

Janet Opper

Das Verbot der präkonzeptionellen Geschlechtswahl

Eine empirische und verfassungsrechtliche Analyse



Nomos

Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Marion Albers
Prof. Dr. Ivo Appel
Prof. Dr. Ulrich M. Gassner
Prof. Dr. Henning Rosenau

Band 39

Janet Opper

Das Verbot der präkonzeptionellen Geschlechtswahl

Eine empirische und verfassungsrechtliche Analyse



Nomos

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

Zugl.: Augsburg, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6041-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-0171-6 (ePDF)

D384

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meiner Tochter Philippa Louise

Vorwort/Dank

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/2019 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Die angegebene Literatur befindet sich auf dem Stand Januar 2019.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. *Ulrich M. Gassner* für die Betreuung der Promotion, die wertvollen Anregungen und Diskussionen und die lehrreiche Zeit als seine wissenschaftliche Mitarbeiterin.

Herrn Professor Dr. *Josef Franz Lindner* danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Herrn Professor Dr. *Jan-Steffen Krüssel* und seinem gesamten Team vom Kinderwunschzentrum Unikid des Universitätsklinikums Düsseldorf danke ich sehr für die Möglichkeit in ihren Räumlichkeiten meine Studie durchführen zu dürfen.

Frau Dr. *Julia Inthorn* danke ich für ihre Unterstützung bei der Auswertung meiner Studie.

Ich danke *Florian* für seine Diskussionsbereitschaft und seine zahlreichen Anregungen. Seine Unterstützung hat sehr zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Meinen Eltern, meiner Schwester und meinen Schwiegereltern danke ich für die liebevolle und zeitintensive Betreuung meiner Tochter, durch die es mir ermöglicht wurde, mich auch an den Wochenenden dieser Arbeit widmen zu können. Meiner Schwiegermutter *Eva* danke ich zudem für das Korrekturlesen meiner Arbeit.

Ich danke meinen Freundinnen *Helena*, *Anna* und *Katy* für ihre konstruktive Kritik an dieser Arbeit. Diesen Freundinnen, sowie *Sandra*, *Caroline*, *Sina*, *Steffi* und *Chrissy* danke ich für ihre jahrelange Freundschaft und ihre Motivation während des Entstehungsprozesses. Mein Dank gilt auch meinen Arbeitskolleginnen *Franzi*, *Simone* und *Aqilah* für das gemeinsame Durchleben der Promotionszeit an der Fakultät.

Mein allerherzlichster Dank gebührt meiner jahrelangen Freundin *Irmilind Pesch*. Sie hat mich in meinen Bestrebungen immer unterstützt, mir Orientierung und Halt gegeben. Dass sie immer an mich geglaubt hat, war während meines Studiums und auch meiner Promotionszeit die wohl größte Hilfe.

Vorwort/Dank

Gewidmet ist diese Dissertation meiner Tochter *Philippa*. Ich möchte ihr mit dieser Arbeit auf den Weg geben, dass sie alles schaffen kann, wenn sie nur fest genug an sich glaubt.

München, im Januar 2019

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Kapitel 1: Einleitung	19
Kapitel 2: Medizinische Grundlagen	24
A. Grundlegende Begriffe der Embryologie	24
I. Keimzellen und Keimzellreifung	25
II. Befruchtung	26
B. Möglichkeiten der Geschlechtsbestimmung	27
I. Beeinflussung des Geschlechts bei der natürlichen Zeugung	28
1. Wahl des richtigen Befruchtungszeitpunkts	28
2. Einfluss des Säure-Basen-Milieus	29
3. Einfluss der Sexualabstinenz vor Zeugung	30
II. Beeinflussung des Geschlechts im Wege der assistierten Reproduktion	30
1. Verfahren der Spermatozoen-Trennung	30
2. Kryokonservierung	31
3. Methoden der künstlichen Befruchtung mit (selektierten) Spermien	32
a) Artifizielle Insemination	32
b) IVF und ICSI	33
III. Bestimmung des Geschlechts nach erfolgter Befruchtung vor Nidation	34
IV. Bestimmung des Geschlechts nach Nidation	35
C. Zusammenfassung	36
Kapitel 3: Die Regelung des § 3 ESchG	38
A. Historischer Hintergrund	38
I. Benda-Kommission	38
II. Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizin“	39
B. Das Gesetzgebungsverfahren zum ESchG	40

