



WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER

› Bioethik zwischen gesellschaftlicher Pluralität und staatlicher Neutralität

Horst Dreier

 2010.1

Preprints and Working
Papers of the Centre for
Advanced Study in Bioethics
Münster 2010.1



› Bioethik zwischen gesellschaftlicher Pluralität und staatlicher Neutralität*

Horst Dreier

I	Bioethik als Herausforderung an das Verfassungsrecht.....	4
II	Grundsatzdiskurs: Verfassungstheoretische Koordinaten	5
1	Faktizität und Normativität des gesellschaftlichen Pluralismus	5
	a) <i>Allgemein: Grundrechtsgestützte Pluralität</i>	<i>5</i>
	b) <i>Insbesondere: Pluralität innerhalb des Christentums und anderer Religionen im Bereich der Bioethik</i>	<i>6</i>
2	Demokratische Mehrheitsentscheidung	8
3	Vorrang der Verfassung	10
4	Ethische Neutralität des Staates	11
III	Erster Anwendungsdiskurs:	
	Verfassungsrechtliche Schutzgüter in der bioethischen Diskussion.....	13
1	Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)	14
	a) <i>Normativer Höchstrang.....</i>	<i>14</i>
	b) <i>Frühe Embryonen als Träger der Menschenwürde?</i>	<i>15</i>
	c) <i>Besonderheiten der pränidativen Phase.....</i>	<i>18</i>
	d) <i>Kant als bioethische Autorität?.....</i>	<i>19</i>
	e) <i>Entwürdigung von Zellverbänden?</i>	<i>20</i>
	f) <i>Aporien bundesverfassungsgerichtlicher Judikatur.....</i>	<i>20</i>

* Diese Abhandlung beruht auf dem Vortrag, den Verf. am 27. April 2010 in Münster zur Eröffnungsfeier der Kolleg-Forscherguppe „Theoretische Grundfragen der Normenbegründung in Medizinethik und Biopolitik“ gehalten hat. Dank gebührt dem Sprecher der Forschergruppe, Herrn Kollegen Thomas Gutmann, für seine große Geduld, sowie meinen Mitarbeitern am Lehrstuhl für ihre Hilfe und Unterstützung, allen voran meinem Assistenten, Herrn David Kuch. Erst mein Aufenthalt als Fellow der Carl Friedrich von Siemens Stiftung in München verschaffte mir den nötigen Freiraum, das Vortragsmanuskript zu einem ausführlicheren, wenngleich von Vollständigkeit jeglicher Art weit entfernten Text auszubauen. Von daher sei auch der Stiftung und ihrem Geschäftsführer, Herrn Kollegen Heinrich Meier, an dieser Stelle sehr herzlich gedankt.

2	Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG)	22
	a) <i>Kernfrage: Beginn des Lebensschutzes</i>	22
	b) <i>Individuation als Voraussetzung</i>	23
	c) <i>SKIP: Spezies-, Kontinuitäts-, Identitäts- und Potentialitätsargument...</i>	24
	d) <i>Die Schutzpflichtdimension des Art. 2 Abs. 2 GG</i>	26
3	Forschungsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG)	27
	a) <i>Subjektive und objektive Bedeutung</i>	27
	b) <i>Embryonenforschung: eine Form von Menschenversuchen?</i>	28
IV	Zweiter Anwendungsdiskurs: Konkrete gesetzgeberische Entscheidungen	30
1	Schwangerschaftsabbruch (§§ 218 a ff. StGB)	30
	a) <i>Schutzlosigkeit in der pränidativen Phase</i>	30
	b) <i>Geringer Schutz in den ersten zwölf Wochen</i>	31
	c) <i>Indikationenabhängige Abtreibung nach zwölf Wochen</i>	31
	d) <i>Embryopathische Indikation</i>	32
	e) <i>Medizinische Indikation</i>	33
	f) <i>Fazit: Gestufter vorgeburtlicher Lebensschutz</i>	33
2	Embryonenschutz-Gesetz (ESchG) und Stammzell-Gesetz (StZG).....	34
	a) <i>Regelungsgegenstand: Embryonen in vitro</i>	34
	b) <i>Vom ESchG zum StZG</i>	35
	c) <i>Hoher Schutz der Embryonen in vitro</i>	36
	d) <i>Zulässigkeit der PID</i>	37
3	Wertungswidersprüche	38
V	Politikdiskurs: Grenzen legislativer Rationalität	38
1	Erklärungen für Inkonsistenzen der Rechtslage?	38
2	Wertungswidersprüche als Verfassungsverstoß?	39
3	Das Irrationalitätsprivileg der Politik	43
VI	Von guten Gründen für Normen und vermeintlichen Abgründen politischer Normsetzung	46

I Bioethik als Herausforderung an das Verfassungsrecht

Der Ehre, die mir mit der Übertragung dieses Eröffnungsvortrages erwiesen worden ist, bin ich mir wohl bewusst. Die Einrichtung einer Kolleg-Forschergruppe für Bioethik¹ in Münster ist ein wichtiges Ereignis nicht nur für die hiesige Universität, sondern auch für die Bildung ethischer, rechtlicher und gesamtgesellschaftlich akzeptabler Maßstäbe zur Beurteilung jener gewaltigen Wandlungs- und Entwicklungsprozesse, die wir auf dem Feld der assistierten Reproduktion etwa per In-Vitro-Fertilisation (IVF), der Forschung an humanen embryonalen Stammzellen, der Präimplantationsdiagnostik (PID) oder des therapeutischen Klonens seit wenigen Jahrzehnten in beständiger Beschleunigung beobachten können und die zu den gesellschaftspolitisch am heftigsten umstrittenen Problemfeldern überhaupt gehören. Was ich im Folgenden dazu ausführe, unterliegt nicht der Illusion, diese höchst kontroversen und oft mit ganz ungewöhnlicher Härte ausgefochtenen Debatten in irgendeiner Weise befrieden oder gar einer konsensualen Lösung zuführen zu können. Wer glaubt, man müsse Experten verschiedener Fachgebiete nur lange genug miteinander reden lassen, dann werde schon ein allgemein akzeptiertes Resultat dabei herauspringen, hat von der Eigengesetzlichkeit einzelwissenschaftlicher Rationalitäten eine nur geringe und von der Eitelkeit der Protagonisten gar keine Vorstellung². Nicht die (illusionäre) Hoffnung auf die Präsentation allgemein geteilter Vorstellungen motiviert die folgenden Zeilen, sondern allein die Hoffnung, einige wichtige Eckpunkte verfassungsrechtlicher Art fixieren zu können, die den sei es philosophischen, sei es politischen, sei es weltanschaulich-religiösen offenen Dissens über die genannten biowissenschaftlichen Praktiken in irgendeiner Weise einem juristisch tragfähigen und gesellschaftlich erträglichen Entscheidungsprozess näher bringen können.

In lockerer Anlehnung an die Projektskizze, die dem hiesigen Forschungsvorhaben für die nächsten Jahre zugrunde liegt, möchte ich meine Ausführungen in einen Grundsatzdiskurs, einen Anwendungsdiskurs sowie einen Politikdiskurs gliedern. Welche verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen, so der erste Diskurs, strukturieren überhaupt das hier relevante bioethische Feld? Sodann zweitens: welches sind die relevanten verfassungsrechtlichen Schutzgüter, die bei den konkreten Fragen und Entscheidungslagen eine zentrale Rolle spielen und nach Gewichtung und Abwägung verlangen? Schließlich fragt sich drittens, wie sich eigentlich der unvermeidliche Dezisionismus und Subjektivismus politischer Mehrheitsentscheidungen auf diesem hochkomplexen und umstrittenen Gebiet zu den möglicherweise ganz anders strukturierten, weil stärker auf argumentative Kohärenz und Stringenz verpflichteten Konzepten wissenschaftlicher Provenienz verhält.

- 1 Genauer lautet das Forschungsgebiet: „Theoretische Grundfragen der Normenbegründung in Medizinethik und Biopolitik“.
- 2 Vertiefend hierzu *H. Dreier*, Wozu dienen Ethikräte?, in: *Öffentliches Recht im offenen Staat*. Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag, 2011, S. 57 ff. (68 ff.).

II Grundsatzdiskurs: Verfassungstheoretische Koordinaten

1 Faktizität und Normativität des gesellschaftlichen Pluralismus

a) Allgemein: Grundrechtsgestützte Pluralität

Es war John Rawls, der mit dem Stichwort „Faktum des Pluralismus“³ einen wesentlichen Charakterzug unserer politischen Realität ins allgemeine Bewusstsein gehoben hat: den Umstand nämlich, dass moderne Gesellschaften durch und durch pluralisiert und oft geradezu fragmentiert sind⁴. Diese plurale Vielfalt hat viele Gesichter: den bunten Markt der Meinungen und der Presse, das breite Kaleidoskop der Interessenverbände in Wirtschaft und Gesellschaft, die zahlreichen zivilgesellschaftlichen Gruppen mit ihren überaus verschiedenen Zielen, das rege Vereinsleben, die landsmannschaftlichen Unterschiede, die unterschiedlichen religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisse und anderes mehr.

Diese plurale Vielfalt insbesondere der Meinungen und Interessen ist nun in freiheitlichen Staaten westlicher Prägung nicht bloß vorfindliche Tatsache, sondern gewissermaßen ihr typenbildendes Charakteristikum, das durch umfängliche Grundrechtsgewährleistungen garantiert wird. Pluralität wird nicht lediglich als Faktum hingenommen, sondern normativ unterfangen. Da Grundrechte als Stützpfeiler der Individualität wirken, sind sie zugleich Faktoren und Garanten gesamtgesellschaftlicher Pluralität, damit aber unausweichlich der Disparität, der Differenz und der Konkurrenz. Grundrechte, genetisch selbst Produkt verstärkter Pluralität, „entbinden den Pluralismus“⁵. Diese Vielfalt erstreckt sich weit über die private Lebensweise hinaus auf allgemeinere Gesichtspunkte wie politische Überzeugungen oder Werthaltungen bis hin zu ganz fundamentalen Fragen der richtigen und gerechten politischen Ordnung oder des guten Lebens in der Gemeinschaft. Es ist ja kein Zufall, dass Rawls' zentrale Frage lautete, wie es eine stabile Gesellschaft von Freien und Gleichen geben könne, obwohl sich doch in der pluralen Gesellschaft unvereinbare Auffassungen (*doctrines*) religiöser, philosophischer oder moralischer Art gegenüberstünden⁶.

In Deutschland hat sich in den letzten Jahrzehnten eine besonders durchgreifende Pluralisierung auf dem Feld von Glauben und Weltanschauung vollzogen⁷. Lange Zeit bedeutete

3 John Rawls, *Political Liberalism*, New York 1993, S. XVII, 54 ff. (dt. u. d. T.: *Politischer Liberalismus*. Übersetzt von Wilfried Hinsch, 1998, S. 13, 127 ff.); *ders.*, *Der Gedanke eines übergreifenden Konsenses* (1987), in: *ders.*, *Die Idee des politischen Liberalismus. Aufsätze 1978–1987*, hrsgg. v. Wilfried Hinsch, 1992, S. 293 ff. (294 f., 298).

4 Natürlich war Rawls nicht der erste, der den Pluralismus als herausragendes Kennzeichen freiheitlicher moderner Gesellschaften begriffen hat. Siehe etwa E. Fraenkel, *Der Pluralismus als Strukturelement einer freiheitlichen Demokratie* (1964), in: *ders.*, *Deutschland und die westlichen Demokratien*, 7. Aufl. 1979, S. 197 ff.; zuvor schon K. Loewenstein, *Verfassungslehre*, 1959, S. 367 ff., 389 ff.

5 J. Isensee, *Schlußwort*, in: O. Depenheuer u. a. (Hrsg.), *Die Einheit des Staates*, 1998, S. 71 ff. (79): „Grundrechte entbinden den Pluralismus. Mit ihnen erhebt sich legitime Uneinheit der Bürger in Fragen der Religion, der Weltanschauung, der Politik.“

6 Rawls, *Political Liberalism* (Fn. 3), S. XVIII: „How is it possible that there may exist over time a stable and just society of free and equal citizens profoundly divided by reasonable though incompatible religious, philosophical, and moral doctrines?“

7 Vgl. im Überblick und m. w. N.: H. Dreier, *Säkularisierung des Staates am Beispiel der Religionsfreiheit*, in: Rg 19 (2011), S. 72 ff.; ausführlicher C. Waldhoff, *Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität – Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?*, in: *Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages*, Bd. I, 2010, S. 1–176; M. Morlok, in: H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. I, 3. Aufl. 2012, Art. 4 Rn. 1 ff., 50 ff.

religiöse Pluralität hier im Grunde nicht mehr als Bi-Konfessionalität. Die Kirchen waren stabilitätsverbürgende Ordnungsgaranten, weniger Quell des Streits oder Partei im Streit. Mit dem Wandel von der bi-konfessionellen zu einer multireligiösen und partiell auch a-religiösen Gesellschaft hat sich die Lage dramatisch geändert, sind vermeintliche Selbstverständlichkeiten weggebrochen und stillschweigende Einverständnisse fraglich oder schlicht unverständlich geworden. Unter den verschärften Bedingungen religiös-weltanschaulicher Pluralisierung wirkt offenkundig auch die Religion „nicht mehr homogenitätsverbürgend, sondern weit stärker dissoziativ“⁸.

b) *Inbesondere: Pluralität innerhalb des Christentums und anderer Religionen im Bereich der Bioethik*

So überrascht es nicht, wenn wir gravierende Meinungsdivergenzen bei der Beurteilung bioethischer Fragen vorfinden. Dabei wird in der öffentlichen Debatte oft der Eindruck erzeugt, es ginge im Kern um den dualen Gegensatz zwischen rein diesseitig ausgerichteten, am hemmungslosen medizinischen Fortschritt orientierten quasi materialistisch-positivistischen Konzepten einerseits, besonnener religiös-ethisch-moralischer Grenzziehung andererseits. Religion und Philosophie halten diesem Bild zufolge eine entfesselte Logik des „was wir können, wollen und sollen wir auch machen“ in Schach. Näheres Hinsehen ergibt, dass etwa in den zentralen Fragen der Forschung an überzähligen Embryonen oder des therapeutischen Klonens von einem solchen klaren Frontverlauf nicht die Rede sein kann. Der ethische Dissens liegt eindeutig nicht zwischen religiöser Bindung hier und materialistischer oder atheistischer Weltanschauung dort. Das sieht man bereits daran, dass viele Weltreligionen mit den bei uns so heftig umstrittenen Praktiken aus unterschiedlichen Gründen kein Problem haben⁹. Dabei verläuft der Graben wiederum nicht zwischen monotheistischen Religionen auf der einen Seite, Buddhismus oder Hinduismus auf der anderen¹⁰. Denn nicht nur bei diesen mit ihren Reinkarnationslehren, sondern auch im Islam und in der jüdischen Religion bestehen keine grundsätzlichen Einwände gegen die genannten Biotechnologien¹¹. Anders ist dies bekanntlich im Christentum, aber wiederum keineswegs flächendeckend oder einheitlich, wenn man etwa an die liberalen Positionen der schottischen reformierten Kirche oder der anglikanischen Kirche denkt¹².

8 U. Volkmann, Der Preis der Freiheit, in: C. Langenfeld/I. Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, 2008, S. 87 ff. (96). In diesem Problemkontext sind auch die Referate der Erlanger Staatsrechtslehrertagung zu sehen: U. Sacksofsky/C. Möllers, Religiöse Freiheit als Gefahr?, VVDStRL 68 (2009), S. 7 ff., 47 ff.

9 Instruktiver Überblick bei K. Tanner, Die Religion(en) und die Bioethik, in: J. C. Joerden/T. Moos/C. Wewetzer (Hrsg.), Stammzellforschung in Europa: religiöse, ethische und rechtliche Probleme, 2009, S. 35 ff.; materialreich I. Rey-Stockler, Anfang und Ende des menschlichen Lebens aus der Sicht der Medizin und der drei monotheistischen Religionen Judentum, Christentum und Islam, 2006. Siehe auch die Hinweise unten in Fn. 62.

10 Dort erledigen sich viele bioethische Konflikte, weil es weder einen Schöpfergott noch die Vorstellung einer einzigartigen Ich-Identität gibt. J. Schlieter, Das Karma der Klone, in: FAZ Nr. 2 v. 3. Januar 2003, S. 38. Vgl. ferner den Hinweis bei R. Schröder, Die Forschung an embryonalen Stammzellen, in: Berliner Theologische Zeitschrift 19 (2002), S. 280 ff. (283 f.). Auch hier wird man allerdings recht differenzierte Positionen und eine gewisse Vielfalt der Argumentationen in Rechnung zu stellen haben. Für eine erste Orientierung siehe D. Keown, Buddhism and Bioethics, 1995 (Nachdruck 2011), S. 65 ff. (Beginn des Lebens), 118 ff. (Embryonenforschung); ders., Buddhism and bioethics, in: J. F. Peppin (ed.), Religious Perspectives in Bioethics, 2004, S. 173 ff.

11 Siehe dazu bei und in Fn. 62.

12 Zur Haltung der schottischen Kirche siehe den instruktiven Artikel von D. Bruce, Warum wir dem „therapeutischen Klonen“ zustimmen, in: FAZ Nr. 178 v. 3. August 2001, S. 43.

Nur im Katechismus und den lehramtlichen Verlautbarungen der römisch-katholischen Kirche findet sich eine schneidend klare Ablehnung moderner biotechnologischer Praktiken, angefangen von der assistierten Reproduktion über die verbrauchende Embryonenforschung bis hin zur PID¹³. (Und selbst innerhalb dieser Kirche fällt das Bild differenzierter aus, wenn man die Haltung einiger katholischer Moraltheologen berücksichtigt¹⁴). Offen pluralistisch, man könnte auch sagen: gespalten, präsentiert sich schließlich die Evangelische Kirche Deutschlands. Hier wird der Dissens für alle sichtbar. Das geschieht nicht nur durch einzelne und klar gegensätzliche Stimmen (im Nationalen Ethikrat seinerzeit durch Bischof Wolfgang Huber einerseits, den evangelischen Theologen Richard Schröder andererseits¹⁵ oder durch den von neun protestantischen Theologen 2002 in der FAZ formulierten Widerspruch gegen die von der EKD-Kirchenleitung formulierte Position, die sich mit der katholischen weitgehend deckte¹⁶). Stärker noch manifestiert sich dies in der im selben Jahre von der Kammer für öffentliche Verantwortung verabschiedeten „Argumentationshilfe für aktuelle medizin- und bioethische Fragen“ (so der Untertitel; der Haupttitel lautete „Im Geist der Liebe mit dem Leben umgehen“). Hier gelangte man in den wesentlichen Fragen nicht zu einer einmütigen, von allen getragenen Position, sondern gab die unterschiedlichen Argumentationslinien pro und contra wieder¹⁷. Nicht anders als in den Stellungnahmen des Nationalen Ethikrates kam man also über ein gespaltenes Votum nicht hinaus¹⁸. Der Zwist wurde gleichsam amtlich in Gestalt

- 13 Fundamental die „Instruktion der Kongregation für die Glaubenslehre über die Achtung vor dem beginnenden menschlichen Leben und die Würde der Fortpflanzung“ vom 10. März 1987 (= Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls 74), hrsgg. vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, S. 13 ff. (18: „Die in vitro gezeugten Embryonen sind menschliche Wesen und Rechtssubjekte: Ihre Würde und ihr Recht auf Leben müssen schon vom ersten Augenblick ihrer Existenz an geachtet werden.“). Siehe aus jüngerer Zeit insbesondere die „Instruktion der Kongregation für die Glaubenslehre über einige Fragen der Bioethik“ vom 8. September 2008, abrufbar unter http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_ge.html (16.03.2012). Erwähnung findet die Biotechnologie auch in der Sozialenzyklika „Caritas in Veritate“ vom 29. Juni 2009, abrufbar unter http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate_ge.html (16.03.2012), Abs. 75. Im Kapitel „Die Entwicklung der Völker und die Technik“ wendet sich die Enzyklika dort gegen eine „materielle und mechanistische Auffassung des Lebens“, der Entwicklungen wie „In-vitro-Fertilisation, Embryonenforschung, Möglichkeiten des Klonens und der Hybridisierung des Menschen“ zur Förderung einer neuen „Kultur des Todes“ (auch im Original in Anführung) zu Dienste stünden.
- 14 Vgl. etwa die differenzierenden Beiträge von *K. Hilpert*, in: ders. (Hrsg.), *Forschung contra Lebensschutz?*, 2009, S. 14 ff., 120 ff., 356 ff.
- 15 Deutlich sichtbar etwa schon in der ersten Stellungnahme: Nationaler Ethikrat, *Stellungnahme zum Import menschlicher embryonaler Stammzellen*, 2001.
- 16 *R. Anselm u. a.*, *Starre Fronten überwinden. Eine Stellungnahme evangelischer Ethiker zur Debatte um die Embryonenforschung*, in: R. Anselm (Hrsg.), *Streitfall Biomedizin. Urteilsfindung in christlicher Verantwortung*, 2003, S. 197 ff. (eine gekürzte Version war zuvor unter dem Titel „Pluralismus als Markenzeichen“ erschienen in der FAZ Nr. 19 v. 23. Januar 2001, S. 8). – Die Vielfalt evangelischer Positionen wird besonders deutlich, wenn man die in dem Sammelband abgedruckten Beiträge von *Johannes Fischer* („Die Schutzwürdigkeit menschlichen Lebens in christlicher Sicht“), *Reiner Anselm* („Die Kunst des Unterscheidens. Theologische Ethik und kirchliche Stellungnahme“) sowie *Klaus Tanner* („Vom Mysterium des Menschen. Ethische Urteilsbildung im Schnittfeld von Biologie, Rechtswissenschaft und Theologie“) einerseits, die Abhandlung von Bischof *Wolfgang Huber* („Das Ende der Person? Zur Spannung zwischen Ethik und Gentechnologie“, in: H. Dreier/W. Huber, *Bioethik und Menschenwürde*, hrsgg. v. H.-R. Reuter, 2002, S. 51 ff.) andererseits in den Blick nimmt.
- 17 *Im Geist der Liebe mit dem Leben umgehen. Argumentationshilfe für aktuelle medizin- und bioethische Fragen* (EKD-Texte 71), 2002, insb. Abschnitte 3. und 5.
- 18 Subtile Analyse der Stellungnahmen des Nationalen Ethikrates bei *R. Wahl*, *Die Rolle des Verfassungsrechts angesichts von Dissens in der Gesellschaft und in der Rechtspolitik*, in: G. Maio (Hrsg.), *Der Status des extrakorporalen Embryos. Perspektiven eines interdisziplinären Zugangs*, 2007, S. 551 ff.

eines binnenkonfessionellen Pluralismus dokumentiert. Dies alles demonstriert im Übrigen in aller Deutlichkeit die notorische Unschärfe und Unbrauchbarkeit der in den bioethischen Kontroversen gern angerufenen Formel vom „christlichen Menschenbild“¹⁹.

Pluralismus also, wohin man auch schaut. Dieser allgegenwärtige Pluralismus lässt sich ohne weiteres praktizieren, solange sich die entsprechenden Freiheitsbetätigungen sozusagen nicht ins Gehege kommen, sondern friedlich koexistieren. Jeder solle eben denken oder glauben, was er mag, könnte man meinen. Freilich: „Leicht beieinander wohnen die Gedanken, doch hart im Raume stoßen sich die Sachen.“²⁰ Konkret gesprochen: Es liegt auf der Hand, dass die offene Vielfalt, Divergenz und Konkurrenz unterschiedlicher Freiheitsaktivitäten sich nicht im Zustand prästablierter Harmonie befindet. Vielmehr bedarf es dazu der Regulierung. Der Gedanke von Grundrechten, die allen gleichermaßen zustehen, muss sich dem Umstand stellen, dass die reale Ausübung dieser Freiheit durch die Grundrechtsträger zu Konflikten führen kann²¹. Sie können mit anderen Grundrechten oder Verfassungsgütern kollidieren und sind daher kompatibilisierungsbedürftig. Diese Konflikt- und Kollisionsträchtigkeit von Freiheitsausübungen sowie ganz allgemein der Regelungsbedarf komplexer moderner Gesellschaften erfordern für alle geltende und normativ verbindliche Regelungen. Eine verbindliche Rechtsordnung für alle auf der Grundlage pluraler Vielfalt zu schaffen – das ist die keineswegs leicht zu bewältigende Aufgabe²².

2 Demokratische Mehrheitsentscheidung

In der modernen Demokratie wird diese Koordinierungsaufgabe im Wesentlichen durch den Erlass allgemeiner, für alle geltender Gesetze erfüllt. Dabei ist die Ausübung der Legislativfunktion entweder Sache gewählter Vertretungskörperschaften oder des (Aktiv-)Volkes selbst. Lapidar statuiert Art. 72 der Bayerischen Verfassung: „Die Gesetze werden vom Landtag oder vom Volk (Volksentscheid) beschlossen.“ Und wenn es dort in Art. 2 nach dem Satz „Das Volk tut seinen Willen durch Wahlen und Abstimmung kund“ denkbar knapp, aber erschöpfend heißt: „Mehrheit entscheidet“, dann ist damit der zentrale Grundsatz genannt: Legislative Entscheidungen fallen in der Demokratie nach dem Mehrheitsprinzip²³. Und das heißt vor allem:

19 Kritische Rekapitulation bei *F.W. Graf*, *Missbrauchte Götter. Zum Menschenbilderstreit in der Moderne*, 2009, S. 133 ff.

