht geben kann, weil keine korrespondierenden Pflichten zu einem solchen Recht bestehen können. Es geht auch nicht um ein Leistungs- oder Teilhaberecht – die diffizile Frage, welche Ansprüche Eltern angesichts einer zunehmenden Rationierung medizinischer Leistungen an die Gemeinschaft dahingehend erheben können, dass ihnen diese Technik positiv zur Verfügung gestellt wird, soll im Folgenden nicht interessieren. Es geht allein darum, nicht durch ein gesetzliches Verbot an der Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts in Fragen der eigenen Fortpflanzung gehindert zu werden.

21 Dworkin, Die Grenzen des Lebens (Fn. 18), 222 ff.; Lori B. Andrews, Mom, Dad, Clone: Implications for Reproductive Privacy, Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics 7 (1998), 176–186.

22 Ulrich Gassner/Jens Kersten/Matthias Krüger/Josef Franz Lindner/Henning Rosenau/Ulrich Schroth, Fortpflanzungsmedizinergesetz. Augsburg-Münchener-Entwurf (AME-FMedG), Tübingen 2013, 34.

23 Friedhelm Hufen, Präimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht, Medizinrecht 19 (2001), 440, 442; Matthias Herdegen, Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses, Juristenzeitung 56 (2001), 773–779, 777; Gassner et al., AME-FMedG (Fn. 22), 32 f. Vgl. die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 88, 203 (203 Leitsatz 5, 254) und des Bundesfinanzhofes in Neue Juristische Wochenschrift 1998, 854, 855.

24 Hufen, Präimplantationsdiagnostik (Fn. 23), 442; Herdegen, Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses (Fn. 23), 777; Gerhard Robbers, Kommentierung zu Art. 6 GG. In: von Mangoldt/Klein/Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 6 GG Rn. 92; Hans Jarass, Kommentierung zu Art. 6 GG, in ders./Bodo Pieroth (Hg.), GG Kommentar, 14. Aufl. 2014, Art. 6 GG Rn. 8, 11.

25 Peter Badura, Kommentierung zu Art. 6 GG, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 76. EL 2015, Art. 6 Rn 29.

26 Robertson, Children of Choice (Fn. 18), 22 ff.

27 Gassner et al., AME-FMedG (Fn. 22), 32.

28 Hufen, Präimplantationsdiagnostik (Fn. 23), 442 f.; Nationaler Ethikrat, Stellungnahme: Genetische Diagnostik vor und während der Schwangerschaft, Berlin 2003, Mehrheitsvotum, 63; Dagmar Coester-Waltjen, Kommentierung zu Art. 6 GG, in: von Münch/Kunig (Hg.), Grundgesetz, 6. Auflage 2012, Art. 6 Rn. 49;

Das Prinzip, dass eine Ausgangsvermutung zugunsten der Freiheit jedermanns besteht²⁹, gehört zum Genom des liberalen Verfassungsstaats. § 3 des Augsburg-Münchener-Entwurfs eines Fortpflanzungsmedizingesetzes („Jeder hat das Recht, ein Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung in Anspruch zu nehmen“³⁰) bildet dieses Prinzip im Reproduktionsrecht ab. Umgekehrt gilt, dass jede rechtsförmige Beschränkung einer nach dem Stand der medizinischen Forschung prinzipiell zugänglichen Technik medizinisch assistierter Fortpflanzung in die *abwehrrechtliche* Verbürgung des Grundrechts auf reproduktive Autonomie eingreift.^{31,32}

c) Folgerungen

Nimmt man das Gewicht des Grundrechts auf reproduktive Selbstbestimmung und des Prinzips der Nichtdiskriminierung ernst, so erscheint die Prognose evident, dass sich die verbliebenen familien- und/oder reproduktionsrechtlichen Benachteiligungen alternativer Lebens- und Zeugungsformen langfristig nicht aufrechterhalten lassen. Was sich hier durchsetzt, ist nichts weniger als das Genom des liberalen Rechtsstaats – das Recht auf gleiche Achtung, das sich in gleichen individuellen Freiheiten manifestiert.³³ In der historischen Logik der Nichtdiskriminierung stellt sich heute nicht mehr die Frage, *ob* hier Änderungen des Rechts kommen müssen (siehe unten, IV), sondern nur noch, *wann* sie kommen.

d) Das einheitliche Muster von „Traditionskrisen“

Die Art und Weise, wie sich die normative Logik der Nichtdiskriminierung gegen tradierte Normen und Praktiken durchsetzt, lässt sich als „Traditionskrise“ beschreiben. Will man die gegenwärtigen verfassungs-, familien- und reproduktionsrechtlichen Diskussionen um die Mutterstellung verstehen, hilft es, sich klarzumachen, dass diese Traditionskrisen in der jüngeren Vergangenheit meist einer bestimmten Dramaturgie gefolgt sind. „Enttraditionalisierung“ wird dadurch vorangetrieben, dass Gruppen von Bürgerinnen und Bürgern gleiche Rechte einfordern. Tradierte Normen und Praktiken, die dem entgegenstehen, geraten unter Rechtfertigungsdruck. Wird dieser so groß, dass sich ihre normativen Geltungsansprüche nicht mehr erfolgreich einlösen lassen, bietet sich (zumindest seit dem späten 19. Jahrhundert) an,

Frauke Brosius-Gersdorf, Kommentierung zu Art. 6, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2013, Rn. 117. Vgl. für die Schweiz die Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts, 1989, I, 234, 247. Siehe auch die prägnante Argumentation bei *John A. Robertson*, *Gay and Lesbian Access to Assisted Reproductive Technology*, *Case Western Reserve Law Review* 55 (2004), 323–372.

29 *Gassner et al.*, AME-FMedG (Fn. 22), 29.

30 *Gassner et al.*, AME-FMedG (Fn. 22), 3.

31 Vgl. BVerfG Neue Juristische Wochenschrift 1999, 3399 (3400) zur Aktivierung der abwehrrechtlichen Verbürgung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG für den Fall, dass einem kranken Menschen durch das Recht eine nach dem Stand der medizinischen Forschung prinzipiell zugängliche Therapie, mit der eine Verlängerung des Lebens, mindestens aber eine nicht unwesentliche Minderung des Leidens verbunden ist, versagt wird.

32 Dieser Beitrag legt den Fokus auf das Recht der westlichen Verfassungsstaaten. Dies soll nicht verdecken, dass unter der Überschrift der „*reproductive rights*“ bzw. „*reproductive freedoms*“ international ganz andere Dinge verhandelt werden müssen, wie etwa der Zugang zu basalen Gesundheitsleistungen und zu Kontrazeptiva sowie der Kampf gegen Genitalverstümmelung, Kinder- und Zwangsheiraten, siehe *UNHR/UNFPA*, *Reproductive Rights are Human Rights. A Handbook for National Human Rights Institutions*, o. O. 2014.

