

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1443

Die vorgeburtliche Geschlechtswahl

Von

Sajanee Arzner



Duncker & Humblot · Berlin

SAJANEE ARZNER

Die vorgeburtliche Geschlechtswahl

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1443

Die vorgeburtliche Geschlechtswahl

Von

Sajanee Arzner



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität München
hat diese Arbeit im Jahr 2020
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
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimplar
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-18153-7 (Print)
ISBN 978-3-428-58153-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Für Mama und Maurice

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Sie beleuchtet die Praxis der vorgeburtlichen Geschlechtswahl strafrechtlich und verfassungsrechtlich aus deutscher Sicht und würdigt ergänzend Regelungsmodelle aus Indien und den USA. Die mündliche Prüfung fand im Juli 2020 statt.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Jens Kersten, der meine Dissertation sorgsam begleitet hat und jederzeit für einen konstruktiven und bereichernden Gedankenaustausch zur Verfügung stand. Sein stets offenes Ohr und seine lösungsorientierte Gesprächsführung waren eine große Unterstützung. Herrn Prof. Dr. Ulrich Schroth danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Prof. Dr. Christian Walter für die Abnahme der mündlichen Prüfung unter den besonderen Umständen der Covid-19-Pandemie.

Mein größter Dank gilt meinem wundervollen Freund Maurice Said, der mich als ausgezeichneten Jurist während der gesamten Zeit meiner Promotion in jeder Hinsicht unterstützt und umsorgt hat, mir in zahlreichen Rechtsgesprächen half, meine Gedanken und Arbeitsergebnisse zu ordnen und mir stets Mut und Zuversicht vermittelte.

Von Herzen danke ich außerdem meiner lieben Mutter, Jeuti Bordoloi-Arzner, die mich zu jeder Zeit mit allen ihr zur Verfügung stehenden Mitteln gefördert und mich fortwährend für dieses Projekt motiviert und neu begeistert hat.

Alice Bordoloi, Daniel Said und Tabea Hill danke ich besonders für die Durchsicht des Manuskripts und die liebevolle Unterstützung und Begleitung meiner gesamten Promotion. Khagesh Gautam danke ich herzlich für die fruchtbaren Gespräche zum indischen Recht und Dr. Christian Zerr für seine Flexibilität und sein Verständnis, insbesondere bei der Gestaltung meiner Arbeitszeiten während der Finalisierung meiner Dissertation.

Hamburg, im September 2020

Sajaneer Arzner

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
------------------	----

Teil 1

Tatsächliche Grundlagen	23
--------------------------------	----

A. Methoden der vorgeburtlichen Geschlechtswahl	23
I. Ablauf und Methoden einer künstlichen Befruchtung	24
1. Extrakorporale Befruchtung	25
a) Gewinnung von Ei- und Spermazellen und Befruchtung <i>in vitro</i>	25
b) Embryonentransfer (ET)	27
2. Intrakorporale Befruchtung	28
II. Präkonzeptionelle Geschlechtswahl	30
1. Entwicklung des Microsort-Verfahrens und Funktionsweise	30
2. Praktische Bedeutung	31
3. Keine Belege für Kindeswohlgefährdung	32
a) Keine physischen Nachteile	32
b) Keine psychischen Nachteile	33
III. Präimplantative Geschlechtswahl	34
1. Untersuchungsmethoden	35
2. Zeitpunkt der PID	36
3. Praktische Bedeutung	37
IV. Pränatale Geschlechtswahl	38
1. Untersuchungsmethoden	38
2. Praktische Bedeutung	40
V. Weiblicher Infantizid	41
B. Motive für eine vorgeburtliche Geschlechtswahl	42
I. Ausschluss eines manifesten Erkrankungsrisikos	42
1. Muskeldystrophie vom Typ Duchenne	44
2. Weitere Erkrankungen	46
II. Ausschluss der bloßen Anlageträgerschaft	47
III. Perspektivische Einsatzbereiche	47

IV. Geschlechtswahl aus nicht medizinischen Gründen	48
1. <i>Family Balancing</i>	48
a) Wachsende Bedeutung der PID-basierten Geschlechtswahl in den USA	48
b) Kein Interesse der Deutschen an der vorgeburtlichen Geschlechtswahl ...	50
2. Präferenz für Söhne	53
3. Abhängigkeit vom sozio-kulturellen Kontext	55

