



Beauftragter der Bundesregierung
für die Belange behinderter Menschen



Gutachtliche Stellungnahme zur Zulässigkeit des Diagnostikprodukts „PraenaTest“

**Erstellt von Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
im Auftrag des Beauftragten der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen**

Impressum:

Herausgeber:

Der Beauftragte der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen
10117 Berlin

Gestaltung:

Druckerei des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Bonn

Druck:

Druckerei des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Bonn

28. Juni 2012

GUTACHTLICHE STELLUNGNAHME ZUR
ZULÄSSIGKEIT DES DIAGNOSTIKPRODUKTS „PRAENATEST“

- A. Gutachtenauftrag
- B. Rechtliche Würdigung
 - I. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG
 - 1. Behinderung
 - 2. Subjektbezogener Anwendungsbereich
 - 3. Benachteiligung
 - 4. Adressatenbezogener Anwendungsbereich
 - 5. Rechtfertigung der Benachteiligung von Embryonen/Föten mit Behinderung?
 - a) Embryopathische Indikation?
 - b) Behinderungsindifferenter Güterkonflikt
 - c) Psychische Integrität der Mutter
 - d) Zwischenergebnis
 - 6. Rechtsfolgen
 - II. Vereinbarkeit mit dem Gendiagnostikgesetz
 - 1. Das allgemeine Diskriminierungsverbot auf Grund genetischer Eigenschaften
 - 2. Die Sonderregelung betreffend vorgeburtliche genetische Untersuchungen
 - a) Die Nutzung eines genetischen Risikoprofils zum Schwangerschaftsabbruch
 - b) Verfassungskonforme Begrenzung des Anwendungsbereichs
 - aa) Keine Aussage über zulässige Diagnostikmittel
 - bb) Begrenzung auf medizinische Zwecke
 - cc) Schutz des ungeborenen Lebens als Gesetzeszweck
 - dd) Völkerrechtskonforme Auslegung im Lichte des UN- Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen
 - ee) Verbleibender Anwendungsbereich
 - ff) Gegenprobe: Vergleich mit der Präimplantationsdiagnostik
 - gg) Ergebnis
 - III. Vereinbarkeit mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz
 - IV. Notwendigkeit einer Anpassung des § 218a Abs. 1 StGB?

A. Gutachtauftrag

PraenaTest ist ein Diagnostikprodukt, durch das im Wege eines Bluttests im Frühstadium der Schwangerschaft, nämlich ab der 10. Schwangerschaftswoche, das Vorliegen der Chromosomenaberration Trisomie 21 (sog. Down-Syndrom) beim Ungeborenen nachgewiesen werden kann. Ausweislich der Produktbeschreibung auf der Homepage des Herstellers hat PraenaTest folgende diagnostische Eigenschaften:

„Auf Grundlage eines innovativen Verfahrens kann der nicht-invasive pränatale Diagnostiktest der LifeCodexx AG bereits aus einer Blutprobe der Schwangeren eine Trisomie 21 zuverlässig ausschließen oder bestätigen.

Ausgangspunkt des LifeCodexx-Verfahrens ist die Feststellung, dass sich im Blut einer schwangeren Frau Teile der Erbinformation des Ungeborenen (DNA-Fragmente) befinden. LifeCodexx kann diese mit Hilfe von innovativen Laborverfahren und -geräten analysieren. Im Fachjargon spricht man von der Sequenzierung der DNA. Nach ein paar Tagen liegt dem verantwortlichen Arzt das Ergebnis vor.

Der molekulargenetische pränatale Diagnostiktest der LifeCodexx AG ist eine Ergänzung der Pränataldiagnostik bei Risikoschwangerschaften.“

Auf dieser Grundlage sind im Rahmen einer gutachtlichen Stellungnahme folgende Rechtsfragen zu klären:

1. Steht Art. 3 Abs. 3 Satz 2 Grundgesetz (GG) in Bezug auf diskriminierungsfreien Schutz des Rechts auf Leben der Zulässigkeit des neuen Tests entgegen?
2. Steht das Gendiagnostikgesetz und/oder das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz der Zulässigkeit des Tests entgegen?
3. Ist das Regelungskonzept der sog. Fristenlösung, wonach ein Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 1 Strafgesetzbuch (StGB) bis zur 12. Schwangerschaftswoche ohne medizinische Indikation nicht strafbar ist, noch haltbar, nachdem mit PraenaTest nunmehr ein Verfahren zur Verfügung steht, das erstmals die Diagnose einer Behinderung vor der 12. Schwangerschaftswoche ermöglicht?

Im Einzelnen wird hierzu wie folgt Stellung genommen:

B. Rechtliche Würdigung

I. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG

Die Verwendungsmöglichkeiten von PraenaTest sind zunächst am Maßstab des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, der eine Benachteiligung wegen einer Behinderung verbietet, verfassungsrechtlich zu beurteilen. Die verfassungsrechtlichen Erwägungen werden vorangestellt, weil sie grundsätzlich Einfluss auf die Auslegung und Anwendung des einfachen Gesetzesrechts haben können.

1. Behinderung

Nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG darf niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Behinderung im Sinne der Verfassung bezeichnet nach herkömmlichem Verständnis die „Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht“.¹ Eine entsprechende Regelwidrigkeit durch ein Zurückbleiben der geistigen Entwicklung in Relation zu einer ‚normalen‘ Entwicklung im Zeitverlauf besteht unbestritten im Fall von Trisomie 21, da die Betroffenen in ihren kognitiven Fähigkeiten in einem Maße beeinträchtigt sind, das meist den Grad einer geistigen Behinderung erreicht. Betroffene genießen daher den Schutz des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.

2. Subjektbezogener Anwendungsbereich

Fraglich ist zunächst, ob Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG auch Ungeborene schützt. Hierbei ist in Rechnung zu stellen, dass die qualifizierten Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG an unverfügbare Identitätsmerkmale der Person anknüpfen und aus diesem Grund in einem engen Zusammenhang mit der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) stehen,² die durch einen identitätsbezogenen Diskriminierungsschutz konkretisiert wird. Gerade durch eine Benachteiligung wegen eines der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale wird typischerweise der Eigenwert der Person in Frage gestellt, dem Grundrechtsträger also objektiv sein Achtungs- und damit Würdeanspruch abgesprochen.³ Diese Lesart liegt explizit auch dem UN-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (im Folgenden UN-Übereinkommen) zugrunde, dessen Mitglied die Bundesrepublik Deutschland ist⁴ (siehe dort lit. h) der Präambel⁵).

Das BVerfG hat unmissverständlich klar gestellt, dass überall dort, wo menschliches Leben ist, ihm Menschenwürde zukommt;⁶ es hat Würde- und Lebensschutz also verkoppelt. Wenn insoweit bereits der Embryo (und später der Fötus) Träger von Menschenwürde ist, müssen ihm konsequenterweise auch diejenigen Grundrechte zu Gute kommen, die die Menschenwürde konkretisieren, ohne bereits die selbstständige Handlungsfähigkeit des Subjekts vorauszusetzen. Dies ist neben dem existenziellen Grund-

¹ BVerfGE 96, 288 (301); 99, 341 (356 f.).

² C. Starck, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. Aufl. (2010), Art. 3 Abs. 3 Rn. 367.

³ Vgl. auch BVerfGE 84, 90 (121); 94, 12 (24): Rechtsgleichheit als unaufgebarer Bestandteil des Würdeschutzes; ferner BVerfGE 95, 48 (62). Zum daraus folgenden Verbot staatlich betriebener Eugenik siehe J. Isensee, Die alten Grundrechte und die biotechnische Revolution, in: FS Alexander Hollerbach, 2001, 243 (258 f.); W. Graf Vitzthum, Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, JZ 1985, 210 (207 f.).

⁴ Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen v. 13. 12. 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll v. 13. 12. 2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BGBl. 2008 II, S. 1419).

⁵ Wortlaut in abgestimmter Übersetzung: „in der Erkenntnis, dass jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung eine Verletzung der Würde und des Wertes darstellt, die jedem Menschen innewohnt“.

⁶ BVerfGE 39, 1 (41).

recht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) auch das würderelevante Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG,⁷ das nicht an ein aktives menschliches Verhalten, sondern an ein passives – von Handlungen des Trägers unabhängiges – Identitätsmerkmal anknüpft.

Im Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass der spezifische Diskriminierungsschutz des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG auch Embryonen/Föten zusteht, bei denen sich eine Behinderung im Sinne des Grundrechts manifestiert oder manifestieren wird. Benachteiligungen, die in den Schutzbereich der Grundrechtsbestimmung fallen, sind insoweit am Diskriminierungsverbot zu messen.

3. Benachteiligung

Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verbietet eine Benachteiligung. „Benachteiligung bedeutet nachteilige Ungleichbehandlung [...]. Behinderte werden zum Beispiel benachteiligt, wenn ihre Lebenssituation im Vergleich zu derjenigen nicht behinderter Menschen durch gesetzliche Regelungen verschlechtert wird, die ihnen Entfaltung- und Betätigungsmöglichkeiten vorenthalten, welche anderen offen stehen.“⁸ Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verbietet insoweit im Sinne eines Anknüpfungsverbots die Bezugnahme auf eine Behinderung als Anknüpfungspunkt für eine Ungleichbehandlung zu Lasten eines Menschen mit Behinderung.⁹ Die Bestimmung richtet sich daher vor allem gegen eine Ausgrenzung behinderter Menschen von der sozialen Teilhabe. Die Teilhabe von Menschen mit Behinderung setzt aber zunächst einmal ihre physische Existenz voraus.¹⁰ Die intensivste Form gesellschaftlicher Ausgrenzung besteht nun darin, von vornherein bereits die Entstehung einer gleichberechtigten Mitgliedschaft in der Gesellschaft zu verhindern, indem man den Embryo als Rechtsträger durch gezielten lebensbeendenden Eingriff beseitigt.¹¹ Gerade die Zulassung von Behinderung als Auswahlkriterium, welches Leben letztlich ‚erwünscht‘ und ‚unerwünscht‘ sein soll, stellt den diskriminierungsfreien Lebensschutz behinderter Menschen in Frage.¹²

Zwar führt die Feststellung einer Behinderung durch Anwendung von PraenaTest lediglich zu einer Diagnose, die als solche zunächst keine Nachteile für den ungeborenen Menschen zeitigt. Die Feststellung einer Behinderung wird tatbestandlich von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG vorausgesetzt und kann daher als solche nicht unzulässig sein, selbst wenn in der öffentlichen Wahrnehmung mit dem Attribut ‚behindert‘ pejorative Konnotationen verbunden sein mögen. Auch führt die Feststellung von Trisomie 21 nicht automatisch zu einem Schwangerschaftsabbruch. Letzterer hängt vielmehr zum einen von den rechtlichen Voraussetzungen des § 218a StGB und zum anderen von einer dem Staat nicht unmittelbar zurechenbaren Entscheidung der werdenden Mutter (dazu unten

⁷ R. Beckmann, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, MedR 2001, S. 169 (172); B. Böckenförde-Wunderlich, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, 2002, S. 218; E. Giwer, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2001, S. 121 ff.; Ralf Röger, Verfassungsrechtliche Grenzen der Präimplantationsdiagnostik, in: Schriftenreihe der Juristenvereinigung Lebensrecht, Bd. 17 (2000), S. 55 (68); R. Scholz, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 64. EL (2012), Art. 3 Abs. 3 Rn. 177. Anderer Ansicht F. Hufen, Präimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht, MedR 2001, 440 (447 f.); W. C. Radau, Die Biomedizinkonvention des Europarates, 2006, S. 272. Für eine abgestufte objektiv-rechtliche Geltung M. Herdegen, Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses, JZ 2001, S. 773 (777).