20 Schiller, *Wallensteins Tod*. II, 2.

21 Eingehend zu den im Folgenden Abschnitt nur kurz angerissenen Grundrechtskonflikten, die man präziser „Freiheitsausübungskonflikte“ nennen sollte: *J. Isensee*, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Bd. IX, § 191 Rn. 1 ff., 123 ff., 138 ff.; *R. Wahl/J. Masing*, *Schutz durch Eingriff*, in: *JZ* 1990, S. 553 ff. (insb. 556 ff.).

22 Es markiert gerade den zentralen Unterschied zwischen dem Staat der frühen Neuzeit, der auch und gerade in konfessioneller Hinsicht auf dem Gedanken substantieller Einheit gegründet war (*un roi, une loi, une foi*), und dem freiheitlichen Verfassungsstaat unserer Tage, dass dieser Vielfalt und Pluralität zulässt und offen als seine Voraussetzung anerkennt. Vertiefend *H. Dreier*, *Der freiheitliche Verfassungsstaat als riskante Ordnung*, in: *Rechtswissenschaft* 1 (2010), S. 11 ff.

23 Zu dessen Begründung und Legitimität *W. Heun*, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, 1983; *H. Hofmann/H. Dreier*, *Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz*, in: H.-P. Schneider/W. Zeh (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, 1989, § 5 Rn. 48 ff.; *J. Krüper*, *Das Glück der größten Zahl – Zum Mehrheitsprinzip als Funktionsregel im Verfassungsstaat*, in: *Zeitschrift für das juristische Studium* 2 (2009), S. 477 ff.; historisch umfassend nunmehr *E. Flaig*, *Die Mehrheitsentscheidung. Entstehung und kulturelle Dynamik*, 2012.

Sie fallen nach den ganz unterschiedlichen Präferenzen, die die Bürger als Wähler oder Stimmberechtigte bzw. die ihre Repräsentanten hegen.

Dabei gibt es keine Rücksicht auf die Motive der Abstimmenden, keine wertende Stufung zwischen den verschiedenen Weltanschauungen oder politischen Strömungen. „Demokratie schätzt den politischen Willen jedermanns gleich ein“, sagt Hans Kelsen in seiner *Demokratischeschrift*, und fügt hinzu: „Darum gibt sie jeder politischen Überzeugung die gleiche Möglichkeit, sich zu äußern und im freien Wettbewerb um die Gemüter der Menschen sich geltend zu machen.“²⁴ Jede Stimme zählt gleich – gleichviel, ob ihre Abgabe nun altruistisch oder egoistisch motiviert ist, ob ihr hohe moralische Werte oder krude Interessenstrategien zugrunde liegen, ob sie von einem eher schlichten Gemüt oder einem Nobelpreisträger stammt. Eine irgendwie durchsetzbare oder rechtlich verankerte „Gemeinwohlpflicht“ des Bürgers bei der Ausübung der Wahl- und Stimmrechte kennt das Grundgesetz nicht²⁵, ebenso wenig eine Identifikationspflicht des Einzelnen mit den Wertentscheidungen der Verfassung im Sinne einer Gesinnungstreue oder anderer „Identitätszumutungen“²⁶.

Das Mehrheitsprinzip greift auch und gerade bei Entscheidungen des parlamentarischen Gesetzgebers, nicht anders aber bei Abstimmungen durch Volksentscheid. Mehrheit entscheidet! Und wenn diese ein Gesetz beschließt, das eindeutig die Interessen einer bestimmten Gruppe bedient oder bestimmten partikularen religiösen oder weltanschaulichen Vorstellungen folgt, dann ist dagegen zunächst nichts einzuwenden, sondern das Ergebnis vielmehr als systemgewollt hinzunehmen. Der vorausgesetzte demokratische Pluralismus schlägt sozusagen in den Entscheidungen der Repräsentanten (oder der Bürger selbst) durch – und soll dies im Grunde auch. Denn das Faktum des Pluralismus ist in modernen freiheitlichen Gesellschaften ein Grundtatbestand, angesichts dessen kontrovers beurteilte Problemkonstellationen (von den Auslandseinsätzen der Bundeswehr über Steuertarife bis hin zu Zukunftsfragen der Energiegewinnung, von Eurorettungsschirmen über Kindergeldsätze bis hin zum Tierschutz) nicht anders als nach dem demokratischen Prinzip der Mehrheitsentscheidung bewältigt bzw. geregelt werden können.

So betrachtet ist das Mehrheitsprinzip ein Mechanismus zur gleichsam statistischen Ermittlung der jeweils stärkeren Kräfte, eine Art Sicherung der Autonomie der größeren Zahl. Die staatliche Gemeinschaft als ein Körper muss sich, wie John Locke es formuliert hat, „notwendigerweise dahin bewegen, wohin die stärkere Kraft ihn treibt. Und eben das ist die Übereinstimmung der Mehrheit“²⁷.

24 H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. 1929, S. 101.

25 Zuletzt nachdrücklich B.J. Hartmann, *Eigeninteresse und Gemeinwohl bei Wahlen und Abstimmungen*, in: *AöR* 134 (2009), S. 1 ff. (4 f. u. ö.). Allgemein zu fehlenden heteronomen Zweckbindungen grundrechtlicher Freiheit und dem um dieser Freiheit willen eingegangenen „Risiko“ des freiheitlichen Staates Dreier, *Verfassungsstaat* (Fn. 22), S. 21 ff., 28 f.

26 Terminus bei A. v. Bogdandy, *Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?*, *VVD-StRL* 62 (2003), S. 156 ff. (174 ff., 178 ff., 182); zur Sache näher Dreier, *Verfassungsstaat* (Fn. 22), S. 21 ff.

27 John Locke, *The Second Treatise of Government* (1681/1689), § 96: “For when any number of men have, by the consent of every individual, made a community, they have thereby made that community one body, with a power to act as one body, which is only by the will and determination of the majority. For that which acts any community being only the consent of the individuals of it, and it being necessary to that which is one body to move one way, it is necessary the body should move that way wither the greater force carries it, which is the consent of the majority ...”. (zitiert nach: *John Locke, Political Writings*, edited and with an Introduction by David Wootton, London 1993, S. 310). Für Deutschland vgl. die jetzt maßgebliche Ausgabe: *John Locke, Zweite Abhandlung über die Regierung*. Mit Kommentar von Ludwig Siep (Suhrkamp Studienbibliothek 7), 2007 (hier: S. 82 f.).

3 Vorrang der Verfassung

Mit diesem ebenso klaren wie schlichten Befund (nämlich: es gibt gesellschaftlichen Pluralismus und entsprechend divergente Auffassungen zu fast allen Fragen des staatlichen und sozialen Lebens und seiner Ordnung; die für alle Bürger verbindlichen Normen bedürfen vor diesem Hintergrund zu ihrer Legitimität einer demokratischen Mehrheitsentscheidung) könnte es eigentlich sein Bewenden haben. Dies aber nur bei unterstellter Schrankenlosigkeit legislativer Regelungsmacht. Denn die Dinge komplizieren sich erheblich, wenn dem nach dem Mehrheitsprinzip entscheidenden Gesetzgeber eine Verfassung²⁸ vorgeordnet ist, die auch ihn bindet, ihm gegenüber Vorrang genießt²⁹. Und dies ist nun mit der prominenten Ausnahme ausgerechnet Großbritanniens in den modernen Verfassungsstaaten durchweg der Fall. Vorrang der Verfassung bedeutet, wie man in der französischen und amerikanischen Revolution plastisch formuliert hat, dass die Verfassung eine Art „Gesetz für den Gesetzgeber“ bildet³⁰. Dieser ist nicht mehr ohne weitere Schranken oder Bindungen allein aufgrund des Majoritätsprinzips entscheidungsmächtig, sondern sieht sich durch die höhere Normebene der Verfassung begrenzt. Die Verfassung (möglicherweise mit einer eher knappen Mehrheit und vor langer Zeit beschlossen), setzt sich im Konfliktfall gegen jede noch so überwältigende Mehrheit der hier und heute Lebenden (sei es im Parlament, sei es bei einer Volksentscheidung) durch – allein durch eine Revision der Verfassung selbst können deren Vorgaben verändert werden. Abgesehen von dieser Möglichkeit geht die Verfassung als *lex superior* der demokratischen Mehrheitsentscheidung des einfachen Gesetzgebers im Konfliktfall vor. In Deutschland ist dieser Vorrang der Verfassung in Art. 1 Abs. 3 GG klar und deutlich formuliert und wird vom Bundesverfassungsgericht wirkungsvoll umgesetzt³¹.

Die Konsequenz des Vorranges der Verfassung liegt auf der Hand. Jetzt reicht die bloße Artikulation unterschiedlicher Auffassungen, Interessen und Einstellungen und ihre zahlenmäßige Erfassung nach dem Mehrheitsprinzip nicht mehr hin. Der Gesetzgeber verfügt nicht länger über eine normativ unbeschränkte Gestaltungsmacht, wie sie sich im englischen System der Parlamentssouveränität weltweit fast singulär bis heute erhalten hat³². Stattdessen bekommt er eine Aufgabe zugewiesen – seine Normsetzung so zu gestalten, dass sie sich im Rahmen der Verfassung hält und deren Direktiven umsetzt. Daher hat ein mit noch so großer Mehrheit gefasster Gesetzesbeschluss keinen Bestand, wenn er gegen Normen der höherrangigen Ver-

28 Im Folgenden geht es vor allem um den Typus moderner, westlicher Verfassungen nach Art des Grundgesetzes. Zum begrifflichen wie historischen Spektrum siehe *P. Badura*, Art. Verfassung, in: Evangelisches Staatslexikon, 3. Aufl. 1987, Sp. 3737 ff.; *H. Hofmann*, Zu Entstehung, Entwicklung und Krise des Verfassungsbegriffs, in: Verfassung im Diskurs der Welt. Liber amicorum für Peter Häberle zum 70. Geburtstag, 2004, S. 157 ff.; *H. Dreier*, Art. Verfassung, in: H. J. Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie, Bd. III, 2010, S. 2867 ff.

29 Zum Vorrang der Verfassung siehe *R. Wahl*, Vorrang der Verfassung, in: Der Staat 20 (1981), 485 ff.; *P. Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, 2002, S. 80 ff., 155 ff.; *C. Winterhoff*, Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung, 2007, S. 110 ff. – Verfassungs- und theoriegeschichtlich vertiefend *H. Hofmann*, Zur Idee des Staatsgrundgesetzes, in: ders., Recht – Politik – Verfassung, 1986, S. 261 ff.; *C. H. Schmidt*, Vorrang der Verfassung und konstitutionelle Monarchie, 2000.

30 Näher *H. Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat, 2009, S. 15 ff., 24 ff.

31 Siehe nur *F. V. Lange*, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, 2010, S. 38 f., 89 ff. Knapp *H. Dreier*, Deutschland, in: A. v. Bogdandy/P. Cruz Villalon/P. M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I, 2007, § 1 Rn. 87 (mit Hinweis auf besonders wichtige Fälle der Verwerfung von Parlamentsgesetzen durch das Bundesverfassungsgericht).

32 Instruktiv *G. Sydow*, Parlamentssuprematie und *Rule of Law*, 2005.

fassung verstößt. Eine besonders prominente Rolle spielen hier natürlich die Grundrechte, die der Gesetzgeber zwar einschränken, aber eben nicht verletzen darf³³. Insofern trifft ihn für Eingriffe in die Grundrechtssphäre eine Rechtfertigungslast. Eine Grundrechtsverletzung stellt nur der nicht rechtfertigungsfähige Eingriff dar³⁴.

4 Ethische Neutralität des Staates

Die verhältnismäßige Einschränkung der Grundrechte zum Zwecke ihrer größtmöglichen Realisierung und der Kompatibilisierung von Freiheitsbetätigungen stellt durchweg eine komplexe und vielschichtige Aufgabe dar. Dabei gewinnt ein wichtiges, wenngleich zuweilen etwas schillerndes Prinzip Bedeutung, nämlich das der weltanschaulichen und religiösen Neutralität des Staates, oft als dessen „ethische Neutralität“ zusammengefasst³⁵. In nicht geringem Umfang verbirgt sich dahinter nur die Kehrseite der allgemeinen Religions- und Weltanschauungsfreiheit des Grundgesetzes nebst den Gleichheitsgarantien, ohne dass sich die Neutralitätsanforderung in der Funktion einer bloßen „Reflexfigur“ subjektiver Einzelgrundrechte erschöpfen würde³⁶. Der Begriff der „Nichtidentifikation“³⁷ des Staates mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung trifft den entscheidenden Punkt ziemlich genau. Es gibt keine Staatskirche mehr, der Staat des Grundgesetzes ist normativ kein christlicher Staat, sondern ein säkularer: Als solcher muss er nach der etwas altfränkisch klingenden Formulierung des Bundesverfassungsgerichts „Heimstatt aller Staatsbürger“³⁸ sein. Das hat konkrete Folgen: Der Staat darf bestimmte Freiheitseinschränkungen für alle nicht allein deswegen statuieren, weil sie den Anschauungen und Glaubenssätzen einer bestimmten religiösen oder weltanschaulichen Gruppe entsprechen³⁹. Er muss vielmehr eine Begründung haben (oder finden!), die allgemein akzeptiert werden kann, ohne die weltanschaulichen oder religiösen Prämissen einer partiku-

33 Im Überblick *K. Stern*, Die Grundrechte und ihre Schranken, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, 2001, S. 1 ff.; *H. Dreier*, Vorbemerkungen vor Art. 1 GG, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Rn. 119 ff.; *F. Hufen*, Staatsrecht II. Grundrechte, 3. Aufl. 2011, § 8 Rn. 1 ff., § 9 Rn. 2 ff., 14 ff.

34 Bekannte Ausnahme: Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürdegarantie). Hier stellt jeder Eingriff („Antastung“) automatisch eine Verletzung dar. Dazu unter III.1.

35 Grundlegend *K. Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972; *S. Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002. Siehe aus jüngerer Zeit *J. Krüper*, Die grundrechtlichen Grenzen staatlicher Neutralität, in: JöR 53 (2005), S. 79 ff.; *C. Polke*, Öffentliche Religion in der Demokratie. Eine Untersuchung zur weltanschaulichen Neutralität des Staates, 2009; *Waldhoff*, Religionskonflikte (Fn. 7), S. 42; *ders.*, Was bedeutet religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates?, in: M. Honecker (Hrsg.), Gleichheit der Religionen im Grundgesetz?, 2011, S. 17 ff.

36 Gerade die historische Entwicklung zeigt deutlich, dass erste Schritte zur Säkularisierung des Staates realisiert wurden, ohne dass der individualistische Grundrechtsgedanke schon seinen Siegeszug angetreten hätte: *Dreier*, Säkularisierung (Fn. 7), S. 74 ff., 82 ff.; kritisch zur Rede von der „Reflexfigur“ bei *Möllers*, Religiöse Freiheit (Fn. 8), S. 58 auch *H. M. Heinig*, Verschärfung der oder Abschied von der Neutralität?, in: JZ 2009, S. 1136 ff. (1140).

37 Er geht zurück auf *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 178 ff.

38 Formulierung: BVerfGE 19, 206 (216); 108, 282 (299).

39 In prägnanter Kürze *S. Huster*, Der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates – Gehalt und Grenzen, 2004, S. 6 ff. (8): staatliche „Maßnahmen dürfen nicht mit der Wahrheit oder Vorzugswürdigkeit einer religiös-weltanschaulichen Überzeugung begründet werden, die in einer pluralistischen Gesellschaft permanent umstritten ist.“ Eingehend zum Konzept der Begründungsneutralität *ders.*, Neutralität (Fn. 35), S. 93 ff. u. ö.

laren Gruppe teilen zu müssen⁴⁰. Umgekehrt haben staatliche Verbote Rücksicht auf religiöse Überzeugungen zu nehmen, was sich aus dem allgemeinen Freiheitsgedanken ergibt. Klar muss bei alledem sein und bleiben, dass mit ethischer Neutralität nicht die inhaltliche Neutralität im Sinne einer Inhaltsleere oder einer mangelnden Wertkomponente der staatlichen Normen gemeint ist⁴¹. Rechtsnormen zeichnen sich ja gerade dadurch aus, dass sie bestimmte inhaltliche, materielle Setzungen verbindlich machen, die kausalgenetisch durch ganz verschiedene Wirkfaktoren sei es ökonomischer, sozialer, wirtschaftlicher, religiöser, ideeller oder sonstiger Art motiviert sind: „Die Gesetze sind die Resultanten der in jeder Rechtsgemeinschaft einander gegenüberstehenden und um Anerkennung ringenden Interessen materieller, nationaler, religiöser und ethischer Richtung.“⁴² An dieser bereits 1914 formulierten Feststellung hat sich seither nichts geändert. Geändert hat sich allein, dass der Dezisionismus des realen normativen Setzungsprozesses mit bestimmten inhaltlichen Präferenzen seine Grenze an entgegenstehenden Normen des Verfassungsrechts findet.

Freilich erteilt das Grundgesetz dem Gesetzgeber mit dem Ausgleich konkurrierender Güter und Ansprüche nicht nur eine schwierige Aufgabe, sondern belässt ihm auch ein gerüteltes Maß an Freiheit bei deren Erfüllung. Das zeigen schon die Gesetzesvorbehalte, die vielen einzelnen Grundrechten explizit beigelegt oder implizit beigegeben sind⁴³. Die Rede von der „Gestaltungsfreiheit“ des Gesetzgebers, seiner „Einschätzungsprärogative“ oder seinem „Spielraum“ bringt dieses Element deutlich zum Ausdruck⁴⁴. Das eingangs statuierte Moment des Dezisionistischen, des schlichten numerischen Abgleichs unterschiedlicher Positionen ohne

40 Eindringlich und plastisch aus theologischer Sicht *M. Honecker*, Wie tragfähig sind theologische Argumente in der bioethischen Debatte?, in: Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link, 2003, S. 669 ff. (672): „Das Recht hat nicht religiöse oder weltanschauliche Wertvorstellungen durchzusetzen. (...) Dabei hat das staatliche Recht zwar durchaus religiösen Überzeugungen und weltanschaulicher Weltdeutung Raum zu lassen. (...) Aber ethische Überzeugungen kann der weltliche Staat rechtlich nur dann verbindlich machen, wenn sie für jedermann einsichtig und das heißt universalisierbar sind. (...) Spezifisch theologische oder religiöse Argumente und Überzeugungen sind hier nicht tragend und entscheidend. (...) Das Recht kann sich nicht auf theologische Gründe berufen und begründen.“ Zur „Säkularisierung der Normenbegründung“ vertiefend *T. Gutmann u. a.*, Einleitung, in: L. Siep u. a. (Hrsg.), Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen, 2012, S. 1 ff. (22 ff.).

41 Ein solcher verbreiteter Irrtum erfolgte schon bei der Rezeption von Max Webers Wertfreiheitspostulat; eingehend dazu *H. Dreier*, Max Webers Postulat der Wertfreiheit in der Wissenschaft und die Politik, in: ders./D. Willoweit (Hrsg.), Wissenschaft und Politik, 2010, S. 35 ff.

42 *P. Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: AcP 112 (1914), S. 1 ff. (17). Nicht anders sieht das entgegen hartnäckigen Legenden auch ein Rechtspositivist wie Hans Kelsen, für den die soziale Bestimmung und Bedingtheit des Rechts eine schlichte Selbstverständlichkeit darstellt und der immer wieder darauf hingewiesen hat, dass die positivistische These der Trennung von Recht und Moral eben nicht die Leugnung des auf bestimmten moralischen, religiösen, ökonomischen, politischen oder sonstigen Motiven und Erwägungen beruhenden Inhalts der Rechtsnormen bedeutet; als ein Beispiel von vielen *H. Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 21.

43 Siehe nur *Dreier* (Fn. 33), Vorbemerkungen Rn. 134 ff.; *G. Hermes*, Grundrechtsbeschränkungen auf Grund von Gesetzesvorbehalten, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. III, 2009, § 63 (S. 333 ff.).

44 Dazu eingehend *K. Meßerschmidt*, Gesetzgebungsmessen, 2000, S. 713 ff. In der Sache geht es bei diesen Formeln zumeist um die mehr oder minder große Kontrolldichte des Bundesverfassungsgerichts (deutlich *J. Wieland*, in: H. Dreier [Hrsg.], Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 93 Rn. 37 ff.). Im Überblick dazu *K. Schlaich/S. Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, Rn. 532 ff. Monographisch *A. Bräunig*, Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur deutschen Wiedervereinigung, 2007; s. auch *Lange*, Grundrechtsbindung (Fn. 31), S. 244 ff.; kritisch zur Einschätzungsprärogative *Hufen*, Staatsrecht II (Fn. 33), § 35 Rn. 36, 51.

Ansehung ihrer Validität oder gar Dignität geht auch im Verfassungsstaat nicht völlig verloren, sondern stellt unverändert das originäre Betätigungsfeld demokratischer Entscheidungsfindung nach dem Mehrheitsprinzip dar. Ferner verlangt die ethische Neutralität des Staates den Vertretern des Volkes nicht ab, sich ihrer religiösen, weltanschaulichen oder interessensmäßigen Bindungen und Identifikationen zu entledigen. Eine Art von ethischer Neutralisierung der Abgeordneten ist weder erwartet noch intendiert. Wenn Art. 38 GG davon spricht, dass die Abgeordneten Vertreter des ganzen Volkes sein sollten, so ist damit nicht die offenkundig realitätswidrige Verpflichtung jedes einzelnen Abgeordneten auf eine Art Gesamtrepräsentation für den weltanschaulich neutralen Staat gemeint. Für den Großteil der gesetzgeberischen Akte gilt hingegen praktisch ohne Einschränkung, dass das Grundgesetz auf den Ab- und Ausgleich der pluralen Kräfte vertraut und sich das Gemeinwohl gerade aus dem Kampf der Interessen und dem Wettbewerb der politischen Kräfte ergibt. Allerdings stößt die so dimensionierte Entscheidungstätigkeit des einfachen Gesetzgebers dann an eine Grenze, wenn die Vorgaben der Verfassung verletzt werden. Die Vermessung dieser Grenze in concreto ist alles andere als einfach. Das liegt nicht nur an der Weite und oft lapidaren Kürze zentraler Bestimmungen des Grundgesetzes mit allen daraus folgenden Interpretationsproblemen, sondern vor allem an der schwierigen Verflechtung von rahmensetzendem Verfassungs- und konkretisierendem Gesetzesrecht. Denn das gleiche Grundgesetz statuiert, um ein Beispiel zu nennen, einerseits das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG), gewährt aber zugleich dem Gesetzgeber die Möglichkeit, in dieses Grundrecht einzugreifen – wobei klar ist, dass diese Eingriffsmöglichkeit ihrerseits nicht wiederum schrankenlos sein darf, wenn der Vorrang der Verfassung nicht ins Leere laufen soll. Hier kommt dann dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine zentrale Rolle zu⁴⁵.

Insgesamt finden wir also ausgesprochen komplexe Konstellationen vor, zumal die Einschränkung der Freiheitsrechte durch den Gesetzgeber nicht immer und nicht allein durch den notwendigen Ausgleich mit der Freiheitssphäre anderer motiviert sein muss, sondern auch objektiven Gemeinwohlbelangen des Staates oder anderer Schutzgüter geschuldet sein kann. Mit einer ausgesprochen vielschichtigen Lage haben wir es speziell im Bereich der Bioethik zu tun, für die an dieser Stelle repräsentativ die Felder der assistierten Reproduktion, der Präimplantationsdiagnostik, der Forschung an überzähligen Embryonen und an Stammzellen stehen mögen. Damit gehen wir zum Anwendungsdiskurs über.

III Erster Anwendungsdiskurs:

Verfassungsrechtliche Schutzgüter in der bioethischen Diskussion

Der bioethische Anwendungsdiskurs fragt danach, welche verfassungsrechtlichen Schutzgüter eigentlich betroffen sind, ob manche höheren Rang genießen als andere und wie eine verfassungsrechtlich tragfähige verhältnismäßige Zuordnung der betroffenen Schutzgüter auszusehen hätte. Im öffentlichen Diskurs zur Bioethik wird oft allein auf die Menschenwürde abgestellt, was schon insofern eine Verkürzung darstellt, als daneben auch andere Verfassungsnormen von Belang sind. Hinzu treten das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, das entgegen verbreiteter Darstellung durchaus nicht nur *gegen* die moderne Biotechnologie

45 Zu ihm aus der Überfülle der Literatur *H. Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 167 ff.; *Dreier*, Deutschland (Fn. 31), Rn. 130 ff.; *Hufen*, Staatsrecht II (Fn. 33), § 9 Rn. 14 ff.

ins Feld zu führen ist, sowie die Forschungsfreiheit. Alle drei genannten Rechtsgüter werden im Folgenden einer kursorischen Musterung unterzogen, wobei ich nicht lediglich die vertretenen Meinungen kommentarlos referieren, sondern die jeweils vorzugswürdige Position herausarbeiten will.