Teil 2

Rechtliche Grundlagen 56

A. Präkonzeptionelle Geschlechtswahl	56
I. Grundsätzliches Verbot der präkonzeptionellen Geschlechtswahl	57
1. Objektiver Tatbestand	57
a) Tathandlung: Unternehmen einer künstlichen Befruchtung	58
b) Tatmittel: Selektionierte Samenzelle	59
2. Subjektiver Tatbestand	59
a) Bedingter Vorsatz	59
b) Irrtumsproblematik	60
3. Adressaten des Verbots/möglicher Täter- und Teilnehmerkreis	61
4. Konzeption als abstrakt gefährliches Unternehmensdelikt	63
II. Ausnahme	64
1. Auswahl der Samenzelle durch den Arzt	65
2. Muskeldystrophie vom Typ Duchenne	65
3. Ähnlich schwerwiegende geschlechtsgebundene Erbkrankheit	66
4. Drohen der Erkrankung	67
III. Rechtsfolgen eines Verstoßes	67
1. Strafrechtliche Folgen	67
a) Räumliche Geltung des deutschen Strafrechts	67
b) Berufsverbot	69
2. Ordnungsrechtliche Folgen	69
a) Ordnungsrechtliche Ahndung	69
b) Zusammentreffen von Straftat und Ordnungswidrigkeit	70
3. Berufsrechtliche Folgen	71
a) Sanktionen im berufsgerichtlichen Verfahren	71
aa) Berufsrechtlicher Überhang	71
bb) Verletzung von Berufspflichten	73
b) Widerruf der Approbation	74
aa) Approbationswideruf und Strafverfahren	74
bb) Approbationswideruf nach einem berufsgerichtlichen Verfahren ...	75

cc) Folgewirkungen	76
IV. Verhältnis zum strafbewehrten Arztvorbehalt	76
1. Keine Gesetzeskonkurrenz	77
2. Keine analoge Anwendung des persönlichen Strafausschließungsgrunds	77
V. Keine rechtliche Sonderstellung der Eltern	79
1. Keine analoge Anwendung des § 1 Abs. 3 ESchG	79
2. Keine teleologische Reduktion gemäß Art. 6 Abs. 1 GG	80
3. Keine Straffreiheit wegen notwendiger Beteiligung	80
VI. Historischer Kontext	81
1. Die Konzeption des ESchG als Strafgesetz	82
2. Normgenese	83
a) Späte Befassung mit der präkonzeptionellen Geschlechtswahl	83
b) Zunehmend restriktive Gestaltung des Ausnahmetatbestandes	85
VII. Zielsetzung des Geschlechtswahlverbotes und des Ausnahmetatbestandes	87
1. Zielsetzung des grundsätzlichen Verbots	87
2. Zielsetzung des Ausnahmetatbestandes	88
VIII. Missbrauchspotenzial	89
B. Präimplantative Geschlechtswahl	89
I. Entscheidung über den Embryonentransfer	90
II. Präimplantative Untersuchung	91
1. Bewertung der Geschlechtsbestimmung nach den Vorschriften der PID	92
a) Anwendungsbereich	94
aa) Sachliche Einschränkung	94
(1) Keine Erfassung der PID an totipotenten Zellen	94
(2) Erfassung der PID an Trophoblastzellen	96
bb) Zeitliche Einschränkung	98
b) Grundsätzliches Verbot der gezielten Geschlechtsbestimmung	99
aa) Tathandlung: Genetische Untersuchung	99
bb) Konzeption als abstrakt gefährliches Tätigkeitsdelikt	101
cc) Subjektiver Tatbestand	102
(1) Fehlvorstellung über das Entwicklungspotenzial der untersuchten Zellen	102
(2) Fehlvorstellung über die Strafbarkeit der PID an Trophoblastzel- len	103
dd) Adressatenkreis des Verbots/möglicher Täter- und Teilnehmerkreis	103
ee) Keine Bestrafung gemäß weiterer Vorschriften	104
c) Ausnahmsweise Rechtfertigung der gezielten Geschlechtsbestimmung ...	105
aa) Hohes Risiko einer schwerwiegenden Erbkrankheit	107
bb) Zur Herbeiführung einer Schwangerschaft	109
cc) Mit schriftlicher Einwilligung	109