33 Vgl. *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen (Fn. 14), *ders.*, Die Grenzen des Lebens (Fn. 18).

auf einer *ersten Stufe* anstelle eines normativen Diskurses auf empirische, „wissenschaftliche“ Argumente auszuweichen. So wurde in der deutschen Diskussion um „die Befähigung der Frau zum wissenschaftlichen Studium und Berufe“³⁴ kurz vor der Wende zum 20. Jahrhundert nicht mehr eigentlich das grundsätzliche Recht von Frauen auf Zugang zu höherer Bildung in Frage gestellt, sondern vielmehr mit Bedauern auf den „Organismus des Weibes“ verwiesen, auf das leider kleinere Gehirn der Frau, ihre eingeschränkten kognitiven Fähigkeiten und schließlich auf ihre Natur als Gefühlswesen, das auf die Zumutungen eines Universitätsstudiums anstelle früher Mutterschaft regelmäßig mit Hysterie, Depression oder anderen Formen psychischer Erkrankung reagieren müsse. Homosexualität wurde von der *American Psychiatric Association* erst 1973 aus dem Krankheitskatalog des *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* gestrichen.³⁵ Die Mehrheit jener 57 Staaten, die sich der 2008 verabschiedeten *UN Declaration on Sexual Orientation and Gender Identity* verweigert haben, haben dies nicht zuletzt mit der (scheinbar) kriminologischen These zu begründen versucht, die Kriminalisierung von Homosexualität sei nötig, um die „soziale Normalisierung der Pädophilie“ zu verhindern.³⁶ Die vor allem in den USA rechtlich ausgefochtenen Kämpfe über *LGBT-Parenting* wurden schließlich über die Behauptung geführt, dass homo- und bisexuelle Personen als Eltern weniger geeignet seien als heterosexuelle – auch dies eine These ohne tatsächliche empirische Basis, der die psychologischen Fachgesellschaften bald mit Metastudien entgegengetreten sind.³⁷

Der Punkt, auf den es hier ankommt, ist, dass die Eigenlogik des Wissenschaftssystems scheinbar „empirischen“ Rationalen für rechtliche Diskriminierungspraktiken in aller Regel nur sehr kurze Halbwertszeiten gewährt – ein Umstand, dem sich auch ein auf Begründungsrationalität verpflichtetes Rechtssystem nicht verschließen kann: „Es ist davon auszugehen“, führte in exemplarischer Weise das Bundesverfassungsgericht unter Bezugnahme auf die „ganz überwiegenden Zahl der sachverständigen Stellungnahmen“ in seinem Urteil vom 19. Februar 2013 zur Sukzessivadoption durch eingetragene Lebenspartner aus, „dass die behüteten Verhältnisse einer eingetragenen Lebenspartnerschaft das Aufwachsen von Kindern ebenso fördern können wie die einer Ehe“.³⁸ Dieser historische Blick mag eine gesunde Skepsis gegenüber jenen ungedeckten empirischen Behauptungen nähren, die heute auf der Tagesordnung stehen;

34 Arthur Kirchoff (Hg.), *Die Akademische Frau. Gutachten herausragender Universitätsprofessoren, Frauenlehrer und Schriftsteller über die Befähigung der Frau zum wissenschaftlichen Studium und Berufe*, Berlin 1897.

35 *Ronald Bayer*, *Homosexuality and American Psychiatry: The Politics of Diagnosis*, Princeton 1981.

36 Organization of Islamic Conference-sponsored Declaration, read in the General Assembly by Syria (19. Dezember 2008).

37 Vgl. exemplarisch: *American Psychological Association*, *Lesbian & Gay Parenting*, Washington 2005, <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting-full.pdf> (28.05.2016) und das Amicus Curiae-Gutachten der American Psychological Association und weiterer Fachgesellschaften im Fall *Perry et al. vs. Schwarzenegger* (628 F.3d 1191) vom 25.10.2010, <http://www.apa.org/about/offices/ogc/amicus/perry.pdf> (28.05.2016), 19 („There is no scientific basis for concluding that gay and lesbian parents are any less fit or capable than heterosexual parents, or that their children are any less psychologically healthy and well adjusted“). Siehe nunmehr zusammenfassend *Carlos A. Ball*, *Same-Sex Marriage and Children. A Tale of History, Social Science, and Law*, Oxford 2014 und *David Cole*, *Engines of Liberty: The Power of Citizen Activists to Make Constitutional Law*, New York 2016, 15–93.

38 BVerfGE 133, 59, Tz. 80 = NJW 2013, 847 (852).

die angeblichen Schäden und Belastungen von Kindern, die aus einer Eizellspende oder anderen Formen „gespaltener Mutterschaft“³⁹ resultieren sollen⁴⁰, wären hier als erstes zu nennen.

Ist das empirische Störfeuer verbraucht, muss auf der *zweiten und letzten Stufe* solcher Traditionskrisen deshalb erneut die normative Karte gezogen werden. Nun geht es um unmittelbare Angriffe auf die Vorstellung einer im Modus subjektiver Rechte garantierter Fortpflanzungsfreiheit im Namen „natürlicher“ Lebensformen oder kultureller Identitäten⁴¹, oder um den Rekurs auf Glaubensgewissheiten, die die Diskriminierung bestimmter, als intrinsisch defizitär begriffener Lebensformen (wie etwa der gelebten Homosexualität) einfordern. *Diese* Forderungen geraten allerdings sehr schnell mit dem verfassungsrechtlichen Prinzip gleicher Freiheit in Konflikt. Die Möglichkeiten, die Logik der Nichtdiskriminierung in konstitutionellen Rechtsstaaten aufzuhalten, sind deshalb gering.

2 Der Verlust der normativen Überzeugungskraft von „Natürlichkeit“

a) Ausgangspunkt: Ein normativ aufgeladener Naturbegriff

Ein normativer Rekurs auf die „Natur“ fiel dem abendländischen Denken seit Aristoteles immer leicht. Wird die Natur wie in der christlichen Tradition als Schöpfungsordnung verstanden, dann enthält sie ihre Normen in sich. Kann man, wie Thomas von Aquin annahm, in den natürlichen Eigenschaften des Menschen den Schöpfungsplan erkennen und ist die Ordnung der Natur damit zugleich die rechte Ordnung der Dinge⁴², wird das Unnatürliche schnell zum Unrecht. Die Renaissance des christlichen Naturrechts in Deutschland nach 1945 trieb denn auch so schöne Blüten wie die These des Bundesgerichtshofs über die „Natürlichkeit“ der Unterordnung der Frau unter den Mann als dem ‚Haupt‘ der Familie.⁴³ Am längsten haben sich die Vorstellungen, dass die Natur etwas „will“, im Bereich der Sexualität und der Familie gehalten.⁴⁴ Noch angesichts der Geburt des Klonschafs Dolly im Jahr 1997 flüchtete sich eine Gruppe von Präsidenten deutscher Forschungsorganisationen und Theologen in die hohle These, es gäbe eine „Würde der mit der menschlichen Gattung verbundenen natürlichen Reproduktion“.⁴⁵

39 Vgl. die raunenden Spekulationen des Gesetzgebers des Embryonenschutzgesetzes (BT-Drs. 11/5460, 7).

40 Siehe den Beitrag von *Sabine Walper* in Anne Röthel/Bettina Heiderhoff (Hg.), *Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?* (Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht, Band 14), Frankfurt am Main 2016.

41 Siehe zum Ganzen: *Thomas Gutmann*, *Recht als Kultur? Über die Grenzen des Kulturbegriffs als normatives Argument*, Baden-Baden 2015.

42 *Thomas von Aquin*, *Summa contra gentiles* [um 1260], z. B. Darmstadt 2001, 3, 26. Zum Überblick: *Heinrich Schipperes*, Art. Natur, in: Reinhart Koselleck/Werner Conze/Otto Brunner (Hg.): *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Wörterbuch zur politisch-sozialen Sprache*, Bd. 4, Stuttgart 1978, 215–244 (hier 226).

43 BGHZ 11 (Anhang: Gutachten), 34 (65 f.).

44 Ludwig Siep, *Naturbegriff und Angewandte Ethik*, Preprints and Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics Münster 2014/67, <http://www.uni-muenster.de/KFG-Normenbegruendung/publikationen/preprints.html> (31.5.2016), 5.

45 *Albin Eser/Wolfgang Frühwald/Ludger Honnefelder/Hubert Markl/Johannes Reiter/Widmar Tanner/Ernst-Ludwig Winnacker*, *Klonierung beim Menschen. Biologische Grundlagen und ethisch-rechtliche Bewertung. Stellungnahme für den Rat für Forschung, Technologie und Innovation*, April 1997, Kap. III, wiederabgedruckt in: Johann Ach/Gerd Bruder Müller/Christa Runtenberg (Hg.), *Hello Dolly? Über das Klonen*, Frankfurt a. M. 1998, 223–247 (237).

