

Prof. Dr. Friedhelm Hufen

o. Professor für Öffentliches Recht -
Staats- und Verwaltungsrecht
an der Universität Mainz

**Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung
frühzeitiger pränataler Diagnostik**

Dargestellt am Beispiel des Diagnoseprodukts PraenaTest®

Rechtsgutachten

erstattet im Auftrag

der Firma LifeCodexx AG, Konstanz

04. Januar 2013

Übersicht

A. Gegenstand des Rechtsgutachten, Sachverhalt, Problemstellung.....	4
I. Prüfungsgegenstand, Gutachtauftrag.....	4
II. Sachverhalt.....	4
III. Rechtliche Problemstellung, Methode, thematische Eingrenzung.....	7
B. Prüfung eines Verbots oder anderer Sanktionen nach geltender Rechtslage.....	8
I. Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage	8
II. Verbot von <u>PraenaTest®</u> nach § 4 Abs.1 MPG ?.....	9
III. Bestrafung des Anwenders nach § 25 Abs. 1 Ziff.3 i.V. m. § 15 Abs. 1 GenDG...12	12
IV. Verbot der Kostentragung durch die gesetzliche Krankenversicherung (GKV) und der Kostenerstattung durch die private Krankenversicherung (PKV) und die Beihilfe des Öffentlichen Dienstrechtsrechts ?.....	17
C. Zusätzliche gesetzliche Massnahmen gegen <u>PraenaTest®</u> aus verfassungsrechtlicher Sicht.....	19
I. Fragestellung	19
II. Schutzbereiche der von einem Verbot betroffener Grundrechte	20
1. Aus der Sicht des Herstellers und der anwendenden Ärzte.....	20
2. Aus der Sicht der Schwangeren.....	20
a. Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG).....	20
b. Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG).....	24
c. Grundrecht auf Fortpflanzung und Kinderwunsch (Art. 6 Abs. 1/Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG).....	24
III. Verbote als Eingriffe.....	26
IV. Rechtfertigung gesetzlicher Eingriffe.....	27
1. Allgemeines.....	27
2. Verfassungsimmanente Schranken - Konfligierende Verfassungsgüter.....	28
a. Menschenwürde des Embryo/Fötus (Art. 1 Abs. 1 GG).....	28

b. Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit des Embryo/Fötus	31
(Art. 2 Abs.2 S.1 GG)	
c. Benachteiligungsverbot behinderter Menschen (Art.3 Abs.3 S.2 GG).....	32
d. Schutz vor mittelbarer Benachteiligung behinderter Menschen.....	37
e. Schutz der Schwangeren vor unangemessenem Druck, Recht auf Nichtwissen.....	38
 3. Verhältnismäßigkeit – Abwägung.....	39
a. Allgemeines.....	39
b. Rechtfertigende Ziele des Eingriffs	40
c. Eignung.....	41
d. Erforderlichkeit.....	42
e. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – Zumutbarkeit.....	43
 D. Erfolgsaussichten einer Beschwerde gegen die Zulassung von <u>PraenaTest®</u> zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR).....	49
1. Zulässigkeit.....	49
2. Begründetheit.....	49
 Zusammenfassung der Ergebnisse.....	51

A. Gegenstand des Rechtsgutachtens, Sachverhalt, Problemstellung

I. Prüfungsgegenstand, Gutachtauftrag.

Gegenstand und zugleich Auftrag des Rechtsgutachtens ist die grundsätzliche Klärung verfassungsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem neuartigen Diagnoseprodukt PraenaTest®. Im Mittelpunkt stehen dabei die Grundrechte sowohl des werdenden Lebens als auch der Schwangeren, des Herstellers und des anwendenden Arztes. Den rechtlichen Ausgangspunkt bildet die Frage, ob der Test aufgrund der bestehenden Rechtslage oder durch ein besonderes Gesetz verboten werden, bzw. ob seine Anwendung rechtlich sanktioniert werden kann. Die **Auftraggeberin** des Gutachtens ist die Firma LifeCodexx AG, die seit August 2012 als Herstellerin das Produkt in Deutschland in Verkehr bringt.

II. Sachverhalt

PraenaTest® ist ein neuartiges nicht-invasives molekulargenetisches Diagnoseverfahren, bei dem ab der 12. Schwangerschaftswoche basierend auf dem Einsatz von „next generation sequencing“-Technologien aus den in einer einfachen Blutprobe der Schwangeren enthaltenen Erbinformationen (sog. DNA-Fragmente) des Ungeborenen innerhalb weniger Tage eine Trisomie 21 (sog. Down-Syndrom) ausgeschlossen oder bestätigt werden kann. Als Ergänzung zur nichtinvasiven Pränataldiagnostik wird der Test als risikolose Alternative und Ergänzung zu herkömmlichen invasiven Untersuchungsmethoden, wie z.B. der Amniozentese, bezeichnet. Vor dem Inverkehrbringen wurde aufgrund langer Versuchsreihen nachgewiesen, dass die Methode in der Genauigkeit aufwändigeren und gefährlicheren anderen Tests gleichkommt. Die Einführung ähnlicher Tests zur Erkennung von Trisomie 13 und 18 ist in Vorbereitung.

Die Ankündigung des Inverkehrbringens des Produkts hat in der deutschen, schweizer und österreichischer Öffentlichkeit zu einer kontroversen Diskussion geführt. Während

Ärzte¹ und Betroffene die neue Methode als für die Schwangere und das ungeborene Leben im Vergleich zur nicht ungefährlichen Fruchtwasseruntersuchung² besonders schonende Ergänzung der Pränataldiagnostik begrüßten, stieß sie vor allem bei Kirchen und Behindertenverbänden sowie in Teilen der Medien³ auf teilweise heftige Ablehnung. In der Öffentlichkeit meldeten sich auch Eltern von Kindern mit Down-Syndrom, betonten das Lebensrecht und oft auch das Glück dieser Kinder und bekundeten, dass sie sich selbst und ihre Kinder durch die neue Testmöglichkeit massiv angegriffen fühlten. Der Homburger Humangenetiker *Wolfram Henn* warnt vor falschen Erwartungen im Hinblick auf die Sicherheit des Tests und sieht die Gefahr der Erzeugung eines falschen gesellschaftlichen Klimas. Auch fordert er eine umfassende genetische und soziale Beratung vor und nach dem Test sowie eine mindestens dreitägige Bedenkzeit vor einem Schwangerschaftsabbruch aufgrund des Testergebnisses⁴. Das Mitglied des Deutschen Ethikrats *Eckhard Nagel* sieht die Gefahr einer „genetischen Selektion im Sinne von Eugenik“ und fürchtet, der Test könne die Akzeptanz von Behinderten in der Gesellschaft vermindern⁵.

Die Kritik gipfelte in dem Vorwurf, bei PraenaTest® gehe es angesichts der aktuellen Unheilbarkeit von Trisomie 21 primär um eine frühe Form der Selektion oder gar „Rasterfahndung“ zulasten behinderter Menschen. Die Organisation „Christdemokraten für das Leben“ sieht in in PraenaTest® wie auch in der soeben durch Gesetz partiell zugelassenen Präimplantationsdiagnostik⁶ die pränatale Selektion von Kindern mit

¹ Die *Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG)* erklärte, mit dem Test werde kein ethisches Neuland betreten und es sei kein Dammbuch oder eine sprunghafte Zunahme von Schwangerschaftskonflikten zu befürchten (zitiert nach *Ärzte-Zeitung* 12.7.2012). Der *Berufsverband niedergelassener Pränatalmediziner e.V. (BVNP)* hat in einer öffentlichen Stellungnahme sich zwar gegen eine Verwendung des PraenaTest als Standardkomponente der Schwangerschaftsbetreuung gewandt, aber den Einsatz des Tests im Kontext pränataldiagnostischer Betreuung nach dem GenDG bei Risikoschwangerschaften als Alternative zur invasiven Amniozentese befürwortet, um damit mit einem für Mutter und Kind ungefährlichen Test das mit der Fruchtwasseruntersuchung immer noch einhergehende Risiko einer Fehlgeburt zu vermeiden. Auch der Präsident der Bundesärztekammer, *Montgomery*, verteidigte nach einer Zeitungsmeldung (FAZ 7.7.2012, S. 4) den Test als Teil der durch die Gesellschaft akzeptierten Pränataldiagnostik und sah einen Vorteil gegenüber der mit Risiken behafteten Fruchtwasseruntersuchung.

² Nach übereinstimmenden Ergebnissen verschiedener Untersuchungen kommt es in etwa 1 % = 5000 der Fälle bei der Fruchtwasseruntersuchung zu einer Fehlgeburt.

³ O. *Tolmein*, Das Down-Syndrom lässt sich bei Embryonen immer leichter diagnostizieren. Ist es bald ein vermeidbares Übel? Die Politik sieht tatenlos zu, wie die Medizin Fakten schafft. FAZ, 18.02.2012.

⁴ Der Standard, Wien, 28.8.2012

⁵ Deutsches Ärzteblatt, 10.7.2012 – www.aerzteblatt.de.

⁶ § 3a ESchG i.d.F. des Gesetzes vom 21.11.2011, BGBl. I, S.2228.

Down-Syndrom und eine „Eugenik von unten“ sowie „einen Angriff auf die Würde des Menschen insgesamt“⁷.

Auf der Grundlage eines verfassungsrechtlichen Gutachtens von *Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz*⁸ hat der Beauftragte der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen ein Verbot der Verbreitung von PraenaTest® verlangt, weil dieses nicht verkehrsfähig im Sinne des Medizinproduktgesetzes (MPG) sei und gegen das Gendiagnostikgesetz (GenDG) verstoße. Ferner sei zu verhindern, dass die Anwendung durch die gesetzliche oder private Krankenversicherung finanziert, bzw. durch eine beamtenrechtliche Beihilfe unterstützt werde. Dieser Auffassung hat sich die „Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V.“ in Köln angeschlossen.

Der Verfasser dieses Rechtsgutachtens hat demgegenüber im Juli 2012 in einem Vorgutachten festgestellt, dass die im Grundgesetz verankerten Grundrechte der Schwangeren auf Leben und körperliche Unversehrtheit und das damit verbundene Recht auf Wissen um gesundheitsrelevante Tatsachen (Art. 2 Abs. 2 GG) ein Verbot oder andere Maßnahmen gegen das PraenaTest®-Verfahren aus verfassungsrechtlicher Sicht ausschließt. Damit sei auch ein Eingriff in die Berufsfreiheit des Herstellers und der behandelnden Ärzte unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig. Insbesondere stelle das Verfahren keinen Eingriff in die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und das Lebensrecht des Embryo (Art. 2 Abs. 2 GG) dar und auch das Benachteiligungsverbot in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG sei nicht berührt.

Nachdem das erforderliche CE-Konformitätsbewertungsverfahren unter Mitwirkung einer unabhängigen benannten Stelle erfolgreich abgeschlossen wurde und das zuständige Regierungspräsidium Freiburg⁹ die Anzeige und das Einstellen der Produktdaten in das medizinische Dokumentationssystem bestätigt und keine Einwendungen erhoben hatte, wurde das Produkt im August 2012 in Deutschland, der Schweiz und Österreich in Verkehr gebracht. Mittlerweile bieten in Deutschland, Österreich und in der Schweiz rund 150 gynäkologische Praxen und Kliniken den Test an und etwa 1000 Frauen haben ihr geborenes Kind mit Hilfe des Bluttests auf Trisomie 21

⁷ [http:// www.cdl-online.de](http://www.cdl-online.de)

⁸ Abrufbar auf der Homepage des Beauftragten der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen.

untersuchen lassen. In 15 Fällen = 1,5 %, war der Test positiv und wurde zwischenzeitlich durch eine Fruchtwasseruntersuchung bestätigt. In 97 % der Fälle lag keine Trisomie vor¹⁰.

Auf die Forderungen nach einem Verbot sind die zuständigen Behörden also nicht eingegangen¹¹; gleichwohl bleiben entsprechende Forderungen offenbar in der öffentlichen Diskussion und bedürfen rechtlicher Überprüfung.

III. Rechtliche Problemstellung, Methode, thematische Eingrenzung

In der folgenden Stellungnahme wird zu klären sein, ob das Diagnoseprodukt PraenaTest® entweder schon aufgrund der bestehenden Gesetzeslage verboten werden kann oder sogar verboten werden muss, bzw. ob seine Anwendung gegen geltendes Recht verstößt (B). Angesichts der in der Öffentlichkeit gleichfalls vorgetragenen Forderungen nach einem gesetzlichen Verbot stellt sich ferner die Frage, ob ein entsprechendes Gesetz verfassungskonform wäre (C). Prüfungsmaßstäbe sind aus der Sicht der Herstellerfirma und der behandelnden Ärzte die Berufsfreiheit (Art. 12 GG), sowie – aus der Sicht der Patientinnen – das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG), das damit verbundene verfassungsrechtliche Recht auf Wissen und Kenntnis der mit Behandlung und Schwangerschaft verbundenen Risiken sowie das aus Art. 6 Abs.2 GG oder als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) geschützte Grundrecht auf Fortpflanzung.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht geht es also **nicht** um die Frage, ob PraenaTest® „erlaubt“ oder „zulässig“ ist – es geht vielmehr darum, ob ein Verbot oder andere Sanktionen rechtlich möglich wären. Verfassungsgarantien zugunsten des werdenden Lebens wie die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) und das Benachteiligungsverbot behinderter Menschen (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) kommen als sog. „verfassungsimmanente

⁹ Pressemitteilung vom 31.7.2012.

¹⁰ Deutsches Ärzteblatt, 15.11.2012, www.aerzteblatt.de.

¹¹ WELT-online, 11.7.2012 Stw.Down-Syndrom.

Schranken“ der Grundrechte von Hersteller, Ärzten und Patient(inn)en in Betracht und sind auf diese zu beziehen. Die einseitige Betonung der Rechte des ungeborenen Lebens wird der schwierigen verfassungsrechtlichen Problemstellung ebenso wenig gerecht wie deren Verdrängung zugunsten der Hersteller- und Patientenrechte.

Das folgende Rechtsgutachten behandelt die angesprochenen Probleme aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts und – am Ende des Gutachtens – der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Die medizinrechtlichen Fragen der Anwendung des MPG und des GenDG werden insoweit mitbehandelt, als sie für die verfassungsrechtlichen Fragen von Bedeutung sind.

B. Prüfung eines Verbots oder anderer Sanktionen nach geltender Rechtslage

I. Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

Ungeachtet der Frage, welche Grundrechte im Einzelnen durch Verbote und andere Sanktionen berührt wären, stellen solche Sanktionen jedenfalls Eingriffe in Rechte des Herstellers und Inverkehrbringers sowie der Ärzte und Patient(innn)en dar, die nur auf Grund einer einschlägigen und verfassungskonform anzuwendenden gesetzlichen Ermächtigung zulässig wären.

Als solche kommen in Betracht:

- für ein Verbot des Produkts selbst: § 4 Abs. 1 Medizinproduktegesetz (MPG),
- für eine Sanktionierung der Anwendung: § 25 Abs. 1 Ziff.3 i.V. m. § 15 Abs. 1 Gendiagnostikgesetz (GenDG).
- Die Kostenübernahme bzw. Erstattung durch gesetzliche oder private Krankenversicherung und die Beihilfefähigkeit richten sich nach den einschlägigen Normen des Sozialversicherungs- bzw. des öffentlichen Dienstrechts.

II. Verbot von PraenaTest® nach § 4 Abs. 1 MPG ?

1. Grundsätzliche Anwendbarkeit des MPG

PraenaTest® ist ein Verfahren, in dem im Sinne der Begriffsbestimmung des § 3 Ziff. 1b MPG eine Software eingesetzt wird zur Erkennung von chromosomalen Veränderungen, die zu einer « Behinderung » im Sinne dieser Vorschrift führen. Dieses unterfällt damit den Bestimmungen des MPG.

Anders als im Arzneimittelrecht bedarf das Inverkehrbringen von Medizinprodukten keines besonderen Zulassungsverfahrens („Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“). Medizinprodukte sind also erlaubt, solange sie nicht verboten sind („Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt“). Rechtsgrundlage für ein Verbot ist § 4 Abs. 1 MPG, der Medizinprodukte erfasst, „*bei denen der begründete Verdacht besteht, dass sie die Sicherheit und die Gesundheit der Patienten, der Anwender oder Dritter ... unmittelbar oder mittelbar gefährden*“.

Ohne im Rechtsgutachten die Voraussetzungen im Einzelnen zu prüfen, kommt *Gärditz* unter „Rechtsfolgen“¹² zu dem Ergebnis, dass der Test ausschließlich der Selektion behinderter Menschen diene und deshalb der Fötus bei verfassungskonformer Auslegung „Dritter“ im Sinne dieser Vorschrift sei, dessen Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG) und Lebensrecht (Art. 2 Abs. 2 GG) durch PraenaTest® existenziell gefährdet werde. Das Produkt sei deshalb nicht verkehrsfähig und durch die zuständige Behörde zu verbieten. Ob der Fötus in der 12. Schwangerschaftswoche bereits Träger der genannten Grundrechte ist, wird ebenso wenig geklärt wie die Frage, ob in dem Test ein Eingriff zu sehen ist und ob – was zumindest bei Art. 2 Abs. 2 GG zu prüfen wäre – ein solcher Eingriff möglicherweise durch den Schutz der Mutter vor Gefährdung ihrer Gesundheit gerechtfertigt wäre. Deshalb kann es nicht verwundern, dass die « verfassungskonforme Auslegung » von § 4 Abs. 1 MPG höchst einseitig ausfällt.

Gerade bei verfassungskonformer Auslegung ist aber zunächst zu beachten, dass – wie im Einzelnen zu begründen sein wird – ein Verbot seinerseits Grundrechte wie das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) der betroffenen

¹² Gutachten S. 11

Frau und damit auf Kenntnis über die von der Schwangerschaft ausgehenden Gesundheitsrisiken tangiert. Auch die Berufsfreiheit von Hersteller und Ärzten (Art. 12 GG) ist zu beachten. Diese Grundrechte können nur auf der Grundlage von § 4 Abs. 1 MPG und nur dann eingeschränkt werden, wenn dies zum Schutz des werdenden Lebens geeignet, erforderlich und zumutbar ist.

Fraglich ist aber bereits, ob ein Fötus in der 12. Schwangerschaftswoche bereits ein unabhängig von der primär geschützten Schwangeren eigenständig zu gefährdender „Dritter“ oder nicht vielmehr integraler Teil des Körpers der Frau ist, der selbst erkennbar nicht gefährdet oder auch nur belastet wird. In der im Normtext enthaltenen Reihung Patient – Anwender – Dritter folgt der Gesetzgeber erkennbar einer „innen-außen-Gliederung“, die von der Patientin ausgeht, als nächste Gruppe der potentiell Gefährdeten den Anwender ausmacht und erst dann den außenstehenden Dritten nennt. Schon diese Reihung schließt es aus, den immerhin im Körper der Patientin befindlichen Embryo oder Fötus im Körper der Schwangeren als „Dritten“ im Sinne des Gefährdungstatbestandes zu behandeln. Mit den in der Literatur als „Dritte“ regelmäßig genannten Familienangehörigen, dem Reinigungspersonal und Kunden bei der Vorführung eines Medizinprodukts¹³ hat der Fötus erkennbar nichts gemein.