1 Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)

a) *Normativer Höchststrang*

Im Vordergrund der öffentlichen Diskussion steht ganz eindeutig Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes, also die Garantie der unantastbaren Menschenwürde⁴⁶. Deren Verletzung wird oft behauptet, weil man als ihre Träger auch die frühen Embryonen ansieht, die noch im prä-nativen Stadium von den genannten Maßnahmen betroffen sind: sei es durch ihre selektive Auswahl bei der PID, sei es durch die Entstehung überzähliger Embryonen bei der In-Vitro-Fertilisation, sei es durch die Zerstörung dieser überzähligen Embryonen bei der Forschung an ihnen. Und immer wieder ist zu hören und zu lesen, dass die Menschenwürdegarantie die in Deutschland geltenden, außerordentlich strengen Verbotregeln des Embryonenschutzgesetzes und des Stammzell-Gesetzes zwingend und alternativlos gebietet, deren allgemeine oder auch nur partikuläre Aufhebung oder Lockerung hingegen strikt untersagt⁴⁷. Wäre dem tatsächlich so, dann wären nicht allein dem einfachen Gesetzgeber die Hände gebunden, dann könnte vielmehr selbst ein von Bundestag und Bundesrat einstimmig verabschiedetes verfassungsänderndes Gesetz am *status quo* nichts ändern. Der Grund ist einfach: die Menschenwürde-Garantie des Art. 1 fällt unter die sog. Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG, der zufolge Änderungen des Grundgesetzes, die Grundsätze der Art. 1 und 20 GG berühren, ausgeschlossen sind. Wir befinden uns also in einer Art von verfassungsrechtlicher „Hochsicherheitszone“⁴⁸: der Gesetzgeber, selbst der verfassungsändernde, sieht sich absolut gefesselt, wenn bestimmte Maßnahmen den Schutzgehalt der Menschenwürde tangieren⁴⁹. Denn als zweite Besonderheit kommt hinzu, dass im Unterschied zu anderen Grundrechten bei der Menschenwürde die Möglichkeit einer verfassungsmäßigen Einschränkung entfällt. Bei allen anderen Grundrechten gilt: ein Eingriff bedeutet noch nicht automatisch eine Verletzung des Grundrechts. Jedes andere Grundrecht kann legitimerweise eingeschränkt werden, wenn bestimmte Anforderungen formeller und materieller Art erfüllt sind. Bei der Menschenwürde stellt jede Einschränkung, jede Berührung, jede Antastung unweigerlich einen Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG dar, ohne dass sich die Möglichkeit einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung

46 Bioethik und Menschenwürde gehört zu den häufigsten Begriffspaarungen bei der längst nicht mehr überschaubaren Literatur zum hier behandelten Themenkreis, wie die folgende kleine Auswahl zeigt: *K. Braun*, Menschenwürde und Biomedizin, 2000; *H. Kress/H.-J. Kaatsch* (Hrsg.), Menschenwürde, Medizin und Bioethik, 2000; *N. Knoepffler*, Menschenwürde in der Bioethik, 2004; *M. Kettner* (Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde, 2004; *D. Beyleveld*, Human Dignity in Bioethics and Biolaw, 2004; *E. D. Pellegrino* (ed.), Human Dignity and Bioethics, 2009; *C. Foster*, Human Dignity in Bioethics and Law, 2011.

47 Repräsentativ für diese Position: *E.-W. Böckenförde*, Menschenwürde als normatives Prinzip, in: JZ 2003, S. 809 ff.; *W. Höfling*, in: *M. Sachs*, Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 1 Rn. 59 f.; *C. Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl. 2010, Art. 1 Rn. 17 f.; *C. Hillgruber*, Es gibt keine Gleichheit im Unrecht, in: FAZ Nr. 82 v. 7. April 2011, S. 7.

48 Ausdruck: *U. Steiner*, Der Schutz des Lebens durch das Grundgesetz, 1992, S. 12.

49 *H. Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 1 I Rn. 43.

tigung böte⁵⁰. Demgemäß hat das Bundesverfassungsgericht immer wieder deutlich gemacht, dass die Menschenwürde mit keinem anderen Einzelgrundrecht oder sonstigem Verfassungswert abwägungsfähig und insgesamt nicht relativierbar ist⁵¹.

Diese Sonderstellung des Art. 1 GG erklärt das weit über Juristenkreise und Juristendiskurse hinausreichende Interesse an dieser Norm und ihrem Verständnis. Denn wenn es gelingt, bestimmte biotechnologische Praktiken als Verstöße gegen die Menschenwürde des Grundgesetzes einzustufen, dann sind diese jedenfalls in Deutschland auf ewig untersagt. Menschenwürdeargumente sind eben „Gewinner-Argumente“⁵².

b) Frühe Embryonen als Träger der Menschenwürde?

In Frage steht bei alledem im Kern weniger der sachliche Schutzbereich als der personale. Das soll heißen: darüber, was inhaltlich eine Menschenwürdeverletzung darstellt, gibt es zumindest in einem Kernbereich einen breiten Konsens. Stigmatisierung und Entrechtung, massive Diskriminierung und Behandlung von Menschen als Untermenschen, Menschenopfer, Menschenhandel, Folter oder Gehirnwäsche gelten als exemplarische Fälle einer Würdeverletzung⁵³. Daraus folgt für die Forschung an embryonalen Stammzelllinien, die die Zerstörung von frühen Embryonen zur Voraussetzung hat, sogleich, was Richard Schröder des Öfteren unmissverständlich ausgesprochen hat: „Wenn diese Embryonen Menschen sind, verbietet sich jede Forschung, bei der sie zerstört werden. Kein noch so hohes Forschungsziel rechtfertigt Menschenopfer.“⁵⁴ Für die Selektion im Rahmen der PID gilt nämliches. Daher lautet in unserem thematischen Kontext die entscheidende Frage weniger: *was* verletzt die Menschenwürde, sondern eher: *wer* ist ihr subjektiver Träger? Genießen die frühen Embryonen im pränidativen Stadium, also in den ersten zehn bis zwölf Tagen nach Befruchtung der Ei-Zelle, den gleichen Würdestatus wie geborene Menschen? Täten sie es, wäre das Verbot entsprechender Praktiken ebenso evident wie dessen Herleitung aus dem Menschenwürdesatz des Grundgesetzes.

50 So jedenfalls die nach wie vor ganz h. M.: siehe nur *Dreier* (Fn. 49), Art. 1 I Rn. 44; *C. Enders*, in: K. Stern/F. Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2010, Art. 1 Rn. 19, 35, jeweils m. w. N. Es mehren sich allerdings in jüngerer Zeit die Gegenstimmen, die auch bei der Menschenwürde Abwägungen zulassen wollen: breite Bestandsaufnahme nunmehr bei *M. Baldus*, Menschenwürde und Absolutheitstheorie, in: AöR 136 (2011), S. 529 ff.; siehe auch die Beiträge in: R. Gröschner/O. Lembcke (Hrsg.), Das Dogma der Unantastbarkeit. Eine Auseinandersetzung mit dem Absolutheitsanspruch der Würde, 2009.

51 BVerfGE 93, 266 (293); 107, 275 (283 f.).

52 Treffend *K. Bayertz*, Art. Menschenwürde, in: H. J. Sandkühler, Enzyklopädie Philosophie, Bd. II, 2010, S. 1553 ff. (1555). Ähnlich *J. Isensee*, Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, in: AöR 131 (2006), S. 173 ff. (194): „Wer diesen Begriff besetzt, beherrscht das rechtliche und politische Terrain.“

53 Zu diesen „konsentierten Grundaussagen“ *Dreier* (Fn. 49), Art. 1 I Rn. 58 ff.

54 *Schröder*, Forschung (Fn. 10), S. 284. So auch in seinem Vortrag beim „Münsteraner Verein für Ethik“ am 27.11.2008 zum Thema „Ab wann ist der Mensch ein Mensch?“ (<http://egora.uni-muenster.de/ethik/pubdata/neuerflyer.pdf> [16.03.2012]). Um es drastisch zu formulieren: einen geborenen, aber dem Tode geweihten Menschen zum Objekt vernichtender Forschung zu machen oder einen Menschen erst auf die Welt kommen zu lassen, um ihn dann zu töten, weil man sich von seiner Untersuchung wesentliche Aufschlüsse für die Bekämpfung schwerster Krankheiten und die Gewinnung medizinischer Erkenntnisse erhofft, wäre unzweifelhaft eine durch Evidenz und Konsens der Rechtsgemeinschaft beglaubigte Verletzung der Menschenwürde. Man sieht erneut, dass vom moralischen und rechtlichen Status des Embryos die Antwort auf die Frage nach der Verfassungswidrigkeit moderner biomedizinischer Praktiken wie Stammzellforschung, PID etc. entscheidend abhängt.

Hier häufen sich gegenüber einer vorschnell bejahenden Antwort allerdings rasch die Probleme und Fragen. Denn wenn es stimmt, dass Würde etwas ist, das man nicht einfach besitzt wie ein Paar blauer Augen⁵⁵, sondern dass Würde ein normativer Achtungsanspruch ist, der sich in einer wechselseitigen Anerkennungsgemeinschaft Freier und Gleicher konstituiert⁵⁶, dann müssen die Teilnehmer dieser Gemeinschaft unter uns, also auf der Welt sein. Ein Kommunikations- oder Anerkennungsverhältnis mit einem Zellverband von weniger als einem Millimeter Größe, der überhaupt nur unter dem Mikroskop erkennbar ist und nur von Spezialisten als *menschlicher* Embryo identifiziert werden kann, scheint schwerlich vorstellbar. Dabei bedeutet, um beliebte und oft in polemischer Absicht gestreute Missverständnisse zu vermeiden, die Aussage, dass frühe Embryonen nicht Träger der Menschenwürde-Garantie sein können, nicht, dass sie nun absolut schutzlos gestellt würden und man mit ihnen wie einem beliebigen Stück Biomasse umgehen dürfte⁵⁷. Aber sowohl verfassungs- und ideengeschichtlich wie auch grundgesetzsystematisch spricht eigentlich nichts dafür, die Blastocyste als würdebegabtes Wesen einzuordnen⁵⁸. Zwar ist etwa in Verlautbarungen der katholischen Kirche aus jüngerer Zeit – vor dem Hintergrund einer bewegten Dogmengeschichte⁵⁹ – die Rede davon, dass das Leben von der Empfängnis an heilig und unverletzlich sei⁶⁰.

- 55 Vgl. *J. Habermas*, Die Zukunft der menschlichen Natur, 2001, S. 62: Menschenwürde sei keine „Eigenschaft, die man von Natur aus ‚besitzen‘ kann wie Intelligenz oder blaue Augen; sie markiert vielmehr diejenige ‚Unantastbarkeit‘, die allein in den interpersonalen Beziehungen reziproker Anerkennung, im egalitären Umgang von Personen miteinander eine Bedeutung haben kann.“ S. 64 f. dann der bekräftigende Hinweis, dass sich erst mit der Geburt der „gesellschaftlich individuierende Akt der Aufnahme in den *öffentlichen* Interaktionszusammenhang einer intersubjektiv geteilten Lebenswelt“ vollziehe (Hervorhebung im Original, H. D.). Ganz ähnlich *T. Rendtdorff*, Jenseits der Menschenwürde? Zum ethischen Diskurs über humane embryonale Stammzellen. Ein Kommentar, in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Bd. 5, 2000, S. 183 ff. (192): „Die Würde des Menschen ist nicht in einem biologischen Zustand oder einer ontologischen Verfassung des Daseins begründet. ‚Menschenwürde‘ ist eine ethische und rechtliche Kategorie, die aus Gründen der praktischen ethischen Vernunft auf dem Grunde tragender moralischer Grundüberzeugungen eine je aktuelle Verpflichtung zur Anerkennung und eine allgemeine Regel des Zusprechens von Menschenwürde zum Inhalt hat und mit einer elementaren gegenseitigen Verbindlichkeit ausgestattet ist.“ Die Nähe beider Aussagen zur Kommunikationstheorie Hasso Hofmanns (siehe nächste Fußnote) ist unverkennbar.
- 56 So die vielbeachtete Kommunikationstheorie der Menschenwürde von *H. Hofmann*, Die versprochene Menschenwürde, in: AöR 118 (1993), S. 353 ff. (insb. 364 ff., 368).
- 57 Das hat auch der Nationale Ethikrat stets klargestellt, der mit Mehrheit für den Import humaner embryonaler Stammzelllinien, für eine (strikt eingeschränkte) PID und für die prinzipielle Möglichkeit des therapeutischen Klonens votiert hat. Verfassungsdogmatisch lässt sich hier an bestimmte „Vorwirkungen“ subjektiver Rechte oder an rein objektivrechtlich begründete Schutzpositionen denken (siehe etwa *E. Denninger*, Embryo und Grundgesetz. Schutz des Lebens und der Menschenwürde vor Nidation und Geburt, in: KritV 86 [2003], S. 191 ff. [207 f.]; *U. Volkmann*, Staatsrecht II. Grundrechte, 2. Aufl. 2011, § 5 Rn. 31 a. E.).
- 58 Wie hier u. a. *J. Ipsen*, Der „verfassungsrechtliche Status“ des Embryos in vitro, in: JZ 2001, S. 989 ff. (991); *W. Heun*, Embryonenforschung und Verfassung – Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos, in: JZ 2002, S. 517 ff. (520 ff.); *H.-G. Dederer*, Menschenwürde des Embryos *in vitro*?, in: AöR 127 (2002), S. 1 ff. (14 ff.); *L. Michael/M. Morlok*, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, Rn. 155, 162; *Hufen*, Staatsrecht II (Fn. 33), § 10 Rn. 25. Zahlreiche w. N. bei *H. Dreier*, Lebensschutz und Menschenwürde in der bioethischen Diskussion, in: ders./W. Huber, Bioethik und Menschenwürde, hrsgg. v. H.-R. Reuter, 2002, S. 9 ff. (47 f.).
- 59 Zu ihr kompakt *H. Schmoll*, Wann wird der Mensch ein Mensch?, in: FAZ Nr. 125 v. 31. Mai 2001, S. 15; *H. Hofmann*, Methodische Probleme der juristischen Menschenwürdeinterpretation, in: I. Appel/G. Hermes (Hrsg.), Mensch–Staat–Umwelt, 2008, S. 47 ff. (54 ff., 73 ff.). Noch im 20. Jahrhundert haben namhafte katholische Theologen wie Karl Rahner oder Franz Böckle die Auffassung von einem frühen unbeseelten Status des Embryos vertreten.
- 60 Benedikt XVI., Ansprache an die Teilnehmer der Vollversammlung der Päpstlichen Akademie für das Leben und des Internationalen Kongresses zum Thema „Der menschliche Embryo in der Phase vor der Implantati-

Doch sind, wie bereits angesprochen, im säkularen Staat bestimmte Glaubenssätze einer religiösen Gemeinschaft nicht geeignet, eine tragfähige Grundlage für die Einschränkung von Freiheitsrechten zu bilden. Zu Recht hat man betont, dass die „identifizierende rechtliche Gleichsetzung von geborenen Menschen und vorgeburtlichem ‘werdenden Leben’, also von geborenen Menschen und z. B. Embryonen im 4-Zell-Stadium im Reagenzglas (in vitro), und der Intensität ihres Schutzes ... nicht nur der Alltagsintuition“ widerspreche; sie beruhe zudem „auf ethischen Prämissen, die gerade nicht zwingend und nicht für alle Bürger eines säkularen Verfassungsstaates verallgemeinerungsfähig sind und deshalb auch nicht verfassungsrechtlich für alle verpflichtend gemacht werden dürfen.“⁶¹

Dies gilt ganz abgesehen davon, dass die Aussagen der christlichen Kirchen und ihrer Theologen zu Fragen des Schwangerschaftsabbruches und moderner Biomedizin sich ohnehin pluralistisch auffächern und Religionen wie Judentum oder Islam bezüglich des vorgeburtlichen Lebens ganz anderen Vorstellungswelten folgen⁶². Im Übrigen ist die These von der Würdebegabung seit dem Zeitpunkt der „Verschmelzung“ von Ei- und Samenzelle, also bereits im pränidativen Stadium, auch theologisch wenig überzeugend, wie etwa der protestantische Theologe Johannes Fischer in mehreren Beiträgen eindringlich dargelegt hat⁶³.

on“ vom 27. Februar 2006, abrufbar unter http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2006/february/documents/hf_ben-xvi_spe_20060227_embrione-umano_ge.html (16.03.2012), mit Verweis auf die Enzyklika Johannes Pauls II. „Evangelium Vitae“ vom 25. März 1995, abrufbar unter http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_ge.html (16.03.2012), Abs. 61: „Das menschliche Leben ist in jedem Augenblick seiner Existenz, auch in jenem Anfangsstadium, das der Geburt vorausgeht, heilig und unantastbar.“ Vgl. auch die „Instruktion der Kongregation für die Glaubenslehre über einige Fragen der Bioethik“ vom 8. September 2008 (Fn. 13), Abs. 1, 75.

- 61 *H. Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2012, Art. 2 II Rn. 67.
- 62 Weder im Judentum noch im Islam bestehen durchgreifende Vorbehalte gegenüber den modernen bioethischen Praktiken der IVF, der PID oder des therapeutischen Klonens. Zum Islam siehe etwa *I. Ilkilić*, Die aktuelle Biomedizin aus der Sicht des Islam, in: S. Schicktanz u. a. (Hrsg.), Kulturelle Aspekte der Biomedizin, 2003, S. 56 ff. (79 ff.); als erste Orientierung nützlich *T. Eich*, Islam und Bioethik. Eine kritische Analyse der modernen Diskussion im islamischen Recht, 2005; ders. (Hrsg.), Moderne Medizin und islamische Ethik. Biowissenschaften in der muslimischen Rechtstradition, 2008 (Übersetzungen zentraler Texte islamischer Denker mit instruktiven Zusammenfassungen des Herausgebers); *D. Atighetchi*, Islamic Bioethics: Problems and Perspectives, 2007, insb. S. 13–29, 91–133, 235–265; *A. Sachedina*, Islamic Biomedical Ethics – Principles and Application, 2009, insb. S. 101–144, 195–219. Zum Judentum siehe etwa F. Rosner et al. (eds.), Jewish Bioethics, 2000 (vor allem die Beiträge S. 99–208); *A. L. Mackler*, Introduction to Jewish and Catholic Bioethics. A Comparative Analysis, 2003, insb. S. 120–189; *Y. Nordmann/M. Birnbaum*, Die aktuelle Biomedizin aus der Sicht des Judentums, in: Schicktanz u. a., op. cit., S. 84–106; N. J. Zohar (ed.), Quality of Life in Jewish Bioethics, 2006 (Einleitung und letzter Teil: S. 1–8, 99–130); *G. v. Kloeden-Freudenberg*, Was dem Leben dient. Die Debatte um die Forschung an embryonalen Stammzellen im christlich-jüdischen Gespräch, in: Profilierte Ökumene. Festschrift für Dietrich Ritschl, 2009, S. 259 ff. (269 ff.). – Siehe auch die Hinweise oben in Fn. 9.
- 63 *J. Fischer*, Medizin- und bioethische Perspektiven. Beiträge zur Urteilsbildung im Bereich von Medizin und Biologie, 2002; *ders.*, Menschenwürde und Anerkennung. Zur Verwendung des Menschenwürdebegriffs in der Debatte über den Status vorgeburtlichen Lebens, in: ZEE 51 (2007), S. 24 ff.; *ders.*, Grundkurs Ethik, 2007, S. 355 ff.
- 64 Ausführliche Aufbereitung des naturwissenschaftlichen Hintergrundes bei *T. Hartleb*, Grundrechtsschutz in der Petrischale, 2006, S. 27 ff.

c) Besonderheiten der pränidativen Phase

Wir müssen zudem für unsere Urteilsbildung embryologische Tatsachen zur Kenntnis nehmen⁶⁴, ohne einem naturalistischen Fehlschluss zu verfallen. So gelingt nach gefestigter medizinischer Erkenntnis bei natürlicher Befruchtung zwei Dritteln der befruchteten Eizellen die Einnistung in den Uterus der Frau nicht; sie gehen vielmehr mit der nächsten Monatsblutung unbemerkt ab⁶⁵. Wenn man aber die frühen Embryonen im pränidativen Stadium *in vitro* als würdebegabte Wesen (und alle einschlägigen biotechnischen Praktiken als menschenwürdewidrige Akte) betrachtet, dann kann man diesen Status den Embryonen *in vivo* nicht versagen. Soll man nun aber wirklich annehmen, dass diese unzähligen befruchteten Eizellen, die niemals über das pränidative Stadium hinauskommen, Träger der Menschenwürdegarantie sind? Will man diesen Vorgang etwa als „vorgeburtliches Massensterben von Grundrechtsträgern“ ansehen?⁶⁶ Sollen das alles embryonale Menschen sein, denen Gott das Leben versagt, bevor es angefangen hat? Setzen wir die befruchtete Eizelle vor der Nidation mit dem geborenen Menschen gleich und sprechen sie als Person an, so ist, wie Richard Schröder das einmal auf den Punkt gebracht hat, der Satz konsequent und unausweichlich⁶⁷: „70 % aller Menschen werden nie geboren.“ Dieser Satz scheint mir nicht sinnvoll. Beim Embryo im pränidativen Stadium handelt es sich eben noch nicht um ein sehr kleines Kind, sondern um die früheste Entwicklungsstufe, die nur bei einem Drittel der befruchteten Eizellen zur Nidation und damit zum Beginn der Schwangerschaft führt⁶⁸. Geradezu fatal mutet es angesichts dieser Umstände an, mit Blick auf den seinerzeit hochumstrittenen Import von Stammzelllinien von der „Vernichtung embryonaler Menschen“ zu sprechen, wie dies Anfang 2002 Kardinal Karl Lehmann und der damalige EKD-Ratsvorsitzende Manfred Kock in einem gemeinsamen Brief an die Abgeordneten des Deutschen Bundestages taten⁶⁹. Angesichts des Umstandes, dass diese Stammzelllinien in der Regel aus sog. überzähligen Embryonen gewonnen werden, sollten wir den Hinweis Richard Schröders beherzigen, dass wir auch Verantwortung für unsere Sprache tragen und uns nicht durch leichtfertige Reden an die Vorstellung gewöhnen sollten, dass es überzählige Menschen gibt, so wie es überzählige Embryonen gibt.⁷⁰

65 Hinweis darauf schon bei *H. Hofmann*, Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation – Wissenschaft im rechtsfreien Raum?, in: JZ 1986, S. 253 ff. (258); s. auch *Schröder*, Forschung (Fn. 10), S. 285.

66 So in polemischer, aber die Sache im Kern treffender Wendung *J. Kaube*, Wider den PID-Alarmismus, in: FAZ Nr. 155 v. 7. Juli 2011, S. 29.

67 Siehe *R. Schröder*, Ab wann ist der Mensch ein Mensch?, in: Tagesspiegel v. 29.2.2008: „Nehmen wir an, jede befruchtete Eizelle sei bereits als Träger der Menschenwürde zu verstehen – sind wir bereit, die Konsequenzen zu tragen? Dann müssten wir nämlich sagen: die meisten Menschen (sieben von zehn) werden nie geboren. So hatten wir das Wort Mensch bisher nicht verstanden.“ Siehe auch *Schröder*, Forschung (Fn. 10), S. 292.

68 Nach der Nidation liegt übrigens die biologische Wahrscheinlichkeit, dass es zur Geburt eines Kindes kommt, schätzungsweise bei über 90 % – wenn der Mensch nicht eingreift, etwa im Wege der Abtreibung.

69 Wortlaut des gemeinsamen Briefes vom 14. Januar 2002 abgedruckt in der Pressemitteilung der EKD vom 17. Januar 2002 sowie der Pressemeldung der Deutschen Bischofskonferenz vom 17. Januar 2002.

70 *Richard Schröder*, Schriftliche Stellungnahme bei der öffentlichen Anhörung des Bundestagsausschusses für Gesundheit am 25. Mai 2011, Ausschussdrucks. 17(14)0134(4), S. 6: „Auch Definitionen sind Handlungen, deren Folgen wir zu bedenken haben. Wer menschliche Embryonen in embryonale Menschen umdefiniert und bereits die befruchteten Eizellen Menschen nennt, ist zu dem Satz gezwungen: ‚die meisten Menschen werden nicht geboren‘. So hatten wir das Wort Mensch bisher nicht verstanden. Und er gewöhnt uns daran, dass es überzählige Menschen gibt. Eben dies wollte Artikel 1 des Grundgesetzes ausschließen.“

d) Kant als bioethische Autorität?

Die These von der Würdebegabung pränidativer Embryonen wird nicht überzeugender dadurch, dass man sich zur Stützung des gewünschten Ergebnisses nicht auf religiöses, sondern auf originär philosophisches Gedankengut und namentlich auf Immanuel Kant beruft⁷¹. Dieser nimmt für manche nachgerade den Platz einer unbezweifelbaren Autorität ein, wie ihn im Mittelalter Aristoteles innehatte. Doch wäre insofern zunächst einmal die Frage zu klären, ob und warum gerade Kant uns eine bindende Deutung der Menschenwürde sollte bieten können. Seine Philosophie kann ja nicht einfach umstandslos als interpretationsleitend für zentrale Prinzipien des Grundgesetzes zugrunde gelegt werden, da die umstandslose „Orientierung der juristischen Verfassungsinterpretation an einer als Auslegungsmaxime fungierenden philosophischen Lehre nicht weniger Bedenken als die an einer Religion“ begegnet⁷².

Zudem liegt, soweit Kants Personenbegriff als ausschlaggebend betrachtet und dieser auf vorgeburtliches Leben bezogen wird, wohl eine schlichte Fehlinterpretation vor. Denn das Verbot, den anderen als bloßes Mittel und nicht zugleich als Zweck zu behandeln (Mediationsverbot), betrifft den Menschen „als selbstgesetzgebendes Vernunftwesen im Verhältnis zu anderen solchen Wesen und nicht schon die in ihren biologischen Möglichkeiten angelegte Vernunft“⁷³.