Solche allzu unmittelbaren Rekurse auf die Normativität der Natur scheitern nicht erst an erkenntnistheoretischen Grenzen, sondern schon an dem Umstand, dass das „Natürlichkeitsargument“ in dieser Form am wenigsten im Bereich der Medizin zu suchen hat, die wie wenige andere menschliche Tätigkeiten dazu angetreten ist, „der Natur“ gerade nicht ihren Lauf zu lassen. „Die“ Natur ist blind, sinnlos, grausam und inhuman – „nature, red in tooth and claw“⁴⁶, wie es bei Tennyson heißt. Wir sind leibliche Akteure auch im Sinn der Verletzlichkeit und Hinfälligkeit des menschlichen Leibes, bedroht nicht nur von der Gewalt der „Naturnotwendigkeiten“ Krankheit, Behinderung, Verletzung, Schmerz, Siechtum und Tod, sondern oft auch von ungewollter Kinderlosigkeit. „Natürlichkeit“ kann in diesem Sinn keine positive normative Referenz darstellen.

Was den Rekurs auf tradierte Natürlichkeitsformen – in der postmodernen Kritik gerne als „Bionormativität“⁴⁷ bezeichnet – jedoch am nachhaltigsten erschüttert hat, ist die Logik der Rechte. Die Irrelevanz der „Natürlichkeitsschwelle“ vor dem Gerichtshof des subjektiven Rechts demonstriert in exemplarischer Weise das Recht der Transsexualität, in dem die Anerkennung der selbstempfundenen geschlechtlichen Identität der Betroffenen und ihres Rechts auf Selbstbestimmung in dieser Identität⁴⁸ die Grenzen des bloß biologisch zugewiesenen Geschlechts sprengt. Allerdings verlangte das Transsexuellengesetz in seinem § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 zur vollen rechtlichen Anerkennung des Geschlechtswechsels, dass eine transsexuelle Person sich zuvor einem die äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden operativen Eingriff unterzogen hat, sowie dass sie im Ausgangsgeschlecht dauernd fortpflanzungsunfähig ist. Das Bundesverfassungsgericht hat nun im Januar 2011 festgehalten, dass es gegen Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 GG – das Recht auf körperliche Unversehrtheit – in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG – dem Schutz der Menschenwürde – verstoße, für den Wechsel des Geschlechts die körperliche Verstümmelung des oder der Betroffenen zu verlangen.⁴⁹ Die Folge ist, dass bei Mann-zu-Frau-Transsexuellen mit homosexueller Orientierung, eben weil ihre Zeugungsunfähigkeit nicht mehr zur Voraussetzung für ihre personenstandsrechtliche Anerkennung als Frau gemacht werden darf, nicht auszuschließen ist, dass sie alsdann als Frauen im Rechtssinn, aber biologisch als Männer, Kinder zeugen. Dies, so das Gericht trocken, sei eben hinzunehmen. Die Logik grundrechtlich garantierter individueller Selbstbestimmung macht auch an den scheinbar naturgegebenen Aspekten der Geschlechterdifferenz nicht halt. Das „Natürlichkeitsargument“ sticht indes genauso wenig, wenn es mit dem Anspruch auf Anerkennung selbstgewählter Formen partnerschaftlicher Beziehungen (unter *consenting adults*) und atypischer Familienkonstellationen⁵⁰ oder mit dem Recht auf „nicht natürliche“ Formen von Elternschaft konfrontiert

46 *Alfred Lord Tennyson*, In Memoriam A. H. H. (1849), canto 56. Vgl. *Thomas Gutmann*, Nature, red in tooth and claw. Individuelle Autonomie im Medizinsystem, ARSP 101 (2015), 577–588.

47 Vgl. z. B. *Charlotte Witt*, A Critique of the Bionormative Concept of the Family, in: Françoise Baylis/Carolyn McLeod (Hg.), *Family-Making: Contemporary Ethical Challenges*, Oxford 2014, 49–63; *Katharine K. Baker*, Bionormativity and the Construction of Parenthood, *Georgia Law Review* 42 (2008), 649 und *Sally Haslanger*, Family, Ancestry and Self: What is the Moral Significance of Biological Ties?, *Adoption & Culture* 2 (2009), 4.

48 Siehe hierzu künftig *Mirjam Siedenbiedel*, Selbstbestimmung über das eigene Geschlecht. Rechtliche Aspekte des Behandlungswunsches transsexueller Minderjähriger, Baden-Baden 2016, im Druck.

49 BVerfGE 128, 109.

50 Vgl. BVerfGE 133, 59, Tz. 61 = NJW 2013, 847 (849): „Das Familiengrundrecht schützt auch die aus gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern und einem Kind bestehende Gemeinschaft, sofern diese dauerhaft angelegt ist und als umfassende Gemeinschaft gelebt wird“. Zum Ganzen *Nina Dethloff*, Changing Family Forms: Challenges for German Law, in: *Victoria University of Wellington Law Review* 46 (2015), 671–682.

wird. Als *pars pro toto* mag die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 19. Februar 2013 dienen, dass der „verfassungsrechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Eltern [...] nicht entgegen[stehe], dass Art. 6 Abs. 1 GG vom *natürlichen* Recht der Eltern spricht“⁵¹ und Art. 6 Abs. 1 GG folglich nicht nur verschiedengeschlechtliche Eltern, sondern auch zwei Elternteile gleichen Geschlechts schütze.

b) *Die naturale Dimension menschlicher Existenz ist keine reine soziale Konstruktion*

Dabei steht außer Frage, dass menschliche Personen zugleich Teil der ersten wie der zweiten Natur sind. Unser evaluatives (Werte und Normen einschließendes) Selbstverhältnis ist auch durch unsere Leiblichkeit geprägt sowie durch die Grundbedingung der menschlichen Existenz, dass wir als Menschen *geboren* werden, wie Hannah Arendt und im Anschluss an sie Jürgen Habermas mit dem Begriff der *Natalität* herausgearbeitet haben.⁵² Die naturale Dimension menschlicher Existenz ist zwar keine invariante Essenz, genauso wenig ist sie jedoch eine bloße soziale Konstruktion. Die Vehemenz des biopolitischen und familienrechtspolitischen Streits um Reproduktion und Familienverhältnisse hat seinen Grund auch darin, dass der Verlust der normativen Kraft von „Natürlichkeit“ evaluative Krisen einer spezifischen Art verursacht, die man als den Verlust des Selbstverständlichen und bisher Unverfügbaren beschreiben kann.⁵³ Kurzum: Der Naturbegriff bleibt für die angewandte Ethik relevant⁵⁴, und es gibt gute Gründe dafür – wie dies der Kongress der Deutschen Gesellschaft für Philosophie 2017 tun wird – nach dem Verhältnis von „Norm und Natur“ zu fragen. Gerade Mutterschaft ist ein anthropologisch tief verankertes Konzept und nicht bloß ein soziales Konstrukt. Gleichwohl tritt letzteres – der soziale Sinn der Mutterstellung, ihre Funktion und die Forderungen, die in der Logik der Rechte aus juristisch zu schützenden Interessen des Kindes und seiner möglichen Mütter resultieren – mit guten Gründen in den Vordergrund. Hinzu kommt, dass die Basiskategorien dessen, was der *soziale* Sinn der Mutterrolle ist – die Sorge und die Übernahme von Verantwortung für ein Kind sowie der Aufbau einer tiefen wechselseitigen Bindung – auch dort, wo die Mutterschaft nicht biologisch fundiert ist, selbst anthropologisch verankert und insoweit auch „natürlich“ sind. Dies bilden auch die Diskussionen in der praktischen Philosophie ab.

