

ELISABETH KAUPP

Rechtsfortbildung im Biomedizinrecht

*Studien zum
Medizin- und Gesundheitsrecht*

21

Mohr Siebeck

Studien zum Medizin- und Gesundheitsrecht

Herausgegeben von

Steffen Augsberg, Karsten Gaede, Jens Prütting

21



Elisabeth Kaupp

Rechtsfortbildung im Biomedizinrecht

Richterrecht zwischen medizinischem Fortschritt
und gesetzgeberischer Untätigkeit

Mohr Siebeck

Elisabeth Kaupp, geboren 1994; Studium der Rechtswissenschaft in München; Referendariat im OLG-Bezirk München; 2020–2021 Sozialgericht Augsburg; 2021–2024 Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften der Ludwig-Maximilians-Universität München; seit 2024 Akademische Rätin a. Z. ebenda; 2025 Promotion. orcid.org/0009-0008-1632-1032

Diss., Ludwig-Maximilians-Universität München, 2025

ISBN 978-3-16-164823-6/eISBN 978-3-16-164824-3

DOI 10.1628/978-3-16-164824-3

ISSN 2699-6855/eISSN 2699-6863 (Studien zum Medizin- und Gesundheitsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2025 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: Laupp & Göbel, Gomaringen.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Meiner Tochter

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2024/25 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Aktuelle Entwicklungen, Literatur und Rechtsprechung konnten bis September 2024 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt zuvörderst meinem Doktorvater und akademischen Lehrer Herrn Prof. Dr. *Jens Kersten*. Seine stetige Ermutigung und unermüdliche Förderung haben meine wissenschaftliche Entwicklung auf entscheidende Weise geprägt. Ohne sein Vertrauen und seinen beständigen Zuspruch hätte ich den Schritt aus der richterlichen Praxis zurück in die Wissenschaft wohl nicht mit derselben Entschlossenheit gewagt und meine Begeisterung für wissenschaftliches Arbeiten (wieder-)entdeckt.

Herrn Prof. Dr. *Andreas Spickhoff* danke ich für die freundliche Bereitschaft, das Zweitgutachten zu übernehmen, sowie dessen schnelle Erstellung.

Der wesentliche Teil dieser Arbeit ist während meiner Tätigkeit als Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Ludwig-Maximilians-Universität München entstanden. Meinen Kolleginnen *Sandra Drlje*, *Veronika Böhm*, *Luisa Griesbaum*, *Lena Köhn* und *Yue Zhou* danke ich herzlich für eine in jeder Hinsicht bereichernde und inspirierende Arbeitsatmosphäre, die von kollegialem Austausch, fachlicher Unterstützung und menschlicher Zugewandtheit geprägt war.

Gefördert wurde diese Arbeit durch ein Promotionsstipendium der Studienstiftung des Deutschen Volkes, für deren ideelle wie finanzielle Unterstützung ich überaus dankbar bin.

Für die freundliche Aufnahme in die Schriftenreihe danke ich Herrn Prof. Dr. *Steffen Augsberg*, Herrn Prof. Dr. *Karsten Gaede* und Herrn Prof. Dr. *Jens Prütting*.

Von Herzen danke ich außerdem meinen Eltern. Ihre liebevolle und zugewandte Erziehung hat den Grundstein für meine persönliche und berufliche Entwicklung gelegt. Sie haben mich auf vielfältige Weise begleitet, gestärkt und ermutigt. Ihre Unterstützung war und ist ein tragender Pfeiler meines Lebens. Mein Dank gilt außerdem meinen Schwestern, die mir seit ich denken kann immer zur Seite stehen und auf die ich mich uneingeschränkt verlassen kann.

Schließlich danke ich meinem Mann, der mich nicht nur während der Zeit meiner Dissertation, sondern schon so viele Jahre davor und meine gesamte juristische Ausbildung hindurch unermüdlich begleitet, unterstützt und entlastet hat.

Gewidmet ist diese Arbeit unserer wundervollen Tochter.