Zu Recht hat man schließlich ganz generell darauf hingewiesen, dass sich Kants Würdekonzept aus absoluter Selbstzweckhaftigkeit des Menschen im Verhältnis zu den ganz anders gearteten christlichen Grundvorstellungen gemäß der biblischen Schöpfungsgeschichte eher blasphemisch ausnimmt⁷⁴ – rückt doch hier der traditioneller christlicher Theologie zufolge sündenbeladene und kreatürliche Mensch in eine quasi göttliche Position ein. Das hindert aber viele Moraltheologen nicht daran, auf die Präsentation originär theologischer Argumente fast völlig zu verzichten, stattdessen die „Metaphysik der Sitten“ zu paraphrasieren und diese als Ausweis dafür zu betrachten, dass die offiziellen Lehren des Vatikan sozusagen eine weltanschaulich unverfängliche, rein philosophische Fundamentalbegründung erfahren könnten. Insbesondere in den Ausführungen des § 28 der Metaphysik der Sitten, die gern als besonders klare Bestätigung dafür herangezogen werden, dass die Kant'sche Philosophie mehr oder minder unmittelbar Würde auch dem vorgeburtlichen Leben beimesse, geht es weder um vorgeburtliches und schon gar nicht um pränidatives Leben (von dem Kant ja noch gar nichts wissen konnte), sondern um die Konstruktion einer Rechtsbeziehung zwischen Eltern und Kind⁷⁵.

71 Die bekannten Stellen stammen durchweg aus der Tugend-, nicht der Rechtslehre. Siehe *I. Kant*, Die Metaphysik der Sitten. Zweiter Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre (1797), §§ 9, 11, 38, 39 (Akad.-Ausgabe Bd. VI, S. 429, 434 f., 462 f.).

72 *F. Wittreck*, Jesus Christus oder Immanuel Kant – Auf wessen Schultern ruht das Grundgesetz?, in: ders. (Hrsg.), 60 Jahre Grundgesetz. Verfassung mit Zukunft!?, 2010, S. 9 ff. (27); s. auch *Dreier* (Fn. 49), Art. 1 I Rn. 14. Dem steht wiederum die Affinität seiner Lehre zu Prämissen und Strukturen des modernen Verfassungsstaates keineswegs entgegen (dazu *H. Dreier*, Kants Republik, in: JZ 2004, S. 745 ff.).

73 So treffend *K. Seelmann*, Recht und Rechtsethik in der Fortpflanzungsmedizin, in: Recht 13 (1996), S. 240 ff. (246); in die gleiche Richtung *V. Gerhardt*, Der Mensch wird geboren, 2001, S. 22 ff.; *Heun*, Embryonenforschung (Fn. 58), S. 523.

74 *Hofmann*, Methodische Probleme (Fn. 59), S. 60.

75 Erhellend *Hofmann*, Methodische Probleme (Fn. 59), S. 63 f.: „Indessen ist das Problem, um das es hier geht, ein ganz anderes, nämlich: Wie ist es denkbar, dass zwischen den Eltern und dem Kind ein Rechtsverhältnis besteht, das die Eltern zum Unterhalt verpflichtet? Zwar sind die Eltern einerseits und das Kind andererseits Rechtssubjekte, aber es gibt – anders als bei den nach Kant untereinander durch Vertrag verbundenen Eltern – keinen Rechtsakt, der zwischen Eltern und Kind eine Rechtsbeziehung gestiftet hätte. Und da es nicht vorstellbar ist, dass die Eltern auf rein physische Weise ein moralisches Rechtssubjekt hervorgebracht haben,

Ohnehin befremdet nicht allein im Kantschen Kontext der eigentümliche Naturalismus und Biologismus, der die Begründung der Menschenwürde „von Anfang an“ durchwebt und den etwa Hubert Markl zu Recht immer wieder mit dem Hinweis darauf geißelt hat, wie ausgerechnet aus „der zufälligen Kombination elterlicher Erbanlagen bei der Erzeugung und Verschmelzung von Ei- und Samenzellen“ Menschenwürde entspringen sollte⁷⁶.

e) Entwürdigung von Zellverbänden?

Stellt man schließlich ganz generell auf das namentlich von Günter Dürig inaugurierte Instrumentalisierungsverbot ab, aus dem er zur Bestimmung einer Menschenwürdeverletzung die sog. Objektformel abgeleitet hat („Die Menschenwürde als solche ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“)⁷⁷, darf man wohl skeptisch fragen, ob gegenüber einer Blastocyste eigentlich Handlungen vorstellbar sind, die mit Brandmarkung, Demütigung, Erniedrigung, Folter, Menschenhandel oder vergleichbaren Akten umschrieben werden können⁷⁸. Wie entwürdigte ich eine molekulare Struktur, wie demütige ich einen Zellverband?⁷⁹ Fehlt hier nicht schlicht die „Fallhöhe“ (Jürgen Schmude), sozusagen das Entwürdigungspotential?⁸⁰ Und wenn die Forschung an embryonalen Stammzelllinien oder die Vornahme einer Präimplantationsdiagnostik mit dem Ziel der Heilung schwerer Krankheiten oder der Herbeiführung einer Schwangerschaft durchgeführt werden, so dürfte es noch schwerer fallen, eine Demütigungsintention anzunehmen.

f) Aporien bundesverfassungsgerichtlicher Judikatur

Das Bundesverfassungsgericht hat sich, wenn auch nur dem allerersten Anschein nach, von allen genannten Einwänden gegenüber der Einräumung der Menschenwürde für frühe Embryonen einigermaßen unbeeindruckt gezeigt. Denn von ihm stammt die kategorische und

bleibt nach Kant aus praktischen Gründen nur die Möglichkeit, den Akt der Zeugung so anzusehen *als ob* er eine solche Rechtswirkung gehabt hätte mit der Konsequenz, dass die Eltern für ihre eigenmächtige Behandlung einer Person dieser für die Folgen haften. Ein in den gegenwärtigen bioethischen Auseinandersetzungen verwertbares Argument wird aus dieser Passage nur, wenn man Kants Postulat der praktischen Vernunft bezüglich des geborenen Kindes in eine ontologische Aussage über das Embryo verkehrt.“

76 H. Markl, *Schöner neuer Mensch?*, 2002, S. 124, wo es weiter heißt: „Daß Menschenwürde ausgerechnet aus dieser Kontingenz biologischer Entwicklung jedes Individuums kommen soll, müßte allein schon deshalb zweifelhaft erscheinen, weil wir eineiigen Zwillingen trotz ihrer identischen Erbanlagen keineswegs die Würde unabhängig autonomer Personen aberkennen.“ Einen darin liegenden „krassen Materialismus“ beklagte schon der Weltkirchenrat 1982 (Hinweis bei K. Tanner, *Der Streit in Deutschland um die Stammzellforschung*, in: *Jahrbuch 2008 der Deutschen Akademie der Naturforscher Leopoldina*, Jg. 54 [2009], S. 397 ff. [408]).

77 G. Dürig, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, in: *AöR* 81 (1956), S. 117 ff. (127). Diese Bestimmung erfolgte im Rückgriff auf Kant, dessen Mediationsverbot schon von Schopenhauer als leerformelhaft kritisiert wurde. Dürigs Definition ist zudem tendenziell zirkulär: die *Würde* ist verletzt, wenn der Mensch *herabgewürdigt* wird.

78 Das sind die seit jeher anerkannten und bis heute allgemein konsentierten Fälle einer klaren Verletzung der Menschenwürde. Siehe oben bei und in Fn. 53.

79 Kritische Fragen in dieser Richtung auch bei M. Herdegen, *Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses*, in: *JZ* 2001, S. 773 ff. (774); E. Hilgendorf, *Klonverbot und Menschenwürde – Vom Homo sapiens zum Homo xerox?*, in: *Festschrift für Hartmut Maurer*, 2001, S. 1147 ff. (1157).

80 Siehe etwa Deminger, *Embryo* (Fn. 57), S. 207 mit der Feststellung, dass das Folterverbot in Bezug auf eine Blastocyste fünf Tage nach der Fertilisation „ins Leere läuft“.

merksatzförmige Formulierung: „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu.“⁸¹ Das ist, wie man mit mildem Spott einmal formuliert hat, gewiss ein schöner, aber schwerlich auch ein besonders gut durchdachter Satz⁸². Gemünzt auf die Situation einer Schwangerschaft musste er nämlich die Folgefrage provozieren, ob denn Würde – wie etwa beim Schutz des vorgeburtlichen Lebens – abgestuft werden könne. Andernfalls wäre ja die weitreichende, wenn auch nur bei bestimmten Indikationen oder nach Beratung erlaubte Zulassung des Schwangerschaftsabbruchs in den ersten drei Monaten praktisch nicht zu rechtfertigen gewesen⁸³. Die Unbedingtheit und Absolutheit des Menschenwürdeanspruchs hätte zu einem strikten Abtreibungsverbot führen müssen; bestenfalls die medizinische Indikation hätte womöglich Bestand haben können. Das zeigt, dass die Prämissen und leitthesenhaften Sätzen der Urteile mit den konkreten Entscheidunggehalten in einem praktisch unaufhebbarsten Widerspruch stehen. Entsprechend heftig fiel die berechtigte Kritik der Literatur an diesen Inkonsistenzen aus⁸⁴. Letztlich entscheidend für die Rechtslage sind aber nicht die allgemein gehaltenen Leitsätze der Urteile, sondern die konkreten Rechtsfolgeaussprüche⁸⁵.

Aber so allgemein, wie der eingangs zitierte Leitsatz nun einmal gefasst ist, lässt sich unter (oberflächlicher) Berufung auf ihn die Menschenwürdegarantie natürlich spielend nicht nur allgemein auf das vorgeburtliche Leben, sondern sogar auf dessen früheste pränidative Entwicklungsphase erstrecken. Freilich leuchtet dann die Beschränkung auf die Phase ab der Befruchtung nicht ein. Denn natürlich haben wir es sowohl bei der unbefruchteten Eizelle als auch der Samenzelle vor der Konjugation mit „menschlichem Leben“ zu tun – womit denn auch sonst, könnte man rhetorisch fragen, da es sich ja ersichtlich weder um tierisches Leben noch um tote Materie handelt. Einer solchen Erstreckung der Menschenwürde auf die Phase vor der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle redet nun aber niemand das Wort.

Schließlich vermengt der fatale und gerade wegen seiner scheinbaren Unbedingtheit und kategorialen Strenge so oft repetierte Satz auch noch die beiden unterschiedlichen Normkomplexe des Würde- und des Lebensschutzes miteinander, die aber einen jeweils unterschiedlichen (nur gelegentlich sich überschneidenden) Schutzgehalt aufweisen. Man kann das unschwer daran demonstrieren, dass ein Eingriff in das Lebensrecht, also eine Tötung, keineswegs zwingend mit einer Verletzung der Menschenwürde verknüpft ist, wie etwa der Fall des zulässigen polizeilichen Rettungsschusses zeigt⁸⁶. Umgekehrt ist eine Verletzung der Menschenwürde regelmäßig gerade nicht mit der Tötung des Betroffenen verbunden, wie man sich an Fällen des

81 BVerfGE 39, 1 (41). Im zweiten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch heißt es noch grundsätzlicher, aber auch noch dunkler: „Diese Würde des Menschseins liegt auch für das ungeborene Leben im Dasein um seiner selbst willen.“ (BVerfGE 88, 203 [252]).

82 H. Hofmann, Die Pflicht des Staates zum Schutz des menschlichen Lebens, in: Recht und Kriminalität. Festschrift für Friedrich-Wilhelm Krause, 1990, S. 115 ff. (118).

83 Diese Zulassung dementiert den weitreichenden Anspruch, der mit der zitierten Sentenz erhoben wird und den trügerischen Anschein kraftvollen Würdeschutzes für die frühesten Stadien der Embryonalentwicklung suggeriert. Siehe nur Volkmann, Staatsrecht II (Fn. 57), § 5 Rn. 31: „Schon die vom BVerfG grundsätzlich gebilligte Zulassung des Schwangerschaftsabbruchs innerhalb der ersten drei Schwangerschaftsmonate nach Durchführung einer bloßen Beratung stellt die Entscheidung darüber letztlich in das Belieben der Schwangeren, gibt also den sich entwickelnden Embryo – und damit, wenn die These von der Einheit von Lebens- und Würdeschutz zutrifft, auch dessen vom Staat an sich absolut zu gewährleistende Würde – ihrer Disposition preis.“

84 Nachweise und ausführlichere Darstellung: Dreier (Fn. 49), Art. 1 I Rn. 66 ff., 69.

85 Dazu näher unter IV.

86 Zu dessen verfassungsrechtlicher Zulässigkeit statt vieler Schulze-Fielitz (Fn. 61), Art. 2 II Rn. 62; H. Dreier, Grenzen des Tötungsverbot, in: JZ 2007, S. 261 ff. (264 f.), beide m. w. N.

Menschenhandels oder der Folter verdeutlichen mag. Menschenwürdegarantie und Lebensschutz sind daher zu entkoppeln, was mittlerweile als überwiegende Auffassung in der Literatur gelten kann⁸⁷. Dabei heißt Entkoppelung nicht, dass eine Tötungshandlung niemals eine Menschenwürdeverletzung implizieren könnte. Sie stellt nur nicht automatisch eine solche dar; umgekehrt gilt das Gleiche. Wir sollten also im Interesse analytischer Klarheit Menschenwürde und Lebensschutz getrennt behandeln⁸⁸ – und wenden uns daher dem Lebensrecht des Art. 2 Abs. 2 des Grundgesetzes zu. Dort begegnen uns teils parallele, teils ganz eigene Probleme.

2 Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG)

Das nunmehr interessierende Grundrecht ist in Art. 2 Abs. 2 GG garantiert. Diese Norm lautet: „Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Grundrechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.“ Das zeigt zunächst: das Grundgesetz spricht nicht diffus von menschlichem Leben, sondern davon, dass „jeder“ – mithin jedes Individuum – das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit hat. Unbestritten ist mit „jeder“, wie bei der Menschenwürde, jeder geborene Mensch gemeint. Und auch wenn diese Grundrechtsgarantie mit einem Gesetzesvorbehalt ausgestattet ist, die Tötung eines Menschen also nicht in jedem Fall zwingend eine Grundrechtsverletzung darstellen muss, ist doch klar, dass eine Einschränkung nur in gravierenden Ausnahmefällen (Krieg, finaler Rettungsschuss, Notwehr- oder Nothilfesituation) greifen kann⁸⁹.

a) Kernfrage: Beginn des Lebensschutzes

Schließt das Wörtchen „jeder“ aber auch das vorgeburtliche Leben ein? Nach wie vor Streitig ist die mit letzter Gewissheit vermutlich niemals zu klärende Frage, ob die Autoren des Grundgesetzes eine klare Vorstellung bezüglich des „keimenden“ Lebens hegten⁹⁰. Das ist insofern mittlerweile von geringer Relevanz, als das Bundesverfassungsgericht den personalen Einzugsbereich des Art. 2 Abs. 2 GG auch auf das ungeborene Leben, also auf die pränatale Phase erstreckt und sich die Lehre dem ganz überwiegend angeschlossen hat⁹¹. Klar und deutlich heißt es im ersten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch, die Norm schütze „auch das sich im Mutterleib entwickelnde Leben als selbständiges Rechtsgut“⁹². „Jeder“ im Sinne des Art. 2 Abs. 2 GG ist danach auch der Fötus, ja auch der Embryo. Dies gilt freilich nur mit einer entscheidenden zeitlichen Grenzziehung. Denn anders als geläufige Darstellungen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gerne glauben machen wollen, belegt dessen Judikatur keineswegs

87 Siehe *Heun*, Embryonenforschung (Fn. 58), S. 518; *Dreier* (Fn. 49), Art. 1 I Rn. 67; *Schulze-Fielitz* (Fn. 61), Art. 2 II Rn. 118, jeweils m. w. N.

88 So auch *E. Schmidt-Jortzig*, Rechtsfragen der Biomedizin, 2002, S. 17 f.; *Volkmann*, Staatsrecht II (Fn. 57), § 5 Rn. 30; *Michael/Morlok*, Grundrechte (Fn. 58), Rn. 155, 162.

89 Zu den relevanten Fallkonstellationen *Dreier*, Grenzen (Fn. 86), S. 262 ff.

90 Zu den entsprechenden Beratungen im Parlamentarischen Rat und deren Deutungen in der Literatur mit allen Nachweisen *Schulze-Fielitz* (Fn. 61), Art. 2 II Rn. 5.

91 Siehe nur *R. Müller-Terpitz*, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 147, Rn. 21 ff.; *U. Di Fabio*, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz. Loseblatt-Kommentar, Bd. I, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 (2011), Rn. 24; *H. D. Jarass*, in: ders./B. Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl. 2011, Art. 2 Rn. 82.

92 BVerfGE 39, 1 (36).

eindeutig, dass sich der Schutz des Lebensrechtes nicht lediglich auf die Phase ab der Nidation, sondern bereits auf die pränidative Phase bezieht⁹³. Das Gegenteil ist der Fall. Eine weitaus weniger oft zitierte Passage der soeben herangezogenen Entscheidung lautet nämlich wie folgt: „Leben im Sinne der geschichtlichen Existenz eines menschlichen Individuums besteht nach gesicherter biologisch-physiologischer Erkenntnis jedenfalls vom 14. Tage nach der Empfängnis (Nidation, Individuation) an“.⁹⁴ Nicht anders hat das Gericht letztlich in seinem Urteil aus dem Jahre 1993 auf „individuelles, in seiner genetischen Identität und damit in seiner Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit bereits festgelegtes, nicht mehr teilbares Leben“ abgestellt⁹⁵. Es hat demgemäß in beiden Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch die Regelung des § 218 Abs. 1 S. 2 StGB völlig unbeanstandet gelassen. Demzufolge gelten „Handlungen, deren Wirkung vor Abschluss der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter eintritt“, nicht als Schwangerschaftsabbruch und sind daher zulässig. Der grundrechtliche Lebensschutz greift also frühestens nach Nidation und Individuation, mithin ca. 12 bis 14 Tage nach der Befruchtung.

b) *Individuation als Voraussetzung*

Für die bioethischen Fragen sind die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts deswegen von herausragender Relevanz, weil es bei den einschlägigen biotechnologischen Praktiken (IVF, Forschung an überzähligen Embryonen, PID) immer um den Zeitraum *vor* der Einnistung der Blastocyste in die Gebärmutter geht, meistens um die Tage vier bis acht⁹⁶. In diesem Stadium kommen aber Verletzungen der frühen Embryonen als Grundrechtsträger nicht in Betracht. Denn Grundrechte sind in erster Linie Individualrechte und beziehen sich auf einzelne Personen oder Menschen⁹⁷. Bis zur Nidation, die mit der Individuation zeitlich ungefähr in eins fällt, liegt aber überhaupt noch kein individuiertes Wesen vor. Der Grund: bis ungefähr zum zwölften Tag nach der Befruchtung ist noch Mehrlingsbildung möglich. Das heißt: wir haben es bis dahin zwar mit *artspezifischem*, aber eben noch nicht mit *individualisiertem* Leben zu

93 So aber z. B. C. Hillgruber, in: V. Epping/C. Hillgruber, Grundgesetz-Kommentar, 2009, Art. 1 Rn. 4 bzw. Art. 2 Rn. 59; Starck (Fn. 47), Art. 1 Rn. 19.

94 BVerfGE 39, 1 (37). Und weiter: „Jeder‘ im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist ‚jeder Lebende‘, anders ausgedrückt: jedes Leben besitzende menschliche Individuum; ‚jeder‘ ist daher auch das noch ungeborene menschliche Wesen.“

95 BVerfGE 88, 203 (251 f.). Wenn das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf die zur Prüfung gestellten Normen des Schwangerschaftsabbruchs auch betont, von einem Lebensrecht könne „jedenfalls“ ab Individuation und Nidation die Rede sein, verführt das manche Verfassungsinterpreten zu der Mutmaßung, Art. 2 Abs. 2 GG ließe sich eben doch auch auf die Phase davor erstrecken. Damit wird aber verkannt, dass die Kriterien, die das Gericht aufstellt (individuelles, einmaliges, unverwechselbares, nicht mehr teilbares Leben), in der pränidativen Phase durchweg noch nicht erfüllt sind. Die Kriterien dementieren also die (durch das Wörtchen „jedenfalls“ scheinbar offengelassene) Möglichkeit, das Lebensrecht auf die pränidative Phase zu erstrecken. Richtig und deutlich insofern W. Heun, Humangenetik und Menschenwürde. Beginn und Absolutheit des Menschenwürdeschutzes, in: P. Bahr/H. M. Heinig (Hrsg.), Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung. Rechtswissenschaftliche und theologische Perspektiven, 2006, S. 197 ff. (198).

96 Zum folgenden ausführlicher Dreier, Lebensschutz (Fn. 58), S. 18 ff.

97 Davon legen die großen Gründungsdokumente wie die Virginia Bill of Rights von 1776 oder die Französische Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ebenso ein beeindruckendes Zeugnis ab wie die Universelle Menschenrechtserklärung von 1948. Zum Individuum, der einzelnen Persönlichkeit, als dem Dreh- und Angelpunkt des modernen freiheitlichen Verfassungssystems statt vieler H. Hofmann, Menschenrechtliche Autonomieansprüche (1992), in: ders., Verfassungsrechtliche Perspektiven, 1995, S. 51 ff.

tun⁹⁸. Vor der Nidation resp. Individuation gibt es also noch kein einziges, unverwechselbares Individuum, sondern etwas durchaus Teilbares, gewissermaßen ein *Dividuum*⁹⁹. Der nur unter dem Mikroskop erkennbare und nur von Spezialisten identifizierbare Zellverband im Blastomeren- oder Blastocystenstadium befindet sich in einer so frühen, unspezifischen Entwicklungsphase, dass noch nicht einmal feststeht, ob sich aus ihm einmal mehrere menschliche Lebewesen entwickeln oder nur eines. Das ist der Grund, warum die Engländer für diese Phase nicht von einem Embryo, sondern von einem Pre-Embryo sprechen. Es handelt sich um *human life*, aber noch nicht um ein *human being*, um menschliches Leben, aber noch nicht um einen bestimmten werdenden Menschen. Nur in dieser Frühphase lässt sich nun etwa eine PID überhaupt durchführen, ungefähr zwischen dem vierten und achten Tag nach Befruchtung der Eizelle. In diesem Zeitraum kann aber von einem Grundrechtssubjekt noch keine Rede sein. Grundrechtlich geschützt ist nicht das menschliche Leben als solches, sondern nur das einzelne menschliche Leben. Wo es dieses individuelle Leben nicht gibt, kann es auch keine Grundrechtsträgerschaft geben. Art. 2 Abs. 2 GG ist insofern noch gar nicht berührt.

c) SKIP: Spezies-, Kontinuitäts-, Identitäts- und Potentialitätsargument

Nun hat es allerdings gerade in der allgemeinen philosophischen und theologischen Debatte allerlei Begründungsstrategien gegeben, den sei es moralischen, sei es rechtlichen Schutz des Embryos auch auf die pränidative Phase zu erstrecken. Für die Systematisierung dieser Argumente hat sich das Akronym SKIP eingebürgert: S steht für Spezies, K für Kontinuität, I für Identität und P für Potentialität. Die elaborierte Debatte hier auch nur in Bezug auf einen der vier Punkte annähernd ausschöpfen zu wollen, würde den vorgegebenen Rahmen sprengen¹⁰⁰. Daher müssen wenige Stichworte genügen.

aa) Zugehörigkeit zur *Spezies* muss jedenfalls im Rahmen verfassungsrechtlicher Fragestellungen mehr meinen als nur menschliches Leben im allgemeinsten Sinne einer Zelle oder eines Zellverbandes¹⁰¹. Alles andere liefe auf einen kruden und zudem noch naturwissenschaftlich wenig informierten Biologismus und Naturalismus hinaus, der die Eigentümlichkeit und Begründungsbedürftigkeit der normativen Kategorien von Menschenwürde und Lebensschutz verfehlt, denen zufolge wir Menschen gewisse „unveräußerliche“ Rechte zubilligen. Von daher ergibt sich aus dem Spezies-Argument für die vorliegende Problematik keine greifbare Konsequenz¹⁰².

98 Früh herausgestellt bei *Hofmann*, Pflicht (Fn. 82), S. 119; siehe *Heun*, Humangenetik (Fn. 95), S. 206 ff. Für Nidation als entscheidende Zäsur auch *Denninger*, Embryo (Fn. 57), S. 204 f. m. w. N.

99 Den plastischen Ausdruck entlehne ich einem Leserbrief: *M. Schleyer*, Kein Individuum, sondern ein Dividuum, in: FAZ Nr. 117 v. 21. Mai 2001, S. 9.

100 Vertiefende Diskussion: G. Damschen/D. Schönecker (Hrsg.), Der moralische Status menschlicher Embryonen. Pro und contra Spezies-, Kontinuums-, Identitäts- und Potentialitätsargument, 2003; eingehend auch *R. Merkel*, Forschungsobjekt Embryo, 2002, S. 128 ff.; kompakt *Heun*, Humangenetik (Fn. 95), S. 201 ff.