C. Tatbestand und Ausnahme des § 3 ESchG	41
I. Tatobjekt	42
II. Tathandlung	42
1. Künstliche Befruchtung	42
2. Selektierte Samenzelle	43
3. Auswahl	44
III. Weitere Tatbestandsmerkmale	44
IV. Ausnahmeregelung des § 3 S. 2 ESchG	44
1. Regelungsziel	45
2. Auswahl durch einen Arzt	45
3. Ziel der Spermiselektion	46
4. Drohen der Krankheit	48
D. Normzweck des § 3 S. 1 ESchG	48
E. Offene Fragen	52
Kapitel 4: Das Grundrecht auf reproduktive Autonomie	54
A. Verfassungsrechtliche Verankerung der Fortpflanzungsfreiheit	55
I. Der Schutz der Familie	56
1. Regelungsinhalt des Art. 6 GG	57
2. Herleitung der Fortpflanzungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG	58
II. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht	60
1. Verfassungsrechtliche Verankerung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	61
2. Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	61
3. Das Recht auf Fortpflanzung als Bestandteil des Persönlichkeitsrechts	62
III. Die allgemeine Handlungsfreiheit	64
IV. Eigener Standpunkt	64
V. Fortpflanzungsfreiheit und Kernbereich	68
B. Fortpflanzungsfreiheit und Reproduktionsmedizin	71
I. Assistierte Reproduktion als Bestandteil der Fortpflanzungsfreiheit	72
1. Differenzierung zwischen künstlicher und natürlicher Befruchtung	72
2. Einheitlicher Schutzbereich	73
3. Freiheit des Willensentschlusses als entscheidendes Kriterium	75

II. Einzelne Verfahren als Bestandteile der Fortpflanzungsfreiheit	77
III. Technologie der Samenselektion als Bestandteil der Fortpflanzungsfreiheit	79
C. Zusammenfassung	82
Kapitel 5: Begründungsmuster für das Verbot der Geschlechtswahl	84
A. Funktion von Grundrechten	85
I. Subjektiv-rechtliche Funktionen der Grundrechte	86
1. Grundrechte als Abwehrrechte	86
2. Grundrechte als Leistungsrechte	87
3. Grundrechte als Gleichheitsrechte	88
4. Grundrechte als Mitwirkungsrechte	88
II. Die objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte	88
1. Ausstrahlungswirkung	89
2. Einrichtungsgarantien	89
3. Schutzpflicht	90
4. Grundrechtskollisionen: Abwehrrechte und Schutzpflichten	91
III. Bedeutung für die verfassungsrechtliche Legitimation des § 3 S. 1 ESchG	91
B. Verfassungsrechtliche Bewertung der Begründungsansätze	92
I. Begründungsmodell 1: Vermeidung von Züchtungstendenzen	93
1. Verfassungsrechtlicher Schutz der Samenzelle	94
2. Personeller Schutzbereich der Menschenwürde	95
a) Verfassungsgeschichtlicher Hintergrund: Die Lehren aus der Zeit des Nationalsozialismus	95
b) Menschliches Leben als Basis der Würde	96
3. Personeller Schutzbereich des Rechts auf Leben	98
a) Jedenfalls ab Nidation – der Standpunkt des Bundesverfassungsgerichts	99
b) Von der Befruchtung bis zur Geburt – das Meinungsbild in der Literatur	100
(1) Nidation als maßgebliche Zäsur	100
(2) Anknüpfungszeitpunkte nach Nidation	101
(3) Argumentative Ansätze für einen Lebensschutz vor Nidation	102
(4) Abgestufter Lebensschutz in Frühstadien	103