51 BVerfGE 133, 59, Tz. 53 = NJW 2013, 847 (849), Herv.T.G. Ein prägnantes Beispiel dafür, wie ein unreflektierter Begriff von „Natürlichkeit“ zur Diskriminierung dient, ist demgegenüber die Begründung des Schweizerischen Bundesrats für das Verbot fortpflanzungsmedizinischer Maßnahmen bei Personen, die in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft leben, durch Art. 3 Abs. 2 FMedG Schweiz: „Von der Natur vorgegeben ist, dass jedes Kind eine Mutter und einen Vater hat. [...] Für den Bundesrat ist entscheidend, dass die medizinisch unterstützte Fortpflanzung nicht zu Familienverhältnissen führen sollte, die von dem, was sonst natürlicherweise möglich ist, abweichen“. Homosexuelle Lebensformen, so das Argument, seien von ‚der Natur‘ nicht vorgesehen, deshalb dürfe (und müsse) solchen Personen ohne weiteres die Elternschaft versagt werden. Selbstverständlich fehlt daneben nicht der das Vorliegen scheinbarer (und zu diesem Zeitpunkt längst falsifizierter, vgl. Fn. 37) empirischer Erkenntnisse behauptende Hinweis, dass „die Anwendung der Fortpflanzungshilfe bei einer alleinstehenden Frau oder bei gleichgeschlechtlichen Paaren *mit Rücksicht auf das Kindeswohl* ausgeschlossen“ sein müsse (Botschaft zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung [Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG] vom 26. Juni 1996, 96.058, Bundesblatt 148, Bd. III, 205 ff., 250 f., 254, Herv. T. G.).

52 *Hannah Arendt*, *Vita activa oder Vom tätigen Leben*, München/Zürich 10. Aufl. 1998, 18 ff.; *Jürgen Habermas*, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt a. M. 2001, 101 ff.

53 Ich danke an dieser Stelle Michael Quante.

54 Vgl. Ludwig Siep, *Naturbegriff und Angewandte Ethik* (Fn. 44).

III Der Mutterschafts- (und Elternschafts-) Diskurs in der praktischen Philosophie

1 Warum schreiben wir eigentlich die Mutterstellung zu?

In der Philosophie wird die Frage, welche *guten* Gründe wir überhaupt dafür haben, die Stellung, „Mutter“ bzw. „Elternteil“⁵⁵ und die damit verbundenen Rechte und Pflichten zuzuschreiben⁵⁶, ‚naturgemäß‘ kontrovers beantwortet – ein Umstand, der keineswegs nur dem Umstand geschuldet ist, dass das Thema der Mutterschaft für die feministische Theoriebildung ein gewisses toxisches Potential aufweist. Gleichwohl lassen sich aus dieser Diskussion, die hier nur in einem groben Überblick dargestellt werden kann, einige klare Ergebnisse gewinnen.

Theorien, die Gründe für die Zuschreibung der Mutter- bzw. Elternstellung prüfen, müssen zunächst schon aus analytischen Gründen an den berechtigten Interessen (möglicher) Eltern an dieser Stellung und nicht an den Rechten der (möglichen) Kinder ansetzen. Anca Gheaus⁵⁷ erklärt auf prägnante Weise, warum:

„The child-centred theory explains why children need parents, and why parenthood comes with specific rights, but it does not explain how people acquire the status of a parent in the first place. It is true that all children are born of particular human beings, but this need not mean that they should be parented by their biological parents. Arguably, some people make better parents than others, and sometimes there are individuals or couples who wish to parent and who would be better parents than the biological ones. If parenthood and parenthood-related rights are justified by appeal to children’s interests, why not allocate babies, at birth, to those who would be the ‘best’ parents?“.

Auf die Frage *Warum schreiben wir eigentlich die Mutterstellung zu?* (bzw. *Ist Mutterschaft primär ein biologisches oder ein soziales Verhältnis?*) finden wir in der philosophischen Debatte im wesentlichen vier Antworten: Genetische Ansätze; solche, die auf das Austragen und Gebären des Kindes abstellen; intentionale bzw. voluntaristische Theorien, die auf die Entscheidung rekurrieren, ein Kind haben zu wollen, und schließlich ein Sammelsurium von kausalitätstheoretischen Konzeptionen.

Als *erstes Zwischenergebnis* dieser Diskussion lässt sich festhalten, dass sich genetische Begründungsansätze besonders intensiver Kritik gegenüber sehen.⁵⁸ Denn aus welchem Grund

55 Offen bleiben kann an dieser Stelle, ob die Gründe, eine Elternstellung zuzuschreiben, notwendig einem „Paritätsprinzip“ folgen, also für alle Personen, d. h. für Mütter und Väter bzw. für Frauen und Männer, identisch sein müssen, wie dies regelmäßig gefordert wird, vgl. in diesem Sinn *Michael Austin*, *The Failure of Biological Accounts of Parenthood*, *The Journal of Value Inquiry* 38 (2004), 499–510, 503 und *Tim Bayne/Avery Kolers*, *Toward a Pluralistic Account of Parenthood*, *Bioethics* 17 (2003), 221–242, 225.

56 Einen guten Überblick bietet der Aufsatz „Parenthood and Procreation“ von *Elizabeth Brake* und *Joseph Millum*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2016 Edition), *Edward N. Zalta* (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/parenthood/> (2.6.2016), sub 4; daneben *Bayne/Kolers*, *Toward a Pluralistic Account of Parenthood* (Fn. 55). Eine umfassende Analyse bietet *Michael Austin*, *Conceptions of Parenthood. Ethics and the Family*, Aldershot 2007.

57 *Anca Gheaus*, *The Right to Parent One’s Biological Baby*, *Journal of Political Philosophy* 20 [2012], 432–455, hier 433.

58 Siehe exemplarisch *Avery Kolers/Tim Bayne*, *Are You My Mommy? On the Genetic Basis of Parenthood*, *Journal of Applied Philosophy* 18 (2001), 273–85 und *Giuliana Fuscaldo*, *Genetic Ties: Are they Morally Binding?*, *Bioethics* 20 (2006), 64–76.

genau sollte die genetische Verwandtschaft einer Person zu einem Kind als solche dieser Person das Recht verleihen, als Elternteil anerkannt zu werden? Bei genauerer Hinsicht bleibt hier nicht viel mehr übrig als die eigentumstheoretische Behauptung, dass das genetische Material, aus dem das Kind entstand, seinen Genomspendern gehört⁵⁹ – ein Argument, das insbesondere in der persönlichkeitsrechtlich geprägten deutschen Familienrechtstradition eigenartig fehl am Platz wäre und zudem wenig Raum für die Konzeption elterlicher Pflichten ließe. Die überwiegend starke Abwertung der „nur“ natürlichen Komponente der genetischen Abkunft in der philosophischen Diskussion kann also nicht verwundern. Sie ist unmittelbarer Ausdruck der Entwicklung, dass Argumente, die auf spezifische Vorstellungen von „Natur“ oder „Natürlichkeit“ Bezug nehmen, ihre normative Überzeugungskraft einbüßen.