101 *K. Seelmann*, Haben Embryonen Menschenwürde? Überlegungen aus juristischer Sicht, in: Kettner, Biomedizin (Fn. 46), S. 63 ff. (69) konstatiert kurz und knapp, eine Argumentation, „die ohne weitere Begründung das Innehaben von Menschenwürde allein von der Spezieszugehörigkeit abhängig macht“, in der Fachdiskussion „angesichts ihrer gänzlichen Begründungslosigkeit als widerlegt gelten“ könne.

102 Siehe *L. Siep*, Die Bedeutung der menschlichen Gattungszugehörigkeit für eine konkrete Ethik, in: P. Dabrock/R. Denkhaus/S. Schaede (Hrsg.), Gattung Mensch, 2010, S. 281 ff. (294): „Dass wir geborenes menschliches Leben unabhängig von seinen tatsächlichen Fähigkeiten unter den Schutz der Menschenwürde stellen, ist ein Resultat der Ausdehnung normativer Ansprüche auf alle geborenen Mitglieder der Gattung. Es

- bb) Das *Kontinuitäts*-Argument verweist auf den anscheinend fließend verlaufenden Prozess von der Befruchtung bis zur Geburt, der insofern keine Zäsuren kenne. Aber natürlich gibt es in diesem Prozess wichtige und einschneidende Entwicklungsschritte, deren wichtigster die Einnistung der Blastocyste ist, ein enorm schwieriger und wohl auch deshalb nur in einem Drittel aller Fälle gelingender Prozess, weil hier ein Organismus einen anderen, genetisch fremden Organismus aufnehmen muß. Schon diese statistisch geringe Erfolgsquote spricht eine deutliche Sprache und widerlegt die Vorstellung eines unbeirrbar ablaufenden Entwicklungsprozesses¹⁰³. Christiane Nüßlein-Volhard, Nobelpreisträgerin für Biologie, hat einmal bemerkt, es gebe kaum etwas Diskontinuierlicheres als die Nidation¹⁰⁴. Außerdem wussten schon die alten Griechen, dass wir in der Lage sind, qualitativ unterschiedliche Zustände zu unterscheiden, obwohl wir den exakten Zeitpunkt des Übergangs von einem Zustand (drei Sandkörner) zu einem anderen (ein Sandhaufen) nicht benennen können: das Sorites-Paradoxon¹⁰⁵. Es ist klar, dass drei Sandkörner noch keinen Sandhaufen ausmachen. Wenn wir einige weitere hinzufügen, haben wir ebenfalls noch keinen Sandhaufen. Aber wenn wir den Vorgang tausend- oder gar millionenfach wiederholen, liegt ein solcher Haufen (*soros*) zweifelsohne vor. Welches einzelne Sandkorn die Ansammlung weniger Körner zu einem Haufen werden lässt, lässt sich nicht sagen. Aber wir können sehr wohl einen Sandhaufen von einer Ansammlung von drei Sandkörnern unterscheiden. Gleiches gilt für den Prozess sukzessiven Haarausfalls, der schließlich zur absoluten Kahlköpfigkeit führt. Allgemein gesprochen: auch wenn an keinem bestimmten Punkt eines kontinuierlichen Prozesses (Sandhaufenbildung, Haarausfall) klare Zäsuren hervortreten, können wir doch ganz unterschiedliche qualitative und quantitative Zustände (wenige Sandkörner – Sandhaufen; fast voller Haarschopf – Kahlkopf) ausmachen. Das gilt auch für die Entwicklung des Embryos.
- cc) Das Argument der *Identität* stellt entscheidend darauf ab, dass wir unsere eigene Existenz etwa anhand unserer Erinnerung, verlässlicher noch anhand von Bildern zurückverfolgen können: bis in unsere Jugend, unsere Kindheit, bis zum Zeitpunkt unserer Geburt, noch weiter zurück bis zum Fötusstadium und zum Embryonalstadium (etwa mit Hilfe von Ultraschallaufnahmen). Aber die Rückverfolgung der eigenen Biographie in der sicheren

sprechen überwältigende Gründe dafür. Aber daraus ist nicht zu erschließen, dass jeder Stufe des ungeborenen menschlichen Lebens derselbe Schutz eines solchen ‚Gattungsmitgliedes‘ zukäme. Eine Abstufung nach unterschiedlichen Entwicklungsstadien, wie sie in vielen Rechtsordnungen der Welt vorkommt, widerspricht nicht der ethischen Bedeutung der Gattungszugehörigkeit.“ Ferner zur Struktur des Speziesarguments *M. Schark*, Zur moralischen Relevanz des Menschseins. Schutzwürdigkeit menschlicher Embryonen aufgrund ihrer Gattungszugehörigkeit?, ebd., S. 297 ff. (300). Siehe auch *Merkel*, Forschungsobjekt (Fn. 100), S. 131 ff.

- 103 Und widerlegt ist auch die immer wieder aufgestellte These, jeder Embryo werde zu einem Menschen und würde sich ohne gegenläufige menschliche Eingriffe dahin entwickeln. Richtig ist: jeder von uns war einmal eine Blastocyste. Aber nicht jede Blastocyste führt zu einer Schwangerschaft und zur Geburt eines Menschen. Zwei Dritteln aller befruchteten Eizellen in vivo gelingt das nicht. Befruchtete Eizellen in vitro bedürften der Implantation in den weiblichen Uterus.
- 104 *C. Nüßlein-Volhard*, Das Werden des Lebens, 2004, S. 190: „Die Zygote hat lediglich das Potential, eine Blastocyste zu bilden, die aus der Eihülle schlüpfen muß, um mit der Einnistung in das nächste Stadium der Entwicklung einzutreten. Biologisch gesehen gibt es fast nichts Diskontinuierlicheres in einer Entwicklung als einen solchen Vorgang, bei dem sich der Embryo in direkten zellulären Kontakt mit einem anderen Organismus begibt.“
- 105 Auch Haufen-Schluss genannt, im englischen *paradox of the heap*. Ausführliche Darstellung bei *R. M. Sainsbury*, Paradoxien, 4. Aufl. 2010, S. 86 ff.

Gewissheit „das war einmal ich“ gelingt nur bis zu der Phase, ab der in der frühembryonalen Entwicklung Mehrlingsbildung definitiv ausgeschlossen ist, und das ist der Zeitpunkt von Individuation und Nidation. Nur von da an, also ungefähr ab dem 12. Tag nach der Befruchtung, ist der Satz sinnvoll und richtig: „Das bin ich“ bzw. „Daraus konnte nur ich werden“. Für die biomedizinisch entscheidende Phase davor trifft der Satz nicht zu, sondern geht ins Leere¹⁰⁶.

- dd) Und die *Potentialität*? Hier wird der spätere volle Rechtsstatus des geborenen Menschen auf das frühe und früheste Stadium mit dem Hinweis rückprojiziert, dass der frühe Embryo ein potentieller geborener Mensch sei¹⁰⁷. Die Veränderung, die zwischen dem embryonalen Stadium und dem geborenen Menschen unzweifelhaft liegt, wird gleichsam „stillgelegt und für das ethische Urteil mit Hilfe des Potentialitätsarguments neutralisiert: Jede befruchtete Eizelle soll als potentieller Mensch betrachtet werden. Was als Möglichkeit angelegt ist, wird so betrachtet, als ob es schon Wirklichkeit ist.“¹⁰⁸ Hier ist aber zum einen daran zu erinnern, dass diese Potentialität der befruchteten Eizelle im ersten Entwicklungsstadium auch *in vivo* sehr gering ist, da es nur jeder dritten Zygote gelingt, sich im weiblichen Uterus einzunisten¹⁰⁹. Danach aber steigt die Wahrscheinlichkeit der Geburt dramatisch an – auf über 90 Prozent, falls keine destruirenden Eingriffe wie die Abtreibung erfolgen. *In vitro* zeigt sich eine noch geringere Potentialität. Denn ohne eine Implantation ist die Blastocyste nach zehn oder zwölf Tagen *in vitro* zum Absterben verurteilt. Niemand wird eben geboren ohne seine Mutter¹¹⁰. Abschließend möge der Hinweis genügen, dass es sich bei dem Versuch, einen später erworbenen Status bereits in einer früheren Entwicklungsstufe in Ansatz zu bringen, um eine gedanklich ganz ungewöhnliche und im Übrigen nicht risikolose Operation handelt. John Harris hat mit britischem Humor angemerkt, wir alle müssten sterben und seien in diesem Sinne gewiss potentielle Leichen – das sei aber kein guter Grund, uns schon heute als solche zu behandeln¹¹¹.

d) Die Schutzpflichtdimension des Art. 2 Abs. 2 GG

Bevor wir uns der Forschung zuwenden, sei auf einen oft übersehenen Punkt hingewiesen. In der bioethischen Debatte wird mit Fokussierung auf die frühen Embryonen Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gern allein als (mögliches) Argument *gegen* die Biotechnologie ins Feld geführt. Die Norm streitet aber zugleich auch *dafür* – nämlich insofern, als die dabei erzielten wissenschaftlichen Erkenntnisse zu neuen Diagnose- oder Therapieverfahren im Bereich der Humanmedizin führen könnten. So erfolgt etwa die Forschung an überzähligen Embryonen mit der ausdrückli-

106 Näher *Merkel*, Forschungsobjekt (Fn. 100), S. 178 ff.; *Heun*, Embryonenforschung (Fn. 58), S. 521 ff.; s. auch *Seelmann*, Embryonen (Fn. 101), S. 73 f.

107 Vertiefte Gegenargumentation bei *B. Schöne-Seifert*, Contra Potentialitätsargument: Probleme einer traditionellen Begründung für embryonalen Lebensschutz, in: Damschen/Schönecker, Status (Fn. 100), S. 169 ff.; siehe auch *Heun*, Humangenetik (Fn. 95), S. 204 ff.

108 So (beschreibend) *Tanner*, Streit (Fn. 76), S. 407.

109 *Tanner*, Streit (Fn. 76), S. 408: „Wir wissen, dass aus vielen befruchteten Eizellen nie ein Mensch entstehen wird, dass der Unterschied zwischen Möglichkeit und Wirklichkeit gravierend ist.“ Dazu, dass angesichts einer solchen geringen Quote das Potentialitätsargument nicht verfängt, *M. Anderheiden*, „Leben“ im Grundgesetz, in: *KritV* 84 (2001), S. 353 ff. (380). Siehe auch *Schröder*, Stellungnahme (Fn. 70), S. 4: „Jeder von uns war einmal eine befruchtete Eizelle, aber nicht jede befruchtete Eizelle wird jemand von uns.“

110 *R. Schröder*, Ab wann ist der Mensch ein Mensch?, in: *Tagesspiegel* v. 29.2.2008.

111 *J. Harris*, *Der Wert des Lebens*, 1995, S. 39.

chen Zielsetzung, qua Einsicht in die zellulären Prozesse Möglichkeiten ihrer Re-Programmierung zu entwickeln, wodurch eines Tages Patienten therapiert werden könnten, die heute noch an unheilbaren und oft qualvollen Krankheiten leiden. Aufgrund dieser Langfristperspektive treten der Schutz von Leben und Gesundheit verstärkend zugunsten von biotechnischen Praktiken wie Embryonenforschung oder therapeutischem Klonen auf, insofern damit die Verbesserung medizinischer Therapien und die Erhöhung von Heilungschancen angestrebt werden. Den Staat trifft nach gefestigter Judikatur des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht nur die Pflicht, verletzende Eingriffe in jedermanns Leben und Gesundheit zu unterlassen, vielmehr hat er sich auch „schützend und fördernd“ vor die Grundrechte zu stellen¹¹². Aufgrund dieser Schutzpflichtdimension ist die Norm eben auch eine „Stütze freier medizinischer Forschung und kann durchaus forschungsfördernd wirken“¹¹³. Die daraus ableitbare Mindestforderung geht dahin, entsprechende Entwicklungsmöglichkeiten nicht von vornherein durch verfassungsrechtlich ohnehin nur schwer zu rechtfertigende absolute Forschungsverbote¹¹⁴ zu vereiteln.

3 Forschungsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG)

a) Subjektive und objektive Bedeutung

Damit sind wir nun bei der Forschung und somit der Wissenschaftsfreiheit, deren grundrechtliche Gewährleistung in Art. 5 Abs. 3 GG auf eine lange ideen- und verfassungsgeschichtliche Tradition zurückblicken kann¹¹⁵. Dass es sich hierbei um ein klassisches Freiheitsrecht handelt, bedeutet zunächst: es gilt das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip¹¹⁶, wonach nicht die Freiheitsausübung des Einzelnen, sondern deren Beschränkung durch den Staat rechtfertigungsbedürftig ist. Schon von daher kann es keine in bioethischen Diskursen des Öfteren angemahnte Bringschuld der Wissenschaft geben, wodurch im Übrigen das Wesen der Forschung als eines ergebnisoffenen Prozesses verkannt würde. Ganz unstrittig sollte auch sein, dass der Wissenschaftsfreiheit in der modernen Wissensgesellschaft eine besonders herausgehobene Bedeutung zukommt. Das Bundesverfassungsgericht spricht ihr treffend eine „Schlüsselfunktion ... sowohl für die Selbstverwirklichung des Einzelnen als auch für die gesamtgesellschaftliche Entwicklung“ zu¹¹⁷. Dieser hohen Bedeutung trägt das Grundgesetz auch dadurch Rechnung, dass es die Freiheit von Wissenschaft und Forschung als sog. vorbehaltloses Grundrecht ausgestaltet

112 Das ist auch in der Lehre praktisch einhellig anerkannt. Statt aller *Schulze-Fielitz* (Fn. 61), Art. 2 II Rn. 76 ff. mit breiten Nachweisen aus Judikatur und Literatur. Eingehend zur Schutzpflichtdimension des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG etwa *G. Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 43 ff.; überblicksartig *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 75 ff.; allgemein zu grundrechtlichen Schutzpflichten *Lange*, Grundrechtsbindung (Fn. 31), S. 397 ff.

113 *E. Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 55.

114 Instrukтив *R. Neidert*, Forschungsverbote im Embryonenschutzgesetz und ihre Grenzen – mit einem Exkurs zum Stammzellgesetz, in: *Nova Acta Leopoldina NF 96* (2007), S. 207 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen (Fn. 113), S. 52 ff.

115 *H. Zwierner*, Zum Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, in: *AöR 98* (1973), S. 313 ff.

116 Zurückzuführen auf *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 126 u. ö. Es geht hierbei im Kern um die Verteilung von Begründungslasten zwischen Individuum und Staat: *Dreier* (Fn. 33), Vorbemerkungen Rn. 120.

117 BVerfGE 35, 79 (114).

hat, was bedeutet: ihm ist normtextlich kein Gesetzesvorbehalt hinzugefügt worden¹¹⁸. Auch wenn das seinen besonderen Rang unterstreicht, besteht doch insoweit absolute Einigkeit, dass damit Einschränkungen nicht ausgeschlossen sind, wenngleich diese in Gestalt gegenläufiger Rechtsgüter nur aus der Verfassung selbst abgeleitet werden können. Vorbehaltlos meint nicht schranken- oder grenzenlos. Das lässt sich grundrechtsdogmatisch unschwer aus dem Gedanken der Einheit der Verfassung und der Notwendigkeit der Abstimmung konkurrierender und konfligierender Grundrechtsausübungsansprüche herleiten und kann schon deswegen gar nicht anders sein, weil wir alle um die Ambivalenz des Fortschritts wissen, der eben oft unzweifelhaft ein technisch-wissenschaftlicher, nicht zwingend aber immer zugleich ein humaner ist. Insoweit dürfte das Stichwort „Dialektik der Aufklärung“ (Adorno/Horkheimer) vollständig ausreichen, ohne dass noch näher auf weitere zur Illustration geeignete Phänomene eingegangen werden müsste¹¹⁹.

b) *Embryonenforschung: eine Form von Menschenversuchen?*

Prinzipiell ausgeschlossen sind Schranken für die Forschung also nicht. Aber sind sie in den Fällen der Forschung an überzähligen Embryonen, um dieses Beispiel zu nennen, berechtigt? Klar ist eines, und dieser Konsens steht felsenfest. Kein noch so hochrangiges Forschungsziel und kein noch so gewaltiger Erkenntnisfortschritt kann das Opfer eines *geborenen* Menschen verlangen¹²⁰. Die oft und sehr zu Recht beschworene Ethik des Heilens stößt insofern an eine klar definierte Grenze. Menschenexperimente à la Mengele stellen exemplarische Würdeverletzungen dar und verbieten sich von selbst. Ganz abgesehen von solchen Extremfällen: selbst wenn wir gedankenexperimentell einmal annehmen wollten, es wäre möglich, durch die Tötung und die anschließende Organentnahme *eines* Menschen das Leben von *drei anderen* schwerkranken Menschen zu retten, so würden wir eine solche „utilitaristische Gesamtkalkulation auf Kosten des Individuums“¹²¹ als menschenverachtend ablehnen – und dies völlig zu Recht. Keine seriöse Stimme in der bioethischen Debatte stellt das infrage. Hier ist das Instrumentalisierungsverbot absolut einschlägig.

Damit ist aber die Ausgangsfrage nach der Zulässigkeit von Forschung an embryonalen Stammzelllinien noch nicht beantwortet, die wiederum die Zerstörung von Blastocysten voraussetzt. Alles hängt insofern wieder vom rechtlichen und moralischen Status der frühen Embryonen und somit davon ab, ob das pränidative Leben in den ersten maximal zwölf Tagen nach der Befruchtung mit dem Leben geborener Menschen oder auch nur dem individuierten pränatalen *nasciturus* gleich zu gewichten ist. *Wenn* Blastocysten den gleichen Rechtsschutz genießen wie Geborene, dann verbietet sich jede Forschung an ihnen. *Dann* ist aber im Grunde genommen auch jede weitere Debatte darüber zu Ende. Über Versuche à la Mengele diskutiert man nicht, man ruft auch nicht nach ethischem Rat oder einem Ethikrat, sondern man ruft schlicht die Polizei. *Wenn* voller Würde- und Lebensschutz für Embryonen im pränidativen Stadium gilt, dann sind auch jene – oft als schrill bezeichneten und letztlich nicht ganz ernst genommenen – Stellungnahmen in der bioethischen Debatte im Grunde nur konsequent,

118 Hierzu und zum folgenden in grundrechtsdogmatischer Perspektive vertiefend *Dreier* (Fn. 33), Vorbemerkungen Rn. 139 ff.; monographisch *S. Lenz*, *Vorbehaltlose Grundrechte*, 2006.

119 Kompakt-reflektierte Überlegungen bei *L. Siep*, *Die bioethische Neuerfindung des Menschen*, in: G. Apel (Hrsg.), *Kreativität*, 2006, S. 306 ff.

120 Vgl. schon bei und in Fn. 54.

121 *N. Hoerster*, *Ethik des Embryonenschutzes. Ein rechtsphilosophischer Essay*, 2002, S. 34.

wie man sie ab und an, häufig von kirchlichen Würdenträgern, hört – *dann* ist Forschung an überzähligen Embryonen tatsächlich mit Menschenopfern gleichzusetzen und die Parallele zu Menschenversuchen des NS-Systems im Grunde zwingend¹²²; *wenn* der frühe Embryo unser Mitbürger¹²³ ist und wir ihn lediglich zur Beförderung unserer Wohlfahrt zerstückeln, *dann* hat Kardinal Meisner mit seiner Bemerkung recht, es handele sich bei der Embryonenforschung um die Tötung kleiner Menschen und einen Akt des Kannibalismus¹²⁴. Auch die Beratungsbescheinigungen beim Schwangerschaftsabbruch wären als „Tötungslizenzen“ (Erzbischof Dyba) ziemlich exakt eingeordnet.

Dann müsste im Übrigen die Schweizer Regelung, der zufolge kryokonservierte überzählige Embryonen nur für einen bestimmten Zeitraum aufbewahrt werden dürfen¹²⁵, als gesetzliche Anordnung gezielter Menschenvernichtung eingestuft – und entsprechend skandalisiert werden. Überhaupt lohnt mit Blick auf andere Staaten die Kontrollüberlegung, ob eigentlich das, was dort erlaubt ist, in Deutschland nicht nur einfachgesetzlich verboten, sondern diese Verbote ihrerseits durch höchste Verfassungsrechtssätze wie Menschenwürde und Lebensschutz zwingend und unverrückbar festgeschrieben sind. Hubert Markl hat einmal spöttisch angemerkt, dass die USA wohl kaum ein „ethisch-rechtliches Entwicklungsland oder gar Notstandsgebiet“ seien und Großbritannien „kein moralisch degenerierter Unrechtsstaat, der von deutscher Moralaufsicht her Belehrung nötig hätte“¹²⁶. Gerade das Beispiel Großbritannien führt uns vor Augen, dass wir uns als Mitglied der Europäischen Union, die sich ja stolz zu gemeinsamen Werten, Verfassungsprinzipien und Grundrechten bekennt, fragen müssten, ob nicht schleunigst ein Vertragsverletzungsverfahren gegen solche Mitgliedstaaten einzuleiten wäre, bei denen etwa die verbrauchende Embryonenforschung erlaubt ist. Denn wenn man deren Verbot in Deutschland darauf stützt, ihre Zulassung verletze die Menschenwürde und das Lebensrecht der frühen Embryonen, so erscheint das Urteil unausweichlich, dass in jenen anderen Staaten durch die Zulassung entsprechender Praktiken systematisch derartige ungeheuerliche Rechtsverstöße erfolgen. Doch zeigt dieser Gedanke auch, dass man vielleicht noch einmal innehalten und die Überlegung ins Konstruktive wenden sollte, indem man sich fragt, ob die Berufung der deutschen Gegner der Biotechnologie auf unsere verfassungsrechtlichen Höchstwerte tragfähig ist. Könnte nicht gerade der Umstand der Zulassung bestimmter biotechnischer Verfahren in anderen und partiell durchaus älteren Grundrechtsdemokratien als Indikator dafür gelten, dass sie nicht gegen Menschenwürde und Lebensrecht verstoßen?¹²⁷

122 *G. P. Hefly*, Die im Dunkeln, FAZ Nr. 24 v. 29. Januar 2002, S. 1 mit unmittelbarem Vergleich von NS-Menschenversuchen und Embryonenforschung und der anschließenden rhetorischen Frage: „Hängt das Mitgefühl jedoch lediglich davon ab, daß die damaligen lebenden Objekte Gesichter hatten und die heute verbrauchten Embryonen (noch) nicht?“

123 *P. Bahners*, Bürger Embryo, in: FAZ Nr. 150 v. 2. Juli 2001, S. 43.

124 So *Joachim Kardinal Meisner* in der Pfingstpredigt 2001 (siehe SPIEGEL v. 3. Juni 2001); *ders.*, Am Deich gibt es keine Kompromisse, in: FAZ Nr. 19 v. 23. Januar 2002, S. 12, wo er die verbrauchende Embryonenforschung als „Tötung kleiner Menschen“ bezeichnet bzw. davon spricht, dass damit „Menschen am Beginn ihrer Existenz getötet werden dürfen“.

125 *H.-G. Koch*, Forschung mit embryonalen Stammzellen im Rechtsvergleich, in: U. H. J. Körtner/C. Kopetzki (Hrsg.), Stammzellforschung – Ethische und rechtliche Aspekte, 2008, S. 233 ff. (241); *R. J. Schweizer*, Das Schweizerische Stammzellenforschungsgesetz vom 19. Dezember 2003, in: U. H. J. Körtner/C. Kopetzki (Hrsg.), Stammzellforschung – Ethische und rechtliche Aspekte, 2008, S. 297 ff. (303, 306).

126 *H. Markl*, Ein Mensch ist ein Mensch ist ein Schaf?, in: Universitas 2000, S. 995 ff. (1007 f.). Solcherart Vorhaltungen müssten dann natürlich auch Israel gemacht werden.

127 In diese Richtung auch *H. Schulze-Fielitz*, Verfassungsvergleichung als Einbahnstraße?, in: Verfassung im Diskurs der Welt. Liber amicorum für Peter Häberle zum 70. Geburtstag, 2004, S. 355 ff. (377 f.).

Diese Frage lässt sich zweifelsohne nach vorheriger Vergewisserung darüber leichter beantworten, welche Regelungen der deutsche Gesetzgeber eigentlich konkret getroffen und welche Abwägungen er dabei vorgenommen hat.