⁸ BVerfGE 99, 341 (357).

⁹ Scholz (o. Fußn. 7), Art. 3 Abs. 3 Rn. 174.

¹⁰ F. Czerner, Die Kodifizierung der Präimplantationsdiagnostik (PID) in § 3a ESchG im Ensemble pränataldiagnostischer und schwangerschaftsbezogener Untersuchungen des Fötus, MedR 2011, S. 783 (789).

¹¹ Vgl. auch Röger (o. Fußn. 7), S. 68: „die wohl schwerste vorstellbare ‚Benachteiligung‘ im Sinne dieser Vorschrift“.

¹² In diesem Sinne Czerner (o. Fußn. 10), S. 789.

4.) ab. Ungeachtet dessen zielt der Test aber typischerweise (und insoweit durchaus produktspezifisch) darauf ab, durch einen Befund das Vorliegen von Trisomie 21 entweder auszuschließen oder zu verifizieren, um im letzten Fall den Embryo/Fötus abzutreiben. Die Diagnose Trisomie 21 soll daher schon bislang – sprich: unter den Bedingungen einer zeitlich wesentlich später ansetzenden Pränataldiagnostik – in über 90 % der Fälle zum Schwangerschaftsabbruch führen.¹³ Formal neutrale Diagnose und materiell behindertenspezifische Beeinträchtigung stehen daher in einem typisierbaren Kausalzusammenhang.

Dies bedeutet im Ergebnis, dass es sich jedenfalls bei einer dem Staat zurechenbaren Verwendung von PraenaTest um eine Benachteiligung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG handelt, die grundsätzlich unzulässig ist.

4. Adressatenbezogener Anwendungsbereich

Fraglich ist allerdings, ob die Verwendung von PraenaTest dem Staat überhaupt zurechenbar, mithin der Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG vorliegend adressatenspezifisch eröffnet ist. Denn weder die Veranlassung einer pränatalen Untersuchung noch eine etwaige Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch auf Grund der Diagnose erfolgt durch staatliche Organe, sondern durch höchstpersönliche und damit dem Staat jedenfalls nicht unmittelbar zurechenbare Entscheidungen der Schwangeren.

Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG bindet unmittelbar nur die staatliche Gewalt¹⁴ und entfaltet nach herrschender sowie zutreffender Auffassung keine unmittelbare Drittwirkung,¹⁵ bindet die werdende Mutter also nicht. Allerdings begründet Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG eine besondere Schutzverantwortung des Staates,¹⁶ die wiederum Ausdruck der allgemeinen Schutzpflicht des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG ist. Der Staat kann sich daher nicht schlechterdings darauf zurückziehen, den Schutz von Menschen mit Behinderung gleichsam zu privatisieren und Verletzungshandlungen Privater passiv hinzunehmen.¹⁷ Der Staat muss sich vielmehr – in Fortschreibung des Schutzgebotes aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG – schützend vor den Grundrechtsträger stellen und einen rechtlichen Rahmen schaffen, der ein Leben mit Behinderung sowohl möglich wie auch erträglich macht. Der Staat darf auf Grund seiner verfassungsrechtlichen Verantwortung zunächst einmal das mit seinen Mitteln Mögliche unternehmen, ein Leben mit Behinderung zu unterstützen, Menschen mit Behinderung zu schützen und hierzu auch werdende Eltern vom finanziellen sowie gesellschaftlichen Druck zu entlasten, sich gegen ein behindertes Kind entscheiden zu müssen.

Dies schließt es auch ein, gegen Übergriffe Privater, die zu einer Benachteiligung behinderter Menschen im Sinne des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG führen, mit den zur Verfügung stehenden Formen des Rechts – sowie unter Wahrung etwaiger gegenläufiger Freiheitsgrundrechte und daher im Rahmen der Verhältnismäßigkeit – einzuschreiten.

¹³ So *T. Henking*, Präimplantationsdiagnostik – Neues Gesetz, neue Probleme, ZRP 2012, S. 20 (22); *R. Kollek*, Präimplantationsdiagnostik, 2000, S. 135, unter Bezugnahme auf entsprechende Studien, die immer 954 Föten mit Trisomie 21 betrafen.

¹⁴ Etwa *G. Dürig*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 64. EL (2012), Art. 3 Abs. III Rn. 170.

¹⁵ *W. Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 2. Aufl. (2004), Art. 3 Rn. 138; *Scholz* (o. Fußn. 7), Art. 3 Abs. 3 Rn. 174; *Starck* (o. Fußn. 2), Art. 3 Rn. 422; *D. C. Umbach*, in: ders./T. Clemens (Hrsg.), GG, Bd. I, 2002, Art. 3 Rn. 409.

¹⁶ BVerfGE 96, 288 (304).

¹⁷ Dies würde im Übrigen auch der nach Art. 4 Abs. 1 lit. e) UN-Übereinkommen übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtung zuwider laufen, wonach die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung aufgrund von Behinderung durch Personen, Organisationen oder private Unternehmen zu ergreifen haben.

Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG entfaltet nach der Rechtsprechung des BVerfG, das insoweit auf die Entstehungsgeschichte der Norm Bezug nimmt, auch Wirkungen im Rahmen des Zivilrechts,¹⁸ verpflichtet also auf einen Mindestschutz gegen Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung durch Private und rechtfertigt korrespondierend insbesondere Beschränkungen der Privatautonomie im Vertragsrecht.

Die aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG abzuleitende staatliche Sonderverantwortung für den Schutz von Menschen mit Behinderung verlangt in diesem Kontext auch, durch die Gestaltung der Rechtsordnung gezielt ein Gegengewicht zu einer Ökonomisierung des menschlichen Lebens zu installieren. Namentlich die fortschreitende instrumentelle Betrachtung der Entscheidung für Kinder und für eine bestimmte Gestaltung des Familienlebens unter volkswirtschaftlichen sowie arbeitsmarkt- und fiskalpolitischen Gesichtspunkten fordert erst recht einen qualifizierten Schutz von Menschen mit Behinderung, die aus einer rein ökonomischen Sicht absehbar ihr Leben lang gleichsam soziale Transferleistungskosten verursachen und daher in einer utilitaristischen Familienpolitik meist ins Hintertreffen geraten werden. Gerade in den Sozialversicherungssystemen besteht ein abstraktes Interesse, erhebliche Folgekosten einer Behinderung zu vermeiden, die zum einen durch zusätzliche und oft teure Fördermaßnahmen, zum anderen durch den Ausfall von Arbeitskraft seitens der Betreuenden entstehen. Der Staat muss diesem mit der Wertordnung des Grundgesetzes – namentlich mit Art. 1 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG – in Widerspruch stehenden ökonomischen Handlungsrationitäten daher zumindest insoweit Rechnung tragen, als er die erheblichen (nicht zuletzt psychischen) Konflikte, denen sich eine Schwangere ausgesetzt sieht, nicht zur ‚Kostendämpfung‘ ausnutzen darf (zu den Rechtsfolgen weiter unten).

Vor diesem Hintergrund löst die künftige Anwendung von PraenaTest auch die staatliche Reserveverantwortung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG aus, nach der der Staat gegen Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung auch aktiv einzuschreiten hat. Die konkrete rechtliche Bedeutung dieser Verantwortung ist im Rahmen der Rechtsfolgen näher zu prüfen.

5. Rechtfertigung der Benachteiligung von Embryonen/Föten mit Behinderung?

Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ist eine besondere Ausformung des Diskriminierungsschutzes nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Insoweit wird bezogen auf Diskriminierungen *wegen* der jeweiligen Eigenschaft ein generelles Anknüpfungsverbot begründet, das nicht allein durch sachliche Gründe überwunden werden kann. Dies schließt eine Benachteiligung zwar nicht generell aus. Notwendig für eine ausnahmsweise (verfassungsimmanent zu begründende) Rechtfertigung ist allerdings, dass eine spezifische Benachteiligung unerlässlich ist, um Nachteilen, die unabweisbar aus einer Behinderung folgen, Rechnung zu tragen.¹⁹ Um solche behinderungsimmanenten Nachteile geht es vorliegend nicht; das erhebliche Risiko eines Schwangerschaftsabbruchs auf Grund einer durch genetische Untersuchung festgestellten Behinderung ist keine sachimmanente Folge, die ein Mensch mit Behinderung – vergleichbar etwa eingeschränkten Möglichkeiten des Berufszugangs – hinzunehmen hätte, sondern das Produkt einer personenbezogenen Willensentschließung. Vor einer gewillkürten Benachteiligung wegen der Behinderung will aber Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG gerade durch ein Rekursverbot schützen, sodass eine herkömmliche Rechtfertigung durch zwingende Gründe vorliegend ausscheidet.

¹⁸ BVerfGE 99, 341 (356).

¹⁹ BVerfGE 99, 341 (357); L. Osterloh, in: M. Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. (2011), Art. 3 Rn. 314; Umbach (o. Fußn. 15), Art. 3 Rn. 411.

Daneben kommt aber auch im Rahmen des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG eine Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht,²⁰ wenn sich zumutbare Entfaltungschancen für Freiheitsrechte Dritter zwangsläufig nur auf Kosten des Menschen mit Behinderung herstellen lassen. In unmittelbaren Güterkonflikten hat der Staat ganz allgemein Gestaltungsmöglichkeiten, im Wege praktischer Konkordanz einen erträglichen Ausgleich herzustellen, der im Grenzfall durchaus auch einseitig zu Lasten eines Rechtsträgers ausgehen kann. Vorliegend kommt namentlich das allgemeine Persönlichkeitsrecht der werdenden Mutter (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) in Betracht. Wenn der Persönlichkeitsschutz zu Gunsten der Mutter nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ganz allgemein einen Schwangerschaftsabbruch rechtfertigen kann, wäre zu erwägen, ob dies dann auch spezifisch in Bezug auf eine zu erwartende Behinderung des Kindes möglich und das in Rede stehende Diagnostikverfahren insoweit nur Instrument zur Verfolgung eines legitimen Zwecks ist.

a) Embryopathische Indikation?