Während genetische Ansätze Schwierigkeiten haben, einen *eigentumstheoretischen* Rahmen zu verlassen, rekurren solche, die auf das Austragen und Gebären des Kindes abstellen⁶⁰, in der angelsächsischen Literatur meist nicht in erster Linie auf das spezifische Intimitätsverhältnis zwischen austragender Mutter und Kind⁶¹, sondern vor allem auf *leistungsbasierte* Prämissen. In dieser Perspektive gebührt der das Kind austragenden und gebärenden Mutter wegen der Arbeit, die sie hierbei investiert⁶², der primäre Zugriff auf die Rechte und Pflichten vermittelnde Mutterstellung. Der Ansatz hat gewisse Schwierigkeiten, Kriterien für die Zuschreibung der Vaterstellung zu generieren⁶³, bevor ein Mann Gelegenheit hat, ebenfalls eine faktisch zentrale Rolle im Leben des Kindes einzunehmen; er findet allerdings eine weitere Unterstützung in den Überlegungen, dass die gebärende Mutter gut identifizierbar ist und dass ihre schon zum Zeitpunkt der Geburt tatsächlich geleistete Zuwendung für das Kind zugleich einen Indikator für die Annahme darstellt, dass das Wohl dieses Kindes bei dieser Person gut aufgehoben ist.⁶⁴

59 So explizit unter Rekurs auf eine Locke'sche Theorie der *self-ownership*, *Barbara Hall*, The origin of parental rights, *Public Affairs Quarterly* 13 (1999), 73–82. Kritisch dieser Vorstellung gegenüber bereits *Lee M. Silver/Susan Remis Silver*, Confused Heritage and the Absurdity of Genetic Ownership, *Harvard Journal of Law & Technology* 11 (1998), 593–618 (609 ff.).

60 Siehe etwa *Susan Feldman*, Multiple Biological Mothers: The Case for Gestation, *Journal of Social Philosophy*, 23 (1992), 98–104 und bereits *Barbara Katz Rothman*, *Recreating Motherhood: Ideology and Technology in a Patriarchal Society*, New York 1989.

61 Vgl. *Rothman*, *Recreating Motherhood* (Fn. 60), 475 und *Uma Narayan*, Family Ties: Rethinking Parental Claims in the Light of Surrogacy and Custody, in: dies./Julia Bartkowiak (Hg.), *Having and Raising Children*, University Park, Pa. 1999, 81.

62 Vgl. *Joseph Millum*, How Do We Acquire Parental Rights? *Social Theory and Practice* 36 (2010), 112–132 (112) zur „investment theory“ („parental rights are generated by the performance of parental work“). *Bayne/Kolers*, Toward a Pluralistic Account of Parenthood (Fn. 55), 231 nennen dies das „*sweat equity argument*“. Siehe zu einer „gestationalistischen“ Kritik an der Leihmutterchaft: *Rosemarie Tong*, The Overdue Death of a Feminist Chameleon: Taking a Stand on Surrogacy Arrangements, *Journal of Social Philosophy* 21 (1990), 40–56.

63 Vgl. *Bayne/Kolers*, Toward a Pluralistic Account of Parenthood (Fn. 55), 226. Das mag aus feministischer Sicht ein weiterer Vorteil des Ansatzes sein, vgl. etwa *Barbara Katz Rothman*, *Recreating Motherhood* (Fn. 60), 257 („if men want to have children, they will either have to develop the technology that enables them to become pregnant [...] or have children through their relationships with women“). Siehe zu einer ein wenig vaterfreundlicheren Interpretation aber *Millum*, How Do We Acquire Parental Rights? (Fn. 62), 131 f.: „[M]en may acquire parental rights through their caregiving actions during pregnancy, which would then give them some claim to continue parenting later. However, when these conditions do not obtain, the existence of a genetic link does not give the father any claim.“

64 Dies ist eine Argumentationslinie bei *David Archard*, *Children: Rights and Childhood*, New York, 2. Aufl. 2004.

Intentionale bzw. voluntaristische Ansätze stellen hingegen primär auf die *Entscheidung* ab, ein Kind haben, versorgen und aufziehen zu wollen.⁶⁵ Sie legen den Fokus auf intentionales Handeln, begreifen Mutterschaft überhaupt nicht mehr als „natürliches“, sondern nur noch als soziales und moralisches Verhältnis und betonen in dieser Perspektive etwa die Rechte von „Wunscheltern“ gegenüber Leihmüttern und Eizellspenderinnen, aber auch die volle Mutterstellung von Adoptiv- und Pflegemüttern. In einer wert- und gütertheoretischen Sprache bringt Michael Austin den zentralen Gedanken dieser „Entnatürlichungsthese“ auf den Punkt:

„[T]he essential goods of parenthood do not include the biological component. Adoptive parents and stepparents both have full access to the essential goods of parenthood. Hence, biology is not an essential component of parenthood and its value for us. The biological or genetic connections may be important to us because they constitute an important part of begetting and rearing a child, but the most important components of parenthood are its social, moral, and relational aspects“.⁶⁶

Stärke und zugleich Schwäche der voluntaristischen Ansätze ist, dass sie die primären Gründe für Elternschaft – im Einklang damit, wie auch sonst besondere Pflichten gegenüber bestimmten Einzelnen entstehen – letztlich nur noch in freiwillig eingegangenen Verpflichtungen sehen.⁶⁷ Sie bringen die Zuschreibung der Mutter- bzw. Elternstellung dergestalt zwar in weitgehende Übereinstimmung mit den Grundprinzipien einer autonomieorientierten Moral; gleichzeitig bedürfen sie gerade deshalb aber ganz offensichtlich der Ergänzung durch Ansätze, die Elternschaft auch im Fall der nicht intentionalen Zeugung eines Kindes⁶⁸, also kraft bestimmter Formen nur *kausaler* Verursachung⁶⁹, zuschreiben.

Als *zweites Zwischenergebnis* dieser Diskussion lässt sich deshalb festhalten, dass die Gründe für die Zuschreibung von Mutter- (und Eltern-)stellung am Ende nur plural gedacht werden können und dass grundsätzlich jede der genannten Relationen einen hinreichenden Grund

65 Vgl. *Hill*, What does it mean to be a ‘Parent’? (Fn. 18); *Andrea E. Stumpf*, Redefining Mother: A Legal Matrix for New Reproductive Technologies, *The Yale Law Journal* 96 (1986), 187–208; *Marjorie M. Shultz*, Reproductive Technology and Intent-based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality, *Wisconsin Law Review* 297 (1990), 297–398. Siehe bereits *Onora O’Neill*, Begetting, Bearing, and Rearing, in: dies./William Ruddick (Hg.), *Having Children: Philosophical and Legal Reflections on Parenthood*, New York 1979, 25–38.

66 *Austin*, The Failure of Biological Accounts of Parenthood (Fn. 55), 50. Vgl. ebd., 508: “A commitment of the will, and not biology, is the more central component of the value of parenthood”. Vgl. auch *Fuscaldo*, Genetic Ties: Are they Morally Binding? (Fn. 58).

67 Exemplarisch *Liezl Van Zyl*, Intentional Parenthood and the Nuclear Family, *Journal of Medical Humanities* 23 (2002), 107–118 und *Elizabeth Brake*, Willing Parents: A Voluntarist Account of Parental Role Obligations, in: David Archard/David Benatar (Hg.), *Procreation and Parenthood*, Oxford 2010, 151–177. Zur Kritik siehe etwa *Bernard Prusak*, The Costs of Procreation, *Journal of Social Philosophy* 42 (2011), 61–75 und *ders.*, Breaking the Bond: Abortion and the Grounds of Parental Obligations, *Social Theory and Practice* 37 (2011), 311–332.

68 Vgl. differenziert *Fuscaldo*, Genetic Ties: Are they Morally Binding? (Fn. 58) und *Millum*, How Do We Acquire Parental Responsibilities? (Fn. 60).