Dies und die Frage der Grundrechtsträgerschaft des Ungeborenen können hier aber letztlich dahingestellt bleiben, weil in der Anwendung des PraenaTest® selbst keine gerade durch das Produkt ausgelöste Gefährdung liegt. Der Test gefährdet – anders als die spätere Fruchtwasseruntersuchung – gerade weder die Schwangere noch den Fötus. Die Untersuchung im frühen Stadium bedeutet im Vergleich zu späteren Methoden, insbesondere der Amniozentese, eine sogar geringere Gefährdung des Lebens und der Gesundheit des Ungeborenen. Dient sie wie „PraenaTest®“ zu 97 % auch dem Ausschluss einer Chromosomenstörung¹⁴, dann trägt sie zur Beseitigung existenzieller Sorgen und damit mittelbar zur psychischen Gesundheit der Mutter und zur Vermeidung von Komplikationen während der Schwangerschaft bei.

¹³ So etwa *Kage*, Das Medizinproduktegesetz (2005), S. 227

¹⁴ So gibt die Firma LifeCodex an, dass bei den 1000 ersten Fällen, in denen der Test angewandt wurde, lediglich 15 Trisomie 21-Fälle festgestellt wurden. Der Test diente also in mehr als 98,5 % der Fälle lediglich der Beruhigung der Eltern und der Bestätigung der Schwangerschaft.

Aber auch in den 1,5 % der Fälle, in denen der Test positiv ist, ist dieser ebensowenig kausal für die Gefährdung des Fötus, wie dies andere Untersuchungen oder Beratungen der Schwangeren sind. Eine Untersuchung, die lediglich eine vorhandene oder drohende Gefährdung belegt, kann nicht selbst eine unmittelbare oder mittelbare Gefährdung darstellen. Dafür spielt auch die Frage, ob die Untersuchung auf eine mögliche Heilung zielen kann, keine Rolle. Eine Gefährdung besteht allenfalls in einer bereits vorhandenen Chromosomenstörung bzw. in dem etwaigen aufgrund der medizinisch-sozialen Indikation (§ 218a Abs. 2 StGB) gerechtfertigten Schwangerschaftsabbruch. Für diesen ist aber nicht der Test ursächlich. Dieser ist allenfalls Mittel zur Feststellung einer gesetzlich anerkannten Indikation.

Dies wird schon durch die bisherige Praxis bestätigt. So entschieden sich auch bereits vor Einführung von PraenaTest® etwa 90 % der Eltern, bei deren Kind noch im Mutterleib der Gendefekt Trisomie 21 festgestellt wurde, gegen die Geburt. Auf welche Art die Trisomie 21 festgestellt wird, ist für den Grad der Gefährdung offenbar unerheblich. Ob hierbei die Feststellung durch die vergleichsweise komplizierte und gefährliche Amniozentese oder durch eine Ultraschalluntersuchung festgestellt wurde, war offenbar ohne Belang und spielte bei der Diskussion um die ethische oder gar juristische Verurteilung der genannten Methoden keine Rolle. Warum dies bei PraenaTest® anders sein soll, ist nicht ersichtlich.

Mangels kausaler Gefährdung sind die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 MPG also selbst dann nicht erfüllt, wenn man den Fötus als „Dritten“ im Sinne dieser Vorschrift sieht.

Die Unhaltbarkeit der Argumentation im Gutachten von *Gärditz* zeigt sich auch darin, dass sie selbst in Fällen eines nach § 218a StGB gerechtfertigten Schwangerschaftsabbruchs nach der medizinisch-sozialen Indikation bereits die Feststellung von deren Voraussetzungen, nämlich des Vorliegens einer schweren Behinderung, sanktionieren würde. Liegen aber Gründe der sozialen Indikation vor, so gilt selbst die vollzogene Abtreibung nicht nur als entschuldigt, sondern nach § 218 a Abs. und 3 StGB als gerechtfertigt. Der Rechtfertigungsgrund gilt also für die gesamte Rechtsordnung¹⁵. Was selbst im Strafrecht gerechtfertigt ist, kann im Medizinprodukterecht nicht rechtswidrig

¹⁵ *Gropp*, Münchener Kommentar StGB, § 218a Rn. 38

sein. Umso weniger kann das für die bloße Feststellung einer möglichen Indikation gelten.

Als Teilergebnis kann festgehalten werden: PraenaTest® kann nicht nach § 4 Abs. 1 MPG verboten werden. Ein Fötus in der 12. Schwangerschaftswoche ist kein unabhängig von der primär geschützten Patientin zu gefährdender „Dritter“. Auch liegt in Anwendung des PraenaTest gerade keine durch das Produkt ausgelöste Gefährdung. Eine solche besteht ggf. vielmehr bereits durch die vorhandene Chromosomenstörung bzw. allenfalls später durch die wegen Gefährdung der Gesundheit der Mutter und deren nach Beratung durchgeführter Abtreibung.

III. Bestrafung des Anwenders nach § 25 Abs. 1 Ziff.3 i.V. m. § 15 Abs. 1 GenDG?

1. Anwendbarkeit

Als Rechtsgrundlage für ein Verbot der Anwendung kommt § 15 GenDG in Betracht. Dieser enthält – anders als § 4 MPG - zwar keine Rechtsgrundlage für ein Verbot des Inverkehrbringens, betrifft vielmehr die konkrete Anwendung im Einzelfall.

Die Vorschrift bestimmt, dass eine genetische Untersuchung vorgeburtlich nur mit Einwilligung der Mutter und „*zu medizinischen Zwecken*“ und nur vorgenommen werden darf, „*soweit die Untersuchung auf bestimmte genetische Eigenschaften des Embryos oder Fötus abzielt, die nach dem allgemein anerkannten Stand von Wissenschaft und Technik seine Gesundheit während der Schwangerschaft oder nach der Geburt beeinträchtigen*“. § 25 Abs. 1 GenDG enthält eine Strafandrohung für denjenigen, der eine durch § 15 GenDG nicht gedeckte genetische Untersuchung vornimmt.

2. Verbot der Anwendung wegen Fehlens « medizinischer Zwecke » ?

Eine zentrale Rolle spielt § 15 GenDG im Rechsgutachten *Gärditz* (S. 12 ff.). Dieser schließt aus der wiederum einseitigen verfassungskonformen Auslegung und der zuvor getroffenen Feststellung, dass PraenaTest® eine Benachteiligung behinderter Menschen und eine Verletzung der Menschenwürde und des Rechts auf Leben des Fötus sei, auf eine gebotene enge Interpretation und gelangt damit zu der weder im Normtext noch nach der Entstehungsgeschichte zu belegenden Unterstellung, „medizinische Zwecke“ im Sinne von § 15 GenDG seien ausschließlich „therapeutische Zwecke“. Diene die genetische Untersuchung der Feststellung einer nicht therapierbaren Krankheit, sei sie grundsätzlich nicht durch § 15 GenDG gedeckt, also verboten. Beiläufig bedauert er erkennbar, dass der Gesetzgeber überhaupt vorgeburtliche Pränataldiagnostik zugelassen habe, weil in der « *Sicherstellung des Nichtwissens über genetische Risiken der beste Schutz des Ungeborenen dagegen, wegen einer Behinderung abgetrieben zu werden* » bestünde (!). Jedenfalls bestehe kein Anspruch auf Abklärung genetischer Risiken, vielmehr seien Diagnosemethoden, die « *in aller Regel dazu dienen, im Falle einer Behinderung die Schwangerschaft abubrechen* » im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 GG als nicht medizinischen Zwecken dienend einzustufen. Den Anwendungsbereich erlaubter Pränataldiagnostik will er auf Fälle der Vorbereitung einer möglichen Heilbehandlung oder der Vorbereitung auf nachgeburtliche Risiken beschränken.

Es kann zunächst dahingestellt bleiben, ob die verfassungsrechtlichen Prämissen hinsichtlich der Reichweite von Art. 3 Abs. 3 S. 2, Art. 2 Abs. 2 und Art. 1 GG zutreffen (dazu unten C.IV.2.d). Eine verfassungskonforme Auslegung verlangt – wenn schon – dann auch die Einbeziehung der Grundrechte aller Beteiligten, also der Patientinnen, Hersteller und Ärzte. Die von *Gärditz* vorgenommene Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 15 Abs. 1 GenDG ist aber auch aus rechtsstaatlichen Gründen ausgeschlossen, denn es handelt sich immerhin um eine strafbewehrte Norm. Hier verlangt der Bestimmtheitsgrundsatz, dass der Einzelne von vornherein wissen können soll, was strafrechtlich verboten ist¹⁶. Das gilt umso mehr in einem neuartigen und komplexen Rechtsgebiet wie dem Gendiagnostikrecht¹⁷. Eine aus dem Gesetz selbst oder mindestens untergesetzlichen Rechtsnormen nicht ableitbare Verengung des Begriffs « *medizinischer Zweck* » auf „*therapeutischer Zwecke*“ und damit des Anwendungsbereichs scheidet also schon am Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs.

¹⁶ BVerfGE 49, 168, 181; 78, 374, 381

2 GG („nulla poena sine lege“). Ebenso ist es unzulässig, etwaige Motive und sonstige Zwecke in die Definition des Begriffes hineinzuziehen oder die rechtmäßige Anwendung auf Fälle zu beschränken, in denen die Schwangere den Gedanken der Abtreibung eines behinderten Fötus von vornherein ausschließt.

Unabhängig von diesen Überlegungen treffen die Anwendungsvoraussetzungen von § 15 Abs. 1 GenDG auf die Anwendung von PraenaTest® aber uneingeschränkt zu : Die Untersuchung erfolgt zu medizinischen Zwecken, nämlich zur Feststellung einer Chromosomenstörung, hat also diagnostischen Charakter. Aus der Geschichte der Norm und der amtlichen Begründung¹⁸ ist klar erkennbar, dass die Beschränkung auf „medizinische Zwecke“ einen ganz anderen Sinn hat als den Ausschluss nicht therapeutischer Zwecke. Es ging dem Gesetzgeber erkennbar darum, die „nicht medizinischen“ Diagnostik-Ziele der Feststellung der Haarfarbe, des Geschlechts oder des Aussehens des Kindes zu verbieten¹⁹ . Gendiagnostik soll nicht der allgemeinen Lebensplanung dienen²⁰. Von einer Begrenzung auf therapeutische Zwecke ist nirgends die Rede. Vielmehr dürfen nach der Gesetzesbegründung zu § 15 GenDG Methoden der Gendiagnostik auch und gerade zur pränatalen Risikoabklärung durchgeführt werden²¹.

Auch die aus der Diagnose gezogenen Konsequenzen aufseiten der Schwangeren können den Begriff des „medizinischen Zwecks“ nicht bestimmen. Das gilt zumal, wenn – wie in der übergroßen Mehrzahl der Fälle – der frühzeitige Test die Sorgen der Schwangeren nicht bestätigt, sondern – wie aus der ersten Anwendungsphase nach dem Inverkehrbringen im August 2012 erkennbar – in 97% der Fälle gerade beruhigt, also sogar zu einem psychisch und physisch komplikationsloseren Ablauf der Schwangerschaft beitragen kann. Aber selbst bei einem positiven Befund kann die frühzeitige Feststellung von Trisomie 21 zwar zumindest nach heutigem Stand der Medizin nicht zu Behandlung und Heilung führen, aber es der Schwangeren und ihrer Familie ermöglichen, Voraussetzungen einer verantwortungsvollen Entscheidung zu schaffen, sich rechtzeitig über die Art und Schwere einer Behinderung zu informieren, sich über mögliche Hilfen beraten zu lassen und Vorkehrungen für die eigene

¹⁷ So zum Umweltstrafrecht BVerfGE 75, 329, 342

¹⁸ BT-Drucks. 16/3233, S. 38

¹⁹ Kern, GenDG, § 15 Rn.5; Spickhoff/Fenger, § 15 GenDG, Rn. 1; Schillhorn/Heidemann, GenDG, S. 121.

²⁰ BT-Drs.16/3233, S. 38

²¹ BT-Ds. 16/10532, S. 32.

Lebensplanung zu treffen. Die Unterstellung, eine derartige Untersuchung ziele von vornherein nur auf die Abtreibung eines behinderten Fötus, ist völlig unangemessen und kann jedenfalls nicht bedeuten, dass die Untersuchung grundsätzlich keinen medizinischen Zwecken diene.

2. Feststellung bestimmter genetischer Eigenschaften

Die Untersuchung mit Hilfe von PraenaTest® zielt ebenso offensichtlich auch auf die *Feststellung bestimmter genetischer Eigenschaften des Fötus*, die im Sinne des Gesetzestextes *nach dem allgemein anerkannten Stand von Wissenschaft und Technik seine Gesundheit während der Schwangerschaft oder nach der Geburt beeinträchtigen*. Trisomie 21 führt auch nach heutigem Stand der Medizin gerade im frühen Stadium der Schwangerschaft häufig zum Absterben des Fötus und zu Fehlgeburten. Auch wenn man heute vermeidet, die Behinderung als Krankheit zu bezeichnen, so handelt es sich doch zumindest bei der der Behinderung zugrundeliegenden Chromosomenstörung um eine Beeinträchtigung der Gesundheit. Auch hier ist es jedenfalls unzulässig zu unterstellen, die Untersuchung diene in jedem Fall nur der « gezielten Tötung von ungeborenem Leben mit Behinderung ». Vielmehr geht es um die Feststellung einer Ursache für Beeinträchtigungen der Gesundheit – also wie bei anderen Methoden der Gendiagnostik (Nackenfaltenmessung, sogenannter Triple-Test und Fruchtwasseruntersuchung) zunächst nur um eine Diagnose. Die nachfolgende Entscheidung der Eltern, ob sie sich auf ein Leben mit einem behinderten Kind einstellen können oder sich gegen die Fortsetzung der Schwangerschaft entscheiden, ist eine höchst persönliche Entscheidung, die sich jeder Typisierung entzieht. Deshalb es ist unzulässig, die aus der Diagnose möglicherweise gezogenen Konsequenzen bereits in die Interpretation der Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 GenDG vorzuziehen.

Der hohe Anteil von Schwangerschaftsabbrüchen nach einer derartigen Diagnose gilt zum einen auch für andere Diagnosemethoden; zum anderen beweist er nicht die Unterstellung, gerade PraenaTest® diene „typischerweise der Tötung ungeborenen Lebens“.

Auch die von *Gärditz*²² angestellte „Gegenprobe“ im Vergleich mit der Präimplantationsdiagnostik führt zu keinem anderen Ergebnis. Der behauptete Wertungskonflikt mit § 3a EschG (ein mit Trisomie 21 belasteter Fötus dürfte nach § 3a Abs. 1 EschG nicht, bei Anwendbarkeit von § 15 GenDG aber kurz nach dem Transfer einem Gentest unterworfen werden) besteht nicht. Zum einen wird die Trisomie 21 nur deshalb nicht von der Ausnahmeregelung des § 3 Abs. 1 S. 2 EschG erfasst, weil er darauf (abgesehen vom steigenden Altersrisiko) nicht auf einer spezifisch genetischen Disposition der Eltern beruht²³. Würde allerdings bei einer aus anderen Gründen vorgenommene PID bei einem der erzeugten Embryonen Trisomie 21 konkret festgestellt, so wäre der Arzt selbstverständlich berechtigt, ja zum Schutz der Mutter sogar verpflichtet, nicht gerade diesen Embryo zu implantieren. Die PID kann sich also erlaubterweise durchaus auf Fälle der Trisomie 21 beziehen.

Zum anderen übersieht *Gärditz*, dass die Gegner der PID Probleme vor allem darin sehen, dass bei dieser mehrere Embryonen erzeugt werden, die dann nach genetischer Untersuchung ggf. verworfen werden. Unabhängig davon, ob dieses Argument stichhaltig ist, entfällt aber der Vorgang gezielter Herstellung bei der Diagnose nach erfolgtem Transfer. Den entscheidenden Unterschied zwischen PID und PraenaTest® aber bildet – selbst nach Auffassung strikter Gegner der PID – die völlig anders gartete Situation der Frau nach der Implantation²⁴. So kann der Embryo in vitro jedenfalls die physische und psychische Gesundheit der Mutter nicht gefährden, während - existiert das vorgeburtliche Leben erst einmal im Körper der Frau - die besondere Nähe und Gefährdungslage eine auch verfassungsrechtlich nicht vergleichbare Konstellation schafft.

Die Anwendung von PraenaTest® ist also in keiner Weise vergleichbar mit der Präimplantationsdiagnostik.

Teilergebnis: Die Anwendung des Diagnosemittels PraenaTest® erfüllt die Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 GenDG und kann somit nicht als unerlaubte genetische Untersuchung i. S. dieser Bestimmung behandelt werden. Da auch andere gesetzliche Grundlagen nicht ersichtlich sind, kann PraenaTest® mangels

²² Gutachten, S. 17f.

²³ Insofern richtig *Henking*, ZRP 2012, S. 20, 22.

²⁴ Dazu *Faßbender*, NJW 2001, 2745, 2751f., *Benda*, NJW 2001, 2147, 2148.

gesetzlicher Ermächtigung nach geltender Rechtslage nicht verboten werden. Ebensovienig kann ein Arzt nach § 25 Abs. 1 Ziff.3 i.V. m. § 15 Abs. 1 GenDG bestraft werden, wenn er dieses Mittel einsetzt.

IV. Verbot der Kostentragung?

1. Leistungsverbot der GKV?

Ohne auf deren gesetzliche bzw. vertragliche Grundlagen einzugehen, kommt *Gärditz* (S. 10) beiläufig zu dem Ergebnis, das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG schlieÙe eine Finanzierung der Anwendung von PraenaTest® durch die gesetzliche Krankenversicherung (GKV) oder durch die Dienstherren im Rahmen der beamtenrechtlichen Beihilfe aus. Die für den Test erbrachten Leistungen der GKV bzw. der beamtenrechtlichen Beihilfe seien dem Staat zuzurechnende Verstöße gegen Art. 3 Abs. 2 S. 3 GG. Deshalb sei es der GKV verwehrt, die Kosten dafür zu übernehmen. Eine entsprechende Vereinbarung im Rahmen der PKV hält er sogar für sittenwidrig und nach § 138 BGB für nichtig.