Das BVerfG hält es zwar für verfassungsrechtlich möglich, eine Pflicht zur Austragung des ungeborenen Kindes ausnahmsweise im Falle einer embryopathischen Indikation aufzuheben.²¹ In der Sache bedeutet dies eine faktische Schlechterstellung des voraussichtlich künftig behinderten Kindes gegenüber nicht behinderten Kindern. Die Ausnahme rechtfertigt das Gericht jedoch gerade nicht mit dem Ziel, behinderte Kinder zu vermeiden; auch steht das ungeschmälerte Lebensrecht des behinderten Ungeborenen nicht in Frage.²² Das BVerfG behandelt die embryopathische Indikation vielmehr ausdrücklich als einen besonderen Fall der Unzumutbarkeit für die betroffene Frau, also als typisierte schwerwiegende Konfliktsituation. Gewichtige Gründe sprechen bereits dafür, dass eine gezielte Privilegierung von Schwangerschaftsabbrüchen auf Grund einer diagnostizierten Behinderung mit der – im Jahre 1994 und damit nach Ergehen des Urteils zur Fristenlösung im Jahre 1993 erfolgten – Einfügung des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verfassungswidrig geworden ist.²³ Allein die zu erwartende Behinderung des Kindes ist daher jedenfalls kein zulässiger *selbstständiger* Grund für einen Schwangerschaftsabbruch mehr. Das geltende Strafrecht (namentlich § 218a StGB n. F.) hat daher an einem entsprechenden Tatbestand auch nicht mehr festgehalten.

b) Behinderungsindifferenten Güterkonflikt

Die relevanten Konflikte, die den Strafverzicht im Rahmen des Schwangerschaftsabbruchs (§ 218a StGB) nach der Rechtsprechung des BVerfG rechtfertigen, beziehen sich auf die grundsätzliche Pflicht, ein Kind auszutragen, also auf den Güterkonflikt zwischen Schutz des ungeborenen Lebens einerseits (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG) und dem Schutz des Persönlichkeitsrechts der werdenden Mutter (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) andererseits. Dieser Konflikt bezieht sich gerade nicht spezifisch auf Behinderungen des Kindes. Der Staat überlässt vielmehr die Entscheidung für oder gegen den Schwangerschaftsabbruch der Mutter, die ihre Motive

²⁰ Umbach (o. Fußn. 15), Art. 3 Rn. 411.

²¹ BVerfGE 88, 203 (257).

²² C. von Dewitz, Diskriminierung ungeborener Kinder mit Behinderung durch die gesetzliche Regelung zum Schwangerschaftsabbruch, ZfL 2009, S. 74 (79).

²³ von Dewitz (o. Fußn. 22), S. 76 ff.; W. Rüfner, in: R. Dolzer/W. Kahl/C. Waldhoff/K. Graßhoff (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, 2011, Art. 3 Rn. 880; Scholz (o. Fußn. 7), Art. 3 III Rn. 177; Starck (o. Fußn. 2), Art. 3 Rn. 421; Umbach (o. Fußn. 15), Art. 3 Rn. 425; anderer Ansicht etwa Osterloh (o. Fußn. 19), Art. 3 Rn. 308 (Fn. 684).

im Rahmen des § 218a Abs. 1 StGB nicht offen legen muss.²⁴ Ob die prognostizierte Behinderung der Grund für den Abbruch ist oder nicht, bleibt nach dem (verfassungsgerichtlich induzierten) Regelungskonzept des geltenden Rechts eine persönliche Entscheidung, für die der Staat keine Verantwortung übernimmt. Kompensatorisch greift eine Beratungspflicht, wobei die Beratung ausweislich § 219 Abs. 1 StGB dem Schutz des Ungeborenen zu dienen hat. Eine pränataldiagnostische Methode, die primär dazu dient, im Falle einer festgestellten Behinderung die Schwangerschaft abzubrechen, hat genau den gegenteiligen Effekt, sodass eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung parallel zur Fristenlösung nach § 218a Abs. 1 StGB ausscheidet.

Eine andere Ausgangslage besteht zwar – auch nach Streichung der mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG unvereinbaren sog. embryopathischen Indikation – im Rahmen des § 218a Abs. 2 StGB, wenn die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des eigenen körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren gerade mit der prognostizierten Behinderung des Kindes begründet wird.²⁵ Auch hier erfolgt jedenfalls aus der Sicht der vom Staat zu verantwortenden Sphäre der Eingriff in die Rechte des Embryos nicht zur Verhinderung eines behinderten Kindes, sondern zur Abwehr von Gefahren für die Mutter, für deren Entstehung die Behinderung nur der – gesetzlich gerade nicht vertatbestandliche – Auslöser ist.²⁶ Der Staat braucht sich – anders gewendet – die seelischen Wirkungsbeziehungen, die die aus der Sicht des Gesetzgebers für die Mutter unzumutbare Situation ausgelöst haben, verfassungsrechtlich nicht zurechnen zu lassen, weil sie die körperliche und psychische Integrität der Schwangeren berühren, auf die unabhängig von den zugrunde liegenden Konfliktursachen Rücksicht genommen wird.²⁷

Im Ergebnis bleibt also das geltende Recht des Schwangerschaftsabbruchs, das die – hier nicht zu problematisierende – verfassungsgerichtliche Rechtsprechung ausformt, gerade behindertenindifferent. Eine parallele Rechtfertigung der Anwendung von PraenaTest scheidet insoweit aus.

c) **Psychische Integrität der Mutter**

Hiervon grundsätzlich zu unterscheiden sind Methoden der Pränataldiagnostik, die einer gezielten Verhinderung menschlichen Lebens mit Behinderung dienen. § 218a Abs. 2 StGB knüpft auch, sofern der Grund für den Schwangerschaftsabbruch in einer diagnostizierten Behinderung liegt, an eine Gefahr für die körperliche oder seelische Integrität der Schwangeren an, die psychisch aus dem Wissen um die Behinderung hervorgeht. Die Belastung, ein voraussichtlich behindertes Kind zur Welt zu bringen, ist Auslöser der tatbestandlichen schwerwiegenden Beeinträchtigung des seelischen (und als Folge ggf. auch des körperlichen) Gesundheitszustandes.

Ohne Wissen um die Behinderung besteht indes schon kein schwerwiegender psychischer oder sozialer Konflikt. Die Behinderung als solche schafft also nicht den vom Gesetzgeber im Rahmen des § 218a Abs. 2 StGB behandelten Konflikt, sondern erst deren Bekanntwerden. Wird die Behinderung nicht medizinisch aufgeklärt, mag im Rahmen des § 218a Abs. 1 StGB ein Schwangerschaftsabbruch aus Gründen, die gegenüber ei-

²⁴ So U. Sacksofsky, Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz, KJ 2003, S. 274 (287).

²⁵ Vgl. R. Merkel, in: U. Kindhäuser/U. Neumann/H.-U. Paeffgen (Hrsg.), Nomos-Kommentar StGB, Bd. 2, 3. Aufl. (2010), § 218a Rn. 95 f.; Scholz (o. Fußn. 7), Art. 3 Abs. 3 Rn. 177.

²⁶ Ähnlich Merkel (o. Fußn. 25), § 218a Rn. 98.

²⁷ Scholz (o. Fußn. 7), Art. 3 Abs. 3 Rn. 177, möchte Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG zudem grundrechtsverstärkend zu Gunsten des ungeborenen Lebens in die Abwägung einstellen und insoweit verfassungskonform die Begründungsanforderungen des § 218a Abs. 2 StGB erhöhen.

ner Behinderung indifferent sind, vorgenommen werden. Die erheblichen Konflikte *nach* der Geburt sind demgegenüber nicht Gegenstand des Versuchs einer verfassungskonformen Konfliktlösung im Rahmen des Abtreibungsstrafrechts. Nachteile und dauerhafte Belastungen, die in Folge der Geburt für die Eltern eines behinderten Kindes entstehen, müssen von dem strukturell anderen Konflikt im Rahmen der Schwangerschaft unterschieden werden, den § 218a Abs. 2 StGB erfasst und auf den allein das BVerfG abstellt. Nachgelagerte Konflikte ließen sich namentlich auch lösen, ohne die Existenz des behinderten Kindes in Frage zu stellen, etwa durch Entlastung überforderter Eltern von der Erziehung, staatliche Übernahme der finanziellen Lasten usw. Durch die gezielte Ermittlung einer bestimmten Behinderung mittels Gendiagnostik, die PraenaTest zur Verfügung stellt, wird hingegen gerade der Konflikt (nämlich die Gesundheitsgefahr für die Mutter durch die Aufdeckung der künftigen Behinderung des Kindes) produziert, der dann im Wege einer Güterabwägung zu lösen ist.²⁸ Die Konfliktverursachung kann aber nicht als verfassungsrechtlich legitimes Argument der Konfliktlösung zu Lasten von Menschen mit Behinderung verwendet werden,²⁹ ist verfassungsdogmatisch also kein hinreichender Rechtfertigungsgrund, der das Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ausnahmsweise zu durchbrechen vermag.

Die Schwangere hat auch keinen Anspruch auf *optimale* Aufklärung sämtlicher Faktoren, die ihre Entscheidung für oder gegen ein Kind betreffen können. Das Austragen eines behinderten Kindes verletzt insbesondere nicht die Menschenwürde der werdenden Mutter,³⁰ sodass es keiner flankierenden Aufklärungsansprüche zum kognitiven Wüchenschutz der Mutter bedarf. Indem der Staat grundsätzlich zulässigerweise die Motive für einen Schwangerschaftsabbruch einer Ausforschung in rechtlich geregelten Verfahren entzieht, also eine Sphäre höchstpersönlicher und damit ‚staatsfreier‘ Entscheidungsfreiheit für die Schwangere schafft, kann er nicht zugleich – letztlich in Widerspruch hierzu – für die Optimierung der Entscheidungsgrundlagen durch gesetzliche Gestaltung in Anspruch genommen werden.

d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis lässt sich also die mit einer gezielten genetischen Aufklärung von Trisomie 21 zum primären Zweck der Tötung von Embryonen einhergehende Benachteiligung von Menschen mit Behinderung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht – in Nachzeichnung der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Schwangerschaftsabbruch – mit gleich- oder höherrangigen kollidierenden Verfassungsgütern rechtfertigen.

6. Rechtsfolgen

Aus der Unzulässigkeit der gezielten Benachteiligung von Menschen mit Behinderung durch eine Diagnostikmethode, die in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle dazu dienen wird, im Falle einer Diagnose von Trisomie 21 einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen, ergeben sich aus verfassungsrechtlicher Sicht verschiedene Rechtsfolgen:

²⁸ Aus diesem Grund wird mit Recht auch darauf verwiesen, dass die Konfliktsituation der Schwangeren im Falle der medizinischen Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB nicht mit der Situation einer *in vitro* befruchteten Eizelle, die vor der Implantation untersucht wird, vergleichbar ist. So *Sacksofsky* (o. Fußn. 24), S. 287 f. Der vorliegende Fall liegt freilich anders. Hier geht es durchaus um einen handfesten Konflikt im Rahmen einer bestehenden Schwangerschaft.