dd) Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik	110
ee) Zulässiges Untersuchungsziel	111
ff) Geschlechtsbestimmung als zulässiges Untersuchungsziel	112
gg) Subjektives Rechtfertigungselement	113
d) Keine ordnungswidrige PID	113
aa) Aufklärung und Beratung	114
bb) Positives Votum einer Ethikkommission	115
cc) Besonders qualifizierter PID-Arzt in einem zugelassenen PID-Zentrum	116
2. Feststellung des Geschlechts bei Gelegenheit einer PID	116
a) Rechtfertigung von PGS-Verfahren	117
aa) Schriftliche Einwilligung	117
bb) Zulässiges Untersuchungsziel	117
cc) Herbeiführung einer Schwangerschaft	119
dd) Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik	119
ee) Subjektives Rechtfertigungselement	119
b) Keine ausdrückliche Regelung des Umgangs mit Zufallsbefunden	120
c) Mitteilung nur bei hypothetisch rechtmäßiger Erhebung	120
3. Rechtsfolgen	122
a) Strafrechtliche Folgen	122
b) Bußgeldrechtliche Folgen	123
c) Berufsrechtliche Folgen	124
4. Normgenese	124
a) Begleitdokumente	125
b) Gesetzgebungsverfahren	126
5. Zielsetzung	128
a) Knappe Begründung des grundsätzlichen PID-Verbots	128
b) Ausführliche Begründung der Notwendigkeit einer Ausnahme	129
6. Missbrauchspotenzial der PID für eine Geschlechtswahl	130
C. Pränatale Geschlechtswahl	130
I. Schwangerschaftsabbruch	130
1. Tatbestandslosigkeit innerhalb der zwölf-Wochen-Frist	131
2. Rechtfertigung bei medizinisch-sozialer Indikationslage	133
3. Ausnahmsweise Strafflosigkeit der Schwangeren	135
a) Persönlicher Strafausschließungsgrund	135
b) Absehen von Strafe	136
II. Pränatale Untersuchung von Embryonen <i>in vivo</i>	137
1. Bewertung der Geschlechtsbestimmung nach den Vorschriften der PND	138
a) Vorgeburtliche genetische Untersuchung	138
aa) Invasive Untersuchungsmethoden	139

- bb) NIPD 140
 - cc) Ultraschalluntersuchung 141
 - b) Grundsätzliches Verbot 141
 - c) Ausnahmsweise Zulässigkeit 142
 - aa) Medizinischer Zweck 142
 - bb) Abzielen auf bestimmte genetische Eigenschaften 143
 - cc) Gesundheitsbeeinträchtigung/Stand der Wissenschaft und Technik ... 144
 - (1) Keine Konkretisierung durch die GEKO 144
 - (2) Ermittlung durch Auslegung 145
 - (3) Zulässige Geschlechtsbestimmung 146
 - dd) Keine Untersuchung auf spätmanifestierende Erkrankungen 147
 - ee) Verfahrensvoraussetzungen 148
 - (1) Aufklärungsbasierte Einwilligung (Informed Consent) 148
 - (2) Genetische Beratung 149
 - (3) Arztvorbehalt 149
 - (4) Umgang mit Untersuchungsergebnissen und genetischen Proben 150
 - ff) Geschlechtsbestimmung aus pharmakogenetischen Gründen 150
- 2. Feststellung des Geschlechts bei Gelegenheit einer PND 151
- 3. Mitteilung sonstiger Zufallsbefunde 151
- 4. Rechtsfolgen 153
 - a) Verbotswidrige gezielte Geschlechtsbestimmung 153
 - aa) Strafrechtliche Folgen 153
 - (1) Grundtatbestand 154
 - (a) Tatbestandsalternativen 154
 - (b) Konzeption als abstrakt gefährliches Tätigkeitsdelikt 155
 - (2) Qualifikation 156
 - (3) Strafbarkeit der gezielten Geschlechtsbestimmung 156
 - (4) Adressatenkreis des Verbots/möglicher Täter- und Teilnehmerkreis 158
 - (5) Strafantragserfordernis 159
 - (a) Faktischer Verfolgungsausschluss 159
 - (b) Teleologische Reduktion 160
 - bb) Bußgeldrechtliche Folgen 161
 - cc) Berufsrechtliche Folgen 161
 - dd) Verstöße gegen das aufklärungsbasierte Einwilligungserfordernis ... 161
 - b) Verstoß gegen das Mitteilungsverbot 162
- 5. Normgenese 163
 - a) Begleitdokumente 163
 - b) Gesetzgebungsverfahren 164
- 6. Zielsetzung 165