IV Zweiter Anwendungsdiskurs: Konkrete gesetzgeberische Entscheidungen

1 Schwangerschaftsabbruch (§§ 218 a ff. StGB)

Dabei fällt unser Blick zunächst auf den Schwangerschaftsabbruch, weil es auch hier um den pränatalen Bereich sowie die verfassungsrechtlichen Schutzgüter der Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 2 GG geht. Näheres Hinsehen ergibt, dass den einschlägigen gesetzlichen Regelungen der §§ 218 ff. StGB das Konzept eines gestuften vorgeburtlichen Lebensschutzes zugrunde liegt¹²⁸. Das mag überraschen, wenn man die Worte des Bundesverfassungsgerichts im Ohr hat, wonach es prinzipiell keine Abstufungen des Lebensrechts und seines Schutzes geben dürfe¹²⁹. Schaut man aber nicht auf die leitsatzmäßigen Prämissen der Urteile, sondern darauf, welche Regelungen als verfassungsgemäß angesehen wurden – und das ist es, was letztlich zählt –, so ergibt sich etwas anderes: nämlich der auch unseren reflektierten moralischen Intuitionen entsprechende gradualisierte Schutz, der umso stärker wird, je näher der Zeitpunkt der Geburt rückt. Rekapitulieren wir die wesentlichen Stufen.

a) Schutzlosigkeit in der pränidativen Phase

Das Gericht akzeptiert ohne weiteres die Bestimmung des § 218 Abs. 1 S. 2 StGB und damit die Zulässigkeit nidationshemmender Kontrazeptiva. Im Falle der natürlichen Zeugung bleibt die pränidative Phase von der Befruchtung der Eizelle bis hin zur Einnistung in den Uterus ca. 12 bis 14 Tage danach (sog. Nidation) strafrechtlich ganz und gar ungeschützt. § 218 Abs. 1 S. 2 StGB erklärt ausdrücklich, dass „Handlungen, deren Wirkung vor Abschluß der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter eintritt“, nicht als Schwangerschaftsabbruch gelten. Da der Embryo strafrechtlich nicht als Mensch gilt, sind entsprechende Handlungen wie die Benutzung einer Spirale oder der „Pille danach“ auch nicht als Tötungshandlung untersagt¹³⁰. Zur Erklärung dieser Rechtslage wird zuweilen darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber im sexuellen Intimbereich nicht regulierend oder verbietend eingreifen könne. Doch natürlich könnte er hier ohne jeglichen Eingriff in den höchstpersönlichen Bereich mit einem schlichten Produkt- und Vertriebsverbot operieren, was im Falle der „Pille danach“ ja auch thematisiert, nicht aber realisiert wurde. Die pränidative Phase (die ersten zwölf Tage nach der Befruchtung) *in vivo* ist also gänzlich schutzlos gestellt – das ist die erste Stufe.

128 H. Dreier, Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes, in: ZRP 2002, S. 377 ff.; ders., Grenzen (Fn. 86), S. 267 ff. – Im Folgenden greife ich auf einzelne Passagen aus diesen beiden Publikationen zurück.

129 BVerfGE 39, 1 (37); 88, 203 (254).

130 Das Bundesverfassungsgericht hat in seinen beiden Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch (BVerfGE 39, 1; 88, 203) diese Regelung zwar erwähnt, aber mit keinem Wort problematisiert und gänzlich unbeantwortet gelassen. Siehe dazu auch U. Schroth, Forschung mit embryonalen Stammzellen und Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Rechts, in: JZ 2002, S. 170 ff. (177); B. Schlink, Aktuelle Fragen des pränatalen Lebensschutzes, 2002, S. 8.

b) *Geringer Schutz in den ersten zwölf Wochen*

Das Gericht formuliert für die Zeit nach der Nidation gewisse Bedingungen für die Strafflosigkeit eines Schwangerschaftsabbruches, die in der Entscheidung von 1993 die Gestalt eines Beratungskonzeptes annehmen und in Form des § 218 a Abs. 1 StGB umgesetzt wurden. Danach greift ein erster strafrechtlicher Schutz für den Embryo ein, der aber denkbar schwach ausgeprägt ist. In den ersten zwölf Wochen nach der Empfängnis ist gemäß § 218 a Abs. 1 StGB der von einem Arzt auf Wunsch der Frau vorgenommene Abbruch der Schwangerschaft strafflos möglich, wenn dem eine Beratung nach § 219 Abs. 2 StGB vorausgegangen ist. Diese Beratung verlangt aber von der Schwangeren nichts weiter als ihre physische Präsenz – weder werden Erklärungs- oder Darlegungspflichten statuiert noch ist die plausible Geltendmachung einer irgendwie gearteten Konfliktlage verlangt oder eine sonstige Indikation erforderlich. So können und werden es oft eher schlichte und durchaus egoistische Motive sein, die zum Abbruch der Schwangerschaft führen. Der Sache nach handelt es sich also um eine Fristenregelung mit rein formeller Beratungspflicht¹³¹. Von den weit über 100.000 Abtreibungen pro Jahr, die in der Bundesrepublik Deutschland statistisch erfasst werden, fallen deutlich mehr als 95% unter diese Regelung. Dieser relativ schwache Schutz des ungeborenen Lebens beschränkt sich aber auf die ersten zwölf Wochen der Schwangerschaft – zweite Stufe.

c) *Indikationenabhängige Abtreibung nach zwölf Wochen*

Nach diesem Zeitraum lassen Gericht wie Gesetz (§ 218 Abs. 2 StGB) eine Abtreibung nur noch unter sehr viel strengeren Voraussetzungen zu, so dass parallel zum Wachstum des ungeborenen Lebens dessen Schutz deutlich intensiver wird – dritte Stufe. Jetzt sind Abtreibungen nach bloßer Beratung und ohne weitere Voraussetzungen nicht mehr strafflos möglich. Für die Rechtfertigung der Tat bedarf es vielmehr des Vorliegens bestimmter Indikationen. Allein dieser Umstand zeigt mit hinlänglicher Deutlichkeit, wie schwach und nur vorgeschoben das oft für die Strafflosigkeit der Abtreibung ins Feld geführte Argument ist, der Schutz des ungeborenen Lebens sei eben nur *mit* der Schwangeren und *nicht gegen* sie möglich. Denn warum ist dann ein Schwangerschaftsabbruch nach Beratung innerhalb der ersten zwölf Wochen strafflos, ab der 13. Woche aber nicht mehr? Warum kommt jetzt doch das angeblich so untaugliche

131 Dass der Schwangerschaftsabbruch, wie in BVerfGE 88, 203 Ls. 4 statuiert, „für die ganze Dauer der Schwangerschaft grundsätzlich als Unrecht angesehen und demgemäß rechtlich verboten sein“ müsse, hat keine greifbaren Konsequenzen. Das Bundesverfassungsgericht selbst hält das Rechtswidrigkeitsverdikt nicht durch und höhlt es so weit aus, dass von ihm letztlich in der Substanz nichts übrigbleibt. Denn erstens schließt das Gericht in derselben Grundsatzentscheidung im eklatanten Unterschied zu anderen rechtswidrigen Angriffen auf ein Rechtsgut (wie hier der angeblich rechtswidrige Schwangerschaftsabbruch als Angriff gegen das Leben des Fötus) die Nothilfe zugunsten des Angegriffenen explizit aus. Andererseits statuiert es für den abtreibungsbedingten Zeitraum der Abwesenheit vom Arbeitsplatz Lohnfortzahlungsansprüche der Frau gegen ihren Arbeitgeber, bei Mittellosigkeit Ansprüche auf Sozialhilfe für die Durchführung der Abtreibung – also für eine angeblich rechtswidrige Handlung! Und Ärzte, die diese angeblich rechtswidrige Handlung durchführen, genießen dabei, wie das Gericht im Urteil selbst schon angedeutet und in einer späteren Entscheidung ausdrücklich ausgesprochen hat, den grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit (BVerfGE 98, 265 [296 ff.]). Fazit: Das Bundesverfassungsgericht *bezeichnet* die Abtreibung zwar als Unrecht und als rechtswidrig, *behandelt* sie aber als rechtmäßig (so treffend *Hoerster*, Ethik [Fn. 121], S. 60). Demgemäß ist die Formel „rechtswidrig, aber straffrei“ u. a. als Eiertanz, Leerformel, Schleichweg oder Farce etikettiert worden: Nachweise bei *Schmidt-Jortzig*, Rechtsfragen (Fn. 88), S. 34 f.

Strafrecht zum Zuge? Weiterhin bilden Schwangere und Fötus doch die vielzitierte „Zweiheit in Einheit“¹³² – diese *Relation* kann es also nicht sein. Doch der *Status* eines der Beteiligten hat sich fortentwickelt: das werdende Leben im Mutterleib ist gewachsen, und der Zeitpunkt der Geburt rückt näher. Parallel dazu wächst auch der Schutzanspruch durch die Rechtsordnung, der durchaus gegen die Schwangere und mit den Mitteln des Strafrechts durchgesetzt wird, wenn es an der geforderten Indikation mangelt. Insbesondere bei der medizinischen Indikation, bei der das Ungeborene Leben und Gesundheit der Schwangeren gefährdet, zeigt sich freilich, dass die Rechtsordnung das Leben eines geborenen Menschen, der Schwangeren, immer noch höher gewichtet als das Leben des nasciturus¹³³.

d) *Embryopathische Indikation*

Ganz auf dieser gedanklichen Linie eines gestuften vorgeburtlichen Lebensschutzes hat das Gericht schließlich die zum Zeitpunkt der Entscheidung im Jahre 1993 noch gültige Regelung akzeptiert, wonach bei embryopathischer Indikation die Abtreibung nicht strafbar bzw. gerechtfertigt ist¹³⁴, freilich nur bis zur 22. Schwangerschaftswoche¹³⁵. Der Grund für diese Zäsur liegt darin, dass ungefähr ab diesem Zeitpunkt die extrauterine Lebensfähigkeit des Fötus beginnt, was die These vom gestuften, wachsenden Lebensrecht des Ungeborenen ein weiteres Mal plastisch illustriert und eine vierte Stufe markiert. Nach geltender Rechtslage spielt diese zeitliche Limitierung aber keine Rolle mehr. Denn seit 1995 kennt das Strafgesetzbuch nur noch eine Indikation, die medizinische, in der die embryopathische „aufgegangen“ ist¹³⁶. Die auf Druck der Behindertenverbände und Kirchen vorgenommene Streichung wurde im Wesentlichen mit der in der Indikation liegenden Diskriminierung von Behinderten begründet. Eine Norm erfasst jetzt zwei völlig unterschiedliche Konstellationen: sowohl diejenige, dass die Mutter gesund, das Kind aber geschädigt ist (embryopathische Indikation), wie auch die,

132 BVerfGE 88, 203 (253).

133 Detaillierter hierzu sowie mit Nachweisen aus der Strafrechtswissenschaft sowie dem Katholischen Kirchenrecht, das diese Konstellation nunmehr als einzige Ausnahme und Strafbefreiungsgrund anerkennt: *Dreier*, Grenzen (Fn. 86), S. 269 f.

134 Die hinreichend genaue Umgrenzung der embryopathischen Indikation vorausgesetzt, hatte das Bundesverfassungsgericht hier eine der Konstellationen anerkannt, „in denen schutzwürdige Positionen einer schwangeren Frau sich mit solcher Dringlichkeit geltend machen, daß jedenfalls die staatliche Rechtsordnung – unbeschadet etwa weitergehender moralischer oder religiös begründeter Pflichtauffassungen – nicht verlangen kann, die Frau müsse hier dem Lebensrecht des Ungeborenen unter allen Umständen den Vorrang geben“ (BVerfGE 88, 203 [256 f.]).

135 Nach der gesetzlichen Formulierung (§ 218 a Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 218 Abs. 3 [bis 15.6.1993] bzw. § 218 a Abs. 3 StGB [bis 30.9.1995]) war bis zu diesem Zeitpunkt eine Abtreibung nicht strafbar bzw. nicht rechtswidrig, wenn nach ärztlicher Erkenntnis „dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß das Kind infolge einer Erbanlage oder schädlicher Einflüsse vor der Geburt an einer nicht behebbaren Schädigung seines Gesundheitszustandes leiden würde, die so schwer wiegt, daß von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann.“ Judikatur wie Literatur hatten die ältere Formulierung („nicht strafbar“) ebenso als Rechtfertigungsgrund verstanden wie die jüngere Formulierung („ist gerechtfertigt“): siehe nur *T. Fischer*, StGB, 59. Aufl. 2012, § 218 a Rn. 14.

136 Vgl. *W. Gropp*, in: *W. Joecks/K. Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 3, 2003, § 218 a Rn. 33: „Obwohl § 218 a idF des SFHÄndG und im Unterschied zur Indikationslösung von 1976 eine embryopathische und eine allgemeine Notlagenindikation nicht mehr formuliert, besteht Einigkeit darin, dass Konfliktlagen dieser Art unter bestimmten Umständen als Fälle der medizinisch-sozialen Indikation eingeordnet werden können.“

dass das Kind gesund ist, aber das Leben der Mutter gefährdet (medizinische Indikation). Infolgedessen sind für die embryopathische Konstellation die von 1993 bis 1995 geltende Beratungspflicht ebenso wie die Frist von 22 Wochen und schließlich desgleichen die gesonderte statistische Erfassung entfallen. Nach dieser neuen Rechtslage sind Spätabtreibungen in Fällen möglich, in denen die extrauterine Lebensfähigkeit des Fötus gegeben wäre, ohne dass dieser das Leben der Schwangeren gefährdete¹³⁷. Diese Formen der Spätabtreibung sind seit längerem Gegenstand einer rechtspolitischen Diskussion¹³⁸, wobei sich hier eine baldige Revision nicht abzeichnet.

e) *Medizinische Indikation*

Als unproblematisch erscheint allein seit jeher die klassische medizinische Indikation im engen Sinne, bei der die Leibesfrucht das Leben oder die Gesundheit der Mutter bedroht. Dass hier ein Schwangerschaftsabbruch selbst in einem sehr späten Stadium bis kurz vor der Geburt – fünfte Stufe – ohne Rechtswidrigkeitsverdikt vorgenommen werden darf (§ 218 a Abs. 2 StGB¹³⁹), zeigt erneut, dass auch der stark angewachsene Schutz des möglicherweise außerhalb des Mutterleibes schon lebensfähigen Fötus dem eines geborenen Menschen nicht gleichkommt. Gälte hingegen voller Lebens- und Würdeschutz „von Anfang an“, so wäre es keineswegs selbstverständlich, im Konfliktfall die Entscheidung immer und ausnahmslos zugunsten der Schwangeren und zuungunsten des nasciturus ausfallen zu lassen – und schon gar nicht, die entsprechende Handlung strafrechtlich als gerechtfertigt anzusehen. Stimmt die medizinische Indikation nur, wenn man von der Ungleichwertigkeit geborenen und ungeborenen Lebens ausgeht und dem Leben der Schwangeren Priorität einräumt¹⁴⁰.

f) *Fazit: Gestufter vorgeburtlicher Lebensschutz*

Nach geltendem Recht ist also von einem anfangs gänzlich fehlenden, nach der Nidation kontinuierlich stärker werdenden Schutz des ungeborenen Lebens auszugehen. Dabei kommt es weniger auf die einzelnen Zäsuren als auf die stete graduelle Steigerung an. Jene Struktur (geringer Schutz am Anfang, stärker werdender Schutz mit dem Voranschreiten der Schwangeren

137 Von den rd. 3000 medizinisch indizierten und in aller Regel deutlich nach der zwölften Woche durchgeführten Abtreibungen betreffen die wenigsten den eigentlichen Fall der Gefährdung des Lebens der Mutter. Die allermeisten sind „embryopathisch motiviert, aber unter Tarnkappe“ (B. Schöne-Seifert im Ausschuss für Gesundheit, 42. Sitzung vom 25. Mai 2011, Protokoll S. 28; siehe <http://www.thierse.de/dokumente/ordner-fuer-dokumente/protokoll-der-pid-anhoerung.pdf> [16.03.2012]).

138 N. Hoerster/J. Rüttgers, Zulässigkeit von Spätabtreibungen? Pro und Contra, in: ZRP 2007, S. 71.

139 § 218 a Abs. 2 StGB lautet: „Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.“

140 Diese Konstellation wird nunmehr im katholischen Kirchenrecht als einziger Strafbefreiungsgrund i. S. v. c. 1323 4o für den sonst nach c. 1398 CIC strafbaren Schwangerschaftsabbruch anerkannt: vgl. K. Lüdicke, in: ders. (Hrsg.), Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici, Can. 1323 (1992), Rn. 12. – Beispiel für eine seltene Stellungnahme, wonach wegen der Gleichwertigkeit geborenen und ungeborenen Lebens die Abtreibung auch bei Lebensgefahr für die Schwangere nicht rechtmäßig sei: W. Esser, Die Rechtswidrigkeit des Aborts, in: MedR 1983, S. 57 ff. (59).

schaft) findet sich in den Rechtsordnungen der meisten Staaten verankert¹⁴¹. In diesem Befund eines den rechtlichen Regeln inhärenten Konzeptes gestuften vorgeburtlichen Lebensschutzes spiegelt sich der Umstand, dass wir einem empfindungsunfähigen Zellverband im Blastocystenstadium und somit vor dem entscheidenden Ereignis der Nidation nicht den gleichen Status beimessen und infolgedessen nicht den gleichen Schutz zuteil werden lassen wie einem längst individuierten Fötus in der zehnten oder 15. Schwangerschaftswoche oder gar noch später. Die besondere Problematik der Spätabtreibungen besteht genau darin, dass wir es mit einem außerhalb des Uterus bereits lebensfähigen Wesen zu tun haben. Gerade die exzeptionelle Qualität dieser Konstellation ist für das Konzept eines gestuften vorgeburtlichen Lebensschutzes übrigens absolut plausibel und stimmig erklärbar – aber nicht für jene, die vollen Lebens- und Würdeschutz für den Embryo von der Befruchtung der Eizelle an postulieren. Denn dieser volle Schutz „von Anfang an“ lässt sich ja nicht steigern. Ohnehin verträgt sich die vorstehend geschilderte Rechtslage, wie sie vom Bundesverfassungsgericht als grundgesetzgemäß akzeptiert bzw. eingefordert worden ist, ersichtlich überhaupt nicht mit dem Dogma vom absoluten Lebensschutz und voller Menschenwürdegarantie „von Anfang an“. Beim vorgeburtlichen Leben *in vivo* bestätigt die Analyse also eindeutig, dass dem positiven Recht (nicht anders als unseren reflektierten moralischen Intuitionen) die Vorstellung eines gestuften vorgeburtlichen Lebensschutzes inhärent ist¹⁴².

2 Embryonenschutz-Gesetz (ESchG) und Stammzell-Gesetz (StZG)

a) *Regelungsgegenstand: Embryonen in vitro*

Ging es bislang um die Lage des vorgeburtlichen Lebens *in vivo*, befasst sich das Embryonenschutz-Gesetz¹⁴³ mit dem Schutz des vorgeburtlichen Lebens *in vitro*. Genauer gesagt: allein mit dem pränidativen Leben *in vitro*, weswegen der Name des Gesetzes irreführend, weil viel zu umfassend ist. Denn unter Embryo versteht man medizinisch die Phase des vorgeburtlichen Lebens von der Befruchtung bis zur achten Schwangerschaftswoche; danach spricht man vom

141 So ist gerade in Ländern, die wie Norwegen, Schweden und die Niederlande in der Frühphase der Schwangerschaft einen Abbruch vergleichsweise weitgehend zulassen, die Beobachtung zu machen, dass man dort in der Spätphase der Schwangerschaft um so strenger verfährt. In den Niederlanden kann der ungeborene lebensfähige Embryo Opfer eines Totschlags i. S. d. Art. 287 des niederländischen StGB werden; in Norwegen findet sich eine zeitliche Obergrenze, indem bei „Grund zu der Annahme, daß die Leibesfrucht lebensfähig ist, eine Erlaubnis zum Schwangerschaftsabbruch nicht erteilt werden (kann)“; auch in Japan erfolgt der Schwangerschaftsabbruch aufgrund einer Entscheidung der Schwangeren nur, „solange der Fötus außerhalb des Mutterleibs nicht lebensfähig ist“. Siehe A. Eser/H.-G. Koch (Hrsg.), Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teil 3: Rechtsvergleichender Querschnitt – Rechtspolitische Schlußbetrachtungen – Dokumentation zur neueren Rechtsentwicklung, 1999, insb. S. 95 ff., 181 f.

142 Dieses Stufungskonzept wurde schon früh vertreten von R. Keller, Beginn und Stufungen des strafrechtlichen Lebensschutzes, in: H.-L. Günther/R. Keller (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik – Strafrechtliche Schranken?, 2. Aufl. 1991, S. 111 ff.; sodann E. Hilgendorf, Überlebensinteresse und Recht auf Leben – eine Kritik des „Ratioismus“, in: P. Strasser/E. Starz (Hrsg.), Personsein aus bioethischer Sicht (= ARSP-Beiheft 73), 1997, S. 90 ff. (105 ff.); des Weiteren wären zu nennen R. Neidert, Zunehmendes Lebensrecht, in: Deutsches Ärzteblatt 2000, S. A 3483 ff.; Schlink, Fragen (Fn. 130), S. 6 ff., 10 ff.; J. Taupitz, Der rechtliche Rahmen des Klonens zu therapeutischen Zwecken, in: NJW 2001, S. 3433 ff. (3437); T. Geddert-Steinacher, Gentechnische Entgrenzung des Menschenbildes?, in: W. März (Hrsg.), An den Grenzen des Rechts, 2003, S. 19 ff. (32 ff.); Schulze-Fielitz (Fn. 61), Art. 2 II Rn. 61, 66 ff. m. w. N.

143 Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – ESchG) v. 13.12.1990, BGBl. I S. 2746.

Fötus. Da das Embryonenschutz-Gesetz sich aber nur mit den Embryonen *in vitro*, nicht *in vivo* befasst, ist es nur während der ersten zwölf Tage nach der Befruchtung einschlägig, weil spätestens dann der Embryo zu seiner Weiterentwicklung in den Mutterleib gelangen muss. In vitro gibt es für ihn keine Fortentwicklungsmöglichkeit mehr. Hier heißt dann die Alternative: *ad infinitum* kryokonservieren, vernichten oder an ihm forschen. Sobald der Embryo sich aber im Mutterleib befindet, gelten nicht die Regeln des Embryonenschutz-Gesetzes, sondern die vorstehend geschilderten §§ 218 a ff. StGB mit den weitreichenden Möglichkeiten des Schwangerschaftsabbruches.

b) Vom ESchG zum StZG

Der Sache nach regelt das Embryonenschutz-Gesetz im Wesentlichen die künstliche Befruchtung. Dabei stellt es strenge formale Anforderungen auf und bestimmt etwa, dass innerhalb des Zyklus einer Frau nicht mehr als drei Embryonen auf dieselbe übertragen werden dürfen und die Befruchtung von Eizellen zugleich nur zum Zwecke der Herbeiführung einer Schwangerschaft zulässig ist¹⁴⁴. Damit soll die Entstehung überzähliger Embryonen nach Möglichkeit vermieden werden. Forschung an überzähligen Embryonen und therapeutisches Klonen sind nach herrschender Lesart des Gesetzes in Deutschland durchweg verboten, weil dabei frühe Embryonen vernichtet werden¹⁴⁵. Die Einfuhr von im Ausland hergestellten Stammzelllinien konnte das ESchG bei seinem Erlass noch nicht berücksichtigen, weil deren Gewinnung erst später (1998) medizinisch möglich wurde. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber im Jahre 2002 nach intensiver und kontroverser Diskussion in Wissenschaft und Politik¹⁴⁶ eine besondere gesetzliche Vorschrift zum Import embryonaler Stammzellen geschaffen. Das Stammzellgesetz¹⁴⁷ verbietet grundsätzlich die Einfuhr und Verwendung von humanen embryonalen Stammzellen¹⁴⁸, lässt sie aber ausnahmsweise und unter bestimmten, sehr restriktiven Bedingungen (§§ 4, 5 StZG) für Forschungszwecke zu. Dabei soll von Deutschland aus kein Beitrag

144 Vgl. dazu *J. Taupitz*, in: H.-L. Günther/P. Kaiser/J. Taupitz (Hrsg.), Kommentar zum Embryonenschutzgesetz, 2008, § 1 Abs. 1 Nr. 3 Rn. 1 ff. und *H.-L. Günther*, in: ebd., § 1 Abs. 1 Nr. 5 Rn. 6 ff.

145 Zur Diskussionslage siehe: *Nationaler Ethikrat*, Klonen zu Fortpflanzungszwecken und Klonen zu biomedizinischen Forschungszwecken, 2004.

146 Als Stimme in der Diskussion: *Nationaler Ethikrat*, Stellungnahme zum Import menschlicher embryonaler Stammzellen, 2001. Nachzeichnung der Debatte und der weiteren Entwicklung: *Nationaler Ethikrat*, Zur Frage einer Änderung des Stammzellgesetzes, 2007; *J. Taupitz*, Erfahrungen mit dem Stammzellgesetz, in: JZ 2007, S. 113 ff.

147 Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz) StZG v. 28. Juni 2002 (BGBl. I S. 2277). Erste Analysen: *H.-G. Dederer*, Verfassungskonkretisierung im Verfassungsneuland: Das Stammzellgesetz, in: JZ 2003, S. 986 ff.; *C. Enders*, Embryonenschutz als Statusfrage?, in: Zeitschrift für Rechtsphilosophie 2003, S. 126 ff. (136 ff.).