²⁹ Vgl. für eine parallele Argumentation im Rahmen der PID *Sacksofsky* (o. Fußn. 24), S. 287.

³⁰ *Böckenförde-Wunderlich*, Präimplantationsdiagnostik (o. Fußn. 7), S. 217; *R. Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 551.

- Der Staat übernimmt eine unmittelbare Verantwortung für die Folgen positiver (insbesondere finanzieller) Förderung der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung. Zudem ist der Staat verpflichtet, durch geeignete rechtliche Vorkehrungen eine Infrastruktur zu verhindern, die das Aussondern von behinderten Menschen im Embryonal-respektive Fetalstadium zum Routinevorgang werden lässt.
- In der *Gesetzlichen Krankenversicherung* (GKV) gilt das so genannte Sachleistungsprinzip (§ 2 Abs. 1 Satz 1 i. V. mit §§ 11 ff. SGB V³¹); die Leistungserbringung durch einen Kassenarzt ist daher nicht die Erfüllung eines privaten Rechtsgeschäfts, sondern Teil einer staatlich organisierten Leistungsverwaltung. Damit sind erbrachte Leistungen dem Staat unmittelbar zurechenbar,³² weshalb die Leistungserbringung auch an den Grundrechten zu messen ist (Art. 1 Abs. 3 GG).³³ Im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ist es daher der GKV verwehrt, die Finanzierung einer Anwendung von PraenaTest zu übernehmen.
- In der *Privaten Krankenversicherung* (PKV) wird die Leistung zwar auf der Grundlage eines privatrechtlichen Versicherungsvertrages erbracht. Aufwendungen im Falle der Schwangerschaft gehören im *vertraglich vereinbarten Umfang* zum Versicherungsschutz (§ 192 Abs. 1 VVG).³⁴ Der vertraglich geschuldete Leistungsumfang ist jedoch nach Maßgabe der §§ 138, 242 BGB erst im Wege der Auslegung zu ermitteln. In diesem Rahmen sind nach allgemeinen Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung die verfassungsrechtlichen Wertungen des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG zu berücksichtigen.³⁵ Dies bedeutet, dass PraenaTest als eine Diagnosemethode, die der gezielten Diskriminierung von Menschen mit Behinderung dient (und damit in der Sache zu Lasten Dritter geht), nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) als nicht geschuldet gilt und eine explizite Aufnahme in den vertraglichen Leistungskatalog nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und damit nichtig wäre.
- *Beamtenrechtliche Beihilfen im Krankheitsfall* werden vom grundrechtsgebundenen Dienstherrn durch Hoheitsakt gewährt. Aus diesem Grund wäre eine (teilweise) Übernahme der Untersuchungskosten in Bezug auf PraenaTest durch den Dienstherrn unvereinbar mit Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG.
- Für das *Inverkehrbringen* von PraenaTest dürften die Vorschriften des Medizinproduktegesetzes (MPG³⁶) einschlägig sein (Anwendungsbereich nach §§ 2, 3 Nr. 1, Nr. 4 MPG). Da hier kein präventives Kontrollverfahren vorgeschaltet ist und ein Inverkehrbringen mit Erfüllung der technischen Sicherheitsanforderungen der §§ 4 ff. MPG zulässig ist, haben die verfassungsrechtlichen Erwägungen grundsätzlich erst für die Anwendung Bedeutung. Allerdings ist ein Inverkehrbringen unzulässig, wenn nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 MPG – im Einklang mit der

³¹ Fünftes Buch Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Krankenversicherung - (Art. 1 des Gesetzes v. 20. 12. 1988, BGBl. I S. 2477), das durch Art. 8 des Gesetzes v. 12. 4. 2012 (BGBl. I S. 579) geändert worden ist.

³² Prononciert *J. Isensee*, Abtreibung als Leistungstatbestand der Sozialversicherung und der grundgesetzliche Schutz des ungeborenen Lebens, NJW 1986, S. 1645 (1646).

³³ Siehe allgemein zur Grundrechtsbindung aller Träger öffentlicher Gewalt, selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften eingeschlossen, nur *M. Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 6. Aufl. (2011), Art. 1 Rn. 85; ferner *M. Kriele*, Die nicht-therapeutische Abtreibung vor dem Grundgesetz, 1992, S. 122 f.

³⁴ Die Erstattungsfähigkeit von Pränataldiagnostik als medizinisch veranlasste Kosten wird hier bejaht. Vgl. *Z. Grobowski/J.-M. Graf von der Schulenburg/J. Schmidtke*, Schwangerschaftsbezogene prädikative Gentests als Leistung der privaten Krankenversicherung, MedR 2010, S. 387 (388).

³⁵ Siehe nur *Heun* (o. Fußn. 15), Rn. 138; *Umbach* (o. Fußn. 15), Art. 3 Rn. 409.

³⁶ Medizinproduktegesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 7. 8. 2002 (BGBl. I S. 3146), das zuletzt durch Art. 13 des Gesetzes v. 8. 11. 2011 (BGBl. I S. 2178) geändert worden ist.

Schutzklausel des Art. 8 IVD-Richtlinie³⁷ – der begründete Verdacht besteht, dass das Produkt die Sicherheit und die Gesundheit der Patienten, der Anwender oder *Dritter* bei sachgemäßer Anwendung, Instandhaltung und ihrer Zweckbestimmung entsprechender Verwendung über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaften vertretbares Maß hinausgehend unmittelbar oder mittelbar gefährdet. Bei verfassungskonformer Auslegung ist der Embryo/Fötus als Träger von Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und Lebensrecht (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) als Dritter anzusehen, der im einfachen Gesetzesrecht nicht schutzlos bleiben darf. Seine Gesundheit wird gezielt und – wie gezeigt – gemessen an Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise existenziell gefährdet. Hieraus folgt, dass PraenaTest als Medizinprodukt nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 MPG *nicht verkehrsfähig* ist. Die zuständigen Landesbehörden sind nach § 26 Abs. 2 Satz 1 MPG zu entsprechenden Maßnahmen ermächtigt, ein Inverkehrbringen zu unterbinden.

- Um einen Missbrauch durch private nichtärztliche Anwender zu verhindern, ist die Bundesregierung aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verpflichtet, vorsorglich durch *Rechtsverordnung* nach § 6 Gendiagnostikgesetz (GenDG)³⁸ eine Abgabe an andere als die nach § 15 GenDG zugelassenen Stellen zu verbieten.

II. Vereinbarkeit mit dem Gendiagnostikgesetz

Bricht man den durch PraenaTest ausgelösten Konflikt auf die einfach-gesetzliche Ebene herunter, stellt sich zunächst die Frage, ob ein entsprechendes Diagnostikverfahren mit den Regelungen des GenDG vereinbar ist. Die Regelungen des GenDG gelten ausweislich § 2 Abs. 1 für genetische Untersuchungen und im Rahmen genetischer Untersuchungen durchgeführte genetische Analysen bei geborenen Menschen sowie bei Embryonen und Föten während der Schwangerschaft und für den Umgang mit dabei gewonnenen genetischen Proben und genetischen Daten bei genetischen Untersuchungen zu medizinischen Zwecken, zur Klärung der Abstammung sowie im Versicherungsbereich und im Arbeitsleben. Damit fällt das hier in Rede stehende Diagnostikverfahren in den Anwendungsbereich des Gesetzes und muss daher an den geltenden Anforderungen an diagnostische Verfahren gemessen werden.

Bei der Anwendung von PraenaTest wären die Anforderungen der §§ 7 ff. GenDG einzuhalten, namentlich der Vorbehalt eines hinreichend qualifizierten Arztes (§ 7 GenDG) und die Einholung einer vorherigen Einwilligung (§ 8 GenDG) nach Aufklärung (§ 9 GenDG). Es spricht nichts dagegen, dass diese Anforderungen in der Praxis auch eingehalten werden können. Fraglich ist daher allein die *materielle* Gesetzeskonformität.

1. Das allgemeine Diskriminierungsverbot auf Grund genetischer Eigenschaften

Zunächst enthält das GenDG ein allgemeines Diskriminierungsverbot zum Schutz der genetischen Identität. Niemand darf nach § 4 Abs. 1 GenDG wegen seiner oder der genetischen Eigenschaften einer genetisch verwandten Person, wegen der Vornahme oder Nichtvornahme einer genetischen Untersuchung oder Analyse bei sich oder einer genetisch verwandten Person oder wegen des Ergebnisses einer solchen Untersuchung oder Analyse benachteiligt werden. Bezogen auf eine genetisch bedingte Behinderung deckt sich der Regelungsgehalt im Wesentlichen mit den allgemeinen Anforderungen des

³⁷ Richtlinie 98/79/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27. 10. 1998 über In-vitro-Diagnostika (ABl. EG Nr. L 331 S. 1).

³⁸ Gendiagnostikgesetz vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2529, 3672).

Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Die Vorschrift richtet sich nach den Motiven des Gesetzgebers an staatliche Organe ebenso wie an Private.³⁹ Das Diskriminierungsverbot fungiert allerdings nur als allgemeine Maxime des Gesetzes, die in nachfolgenden Einzelvorschriften unterschiedliche Konkretisierungen erfahren hat,⁴⁰ die teils abweichende Wertungen enthalten und daher vorrangig zu prüfen sind.

2. Die Sonderregelung betreffend vorgeburtliche genetische Untersuchungen

Eine § 4 Abs. 1 GenDG überlagernde Konkretisierung für vorgeburtliche Diagnostik enthält § 15 GenDG. Diese Regelung gilt, in Abgrenzung zu § 3a ESchG, ausschließlich für den Embryo bzw. Fötus in utero.⁴¹ Eine genetische Untersuchung darf nach § 15 Abs. 1 Satz 1 GenDG vorgeburtlich nur zu medizinischen Zwecken und nur vorgenommen werden, soweit die Untersuchung auf bestimmte genetische Eigenschaften des Embryos oder Fötus abzielt, die nach dem allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft und Technik seine Gesundheit während der Schwangerschaft oder nach der Geburt beeinträchtigen, oder wenn eine Behandlung des Embryos oder Fötus mit einem Arzneimittel vorgesehen ist, dessen Wirkung durch bestimmte genetische Eigenschaften beeinflusst wird. Der primäre Zweck der Regelung besteht in einer Begrenzung auf medizinische Zwecke.⁴² Damit sind etwa Untersuchungen ausgeschlossen, die der ‚genetischen Optimierung‘ oder der Ermittlung bestimmter – medizinisch indifferenter – Eigenschaften (etwa Haarfarbe usw.) dienen.