7. Missbrauchspotenzial der PND für eine Geschlechtswahl	166
a) Ultraschalldiagnostik	166
b) Invasive Untersuchungsmethoden	167
c) NIPD	167
D. Das Recht der vorgeburtlichen Geschlechtswahl <i>de lege lata</i>	168
I. Grundsätzliches Verbot der vorgeburtlichen Geschlechtswahl	168
II. Ausnahmsweise Zulässigkeit zum Ausschluss manifester Erkrankungsrisiken	169
E. Das Recht der vorgeburtlichen Geschlechtswahl in Indien und den USA	171
I. Das Recht der vorgeburtlichen Geschlechtswahl in Indien	171
1. Präkonzeptionelle Geschlechtswahl	174
2. Präimplantative Geschlechtswahl	175
3. Pränatale Geschlechtswahl	176
a) Beschränkung des Anwendungsbereichs der PND	177
b) Rechtsfolgen bei Verstoß	178
4. Vershobene Geschlechterverhältnisse trotz restriktiver Gesetzeslage	180
II. Das Recht der vorgeburtlichen Geschlechtswahl in den USA	182
1. Präkonzeptionelle Geschlechtswahl	182
2. Präimplantative Geschlechtswahl	183
a) Keine gesetzliche Beschränkung des Anwendungsbereichs der PID	183
b) Selbstregulierung der PID-Praxis	185
3. Pränatale Geschlechtswahl	186
a) Verbote auf Bundestaatenebene	187
b) Gesetzesinitiativen auf Bundesebene	189
4. Keine Verschiebung der Geschlechterverhältnisse	191

Teil 3

Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	192
A. Materielle Grenzen der Strafgesetzgebung	192
I. Grundsätzlich weiter Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers	193
II. Strafrechtsspezifische Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit	195
1. Verbotenes Verhalten	196
2. Unverbindlichkeit der Rechtsgutslehre	198
3. Vereinbarkeit mit dem Wert- und Achtungsanspruch des Normadressaten	200
a) Differenzierung zwischen Individual- und Allgemeinrechtsgütern	200
b) Besondere Sozialschädlichkeit des Verhaltens	201
4. Zusammengefasste Betrachtung der Regelungsziele	202

5. Geeignetheit und Erforderlichkeit	203
a) Zweckförderung und relativ mildestes Mittel	203
b) Unverbindlichkeit des <i>ultima ratio</i> Satzes	204
aa) Keine eigenständige inhaltliche Bedeutung	205
bb) Keine überzeugende Aussicht auf Konstitutionalisierung	206
(1) Absolute Perspektive	206
(2) Relative Perspektive	206
cc) Hohe kriminalpolitische Bedeutung	208
6. Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn)	208
a) Normative Unrechtsabbildung im Strafraumen	209
b) Keine Kompensation über die Möglichkeit der Verfahrenseinstellung	210
III. Grundsätzliche Ablehnung verfassungsrechtlicher Kriminalisierungspflichten	211
IV. Umfang der verfassungsgerichtlichen Überprüfung	212
1. Rechtlicher Maßstab	213
2. Einhaltung von Grenzen und dynamische Kontrolldichte	213
3. Keine beschränkte Kontrolldichte	214
a) Unsichere Prognoselage	214
b) Hohe Bedeutung betroffener Rechte und Interessen	216
B. Prozedurale Pflichten	216
I. Pflicht zum Gesetzesmonitoring	217
1. Gesetzesmonitoring in der Rechtsprechung des BVerfG	217
a) (Isolierte) Nachbesserungspflicht	217
b) Beobachtungs- und Überprüfungspflichten	218
2. Verfassungsrechtliche Begründungsansätze	220
a) Rechtsstaatsprinzip und Grundrechte	221
b) Grundrechtliche Schutzpflichten und staatliches Wächteramt	222
c) Bereichsabhängige Pflichtenintensität	223
3. Rechtsfolgen von unzureichendem Gesetzesmonitoring	224
a) Beobachtungs- und Überprüfungspflicht	224
b) Nachbesserungspflicht	225
II. Freiheit des gesetzgeberischen Entscheidungsfindungsprozesses	226
1. Der legislative Entscheidungsfindungsprozess in der Rechtsprechung des BVerfG	226
a) Einstige Ambivalenz des BVerfG	227
b) Paradigmenwechsel der ersten Hartz IV Entscheidung	229
c) Neupositionierung des BVerfG	230
2. Fehlende verfassungsrechtliche Begründbarkeit	231
a) Fehlende Normierung	232
b) Keine Methodenbindung des Gesetzgebers	234
aa) Widerspruch zum Ablauf des Entscheidungsfindungsprozesses	235