4. Grundrechtsträgerschaft von Samenzellen	105
5. Vorverlagerter Grundrechtsschutz des späteren Individuums	107
a) Embryonenschutz durch Vorwirkung	108
b) Keimzellenschutz durch Vorwirkung	109
(1) Dogmatische Herleitung	110
i. Parallele zur Nachwirkung – „Spiegeltheorie“	110
ii. Objektive Vorwirkung des subjektiven Würdeschutzes	111
iii. Die Idee der Gattungswürde	112
(2) Eigener Standpunkt	114
6. Geschlechtswahl im sachlichen Schutzbereich der Menschenwürde	117
a) Sachlicher Schutzbereich der Menschenwürde	117
(1) Positive Begriffsbestimmungen	118
(2) Objektformel	119
b) Verletzung der Menschenwürde durch die Geschlechtswahl	120
7. Zusammenfassung	123
II. Begründungsmodell 2: Das Bild des genetisch nicht manipulierten Menschen	124
1. Natürlichkeit als prägendes Element	125
2. Kritik	126
3. Geschlechtswahl als Gefahr für das Menschenbild	127
4. Zusammenfassung	128
III. Begründungsmodell 3: Das Kindeswohl	129
1. Das Kindeswohl im Embryonenschutzgesetz	130
2. Ursprung und verfassungsrechtliche Verankerung des Kindeswohls	132
a) Der familienrechtliche Ursprung des Kindeswohls	133
b) Die verfassungsrechtliche Verankerung des Kindeswohls	134
(1) Kindeswohl als eigenes Grundrecht	134
(2) Garantiefunktion des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG	135
(3) Kindeswohl und Persönlichkeitsrecht	136
3. Inhalt des Kindeswohls	136
4. Geschlechtsselektion als Kindeswohlgefährdung	138
5. Empirische Untersuchungen zur Eltern-Kind-Beziehung	138
6. Folgerungen für die Geschlechtswahl	140

IV. Begründungsmodell 4: Der Schutz der natürlichen, zufälligen Geschlechterproportion	143
1. Hintergrund	143
2. Geschlechterproportion als Gut von Verfassungsrang	145
a) Geschlechterparität als Bestandteil der Zukunftsvorsorge	146
b) Diskriminierung als Folge ungleicher Geschlechterverteilung	148
c) Schlussfolgerung	149
3. Gefahr einer Geschlechterverschiebung	149
a) Gegenstand und Umfang der durchgeführten Studie	150
(1) Online-Umfrage	150
(2) Papierformat	151
(3) Konzeption des Fragebogens	151
(4) Datenverarbeitung und Auswertung	155
(5) Beteiligungsquote	155
b) Weitere Studien zur Geschlechterpräferenz	155
(1) FORSA-Umfrage	155
(2) ALLBUS-Umfrage	156
(3) Umfrage des Instituts für Demoskopie Allensbach	156
c) Auswertung der Studienergebnisse	157
(1) Geschlechterpräferenz	157
(2) Familiy Balancing	158
(3) Bedeutung des finanziellen Aufwands	161
(4) Bedeutung des technologischen Aufwands	161
d) Schlussfolgerung	163
V. Weitere Begründungsansätze	164
1. Dammbruch-Argument	164
2. Anreiz für eine künstliche Befruchtung	169
3. Sexismus	172
C. Zusammenfassung	173
Kapitel 6: Der Augsburg-Münchener-Entwurf	175
A. Reformbedarf	175
B. Die Regelung des § 9 AME-FMedG	176
C. § 3 ESchG und § 9 AME-FMedG im Vergleich	177
I. Kein Verbot der künstlichen Befruchtung	177

Inhaltsverzeichnis

II. Keine strafrechtlichen oder ordnungsrechtlichen Sanktionen	178
III. Ausweitung der zulässigen Geschlechtswahl	179
D. Kritik	180
Kapitel 7: Ergebnis der Analyse	182
A. Zusammenfassung	182
B. Thesen	182
Literaturverzeichnis	185