Auch für diese mit derartiger Rigidität selbst für die Übernahme der Kosten für die eigentliche Abtreibung – sogar unabhängig von deren Rechtmäßigkeit - nach § 24a SGBV in der Öffentlichkeit kaum noch vertretene Auffassung bietet das geltende Recht aber keine Handhabe.

Der Anspruch des Versicherten auf medizinische einschließlich diagnostischer Leistungen richtet sich nach §§ 2 und 11 SGB V. Über die Aufnahme neu eingeführter Untersuchungsmethoden entscheidet nach § 92 Abs. 1 Ziff. 5 SGB V eine Richtlinie des *Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA)*. Maßgeblich hierfür sind allein die medizinische Eignung und weitere Aspekte wie z.B. auch die Wirtschaftlichkeit der Anwendung. Verantwortlich für die „Verschreibung“ und Anwendung im Einzelfall ist allein der Arzt. Die aus einer Diagnose gezogenen persönlichen Konsequenzen und Entscheidungen sind insofern ebensowienig maßgeblich wie der mögliche Fehlgebrauch oder gar Missbrauch eines als solchen geeigneten Arzneimittels oder Medizinprodukts. Derzeit ist eine solche Entscheidung des GBA hinsichtlich PraenaTest® (noch) nicht gefallen. Die Versicherten müssen die Kosten des Tests im Gegensatz zu anderen

Formen der Pränataldiagnostik also derzeit selbst tragen. Statt eines Leistungsverbots stellt sich hier aus verfassungsrechtlicher Sicht eher die Frage, ob die bisherige Ungleichbehandlung der neuartigen gegenüber den „etablierten“ Formen der Pränataldiagnostik noch weiterhin haltbar ist (Art. 3 Abs. 1 GG). Eine Einbeziehung in den Katalog der gesetzlichen Leistungen wäre jedenfalls nicht rechtswidrig.

2. Beamtenrechtliche Beihilfe

Maßgeblich für die Erstattungsfähigkeit im Rahmen der beamtenrechtlichen Beihilfe sind die einschlägigen Vorschriften der Beamtengesetze und der Beihilfeverordnungen (BHV). Verfassungsrechtlicher Hintergrund ist der Fürsorgeanspruch des Beamten gegenüber dem Dienstherrn. Es besteht ein gesetzlicher Anspruch (vgl. etwa § 1 BHV BW), der auch wissenschaftlich anerkannte Untersuchungen umfasst (vgl. etwa § 6 BHV BW). Einzelheiten der Erstattungsfähigkeit sind in den Anlagen zu den BHV geregelt. Auch hier spielen persönliche Entscheidungen, die aufgrund der Ergebnisse einer Untersuchung getroffen werden, keine Rolle.

3. Private Krankenversicherung

Ansprüche aus der PKV richten sich nach den Vorschriften des Versicherungsvertragsgesetzes und den Verträgen im Einzelfall. Deren Sinn besteht teilweise darin, eine durch GKV und Beihilfe nicht erzielbare Kostendeckung zu erreichen. Schon jetzt bieten anscheinend einzelne Versicherungen eine solche Leistung an²⁵. Umgekehrt können Vereinbarungen über die nach GKV und Beihilfe nicht ausgeschlossenen Leistungen auch im Zivilrecht nicht rechtswidrig sein. Ebensowenig kann die privatrechtliche Deckung der Kosten einer Untersuchung allein deshalb rechtswidrig sein, weil die Betroffene bestimmte Konsequenzen aus dem Ergebnis der jeweiligen Untersuchung zieht.

²⁵ Angabe des Herstellers

Teilergebnis: Die Kostentragung für das Diagnosemittel PraenaTest® richtet sich sowohl bei der GKV und der Beihilfe als auch im privaten Vertragsrecht allein nach den jeweiligen gesetzlichen bzw. vertraglichen Grundlagen und den Grundsätzen der medizinischen Eignung und der Wirtschaftlichkeit. Die aus einer finanzierten Untersuchung gezogenen Konsequenzen einer Leistungsempfängerin spielen für den Leistungs- bzw. Erstattungsanspruch grundsätzlich keine Rolle.

C. Zusätzliche gesetzliche Massnahmen gegen PraenaTest® aus verfassungsrechtlicher Sicht

I. Fragestellung

Im Gutachten *Gärditz* wird das geforderte Verbot für PraenaTest® u.a. mit der Schutzpflicht des Gesetzgebers für das ungeborene Leben und die Gleichbehandlung behinderter Menschen begründet²⁶. Dies schließt implizit die Forderung nach einem Tätigwerden des Gesetzgebers ein, soweit die vorhandenen gesetzlichen Grundlagen nicht ausreichen. In der Folge ist also zu prüfen, ob ein gesetzliches Verbot oder andere Maßnahmen verfassungskonform wären. Prüfungsmaßstab hierfür sind die Grundrechte des Herstellers, der anwendenden Ärzte und der Patientinnen. Grundrechte des ungeborenen Lebens und etwaige Schutzpflichten des Gesetzgebers bilden insofern „verfassungsimmanente Schranken“ dieser Grundrechte und Rechtfertigungsgründe für ein etwaiges staatliches Tätigwerden. Ähnlich wie bei anderen ethisch umstrittenen Fragen wie Präimplantationsdiagnostik, späte Pränataldiagnostik und Schwangerschaftsabbruch kann die Schutzpflicht des Staates für das werdende Leben nicht bedeuten, dass dieser in der **Art des Schutzes** auf nur eine oder gar die jeweils rigideste Lösung festgelegt wäre. Er hat vielmehr insofern einen weiten, demokratisch legitimierten Entscheidungsspielraum. Bei dessen Ausfüllung hat er die unterschiedlichen Grundrechtspositionen nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz²⁷ in Ausgleich zu bringen. Dabei muss er im religiös neutralen Staat grundsätzlich

²⁶ Ebenda S. 4 ff.

²⁷ Allg. zu diesem Grundsatz *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts 20. Aufl. (1995), Rn. 317 ff.

vermeiden, einseitige ethische und religiöse Positionen zum Inhalt strafrechtlicher Bindungen zu machen.²⁸

II. Schutzbereiche der von einem Verbot betroffenen Grundrechte

1. Aus der Sicht des Herstellers und der anwendenden Ärzte

Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab für ein gesetzliches Verbot des Inverkehrbringens des Diagnostikprodukts PraenaTest® und andere Beschränkungen aus der Sicht des Herstellers und der behandelnden Ärzte ist die **Berufsfreiheit** (Art. 12 GG). Unter „Beruf“ ist nach der Rechtsprechung des BVerfG jede auf Erwerb ausgerichtete Tätigkeit zu verstehen, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient²⁹. Darunter fallen sowohl die Herstellung als auch der Vertrieb von Arzneimitteln und Medizinprodukten. Als juristische Person des Privatrechts ist die LifeCodexx AG gemäß Art. 19 Abs. 3 GG Trägerin dieses Grundrechts³⁰.

Aus der Sicht der behandelnden Ärzte fällt die Anwendung vorhandener Untersuchungsmethoden gleichfalls unter das Grundrecht der Berufsfreiheit. Neben der Therapiefreiheit enthält diese auch eine „Diagnosefreiheit“, also die freie Nutzung vorhandener Diagnosemittel auf dem jeweiligen Stand der Medizin. Ärzte sind als natürliche Personen grundrechtsfähig. Das gilt selbst dann, wenn man den Test – wie im Gutachten *Gärditz* unterstellt – lediglich als Vorstufe einer als solchen legalen Abtreibung begreifen würde³¹.

²⁸ *Enders*, Zeitschrift für Rechtsphilosophie 2003, 126ff.; *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates (2002).

²⁹ BVerfGE 7, 377, 397; 105, 252, 265; 115, 276, 300 ff.

³⁰ BVerfGE 50, 290, 363

³¹ BVerfGE 98, 265, 297

2. Aus der Sicht der Patientinnen

a. Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S.1 GG)

Schwangerschaft und Geburt sind im Leben einer Frau Ereignisse von buchstäblich elementarer Bedeutung, die unmittelbar die Gesundheit und die körperliche Integrität betreffen. Damit ist der **Schutzbereich** von Art. 2 Abs. 2 GG eröffnet. Dieses Grundrecht gebietet es, die Mutter im Rahmen des medizinisch und rechtlich Möglichen vor physischen und psychischen Gefahren im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Geburt zu schützen. Kommt es zu einer Konfliktlage mit Rechten des ungeborenen Lebens, so wird der Gesundheit der Mutter in der Regel der Vorrang zukommen, wie nicht zuletzt die geltende sozial-medizinische Indikation zum Schwangerschaftsabbruch zeigt³².

So ist es zwar richtig, dass bei der Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs in § 218a-c StGB die historisch belastete explizite „embryopathische Indikation“ aus dem Gesetz herausgenommen wurde, die neue Fassung von § 218a Abs. 2 StGB stellt aber ebenso zweifelsfrei den Schutz der körperlichen oder seelischen Gesundheit der Schwangeren in den Mittelpunkt:

*„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 Gesundheitszustands der Schwangeren abzuwenden und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann“.*

Die Einbeziehung der seelischen Gesundheit und sogar der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse ist hierbei erkennbar auf die menschlich schwierige Situation nach der Feststellung einer schweren Behinderung des Kindes abgestellt. Nach nahezu einhelliger Auffassung ist die „embryopathische Indikation“ in die neue medizinische Indikation aufgegangen³³. Das ist nicht nur Ausdruck des großen

³² Exemplarisch BVerfGE 88, 203, 264 265; auch bereits BVerfGE 39,1,46 ff. und später BVerfGE 98,265, 323.

³³ Ausführl. dazu unten, C.IV.3d

Gewichts von § 2 Abs. 2 S. 1 GG, sondern auch Anwendungsfall des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, insbesondere der Zumutbarkeit. Schon deshalb ist die Behauptung unhaltbar, der Güterkonflikt bei der medizinisch-sozialen Indikation sei „behinderungsindifferent“³⁴. Das Vorliegen einer Behinderung des Fötus ist vielmehr ein besonders wichtiger und häufiger Anwendungsfall der neu gefaßten medizinischen Indikation.

Aber auch schon im Vorfeld des genannten schwerwiegenden Konflikts stellen Risikoschwangerschaft, genetische und chromosomale Abweichungen sowie die mögliche Behinderung eines Kindes nicht nur soziale, sondern auch schwerwiegende physische und psychische Belastungen dar, die Leben und Gesundheit der Frau betreffen. Das Grundrecht der Mutter auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs.2 S. 1 GG) gebietet, diese im Rahmen des medizinisch und rechtlich Möglichen vor physischen und psychischen Gefahren im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Geburt zu schützen.³⁵ Daraus entsteht wie bei jedem ärztlichen Eingriff ein umfassender Aufklärungsanspruch, der auch alle medizinisch verfügbaren Daten und Informationen während der Schwangerschaft (PND) umfasst. Insofern läßt sich von einem „Recht auf Wissen“ als elementarem Bestandteil des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sprechen. Auch die Achtung vor dem werdenden Leben kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Schwangerschaft ein erhebliches Gesundheitsrisiko darstellen kann, dem die Rechtsordnung im allgemeinen und das Schwangeren - und Familienhilfegesetz (SFHG) und GenDG im besonderen durch vielfältige Untersuchungsangebote und Beratungsmöglichkeiten Rechnung trägt.

Teilergebnis: Aus der Sicht der Schwangeren wäre durch ein Verbot von PraenaTest® in erster Linie das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) berührt. Dieses Grundrecht gebietet es, die Frau im Rahmen des medizinisch und rechtlich Möglichen vor physischen und psychischen Gefahren im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Geburt zu schützen. Risikoschwangerschaft und die mögliche Behinderung eines Kindes stellen nicht nur soziale, sondern auch schwerwiegende physische und psychische Belastungen dar, die Leben und Gesundheit der Frau betreffen und denen die Rechtsordnung im allgemeinen und das GenDG im besonderen durch vielfältige Untersuchungsangebote und Beratungsmöglichkeiten Rechnung trägt.

³⁴ So aber Gärditz, Gutachten, S. 7

³⁵ BVerfG, NJW 1999, 3399, 3400; so auch Herdegen, JZ 2001, 773, 778.

Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das grundrechtlich abgesicherte **Recht auf Wissen**, d. h. Kenntnis von allen gesundheitsrelevanten Zuständen, Eigenschaften und sonstigen Tatsachen im Zusammenhang mit der Schwangerschaft – und zwar auf dem jeweiligen Stand der medizinischen Wissenschaft. Ungeachtet des gleichfalls geschützten „Rechts auf Nichtwissen“ enthält das Recht auf Wissen jedenfalls auch ein Recht auf Anwendung neuer Untersuchungsmethoden und der Kenntnis von deren Ergebnissen³⁶, zumal wenn dieses Wissen für die Entscheidung über Fortsetzung oder Abbruch der Schwangerschaft von so elementarer Bedeutung ist wie im Falle einer Trisomie 21 oder einer anderen schwerwiegenden Behinderung des Fötus.

Das Grundprinzip des „informed consent“, also der Selbstbestimmung auf informierter Basis, gilt für jede medizinische Behandlung und somit auch für jede Behandlung im Rahmen von Schwangerschaft und Geburt. Dieses hat nicht nur Bezug zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und zur informationellen Selbstbestimmung; es folgt auch ganz elementar aus der Schutzpflicht des Staates für Leben und Gesundheit des Patienten bzw. der Patientin. Der Patient muss über alle wesentlichen Risiken und Folgen aufgeklärt werden. Eine wirksame Einwilligung setzt volle Aufklärung voraus. Das gilt für den gesamten Bereich der Pränataldiagnostik³⁷ – auch und gerade in Bezug auf eine mögliche Behinderung durch Trisomie 21. So hat etwa das OLG Hamm³⁸ entschieden, dass der Arzt im Vorgang der PND über das Risiko einer Trisomie 21 und die möglicherweise bestehenden Indikationen für einen Abbruch nach § 218a StGB aufklären muss. Dem entspricht auch das Landesrecht. So bestimmt bereits Ziff. 2.2 der Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen des wissenschaftlichen Beirats der Bundesärztekammer, Stand 28.02.2003, dass die Schwangere vor Durchführung einer gezielten pränatalen Diagnostik auf Alternativen zur Nicht-Inanspruchnahme der invasiven pränatalen

³⁶ Zutreffend *Williams*, The right to obtain genetic information in: Jahrbuch für Recht und Ethik (2001), S. 87ff.; zum grundsätzlichen Anspruch auf patientenbezogene Informationen siehe etwa BVerfG, NJW 1999, 1777; zum Anspruch auf genetische Informationen *VGH Mannheim*, NJW 2001, 1082; *Fisahn*, ZRP 2002, 49; zum durchaus vergleichbaren Anspruch auf Herausgabe von Röntgenaufnahmen *OLG München*, NJW 2001, 2806.

³⁷ *Damm*, Eckpunkte der Bundesregierung zu einem Gendiagnostikgesetz, MedR 2008, 535; *Woopen/Rummer*, Beratung im Kontext von Pränataldiagnostik und Schwangerschaftsabbruch, MedR 2009, 130 ff.; *Bundesärztekammer*, Richtlinien zur prädiktiven genetischen Diagnostik der Bundesärztekammer, DÄBl 2003, A 1297 - 1305.

³⁸ OLG Hamm, NJW 2001, 3417,

Diagnostik hinzuweisen sei³⁹, und unter „Juristische Aspekte“ heißt es in Ziff. 10: *„Die potentielle Gefährdung des Kindes durch invasive Eingriffe im Rahmen der pränatalen Diagnostik erfordert es, die Möglichkeiten einer risikoarmen Diagnostik voll auszuschöpfen“*⁴⁰. Auch Punkt 8.4. der Leitlinie zur Humangenetischen Diagnostik und genetischen Beratung der *Deutschen Gesellschaft für Humangenetik* und des *Berufsverbandes Deutscher Humangenetiker* (AWMF-Register Nr. 078/015 Klasse S2k) enthält als ausdrückliche Verpflichtung des Arztes: *„Alle zur Verfügung stehenden und zu medizinischen Zwecken erhobenen Informationen und Befunde, welche dem Patienten eine selbständige Entscheidungsfindung ermöglichen, müssen zugänglich gemacht werden“*. Ausdrücklich wird festgestellt, dass dabei die *Indikation auch in einer subjektiven Besorgnis des Patienten bestehen könne* (Leitlinie 2.1).

Dieses grundrechtlich abgesicherte Recht wird also durch jede Einschränkung von gesundheitsrelevanten Diagnosemöglichkeiten berührt.

Klarzustellen ist auch, dass das genannte Informationsrecht nicht isoliert gesehen werden darf. Es geht also nicht um ein gegenüber dem Lebensschutz des Embryos nachrangiges „Informationsinteresse der Eltern“⁴¹. Das Recht auf Wissen ist vielmehr integraler Bestandteil des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit der Schwangeren.

b. Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG).

Grundrechtlich geschützt wäre das „Recht auf Wissen“ im übrigen selbst dann, wenn man es nicht dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit zurechnen würde. Dann greift in jedem Fall das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** und das gleichfalls durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG geschützte Recht auf **informationelle Selbstbestimmung** über alle für Persönlichkeit und Gesundheit relevanten Informationen, zu denen selbstverständlich auch das Recht auf Kenntnis des Zustands

³⁹ www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his

⁴⁰ Unter Hinweis auf *Laufs*, *Arztrecht*, 5. Aufl. (1993), Rn 419.

⁴¹ So aber der Vorsitzende der „Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V.“ *Büchner*. www.juristen-vereinigung-lebensrecht.de.

des im Körper befindlichen Embryo oder Fötus gehört⁴². Das gilt für die frühe Pränataldiagnostik nicht weniger als für die Ergebnisse von PID und PND⁴³.

Teilergebnis: Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das grundrechtlich abgesicherte Recht auf Wissen, d. h. Kenntnis von allen gesundheitsrelevanten Zuständen, Eigenschaften und sonstigen Tatsachen im Zusammenhang mit der Schwangerschaft – und zwar auf dem jeweiligen Stand der Medizin. Dieses Recht ist integraler Bestandteil des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit, mindestens aber durch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt. Ungeachtet des gleichfalls geschützten „Rechts auf Nichtwissen“ enthält das Recht auf Wissen jedenfalls auch ein Recht auf Anwendung neuer Untersuchungsmethoden und der Kenntnis von deren Ergebnissen, zumal wenn dieses Wissen für die Entscheidung über Fortsetzung oder Abbruch der Schwangerschaft von so elementarer Bedeutung ist wie das Vorliegen einer Trisomie 21 oder einer anderen schwerwiegenden Behinderung des Fötus. Umfassende Information heißt hierbei wegen des sich steigernden Risikos für die Mutter, aber auch für das Ungeborene, vor allem frühzeitige und möglichst schonend gewonnene Information.

c. Grundrecht auf Fortpflanzung und Kinderwunsch (Art. 6 Abs. 1/Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG)

Das Grundrecht aus Art. 6 GG (Schutz von Ehe und Familie), mindestens aber die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG)⁴⁴, schützen auch den Kinderwunsch der Eltern⁴⁵, bzw. das Recht auf Fortpflanzung als vorstaatliches Menschenrecht einschließlich der Nutzung aller medizinischen Hilfen auf dem jeweils aktuellen Stand⁴⁶.