bb) Widerspruch zur politischen Natur des Entscheidungsfindungsprozesses	236
3. Folgen für die verfassungsgerichtliche Überprüfung	238
a) Politische Klugheit rationaler Gesetzgebungsverfahren	238
b) Prozessuale Bedeutung der Dokumentation und Begründung	239
C. Reproduktives Selbstbestimmungsrecht und gegenläufige Rechte und Interessen	241
I. Grundrecht auf reproduktive Selbstbestimmung	241
1. Begriffsbildung und dogmatische Herleitung	241
a) Begriffsbildung	242
b) Verfassungsdogmatische Herleitung	243
2. Konkretisierung des Schutzbereichs	244
a) Personeller Schutzbereich	244
b) Sachlicher Schutzbereich	244
aa) Allgemeiner Gewährleistungsumfang	245
bb) Schutzbereichssphären	247
cc) Gewährleistungsgarantien	248
3. Eingriff und Eingriffsrechtfertigung	249
II. Lebens- und Würdeschutz von Embryonen <i>in vivo</i>	251
1. Jedenfalls objektiv-rechtlich begründeter Lebens- und Würdeschutz	252
a) Lebens- und Würdeschutz	253
b) Keine Pflicht zum Diskriminierungsschutz	256
2. Reichweite des embryonalen Lebens- und Würdeschutzes	257
a) Lebensschutz	258
aa) Embryonaler Entwicklungsstand	259
bb) Unzumutbarkeitskriterium	261
cc) Orientierungspunkte für den Schwangerschaftskonflikt	261
b) Würdeschutz	262
3. Konsequenzen für die pränatale Geschlechtswahl	263
a) Medizinisch nicht indizierte Geschlechtswahl	263
b) Bloße Anlageträgerschaft	265
c) Sonstige transgenerationale Gesundheitsrisiken	266
d) Medizinisch indizierte Geschlechtswahl/manifestes Erkrankungsrisiko	266
e) Wirksames Würde- und Lebensschutzkonzept	268
aa) Restriktion des pränatalen Wissens	268
bb) Keine Kriminalisierungspflicht	269
III. Lebens- und Würdeschutz von Embryonen <i>in vitro</i>	271
1. Beginn menschlichen Lebens mit der Kernverschmelzung	271
2. Jedenfalls objektiv-rechtlich begründeter Lebens- und Würdeschutz	274

3. Reichweite des embryonalen Lebens- und Würdeschutzes	275
a) Lebensschutz	276
aa) Unzumutbarkeitskriterium	276
bb) Perspektivische embryonale Entwicklung	277
cc) Orientierungspunkte für den Präimplantationskonflikt	278
b) Würdeschutz	278
4. Konsequenzen für die präimplantative Geschlechtswahl	279
a) Medizinisch nicht indizierte Geschlechtswahl/bloße Anlageträgerschaft/ transgenerationale Gesundheitsrisiken	279
b) Medizinisch indizierte Geschlechtswahl/manifestes Erkrankungsrisiko ..	280
c) Wirksames Würde- und Lebensschutzkonzept	280
IV. Schutz des Wohls zukünftiger Kinder	282
1. Kein widerspruchsfreier Ausweg aus dem <i>Possible People</i> Dilemma	283
2. Verfassungsrechtliche Begründung von Kindeswohlerwägungen	284
a) Verantwortung für zukünftige Menschen	285
b) Elternautonomie und staatliches Wächteramt	286
3. Das Kindeswohl als Schranke reproduktiver Selbstbestimmung	287
a) Kein Recht auf ein Kind mit Gesundheitsbeeinträchtigung	289
b) Kein Recht auf Nutzung experimenteller Methoden und Untersuchungen	290
c) Recht auf Nutzung objektiv „neutralere“ Techniken	291
4. Konsequenzen für die präkonzeptionelle Geschlechtswahl	293
V. Rechte und Interessen Dritter und der Allgemeinheit	293
1. Rechtfertigung des präkonzeptionellen Geschlechtswahlverbots	294
a) Wertungsgeprägte Zielsetzungen	295
aa) Rechtspolitische Kritik	295
bb) Wertungskompetenz des Gesetzgebers	297
b) Bindung der Reproduktionsmedizin an medizinische Indikationen	298
aa) Gründe für die Bindung an medizinische Indikationen	299
bb) Abgrenzung von der wunscherfüllenden Reproduktionsmedizin	300
c) Schutz der natürlichen Geschlechterproportionen	300
aa) Keine aktuell drohende Verschiebung	301
bb) Legitimität staatlicher Risikovorsorge	301
d) Förderung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern	303
aa) Diskriminierungspotenzial einer Geschlechtswahlentscheidung	303
bb) Überwindung geschlechtsspezifischer Stereotype	304
e) Verhältnismäßigkeit	305
2. Unverhältnismäßigkeit einer Strafbewehrung	306
a) Keine Rechtfertigung des sozialetischen Unwerturteils	307
b) Fehlende Erforderlichkeit/keine Angemessenheit	307