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. F.	alte Fassung
aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abb.	Abbildung
AdVermiG	Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz)
AME-FMedG	Augsburg-Münchner-Entwurf für ein Fortpflanzungs-medizingesetz
AöR	Archiv für öffentliches Recht (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BÄK	Bundesärztekammer
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
Benda-Bericht	Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für Forschung und Technologie und des Bundesministers für Justiz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Bundesgerichtsentscheide (Schweiz)
BGH	Bundesgerichtshof
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BMK	Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin (Biomedizin-konvention des Europarates)
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache

Abkürzungsverzeichnis

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
DÄBL.	Deutsches Ärzteblatt (Zeitschrift)
DE-ESchG	Diskussionsentwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DJT	Deutscher Juristentag
DNA	engl. für: deoxyribonucleic acid; Desoxyribonukleinsäure
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
ebd.	ebenda
ESchG	Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz)
et al.	und andere
etc.	et cetera
Ethik Med	Ethik in der Medizin (Zeitschrift)
EU	Europäische Union
EuR	Zeitschrift Europarecht
f./ff.	folgende Seite(n)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (Zeitschrift)
GenDG	Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz)
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls

GIFT	Gamete Intrafallopian Transfer
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GS	Gedächtnisschrift
HRRS	Höchst Richterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
ICSI	Intrazytoplasmatische Spermieninjektion
iPS-Zellen	induzierte pluripotente Stammzellen
IVF	In-vitro-Fertilisation
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KJ	Kritische Justiz
KJHG	Kinder- und Jugendhilfegesetz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
lit.	Litera
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
Medstra	Zeitschrift für Medizinstrafrecht
MESA	mikrochirurgische epididymale Spermatozoenaspiration
NIPT	nicht-invasiver pränatal Test
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVBL	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
OLG	Oberlandesgericht

Abkürzungsverzeichnis

PID	Präimplantationsdiagnostik
PND	Pränataldiagnostik
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens (Zeitschrift)
Reg.-E	Regierungsentwurf
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannt
SpgStr.	Spiegelstrich
SSW	Schwangerschaftswoche
StGB	Strafgesetzbuch
TESE	testikuläre Spermatozoenextraktion
v.	von
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VZO	Verkehr zum Optimum
z.B.	zum Beispiel
ZblJugR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht
ZfP	Zeitschrift für Politik
Ziff.	Ziffer
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Kapitel 1: Einleitung

Das Embryonenschutzgesetz (ESchG) verbietet in § 3 S. 1 die künstliche Befruchtung mittels zuvor nach dem Geschlecht selektierter Samenzellen. Potenziellen Eltern ist es in der Bundesrepublik Deutschland daher nicht möglich, gezielt ein geschlechtlich vorab festgelegtes Kind zu zeugen. Diesen elterlichen Wunsch nach geschlechtlicher Bestimmung des zukünftigen Kindes erkennt das ESchG nicht an.

Dabei ist der Wunsch nach Geschlechtsbestimmung des eigenen Kindes kein neues Phänomen¹. Möglichkeiten und Grenzen einer entsprechenden Einflussnahme beschäftigen Menschen seit jeher, auch wenn die moderne Diskussion in der westlichen Welt zum Beispiel um das sog. family balancing, also die ausgewogene Geschlechterverteilung innerhalb der eigenen Familie, sicherlich nicht mit den Überlegungen gleichzusetzen ist, die das Problemfeld in den äußerst patriarchal geprägten Gesellschaften der Antike und des Mittelalters einst bestimmten. Dennoch bleibt angesichts der historischen Dimension die Erkenntnis, dass die Idee des Wunschgeschlechts nicht das Ergebnis einer modernen technologischen Entwicklung ist, sondern tief in der Geschichte der Menschheit wurzelt².