69 Vgl. *James Lindemann Nelson*, Parental Obligations and the Ethics of Surrogacy: A Causal Perspective, *Public Affairs Quarterly*, 5 (1991), 49–61; *Jeffrey Blustein*, Procreation and Parental Responsibility, *Journal of Social Philosophy* 28 (1997), 79–86 und *David Archard*, The Obligations and Responsibilities of Parenthood, in: Ders./David Benatar (Hg.), *Procreation and Parenthood*, Oxford 2010, 103–127.

dafür darstellen kann, eine Mutter- (bzw. Eltern-) Stellung anzuerkennen.⁷⁰ Damit ist freilich die Möglichkeit, dass mehr als zwei Personen als Eltern eines Kindes qualifiziert sind, von vorneherein eingeräumt.

Auch in der philosophischen Diskussion findet die Annahme, dass im Fall der Mutterstellung als die plausibelste *default position* für den Normalfall eine (auch) biologische Relation, nämlich die Zuschreibung dieser Position an die das Kind austragende Frau⁷¹, gelten kann, überwiegend Zustimmung; insoweit erfährt zugleich die in § 1591 BGB getroffene Entscheidung Zuspruch. Allerdings nimmt die Kritik am herrschenden „*monistic gestationalism*“⁷² bei der Zuschreibung der Mutterstellung deutlich zu, weil das Austragen eines Kindes durch eine Frau weder eine notwendige Voraussetzung für die tatsächliche Übernahme der Mutterrolle für dieses Kind ist, noch diese Übernahme sozial garantiert. Klar im Vordergrund ist ein funktionaler Elternbegriff, der auf die tatsächliche Übernahme der sozialen Elternfunktion gerade (auch) nach der Geburt und hierdurch zugleich auf den Schutz der gelebten sozialen Familie, d. h. auf die rechtlich geschützten Interessen sowohl der sozialen Eltern als auch der Kinder abhebt. Dieser *funktionale Primat der sozialen und intentionalen Elternschaft* verlangt folglich die Möglichkeit der (kontrollierten) Transferierbarkeit der Elternstellung⁷³ in den Fällen, in denen biologische Elternteile die sozialen Elternfunktionen nicht übernehmen können oder wollen. In familienrechtlicher Hinsicht ist das Institut der Adoption hier keineswegs ohne Alternative.

2 Übersetzungsprobleme zwischen Moral und Recht

Das Mutter-Werden (oder Eltern-Werden) ist heute weit weniger als früher Folge natürlicher Kontingenz. Dieser Zunahme des Bereichs zurechenbarer Entscheidungen entspricht eine Moralisierung des Felds. Recht und Moral haben freilich unterschiedliche Funktionen. Nicht alles, was moralisch kritisiert werden kann, ist rechtlich relevant, und das Recht schützt mit der Gewährleistung individueller Freiheitsräume nicht zuletzt auch den Einzelnen „vor der Moral“, also vor den moralischen Zumutungen anderer. Dies zu betonen ist angesichts der zahlreichen Friktionen an der Recht-Moral-Grenze, die das Thema „Elternschaft“ aufwirft, nötig. Während die oben referierte Debatte über die Stärke konkurrierender Gründe für die Zuschreibung der Mutter- bzw. Elternstellung rechtspolitisch weitgehend anschlussfähig ist, trifft dies auf andere Debatten nur bedingt zu. Dies gilt vor allem für die Diskussion darüber, ob Personen, die als Eltern nicht hinreichend kompetent scheinen oder ihren Kindern keine hinreichenden Entwicklungsmöglichkeiten zu bieten versprechen, darauf verzichten (oder gar mit moralischen Argumenten oder rechtlichen Mitteln davon abgebracht werden) sollten, sich fortzupflanzen.⁷⁴

70 Vgl. *Bayne/Kolers*, *Toward a Pluralistic Account of Parenthood* (Fn. 55), 221 und 240: “Our argument supports what we call ‘pluralism’, the view that any one of several kinds of relationship is sufficient for parenthood. [...] (Inclusive) pluralism implies only that genetic, gestational, custodial, and sometimes even intended parents, are all parents, and for that reason should be regarded as having *prima facie* responsibilities and rights as parents.”

71 So etwa *Gheaus*, *The Right to Parent One’s Biological Baby* (Fn. 57).

72 *Bayne/Kolers*, *Toward a Pluralistic Account of Parenthood* (Fn. 55), 224.

73 Vgl. *Fuscaldo*, *Genetic Ties: Are they Morally Binding?* (Fn. 58), 74 ff.

74 Vgl. Michael Freeman, *The Moral Status of Children: Essays on the Rights of Children*, The Hague 1997, 180.

Diese Debatten, die weit über die *wrongful life*-Problematik⁷⁵ hinausgehen, werden unter der Überschrift des *parental licensing*⁷⁶ und des *local anti-natalism*⁷⁷ geführt und rekurrieren sowohl auf mögliche Belastungen und Nachteile der Kinder ‚suboptimaler‘ Eltern⁷⁸ als auch auf kollektive Interessen.⁷⁹ In rechtliche Argumente übersetzen lässt sich dieser Diskurs nicht. Die Vielfalt der Gründe, die Personen den Vorwurf einbringen können, suboptimale Eltern *in spe* zu sein – geringer sozioökonomischer oder Bildungs-Status, fehlende Intelligenz oder soziale Kompetenz⁸⁰, Krankheit, genetische Belastungen oder Risiken etc. – müsste zu einer breiten sozialeugenischen Diskussion führen, die mit einem egalitären Verständnis des Grundrechts auf reproduktive Autonomie nicht zu vereinbaren wäre.⁸¹

IV Mögliche Konsequenzen für die verfassungs-, familien- und fortpflanzungsrechtliche Diskussion

Die Weiterentwicklung des Rechts der Mutterstellung – sowohl in seiner fortpflanzungsrechtlichen wie in seiner familienrechtlichen Dimension – ist eine komplexe und dogmatisch diffizile Aufgabe, die sich nicht durch ein paar rechtsphilosophische Federstriche ersetzen lässt. Gleichwohl lassen sich die beiden untersuchten rechtsstaatlichen Metatrends – der Abbau noch bestehender Formen der Diskriminierung von Bürgerinnen und Bürgern und der Verlust der normativen Überzeugungskraft von Argumenten, die auf spezifische Vorstellungen von „Natur“ oder „Natürlichkeit“ Bezug nehmen – zusammen mit den plausibelsten Argumenten aus den Diskussionen in der praktischen Philosophie vorsichtig extrapolieren.