3. Verbotserleichterung bei Ausschluss der Anlageträgerschaft und sonstiger transgenerationaler Gesundheitsrisiken	309
4. Keine Verbotserleichterung bei manifesten Erkrankungsrisiken	309
a) Keine Rechtfertigung unter Verweis auf den Diskriminierungsschutz	310
b) Anerkennung persönlicher Entscheidungen	311
c) Schutz der reproduktiven Freiheit von Menschen mit Behinderung	312
d) Präventive Bedeutung der präkonzeptionellen Geschlechtswahl	312
e) Sonstige Erkrankungen mit geschlechtsspezifischer Häufigkeit	313
VI. Keine Pflicht zur Wertungskohärenz	313
1. Wertungswidersprüche im Regelungssystem der Geschlechtswahl	314
2. Keine Wertungsbindung	314
3. Kein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz	316
VII. Einschränkung der Berufsfreiheit	318
D. Europarechtliche und internationale Vorgaben	318
I. Keine Bindung an die EU-GRCh oder die BMK	318
II. Bindung an die EU-Grundfreiheiten und die EMRK	319
1. Dienstleistungsfreiheit	319
2. Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens	320
a) Schutzbereich und Eingriffsrechtfertigung	321
b) Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft	322
c) Konsequenzen für das Recht der vorgeburtlichen Geschlechtswahl	323

Teil 4

Reformvorschlag und Zusammenfassung	326
A. Reformvorschlag	326
I. Reform des Rechts der Reproduktionsmedizin nach dem Vorbild des AME-FMedG	326
1. Vorschlag zur Neuregelung der PID	328
a) Grundsätzliche Befürwortung	329
b) Kritik	333
2. Vorschlag zur Neuregelung der präkonzeptionellen Geschlechtswahl	334
a) Grundsätzliche Befürwortung	334
b) Kritik	335
II. Problem	336
III. Lösung	336
IV. Alternativen	336
V. Kosten	337

VI. Neuregelungsvorschlag	337
1. Ersatz des § 9 AME-FMedG durch § 9 AME-FMedG n.F.	337
2. Ergänzung der Bußgeldvorschriften gemäß § 28 AME-FMedG	337
3. Änderungen des GenDG	338
a) Änderung des § 15 GenDG	339
b) Anpassung des § 25 GenDG	339
c) Anpassung des § 26 GenDG	340
B. Begründung	341
I. Regelung der vorgeburtlichen Geschlechtswahl unter Einbezug aller Geschlechtswahlmethoden	342
1. Erreichung der regulatorischen Zielsetzung des Geschlechtswahlverbots ..	342
2. Integration der PND zur Geschlechtsbestimmung in den AME-FMedG	343
3. Keine bloße Ergänzung der PID- und PND-Vorschriften	344
II. Begriffliche Klarstellungen	344
III. Schaffung eines Mitteilungsverbots für die PID	345
IV. Differenzierte Gestaltung der Ausnahmeregelungen und der Rechtsfolgen ..	345
1. Differenzierte Gestaltung der Ausnahmeregelungen	345
a) Präkonzeptionelle Geschlechtswahl	345
b) Präimplantative und pränatale Geschlechtswahl	347
2. Abgestuftes Rechtsfolgenkonzept	348
a) Kriminalstrafrechtlicher Schutz von Embryonen <i>in vivo</i>	348
b) Ordnungsrechtlicher Schutz von Embryonen <i>in vitro</i>	349
c) Berufsrechtliche Absicherung des präkonzeptionellen Geschlechtswahlverbots	350
d) Differenzierung zwischen Geschlechtsbestimmung und Mitteilungsverbot	350
V. Notwendigkeit der Änderung des GenDG	351
1. Anpassung von PID und PND auf ein medizinisch-objektives Regelungsmodell	351
2. Verzicht auf ein Diagnoseverbot spätmanifestierender Erkrankungen	352
3. Sinnvolle Beschränkung des Anwendungsbereichs der PND	353
4. Präzisierung des § 25 Abs. 1 Nr. 3 GenDG	354
5. Kein Strafantragserfordernis	355
6. Ordnungsrechtliche Absicherung des Mitteilungsverbots	355
C. Zusammenfassung der Arbeitsergebnisse in Thesen	356
Literaturverzeichnis	362
Sachwortverzeichnis	374