148 Notabene: Ganz unstreitig handelt es sich bei den Stammzelllinien nicht mehr um totipotente Zellen oder Zellverbände, aus denen sich ein kompletter menschlicher Organismus entwickeln könnte. Stammzelllinien können daher, was ebenso unstreitig ist, auch nicht als Träger von Art. 2 Abs. 2 oder Art. 1 Abs. 1 GG angesehen werden (*Dreier* [Fn. 49], Art. 1 I Rn. 102 m. w. N.). Sie unterfallen, weil es sich eben nicht um potentiell entwicklungsfähige Embryonen handelt, auch nicht dem ESchG; ihr Import wäre daher vor dem StZG *rechtlich* ohne weiteres zulässig gewesen (ganz überwiegende Meinung: siehe nur *Schmidt-Jortzig*, Rechtsfragen [Fn. 88], S. 12 ff; kaum überzeugend hingegen der vage Hinweis auf einen möglicherweise entgegenstehenden „Geist“ des ESchG oder den Gedanken des Rechtsmissbrauches bei *Enders*, Embryonenschutz [Fn. 147], S. 128). Der Import unterblieb aber zunächst wegen der politisch-ethischen Debatte und beschäftigte im Sommer und Herbst 2001 den frisch gekürten Nationalen Ethikrat. Die durch das StZG von 2002 geschaffene Rechtslage war also im Ergebnis restriktiver als zuvor.

zum Embryonenverbrauch für die Herstellung von Stammzelllinien im Ausland ausgehen¹⁴⁹, weswegen die sog. Stichtagsregelung eingeführt wurde¹⁵⁰. Diese restriktiven Bestimmungen verdanken sich einer Maxime, die Margot von Renesse (MdB) in einer vielzitierten Wendung wie folgt auf den Punkt gebracht hat: „Kein Embryo darf für die deutsche Forschung sterben“.¹⁵¹

c) Hoher Schutz der Embryonen *in vitro*

Damit ist klar, dass dem Embryo *in vitro* ein besonders hoher Rang eingeräumt wird. Deutlich machen das schon die ersten Worte des StZG, wenn es dort heißt: „Zweck dieses Gesetzes ist es, im Hinblick auf die staatliche Verpflichtung, die Menschenwürde und das Recht auf Leben zu achten ...“. Freilich ist diese Passage sogleich erläuterungsbedürftig deswegen, weil die Stammzelllinien, um die es in diesem Gesetz (im Unterschied zum ESchG) allein geht, nach ganz unangefochtener Auffassung selbst nicht Träger der grundgesetzlichen Garantien des Lebensrechts (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) sind. Denn im Unterschied zu Embryonen kann sich aus Stammzelllinien kein menschlicher Organismus mehr entwickeln. Die Erklärung liegt darin, dass das StZG sich mit der Rechtsgutsbestimmung in § 1 auf die Embryonen bezieht, aus denen diejenigen Stammzelllinien gewonnen werden, deren Import und Verwendung geregelt werden soll. Das StZG zielt also mit seiner Zweckbestimmung und seinem Regelungsinstrumentarium in zentraler Weise auf den Schutz von (überzähligen) Embryonen *im Ausland*. Der entsprechende Schutz *im Inland* (keine Vernichtung von Embryonen zur Gewinnung von Stammzelllinien) ist bereits durch das ESchG sichergestellt¹⁵². Der Text dieses älteren Gesetzes enthält zwar keinen vergleichbaren expliziten Bezug auf die zentralen Verfassungsgüter Würde und Leben, doch waren Bezugnahmen darauf bei seiner Genese und Begründung¹⁵³ allgegenwärtig¹⁵⁴. Ohne einen solchen starken Bezug wären die außerordentlich restriktiven Regelungen kaum erklärlich. Und da das StZG sich ausdrücklich als Form der Sicherstellung des Embryonenschutzes (freilich: im Ausland!) begreift, wird dieser

149 § 1 Nr. 2 StZG gibt als Zweck des Gesetzes u. a. an: „zu vermeiden, dass von Deutschland aus eine Gewinnung embryonaler Stammzellen oder eine Erzeugung von Embryonen zur Gewinnung embryonaler Stammzellen veranlasst wird“. Zu den außerordentlich voraussetzungsvollen, aber wenig plausiblen Annahmen einer kausalen Verknüpfung zwischen dem Import von Stammzelllinien nach Deutschland und der Auswirkung auf deren Herstellung durch die Vernichtung überzähliger Embryonen im Ausland genauer Dreier (Fn. 49), Art. 1 I Rn. 103 f. Man muss sich nur vor Augen halten, dass allein in Großbritannien mehrere hunderttausend überzählige Embryonen lagern und sich einmal etablierte Stammzelllinien relativ gut vermehren lassen.

150 Die Stammzelllinien mussten vor einem bestimmten Datum (ursprünglich: 1. Januar 2002) hergestellt worden sein, um auch nur die theoretische Möglichkeit auszuschließen, dass für ihre Herstellung ein Anreiz aus Deutschland ausgegangen sein könnte. Mit der Änderung des StZG durch Gesetz v. 14. August 2008 (BGBl. I S. 1708) wurde der Stichtag, der gleichen Logik folgend, auf den 1. Mai 2007 verschoben.

151 Siehe etwa SPIEGEL v. 25. April 2002.

152 Zu den nicht einfachen verfassungsrechtlichen Fragen, die sich mit dem Schutz von Grundrechtsgütern im Ausland auf diesem Feld stellen: Dreier (Fn. 49), Art. 1 I Rn. 104.

153 Das ESchG erlaubt die künstliche Befruchtung einer Eizelle und damit die Herstellung eines Embryos *in vitro* nur zum Zwecke der Herbeiführung einer Schwangerschaft. Damit und mit dem Verbot der Forschung an Embryonen, auch an überzähligen, bezweckte der Gesetzgeber ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfes „der Wertentscheidung der Verfassung zugunsten der Menschenwürde und des Lebens Rechnung zu tragen“ (BT-Drs. 11/5460, S. 6).

154 Zur Gesetzesentstehung siehe J. Taupitz, in: H.-L. Günther/J. Taupitz/P. Kaiser (Hrsg.), Kommentar zum Embryonenschutzgesetz, 2008, Einf B Rn. 1 ff.; ebd. Rn. 22 ff. über die Problematik der Legitimation von Straftatbeständen durch Rückgriff auf die Menschenwürde.

Bezug nochmals deutlich. Prototypisch begegnet die Position, die dem frühen Embryo volles Lebensrecht und ungeteilten Würdeschutz beimisst, etwa im Minderheitenvotum der ersten Stellungnahme des Nationalen Ethikrates: „Menschliches Leben steht von Anfang an unter dem Schutz der Menschenwürde. (...) Deshalb muss auch in den Frühphasen menschlicher Embryonen eine Güterabwägung unterbleiben, in die andere Gesichtspunkte als das Leben selbst eingebracht werden.“¹⁵⁵

d) Zulässigkeit der PID

Ganz abgesehen von den offenkundigen Wertungswidersprüchen (dazu 3.) bergen solche starken Begründungen stets die Gefahr der Überdetermination in sich. Offensichtlich wurde dies angesichts des Umstandes, dass die restriktiven Bestimmungen des ESchG nach lange Zeit herrschender Auffassung auch die Präimplantationsdiagnostik (PID) untersagten¹⁵⁶, diese Annahme aber erschüttert wurde durch ein Urteil des BGH, das bezeichnenderweise auf die Selbstanzeige eines Reproduktionsmediziners zurückging¹⁵⁷. Das Urteil erklärte eine PID in bestimmten Fällen für zulässig und wurde sogleich zum Anlass für eine legislative Reaktion in Gestalt eines expliziten gesetzlichen Verbotes genommen. Auf eine ebenso kontroverse wie breite gesellschaftspolitische Debatte folgte schließlich am 7. Juli 2011 die Abstimmung über konkurrierende Entwürfe im Bundestag: es siegte mit erstaunlich klarem Vorsprung der Vorschlag für eine eng begrenzte Zulassung der PID¹⁵⁸. Diese Regelung hat nun in Gestalt des neuen § 3a Eingang in das ESchG gefunden¹⁵⁹. Obwohl die PID der Intention der handelnden Personen nach auf die Herbeiführung einer Schwangerschaft zielt, besteht bei ihr schon aufgrund der Tatbestandsvoraussetzungen für eine legale Untersuchung immer auch die Möglichkeit, dass die Diagnose eine schwere Erbkrankheit ergibt und der Embryo infolgedessen nicht eingepflanzt wird¹⁶⁰. Es liegt auf der Hand, dass sich diese Handlungsweise mit der These vom vollen Würde- und Lebensschutz „von Anfang an“ nicht verträgt. So treten mittlerweile schon innerhalb des Embryonenschutzgesetzes keineswegs geringfügige Inkonsistenzen hervor.

155 *Nationaler Ethikrat*, Stellungnahme zum Import menschlicher embryonaler Stammzellen, 2001, S. 28 ff. (Zitat: S. 32); die Position der Mehrheit findet sich ebd., S. 14 ff.

156 Allgemein zum Pro und Contra einer expliziten Zulassung der PID im Vorfeld der BGH-Entscheidung: *Nationaler Ethikrat*, Genetische Diagnostik vor und während der Schwangerschaft, 2003 (mit Literaturverzeichnis); C. F. Gethmann/S. Huster (Hrsg.), *Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik*, 2010 (darin aus rechtlicher Sicht insb. die Beiträge von T. Gutmann, W. Heun, F. Hufen, T. M. Spranger und E. Hilgendorf und S. Beck); A. Kuhlmann, *An den Grenzen unserer Lebensform*, 2011, S. 107 ff.

157 BGH v. 6. Juli 2010 (NJW 2010, 2672). Erste Würdigungen: U. Schroth, Keine Strafbarkeit bei Durchführung einer Präimplantationsdiagnostik auf genetische Schäden, in: NJW 2010, S. 2676 f.; H. Krefß, Präimplantationsdiagnostik und Fortpflanzungsmedizin angesichts des ethischen Pluralismus. Rechtspolitische Gesichtspunkte nach dem Urteil des BGH, in: ZRP 2010, S. 201 ff.

158 In der dritten Lesung stimmten 326 Abgeordnete für diesen Gesetzentwurf (BT-Drs. 17/5451). Siehe http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2011/35036974_kw27_de_pid/index.html (16.03.2012).

159 Durch Änderungsgesetz v. 21. November 2011 (BGBl. I S. 2228). Erste Stellungnahmen: T. Henking, Präimplantationsdiagnostik – neues Gesetz, neue Probleme, in: ZRP 2011, S. 20 ff.; F. Czerner, Die Kodifizierung der Präimplantationsdiagnostik (PID) in § 3a ESchG im Ensemble pränataldiagnostischer und schwangerschaftsbezogener Untersuchungen des Fötus, in: MedR 2011, S. 783 ff.

160 Klar und präzise *Schöne-Seifert* (Fn. 137), Protokoll S. 9: „Die als solche risikolose PID erfolgt immer in potentiell selektiver Absicht, denn sie wird von Paaren erbeten, die nur Embryonen ohne einen bestimmten befürchteten Effekt auf den Schwangerschaftsweg bringen wollen.“ Aber wichtig die vorweggenommene Präzision: Es handelt sich um „Selektion gegen die besagte Krankheit“.

3 Wertungswidersprüche

Noch sehr viel schwerer wiegen allerdings die Wertungswidersprüche, die sich aus der Gegenüberstellung der Rechtslage beim Schwangerschaftsabbruch (also beim pränatalen Leben *in vivo*) mit der Rechtslage bei humantecnologischen Praktiken und somit beim pränidativen Leben *in vitro* ergeben. Während die befruchtete Eizelle *in vivo* bis zur Einnistung in die Gebärmutter überhaupt keinen rechtlichen Schutz genießt, wird sie in der gleichen Phase *in vitro* von einem engen Geflecht strafrechtlicher Normen umgeben. Bildlich gesprochen: stellt sich der Schutz des ungeborenen Lebens bei den Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch wie eine stetig aufsteigende Linie von der frühesten Phase der Befruchtung bis hin zur näher rückenden Geburt dar, wird daraus unter Einbeziehung des Embryonenschutz-Gesetzes eine Art Achterbahn, in deren Verlauf auf einen extrem hohen Schutz zu Beginn *in vitro* der völlige Ausfall rechtlicher Regelungen *in vivo* bis zur Einnistung in die Gebärmutter folgt. Das wirkt widersprüchlich und ungereimt und kann auch durch noch so häufige Wiederholungen zur angeblichen „Sondersituation“ bei der Schwangerschaft nicht aus der Welt geräumt werden¹⁶¹.

V Politikdiskurs: Grenzen legislativer Rationalität

1 Erklärungen für Inkonsistenzen der Rechtslage?

Die Diskrepanz zwischen der Rechtslage *in vivo* und *in vitro* tritt offen zutage. Aber findet diese merkwürdig gespaltene Normsituation nicht vielleicht auch eine Rechtfertigung? Oft wird insofern gesagt, es handele sich doch offensichtlich um verschiedene Sachverhalte. Das ist richtig, allerdings kein Argument: denn dass zwei Sachverhalte unterschiedlich sind, ist noch kein hinlänglicher Grund für ihre Ungleichbehandlung, sondern logische Voraussetzung für ihren Vergleich¹⁶². Gäbe es keine Differenzen, handelte es sich um identische Sachverhalte. Vergleichen lassen sich daher nur zwei Dinge oder Sachverhalte, die in irgendeiner Hinsicht verschiedenartig sind. Gleichheit wird in den Worten Gustav Radbruchs in der Wirklichkeit nicht als Gegebenheit vorgefunden, sondern: „Gleichheit ist immer nur Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkte.“¹⁶³ Bezogen auf unser Thema muss die Frage also lauten, ob es gute Gründe für eine Ungleichbehandlung von Embryonen *in vivo* und *in vitro* gibt. Solche Gründe sieht man nun gern im geschützten Raum des weiblichen Körpers hier, der kalten Welt des Labors mit ihren Zugriffsmöglichkeiten Dritter dort. Sehr fundamentale Vorstellungen von Künstlichkeit und Natürlichkeit schwingen dabei oft mit¹⁶⁴. Aber was

161 Ausführliche Argumentation bei *Dreier*, Lebensschutz (Fn. 58), S. 30 ff.; *Merkel*, Forschungsobjekt (Fn. 100), S. 87 ff.; aus der jüngeren Literatur etwa *S. Beck*, Stammzellforschung und Strafrecht. zugleich eine Bewertung der Verwendung von Strafrecht in der Biotechnologie, 2006, S. 307 ff.; *M. Weschka*, Präimplantationsdiagnostik, Stammzellforschung und therapeutisches Klonen: Status und Schutz des menschlichen Embryos vor den Herausforderungen der modernen Biomedizin, 2010, S. 113 ff. m. w. N. – Man kann diesen Punkt natürlich auch marginalisieren oder schlicht ignorieren. Nach hunderten von Seiten seiner Habilitationsschrift, die mit Blick auf die Lage *in vitro* vollen Lebens- und Menschenwürdeschutz für den Embryo reklamiert, äußert *R. Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 553 ff. zur Rechtslage beim Schwangerschaftsabbruch im Grunde nicht mehr als: das sei ein anderer Fall, eine singuläre Konfliktsituation. Zu Recht kritisch insofern auch die Rezension von *M. Pawlik*, FAZ Nr. 124 v. 30. Mai 2008, S. 39.

162 Dazu mit klassischer Deutlichkeit: *G. Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932, S. 31 f.

163 *Radbruch*, Rechtsphilosophie (Fn. 162), S. 32.

164 Reflektiert dazu *C. Woopen*, Fortpflanzung zwischen Künstlichkeit und Natürlichkeit, in: Reproduktionsmedizin 18 (2002), S. 233 ff.

den Schutz angeht, so ist es (leider) eher umgekehrt: angesichts von deutlich mehr als 100.000 Abtreibungen Jahr für Jahr¹⁶⁵ ist der Raum des weiblichen Körpers keineswegs der sicherste, während jedenfalls in Deutschland der Embryo *in vitro* annähernd den Status der Unantastbarkeit genießt und lediglich zum Zwecke der Herbeiführung einer Schwangerschaft verwendet werden darf¹⁶⁶. Kein Grund ist auch der beliebte Hinweis, bei natürlicher Befruchtung sei der Schutz des Embryos in der pränidativen Phase unmöglich bzw. verfassungsrechtlich unzulässig, weil die absolute Intimsphäre betreffend¹⁶⁷. Dieser Logik zufolge dürfte die Polizei auch keine Verbrechen verfolgen, die im ehelichen Schlafzimmer geschehen. Aber natürlich ließen sich ohne weiteres Produktions- und Vertriebsverbote für alle Formen nidationshemmender Verhütungsmittel verhängen, ohne dass ein unzulässiger Eingriff in die Privatsphäre vorläge. Bei der „Pille danach“ hat man ein solches Verbot auch durchaus diskutiert, aber eben letztlich nicht realisiert.

Den Realitäten kommt man vielleicht durch einen Blick auf die Motivationslage etwas näher. Handelt es sich bei der in Deutschland so überaus restriktiven Rechtslage im Bereich des pränidativen Embryonenschutzes *in vitro* nicht auch um den Versuch einer moralischen Kompensation? Ist es ein Zufall, dass es besonders die Fraktion der GRÜNEN war, die annähernd geschlossen gegen die Verschiebung des Stichtags beim Stammzellimport gestimmt hat¹⁶⁸, deren Partei aber seit jeher das Recht der Schwangeren auf Abtreibung vehement verteidigt?

2 Wertungswidersprüche als Verfassungsverstoß?

Aus verfassungsrechtlicher Sicht entscheidend ist allerdings nicht die Motivlage der am Gesetzgebungsprozess beteiligten Parteien und deren Fraktionen, sondern die Frage, ob die dramatisch anmutenden Wertungswidersprüche als Verfassungsverstoß einzuordnen sind¹⁶⁹. Eine solche Idee mag durchaus naheliegen, wenn man an den Gesetzgeber gewisse Konsistenz-, Konsequenz- und Stringenzanforderungen stellt und diese zu einem grundgesetzlich validen Maßstab erstarken sieht. Damit berühren wir ein in jüngerer Zeit beständig intensiver behandeltes verfassungsrechtliches Thema¹⁷⁰, das zuletzt die Münsteraner Staatsrechtslehretagung 2011¹⁷¹

165 Zusammenstellungen aktueller Daten mit je unterschiedlichen Bezugspunkten unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/Schwangerschaftsabbrueche.html> (16.03.2012).

166 *Schmidt-Jortzig*, Rechtsfragen (Fn. 88), S. 23 stellt zutreffend fest, die „Vorstellung, der nidierte Embryo sei wenigstens im Mutterleib in einer natürlichen Protektion“, sei „einigermaßen blauäugig oder – wenn offensiv vorgetragen – unverfroren“. Vielzitiert ist auch die Sentenz, in Deutschland werde der Embryo so lange geschützt, bis er abgetrieben werden darf (siehe *E. Deutsch*, Embryonenschutz in Deutschland, in: NJW 1991, S. 721 ff. [724]).

167 Besonders abwegig *W. Höfling*, Wer lebt, hat Würde, in: FAZ Nr. 275 v. 26. November 2003, S. 37: „Abgesehen von unüberwindbaren Kausalitätsproblemen, mit denen namentlich ein strafrechtliches Schutzprogramm zu kämpfen hätte, liegt auch die sexualpolizeiliche Kontrolle entsprechender Praktiken jenseits verfassungsstaatlicher Legitimität.“

168 *S. Löwenstein*, Der Beginn einer immerwährenden Verschiebung?, in: FAZ Nr. 86 v. 12. April 2008, S. 2 (von 49 Abgeordneten stimmten 48 gegen die Verschiebung).

169 Daraus resultiert die Relevanz der im Folgenden kurz zu rekapitulierenden Debatte für das vorliegende Thema. Sehr klar hält *M. Payandeh*, Das Gebot der Folgerichtigkeit: Rationalitätsgewinn oder Irrweg der Grundrechtsdogmatik?, in: AöR 136 (2011), S. 578 ff. (583 f.) fest, dass das Gebot der Folgerichtigkeit nicht etwa die echte Kollision zwischen zwei Normen beseitigen, sondern Wertungswidersprüche vermeiden will.

170 Siehe aber bereits eingehend *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens (Fn. 44), S. 713 ff., 777 ff.

171 Das Gesamtthema lautete: „Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung“. Über „Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat“ referierten *G. Lienbacher* und *B. Grzeszick*. Siehe den Tagungsbericht von *B. Stürer*, DVBl. 2011, S. 1530 ff.

beschäftigte und unter Stichworten wie Rationalitätskontrolle, Folgerichtigkeit, Pflicht zur Konsistenz oder Widerspruchsfreiheit diskutiert wird¹⁷². Wesentliche Anstöße kamen, wie so oft in der Verfassungsentwicklung, vom Bundesverfassungsgericht, das unter Fokussierung auf unterschiedliche (teils eher freiheitsrechtliche, teils stärker gleichheitsrechtliche, teils prozedurale) Aspekte ein verfassungsrechtlich relevantes Rationalitätsgebot entwickelt und folgenreich in seine Judikatur aufgenommen hat: erwähnt seien insofern die einschlägigen Urteile zur Pendlerpauschale, zum Rauchverbot und zu Hartz IV¹⁷³. Einen gewissen Schwerpunkt hatte die Debatte seit jeher im Bereich des Steuerrechts¹⁷⁴, was angesichts der notorischen Wildwüchsigkeit dieses Gebiets nicht verwundert. „Dschungel des Steuerrechts“ ist ja eine sehr verbreitete Metapher.

Einigkeit herrscht weitgehend darüber, dass man sich von der Anwendung und verfassungsgerichtlichen Durchsetzung entsprechender Rechtsetzungsgebote, so unterschiedlich sie auch benannt und dogmatisch fundiert sein mögen, eine Rationalisierung der gesetzgeberischen Entscheidungen, eine höhere innere Stringenz und systematische Kohärenz staatlicher Rechtsetzung verspricht. Das sind gewiss hehre und gerade im Lichte des Rechtsstaatsprinzips allgemein begrüßenswerte Ziele. Allerdings tut man gut daran, bei alledem die vom Grundgesetz nicht etwa perhorreszierten, sondern als Basis für die Entscheidungsfindung im demokratischen Verfassungsstaat akzeptierten Mechanismen politischer Willensbildung nicht aus dem Auge zu verlieren. Dazu zählt insbesondere der eingangs in Erinnerung gerufene Umstand, dass Gesetzgebung in der Demokratie im Wesentlichen Wille der Mehrheit ist und insofern einen unhintergebar voluntaristischen Kern aufweist¹⁷⁵. Mancher Hinweis auf das Rationalitätsideal (resp. seine Derivate wie Systemgerechtigkeit, Folgerichtigkeit oder Widerspruchsfreiheit) wirkt hingegen wie ein direkter Appell an eine höhere Vernunft, getragen vom Glauben an Ideale aus den Zeiten der großen Vernunftrechtskodifikationen, wenn nicht gleich an die ewige Idee der Gerechtigkeit. Sätze wie: „Dem Ideal rationaler Gesetzgebung kann man sich nicht verschließen“ sind von einer Selbstgewissheit und Selbstsicherheit, die ebenso merkwürdig berührt wie die Aussage, es komme darauf an, „das Recht, seine Entwicklung und dogmatische Durchdringung nicht als Kampf zu begreifen“¹⁷⁶. Dazu passt dann, den Rationalitätsgedanken ohne jegliche verfassungs- oder ideengeschichtliche Fundierung kurzerhand zum „Leitbild moderner Staatlichkeit, das im Ideal des demokratischen Verfassungsstaates nochmals eine eigentümliche Wendung erfährt“, zu (v)erklären¹⁷⁷.

Hinter alledem tritt letztlich ein zentrales Missverständnis oder besser vielleicht: ein ziemlich gravierendes *Unverständnis* für die Prinzipien und Maximen einer demokratischen Ord-

172 Siehe C. Bumke, Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung, in: Der Staat 49 (2010), S. 77 ff.; P. Dann, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, in: Der Staat 49 (2010), S. 630 ff.; Payandeh, Gebot (Fn. 169), S. 578 ff.

173 BVerfGE 122, 210; 121, 317; 125, 175. Ich folge der transparenten Darstellung von Dann, Kontrolle (Fn. 172), S. 631 ff. – Nachzeichnung der Ende der 1990er Jahre einsetzenden Entwicklung eines verfassungsrechtlichen Konsistenzgebots auch bei Bumke, Pflicht (Fn. 172), S. 87 ff.

174 Etwa K.-A. Schwarz, „Folgerichtigkeit“ im Steuerrecht, in: Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 949 ff.

175 Vgl. oben unter I. (S. 2 ff.).

176 Zitate: Bumke, Pflicht (Fn. 172), S. 91 u. 92. Was anders als der stete Kampf um das bessere Argument, der Kampf um die Mehrheit, der Wahlkampf und der Streit der Meinungen charakterisiert eigentlich den modernen, pluralen, freiheitlichen demokratischen Verfassungsstaat?

177 Bumke, Pflicht (Fn. 172), S. 93 Fn. 86.

nung zutage. Das Grundgesetz ist kein Werkzeugkasten für die Errichtung eines möglichst rationalen, sozusagen wissenschaftlichen Stringenzansprüchen genügenden, in sich stimmigen Gesetzgebungsgesamtkunstwerkes mit potentiell Ewigkeitsanspruch, sondern Grundlage und Ordnungsrahmen für einen offenen politischen Prozess, aus dem dann letztendlich qua Mehrheitsentscheidung ein (temporär) für alle verbindliches Gesetz entspringt – bis zur nächsten Änderung aufgrund neuer Mehrheiten, neuer Umstände, neuer Einsichten¹⁷⁸.