Klarzustellen ist, dass dieser grundrechtliche Anspruch nichts zu tun hat mit dem immer wieder polemisch in die Debatte geworfenen Argument: „*Es gibt kein Recht*

⁴² Francke/Regenbogen, MedR 2002,174, 176; allg. zum Anspruch auf Aushändigung eines Untersuchungsberichts BVerfG, NJW 2005, 1103.

⁴³ Gropp, Schutzkonzepte werdenden Lebens (2005), S. 222 ff und 310.

⁴⁴ BVerfGE 39, 1, 43; Pjeroth/Schlink, Grundrechte, Rn 697 (Recht auf Familiengründung);

⁴⁵ BVerfGE 66, 84, 94; Spranger, ZFSH/SGB, 2001, 266; grs. auch Hollenbach, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Reproduktionsmedizin in Deutschland, in Lorenz, Rechtliche und ethische Fragen der Reproduktionsmedizin (2003) S. 82, 84; Giwer, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik (2001), S.133.

⁴⁶ Hufen, in: Gethmann-Siefert/Huster, Recht und Ethik der Präimplantationsdiagnostik, S. 92, 95; Sachs, GG, Art.6, Rn 26.

auf ein gesundes Kind“⁴⁷. So ist es zwar richtig, dass das Grundrecht auf Fortpflanzung oder auch Kindeswunsch selbstverständlich kein „Teilhaberecht auf ein Kind“ umfasst. Es geht aber weder um besondere Ansprüche noch um Teilhaberechte, sondern um ein klassisches Abwehrrecht gegen staatliche Maßnahmen, die in das Grundrecht auf Fortpflanzung eingreifen. Gesetzliche Bestimmungen und Verbote in diesem Bereich betreffen die Grundrechte in ihrer Funktion als Abwehrrechte (status negativus), nicht lediglich als Teilhaberechte und objektive Schutzpflichten.⁴⁸

Teilergebnis: Betroffen von einem Verbot wäre auch das grundrechtlich durch Art. 6 Abs. 1 GG, mindestens aber als elementarer Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG) geschützte Recht auf Fortpflanzung. Dabei geht es nicht um ein „Teilhaberecht auf ein gesundes Kind“, sondern um ein normales Abwehrrecht des Einzelnen gegen jeglichen staatlichen Eingriff in die persönlichen Entscheidungen im Zusammenhang mit Zeugung, Schwangerschaft und Geburt.

II. Eingriffe

Zweite Stufe der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Maßnahme ist die Klärung, ob diese in den Schutzbereich der zuvor genannten Grundrechte eingreift.

1. Berufsfreiheit des Herstellers und des Arztes

Eingriffe in das Grundrecht der Berufsfreiheit sind alle auf die berufliche Betätigung gerichteten unmittelbaren und gezielten Gebote, Verbote und Sanktionen. Ein Verbot, z. B. durch Erweiterung der Tatbestände des § 4 Abs. 1 MPG, wäre in diesem Sinne ein direkter und gezielter Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Herstellers. Würde dieser die berufliche Existenz bedrohen, käme auch ein Eingriff in die Berufswahlfreiheit in Betracht. Ein Anwendungsverbot – etwa durch Verengung der Berechtigungen des § 15 Abs. 1 GenDG – wäre ein unmittelbarer Eingriff in die

⁴⁷ Graumann, APuZ 27/2001; Haker, Ethik der Frühdiagnostik, S. 162; Renzikowski, NJW 2001, 2753, 2757.

⁴⁸ Nationaler Ethikrat, Gendiagnostik, 2003, 121 f.; Gutmann, in: Gethmann-Siefert/Huster, Recht und Ethik der Präimplantationsdiagnostik, S. 131, 134.

Berufsausübungsfreiheit der behandelnden Ärzte ebenso wie in die Rechte des Herstellers.

2. Grundrechte der Schwangeren

Die Schwangeren wären jedenfalls unmittelbare Adressaten eines erweiterten Anwendungsverbots im Bereich von § 15 GenDG, denn sie sind an der entsprechenden genetischen Untersuchung beteiligt und dürften insofern künftig nicht tätig werden. Was das etwaige Verbot des Produkts angeht, wären sie zwar selbst nicht unmittelbare Adressaten eines Verbots, wenn dieses in Form einer Änderung von § 4 MPG erfolgen würde. Gleichwohl läge auch insofern ein zumindest mittelbarer Grundrechtseingriff vor. Dieser ist gegeben, wenn sich ein Verbot gegen einen Adressaten richtet, die grundrechtsbeschränkende Wirkung aber bei einem Dritten eintritt⁴⁹. Um diese Fallkonstellation ginge es hier: Das Verbot würde sich gegen den Hersteller und etwaige Anwender richten; die Wirkung, nämlich die Vorenthaltung eines nicht-invasiven frühzeitigen Tests, würde aber vor allem auf Seiten der Schwangeren eintreten. Insofern läge auch bei ihnen ein Eingriff in die genannten Grundrechte vor. Dasselbe gilt insofern für die betroffenen Ärzte im Bezug auf deren Berufsfreiheit.

Teilergebnis: Ein gesetzliches Verbot von PraenaTest® oder ein Anwendungsverbot würden aus der Sicht des Herstellers und der behandelnden Ärzte in die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 GG, aus der Sicht der Patientinnen in das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit und das Recht auf Wissen um gesundheitsrelevante Tatsachen (Art. 2 Abs. 2 GG) sowie das Grundrecht auf Fortpflanzung (Art. 6 Abs. 1 und 2 GG) eingreifen.

IV. Rechtfertigung gesetzlicher Eingriffe

1. Allgemeines

Das Vorliegen eines tatbestandmäßigen Eingriffs in ein Grundrecht bedeutet noch nicht, dass das jeweilige Grundrecht verletzt und der Eingriff damit verfassungswidrig

⁴⁹ Hufen, StaatsR II – Grundrechte 3. Aufl. 2011, § 8 Rn 9

ist. Das wäre erst dann der Fall, wenn der gesetzliche Eingriff nicht gerechtfertigt wäre. Gerechtfertigt ist er dann, wenn er zur **Verwirklichung eines wichtigen Gemeinwohlziels geeignet, erforderlich und zumutbar** ist.

Die im Gutachten *Gärditz* schwerpunktmäßig behandelten Grundrechtspositionen des Ungeborenen bilden aus der Sicht des Herstellers, der Ärzte und der Patientinnen in diesem Sinne Gemeinwohlziele oder sog. « verfassungsimmanente Schranken », die unter bestimmten Voraussetzungen einen gesetzlichen Eingriff in die genannten Grundrechte rechtfertigen können. Voraussetzung ist allerdings, dass

- der Schutzbereich des jeweiligen Grundrechts auf Seiten des Fötus betroffen ist,
- und die Anwendung von PraenaTest® einen Eingriff in das Grundrecht darstellt,
- der seinerseits nicht gerechtfertigt werden kann.

2. Verfassungsimmanente Schranken – konfligierende Verfassungsgüter

a. Menschenwürde des Embryo/Fötus (Art. 1 Abs. 1 GG)

Während *Gärditz* sich auf das Diskriminierungsverbot gegenüber Behinderten (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) konzentriert und die Menschenwürde eher beiläufig erwähnt, spielt diese in der öffentlichen Diskussion um PID⁵⁰ und PND eine große Rolle.

⁵⁰ Angesichts der geradezu überbordenden Diskussion seien hier nur wenige Exponenten der jeweiligen Seiten genannt: **Für Verbot der PID:** *Böckenförde*, Menschenwürde als normatives Prinzip, JZ 2003, 809; *Böckenförde/Wunderlich*, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem (2002); *Haker*, Ethik der genetischen Frühdiagnostik (2002); R. *Kollek*, Präimplantationsdiagnostik: Embryonenselektion, weibliche Autonomie und Recht (2000); S. *Schneider*, Rechtliche Aspekte der Präimplantations- und Präfertilisationsdiagnostik (2002); *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1, Rn. 89. **Gegen ein völliges Verbot:** Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz, Präimplantationsdiagnostik - Thesen zu den medizinrechtlichen und ethischen Problemstellungen (1999); *Dierks* u.a., Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik - u.a. "Einbecker Empfehlungen" (2008); *Dreier*, in: Dreier, GG, Art. 1, Rn. 97; *Giwier*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik (2001); *Hufen*, Präimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht, MedR 2001, 440; *Nationaler Ethikrat*, Genetische Diagnostik vor und während der Schwangerschaft – Stellungnahme (2006); **allgemein** informativ auch *Böcher*, Präimplantationsdiagnostik und Embryonenschutz (2004); Gethmann-Siefert/Huster, Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik (2005); *Middel*, Verfassungsrechtliche Fragen der Präimplantationsdiagnostik und des therapeutischen Klonens (2006).

Inbesondere wird eingewandt, es gehe hier um Selektion von Menschen und damit um einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in Art. 1 Abs. 1 GG⁵¹.

Im Hinblick auf den **persönlichen Schutzbereich** ist hier zunächst zu klären, ob der Fötus in der 12. Schwangerschaftswoche bereits Träger der Menschenwürde ist. Das ist nicht unbestritten⁵², dürfte aber zu bejahen sein⁵³. Anders als beim pränidativen Embryo in vitro stehen genetische Identität und die Potentialität zur Entwicklung zum Menschen in diesem Zeitpunkt fest, und auch das BVerfG ist in beiden Abtreibungsurteilen davon ausgegangen, dass die „von Anfang an“ geltende Menschenwürde jedenfalls hinsichtlich der damals streitigen Dreimonatsfrist berührt sei⁵⁴, hat allerdings die Fristenlösung unter bestimmten Voraussetzungen dennoch passieren lassen.

Das heißt aber noch nicht, dass in der frühen Pränataldiagnostik bereits ein durch dieselbe verursachter **Eingriff** in die Menschenwürde liegt. Auch das unter Inanspruchnahme des historischen Fanals ins Feld geführte Schlagwort „Selektion“⁵⁵ vermag diesen allein nicht zu begründen.

Eingriffe in die Menschenwürde werden in der Rechtsprechung des BVerfG⁵⁶ nach der sogenannten « Objektformel » *Günter Dürigs*⁵⁷ dahin konkretisiert, dass der Mensch nicht zum bloßen Objekt staatlicher Willkür gemacht werden bzw. die Subjektqualität des Menschen nicht prinzipiell in Frage gestellt werden darf⁵⁸. In den Urteilen zur

⁵¹ Bereits *Laufs*, NJW 2000, 2716, 2717.; *Sacksofsky*, KJ 2003, 274, 282; *Gounalakis*, Embryonenforschung und Menschenwürde, S. 61; *Eibach*, MedR 2003, 441, 444; *Nationaler Ethikrat (Minderheit)*, Gendiagnostik Stellungnahme 2003, S. 94; *Lehmann*, In-vitro-Fertilisation, S.120.

⁵⁰ Anders z. B. *Ipsen*, JZ 2001, 989, 993; *Hoerster*, Ethik des Embryonenschutzes (2002); *ders.*, JuS 2003, 529; *Merkel*, Extrem unreife Frühgeborene und der Beginn des strafrechtlichen Lebensschutzes, in: *Medizin – Recht – Ethik (Rechtsphilosophische Hefte)*, Band VIII (1998), 103 ff.; *ders.*, Früheuthanasie (2001), 98 ff.; *ders.*, Forschungsobjekt Embryo (2002).

⁵³ So die ganz herrschende Lehre in der Literatur vgl. *Dreier*, in *Dreier*, GG Kommentar, Art. 1 Rn 82 f. m.w.N.; *Kreß*, ZRP 2006, 219, 221; *Schill*, in *Journal für Reproduktionsmedizin* 2005, 29f; *Heun*, in *Gethmann-Siefert/Huster*, *Recht und Ethik der Präimplantationsdiagnostik*, S. 69, 89.

⁵⁴ BVerfGE 39, 1, 41; BVerfGE 88, 205, 251f.;

⁵⁵ *Böckenförde*, JZ 2003, 809, 813.; *Böckenförde-Wunderlich*, *Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem*, S. 99; *Zum Problem der Selektion allgemein: Schneider*, MedR 2001, 453.

⁵⁶ Erstmals wohl in BVerfGE 9, 89 (95).

⁵⁷ *Maunz/Dürig*, GG, 1. Aufl., (1958), Art. 1 I, Rn. 28.

⁵⁸ So etwa BVerfGE 50, 166 (175).

„Schockwerbung“ der Firma Benetton⁵⁹ hat das Gericht diese Formel dann weiter konkretisiert und zugleich auf wirklich schwerwiegende Formen der Erniedrigung wie Folter, Schmähung, Brandmarkung und extreme staatliche Willkür eingegrenzt⁶⁰. Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung betreffen grausame Strafen, Pranger, Demütigung, Sklaverei, Leibeigenschaft und Menschenhandel. Auch kann es nicht um abstrakte Werte und objektive Würdedefinitionen, sondern um Eingriffe in den Kern der Identität eines konkreten Menschen gehen⁶¹. Körperliche Eingriffe und sogar die Tötung eines Menschen sind also Eingriffe in das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG), aber keineswegs immer zugleich Eingriffe in die Menschenwürde.

Unter diesen Voraussetzungen ist es schlicht überzogen, in der Anwendung eines Diagnosemittels einen Eingriff in die Menschenwürde zu sehen. Der Fötus wird hier keineswegs zum Objekt einer erniedrigenden Behandlung, noch wird er in seinem Eigenwert in Frage gestellt. Selbst wenn man die aufgrund der festgestellten Behinderung möglicherweise zu bejahende medizinisch – soziale Indikation einbezieht, geht es nicht um die prinzipielle Verneinung der Subjektqualität, sondern um die Gewinnung einer für die Lösung des vom geltenden Recht vorausgesetzten Güterkonflikts wesentlichen Information.

Selbstverständliche Voraussetzung ist ferner, dass der Eingriff wirklich durch den Test **verursacht** ist. Auch daran fehlt es aber erkennbar bei der Einführung und Anwendung von neuen Formen der Pränataldiagnostik. Hintergrund entsprechender Vorwürfe gegen die frühe Pränataldiagnostik ist die Annahme, dass in der durch das Testergebnis erlangten Kenntnis der Behinderung die Ursache für einen Schwangerschaftsabbruch zu sehen sei⁶². Ursache ist aber nicht der Test, sondern allenfalls die durch diesen festgestellte Behinderung und der damit aufgrund der derzeitigen Rechtslage ermöglichte Schwangerschaftsabbruch. Dabei ist zu beachten, dass selbst das *BVerfG* die embryopathische Indikation als eine Abtreibung rechtfertigend

⁵⁹ BVerfGE 102, 347 (359); BVerfGE 107, 275 (280).

⁶⁰ BVerfGE 107, 275 (280).

⁶¹ Ähnl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 353; 362.

⁶² Auch der eingangs(Fn.4) zitierte Humangenetiker *Wolfram Henn* spricht von einem Schwangerschaftsabbruch *aufgrund* des Testergebnisses.

behandelt hat⁶³. Deren „Abschaffung“ durch § 218a Abs. 2 StGB n. F. hat aber keineswegs dazu geführt, dass eine schwere Behinderung kein rechtfertigender Grund ist, die entsprechende Indikation ist vielmehr – wie bereits betont - als Unterfall in der medizinisch-sozialen Indikation aufgegangen⁶⁴. So kann auch nach der neuen Fassung des Gesetzes ein Schwangerschaftsabbruch gerechtfertigt sein, wenn die zu erwartende Behinderung des Kindes so erheblich ist, dass Pflege und Erziehung des Kindes auch bei voller Anerkennung seines Lebensrechts eine zeitlich, kräftemäßig oder wirtschaftlich unzumutbare Überforderung der Schwangeren, unter Umständen auch im Hinblick auf bereits vorhandene Kinder, bedeuten würde⁶⁵.

Wären dieser Vorgang insgesamt und die Pränataldiagnostik im Besonderen ein Eingriff in die Menschenwürde, dann könnte das geltende Recht aus verfassungsrechtlicher Sicht keinen Bestand haben. Das würde auch alle anderen Formen der Pränataldiagnostik erfassen.

Teilergebnis : Durch die bloße Untersuchung wird der Fötus weder zum Objekt einer erniedrigenden Behandlung noch in seinem Eigenwert in Frage gestellt. Die Menschenwürde ist also nicht verletzt. Dass sich der Test derzeit nur auf Trisomie 21 richtet und nicht der Heilung dienen kann, ändert daran nichts, denn der Test dient auch bei positivem Ergebnis nur der Feststellung einer der Rechtsordnung entsprechenden Indikation. Außerdem trägt er dazu bei, dass sich die Schwangere und ihre Familie auf die auf sie zukommenden schwerwiegenden Entscheidungen und Belastungen frühzeitig einstellen können.

b. Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit des Embryo/Fötus (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)

Unabhängig von der Menschenwürde bleibt zu prüfen, ob das Verbot von PraenaTest® möglicherweise durch das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit des Fötus (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und die insofern bestehende Schutzpflicht des Staates gerechtfertigt werden kann. Kritiker von PraenaTest® sehen bereits in dem Test einen Eingriff in das Grundrecht auf Leben und Gesundheit, womit

⁶³ BVerfGE 88, 203, 257.

⁶⁴ *Deutsch*, Medizinrecht, 4. Aufl. (1999) Rn.420; *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, 2. Aufl. (2008) § 73 Rn.10

⁶⁵ BT-Ds. VI/3434, 24.

sie unterstellen, dass dieser Test ausschließlich und gezielt der späteren Abtreibung diene.

Das ist aber – wie schon gezeigt - nicht der Fall, denn der Test ist als solcher neutral und führt in der übergroßen Zahl der Fälle gerade nicht zur Abtreibung. Selbst wenn man den Embryo/Fötus von der Nidation an als Träger des Grundrechts ansieht⁶⁶, greift der Test als nicht invasive Methode erkennbar nicht selbst in das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) des Embryo ein. Auch eine unmittelbare Gefährdung der körperlichen Integrität liegt – anders als bei der Fruchtwasseruntersuchung – nicht vor. Auch eine indirekte Gesundheitsgefährdung ist nicht gegeben. Selbst die positive Feststellung einer Trisomie 21 dient lediglich der Klärung der Voraussetzungen einer möglicherweise bestehenden medizinischen Indikation. Ist die Abtreibung aber selbst unter bestimmten Voraussetzungen möglicherweise gerechtfertigt, dann kann die frühzeitige Feststellung ebendieser Voraussetzungen kein Eingriff in das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit sein. Dass sich der Test nur auf Trisomie 21 richtet und nicht der Heilung dienen kann, ändert daran nichts, denn er dient auch bei positivem Ergebnis in jedem Fall dazu, dass sich die Mutter und ihre Familie früher auf die auf sie zukommenden schwerwiegenden Entscheidungen und Belastungen einstellen können.