So gab es bereits in der Antike methodische Ansätze einer präkonzeptionellen Geschlechtswahl. Der griechische Arzt *Hippokrates* beispielsweise nahm an, ein Mann habe zwei Hoden, um Kinder von zweierlei Geschlecht zu zeugen. Der linke Hoden sei für die Zeugung von Mädchen, der rechte für die Zeugung von Jungen verantwortlich. Aus dieser Annahme leitete *Hippokrates* die Vorstellung ab, durch Abschnüren des einen oder des anderen Hodens könnte im Rahmen der Zeugung Einfluss auf das Geschlecht des gezeugten Kindes genommen werden³. Der vorsokratische Philosoph *Parmenides* ging mit Blick auf die weibliche Anatomie hingegen davon aus, Frauen hätten für jedes Geschlecht eine Gebärmutter. Der rechte Uterus diene der Empfängnis von Jungen, der linke Uterus der Empfängnis von Mädchen. Aus dieser Annahme entwickelte *Parmenides* die These, die Position der Frau beim Geschlechtsverkehr habe entscheidende Wirkung auf das Geschlecht des Kindes. Er empfahl folgerichtig

1 Michelmann/Wewetzer/Körner, Ethik Med 2006, S. 164.

2 Savulescu/Dahl, Reproduktionsmedizin 2000, S. 274.

3 Ebd.

Frauen, die eine Tochter wollten, sich beim Geschlechtsverkehr auf die linke Seite zu legen, und jenen, die einen Jungen präferierten, die rechte Seite zu wählen⁴. Andere Stimmen sprachen zu dieser Zeit außerdem noch dem Trinken von Stierblut und den kalten Nordwinden einen Einfluss auf die Festlegung des Geschlechts zu⁵.

Im Mittelalter erweiterte die christliche Mystikerin und Naturkundlerin *Hildegard von Bingen* diesen antiken Wissens- und Methodenbestand um den Gedanken, zur Zeugung eines Jungen seien innige Liebe und Zuwendung erforderlich, da anderenfalls die „Schwäche des Samens“ ein Mädchen entstehen lasse⁶.

Aus heutiger Sicht muten solche Vorstellungen abwegig an und sind in ihren Annahmen wissenschaftlich widerlegt. Empfehlungen und Methoden für eine vermeintliche Geschlechtswahl auf natürlichem Wege existieren aber nach wie vor. Diese reichen von „Geschlechtsverkehr zum richtigen Zeitpunkt“ bis hin zur chemischen Beeinflussung des Säure-Basen-Milieus im Vaginalkanal. Empirisch belegt ist die Wirksamkeit solcher Methoden nicht; allerdings verweist ihre Präsenz auf einen gesellschaftlich weitverbreiteten Wunsch nach Einflussnahme auf das Geschlecht der eigenen Nachkommenschaft.

Der technologische Fortschritt der Reproduktionsmedizin hat diesen Wunsch zwar nicht begründet, aber seine Erfüllung nunmehr in den Bereich des Möglichen gerückt. Moderne Verfahren zur Spermien Selektion erlauben heute die Auswahl von Samenzellen nach dem Geschlecht im Vorfeld einer künstlichen Befruchtung. Eine solche Technisierung der menschlichen Fortpflanzung weckt aber auch Unbehagen. Der indische Gynäkologe *Puneet Bedi* beispielsweise sieht diese Entwicklung äußerst kritisch und verweist in apodiktischen Worten auf Zulässigkeit und Grenzen des elterlichen Kinderwunsches:

„Man hat die Wahl, ob man ein Kind haben will oder nicht. Aber sobald man sich dafür entschieden hat, gibt es keine Wahlfreiheit mehr, da kann man sich nicht aussuchen, ob es ein Junge oder ein Mädchen wird, ob schwarz oder weiß, groß oder klein“⁷.

4 Ebd.

5 Hatzold, Wunschkind Sohn oder Tochter, S. 88.

6 Ebd.

7 Hvistendahl, Das Verschwinden der Frauen, S. 86; Nungeßer, FrauenRat 2/13, S. 33 (34).