Man kann und darf an den Gesetzgeber nicht die gleichen Konsistenz- und Konsequenzanforderungen stellen wie an eine wissenschaftliche – sei es eine philosophische, sei es juristische – Argumentation. Denn damit würde die „spezifisch institutionelle *Rationalitätsdifferenz*“ zwischen Politik und Wissenschaft übersehen¹⁷⁹. Der Gesetzgeber ist nicht in erster Linie Reflexionsinstanz, sondern Akteur im politischen Raum, und da sind Kompromisse, Wertungssprünge, Widersprüchlichkeiten sozusagen vorprogrammiert. Die Forderung nach rationaler Gesetzgebung steht in einem „Spannungsverhältnis zur Politik“¹⁸⁰, auch und gerade zu demokratischer Politik in einem pluralen Gemeinwesen. Vor allem in einem Mehrparteiensstaat, dessen Regierung fast immer auf Koalitionen beruht, sind Kompromisse unausweichlich¹⁸¹. Ganz richtig hat man festgestellt: „Kompromisse schließen gerade ein, dass auch vorläufige, bruchstückhafte und eben noch unvollkommene Regelungen möglich sind. Wo Systemreinheit gefordert wird, werden Kompromisse unmöglich.“¹⁸² Das kann schlimmstenfalls auf die verfassungsgerichtliche Verhinderung politischer Kompromisse hinauslaufen¹⁸³ und die Voraussetzungen lebendiger Demokratie ins Mark treffen.

Mit alledem ist natürlich kein Plädoyer für eine bewusst und gezielt widersprüchliche, sprunghafte und orientierungslose Normsetzung gemeint. Dass sich Politik um Systematik, Stringenz und Konsistenz bemühen sollte, steht außer Frage. Doch schon aus prinzipiellen demokratietheoretischen Gründen ist die Position jener, die aus dem Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung eine akribisch einzufordernde Pflicht zu konsistenter Gesetzgebung ableiten, nicht haltbar¹⁸⁴. Ganz im Gegenteil sind eher Befürchtungen begründet, wonach in den feingestrickten bundesverfassungsgerichtlichen Argumentationsfiguren ein „verfassungsrechtlich kaum zu rechtfertigendes Instrument des Gerichts, seine eigene Rationalitätsauffassung über diejenige des Gesetzgebers zu stellen“¹⁸⁵, erblickt werden muss. Das ist schon deswegen höchst problematisch, weil die politische Willensbildung Sache der offenen

178 Von „Friktionen“ spricht *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen (Fn. 44), S. 808 ff. unter der Überschrift „Rationalitätsgebot und Demokratieprinzip“.

179 Zitat: *W. Krawietz*, Rechtliche Verantwortung oder wissenschaftliche Vernunft im praktischen juristischen Entscheidungsverhalten?, in: H.-P. Müller (Hrsg.), Wissen als Verantwortung, 1991, S. 53 ff. (93).

180 So *H. Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 455.

181 Zur Unausweichlichkeit des – nicht als „faul“ zu diskreditierenden – Kompromisses früh *Kelsen*, Wesen (Fn. 24), S. 57 ff.; ebenso *R. Thoma*, Über Wesen und Erscheinungsformen der modernen Demokratie (1948), in: H. Dreier (Hrsg.), Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte, 2008, S. 406 ff. (423 f.); zusammenfassend *H. Schulze-Fielitz*, Art. Kompromiß, in: Evangelisches Staatslexikon, 4. Aufl. 2006, Sp. 1291 ff.

182 *Damm*, Kontrolle (Fn. 172), S. 640. Richtig betont *O. Lepsius*, JZ 2009, S. 260 ff. (261), dass gerade im Steuerrecht der Kompromiss regiert, wo zu den politischen Erfordernissen noch föderale Implikationen hinzutreten.

183 Siehe *Payandeh*, Gebot (Fn. 169), S. 613.

184 Kritisch insb. zum angeblichen Gebot der Widerspruchsfreiheit *H. Sandler*, Grundrecht auf Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung – Eine Reise nach Absurdistan?, in: NJW 1998, S. 2875 ff. (2875 f.); *A. Hanebeck*, Die Einheit der Rechtsordnung als Anforderung an den Gesetzgeber, in: Der Staat 41 (2002), S. 429 ff. (437).

185 *Damm*, Kontrolle (Fn. 172), S. 635; vgl. *G. Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 119 ff. (129 ff.).

und pluralen Diskussion der Gesellschaft und ihrer Repräsentanten sein sollte. Nichts und niemand vermag zudem zu garantieren, dass es um die Rationalitätsstandards des Gerichts irgendwie besser bestellt ist als um die des demokratischen Gesetzgebers¹⁸⁶. Die wundersame Vermehrung der Prüfungsmaßstäbe des Gerichts birgt zusätzlich das Risiko in sich, dass sich die vermeintlich intensivierete Bindung des Gesetzgebers in ihr Gegenteil verkehrt und zu größerer Unberechenbarkeit führt¹⁸⁷.

Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz, lautet eine berühmte Sentenz von Klaus Schlaich¹⁸⁸. Weder bedarf es einer besonders überzeugenden Begründung noch eines – nach welchen Standards auch immer entwickelten – optimalen Verfahrens und ebenso wenig der Bindung an Konsistenz-, Folgerichtigkeits- oder Widerspruchsfreiheitsgebote. Verfassungsrechtlich ausschlaggebend ist allein, ob sich die gesetzliche Regelung, auch wenn sie sich im Vergleich zu anderen als eklatant wertungswidersprüchlich darstellt, noch im Rahmen der grundgesetzlichen Normen hält¹⁸⁹. Es kommt also nicht auf die Erfüllung oder Nichterfüllung eines Meta-Begriffs von Rationalität in seinen verschiedenen Ausgestaltungsformen an. Wie schon vor vielen Jahren im Mitbestimmungs-Urteil festgehalten wurde (und woran man sich heute vielleicht wieder stärker erinnern sollte): es gibt keinen ominösen „Schutz- und Ordnungszusammenhang der Grundrechte“, kein Gesamtkonstrukt oberhalb der konkreten Normen des Grundgesetzes, anhand dessen ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt werden könnte. Den allein entscheidenden Maßstab bilden die konkreten Gewährleistungen des Grundgesetzes¹⁹⁰. Gleiches gilt für unsere Problemlage. Daher ist der Gesetzgeber, wie man richtig resümiert hat, „von Verfassungen wegen jedenfalls nicht auf die Einhaltung gesetzlicher Konsistenz oder Systematik verpflichtet. (...) Eine inkonsistente, systemwidrige, sich nicht in das übrige Regelungsgefüge einpassende gesetzliche Regelung ist nicht per se verfassungswidrig, sondern nur dann, wenn sie gleichzeitig gegen eine konkrete Verfassungsnorm verstößt.“¹⁹¹

Bezogen auf die Rechtslage im Bereich der Biotechnologie kann an dieser Stelle natürlich keine intensive Begutachtung geleistet werden, die die Frage einer möglicherweise übermäßigen Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit etwa im Bereich der embryonalen Stammzellforschung in extenso diskutieren würde. Gewiss lässt sich gut vertreten, dass der Staat die ihm gesetzten Schranken einer Grundrechtseinschränkung noch nicht verletzt hat, solange er von einem absoluten Forschungsverbot absieht und Forschung, wenn auch mit Stichtagsregelungen

186 Vgl. auch die kritische Anmerkung zum Urteil zur Pendlerpauschale von *O. Lepsius*, JZ 2009, S. 260 ff. (260): mit der Entscheidung werde „ein hochpolitisches Gebiet wie das Steuerrecht an Systemerwartungen gemessen, die weder verfassungsrechtlich zwingend noch verfassungspolitisch wünschenswert sind“.

187 *M. Cornils*, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, in: DVBl. 2011, S. 1053 ff. (1060 f.) mit Blick auf die Judikatur: „Die Erfindung und das variantenreiche Zusammenspiel immer neuer Begriffe ohne immer deutlich erkennbare je spezifische Aussage („Bestimmtheit, Normenklarheit, Normenwahrheit, Widerspruchsfreiheit“), eine virtuose Praxis der Ableitung von Grundsätzen aus nicht selten zugleich mehreren Verfassungsprinzipien, der gewachsene Bestand an Obersatzformeln, aus denen sich – je nach Auswahl und Zusammenstellung – durchaus unterschiedliche Ergebnisse herleiten lassen, erhöhen die Unberechenbarkeit der Verfassungsbindung eher, als dass sie sie reduzieren.“

188 *K. Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 99 ff. (109); rückblickende Analyse bei *C. Waldhoff*, „Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz“, in: Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 325 ff.

189 *Payandeh*, Gebot (Fn. 169), S. 612. Eingehende Diskussion der Forderung nach optimaler Gesetzgebungsmethodik bei *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens (Fn. 44), S. 841 ff.

190 Eindringlich BVerfGE 50, 290 (336 ff.).

191 *Payandeh*, Gebot (Fn. 169), S. 613 f.

und qualifizierten Anforderungen an einen Import von Stammzelllinien, prinzipiell zulässt¹⁹². Solange sich kein vollständiges Verbot der Forschung an überzähligen Embryonen ergibt, der Staat also insofern der Garantie des Art. 5 Abs. 3 GG noch Raum lässt und auf diese Weise auch seiner Schutzpflicht für Leben und Gesundheit der Bevölkerung nachkommt, solange mag die eklatante Inkonsistenz bei der Behandlung von Embryonen *in vitro* und *in vivo* noch hinnehmbar sein¹⁹³. Unumgänglich erscheint allerdings die Erkenntnis, dass diese außerordentlich restriktive Rechtslage keinesfalls durch die Verfassung zwingend vorgegeben ist. Das Grundgesetz würde durchaus eine deutliche Lockerung der derzeit bestehenden Rechtslage zulassen; es verbietet die Forschung an überzähligen Embryonen nicht zwingend, sondern bietet im Sinne der eingangs angedeuteten Vorstellung vom „Rahmen“ legislativen Handlungsspielraum für eine weitreichende Liberalisierung¹⁹⁴. Eine solche partielle Freigabe ist beispielsweise mit der Zulassung der PID in eng umgrenzten Fällen erfolgt¹⁹⁵, wobei es hier im Rahmen der grundgesetzlich gebotenen Abwägung nicht um die Forschungsfreiheit, sondern die Fortpflanzungsfreiheit der betroffenen Paare ging.

3 Das Irrationalitätsprivileg der Politik

Ein letzter Gesichtspunkt möge diesen Themenkomplex abrunden und zum Ende überleiten. Die bisherigen Erörterungen haben sich beim Pro und Contra insbesondere der bioethischen Positionen ganz auf die Statusfrage konzentriert, also den moralischen wie rechtlichen Status der frühen Embryonen als maßgeblich in den Blick genommen. Es gibt aber noch einen ganz anderen Begründungsstrang, nämlich den gesamtgesellschaftlichen¹⁹⁶. Hier geht es im Wesentlichen um Folgeanalysen, die – wie wir spätestens seit Max Weber wissen¹⁹⁷ – bei allen Werturteilsfragen eine herausragende Rolle spielen. Bezogen auf die Bioethik bedeutet das: man fragt nicht nach möglichen Verletzungen von rechtlichen oder moralischen Positionen des Embryos, sondern danach, welche sozialen Folgen die Einführung derartiger Praktiken nach sich ziehen könnte bzw. würde. Gegenstand der Betrachtung ist demnach „eine andere Dimension menschlichen Handelns“¹⁹⁸, nämlich die Bedeutung, die Handlungen für das soziale und politische Zusammenleben sowie für moralische Orientierungen und die Stabilisierung normativer Standards zukommt, auf die sie sich gegebenenfalls negativ auswirken.

Hier betreten wir somit das Feld, auf dem sich etwa mögliche Gefährdungen unseres Selbstverständnisses als moralisch und rechtlich eigenverantwortliche Individuen thematisieren so-

192 Das ist deswegen ein heikler Punkt, weil zur Forschungsfreiheit eben im Kern auch die Wahl der Methode zählt (siehe nur *I. Pernice*, in: H. Dreier [Hrsg.], GG-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 5 III [Wissenschaft] Rn. 30 m. w. N.). Breit angelegter Rechtsvergleich zu dieser Problematik bei *C. Seith*, Status und Schutz des extrakorporalen Embryos, 2007, S. 198 ff., 262 ff., 286 ff.

193 In diese Richtung auch: *Nationaler Ethikrat*, Frage (Fn. 146), S. 39 ff. (dort allerdings mit dem Vorschlag, an die Stelle der pauschalen Stichtagsregelung eine Einzelfallprüfung treten zu lassen, der von der Politik nicht aufgegriffen wurde).

194 Zu Hintergründen, rechtspolitischer Diskussion und verfassungsrechtlicher Zulässigkeit einer derartigen Liberalisierung siehe *Dreier* (Fn. 49), Art. 1 I Rn. 77 ff., 92 ff., 115; vgl. *Merkel*, Forschungsobjekt (Fn. 100), S. 264 ff., 270 ff.

195 Siehe oben bei und in Fn. 158.

196 Klare Unterscheidung zwischen beiden Argumentationssträngen etwa bei *Schröder*, Stellungnahme (Fn. 70), S. 1, 6; *Merkel*, Forschungsobjekt (Fn. 100), S. 190 ff.; *Nationaler Ethikrat*, Klonen zu Fortpflanzungszwecken und Klonen zu biomedizinischen Forschungszwecken, 2004, S. 48 ff.

197 Siehe *Dreier*, Wertfreiheit (Fn. 41), S. 57 ff.

198 *Schröder*, Forschung (Fn. 10), S. 299.

wie andere unerwünschte Folgen neuartiger Biotechnologien für unser Selbstverständnis zur Diskussion stellen lassen. Zudem werden mögliche Gefährdungen künftiger Generationen oder andere unbeabsichtigte Implikationen der damit verbundenen Praktiken in den Blick genommen. Besonders verbreitet sind sog. Dammbbruch-Argumente. Sie weisen die Struktur auf, dass eine bestimmte neue Regelung (z. B. die Zulassung einer PID für durch Erbkrankheiten schwer vorbelastete Paare) zwar für sich betrachtet gerechtfertigt sein könnte, man sich dadurch aber zwingend und unausweichlich in eine Art Abwärtsspirale begeben würde.

In der Debatte über die PID wurde beispielsweise immer wieder die Befürchtung geäußert (bzw. im Ton absoluter Gewissheit als unausweichliche Folge prognostiziert), ihre Zulassung würde zu einem unerträglichen eugenischen Gesamtklima in der Gesellschaft führen und behinderte Menschen entweder direkt diskriminieren oder zumindest eine stark sinkende Akzeptanz von Behinderungen und Behinderten nach sich ziehen. Auch würde es wie bei der Pränataldiagnostik zu einer unkontrollierten Ausweitung und massenhaften Anwendung dieser Technik kommen¹⁹⁹. Besonders gängig war die Vorstellung eines unaufhaltsamen Weges zur Menschenzüchtung, wofür sich die plastische Wendung vom „Designer-Baby“ einbürgerte, zu dem die PID über kurz oder lang führen würde. Aber auch beim reproduktiven Klonen darf als – vermutlich sogar stärkstes – Argument die Überlegung gelten, dass deren Zulassung die Idee der Zulässigkeit gezielter Fabrikation von Menschen durch künstliche Reproduktion befördern und somit zu einer Gefährdung von Orientierungssicherheit über die tragenden normativen Grundlagen des politischen Gemeinwesens führen würde²⁰⁰.

Wie alle Argumente sind auch diejenigen zu den vermuteten Folgen bestimmter Handlungen von unterschiedlicher Überzeugungskraft. Während die Überlegungen zum gesamtgesellschaftlich destruktiven Effekt des reproduktiven Klonens durchaus einzuleuchten vermögen, erscheinen andere als wenig stichhaltig oder gar grob irreführend. So suggeriert das Schlagwort vom „Designer-Baby“ die Vorstellung, mit Hilfe dieser Technik werde man gleichsam maßgeschneiderte Kinder züchten können, um sie dann wie aus einem Warenhauskatalog auszuwählen. Besteht aber erst einmal Klarheit darüber, dass die PID einem bestimmten genetisch schwer vorbelasteten Paar die Diagnose der befruchteten Eizelle auf Krankheiten ermöglicht, diese befruchtete Eizelle aber keine anderen genetischen Eigenschaften haben kann als die, die aus der Kombination des Erbguts der beiden Elternteile folgen²⁰¹, so erweist sich das sog. Designer-Baby rasch als das, was es von Anfang an war: eine „Journalistenerfindung“ (Richard Schröder), bestens geeignet zur Weckung von Emotionen und dem Ausmalen von Horror-szenarien²⁰². Ebenso wenig plausibel stellt sich bei näherem Hinsehen die Befürchtung dar, die

199 Siehe hierzu die Argumente pro und contra in: *Nationaler Ethikrat*, Genetische Diagnostik (Fn. 156), S. 88 ff., 138 ff.

200 Das Argument ist beim reproduktiven Klonen deswegen besonders stark, weil sich eine Menschenwürdeverletzung bei den an diesem Vorgang Beteiligten (Klonspender und erzeugter Klon) nur schwer begründen lässt. Näher *Dreier* (Fn. 49), Art. 1 I Rn. 110 f.

201 Zu den naturwissenschaftlichen Hintergründen verständlich *C. Nüßlein-Volhard*, *Das Werden des Lebens*, 2004, S. 184 ff.

202 Vgl. die Ad-hoc-Stellungnahme der Leopoldina vom Januar 2011: Pränimplantationsdiagnostik (PID) – Auswirkungen einer begrenzten Zulassung in Deutschland, 2. Aufl. 2011, S. 25: „Zu den verbreiteten Sorgen gehört die Befürchtung, dass sich die Anwendung der PID nicht auf die Vermeidung schwerwiegender Erkrankungen beschränken lasse, sondern auch auf weniger gravierende, eventuell auf banale Merkmale oder gar auf eine positive Selektion ausgeweitet werde. Gegen diese Befürchtung sprechen allerdings die bisherigen internationalen Erfahrungen, die untersuchungstechnische Unmöglichkeit einer Selektion nach komplexen, positiven Merkmalen wie Schönheit oder Intelligenz und die Option, den Indikationsbereich für die PID gesetzlich streng zu begrenzen.“

Zulassung der PID führe zu einer Diskriminierung Behinderter, da sie jeglicher empirischen Evidenz entbehrt²⁰³. In Ländern wie Großbritannien, wo sie seit vielen Jahren praktiziert wird, haben sich derartige Phänomene nicht feststellen lassen. In Deutschland wiederum, wo die vergleichbare, aber erst nach Beginn einer Schwangerschaft mögliche PND sich seit langem als ein massenweise praktiziertes Routineverfahren etabliert hat und die strafrechtlichen Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs seit mehreren Jahrzehnten liberalisiert worden sind, haben – ganz im Gegenteil – die Maßnahmen zur Förderung von Behinderten sowie deren gesellschaftliche Akzeptanz im gleichen Zeitraum erkennbar und in deutlichem Ausmaß zugenommen²⁰⁴.

Ganz überwiegend sind die oft ins Spiel gebrachten Dambruchargumente also wenig stichhaltig. Doch auch hier gilt zunächst einmal grundsätzlich, dass es für gesetzliche Regelungen nicht wissenschaftlich evidenter und stichhaltiger Beweise bedarf. Sollten sich für diffuse und bei sachlicher Betrachtung eher unvernünftige Befürchtungen oder Ängste Mehrheiten in den parlamentarischen Vertretungskörperschaften oder – im Falle direkter Demokratie – im Staatsvolk finden, dann kann man entsprechende Regelungen in Gesetzesform gießen. Das ist, wenn man es einmal zugespitzt formulieren will, das Irrationalitätsprivileg der Politik. Davor muss die Wissenschaft nicht kapitulieren, darf den Umstand aber auch nicht ignorieren. Der voluntaristische Kern der Demokratie lässt Regelungen zu, denen streng rationale Strukturen abgehen und die vor dem Forum reiner Vernunft – die Existenz eines solchen Forums einmal vorausgesetzt – keinen Bestand hätten. Politische Entscheidungen sind nicht von vornherein auf wissenschaftlich tragfähige Konzepte festgelegt. Die plurale Vielfalt, von der eingangs die Rede war, umfasst eben auch Wertungen, die bei Anlegung strikt wissenschaftlicher Maßstäbe kaum Bestand hätten. Auch Übersensibilitäten, haltlose Befürchtungen, unbegründete Ängste und fragwürdige Prognosen können von Relevanz sein. Implausibilitäten oder allzu gewagte Ursache-Wirkung-Hypothesen ziehen ebenso wenig sogleich und ohne weiteres das Verdikt der Verfassungswidrigkeit nach sich wie Inkonsistenzen und ein Mangel an Folgerichtigkeit. Allein die Normen der Verfassung bilden eine unüberwindbare Schranke. Doch wie bereits festgestellt: es wäre wohl eine allzu kühne Vermutung, die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts in ihrer Entscheidungsfindung automatisch ganz frei von Irrationalitäten oder Übersensibilitäten jedweder Art zu wähen, die den Gesetzesautoren (seien es Parlamentarier oder die Bürger selbst) in gewissem Umfang zu konzедieren sind. Wir müssen hier wie dort mit dem Umstand leben, dass absolute Rationalität kollektiver Entscheidungsfindung kaum möglich erscheint, wem auch immer wir sie in die Hand geben – einmal ganz abgesehen davon, ob eine solche absolute Rationalität mit wissenschaftlicher Objektivität festzustellen und ob sie politisch und sozial überhaupt als wünschenswert anzusehen wäre.

203 *Schlink*, Fragen (Fn. 130), S. 16 argumentiert überzeugend, dass angesichts einer sehr stabilen Unterscheidung zwischen Embryonen im pränidativen Stadium und geborenen Menschen sich das Slippery-Slope-Argument schlicht verbiete: „Die Schwelle zwischen dem Umgang mit befruchteten Eizellen und allem, was nicht nur menschliches Leben ist, sondern auch menschliches Antlitz trägt, ist nichts Schlüpfriges, über das man hinwegrutscht. Sie ist hoch und fest. So offenbart die Behauptung einer schlüpfrigen Nähe zwischen befruchteten Eizellen und Behinderten nur Unkenntnis über das, was Kontakt mit Behinderten ist.“

204 Nochmals *Leopoldina*, Ad-hoc-Stellungnahme (Fn. 202), S. 25: „Im Übrigen sind nach allen bisherigen Erfahrungen negative Auswirkungen auf Integration und Unterstützung geborener Menschen mit erblichen Krankheiten von einer PID-Zulassung ebenso wenig zu erwarten, wie sie bisher durch die PND-Praxis eingetreten ist. Das lässt sich in Ländern mit PID-Praxis beobachten.“

VI Von guten Gründen für Normen und vermeintlichen Abgründen politischer Normsetzung

Wenn wir ganz am Ende noch einmal zum Eingang dieses Textes zurückkehren, dann drängt sich natürlich die Frage auf: Was bedeutet der möglicherweise etwas ernüchternde Hinweis auf die Realitäten legislativer Tätigkeit²⁰⁵ für das große und gewiss lohnende Münsteraner Kollegforscherprojekt zur Normenbegründung? Zum einen wird man hier den schlichten Befund bestätigt finden, dass es sich bei Politik und Wissenschaft um zwei verschiedene gesellschaftliche Subsysteme mit divergierenden Eigenlogiken und stark voneinander abweichenden Stringenz- und Rationalitätsanforderungen handelt. Zum anderen sollte man daraus keinesfalls die resignative Konsequenz ziehen, reine Rationalität sei eben das eine, politischer Gestaltungswille das andere, und beides habe letztlich nichts miteinander zu tun. Zwar mögen gerade Philosophen dazu neigen, sich in einer Art von splendid isolation von den realen Weltläufen abzuwenden und sich ganz und gar auf die logische Struktur, innere Stringenz und sachliche Genauigkeit ihrer Argumentation zu konzentrieren, einigermaßen unbekümmert um Wirklichkeitsbezüge oder gar eine Nutzanwendung ihrer Überlegungen. Und umgekehrt pflegen gewiss nicht wenige Politiker das Selbstbild eines in zahllosen Sachzwängen, Netzwerken und Interessenverknüpfungen verstrickten Akteurs, der bei der konkreten Gesetzesgestaltung auf keinen Fall auch noch ethische Grundsatzüberlegungen berücksichtigen oder sich in basale Schichten einer Normbegründung vertiefen könne. Stellt man die beiden Welten von Wissenschaft und Politik so kontrastierend einander gegenüber, ließe sich zuspitzend von hehren Normbegründungen in Philosophie und Ethik einerseits, tiefen Abgründen realer Normsetzungsprozesse andererseits sprechen.

Man könnte allerdings gerade vor dem Hintergrund des in jüngerer Zeit immer stärker ertönenden Rufs nach wissenschaftlicher Politikberatung über die Selbstvergewisserung der eigenen wissenschaftlichen Disziplin und ihrer Standards hinaus die Diskrepanz zwischen Politik und Wissenschaft bzw. deren Vermittlungsbedürftigkeit selbst thematisieren. Es scheint mir ein wichtiges und bislang kaum besonders intensiv erörtertes Teilgebiet bei der Vermessung dieses weiten Feldes zu sein, den schon aus Gründen des Demokratieprinzips unausweichlichen Voluntarismus der Gesetzgebung mit wissenschaftlichen Begründungen und deren Standards zu kompatibilisieren – oder auch zu kontrastieren. Jedenfalls wäre es ein Desiderat, die spezifischen Umstände und Zwänge politischer Normsetzung (soweit diese nicht wiederum als absolut kontingent gelten müssen) gleichsam in die eigene wissenschaftliche Reflexion des Aufbaus von Begründungsstrukturen zu integrieren. Ob das gelingen kann? Einen Versuch wäre es vielleicht wert.

205 So wird Bismarck (vermutlich fälschlich) das Wort zugeschrieben: „Je weniger die Leute davon wissen, wie Würste und Gesetze gemacht werden, desto besser schlafen sie.“