Teilergebnis : Ein Verbot von PraenaTest® kann nicht durch den notwendigen Lebensschutz des Fötus gerechtfertigt werden. Anders als bei anderen Methoden der Pränataldiagnostik werden Leben und körperliche Integrität des Fötus durch den Test gerade nicht berührt, er ist also in jedem Fall das « mildere Mittel ». Entscheidet sich die Mutter aber letztlich für den Abbruch der Schwangerschaft, so liegt die Ursache in der Behinderung und den Gefahren für das Leben und die Gesundheit der Frau, die nach geltendem Recht einen solchen Eingriff rechtfertigen.

⁶⁶ So wohl BVerfGE 39, 1, 39 ff. ; 88, 203, 252 und die ganz herrschende Meinung in der Literatur

c. Benachteiligungsverbot behinderter Menschen (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG).

aa. Allgemeines

Schwerpunkt der Argumentation im Gutachten *Gärditz* bildet Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG :
 « *Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden* (Gutachten S. 4 ff.)». PraenaTest® ziele allein auf die Feststellung von Trisomie 21 zur Vorbereitung einer Abtreibung und damit auf die existentielle Benachteiligung behinderter Menschen.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht stichhaltig ist diese Argumentation, wenn

- es bei Trisomie 21 um eine Behinderung im Sinne des Grundrechts geht,
- der betroffene Fötus Grundrechtsträger im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist,
- in der Anwendung des Tests eine durch diesen verursachte Benachteiligung liegt,
- die nicht ihrerseits verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

bb. Vorliegen einer Behinderung

Nach der Rechtsprechung des BVerfG liegt eine Behinderung dann vor, wenn es sich um die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung handelt, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht⁶⁷. Dies ist bei einer durch Trisomie 21 hervorgerufenen Beeinträchtigung der kognitiven oder motorischen Fähigkeiten der Fall.

cc. Personeller Schutzbereich: Fötus als Träger des Grundrechts?

Träger des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG sind unstrittig von den Folgen der Trisomie 21 betroffene **geborene** Menschen. Höchst umstritten ist allerdings die Frage, ob dies auch bereits für Embryonen und Föten vor der Geburt gilt.

⁶⁷ BVerfGE 96, 288, 301; 99, 341, 356f.

*Gärditz*⁶⁸ bejaht dies, fragt dabei aber nicht direkt, ob Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auf ungeborene Menschen anwendbar ist, sondern schließt diese Anwendbarkeit aus dem engen Zusammenhang der Menschenwürde und daraus, dass eine Diskriminierung diesen Würdeanspruch in Frage stelle. Wenn nach der Rechtsprechung des BVerfG der Würdeschutz „von Anfang an“, also auch während der Schwangerschaft gelte⁶⁹, dann ergebe sich daraus, dass die Benachteiligung im Sinne von Art. 3 Abs.3 GG den Schutz Behinderter verletze. In ähnlicher Weise argumentieren auch einige Autoren, die die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auf das ungeborene Leben bejahen. Embryonen seien „von Anfang an“ Träger aller Menschenrechte,⁷⁰ also auch des Diskriminierungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 GG.⁷¹ Spätestens mit der Nidation sei auch der „behinderte“ Fötus Träger des Diskriminierungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG. PND und Abtreibung zum Ausschluss der Geburt behinderter Kinder seien Akte ultimativer Diskriminierung. Deren Verbot sei nicht nur gerechtfertigt, sondern auch geboten.

Demgegenüber ist bei Art. 3 GG insgesamt und bei Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG im Besonderen äußerst fraglich, ob die allgemeinen und besonderen Benachteiligungsverbote über geborene Menschen hinaus auch ungeborenes Leben einbeziehen und damit auch einem Fötus in der 10.-12. Schwangerschaftswoche zukommen⁷². Eine solche Ausdehnung des personellen Schutzbereichs ist weder aus der Entstehungsgeschichte der Verfassungsänderung von 1994 noch aus der Rechtsprechung des BVerfG oder der Kommentar- und Lehrbuchliteratur zu belegen. Bei der Entstehung der Norm war von der Einbeziehung des ungeborenen Lebens keine Rede. Weder Abtreibungsgegner noch Abtreibungsbefürworter waren beteiligt. Von den zahlreichen Kommentaren zum GG vertreten nur drei – und dies ohne jede Begründung - die Auffassung, das Diskriminierungsverbot schütze auch das ungeborene behinderte

⁶⁸ Gutachten, S. 5

⁶⁹ BVerfGE 39, 1, 41.

⁷⁰ *Bundesvereinigung Lebenshilfe*, Positionspapier 2001; grundsätzlich auch *Spranger*, *Behindertenrecht* 2004, 121.

⁷¹ So im Ergebnis *Spranger*, in: Gethmann-Siefert/Huster, *Recht und Ethik der Präimplantationsdiagnostik*, S. 186, 190, 193, 204; *Starck*, in v.Mangoldt/Klein/Starck, *GG*, Art 3 Rn 421.

⁷² *Reiß*, *Rechtliche Aspekte der PID*, S. 57; *Bernat*, in : *FS Laufs*, 671, 691; *Schmidt-Jortzig*, *Rechtsfragen der Biomedizin*, S. 23.

Leben⁷³. In der großen Mehrzahl der Darstellungen⁷⁴ wird dagegen betont, dass die Norm nur natürliche Personen schützt und damit die Grundrechtsträgerschaft von Embryonen nicht einmal erwähnt. Wollte man Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auf behinderte Embryonen anwenden, dann müsste die Implantation im Vorgang der IVF oder bei der ethisch problematischen Reduktion von Mehrlingsschwangerschaften geschädigte und « gesunde » Embryonen gleichbehandeln. Auch müsste konsequenterweise der allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs.1 GG) auf alle Embryonen angewendet werden.

Auch der Rekurs auf die Menschenwürde oder andere Menschenrechte überzeugt nicht. Abgesehen davon, dass hier der unantastbare Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG geradezu uferlos für alle Fälle der Diskriminierung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 2 ausgedehnt wird, beantwortet die Argumentation nicht die Frage, ob ein behinderter Fötus selbst in den Schutzbereich von Art. 3 GG fällt. Das lässt sich auch aus Art. 1 Abs. 1 GG selbst für den Fall nicht ableiten, dass das ungeborene Leben als Träger der Menschenwürde Abs. 1 GG in Betracht kommt, denn Art. 1 GG schützt keineswegs jeden Menschen vor jeder Benachteiligung. Ob diese vorliegt, ist vielmehr anhand von Art. 3 GG zu beantworten.

Dies alles zeigt, dass Art.3 Abs. 3 S.2 GG nicht auf das ungeborene « behinderte » Leben zugeschnitten ist. Das Verbot der Benachteiligung Behinderter und das Gebot zu deren Förderung (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) bezieht sich nur auf lebende Menschen.⁷⁵

⁷³ Vgl. *Scholz*, in Maunz/Dürig, GG, Art 3 Abs 3, Rn 177; *Starck*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3, Rn 421f; ders., JZ 2002, 1065, 1071 (Diskriminierung und klarer Verstoß gegen Art 3 III 2 GG durch Vermeidung der Geburt behinderter Kinder); *Heun*, in : Dreier Art. 3 Abs. 3 Rn. 136.

⁷⁴ Vgl. *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, Beck Online-Kommentar GG, Art. 3, Rn 211; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG Art 3 Rn 149 m.w.N.; *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art 3, Rn 308, Fn 684; *Lübbe*, in: Ethik in der Medizin, 2003, 481 ff.; so im Ergebnis auch *Spranger*, in: Gethmann-Siefert/Huster, Recht und Ethik der Präimplantationsdiagnostik, S. 186 ff.

⁷⁵ Vgl. *Hufen*, in: Gethmann-Siefert/Huster, Recht und Ethik der Präimplantationsdiagnostik, S. 92, 110; *Osterloh*, in Sachs, GG, Art 3, Fn 684; wohl auch *Götz*, Kossens/ von der Heide/Maaß, SGB IX, §

dd. Benachteiligung

Selbst wenn man aber – entgegen der hier und von der wohl herrschenden Meinung vertretenen Auffassung – von der Grundrechtsträgerschaft des Fötus ausgeht, ist damit noch nicht ausgesagt, dass in einer bestimmten Maßnahme eine Benachteiligung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG liegt. Definiert man die Benachteiligung als eine Verschlechterung im Vergleich zu den Entfaltungsmöglichkeiten anderer durch eine bestimmte Handlung oder ein Unterlassen⁷⁶, so zeigt sich bereits, dass in der pränatalen Untersuchung keine Benachteiligung liegt, denn diese wird ja gerade bei allen Föten vorgenommen, bei denen ein bestimmtes Risiko einer Behinderung besteht. Die Benachteiligung liegt – wenn überhaupt – in der auf Grund der medizinisch-sozialen Indikation vorgenommenen Abtreibung, wenn die Fortsetzung der Schwangerschaft der Mutter nicht zumutbar ist. Nicht die Untersuchung, sondern vielmehr die durch die Behinderung ausgelöste Gefährdung der Gesundheit der Schwangeren ist also – wenn überhaupt – Ursache der Benachteiligung. Bereits in der frühzeitigen Feststellung der *Ursachen* einer möglichen Behinderung eine Benachteiligung des (späteren) behinderten Menschen zu sehen⁷⁷, ist ebenso verfehlt wie der Schluss, schon die Diagnose sei Ursache der Krankheit. Wenn überhaupt, dann manifestiert sich eine Benachteiligung in der späteren Entscheidung der Frau gegen die Fortsetzung der Schwangerschaft. Diese wäre aber nach geltendem Recht ihrerseits durch den Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit der Frau gerechtfertigt. Die Argumentation von *Gärditz*, die Norm sichere die soziale Teilhabe, setze die physische Existenz voraus und schon deshalb sei es unzulässig, gerade die schwächste Form behinderten Lebens vom Schutz des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auszuschließen⁷⁸ (S. 3 u. 4), läuft auf einen Zirkelschluss hinaus, denn sie versucht, die Benachteiligung dadurch zu begründen, dass andernfalls eine besonders intensive Form der Benachteiligung vorläge.

Auch *Gärditz* (S. 4) gibt zu, dass in der Diagnose selbst keine Nachteile für das ungeborene Leben liegen. Auch stellt er selbst fest, dass die Feststellung von

1 Rn 1, § 2 Rn 6 (Behinderung als Hemmnis sozialer Interaktion); *Fuchs*, in Bamberger/Roth, Beck'scher Online Kommentar zum AGG, § 1 Rn 13.

⁷⁶ BVerfGE 99, 341, 357.

⁷⁷ *Gärditz*, Gutachten, S. 4

⁷⁸ *Gärditz*, Gutachten, S. 3 u.4.

Trisomie 21 nicht „automatisch“ zu einem Schwangerschaftsabbruch führe, letztere vielmehr von den rechtlichen Voraussetzungen des § 218 StGB und von der dem Staat nicht unmittelbar zurechenbaren Entscheidung der werdenden Mutter abhängt. Gleichwohl unterstellt er, dass der Test „typischerweise“ (und insoweit durchaus produktspezifisch) darauf abziele, durch einen Befund das Vorliegen von Trisomie 21 entweder auszuschließen oder zu verifizieren, um im letztgenannten Fall den Embryo/Fötus abzutreiben. Darin sieht er einen typisierbaren Kausalzusammenhang.

Diese Argumentation kann angesichts der Notwendigkeit einer exakten dogmatisch begründeten Argumentation bei der Einschränkung von Grundrechten durch andere Grundrechte – zurückhaltend formuliert – nur als äußerst gewagt bezeichnet werden. Würde jede ärztliche Untersuchung, die Menschen zu einem bestimmten andere Menschen benachteiligenden Verhalten motiviert, bereits als Benachteiligung im Sinne von Art. 3 GG gesehen, wäre kaum noch eine medizinische Diagnose unheilbarer Krankheiten möglich. Auch bedeutet es eine der menschlichen Selbstbestimmung und Entscheidungsfreiheit schlicht nicht gerecht werdende Unterstellung, Menschen würden auf eine bestimmte Diagnose stets in derselben Weise reagieren. Auch hier kann nur gelten: Nicht die Untersuchung ist kausal für die Benachteiligung. Dies ist vielmehr allenfalls die Handlung die – sei es auch nach erfolgter Untersuchung - vorgenommen wird.

Selbst wenn die Grundrechtsträgerschaft des Fötus bejaht wird, liegt also in der Anwendung von PraenaTest® keine durch diese verursachte Benachteiligung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.

Als Teilergebnis ist festzuhalten: Da der Schutzbereich von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG für Föten in der 12. Schwangerschaftswoche nicht eröffnet ist und im bloßen Pränataltest auch keine Benachteiligung liegt, scheidet Art. 3 Abs. 3 Abs. 2 GG als Rechtfertigung für ein Verbot aus. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Schutzpflicht des Staates für behinderte Menschen.

e. Schutz vor mittelbarer Benachteiligung behinderter Menschen

Bereits in der Diskussion um die Zulassung der PID wurde immer wieder das Argument verwandt, die PID verändere das gesellschaftliche Klima gegenüber Behinderten („*das ist doch nicht mehr nötig*“). Ob ein solches Argument aus verfassungsrechtlicher Sicht im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG tragfähig ist, ist aber fraglich.

Der Schutz und die weitest mögliche Integration lebender behinderter Menschen ist ein überragend wichtiges Ziel des Sozialstaats und der Grundrechte. Die Bekämpfung von Erbkrankheiten und genetischen Defekten, die zu schweren Behinderungen führen, darf aber nicht als Diskriminierung von Menschen mit den daraus folgenden Behinderungen verstanden werden⁷⁹. Auch haben fundierte empirische Untersuchungen⁸⁰ ergeben, dass die bisher allein erlaubten Methoden der Pränataldiagnostik, von denen auch weitgehend Gebrauch gemacht wird, keineswegs zu einer geringeren Akzeptanz von Behinderten in der deutschen Gesellschaft geführt haben, sondern dass diese Akzeptanz in den vergangenen Jahrzehnten im Gegenteil kontinuierlich gestiegen ist. Das wird sich – so kann vermutet werden – auch durch die Anwendung von PraenaTest® nicht verändern. Eine Methode, die einer Vielzahl von Betroffenen frühzeitig die Angst vor Komplikationen in der Schwangerschaft nimmt, kann eher zur Akzeptanz und Gleichstellung behinderter Menschen beitragen.

Teilergebnis: Auch die Sorge um die gesellschaftliche Akzeptanz behinderter Menschen kann ein Verbot früher Pränataldiagnostik nicht rechtfertigen.

f. Schutz der Schwangeren vor unangemessenem Druck, Recht auf Nichtwissen

Nicht im Gutachten von *Gärditz*, sehr wohl aber in der allgemeinen Diskussion um Präimplantationsdiagnostik und Pränataldiagnostik ist immer wieder das Argument zu hören, die Pränataldiagnostik insgesamt führe dazu, dass die Frauen unter einen unangemessenen Druck gesetzt werden, genetische Defekte festzustellen und ggf.

⁷⁹ So jedoch Stellungnahme der CSU in Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) vom 20.07.2004, S.4.

⁸⁰ *Van den Daele*, Empirische Befunde zu den gesellschaftlichen Folgen der Pränataldiagnostik: Vorgeburtliche Selektion und Auswirkungen auf die Lage behinderter Menschen, in: Gethmann-Siefert/Huster, Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik (2005), 206 ff..

behindertes Leben abzutreiben. Eine weitgehende Einschränkung der Pränataldiagnostik sei also geboten, um das „Recht auf Nichtwissen“ der Familien und insbesondere der schwangeren Frauen zu schützen⁸¹.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist es selbstverständlich, dass das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, das allgemeine Persönlichkeitsrecht sowie das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung neben dem „Recht auf Wissen“ auch ein „Recht auf Nichtwissen“ gewährleisten. Ebenso selbstverständlich folgt aus dem Fortpflanzungsrecht, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und auch aus der Menschenwürde das Recht einer Frau, auch ein behindertes Kind auszutragen und zur Welt zu bringen. Daran darf sie in keiner Weise gehindert werden. Schilderungen betroffener Frauen, sie seien im Klinikalltag zur Pränataldiagnostik oder gar bei Feststellung einer Behinderung zur Abtreibung durch Ärzte und andere Berater „gedrängt“ worden⁸², sind also sehr ernst zu nehmen. Ein direkter oder mittelbarer (z.B. durch Drohung mit dem Entzug von Versicherungsleistungen) erzwungener Test wäre ein durch nichts zu rechtfertigender Eingriff in die Rechte der betroffenen Frauen.

Das alles heißt aber keineswegs, dass das „Recht auf Nichtwissen“ gegen das „Recht auf Wissen“ ausgespielt werden darf. Die geschilderte Drucksituation ist auch nicht bestehenden Testmöglichkeiten zuzuschreiben, sondern allenfalls dem Übereifer einzelner Ärzte. Dieser Druck wird aber in keiner Weise durch die bloße Möglichkeit einer frühzeitigen und schonenden Pränataldiagnostik ausgelöst. Frauen können und müssen im Rahmen ihrer grundrechtlichen Freiheit selbst entscheiden, ob sie diese Möglichkeit wahrnehmen. Noch viel weniger kann die geschilderte Situation dazu führen, Herstellern das Inverkehrbringen oder die Anwendung solcher Pränataldiagnostik zu verwehren; und schon gar nicht kann sie dazu führen, Frauen die damit verbundene freiwillige Erkenntnismöglichkeit gesetzlich zu verwehren.

In keinem Fall darf aus dem « Recht auf Nichtwissen » also eine gesetzlich verordnete « Pflicht zum Nichtwissen » werden.

⁸¹ Exemplarisch die Beiträge in der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung vom 26.11.2012, S. 2 und 3

⁸² Ebenda

Ebenso wenig ist das Argument von verfassungsrechtlichem Gewicht, ein Verbot der Pränataldiagnostik schütze Eltern vor dem unangemessenen Druck der Gesellschaft oder gar vor einer unmenschlichen Wahl⁸³. Eine unter den gesetzlichen Voraussetzungen durchgeführte und von Beratungsangeboten begleitete möglichst frühe Pränataldiagnostik versetzt die Eltern vielmehr erst in die Lage, die ohne Zweifel schwierige Entscheidung über den Abbruch oder die Fortsetzung einer Schwangerschaft möglichst frühzeitig und auf der Basis allen relevanten Wissens zu treffen und kann schon aus diesem Grunde nicht verboten werden. Noch weniger können unbewiesene abstrakte Dammbuch-Spekulationen den Eingriff in konkrete Grundrechte rechtfertigen⁸⁴.