Eine vorgeburtliche genetische Untersuchung, die darauf abzielt, genetische Eigenschaften des Embryos oder des Fötus für eine Erkrankung festzustellen, die nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik erst nach Vollendung des 18. Lebensjahres ausbricht, darf nach § 15 Abs. 2 GenDG generell nicht vorgenommen werden, was freilich auf die sich wesentlich früher manifestierende Trisomie 21 nicht zutrifft.

a) Die Nutzung eines genetischen Risikoprofils zum Schwangerschaftsabbruch

Eine pränatale genetische Risikoabklärung fällt in den Anwendungsbereich des § 15 GenDG.⁴³ Aus § 15 GenDG folgt die grundsätzliche Zulässigkeit von Untersuchungen, die auch zum Erkennen genetischer Ausstattungen wie Trisomie 21 führen können.⁴⁴

³⁹ Explizit BT-Drs. 16/10532, S. 23.

⁴⁰ So der Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/10532, S. 23; ferner etwa A. Genenger, Das neue Gendiagnostikgesetz, NJW 20120, S. 113 (114); M. Reuter, in: B.-R. Kern (Hrsg.), GenDG, 2012, § 4 Rn. 4.).

⁴¹ Czerner (o. Fußn. 10), S. 787.

⁴² BT-Drs. 16/10532, S. 32.

⁴³ So bereits die Begründung des Gesetzesentwurfs, siehe BT-Drs. 16/10532, S. 32.

Dies bestätigt auch die Legaldefinition des § 3 Nr. 3 GenDG, wonach die vorgeburtliche Risikoabklärung eine Untersuchung des Embryos oder Fötus ist, mit der die Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen bestimmter genetischer Eigenschaften mit Bedeutung für eine Erkrankung oder gesundheitliche Störung des Embryos oder Fötus ermittelt werden soll. Diese Legaldefinition wird zwar lediglich in § 23 Abs. 2 Nr. 5 GenDG hinsichtlich der Festlegung von Standards durch die Gendiagnostik-Kommission verwandt, in der sachlich einschlägigen Norm des § 15 GenDG aber – wohl auf Grund redaktioneller Ungenauigkeit – nicht benutzt. Dennoch decken sich offenbar die Anwendungsbereiche der vorgeburtlichen Risikoabklärung in § 3 Nr. 3 GenDG und der vorgeburtlichen Untersuchung in § 15 GenDG.

⁴⁴ Eine Untersuchung im Hinblick auf Trisomie 21 fällt bereits nach den Vorstellungen des Gesetzgebers in den Anwendungsbereich des § 15 GenDG. Siehe BT-Drs. 16/10532, S. 32: „Dazu gehört der so genannte Triple-Test oder die Ultraschallbestimmung der Nackenfalte, mit denen die Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen eines kindlichen Down-Syndroms abgeleitet werden soll.“ Siehe auch B.-R. Kern/U. Reuter, in: B.-R. Kern (Hrsg.), GenDG, 2012, § 15 Rn. 7.

Dass eine solche Untersuchung zugleich Grundlage einer Entscheidung der Betroffenen über den Abbruch der Schwangerschaft sein kann, wird vom Gesetzgeber ebenfalls bewusst einkalkuliert, weshalb insoweit die in Absatz 3 vorgesehene qualifizierte Beratungspflicht greift.⁴⁵ Vor einer vorgeburtlichen genetischen Untersuchung und nach Vorliegen des Untersuchungsergebnisses ist die Schwangere nach § 15 Abs. 3 GenDG nicht nur entsprechend § 10 Abs. 2 und 3 GenDG genetisch zu beraten, sondern ausdrücklich ergänzend auch auf den Beratungsanspruch nach § 2 SchwangerschaftskonfliktG⁴⁶ hinzuweisen; der Inhalt der Beratung ist zu dokumentieren.

Ob die mit der Zulassung von vorgeburtlicher Diagnostik nach § 15 GenDG einhergehende qualifizierte Gefährdung ungeborenen Lebens mit einer Behinderung mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 bzw. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG vereinbar ist, bedarf hier keiner Vertiefung, da die vorliegend zu klärenden Fragen auf der Grundlage des geltenden GenDG zu beurteilen sind und jedenfalls die Verwaltung die Bestimmung bis zu einer autoritativen Entscheidung des BVerfG (etwa auf Grund einer Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG) anzuwenden hat.⁴⁷ Dies entbindet jedoch nicht davon, im Rahmen der Rechtsanwendung, soweit möglich, eine verfassungskonforme Auslegung vorzunehmen, die Konflikte mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG vermeidet oder jedenfalls reduziert.

b) Verfassungskonforme Begrenzung des Anwendungsbereichs

Der Gesetzgeber nimmt hiernach zwar in Kauf, dass das Ergebnis einer Untersuchung unter Durchbrechung der Leitmaxime des § 4 GenDG durch Private zum Nachteil des untersuchten ungeborenen Kindes verwendet wird. Jedoch ist weiterhin zwischen den möglichen Folgen einer Diagnose einerseits und den zulässigen Untersuchungsmethoden andererseits zu unterscheiden. Während die Konsequenzen, die aus einer Diagnose gezogen werden, namentlich ein Schwangerschaftsabbruch im Rahmen des § 218a Abs. 1 StGB, von der Mutter im Rahmen einer persönlichen und rechtlich insoweit nicht determinierten Entscheidung im Rahmen der §§ 218 ff. StGB verantwortet werden, trägt der Staat, der das Gendiagnostikrecht im Rahmen seiner Grundrechtsbindung (Art. 1 Abs. 3 GG) gesetzlich geregelt hat, die Verantwortung für die im Rahmen des § 15 Abs. 1 GenDG zugelassenen Diagnostikmittel. Eine Zulassung von Methoden der vorgeburtlichen Diagnostik, die der gezielten Tötung von ungeborenem Leben mit Behinderung dienen, wäre aber nach obiger Darlegung mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG unvereinbar. Eine verfassungskonforme Auslegung, wonach Diagnosemethoden zur gezielten

⁴⁵ Siehe explizit zur Konnexität BT-Drs. 16/10532, S. 32: „Im Rahmen der ärztlichen Schwangerschaftsvorsorge erfordert die Möglichkeit der vorgeburtlichen Diagnostik eine Auseinandersetzung der Schwangeren mit unterschiedlichen Handlungsoptionen, so dass ein Beratungsangebot hilfreich ist, das über die genetische Aufklärung und Beratung hinausgeht und die Schwangere in der eigenen Urteilsbildung und Entscheidungsfindung unterstützt. Daher hat die Ärztin oder der Arzt die Schwangere auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme einer unabhängigen qualifizierten Beratung nach § 2 des Schwangerschaftskonfliktgesetzes hinzuweisen. Dieser umfasst u. a. die Beratung sowie zu Lösungsmöglichkeiten für psychosoziale Konflikte im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft als auch zu Hilfen für behinderte Menschen und ihre Familien, die vor und nach der Geburt eines in seiner körperlichen, geistigen oder seelischen Gesundheit geschädigten Kindes zur Verfügung stehen. Damit wird den besonderen Anforderungen an die genetische Beratung für den Schutz des Ungeborenen und der Schwangeren im Hinblick auf mögliche Ergebnisse der vorgeburtlichen genetischen Untersuchung Rechnung getragen.“

⁴⁶ Schwangerschaftskonfliktgesetz v. 27. 7. 1992 (BGBl. I S. 1398), das zuletzt durch Art. 3 Abs. 2 des Gesetzes v. 22. 12. 2011 (BGBl. I S. 2975) geändert worden ist.

⁴⁷ Gegen ein Verwerfungsrecht der Verwaltung für Parlamentsgesetze die herrschende Meinung, stellvertretend K. F. Gärditz, in: K. H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar GG, 2011, Art. 20 Abs. 3 (Rechtsstaat), Rn. 109 ff.; F. Ossenbühl, Normenkontrolle durch die Verwaltung, Die Verwaltung 2 (1969), S. 393 (402 ff.); H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 2. Aufl. (2006), Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 98.

Selektion unzulässig sind, bleibt indes auch im Rahmen des § 15 GenDG möglich. Im Einzelnen ist hierzu Folgendes anzumerken:

aa) Keine Aussage über zulässige Diagnostikmittel

§ 15 GenDG legalisiert nur allgemein vorgeburtliche Diagnoseziele, ohne hierbei spezifische Diagnosemethoden zu rechtfertigen; die Zulässigkeit eines Diagnosemittels, die an der Gesamtrechtsordnung zu bemessen ist, wird vielmehr vorausgesetzt. So wird etwa die Frage, ob ein Eingriff in die körperliche Integrität der Mutter (etwa im Rahmen einer Fruchtwasseruntersuchung) gerechtfertigt ist, weiterhin im Rahmen des § 228 StGB zu prüfen sein. Verwendete Wirkstoffe oder Instrumente müssen zugelassen sein. Dies richtet sich ebenfalls nicht nach GenDG, sondern nach dem jeweiligen Fachrecht, also entweder einem Zulassungsverfahren gemäß AMG⁴⁸ oder nach der (hier verneinten) Verkehrsfähigkeit nach MPG. Ob PraenaTest also ein im Rahmen der Diagnose nach § 15 GenDG einzusetzendes Mittel darstellt, ist gesondert zu prüfen. Da die generelle staatliche Zulassung von PraenaTest als Diagnosemittel mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG unvereinbar wäre (siehe oben), scheidet auch eine Legalisierung durch § 15 GenDG aus.

bb) Begrenzung auf medizinische Zwecke

Ein wichtiges Indiz gegen einen Einsatz der Gendiagnostik als Selektionsinstrument enthält bereits der Wortlaut des § 15 Abs. 1 GenDG. So darf die Untersuchung „nur zu medizinischen Zwecken“ durchgeführt werden. Ein medizinischer Zweck liegt nur vor, wenn eine negative Abweichung vom Gesundheitszustand beseitigt oder vermindert oder einer genetisch bedingten Verschlechterung des Gesundheitszustandes entgegenge wirkt wird. Der von der Regelung erfasste Gesundheitszustand ist derjenige des Embryos/Fötus, nicht der (primär) der der Mutter.⁴⁹ Der medizinische Zweck in § 15 Abs. 1 GenDG entspricht insoweit der Krankenbehandlung nach § 27 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

Die Aufklärung des Vorliegens einer Behinderung, die wie hier Trisomie 21 auf Grund ihrer genetischen Ursache nicht therapiert werden kann (und auch nicht soll) und deren Folgen erst nach der Geburt überhaupt durch gezielte Maßnahmen vermindert werden können, ist im vorgeburtlichen Stadium des § 15 GenDG nicht medizinisch indiziert. Der Schwangerschaftsabbruch als solcher ist – sofern kein Fall des § 218a Abs. 2 StGB vorliegt⁵⁰ – ebenfalls kein medizinischer Zweck,⁵¹ da die Gesundheitsbeeinträchtigung des Embryos, auf die § 15 Abs. 1 Satz 1 GenDG primär abstellt, nicht geheilt wird, sondern – im Gegenteil – der Embryo als extremste Form der Gesundheitsbeeinträchtigung getötet werden soll. Die formale Mitwirkung eines Arztes am Schwangerschaftsabbruch (§ 218a Abs. 1 Nr. 2 StGB) macht aus der ärztlichen Behandlung keinen medizinischen

⁴⁸ Arzneimittelgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 12. 12. 2005 (BGBl. I S. 3394), das zuletzt durch Art. 13 des Gesetzes v. 22. 12. 2011 (BGBl. I S. 2983) geändert worden ist.