- 75 Vgl. hierzu *Thomas Gutmann*, Kind als Schaden? – Unterhaltsansprüche nach fehlgeschlagenem Abbruch oder fehlerhafter Pränataldiagnostik, in: A. Katharina Weilert (Hg.), Spätabbruch oder Spätabtreibung – Entfernung einer Leibesfrucht oder Tötung eines Babys?, Tübingen 2010, 55–78, 56 ff. Weiter geht *Joel Feinberg*, der mit dem Begriff eines *right to an open future* versucht, ein Recht des Kindes zu begründen, für den Fall, dass es geboren wird, nicht unter Umständen zur Welt gebracht zu werden, in denen die Mindestvoraussetzungen für sein Wohlergehen und seine Entwicklung nicht sichergestellt sind (vgl. *Feinberg*, The child's right to an open future, in *William Aiken/Hugh LaFollette* (Hg.), *Whose Child? Children's Rights, State Power, and Parental Authority*, Totowa NJ 1980, 124–153; ders., *The Moral Limits of the Criminal Law, Part I: Harm to Others*, New York 1984, 98 ff.). Auch dieses, durch den Schutz der Interessen geborener Menschen motivierte Argument hat argumentative Nebenkosten. Ohne weitere Qualifikation führt es im Rahmen der „wrongful life“- bzw. „wrongful conception“-Problematik zu dem problematischen Schluss, dass schwerstbehinderte Kinder selbst ihren Eltern gegenüber den – möglicherweise *de lege ferenda* gar strafrechtlich faßbaren – Vorwurf erheben könnten, unter bestimmten Umständen in Existenz gebracht worden zu sein, vgl. *Feinberg*, a. a. O. und *Carson Strong*, Cloning and Infertility, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 7 (1998), 279–293, 284 ff.
- 76 *Hugh LaFollette*, Licensing Parents, *Philosophy & Public Affairs* 9 (1980), 183–197; ders., Licensing Parents Revisited, *Journal of Applied Philosophy* 27 (2010), 327–343. Siehe auch *Dan W. Brock*, The Moral Bases of a Right to Reproductive Freedom, in: *Peg Tittle* (Hg.), *Should Parents Be Licensed? Debating the Issues*, Amherst 2004, 224–229.
- 77 Vgl. *Brake/Millum*, Parenthood and Procreation (Fn. 56) sub 2.1. und zu einem nur moralischen, auf rechtliche Durchsetzbarkeit verzichtenden Argument, *Lisa Cassidy*, That Many of Us Should Not Parent, *Hypatia* 21 (2006), 40–57.
- 78 *LaFollette*, Licensing Parents Revisited (Fn. 76).
- 79 Vgl. *Michael T. McFall*, Licensing Parents: Family, State, and Child Maltreatment, Lanham 2009.
- 80 Vgl. die Kriterien bei *LaFollette*, Licensing Parents Revisited (Fn. 76), 337.
- 81 Gleiches gilt für die jüngst wieder aufgeflamnte Diskussion zur fortpflanzungsmedizinisch ermöglichten Mutterschaft nach der Menopause, die rechtlich zu verbieten kaum zu begründen wäre. Vgl. *Daniela Cutas*, Postmenopausal Motherhood: Immoral, Illegal? A Case Study, *Bioethics* 21 (2007), 458–463.

Gemeinsam streiten diese Überlegungen zugunsten einer ganzen Reihe von prinzipiellen Korrekturen und konkreten Änderungen im deutschen Recht.

Im *Familienrecht*⁸² ist mit einer Abwertung der normativen Bedeutung nur genetischer Elternschaft in jenen Fällen zu rechnen, in denen soziale Elternschaft garantiert ist. So spricht alles dafür, künftig ein durch Fremdbefruchtung gezeugtes Kind rechtlich von vorneherein den Wunscheltern – also den Personen, die sich bewusst für seine Existenz entschieden haben – zuzuordnen, und nicht dem Samenspender.⁸³

Auch über diese Konstellation hinaus spricht Vieles für die Zunahme der Bedeutung von Elternvereinbarungen und anderen konsensueller Formen der Begründung von Elternschaft (ein Vorschein findet sich in § 1600 Abs. 5 BGB) sowie für den Ausbau vertraglicher Regelungsinstrumente für eine klare rechtliche Zuordnung der Personen, die die Elternverantwortung (und Unterhaltslasten) intentional und dauerhaft übernehmen.⁸⁴ Hier steht als erster Schritt die Einführung einer optionalen Co-Mutterschaft im Falle einer heterologen Befruchtung mit Zustimmung der Partnerin an; der Verweis auf das Adoptionsrecht der Partnerin kann hier nicht genügen.⁸⁵ Nimmt man den philosophischen Befund ernst, dass die Gründe für die Zuschreibung von Mutterschaft (und Elternschaft) am Ende nur plural gedacht werden können, erscheint (nach dem Vorbild des Ontario Court of Appeal⁸⁶) ungeachtet der Vorbehalte des Bundesverfassungsgerichts⁸⁷ auch eine Mehrelternschaft denkbar. Dass die Logik der Nichtdiskrimination schließlich die Ausdehnung der Institution „Ehe“ auf gleichgeschlechtliche Paare fordert, versteht sich von selbst: „Wird die Ehe als rechtliche Verantwortungsgemeinschaft zweier Menschen geschützt, wie sie zwischen Partnern verschiedenen ebenso wie solchen

82 Siehe hierzu auch das Gutachten „Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen“ von *Tobias Helms* für den 71. Deutschen Juristentag in Essen 2016.

83 Vgl. *Nina Dethloff*, Gespräch: Ein Reproduktionsmedizinergesetz ist überfällig, ZRP 2013, 91–93, 93 und *Bettina Heiderhoff*, Zur Frage der Rechte des Samenspenders bei Adoption des Kindes durch die Lebenspartnerin der Mutter (Anmerkung zur Entscheidung des BGH, Beschluss vom 18.02.2015 – XII ZB 473/13), NJW 2015, 1820. Als vorbildlich erscheint die österreichische Regelung, die es zwei Frauen erlaubt, gemeinsam Eltern eines durch Samenspende gezeugten Kindes zu werden (§ 144 Abs. 2 ABGB) und den Samenspender von vorneherein aus der Elternverantwortung zu entlassen (§ 148 Abs. 4 ABGB); vgl. dazu näher *Erwin Bernat*, Das österreichische Abstammungsrecht im Kontext der medizinisch unterstützten Fortpflanzung. Eine Bestandsaufnahme nach Inkrafttreten des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes 2015, in: Dagmar Coester-Waltjen/Volker Lipp/Eva Schumann/Barbara Veit (Hg.), „Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht? 13. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2014 (Göttinger Juristische Studien 17), Göttingen 2015, 65–101, 77 ff.

84 Vgl. § 8 Abs. 2 AME-FMedG für die Leihmutterschaft, *Gassner et al.*, AME-FMedG (Fn. 22), 61 und im Ansatz bereits *Hill*, What does it mean to be a ‘Parent’? (Fn. 18).

85 Hierzu und zum Sonderfall einer reziproken In-vitro-Fertilisation siehe *Nina Dethloff*, Reziproke In-vitro-Fertilisation – Eine neue Form gemeinsamer Mutterschaft, in: Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag, hrsg. von Katharina Hilbig-Lugani/Dominique Jakob/Gerald Mäsch u. a., Bielefeld 2015, 41–45.

86 Ontario Court of Appeal *A. A. v. B. B.*, 2007 ONCA 2 vom 2.1.2007 (Anerkennung drei rechtlicher Eltern: ein lesbisches Paar und der Samenspender).

87 „Beim Nebeneinander von zwei Vätern, denen zusammen mit der Mutter jeweils die gleiche grundrechtlich zugewiesene Elternverantwortung für das Kind zukäme, nähme die Schwierigkeit zu, elterliche Verantwortung personell festzumachen; zudem wären Rollenkonflikte und Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Eltern gleichsam angelegt, die negativen Einfluss auf die Entwicklung des Kindes nehmen könnten“ (BVerfGE 133, 59, Tz. 52 = NJW 2013, 847, 849).

des gleichen Geschlechts bestehen kann“, so stellt Art. 6 Abs. 1 GG keinen Grund für diese Ungleichbehandlung dar.“⁸⁸

Im *Fortpflanzungsrecht* wird man trotz der bekannten Schwierigkeiten, die der deutsche Gesetzgeber mit dem Prinzip legislativer Rationalität in biopolitischen Fragen hat, zunächst auf eine formelle gesetzliche Regelung der Reproduktionsmedizin drängen müssen. Mit dem Augsburg-Münchner-Entwurf eines Fortpflanzungsmedizingesetzes⁸⁹ liegt ein erster Vorschlag auf dem Tisch. Demgegenüber finden sich in der Bundesrepublik, vom Rechtssystem geduldet, noch heute effektiv wirkende Restriktionen des Grundrechts auf reproduktive Autonomie in demokratisch nicht legitimierten und verfassungsrechtlich zweifelhaften „berufsrechtlichen“ Normen.⁹⁰ So soll nach einem Kommentar der Bundesärztekammer zu entsprechenden Richtlinien, die von 14 der 16 deutschen Landesärztekammern übernommen wurden, eine heterologe Insemination „grundsätzlich nur bei Ehepaaren“ zulässig und jedenfalls bei Frauen „ausgeschlossen [sein], die in keiner Partnerschaft oder in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft leben.“⁹¹