3. Verhältnismäßigkeit - Abwägung

a. Allgemeines

Schwierige Grundrechtskonflikte können im Rechtsstaat nicht dadurch gelöst werden, dass einseitig eine bestimmte Grundrechtsposition hervorgehoben und entgegenstehendes Recht verdrängt wird. Durch solche Einseitigkeit ist das Gutachten *Gärditz* durchgehend gekennzeichnet, indem es das Benachteiligungsverbot des „behinderten“ Ungeborenen – ohne vertiefte Begründung seiner Anwendbarkeit – nahezu verabsolutiert, die Rechte der übrigen Beteiligten aber kaum ermittelt und von vornherein für unbeachtlich erklärt werden. Unantastbar und damit unabwägbar ist nach dem zuvor Gesagten nur die Menschenwürde, in die aber – wie oben ausführlich begründet – durch die Pränataldiagnostik nicht eingegriffen wird. Andernfalls wäre durchaus zu prüfen, ob nicht selbst dann der Schutz der Menschenwürde der Frau ein Recht auf Wissen hinsichtlich so elementarer Fakten wie die Möglichkeit der Behinderung eines in ihrem Körper befindlichen Fötus gebietet. In keinem Fall darf die Frau zum Objekt der unwissenden Fremdbestimmung über ihr eigenes Leben gemacht werden. Bei allen anderen Verfassungsgütern ist es Aufgabe der Verfassungsinterpretation, aber auch Aufgabe des die Verfassung konkretisierenden Gesetzgebers, diese Rechte nach dem

⁸³ So nach Zeitungsmeldungen die Bundestagsabgeordneten *Singhammer* und *Fischbach* (FAZ 7.7.2012, S. 4); *Braun*, Leserbrief, Mainzer Rheinzeitung vom 2.10.2012, S. 18.

⁸² Guter internationaler Vergleich der Situation und des ausbleibenden "Dammbuch" bei *Nippert*, Präimplantationsdiagnostik - ein Ländervergleich (2006).

Grundsatz „praktischer Konkordanz“, d.h. unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und größtmöglicher Schonung beider Seiten einander zuzuordnen. Ausgangsfrage ist dabei stets, ob ein Verbot der frühen Pränataldiagnostik verfassungsmäßig wäre. Voraussetzung dafür bleibt das Vorliegen eines wichtigen Gemeinwohlbelangs bzw. eines zu schützenden konfligierenden Verfassungsgutes (b), die Eignung des Verbots zur Erreichung dieses Zieles (c), die Erforderlichkeit bzw. das Nichtvorliegen eines milderen Mittels (d) sowie die „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“, also vor allem die Zumutbarkeit bzw. die Vermeidung unbilliger Härten (e).

b. Rechtfertigende Ziele des Eingriffs

Die zur Rechtfertigung eines Verbots in Betracht kommenden Rechtsgüter bzw. „verfassungsimmanente Schranken“ wurden zur besseren Übersichtlichkeit hier bereits vorab (oben 3.) behandelt. Nach diesen Ausführungen fehlt es für das Vorliegen eines Grundrechtskonflikts bereits an relevanten „Gegenpositionen“, weil das Diagnoseverfahren PraenaTest® keinen Eingriff in die Menschenwürde oder das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit und auch keine Benachteiligung behinderter Menschen bewirkt. Gleichwohl scheint es angesichts der öffentlichen Diskussion und weiterhin geforderter Verbote angezeigt, zu prüfen, ob ein solches Verbot – die Einschlägigkeit der Grundrechte des ungeborenen Lebens einmal unterstellt – nach den genannten Grundsätzen verhältnismäßig wäre. Immerhin können der Schutz des ungeborenen Lebens und behinderter Menschen Gemeinwohlbelange darstellen, die der Gesetzgeber aufgreifen darf.

c. Eignung

Eignung bedeutet aus verfassungsrechtlicher Sicht, dass eine Maßnahme zur Erreichung oder Förderung des angegebenen Gemeinwohlziels tauglich ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um die jeweils optimale Lösung handelt. Ein Beitrag zur Zweckerreichung reicht⁸⁵. Bei der Beurteilung kommt dem Gesetzgeber eine weitgehende Einschätzungsprärogative zu⁸⁶.

⁸⁵ BVerfGE 30, 292, 316; 67, 157, 175.

⁸⁶ BVerfGE 13, 97, 105; 16, 147, 181; 53, 135, 155; 77, 84, 106

Selbst unter Anlegen eines weiten Prüfungsmaßstabs ist es bereits sehr fraglich, ob ein etwaiges Verbot von PraenaTest® zum Schutz der Grundrechte des Embryos und anderer Gemeinwohlbelange geeignet wäre. Das wäre auch nach der Logik der Abtreibungsgegner erst dann der Fall, wenn es zu einer Verminderung oder sogar Verhinderung von Abtreibungen beitragen könnte. Das ist aber kaum anzunehmen. Eltern, die eine Behinderung des werdenden Lebens befürchteten, werden sich durch ein Verbot von PraenaTest® kaum abhalten lassen, andere sogar weniger schonende und weiterhin legale Möglichkeiten der Pränataldiagnostik wie Ultraschall und Fruchtwasseruntersuchung anzuwenden. Die Nutzung von PraenaTest® schafft also gerade keine erhöhte Gefahr für das ungeborene Leben; ein Verbot wäre insofern bereits ungeeignet.

Auch zur Lösung des Grundkonflikts zwischen Gesundheit der Schwangeren und Schutz des ungeborenen Lebens im Sinne des § 218a StGB würde ein Verbot in keiner Weise beitragen, würde diesen Konflikt vielmehr nur in einen für alle Beteiligten weitaus gravierenderen Zeitraum verschieben. Die bloße Erleichterung des Zugang zur Pränataldiagnostik durch PraenaTest® kann insofern gleichfalls kein Argument sein, so lange es – unverbietbar – andere Formen der Pränataldiagnostik gibt.

d. Erforderlichkeit

Erforderlichkeit im Sinne der Verhältnismäßigkeitsprüfung bedeutet, dass das Ziel staatlicher Maßnahme nicht durch ein milderes, gleich wirksames Mittel erreicht werden kann, welches das betreffende Grundrecht nicht oder weniger fühlbar einschränkt. Der Gesetzgeber muss von mehreren gleich wirksamen Mitteln dasjenige wählen, das die Grundrechte nicht oder weniger stark belastet⁸⁷.

Insofern sind hinsichtlich des Verbots von PraenaTest® erhebliche Zweifel angebracht. Selbst aus der Sicht des Lebensschutzes gibt es wirksamere Mittel als ausgerechnet ein Verbot einer frühen Diagnosemöglichkeit. Zu denken ist hier etwa an die Umwandlung der bisherigen Beratungsmöglichkeiten in eine moderate Beratungs-

⁸⁷ BVerfGE 53, 135, 145; 67, 157, 177

pflicht⁸⁸, die Einführung von „Karenztagen“ zwischen Diagnose und Abtreibung, die Verbesserung der Informationsmöglichkeiten über das Leben mit behinderten Kindern und über die bestehenden Hilfen. Insofern ist Gärditz zuzustimmen: Die Schutzpflicht des Staates bedeutet, die Grundlagen dafür zu schaffen, damit ein Leben mit Behinderung für Kinder und ihre Eltern möglich und weitgehend gefördert wird. Dazu gehört durchaus auch die Pflicht, „Gegengewichte zu einer Ökonomisierung des menschlichen Lebens zu installieren“ (Gärditz, S. 6). Deshalb ist es auch aus verfassungsrechtlicher Sicht beachtlich, wenn die derzeitige Situation für lebende Behinderte in der Bundesrepublik Deutschland alles andere als diesem Auftrag entsprechend bezeichnet werden muss. Diese Situation trägt gerade zur Notlage von Eltern bei, die auf Grund der Pränataldiagnostik wissen, dass sie ein behindertes Kind erwarten. Umso verfehlt wäre es aber, gerade diese Eltern dadurch zusätzlich zu belasten, dass ihnen vorhandene Möglichkeiten genommen werden, eine Behinderung möglichst frühzeitig festzustellen, um sich auf diese Situation einstellen zu können und zu prüfen, ob sie – auch und gerade angesichts der in der Bundesrepublik bestehenden Situation – in der Lage sein werden, einem behinderten Kind diejenige Fürsorge und Sicherheit zu bieten, die ein menschenwürdiges und erfülltes Leben erfordert. Je später sie von einer zu erwartenden Behinderung erfahren, desto kürzer ist nicht nur die Zeit der Vorbereitung auf das Leben mit einem behinderten Kind, desto größer ist auch aus der Sicht des werdenden Lebens aber die Gefahr, dass es zu einer Spätabtreibung kommt, die den Fötus weit mehr belastet und die Folgen der Behinderung dramatisch verschärft.

Hinzuweisen ist unter dem Stichwort «Erforderlichkeit» auch darauf, dass der Test selbst das «mildere Mittel» im Vergleich zu späteren und/oder invasiven Methoden der Pränataldiagnostik darstellt. Zwar ist es richtig, dass nach einem positiven Test eine weitere Abklärung durch andere Methoden notwendig ist. Wird aber eine Trisomie 21 frühzeitig ausgeschlossen, dann kann dies dazu führen, dass Eltern mit

⁸⁸ Wie von Henn (o. Fußn.4) gefordert. Hinzuweisen ist aber darauf, dass – worauf die Firma LifeCodexx ausdrücklich hinweist – sich die betroffenen Frauen in Deutschland ohnehin nach dem Gendiagnostik-Gesetz sowie den Richtlinien der Gendiagnostik-Kommission durch einen qualifizierten Arzt humangenetisch und ergebnisoffen beraten und aufklären lassen können (Presseerklärung vom 31.07.2012).

größerem Vertrauen und größerer Sicherheit dem weiteren Verlauf der Schwangerschaft entgegensehen.

e. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – Zumutbarkeit

Letzte Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist nach der Rechtsprechung des BVerfG die « *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* » oder auch « *Zumutbarkeit* ». Diese betrifft die eigentliche Zweck-Mittel-Relation und verlangt, dass der Gesetzgeber den angemessenen Ausgleich zwischen der Schwere der grundrechtlichen Beeinträchtigung einerseits und der Bedeutung der mit der Maßnahme verfolgten Belange andererseits verfolgt hat. Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist auch die Prüfungsstufe, bei der nicht beabsichtigte Folgewirkungen bei den Rechtsgütern Dritter oder andere öffentliche Belange Berücksichtigung finden können.

Selbst wenn man die vorherigen Stufen Gemeinwohlziel, Eignung und Erforderlichkeit noch bejahen könnte, wäre dies im Hinblick auf die Zumutbarkeit eines Verbots der frühen Pränataldiagnostik durch PraenaTest® nahezu ausgeschlossen, denn es kann weder zum Schutz des Embryo vor Eingriffen oder Benachteiligung noch zur Wahrung sonstiger öffentlicher Belange der Schwangeren zugemutet werden, länger als notwendig über Umstände im Unklaren gelassen zu werden, die ihrerseits zu einem der schwersten denkbaren medizinischen und ethischen Konflikte, dem Abbruch einer bestehenden Schwangerschaft, führen können. Dieser Konflikt ist auch nicht vermeidbar, wenn die Möglichkeit einer frühen Diagnose verstellt wird. Selbst das rechtlich und medizinisch undenkbare « Totalverbot » jeglicher Pränataldiagnostik oder das Verbot der Information über genetische Schädigungen des Fötus würden diesen Konflikt nur verlagern, nicht aber lösen.

Aus gutem Grund nimmt auch die Neufassung des § 218a StGB Rücksicht auf die besondere Konfliktlage der Schwangeren und ihrer Familie. Zwar wurde in – wie dargelegt – Deutschland die sogenannte „embryopathische“ Indikation im Zuge der Reform des § 218 StGB durch das SFHG aus dem Wortlaut des Gesetzes herausgenommen. An ihre Stelle trat aber ausdrücklich die sozial-medizinische Indikation, die die Abtreibung bei Gefahren für die geistige oder körperliche

Gesundheit der Mutter ermöglicht und dabei ausdrücklich die sozialen und wirtschaftlichen Folgen der Geburt einbezieht. Dieser Konflikt kann also immerhin zu (Spät)- Abtreibung führen (§ 218a Abs. 4 StGB), womit deutlich wird, wie groß die Rücksicht des Gesetzgebers auf die Gesundheit der Frau ist. Der Gesetzgeber hat dabei bewusst der körperlichen und seelischen Unversehrtheit der Mutter gegenüber der Rechtsposition des Embryo beim Vorliegen entsprechender Voraussetzungen den Vorrang eingeräumt.

Eine der wichtigsten durch den Gesetzgeber einbezogenen Konfliktlagen betrifft dabei die Gefahr einer schwerwiegenden Behinderung des ungeborenen Lebens. Schon deshalb widerspricht es nicht nur den Grundrechten der Frau, sondern geradezu diametral den Intentionen des Gesetzgebers, wenn behauptet wird, die sozialmedizinische Indikation sei „behinderungsindifferent“ auszulegen⁸⁹. Die Erkenntnis, dass ein ungeborenes Kind schwer behindert zur Welt kommt, stellt eine Belastung dar, die sich – ob man dies will oder nicht – immer auf die seelische und/oder körperliche Unversehrtheit der Frau auswirkt. Die Behinderung steht also nach wie vor im Mittelpunkt des Güterkonflikts. Dessen Voraussetzungen sind nicht erst kurz vor der Geburt sondern immer dann gegeben, wenn eine Schwangerschaft mit einem behinderten Fötus besteht. Wenn selbst ein späterer Schwangerschaftsabbruch mit Rücksicht auf Leben und körperliche Unversehrtheit der Frau nicht gegen Art. 3 Abs. 3 S. GG verstößt, dann kann dies erst recht nicht ein Test, der diese Behinderung lediglich feststellt.

Wenn sich demgegenüber die Angriffe des *Behindertenbeauftragten* und anderer Kritiker an der Methode PraenaTest® ausgerechnet gegen eine frühe Erkenntnismöglichkeit einer Behinderung richtet⁹⁰, so belegt das eher, dass das eigentliche Ziel dieses Angriffs die geltende Regelung des § 218a StGB und die allgemein anerkannte medizinisch-soziale Indikation ist. Der bei der Neuregelung erreichte Wegfall der historisch besonders belasteten « embryopathischen Indikation » wird hier absolut gesetzt und gefordert, auch die an die Stelle getretene medizinisch-soziale Indikation müsse « behinderungsindifferent » angewandt werden.

⁸⁹ So aber *Gärditz*, Gutachten, S.8

Diese strenge Argumentation wird zwar von Abtreibungsgegnern gern als erwünschtes Ergebnis der Interpretation von § 218a StGB unterschoben, entspricht aber weder den Intentionen des Gesetzgebers noch der inzwischen eingespielten Anwendung in der Praxis. So besteht weitgehend Einigkeit darin, dass auch und gerade Konfliktlagen, die durch die zu erwartende Behinderung eines Kindes entstehen, unter im Einzelnen festzustellenden Umständen als Fälle des § 218a Abs. 2 StGB und damit der medizinischen Indikation eingeordnet werden können.⁹¹ Diese wird ausdrücklich als « Auffangtatbestand » für medizinische und soziale Notlagen bezeichnet. Soziale Belastungen und die Situation einer Familie dürfen und müssen bei der Bewertung der Voraussetzungen eines gerechtfertigten Schwangerschaftsabbruchs weiterhin herangezogen werden⁹². Umso wichtiger ist es aber, frühzeitig von der möglichen Behinderung des Kindes zu erfahren. Ist aber selbst der Vollzug einer Abtreibung aus den genannten Gründen nicht rechtswidrig, dann kann es erst recht nicht die frühe und erleichterte Diagnose sein. Dann kann auch ein Verbot nicht gerechtfertigt werden und auch das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs.3 S. 2 GG darf – selbst wenn insofern überhaupt anwendbar – nicht zur Verschärfung der Voraussetzungen der grundrechtlich wohlfundierten medizinisch-sozialen Indikation « durch die Hintertür » in Stellung gebracht werden.

Hinsichtlich dieses Gesamtkonzepts des Gesetzgebers, das erkennbar der Abwägung zwischen den Grundrechten der Schwangeren und des ungeborenen Lebens dient, wäre es geradezu widersinnig, eine Diagnosemethode zu verbieten, die den Konflikt bereits dadurch erheblich entschärft, dass sie die Erkenntnis in einem frühen und für alle Seiten noch weniger belastenden Stadium der Schwangerschaft eröffnet. Zu beachten ist hierbei auch, dass Trisomie 21 – anders als möglicherweise die spät manifestierenden Krankheiten – für die Eltern für die gesamte Lebenszeit des Kindes eine absehbare und schwerwiegende Veränderung ihrer Lebensumstände bedeutet – und zwar unabhängig davon, ob sie in diesem Kind auch eine Bereicherung und wichtige Aufgabe sehen. Auf diese können sie sich gerade umso besser vorbereiten, je früher sie Kenntnis von der späteren Behinderung erlangen. Diese setzt umfassende Informationen über die Risiken der Schwangerschaft und damit um die Ursachen des

⁹⁰ Vgl. bereits *Reiter*, ZRP 2002, 372.

⁹¹ St. W. Nachw. *Gropp*, Münchener Kommentar zum StGB (2003), § 218a Rn.33; *Schönke/Schröder/Eser*, StGB § 218a Rn.20.

genannten schwerwiegenden Konflikts voraus. Umfassende Information heißt hierbei wegen des sich steigernden Risikos für die Schwangere, aber auch für das Ungeborene vor allem frühzeitige und möglichst schonend gewonnene Information. Insofern ist ein früher und nicht invasiver Test späteren invasiven und damit nicht risikofreien Testformen auch und gerade aus Grundrechtssicht vorzuziehen. Ob und in welchem Ausmaß dieses Wissen zur Fortsetzung oder zur Beendigung der Schwangerschaft führt, ist für den Grundrechtsschutz zunächst ohne Belang: Es ist aber in jedem Fall Voraussetzung für eine verantwortungsvolle Entscheidung. Gerade deshalb ist der Arzt nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die Schwangere auf mögliche Gefahren, etwa eine Erbkrankheit oder Trisomie hinzuweisen⁹³. Vor diesem Hintergrund wäre es geradezu widersinnig, wenn eine Methode zur Gewinnung solcher notwendiger Erkenntnisse verboten würde.