⁴⁹ Kern/Reuter (o. Fußn. 44), § 15 Rn. 2.

⁵⁰ Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Behinderung als solche im vorliegenden Kontext nicht der Auslöser einer Gesundheitsgefahr für die Mutter sein kann, solange die Behinderung nicht bekannt ist. Ein Einsatz von PraenaTest zur medizinischen Abwehr einer Gesundheitsgefahr für die Mutter kommt daher allenfalls dann in Betracht, wenn psychische Nachteile von einer Schwere im Sinne des § 218a Abs. 2 StGB entweder bereits aus der Unsicherheit über eine mögliche Behinderung resultieren oder ein anderes Testverfahren bereits den Verdacht von Trisomie 21 begründet hat und der Test daher der Verifikation/Falsifikation dient.

⁵¹ Wie hier wohl auch Kern/Reuter (o. Fußn. 44), § 15 Rn. 6: „Genetische Untersuchungen zum Zweck der Lebensplanung sind demzufolge unzulässig [...]. Dies gilt insbesondere für Untersuchungen, die gegebenenfalls eine Abtreibung zur Folge haben können.“

Heileingriff.⁵² Gegenläufige Ansätze in der Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, die sich für den Gleichklang der Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruchs und der Pränataldiagnostik ausgesprochen haben,⁵³ wurden vom letztlich verabschiedeten Regierungsentwurf gerade nicht übernommen.

Auch der Verweis in § 15 Abs. 3 GenDG auf das SchwangerschaftskonfliktG bedeutet nicht, dass Diagnostikmittel zur behinderungsspezifischen Vorbereitung eines Schwangerschaftsabbruches wegen einer Behinderung zulässig wären. Denn die persönlichen Gründe der Mutter für einen Schwangerschaftsabbruch werden im Rahmen des § 218a Abs. 1 StGB – wie dargelegt – nicht geprüft, sodass sich die werdende Mutter nach geltendem Recht ohnehin auf Grund von beliebigen Erkenntnissen, die sie aus einer Diagnose im Rahmen des § 15 GenDG erlangt, für einen straffreien Schwangerschaftsabbruch entscheiden kann. Die verpflichtende Aufklärung über den besonderen Beratungsanspruch nach SchwangerschaftskonfliktG durch § 15 Abs. 3 GenDG trägt lediglich diesem Umstand Rechnung, enthält aber keine positive Entscheidung zu Gunsten der Durchführung bestimmter diagnostischer Verfahren.

cc) Schutz des ungeborenen Lebens als Gesetzeszweck

Für eine strikte Auslegung des medizinischen Zwecks spricht auch, dass die pränatale genetische Risikoabklärung nach § 3 Nr. 3, § 15 GenDG ausweislich der Motive des Gesetzgebers auch dem Schutz des Ungeborenen dienen soll.⁵⁴ Dass dieses abstrakte Schutzziel durch die konkreten Regelungen des Gesetzes gerade nicht konsequent verwirklicht wird, spricht: die genetische Risikoabklärung nach § 15 Abs. 3 GenDG bewusst auch als kognitive Grundlage für einen möglichen Schwangerschaftsabbruch dienen soll,⁵⁵ bedeutet nicht, dass der allgemeinen Zielbestimmung keinerlei Bedeutung für die Auslegung des § 15 GenDG zukommen könne. Denn immerhin wird deutlich, dass der Schwangerschaftsabbruch wegen einer Behinderung nicht der gesetzliche Primärzweck der Regelung des § 15 GenDG sein kann.

Der bestmögliche Schutz des Ungeborenen dagegen, wegen einer Behinderung abgetrieben zu werden, bestünde in der Sicherstellung des *Nichtwissens* über genetische Risiken. Diesen Weg ist der Gesetzgeber jedoch nicht gegangen. Ausweislich der Gesetzesbegründung besteht das Motiv darin, die (ohnehin mögliche und auch verfassungskonform nicht zu verhindernde) vorgeburtliche nicht-genetische Risikoabklärung wenigstens durch eine optimierte Informationslage der Betroffenen durch präzisere Methoden sowie eine spezifisch genetische Aufklärung zu flankieren.⁵⁶ Dies entspricht einer allgemeinen Tendenz, die Entscheidung ethischer Wertungskonflikte zu individuali-

⁵² Deziert gegen eine originär ärztliche Tätigkeit daher R. Esser, Der Arzt im Abtreibungsstrafrecht, 1992, S. 180 ff.; zum Problem eines erweiterten Gesundheitsbegriffs Kriele (o. Fußn. 33), S. 120.

⁵³ BT-Drs. 16/3233, S. 39.

⁵⁴ BT-Drs. 16/10532, S. 17.

⁵⁵ Berechtigte Kritik an diesem inneren Widerspruch des Gesetzes bei Czerner (o. Fußn. 10), S. 787.

⁵⁶ BT-Drs. 16/10532, S. 17: „Je größer jedoch die Differenz zwischen wachsendem Wissen und begrenzten Handlungsmöglichkeiten wird, desto dringlicher stellt sich die Frage nach den Risiken insbesondere von prädiktiven genetischen Untersuchungen und der Notwendigkeit einer genetischen Beratung der betroffenen Personen. Im Hinblick auf genetische Untersuchungen zu medizinischen Zwecken gehört die genetische Beratung an zentraler Stelle zu den wesentlichen Rahmenbedingungen dieses Gesetzes. Genetische Beratung soll einem Einzelnen oder einer Familie helfen, medizinisch-genetische Fakten zu verstehen, Entscheidungsalternativen zu bedenken und individuell angemessene Verhaltensweisen zu wählen. [...] Da die genetische Beratung in erster Linie darauf gerichtet ist, Hilfe bei der individuellen Entscheidungsfindung und Hilfe bei der Bewältigung gegebenenfalls bestehender bzw. durch die genetische Untersuchung neu entstandener Probleme, die auf der Kenntnis oder Nichtkenntnis über eine genetische Disposition beruhen, zu leisten, kommt ihr bei vorgeburtlichen sowie bei prädiktiven genetischen Untersuchungen eine besondere Bedeutung zu.“

sieren und damit die Verantwortung letztlich zu privatisieren. Ein Anspruch auf den Einsatz aller Erkenntnisquellen zur optimalen Aufklärung genetischer Risiken ist damit ersichtlich nicht verbunden, was bereits die gesetzliche Begrenzung auf medizinische Zwecke im Rahmen des § 15 GenDG zum Ausdruck bringt. Anders gewendet verwirklicht sich daher der vom Gesetzgeber verfolgte Schutz des Ungeborenen über die Bestimmung der zulässigen und der unzulässigen Methoden der Risikoabklärung. Dies spricht aber dafür, Diagnosemethoden, die in aller Regel dazu dienen, im Falle einer festgestellten Behinderung die Schwangerschaft abubrechen, im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verfassungskonform als nicht medizinisch indiziert einzustufen.

dd) Völkerrechtskonforme Auslegung im Lichte des UN- Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen

Eine Bestätigung erfährt diese restriktive Auslegung schließlich durch Art. 10 UN-Übereinkommen, das im Jahre 2008 von der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert wurde und das seit dem 26. 3. 2009 in Deutschland geltendes Bundesrecht ist. Nach Art. 10 des Übereinkommens bekräftigen die Vertragsstaaten, dass jeder Mensch ein innewohnendes Recht auf Leben (amtliche Fassung: „inherent right to life“) hat, und treffen alle erforderlichen Maßnahmen, um den wirksamen und gleichberechtigten Genuss dieses Rechts durch Menschen mit Behinderungen zu gewährleisten. In den wirksamen und gleichberechtigten Genuss des Rechts auf Leben kommt ein Mensch mit Behinderung aber nicht, wenn sein Leben noch vor der Geburt auf Grund seiner Behinderung – und damit zu einem Zweck, der in einem in offenem Widerspruch mit der Konvention steht – beendet wird. Da das Übereinkommen gerade auch zum Erlass effektiver Schutzmaßnahmen gegen Diskriminierungen durch Private verpflichtet, wäre Art. 10 UN-Übereinkommen durch eine Zulassung von behinderungsspezifischen Pränataluntersuchungen verletzt. Es ist aber zum einen nicht davon auszugehen, dass der Bundesgesetzgeber mit dem GenDG das gerade zuvor geschlossene völkerrechtliche Übereinkommen brechen wollte. Zum anderen würde eine solche – hermeneutisch nicht zwingende – Deutung des § 15 GenDG der verfassungsrechtlichen Verpflichtung zuwiderlaufen, im Rahmen vertretbarer Auslegungsvarianten, also innerhalb des demokratischen und rechtsstaatlichen Bezugssystems⁵⁷, die völkerrechtskonforme Variante auszuwählen.⁵⁸

ee) Verbleibender Anwendungsbereich

Auch wenn man eine nicht-therapeutische behindertenspezifische und damit selektive Risikoabklärung aus dem Anwendungsbereich des § 15 Abs. 1 GenDG ausklammert und daher für unzulässig erachtet, verbleibt ein hinreichender Restanwendungsbereich, und zwar aus folgenden Erwägungen:

- Es gibt sehr unterschiedliche Formen der genetischen Pränataldiagnostik, die der Heilbehandlung oder der Vorbereitung auf nachgeburtliche Risiken dienen. Ihre Anwendung wird durch § 15 GenDG freigegeben. Nur ein Teil möglicher Diag-

⁵⁷ BVerfGE 111, 307 (318).

⁵⁸ Hierzu beispielsweise BVerfGE 58, 1 (34); 59, 63 (89); 74, 358 (370); 111, 307 (318 ff.); A. Proelß, Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG, in: H. Rensen/S. Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 553 (556 ff.); F. Schorkopf, Völkerrechtsfreundlichkeit und Völkerrechtsskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: T. Giegerich (Hrsg.), Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, 2010, S. 131 ff.

noseverfahren dient der gezielten Aufklärung eines bestimmten genetischen Defekts, der Auslöser einer Behinderung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ist.