Einleitung

„Der Gesetzgeber bedarf (...) der Kenntnis der Lebenswirklichkeit; ohne zu wissen, wie sie ist, könnte er nicht bestimmen wollen, wie sie sein soll, und nicht erlauben, ob sie so werden kann, wie es seinem „Soll“ entspricht (...).“

Ernst von Beling¹

In seiner Abhandlung über die Möglichkeit einer besonderen Strafgesetzgebungsmethodik hat von Beling bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts treffend hervorgehoben, dass Gesetzgebung eine genaue Kenntnis der Lebenswirklichkeit voraussetzt. Ohne diese Kenntnis kann der Gesetzgeber weder rechtspolitisch sinnvolle regulatorische Zielsetzungen festlegen noch geeignete Strategien entwickeln, um diese zu erreichen. Gerade für die hier interessierende Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Eltern das Geschlecht ihres zukünftigen Kindes wählen können (sollten), ist es bedeutsam, die relevanten tatsächlichen und rechtlichen Lebensumstände genau zu kennen. Denn besonders die normative Gestaltung grundrechtlich sensibler und gesellschaftspolitisch kontroverser Bereiche erfordert es, eine sorgfältig ermittelte Tatsachengrundlage mit klar definierten regulatorischen Zielen zu verknüpfen.

Ganz im Sinne von Belings beginnt diese Arbeit deshalb mit der Ermittlung der aktuellen Lebenswirklichkeit. Hierzu gehören zunächst die tatsächlichen Grundlagen der vorgeburtlichen Geschlechtswahlpraxis. Dabei ist zwischen den verschiedenen Methoden und den medizinischen und nicht medizinischen Motiven für eine vorgeburtliche Geschlechtswahl zu differenzieren (Teil 1). Zur aktuellen Lebenswirklichkeit gehört ebenso sehr das gegenwärtige Recht der vorgeburtlichen Geschlechtswahl. Dieses setzt der vorgeburtlichen Geschlechtswahlpraxis je nach zum Einsatz kommender Geschlechtswahlmethode unterschiedliche Grenzen (Teil 2 A., B., C. und D.). Angesichts weltweiter Migrationsbewegungen und der globalen Vernetzung unserer heutigen Welt darf der bundesdeutsche Gesetzgeber des 21. Jahrhunderts ausländische Entwicklungen nicht völlig unberücksichtigt lassen. Es darf nicht unerwähnt bleiben, dass weltweit bereits rund 126 Millionen Frauen fehlen,² weil in Folge einer ausgeprägten Präferenz für Söhne, vor allem in Asien geschlechtsselektive Schwangerschaftsabbrüche durchgeführt werden. Dem Gesetzgeber muss gleichzeitig bewusst sein, dass in den USA teils mit dem Slogan „Gender selection isn’t just for Kim and Kanye“ für eine vorgeburtliche Geschlechtswahl mittels Präimplantationsdiagnostik geworben wird, weil Celebrity

¹ von Beling, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung, S. 1.

² Zu dieser Zahl vgl. <https://www.unfpa.org/gender-biased-sex-selection>, aufgerufen am 14. 10. 2019.

Paaren wie Kim Kardashian und Kanye West nachgesagt wird,³ sie hätten hiervon im Interesse einer perfekten Familienplanung Gebrauch gemacht.⁴ Die deutsche Perspektive ist deshalb auf die Lebenswirklichkeit in Indien und den USA zu erweitern (Teil 2 E.). Darüber hinaus darf der Gesetzgeber vor allem den vorauseilenden wissenschaftlichen Fortschritt auf dem Gebiet der Reproduktionsmedizin und der vorgeburtlichen Diagnostik nicht aus den Augen verlieren. Der Gesetzgeber des 21. Jahrhunderts hat in der Divergenz ethisch-moralischer und religiös-weltanschaulicher Perspektiven auf die sich dynamisch entwickelnde Praxis der vorgeburtlichen Geschlechtswahl einen gesellschaftspolitischen Minimalkonsens zu identifizieren. Diesen muss er mit rechtspolitisch sinnvollen regulatorischen Zielsetzungen verknüpfen. Seine politischen Zielsetzungen sind in ein Gesetzeskonzept zu übersetzen, mit dem ein verhältnismäßiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen hergestellt wird. Teil 3 dieser Arbeit widmet sich deshalb den (verfassungsrechtlichen) Rahmenbedingungen, innerhalb derer das Recht der vorgeburtlichen Geschlechtswahl (strafrechtlich) ausgestaltet werden kann bzw. muss. Obschon sich der Gesetzgeber derzeit nicht zu einer Reform veranlasst zu sehen scheint, wird in Teil 4 dieser Arbeit ein Vorschlag zur Novellierung des gesamten Rechts der vorgeburtlichen Geschlechtswahl formuliert. Selbstverständlich maßt sich die Verfasserin nicht an, eine in jeder Hinsicht optimale Lösung zur Befriedung aller Kontroversen gefunden zu haben, die den Themenkomplex umgeben. Mit dem Reformvorschlag soll allein der Lehrsatz ernst genommen werden, dass es Aufgabe der Wissenschaft ist, „Akteur kritischer Gegenöffentlichkeit“⁵ zu sein. Einer „Kritik unserer genetischen Vernunft“⁶ bedarf es seitens der Wissenschaft besonders dann, wenn der Gesetzgeber einen Veränderungsbedarf nicht erkennen kann.