Auch *Gärditz*⁹⁴ stellt im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG fest, dass die Rechtfertigung einer Benachteiligung durch kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht kommt. Bezeichnend ist aber schon hier, dass als entgegenstehendes Rechtsgut lediglich das allgemeine Persönlichkeitsrecht der werdenden Mutter (Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG), nicht aber das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit genannt wird. Erst später (S.8) kommt er doch noch auf die psychische Integrität der Mutter zu sprechen und erkennt an, dass die Belastung, ein voraussichtlich behindertes Kind zur Welt zu bringen, Auslöser der tatbestandlichen schwerwiegenden Beeinträchtigung des seelischen (und als Folgen ggf. auch des körperlichen) Gesundheitszustandes der Frau sein kann.

Gleichwohl übernimmt er das gewagte Argument, die Indikation nach § 218a StGB müsse „behinderungsindifferent“ sein und verlagert dann auch noch diesen Konflikt ausschließlich auf die Zeit nach der Geburt. Ohne vorheriges Wissen um die Behinderung bestehe kein schwerwiegender psychischer oder sozialer Konflikt. Der Konflikt zwischen der Gesundheitsgefahr für die Mutter und dem Benachteiligungsverbot werde erst durch die Untersuchung und deren Ergebnis „produziert“ (*Sic!*, S. 9). Im Klartext: Für *Gärditz* ist es nicht die Behinderung, sondern das Wissen um diese Behinderung, die den Konflikt und die psychische Belastung auslöst.

⁹² So bereits BVerfGE 88, 203, 256 f.

⁹³ *Deutsch*, Medizinrecht 4. Aufl. 1999, Rn.424; dazu auch die Nachweise oben Fn. 36 ff.

Diese Argumentation kann man nur als grotesk bezeichnen. Nach dieser Logik dient die Vorenthaltung notwendiger medizinischer Kenntnis nicht nur dem Schutz des werdenden Lebens, sondern sogar auch dem Schutz der psychischen Gesundheit der Schwangeren, die vor „konfliktauslösendem Wissen“ bewahrt wird. Dieses Argument fügt sich nahtlos in die Jahrhunderte alte Tradition paternalistischer Bevormundung schwangerer Frauen, denen nicht nur das Grundrecht auf Gesundheit, sondern auch das elementare Grundrecht auf Wissen um gesundheitsrelevante Faktoren vorenthalten wurde. Der Frau wird zugemutet, auf mögliches medizinisches Wissen zu verzichten und gleichsam als Unwissende in den späteren viel gravierenderen Konflikt einer Spätabtreibung oder des ungewollten Austragens eines schwer behinderten Kindes zu geraten. Wie oben herausgearbeitet wurde, ist das grundrechtlich geschützte „Recht auf Wissen“ aber selbst Bestandteil des Schutzbereichs von Art. 2 Abs. 2 GG, richtigerweise wohl auch der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG). Selbst wenn man also (was hier bestritten wird) in der frühzeitigen Diagnose eine Benachteiligung des „behinderten“ Embryo sieht, so kann eine bloße Untersuchung keinen Eingriff das Grundrecht der Frau aus Art. 2 Abs. 2 GG rechtfertigen. Das gilt im Übrigen umso mehr, je früher die Behinderung festgestellt werden soll.

Geht man davon aus, dass sich der Konflikt mit der Dauer der Schwangerschaft für alle Beteiligten – einschließlich des sich entwickelnden ungeborenen Lebens – verschärft, dann zeigt sich, dass das Verbot einer frühen und schonenden Methode der Pränataldiagnose besonders unausgewogen wäre. Hier würde sich derselbe Wertungswiderspruch zeigen, der schon bei der PID zu Recht beklagt wurde⁹⁵ und dort wenigstens in Härtefällen zu einer Lockerung des Verbots geführt hat: Das werdende Leben wird im noch unbewussten, gewiss noch nicht leidensfähigen Stadium geschützt, dann aber später härter gewordenen Eingriffen ausgesetzt. Insofern gilt der Grundsatz : Je früher und je schonender ein genetischer oder chromosomaler Defekt festgestellt werden kann, desto mehr dient er der verhältnismäßigen Lösung des hier zu lösenden Grundrechtskonflikts. Deshalb wäre es selbst aus der Sicht eines engagierten Schutzes des ungeborenen Lebens erkennbar inkonsequent und

⁹⁴ Gutachten, S. 7

⁹⁵ So nachdrücklich bereits *Sendler*, NJW 2001, 2148, 2149; *Dederer*, AöR 2002, 1, 22.

gleichheitswidrig, PraenaTest® zu verbieten, alle späteren und durchaus gefährlicheren Methoden der Pränataldiagnostik aber bestehen zu lassen.

Insgesamt ist festzuhalten, dass ein Verbot von PraenaTest® unzumutbar und auch im Hinblick auf die Rechte des werdenden Lebens unausgewogen wäre. Insbesondere darf ein solches Verbot nicht als Speerspitze für den eigentlich beabsichtigten Angriff auf die geltende medizinisch-soziale Indikation bei der Abtreibung missbraucht werden. Ein Verbot oder andere Erschwerungen wären unverhältnismäßig und würden sowohl das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG), das Allgemeine Persönlichkeitsrecht einschließlich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG) der Frau und das Recht auf Fortpflanzung und Kinderwunsch (Art. 6 Abs. 1/Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG) potentieller Eltern als auch die Berufsfreiheit des Inverkehrbringers und der behandelnden Ärzte verletzen.

Ergebnis: Der geforderte Eingriff in die Grundrechte des Herstellers, der Ärzte und der betroffenen Paare und insbesondere der Schwangeren kann durch Grundrechte des Ungeborenen nicht gerechtfertigt werden. Selbst wenn man unterstellt, dass der Fötus in der 10. bis 12. Schwangerschaftswoche bereits Träger der Grundrechte aus Art. 1, 2 Abs. 2 und 3 Abs. 3 GG ist, liegt in der Einführung und Anwendung von PraenaTest® kein Eingriff in diese Grundrechte. Eine Untersuchung ist keine Ursache für die Gefährdung oder Benachteiligung des Fötus. Fötus, stellt mögliche Ursachen vielmehr lediglich fest. Verbote wären unverhältnismäßig und – insbesondere aus der Sicht der Schwangeren – unzumutbar. Sie brächten auch für das werdende Leben eher erhöhte Gefahren als Schutz.

D. Erfolgsaussichten einer Beschwerde gegen die Zulassung von PraenaTest® zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)

Im Zusammenhang mit dem angekündigten erstmaligen Inverkehrbringen von PraenaTest® haben nach Presseberichten verschiedene Behindertenverbände eine Beschwerde zum EGMR in Strasbourg angekündigt. Deshalb sollen hier abschließend die Erfolgsaussichten einer solchen Beschwerde geklärt werden. Voraussetzung ist, dass diese zulässig und begründet wäre.

1. Zulässigkeit

Zwar ist bei der Auslegung des deutschen Verfassungsrechts die Europäische Menschenrechtskonvention zu beachten. Auch kann sich die Beschwerde grundsätzlich gegen ein Unterlassung des deutschen Gesetzgebers richten. Fraglich ist aber die Beschwerdebefugnis, weil die genannten Verbände nicht in eigenen Menschenrechten verletzt sind und die Weigerung deutscher Behörden, PraenaTest® zu verbieten, niemanden in eigenen subjektiven Rechtspositionen verletzen würde.

2. Begründetheit

Inhaltlich ist kaum zu erwarten, dass die Güterabwägung zwischen Rechten des ungeborenen Lebens und Rechten der Schwangeren anders ausgehen würde als im deutschen Verfassungsrecht. Zwar enthält auch die Konvention den Schutz des Lebens und ein Benachteiligungsverbot für behinderte Menschen, Der EGMR verfolgt aber eine Tendenz, sich in schwierigen Fragen der Moral und Ethik zurückzuhalten, wenn es zu diesen noch keine gemeinsamen Vorstellungen der Konventionsstaaten gibt. Aus diesem Grund hat er bisher stets vermieden, das Menschenrecht auf Leben (Art. 2 I EMRK) auf das ungeborene Leben auszudehnen (EGMR, NJW 2005, 727; NJW 2008, 2013). Nicht anders dürfte es sich mit der zu erwartenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Grundrecht auf Leben in Art. 2 der Europäischen Grundrechtecharta verhalten.

Auf der anderen Seite hat der EGMR sogar deutlicher als das BVerfG die Bedeutung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens im Sinne von Art. 8 EMRK in Fragen von Zeugung, Schwangerschaft und Geburt hervorgehoben. Dieses umfasst nach einer aktuellen Entscheidung das Recht, ein Kind (in diesem Fall durch künstliche Befruchtung) zu zeugen (EGMR, 3.11.2011, NJW 2012, 207). Für die Freiheit zur Anwendung diagnostischer Methoden während der Schwangerschaft dürfte dasselbe gelten. So hat der EGMR in seinem Urteil im Falle Costa und Pavan

gegen Italien vom 28.08.2012⁹⁶ erst kürzlich mit bindender Wirkung auch für Deutschland festgestellt, dass es einem Konventionalstaat verwehrt ist, frühe Pränataldiagnostik zu verbieten, späte Pränataldiagnostik und Abtreibung aus medizinischer Indikation aber zuzulassen,

Eine Beschwerde zum EGMR wäre also unzulässig und unbegründet.

⁹⁶ EGMR 28.08.2012, noch unveröffentlicht.

Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Gegenstand des Rechtsgutachtens, Sachverhalt, Problemstellung

1. **Gegenstand** des vorliegenden Rechtsgutachtens ist die Frage, ob das Diagnoseprodukt PraenaTest® aufgrund der bestehenden Rechtslage oder durch ein besonderes Gesetz verboten werden bzw. ob seine Anwendung rechtlich sanktioniert werden kann. Der Auftraggeber des Gutachtens ist die Firma LifeCodexx AG, die seit August 2012 als Herstellerin das Produkt in Verkehr bringt.

2. PraenaTest® ist ein neuartiges **nicht-invasives pränatales Diagnoseverfahren**, bei dem ab der 12. Schwangerschaftswoche aus den in einer Blutprobe der Schwangeren enthaltenen Teilen der Erbinformation des Ungeborenen innerhalb weniger Tage eine Trisomie 21 (sog. Down Syndrom) ausgeschlossen oder bestätigt werden kann.

3. Die Ankündigung des Inverkehrbringens des Produkts hat in der Öffentlichkeit zu einer **kontroversen Diskussion** geführt. Während Ärzte und Betroffene die neue Methode als für die Schwangere und für das ungeborene Leben besonders schonende Ergänzung der Pränataldiagnostik begrüßten, stieß sie vor allem bei Kirchen und Behindertenverbänden auf Ablehnung. Die Kritik gipfelte in dem Vorwurf, bei PraenaTest® gehe es angesichts der aktuellen Unheilbarkeit von Trisomie 21 primär um eine frühe Form der Selektion oder gar „Rasterfahndung“ zulasten behinderter Menschen. Auch nach der durch die zuständigen Behörde nicht beanstandeten Aufnahme des Vertriebs sind die Bedenken und Verbotsforderungen nicht verstummt. Insbesondere wird argumentiert, dass das Produkt sei nicht verkehrsfähig im Sinne des Medizinproduktgesetzes (MPG) sei und seine Anwendung gegen das Gendiagnostikgesetz (GenDG) verstoße. Ferner müsse verhindert werden, dass die Anwendung durch die gesetzliche oder private Krankenversicherung finanziert bzw. durch eine beamtenrechtliche Beihilfe unterstützt werde.

4. Im folgenden wird zu klären sein, ob das Diagnoseprodukt PraenaTest® entweder schon aufgrund der bestehenden Gesetzeslage **verboten** werden kann, bzw. ob seine **Anwendung gegen geltendes Recht verstößt**. Angesichts der in der Öffentlichkeit gleichfalls vorgetragenen Forderung nach einem gesetzlichen Verbot stellt sich ferner die Frage, ob ein entsprechendes Gesetz **verfassungskonform** wäre.

5. Aus verfassungsrechtlicher Sicht geht es nicht um die Frage, ob PraenaTest® „erlaubt“ oder zulässig ist – es geht vielmehr darum, ob ein **Verbot oder andere Sanktionen verfassungsgemäß** wären. Mögliche verfassungsrechtliche Rechtsgüter zugunsten des Fötus wie die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) und das Benachteiligungsverbot behinderter Menschen (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) kommen als sog. „verfassungsimmanente Schranken“ der Grundrechte von Hersteller, Ärzten und Patient(inn)en in Betracht und sind auf diese zu beziehen.

6. Die einseitige Betonung der Rechte des ungeborenen Lebens wird der schwierigen verfassungsrechtlichen Problemstellung ebenso wenig gerecht wie deren Verdrängung zugunsten der Hersteller- und Patientenrechte.

II. Zur derzeitigen Rechtslage nach Medizinproduktegesetz (MPG) und Gendiagnostikgesetz (GenDG)

7. Die Forderung eines Verbots von PraenaTest® auf der Rechtsgrundlage von § 4 Abs. 1 MPG ist **nicht begründbar**. Ein Fötus in der 12. Schwangerschaftswoche ist kein unabhängig von der primär geschützten Schwangeren zu gefährdender „Dritter“. Dies und die Frage der Grundrechtsträgerschaft des Ungeborenen können hier aber dahingestellt sein, weil in der Anwendung von PraenaTest® selbst keine durch das Produkt ausgelöste Gefährdung gesehen werden kann. Eine solche besteht vielmehr bereits durch eine vorhandene Chromosomenstörung bzw. allenfalls später durch die wegen Gefährdung der Gesundheit der Mutter und nach Beratung durchgeführter Abtreibung.

8. Die Untersuchung im frühen Stadium bedeutet im Vergleich zu späteren Methoden, insbesondere der Amniozentese, eine sogar **geringere Gefährdung des Lebens und der Gesundheit des Ungeborenen**. Dient sie wie PraenaTest® auch dem *Ausschluss* einer Chromosomenstörung, dann trägt sie zur Beseitigung existenzieller Sorgen und damit mittelbar zur psychischen Gesundheit der Mutter und zur Vermeidung von Komplikationen während der Schwangerschaft bei. Im Fall des Nachweises einer Störung ist sie aber ebensowenig für die Abtreibung kausal wie dies andere Untersuchungen oder Beratungen der Schwangeren sind. Eine Untersuchung, die lediglich eine vorhandene oder drohende Gefährdung belegt, kann nicht selbst eine unmittelbare oder mittelbare Gefährdung darstellen. Dafür spielt auch die Frage, ob die Untersuchung auf eine mögliche Heilung zielen kann, keine Rolle. Ein Verbot ist auch – wie zu zeigen sein wird - bei verfassungskonformer Auslegung des § 4 Abs. 1 MPG nicht gefordert ; es wäre vielmehr seinerseits verfassungswidrig.

9. Die Anwendung des Diagnosemittels PraenaTest® erfüllt die **Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 GenDG** geltender Fassung. Die Untersuchung erfolgt zu *medizinischen Zwecken*, nämlich zur Feststellung einer Chromosomenstörung, hat also diagnostischen Charakter. Angesichts des klaren Wortlauts und der Strafbewehrung der Norm ist es unzulässig, „medizinische Zwecke“ auf „therapeutische Zwecke“ zu verengen oder auf Fälle zu beschränken, in denen die Schwangere den Gedanken der Abtreibung eines behinderten Fötus oder Fötus von vornherein ausschließt. Die Untersuchung mit Hilfe von PraenaTest® zielt ebenso offensichtlich auch auf die *Feststellung bestimmter genetischer Eigenschaften des Fötus*, die nach dem allgemein anerkannten Stand von Wissenschaft und Technik seine Gesundheit während der Schwangerschaft oder nach der Geburt beeinträchtigen. Trisomie 21 führt auch nach heutigem Stand der Gynäkologie gerade im frühen Stadium der Schwangerschaft häufig zum Absterben des Fötus und zu Fehlgeburten. Wenn man auch heute vermeidet, die Behinderung als Krankheit zu bezeichnen, so handelt es sich doch zumindest bei der Behinderung zugrundeliegenden Chromosomenstörung um eine *Beeinträchtigung der Gesundheit*. Die Anwendung von PraenaTest® erfüllt also die Voraussetzungen von § 15 Abs. 1

GenDG und kann somit nicht als unerlaubte genetische Untersuchung i. S. dieser Bestimmung behandelt werden.

10. Andere gesetzliche Grundlagen für ein Verbot oder andere Sanktionen sind nicht ersichtlich. Ebenso wenig kann ein Arzt nach derzeitiger Rechtslage nach § 25 Abs. 1 Ziff.3 i.V. m. § 15 Abs. 1 GenDG bestraft werden, wenn er dieses Mittel einsetzt.

11. Die **Kostentragung** für das Diagnosemittel PraenaTest® richtet sich sowohl bei der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) und der beamtenrechtlichen Beihilfe als auch im privaten Versicherungsvertragsrecht allein nach den jeweiligen gesetzlichen bzw. vertraglichen Rechtsgrundlagen und den Grundsätzen der medizinischen Eignung und der Wirtschaftlichkeit. Die aus einer finanzierten Untersuchung gezogenen Konsequenzen spielen für den Leistungs- bzw. Erstattungsanspruch grundsätzlich keine Rolle.

III. Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung eines gesetzlichen Verbots von PraenaTest®

12. Ein gesetzliches Verbot des Inverkehrsbringens oder der Anwendung von PraenaTest® oder seiner Anwendung würden in die **Berufsfreiheit des Herstellers und der behandelnden Ärzte (Art. 12 GG)** eingreifen. Darunter fallen sowohl die Herstellung als auch der Vertrieb von Arzneimitteln und Medizinprodukten. Als juristische Person des Privatrechts ist die LifeCodexx AG gemäß Art. 19 Abs. 3 GG Trägerin dieses Grundrechts. Aus der Sicht der behandelnden Ärzte fällt die Anwendung vorhandener Untersuchungsmethoden gleichfalls unter das Grundrecht der Berufsausübung. Das gilt selbst dann, wenn man den Test lediglich als Vorstufe einer als solchen legalen Abtreibung begreifen würde (BVerfGE 98, 265, 297).

13. Aus der Sicht der Schwangeren wären durch ein Verbot in erster Linie das **Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG)** berührt. Dieses Grundrecht gebietet es, die Frau im Rahmen des medizinisch und rechtlich Möglichen vor physischen und psychischen Gefahren im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Geburt zu schützen. Kommt es zu einer Konfliktlage mit Rechten des ungeborenen Lebens, so wird der körperlichen und seelischen Gesundheit der Mutter in der Regel der Vorrang zukommen, wie nicht zuletzt die geltende medizinisch-soziale Indikation zum Schwangerschaftsabbruch zeigt. (Exemplarisch BVerfGE 88, 203, 264 265; auch bereits BVerfGE 39,1,46 ff. und später BVerfGE 98,265, 323). Aber auch schon zuvor stellen Risikoschwangerschaft und die mögliche Behinderung eines Kindes nicht nur soziale, sondern auch schwerwiegende physische und psychische Belastungen dar, die Leben und Gesundheit der Frau betreffen und denen die Rechtsordnung im allgemeinen und das GenDG im besonderen durch vielfältige Untersuchungsangebote und Beratungsmöglichkeiten Rechnung trägt.

14. Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das grundrechtlich abgesicherte **Recht auf Wissen**, d. h. Kenntnis von allen gesundheitsrelevanten Zuständen, Eigenschaften und sonstigen Tatsachen im Zusammenhang mit der Schwangerschaft – und zwar auf dem jeweiligen Stand der Medizin. Ungeachtet des gleichfalls geschützten „Rechts auf Nichtwissen“ enthält das Recht auf Wissen

jedenfalls auch ein Recht auf Anwendung neuer Untersuchungsmethoden und auf Kenntnis von deren Ergebnissen, zumal wenn dieses Wissen für die Entscheidung über Fortsetzung oder Abbruch der Schwangerschaft von so elementarer Bedeutung ist wie das Vorliegen einer Trisomie 21 oder einer anderen schwerwiegenden Behinderung des Fötus.

15. Das **Recht auf Wissen** sowie das **Prinzip des „informed consent“**, also der Selbstbestimmung auf informierter Basis, gelten für jede medizinische Behandlung und somit auch für jede Behandlung im Rahmen von Schwangerschaft und Geburt. Beide Grundsätze haben nicht nur Bezug zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und zur informationellen Selbstbestimmung; sie folgen auch ganz elementar aus der Schutzpflicht des Staates für Leben und Gesundheit der Frau. Die Schwangere muss über alle wesentlichen Risiken und Folgen aufgeklärt werden. Eine wirksame Einwilligung setzt volle Aufklärung voraus. Das gilt für den gesamten Bereich der Pränataldiagnostik.

16. Umfassende Information heißt hierbei wegen des sich steigernden Risikos für die Mutter, aber auch für das Ungeborene vor allem **frühzeitige und möglichst schonend gewonnene Information**. Insofern ist ein früher und nicht invasiver Test wie PraenaTest® späteren invasiven und nicht risikofreien Testformen auch und gerade aus Grundrechtssicht vorzuziehen. Ob und in welchem Ausmaß dieses Wissen zur Fortsetzung oder zur Beendigung der Schwangerschaft führt, ist für den Grundrechtsschutz zunächst ohne Belang: Es ist in jedem Einzelfall Voraussetzung für eine verantwortungsvolle Entscheidung.

17. Betroffen von einem Verbot wären auch das grundrechtlich durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte **Recht auf Gründung und Erweiterung einer Familie** sowie das mindestens als elementarer Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG) geschützte **Recht auf Fortpflanzung**, das ein Abwehrrecht des Einzelnen gegen jeglichen staatlichen Eingriff in die persönlichen Entscheidungen im Zusammenhang mit Zeugung, Schwangerschaft und Geburt enthält.

18. Auch wenn sich ein Verbot unmittelbar nur an Hersteller und Ärzte richten würde, wären auch die Schwangeren daran gehindert, zum Schutz ihrer Gesundheit und zur Wahrnehmung ihres Grundrechts auf Wissen um gesundheitsrelevante Eigenschaften des Embryo das Diagnostikum anzuwenden. Darin liegt der typische Fall eines **mittelbaren Eingriffs** in die oben genannten Grundrechte.

19. Die genannten Eingriffe können durch **Grundrechte des Ungeborenen nicht gerechtfertigt** werden. Selbst wenn man unterstellt, dass der Fötus in der 12. Schwangerschaftswoche bereits Träger der Menschenwürde (Art. 1 GG), des Grundrechts auf Schutz des Lebens Art. 2 Abs. 2 GG und des Verbots der Diskriminierung Behinderter (Art. 3 Abs. 3 GG) ist, liegt in der Einführung und Anwendung von PraenaTest® kein Eingriff in diese Grundrechte.

20. Durch die bloße Untersuchung wird der Fötus **weder zum Objekt einer erniedrigenden Behandlung noch in seinem Eigenwert in Frage gestellt**. Die Menschenwürde ist also nicht verletzt. Selbst wenn man unterstellt, die Untersuchung auf eine unheilbare Krankheit diene stets der Vorbereitung eines Schwangerschaftsabbruchs, läge darin kein Eingriff in die Menschenwürde oder eine für diese ursächliche

Vorbereitungshandlung. Dass sich der Test derzeit nur auf Trisomie 21 richtet und nicht der Heilung dienen kann, ändert daran nichts, denn er dient auch bei positivem Ergebnis in jedem Fall dazu, dass sich die Mutter und ihre Familie auf die auf sie zukommenden schwerwiegenden Entscheidungen und Belastungen einstellen können.

21. Aus dem gleichen Grund kann ein Verbot von PraenaTest® nicht durch den notwendigen **Lebensschutz des Embryo** gerechtfertigt werden. Anders als bei anderen Methoden der Pränataldiagnostik werden dessen Leben und körperliche Integrität durch den Test gerade nicht berührt. Dieser ist also in jedem Fall im Vergleich zu späteren, invasiven Methoden das « mildere Mittel ». Entscheidet sich die Mutter aber letztlich für den Abbruch der Schwangerschaft, so liegt die Ursache in der Behinderung und den Gefahren für das Leben und die Gesundheit der Frau, die nach geltendem Recht einen solchen Eingriff rechtfertigen, nicht aber in einer frühen Untersuchung.

22. Schließlich kann ein Verbot auch **nicht durch den in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG angesprochenen Schutz behinderter Menschen gerechtfertigt** werden. So ist bei Art. 3 GG insgesamt und bei Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG äußerst fraglich, ob die allgemeinen und besonderen Benachteiligungsverbote über geborene Menschen hinaus auch ungeborenes Leben einbeziehen und insbesondere einem Fötus in der 10.-12. Schwangerschaftswoche zukommen. Außer hinsichtlich des Merkmals « Behinderung » ist dies bisher für keine der Fallgruppen und Benachteiligungsverbote des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG behauptet worden und lässt sich auch hinsichtlich Art. 3 Abs.3 S.2 GG weder aus der Entstehungsgeschichte der Verfassungsänderung von 1994 noch aus der Rechtsprechung des BVerfG oder der Kommentar- und Lehrbuchliteratur belegen.

23. Selbst wenn man aber unterstellen würde, der Fötus sei bereits Träger des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, läge **in der bloßen Untersuchung keine Benachteiligung**. Bereits in der frühzeitigen Feststellung der *Ursachen* einer möglichen Behinderung eine Benachteiligung des (späteren) behinderten Menschen zu sehen, scheint ebenso verfehlt wie der Schluss, schon die Diagnose sei Ursache der Krankheit. Wenn überhaupt, dann manifestiert sich eine Benachteiligung in der späteren Entscheidung der Frau gegen die Fortsetzung der Schwangerschaft, wäre aber nach geltendem Recht ihrerseits durch den Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit der Frau gerechtfertigt.

24. Auch die Sorge um die gesellschaftliche Akzeptanz behinderter Menschen, das „Recht auf Nichtwissen“ und der Schutz der Familien vor unangemessenem Druck können ein Verbot früher Pränataldiagnostik nicht rechtfertigen.

25. Es gibt weder Gemeinwohlgründe noch Verfassungsgüter, die ein Verbot von PraenaTest® rechtfertigen könnten. Selbst wenn der Schutz eines der genannten Rechte des Fötus in Betracht käme, wäre der Eingriff im Übrigen unverhältnismäßig. Da PraenaTest® nicht die Ursache einer Abtreibung und einer darin liegenden Benachteiligung ist, sondern lediglich dem Nachweis einer solchen Ursache dient, wäre ein Verbot bereits **ungeeignet**, dem Schutz des ungeborenen Lebens zu dienen. Ebenso wenig wäre das Verbot **erforderlich**, denn der Test stellt selbst das mildere Mittel einer Untersuchung im Vergleich zu späteren und/oder invasiven Methoden der Pränataldiagnostik dar. Besonders deutlich träte schließlich die Unverhältnismäßigkeit i.e. S. und die **Unzumutbarkeit** zu Tage, denn ein Verbot würde insbesondere der Frau

und dem behandelnden Arzt frühe und schonend zu gewinnende Erkenntnisse verwehren und zu Verzögerungen führen, die gravierende Konsequenzen für die Schwangere und nicht zuletzt auch für das zwischenzeitlich weiterentwickelte ungeborene Leben hätten.

26. Insgesamt gilt der Grundsatz : **Je früher und je schonender ein genetischer oder chromosomaler Defekt festgestellt werden kann, desto mehr dient Feststellung der verhältnismäßigen Lösung der hier auftretenden Grundrechtskonflikte.** Deshalb wäre es selbst aus der Sicht eines engagierten Lebensschutzes erkennbar inkonsequent und gleichheitswidrig, PraenaTest® zu verbieten, alle späteren Methoden der Pränataldiagnostik aber bestehen zu lassen.

26. Das Diagnoseverfahren PraenaTest® verstößt auch nicht gegen die **Europäische Menschenrechtskonvention oder die UN-Behindertenkonvention.** So verfolgt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in ständiger Rechtsprechung eine Tendenz, sich in schwierigen Fragen der Moral und Ethik zurückzuhalten, wenn es zu diesen noch keine gemeinsamen Vorstellungen der Konventionsstaaten gibt. Aus diesem Grund hat er sich bisher auch stets geweigert, das Menschenrecht auf Leben (Art. 2 I EMRK) auf das ungeborene Leben auszudehnen (EGMR, NJW 2005, 727; NJW 2008, 2013). Nicht anders dürfte es sich mit der zu erwartenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Grundrecht auf Leben in Art. 2 der Europäischen Grundrechtecharta verhalten.

27. Dagegen könnten von einem Verbot betroffene Schwangere vor dem EGMR die **Verletzung ihres Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens** im Sinne von Art. 8 EMRK geltend machen. Dieser umfasst nach einer aktuellen Entscheidung das Recht, ein Kind (in diesem Fall durch künstliche Befruchtung) zu zeugen (EGMR, 3.11.2011, NJW 2012, 207). Für die Freiheit zur Anwendung diagnostischer Methoden während der Schwangerschaft dürfte dasselbe gelten.

IV. Gesamtergebnis

28. Das Diagnosemittel PraenaTest® könnte weder auf bestehender noch auf einer neu zu schaffenden Rechtsgrundlage verboten werden.

Literaturverzeichnis

- Benda*, Verständigungsversuche über die Würde des Menschen, NJW 2001, 2147
- Bernat*, Pränatale Diagnostik und Präimplantationsdiagnostik: Gibt es ein Recht auf informierte Fortpflanzung?, in: Festschrift für Adolf Laufs (2006), S. 671
- Bioethik-Kommission Rheinland Pfalz*, Präimplantationsdiagnostik - Thesen zu den medizinrechtlichen und ethischen Problemstellungen (1999)
- Böcher*, Präimplantationsdiagnostik und Embryonenschutz (2004)
- Böckenförde*, Menschenwürde als normatives Prinzip. Die Grundrechte in der bioethischen Debatte, JZ 2003, 809
- Böckenförde-Wunderlich*, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem. Ärztliches Standesrecht, EmbryonenschutzG, Verfassung (2002)
- Bundesvereinigung Lebenshilfe*, Positionspapier zur Präimplantationsdiagnostik vom 04.12.2001
- Dederer*, Menschenwürde des Embryo in vitro?, AöR 2002, 1
- Deutsch*, Die Spätabtreibung als juristisches Problem, ZRP 2003, 332
- Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl. (2008)
- Dreier*, in *Dreier*, Grundgesetz Kommentar (2004)
- Dreier*, Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes, ZRP 2002, 377
- Eibach*, Präimplantationsdiagnostik (PID) - Grundsätzliche ethische und rechtliche Probleme, MedR 2003, 441
- Enders*, Würde und Lebensschutz im Konfliktfeld von Biotechnologie und Fortpflanzungsmedizin, Zeitschrift für Rechtsphilosophie 2003, 126.
- Faßbender*, Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz - Ein Beitrag zur verfassungsrechtlichen und -dogmatischen Strukturierung der aktuellen Diskussion, NJW 2110, 2745
- Francke/Regenbogen*, Die ärztliche Betreuung der schwangeren Frau nach den Vorgaben der Mutterschafts-Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, MedR 2002, 174.
- Fuchs*, in *Bamberger/Roth*, Beck'scher Online Kommentar zum AGG (2009)
- Fumagalli*, Rechtsprobleme vorgeburtlicher Diagnoseverfahren (2006)
- Gaumann*, Zur Problematik der Präimplantationsdiagnostik, Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ) vom 29.06.2001 (B 27/2001)
- Giwer*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik. Eine Studie zum rechtlichen Schutz des Embryos im Zusammenhang mit der Präimplantationsdiagnostik unter besonderer Berücksichtigung grundrechtlicher Schutzpflichten (2001)
- Götz*, in *Kossens/von der Heide/Maaß*, SGB IX - Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen - Kommentar (2006)
- Gounalakis*, Embryonenforschung und Menschenwürde (2006)
- Graumann, u.a.*, Ethik und Behinderung ein Perspektivenwechsel (2004)
- Gropp*, Schutzkonzepte werdenden Lebens (2005)
- Gutmann*, Rechtliche und rechtsphilosophische Fragen der Präimplantationsdiagnostik, in: *Gethmann-Siefert/Huster*, Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik (2005), S. 131
- Häberle*, Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft in Handbuch des Staatsrechts (§ 22), S. 323
- Haker*, Ethik der genetischen Frühdiagnostik. Sozialethische Reflektionen zur Verantwortung am Beginn des menschlichen Lebens (2002)
- Hartleb*, Grundrechtsschutz in der Petrischale. Grundrechtsträgerschaft und Vorwirkungen bei Art.2 II GG und Art. 1 I GG (2006)
- Herdegen*, Die Menschenwürde im Fluß des Bioethischen Diskurses, JZ 2001, 773
- Heun*, Menschenwürde und Lebensrecht als Maßstäbe für die PID? Dargestellt aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: *Gethmann-Siefert/Huster*, Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik (2005), S. 69
- Heun*, Embryonenforschung und Verfassung - Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos, JZ 2002, 517
- Hilgendorf*, Stufungen des vorgeburtlichen Lebens- und Würdeschutz, in: *Gethmann-Siefert/Huster*, Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik (2005), S.115
- Hofmann*, Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation - Wissenschaft im rechtsfreien Raum?, JZ 1986, 253
- Hofstetter*, Der embryopathisch motivierte Schwangerschaftsabbruch: Recht und Rechtswirklichkeit (2000)
- Hörnle*, PID als Eingriff in das Lebensrecht des Embryos?, GA 2002, 659
- Hufen*, Individuelle Rechte und die Zulassung der PID, in: *Gethmann-Siefert/Huster*, Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik (2005), S. 92
- Hufen*, Präimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht, MedR 2001, 440

- Huster*, Die ethische Neutralität des Staates (2002).
- Ipsen*, Der "verfassungsrechtliche Status" des Embryos in-vitro, Anmerkungen zu einer aktuellen Debatte, JZ 2001, 989
- Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar (2007)
- Kage*, Das Medizinproduktegesetz (2005)
- Kern*, Gendiagnostikgesetz, Kommentar (2012)
- Kischel*, in: *Epping/Hillgruber*, Beck'scher Online Kommentar GG (2009)
- Kollek*, Präimplantationsdiagnostik, Embryonenselektion, weibliche Autonomie (2002)
- Kreß*, Menschenwürde, Embryonenschutz und gesundheitsorientierte Forschungsperspektiven in ethisch-rechtlicher Abwägung - Reformbedarf zum Stammzellgesetz, ZRP 2006, 219
- Latsiou*, Präimplantationsdiagnostik. Rechtsvergleichung und bioethische Fragestellungen (2008)
- Laufs*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lips*, Arztrecht (2009)
- Laufs*, Fortpflanzungsmedizin und Menschenwürde, NJW 2000, 2716
- Lehmann*, Die In-vitro-Fertilisation und ihre Folgen. Eine Verfassungsrechtliche Analyse (2007)
- Lübbe*, Probleme der Behindertenselektion bei der Pränataldiagnostik und Präimplantationsdiagnostik, Ethik in der Medizin (EidM), 2003, 481
- Lux*, Die Pränataldiagnostik in der Schwangerenvorsorge und der Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik (2005)
- Middel*, Verfassungsrechtliche Fragen der Präimplantationsdiagnostik und des therapeutischen Klonens (2006)
- Nationaler Ethikrat*, Genetische Diagnostik vor und während der Schwangerschaft - Stellungnahme (2003) und (2006)
- Nippert*, Präimplantationsdiagnostik - ein Ländervergleich. Die aktuelle Situation hinsichtlich der gesetzlichen Regelung, der Anwendung und der gesellschaftlichen Diskussion in Großbritannien, Belgien und Frankreich, Gutachten im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung (2006)
- Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II, 28. Aufl. (2012)
- Quaas/Zuck*, Medizinrecht (2008)
- Rehmann/Wagner*, MedizinproduktG, 2. Aufl. (2010)
- Reiter*, Streit um die Präimplantationsdiagnostik (PID) - Contra, ZRP 2002, 372
- Sacksofsky*, Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz, KJ 2003, 274
- Schill*, Präimplantationsdiagnostik und Embryonenschutz, Journal für Reproduktionsmedizin 2005, S. 29
- Schmidt-Jortzig*, Rechtsfragen der Biomedizin (2003)
- Schneider*, Auf dem Weg zur gezielten Selektion - strafrechtliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik, MedR 2001, 453
- Schneider*, Rechtliche Aspekte der Präimplantations- und Präfertilisationsdiagnostik (2002)
- Scholz*, in *Maunz-Dürig*, Grundgesetz Kommentar (2009)
- Schroth*, Forschung mit embryonalen Stammzellen und Präimplantationsdiagnostik, JZ 2002, 170
- Sendler*, Menschenwürde, PID und Schwangerschaftsabbruch, NJW 2001, 2148
- Spranger*, Die PID und das Verbot der Behindertendiskriminierung, in: *Gethmann-Siefert/Huster*, Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik (2005) S. 186
- Spranger*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik, ZFSH/SGB 2001, 266
- Starck*, in *v.Mangoldt/Klein/Starck*, GG - Kommentar zum Grundgesetz (2005)
- Starck*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Biowissenschaft und Fortpflanzungsmedizin, JZ 2002, 1065
- Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland IV 1. Die einzelnen Grundrechte (2006)
- Van den Daele*, Empirische Befunde zu den gesellschaftlichen Folgen der Pränataldiagnostik: Vorgeburtliche Selektion und Auswirkungen auf die Lage behinderter Menschen, in: *Gethmann-Siefert/Huster*, Recht und Ethik der Präimplantationsdiagnostik, S. 206
- Woopen/Rummer*, Beratung im Kontext von Pränataldiagnostik und Schwangerschaftsabbruch, MedR 2009, 130 ff.