- Dass der Gesetzgeber offenbar auch die Aufklärung von nicht heilbaren und genetisch bedingten Erkrankungen im Blick hatte, zwingt nicht dazu, gezielte Methoden der genetischen Diagnostik als zulässige Untersuchung im Sinne des § 15 GenDG zu behandeln. Im Gegenteil belegen die Gesetzgebungsmaterialien, dass der Gesetzgeber auch in diesen Fällen eine genetische Risikoabklärung jenseits der Vorbereitung des Schwangerschaftsabbruchs für sinnvoll erachtet hat.⁵⁹ So können im Fall der Entdeckung einer nicht heilbaren Erkrankung etwa Vorbereitungen auf ein Leben mit einem behinderten Kind getroffen werden.
- § 15 GenDG setzt auch nicht implizit voraus, dass es gezielte Verfahren zur Feststellung einer Behinderung zwecks Selektion gibt, auch wenn die Entdeckung einer Behinderung im Rahmen einer Untersuchung nach § 15 GenDG fraglos möglich ist. Denn die Aufklärung einer Behinderung setzt kein gezieltes und behinderungsspezifisches Diagnoseverfahren voraus. Zur Entdeckung von entsprechenden Risiken kann es namentlich dadurch kommen, dass eine allgemeine und unspezifische Gendiagnostik durchgeführt wird, in deren Rahmen eine Behinderung festgestellt wird. Oder der Schwangeren droht in einem extremen Ausnahmefall (bedingt durch eine genetische Disposition) bereits auf Grund der Unsicherheit über eine mögliche Behinderung eine (im Rahmen des § 218a Abs. 2 StGB potentiell relevante) Beeinträchtigung der psychischen Integrität, sodass eine gezielte Risikoabklärung zur Abwendung einer akuten Gefahr geboten erscheint.

ff) Gegenprobe: Vergleich mit der Präimplantationsdiagnostik

Eine weite Auslegung des § 15 GenDG würde zudem in einen offenen Wertungskonflikt mit § 3a ESchG⁶⁰ treten und damit einer Wertentscheidung zuwider laufen, die zwar als solche ihrerseits verfassungsrechtlich nicht unumstritten ist, aber immerhin einen breiten parlamentarischen Mehrheitswillen in weitestgehender zeitlicher Koinzidenz abbildet: Hiernach ist eine genetische Untersuchung eines Embryos in vitro vor seinem intrauterinen Transfer (Präimplantationsdiagnostik) grundsätzlich unzulässig (§ 3a Abs. 1 ESchG). Eine Untersuchung kann lediglich unter qualifizierten Voraussetzungen gerechtfertigt werden, nämlich bei dem (ggf. zu substantiierenden) hohen Risiko einer schwerwiegenden Erbkrankheit (§ 3a Abs. 1 Satz 1 ESchG) oder bei der Gefahr einer Tot- bzw. Fehlgeburt (§ 3a Abs. 1 Satz 2 ESchG). Nach zutreffender Ansicht fällt Trisomie 21 nicht unter diesen Tatbestand, weil die Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen dieser Chromosomenaberration zwar mit dem steigenden Alter der Eltern zunimmt, nicht aber auf spezifisch genetischen Dispositionen beruht.⁶¹

Würde § 15 GenDG einen generellen Einsatz zur – in der Regel auf den Abbruch der Schwangerschaft zielenden – Feststellung einer genetisch bedingten Behinderung legalisieren, würde dies zu einer absurden Rechtslage führen: Der Embryo dürfte ggf. gemäß § 3a ESchG vor dem Transfer in vitro nicht untersucht werden, könnte aber kurz nach dem Transfer einem Gentest nach § 15 GenDG unterworfen werden, dessen kurz-

⁵⁹ So bestünden in bestimmten Fällen „keine wissenschaftlich erwiesenermaßen wirksamen medizinischen Präventionsmöglichkeiten oder die Hoffnung auf solche [...] (Beispiele: Chorea Huntington oder andere neurologische Erkrankungen). Dennoch kann auch in diesen Fällen das Wissen um ein Erkrankungsrisiko bei der Lebens- und Familienplanung unter Umständen hilfreich sein“ (BT-Drs. 16/10532, S. 17).

⁶⁰ Embryonenschutzgesetz v. 13. 12. 1990 (BGBl. I S. 2746), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes v. 21. 11. 2011 (BGBl. I S. 2228) geändert worden ist.

⁶¹ *Henking* (o. Fußn. 13), S. 22.

fristig verfügbares Ergebnis wiederum Grundlage einer straffreien Abtreibung des – gerade übertragenen – Embryos sein könnte. Es ist nicht ersichtlich, warum der Embryo hinsichtlich genetischer Risiken in vitro besser geschützt sein soll als der Embryo in vivo nach erfolgtem Transfer, zumal es in beiden Fällen um den Schutz des Lebens (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) und der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) geht, der durch die Implantation des Embryos in utero nicht vermindert wird.⁶² Allenfalls kann auf unterschiedliche Konfliktlagen – sprich: in Abhängigkeit von den anderweitig betroffenen Rechtsgütern – auch gesetzlich unterschiedlich reagiert werden.

Zu konzedieren ist, dass sich die Widersprüchlichkeiten in der Regelungstrias von § 3a ESchG, § 15 GenDG und § 218a StGB⁶³ nicht friktionslos durch Interpretation beseitigen lassen. Dies gilt namentlich für die divergierenden Schutzkonzepte der Regelungen des (seinerseits verfassungsrechtlich prekären) § 3a ESchG einerseits und des § 15 GenDG andererseits. Bei einer wertenden Gesamtbetrachtung erweist sich der Regelungskomplex als inkohärent und insoweit inadäquat sowohl im Hinblick auf einen angemessenen Lebensschutz (Art. 2 Abs. 2 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG) als auch einen hinreichenden Schutz behinderter Menschen (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG). Es ist hingegen nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtauftrags, die Verfassungskonformität der bestehenden Regelungen zu untersuchen. Entscheidend ist aber, dass im Rahmen einer möglichst verfassungskonformen Auslegung der einschlägigen Vorschriften die unvermeidbaren Konflikte möglichst gering gehalten werden. Durch eine strikte Auslegung des § 15 GenDG, die semantisch beim Begriff des medizinischen Zwecks ansetzen kann, lässt sich der rechtsimmanente und verfassungsrechtlich prekäre Konflikt immerhin reduzieren, obschon nicht beseitigen. Zu einer solchen Konfliktreduktion ist der Rechtsanwender verpflichtet, weil anderenfalls eine verfassungswidrige Wertungsdisparität vermeidbar vertieft würde.

gg) Ergebnis

Der Einsatz von Diagnostikmitteln, die mangels entsprechender Therapieansätze primär als Selektionsinstrument zum Zweck eingesetzt werden, einen im Falle festgestellter Behinderung empirisch zu erwartenden Schwangerschaftsabbruch vorzubereiten, sind daher grundsätzlich mit § 15 GenDG unvereinbar. Abweichendes mag nur dann gelten, wenn die gezielt zu untersuchende genetische Gesundheitsbeeinträchtigung zugleich eine Gesundheitsgefahr für die Mutter bedeutet, sprich: medizinische Gründe zu Gunsten der Mutter für eine Untersuchung angeführt werden, die zu Lasten des Embryos gehen (Wertung des § 218a Abs. 2 StGB). Hierbei müssen jedoch nach den obigen Darlegungen solche Gesundheitsgefahren für die Mutter ausgeblendet werden, die nicht durch die Behinderung als solche entstehen, sondern erst durch die qua PraenaTest ermöglichte Kenntniserlangung von einem nicht heilbaren genetischen Defekt des Kindes.

Affirmativ kann insoweit im Übrigen auf die Wertung des § 15 Abs. 1 Satz 2 GenDG verwiesen werden, der den Schutz ungeborenen Lebens gerade über eine Wissensbarriere

⁶² Vgl. auch Czerner (o. Fußn. 10), S. 788. Es ist lediglich umstritten, ob auch der Embryo in vitro („in der Petrischale“) mangels selbstständiger Lebenschance bereits uneingeschränkt Träger der Menschenwürde ist. Hierfür mit Recht Sacksofsky (o. Fußn. 24), S. 276 ff. Eine Abnahme des Würdeschutzes in umgekehrter Richtung mit Transfer wird hingegen nicht vertreten und erscheint aus hiesiger Sicht auch unvertretbar.

⁶³ Vgl. allgemein auch Deutscher Ethikrat, Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 62 ff., 103; Czerner (o. Fußn. 10), S. 787, m. zahlr. w. Nachw.; F. Hufen, Präimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht, MedR 2001, S. 440 (444, 449); J. Renzikowski, Die strafrechtliche Beurteilung der Präimplantationsdiagnostik, NJW 2001, S. 2753 (2757); U. Schroth, Die Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Strafrechts, NSTZ 2009, S. 233 (235); relativierend K. Faßbender, Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz, NJW 2001, S. 2745 (2749).

re betreffend die genetische Identität gewährleistet: Wird anlässlich einer vorgeburtlichen Untersuchung das Geschlecht eines Embryos oder Fötus festgestellt, darf dies der Schwangeren mit ihrer Einwilligung erst nach Ablauf der zwölften Schwangerschaftswoche mitgeteilt werden. Dies soll verhindern, dass ein Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 1 StGB zum Zwecke der Geschlechtswahl erfolgt.⁶⁴

PraenaTest ist – insoweit durchaus vergleichbar der PID⁶⁵ – ein gezieltes Instrument der Selektion. Ein Einsatz als Diagnostikmittel ist daher mangels medizinischen Anwendungszwecks mit § 15 GenDG unvereinbar.

III. Vereinbarkeit mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz

Das AGG dient zwar ausweislich seiner allgemeinen Zielbestimmung in § 1 der Beseitigung von Benachteiligungen auch wegen einer Behinderung. Der Anwendungsbereich des Gesetzes ist jedoch auf die in § 2 Abs. 1 AGG näher bezeichneten und thematisch umrissenen Felder begrenzt. In Betracht kommt allenfalls § 2 Abs. 1 Nr. 5 AGG, wonach eine Benachteiligung in Bezug auf „den Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste“ unzulässig ist. Sozialschutz meint die Gewährung von sozialen Leistungen. Soziale Leistungsrechte des ungeborenen Menschen mit Behinderung bleiben von der vorgeburtlichen Untersuchung indes unberührt. Auch nach der Geburt werden dem Betroffenen nicht wegen seiner Behinderung Leistungen vorenthalten. Dass die Schwangerschaft in der Regel auf Grund der Diagnose Trisomie 21 abgebrochen wird und daher keine sozialen Leistungen notwendig werden, wird von § 2 Abs. 1 Nr. 5 AGG nicht erfasst. Das AGG setzt einen benachteiligungsfähigen Rechtsträger voraus, geht aber ins Leere, wenn der Rechtsträger wegen eines Kriteriums nach § 1 AGG beseitigt wird. Verbotstatbestände des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots nach § 19 AGG greifen ebenfalls nicht.

Im Ergebnis ergeben sich daher aus dem AGG keine Anhaltspunkte, die für oder gegen die Zulässigkeit von PraenaTest sprechen.