Eine solche diskriminierende Beschränkung reproduktionsmedizinischer Maßnahmen auf heterosexuelle „Normalpaare“ kann nicht mit Gründen aufrechterhalten werden. Der österreichische Verfassungsgerichtshof hat den Ausschluss lesbischer Lebensgemeinschaften von fortpflanzungsmedizinischen Maßnahmen durch das österreichische Fortpflanzungsmedizingesetz wegen eines Verstoßes gegen die menschenrechtlichen Gewährleistungen des Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK für unwirksam erklärt.⁹² Der österreichische Gesetzgeber hat mit der Öffnung der Reproduktionsmedizin für miteinander in eingetragener Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft lebende Frauen in § 2 ÖFMedG n. F. hieraus die richtige Konsequenz gezogen. Beibehalten hat er allerdings das Verbot einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung für Personen, die zwar ein Kind haben wollen, aber dazu nicht in einer Ehe, Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft leben möchten. Eine tragbare Begründung für diese Zurücksetzung ist nicht in Sicht.⁹³ Aus demselben Grund ist § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG zu streichen, der es unter Strafe stellt, eine Eizelle mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tode künstlich zu befruchten – ein Verbot, das für den Fall, dass dies von den Partnern einvernehmlich so vorgesehen

88 *Nina Dethloff*, Ehe für alle, FamRZ 2016, 351–354, 354. Vgl. *Anne Rötbel*, Öffnung der Ehe – wenn ja: wie? FamRZ 2015, 1241–1242.

89 *Gassner et al.*, AME-FMedG (Fn. 22).

90 Vgl. hierzu differenziert *Herbert Grziwotz*, Kinderwünscherfüllung durch Fortpflanzungsmedizin und Adoption, Neue Zeitschrift für Familienrecht 2014, 1065–1071.

91 (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion Nr. 3.1.1. und Kommentar der Bundesärztekammer hierzu, Deutsches Ärzteblatt 103 (2006), A 1398 ff., 1395, 1400.

92 Erkenntnis vom 10.12.2013, G 16/2013, G 44/2013.

93 *Gassner et al.*, AME-FMedG (Fn. 22), 48. Vgl. *Iris Marion Young*, Mothers, Citizenship, and Independence: A Critique of Pure Family Values, *Ethics* 105 (1995), 525–446. Siehe andererseits *Deutscher Ethikrat*, Stellungnahme „Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung“ vom 22.03.2016 (<http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-embryospende-embryooption-und-elterliche-verantwortung.pdf>; 1.6.2016), 121 f.: „Im Hinblick auf eine dauerhafte und verlässliche Sorge für das Kind wird es psychologisch, sozial und finanziell in der Regel erhebliche Vorteile haben, wenn zwei Elternteile für das Kind eintreten.“

94 Vgl. auch den (etwas anders gelagerten) Fall OLG Rostock, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2010, 1117.

war⁹⁴, offensichtlich nur auf die Verhinderung alleinerziehender Mutterschaft mit den Mitteln des Strafrechts zielt.⁹⁵

Am Ende ist ein rationaler Gesetzgeber auch gehalten, das philosophisch gut analysierte „Problem der Nichtidentität“ ernst zu nehmen, demzufolge man (jedenfalls im Bereich der Fortpflanzungsmedizin) grundsätzlich nicht sinnvoll davon sprechen kann, dass ein Kind durch eine Handlung geschädigt wird, ohne die es gar nicht erst in Existenz käme.⁹⁶ Der Rekurs auf das Kindeswohl zur Begründung eines Verbots der Eizellspende, der Embryonenspende oder der Befruchtung einer Eizelle mit dem Samen des verstorbenen Mannes scheidet deshalb nicht erst an fehlender empirischer Evidenz, sondern bereits aus argumentationslogischen Gründen. Vor dem Hintergrund der jeweils starken Grundrechtspositionen der betroffenen Eltern in spe spricht deshalb alles für eine Ausweitung der Zulässigkeit der (und eine Klärung des Verfahrens⁹⁷ für die) Embryonenspende⁹⁸, für die Zulassung der Eizellspende⁹⁹ sowie für einen offenen Diskurs¹⁰⁰ über eine kontrollierte Zulassung der Leihmutterschaft.

95 Der Rekurs auf Kindeswohlinteressen (Belastung der Identitätsfindung des Kindes, vgl. BT-Drs. 11/5710, 10) ist argumentationslogisch falsch, siehe sogleich (Fn. 96). Vgl. auch *Brosius-Gersdorf*, Kommentierung zu Art. 6 (Fn. 28), Rn. 118.

96 *Derek Parfit*, *Reasons and Persons*, Oxford 1987, 351 ff. Zum Diskussionsstand siehe *Melinda A. Roberts*, *The Nonidentity Problem*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2015 Edition), hg. von Edward N. Zalta, <http://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/nonidentity-problem/> (1.6.2016).

97 Vgl. *Deutscher Ethikrat*: Stellungnahme „Embryospende“ (Fn. 93), 123 ff., 126 ff.

98 Zur Situation *de lege lata* siehe einerseits *Joachim Taupitz/Benjamin Hermes*, *Eizellspende verboten – Embryonenspende erlaubt?*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2015, 1802–1807 und andererseits *Monika Frommel*, *Juristisches Gutachten zur Frage der Zulässigkeit des Auftauens und der extrakorporalen Weiterkultivierens kryokonservierter befruchteter Eizellen (2-PN-Zellen) zum Zwecke der Spende an eine Frau, von der die Eizelle nicht stammt, mit Einverständnis des Spenderpaares*, www.netzwerk-embryonenspende.de/recht/recht.html (31.5.2016) sowie *Deutscher Ethikrat*: Stellungnahme „Embryospende“ (Fn. 93). Die Restriktionen bei der Embryonenspende erscheinen umso weniger verständlich, als *beide* Paradigmen, die im Fortpflanzungsrecht sonst aufeinanderstoßen (hierzu grundsätzlich *Dworkin*, *Die Grenzen des Lebens* [Fn. 18]) – diejenigen Positionen, die den Respekt vor dem Selbstbestimmungsrecht von Menschen mit Kinderwunsch in den Vordergrund stellen, und jene, die schon der befruchteten Eizelle Lebensinteresse und Lebensrecht zuschreiben wollen und denen es deshalb darum zu tun ist, dass solche künftigen Personen ihr Potential realisieren und geboren werden können, anstatt vernichtet zu werden oder dem Limbus des Tiefkühlfachs überantwortet zu bleiben, für die Wünschbarkeit der Embryonenspende streiten.

99 *Gassner et al.*, *AME-FMedG* (Fn. 22), 35 f.; *Ulrich M. Gassner*, *Legalisierung der Eizellspende?*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2015, 126 ff.; *Tatjana Hörnle*, *Paternalismus in der Medizin – am Beispiel der Eizellenspende in der Reproduktionsmedizin*, in: *Andrew v. Hirsch/Ulfrid Neumann/Kurt Seelmann* (Hg.), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden 2010, 111–128.

100 *Gassner et al.*, *AME-FMedG* (Fn. 22), 37 f. und beispielhaft *Liezl Van Zyl/Ruth Walker*, *Beyond Altruistic and Commercial Contract Motherhood: The Professional Model*, *Journal of Bioethical Inquiry* 12 (2015), 383–387. Zu den Problemen des deutschen *status quo* siehe *Nina Detbloff*, *Leihmütter, Wunscheitern und ihre Kinder*, *Juristenzeitung* 2014, 922–932 und *Bettina Heiderhoff*, *Rechtliche Abstammung im Ausland geborener Leihmutterkinder*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2014, 2673–2678.