³ Vgl. hierzu beispielhaft die Online-Berichterstattung unter <https://www.ibtimes.com/kim-kardashian-kanye-west-pregnancy-causes-booming-interest-ivf-gender-selection-1987542>, aufgerufen am 09.07.2019.

⁴ Zum Zusammenhang der Berichterstattung über Kim Kardashian und Kanye West mit der gesteigerten Aufmerksamkeit für die Praxis der vorgeburtlichen Geschlechtswahl vgl. auch die Einschätzung von *Kalantry*, *Women's Human Rights and Migration*, S. 74.

⁵ *Gärditz*, *JZ* 2016, 641 (649).

⁶ *Kersten*, *JZ* 2011, 161 (168).

Teil 1

Tatsächliche Grundlagen

Um die Kontroversen rund um das Thema der vorgeburtlichen Geschlechtswahl präzise zu erfassen, ist es unumgänglich, zunächst die tatsächlichen Grundlagen dieser Praxis näher in den Blick zu nehmen. Derzeit existieren im Wesentlichen drei verschiedene Methoden der vorgeburtlichen Geschlechtswahl (A.), von denen aus sehr unterschiedlichen Motiven Gebrauch gemacht wird (B.).

A. Methoden der vorgeburtlichen Geschlechtswahl

Unter unbeeinflussten Umständen ist das Geschlecht des zukünftigen Kindes im weitesten Sinne ein Zufallsprodukt.¹ Bei jeder männlichen Keimzellenreifung (Spermatogenese) entstehen jeweils vier Tochterzellen unterschiedlicher Art. Zwei mit einem haploiden (einfachen) Chromosomensatz von 23, Y und zwei mit einem haploiden Chromosomensatz von 23, X.² Diese unterschiedlichen Geschlechtschromosomen der Spermien sind die Grundlage für das Geschlecht des entstehenden Embryos.³ Das Geschlecht des zukünftigen Kindes hängt allein davon ab, mit welcher Art von Samenzelle die weibliche Eizelle befruchtet wird.⁴ Am Ende der weiblichen Keimzellenreifung (Oogenese) steht nur eine einzige reife Eizelle, die stets über einen haploiden Chromosomensatz von 23, X verfügt.⁵ Wird die Eizelle mit einem Spermium befruchtet, das über einen Chromosomensatz von 23, X verfügt, entsteht ein Embryo mit einem diploiden Chromosomensatz von 46, XX, der weiblich ist. Wird die Eizelle dagegen mit einem Spermium befruchtet, das über einen Chromosomensatz von 23, Y verfügt, entsteht ein Embryo mit einem diploiden Chromosomensatz von 46, XY, der männlich ist.

Unter einer vorgeburtlichen Geschlechtswahl werden alle Praktiken verstanden, die darauf gerichtet sind, das Geschlecht des künftigen Kindes unter Inanspruch-

¹ Zu den fehlenden Belegen für eine Beeinflussbarkeit des Geschlechts im Rahmen einer natürlichen Zeugung vgl. *Opper*, Das Verbot der präkonzeptionellen Geschlechtswahl, S. 28 ff.

² Vgl. *Moore et. al.*, Embryologie, S. 26.

³ Vgl. *Moore et. al.*, Embryologie, S. 26.

⁴ Vgl. *Moore et. al.*, Embryologie, S. 42.

⁵ Vgl. *Sadler*, Medizinische Embryologie, S. 36.