IV. Notwendigkeit einer Anpassung des § 218a Abs. 1 StGB?

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist nicht die Tragfähigkeit des gesamten Regelungskonzepts der §§ 218 ff. StGB in Relation zu ESchG und GenDG. Zu prüfen ist allein ein Anpassungsbedarf des § 218a Abs. 1 StGB im Hinblick auf erweiterte diagnostische Verfahren. Hier soll unterstellt werden, dass PraenaTest – entgegen dem hier vertretenen Standpunkt – zulässigerweise als Diagnosemittel zum Einsatz käme. Hieraus ergäbe sich auch für die Anwendung der strafrechtlichen Bestimmungen über den Schwangerschaftsabbruch eine grundlegende Änderung: Bisher konnten medizinische Indikationen aus diagnostischen Gründen im Wesentlichen erst nach der 12. Schwangerschaftswoche entstehen. Mit dem Inverkehrbringen von PraenaTest wird dies bereits ab der 10. Schwangerschaftswoche möglich. Daher stellt sich die Frage, ob insoweit das Regelungskonzept des § 218a Abs. 1 StGB neu austariert werden müsste.

Die Zwölf-Wochen-Regelung des § 218a Abs. 1 Nr. 3 StGB folgt nicht bestimmten Erkenntnismöglichkeiten oder einer qualifiziert veränderten Entscheidungssituation der Mutter. Sie beruht vielmehr auf der – verfassungsrechtlich nicht unangreifbaren⁶⁶ – An-

⁶⁴ Eine Konfliktsituation nach § 218a Abs. 2 StGB, in der die Gesundheit der Mutter gefährdet wird, dürfte allein durch die Kenntnisaufnahme des Geschlechts des Kindes nur in außergewöhnlichen Sondersituationen überhaupt denkbar sein.

⁶⁵ Für diese *Sacksofsky* (o. Fußn. 24), S. 287; *Starck* (o. Fußn. 2), Art. 3 Rn. 421.

⁶⁶ Hierfür aber etwa *H. Dreier*, Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes, ZRP 2002, S. 377 (380).

nahme, dass der Schutz des Ungeborenen abzustufen sei, weil ein Schwangerschaftsabbruch in einem späteren Stadium moralisch zunehmend problematischer werde.⁶⁷ Legt man dieses asymmetrische Schutzkonzept zu Grunde, bestünde von vornherein kein Anlass, auf veränderte Diagnosemöglichkeiten zu reagieren. Denn die abgestufte Bewertung des Rechtsguts ungeborenes Leben in Relation zum Persönlichkeitsrecht der Mutter verändert sich nicht.

Zu bedenken ist freilich, dass ein ungeborenes Kind mit Trisomie 21 bislang auf den ersten Blick durch die medizinisch-technisch bedingte Unkenntnis der Mutter gegenüber einem Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 1 StGB weitgehend geschützt war. Wenn nun ein Diagnostikumittel das Vorliegen von Trisomie 21 vor der 12. Schwangerschaftswoche bestätigt, kann ein Schwangerschaftsabbruch ohne Vorliegen der qualifizierten Gründe des § 218a Abs. 2 StGB unter den eher formalen Voraussetzungen des Abs. 1 vorgenommen werden. Das Risiko des Ungeborenen, wegen einer Behinderung abgetrieben zu werden, erhöht sich damit. Dies allein stellt freilich noch nicht das Regelungsmodell des § 218a Abs. 1 StGB insgesamt in Frage, und zwar aus folgenden Gründen:

- Bereits jetzt ist es in der Regel praktisch möglich, bei einer Feststellung von Trisomie 21 nach der 12. Schwangerschaftswoche einen Güterkonflikt im Sinne des § 218a Abs. 2 StGB plausibel zu begründen,⁶⁸ weshalb das geltende Recht eine gezielte Abtreibung von Föten mit Behinderung auch im Spätstadium der Schwangerschaft praktisch nicht eingedämmt hat. Ungeachtet der normstrukturell unterschiedlichen Ansätze von § 218a Abs. 1 und Abs. 2 StGB dürfte sich an den tatsächlichen Folgen daher nichts Wesentliches ändern.
- PraenaTest stellt zwar einen gravierenden Einschnitt mit erheblicher Symbolwirkung zum Nachteil von Menschen mit Behinderung dar. Ungeachtet dessen geht es bislang nur um die punktuelle Erkenntnisweiterung in Bezug auf eine bestimmte – obschon faktisch sehr wichtige – genetisch bedingte Behinderung. Zu einer wesentlichen Änderung der tatsächlichen Rahmenbedingungen im Kontext von § 218a Abs. 1 StGB käme es erst, wenn auch andere Behinderungen systematisch vor der 12. Schwangerschaftswoche erkannt werden könnten.

Käme es mittelfristig hierdurch zu einer routinemäßigen Selektion, die sowohl den Schutzauftrag nach Art. 1 Abs. 1 Satz 2 i. V. mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG als auch das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG für Ungeborene mit Behinderung aushebeln würde, müsste der Gesetzgeber das – auf der Annahme praktischer Wirksamkeit des Schutzes beruhende – Konzept der §§ 218 ff. StGB anpassen. Namentlich die Fristenregelung des § 218a Abs. 1 Nr. 1 StGB würde in diesem Fall verfassungsrechtlich brüchig. Einem solchen – politisch gleichermaßen folgenreichen wie absehbar unerwünschten – Handlungszwang könnte der Gesetzgeber dadurch entgehen, dass er gendiagnostische Untersuchungen vor der 12. Schwangerschaftswoche untersagt oder – in Entsprechung der verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG – die Verwendung von gezielten Diagnosemitteln zur vorgeburtlichen Erkennung einer Behinderung beschränkt. Insoweit wäre § 15 GenDG zu ändern.

⁶⁷ Merkel (o. Fußn. 25), § 218a Rn. 75.

⁶⁸ Realistisch Böckenförde-Wunderlich (o. Fußn. 7), S. 196 f.

C. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich Folgendes festhalten:

- Das Verbot einer Benachteiligung von Menschen mit Behinderung aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG begrenzt die zulässigen Einsatzmöglichkeiten von PraenaTest, und zwar aus folgenden Gründen:
 - Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verpflichtet den Staat, Maßnahmen gegen eine gezielte Benachteiligung von Menschen mit Behinderung zu ergreifen. Eine Förderung diskriminierender Handlungen durch staatliche Instanzen ist unzulässig. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ist Ausprägung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), deren Schutz jedem Menschen, auch dem Ungeborenen, zukommt. Die Beseitigung eines Embryos/Fötus wegen einer diagnostizierten Behinderung ist auch eine entsprechende Benachteiligung.
 - Der Staat muss sich zwar die Entscheidung der Schwangeren, die Schwangerschaft wegen einer diagnostizierten Behinderung abubrechen, nicht unmittelbar zurechnen lassen, zumal im Rahmen des § 218a Abs. 1 StGB (sog. Fristenlösung) die Mutter nicht verpflichtet ist, Motive für ihre Entscheidung offen zu legen. Der Staat hat aber seine aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG folgende Verantwortung dadurch zu erfüllen, dass er mittels der von ihm verantwortete Gesetzgebung diagnostische Methoden hinreichend beschränkt, die zu einer selektiven Tötung von Embryonen/Föten wegen einer Behinderung eingesetzt werden können, sofern die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer solchen Verwendung besteht. Dies ist bezogen auf PraenaTest der Fall.
 - Eine Rechtfertigung der gezielten Benachteiligung von Menschen mit Behinderung entsprechend der Rechtsprechung des BVerfG zur sog. Fristenlösung im Recht des Schwangerschaftsabbruchs scheidet grundsätzlich aus. Eine solche Rechtfertigung wäre allenfalls möglich, wenn auf Grund der Behinderung schwerwiegende Nachteile für die Schwangere entstünden, wie sie § 218a Abs. 2 StGB verlangt. Im Fall von Trisomie 21 stehen keine somatischen Beeinträchtigungen der Gesundheit im Raum. Eine psychische Gesundheitsbeeinträchtigung, die dann auch somatische Folgen haben kann, kann zwar durch die Kenntnisnahme von der Behinderung ausgelöst werden. Diese Kenntnisnahme ist aber erst Folge der Anwendung von PraenaTest und kann daher nicht dessen Anwendung selbst rechtfertigen. Ein verfassungsrechtlich begründbarer Anspruch auf optimale Information über eine mögliche Behinderung steht der Mutter/den Eltern hingegen nicht zu.
 - Hieraus ergeben sich unmittelbare Rechtsfolgen für die Rechtsanwendung:
 - Eine Finanzierung der Anwendung von PraenaTest durch die Gesetzliche Krankenversicherung oder durch die Dienstherren im Rahmen der beamtenrechtlichen Beihilfe im Krankheitsfall ist im Hinblick auf die allgemeine Grundrechtsbindung (Art. 1 Abs. 3 GG) gemessen am insoweit unmittelbar anwendbaren Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG unzulässig.
 - Eine vertragliche Übernahme der Untersuchungskosten durch eine private Krankenversicherung erfolgt bei Vertragsauslegung nach § 242 BGB im Lichte von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht. Eine explizite Kostenübernahmevereinbarung wäre nach § 138 Abs. 1 BGB im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG sittenwidrig und damit nichtig.

- PraenaTest ist bei verfassungskonformer Interpretation nach Maßgabe von § 4 Abs. 1 Nr. 1 MPG wegen einer gezielten und gemessen an Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG unzulässigen Gefährdung der Sicherheit und Gesundheit Dritter (nämlich der Ungeborenen) nicht verkehrsfähig.
- PraenaTest ist bei verfassungskonformer Interpretation im Lichte von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG auch im Rahmen des § 15 Abs. 1 GenDG kein zulässiges Diagnosemittel. Denn die dort zugelassenen vorgeburtlichen Untersuchungen dienen ausschließlich medizinischen Zwecken. Da Trisomie 21 nicht heilbar ist und etwaige therapeutische Maßnahmen zur Minderung der Folgen einer Behinderung von vornherein erst nach der Geburt ansetzen können, dient der Einsatz von PraenaTest keinem Heilzweck und ist daher auch nicht medizinisch im Sinne des Gesetzes.

Eine solche enge Interpretation ist zum einen im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG geboten. Zum anderen entspricht sie dem dokumentierten Motiv des Gesetzgebers, durch eine enge Zweckdefinition im Rahmen des § 15 Abs. 1 GenDG gerade das ungeborene Leben zu schützen. Dass Kenntnisse aus einer vorgeburtlichen Untersuchung aus der Sicht der Gesetzgebers auch zum Anlass für einen Schwangerschaftsabbruch genommen werden können, bedeutet nicht, dass damit gezielte Methoden zur Diagnose einer Behinderung legalisiert worden sind.
- Das AGG findet keine Anwendung, sodass sich hieraus keine Folgerungen für den Einsatz von PraenaTest ableiten lassen.
- Die Zulässigkeit von PraenaTest hätte nicht automatisch zur Folge, dass die Fristenregelung des § 218a Abs. 1 StGB hinfällig würde.

(Prof. Dr. Klaus F. Gärditz)