München, im Juni 2025

Elisabeth Kaupp

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
A. Einleitung	1
B. Grundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung	5
I. Richterliche Rechtsfortbildung vor dem Hintergrund von Gewaltenteilung und Kodifizierung	7
1. Grundsatz: Gewaltenteilung und Kodifizierung	7
2. Notwendigkeit richterlicher Rechtsfortbildung	9
3. Begriff der richterlichen Rechtsfortbildung	13
a) Trennbarkeit? Richterliche Auslegung und Rechtsfortbildung als Gegensätze	13
b) Auslegung als Rechtsfortbildung	16
c) Fazit	26
II. Voraussetzungen und Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung	27
1. Die Lücke als Voraussetzung für richterliche Rechtsfortbildung	27
a) Lücken de lege lata und de lege ferenda	28
b) Primäre und sekundäre Lücken	29
c) Rechtsfortbildung außerhalb von Lücken? – Gesetzesübersteigendes Richterrecht	30
2. Grenzen: Leitlinien zur Lückenfüllung	31
a) Gesetzesbindung und Gewaltenteilung als Ausgangspunkte	31
b) Kriterien für die Beurteilung richterlicher Rechtsfortbildung	34
c) Judizieren gegen gesetzgeberische Wertungen – Rechtsfortbildung contra legem?	38
III. Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassung	40
1. Eigenständigkeit der Verfassungsinterpretation	42
2. Methode der Verfassungsinterpretation	43
3. Richterliche Verfassungsfortbildung	47

4. Folgerungen für das Biomedizinrecht	50
IV. Zusammenfassung	51
C. Richterliche Rechtsfortbildung im Biomedizinrecht	53
I. Fortpflanzungsmedizinrecht in Deutschland	53
1. Entstehungsgeschichte des Embryonenschutzgesetzes	53
2. Embryonenschutzgesetz, gesellschaftliche Rezeption und biowissenschaftliche Revolution	57
a) Gesellschaftliche Rezeption	58
b) Biowissenschaftliche Revolution	63
3. Reformforderungen	66
II. Grundrechte	70
1. Europäische und internationale Vorgaben	70
a) Relevante Regelungen	71
aa) Europäische Grundfreiheiten	71
bb) Charta der Grundrechte der Europäischen Union	72
cc) EMRK	72
dd) Biomedizinkonvention	74
ee) UN-Konventionen	75
b) Heranziehung europäischen und internationalen Rechts im Rahmen der Auslegung	81
2. Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung	85
a) Verfassungsrechtliche Herleitung	85
b) Schutzbereich	90
c) Schranken	93
3. Konsequenzen für das Fortpflanzungsmedizinrecht	99
a) Grundrechte als Abwehrrechte	99
b) Staatlicher Regulierungsauftrag	99
c) Schranken: Grundrechte Dritter	101
aa) Rechte des Embryos – Der Status des Embryos in vitro	102
bb) Rechte des zu zeugenden Kindes – Der Status künftiger Menschen	109
(1) Das „Possible People“-Dilemma	110
(2) Das Kindeswohl	110
(3) Der Status künftiger Menschen	114
(4) Stellungnahme	119
cc) Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung	122
dd) Menschenwürde und körperliche Unversehrtheit von Leihmüttern und Eizellspenderinnen	125

(1) Körperliche Unversehrtheit	127
(2) Menschenwürde	130
ee) Schutz von Ehe und Familie	133
4. Grundrechte und Rechtsfortbildung	136
III. Zusammenfassung	138
D. Rechtsfortbildung im Embryonenschutzgesetz	141
I. Das Verbot der Post-mortem-Befruchtung	141
1. Gesetzliche Regelung und Schutzzweck	141
2. Rechtsprechung	145
a) Überblick	145
b) Herausgabe kryokonservierter 2-PN-Zellen an die Frau	146
aa) Überblick über den Sachverhalt	146
bb) Das Urteil des Landgerichts Neubrandenburg: Kein Herausgabeanspruch	147
cc) Oberlandesgericht Rostock	150
dd) Richterliche Rechtsfortbildung: Auslegung mit unterschiedlichem Ausgang	154
c) Herausgabe kryokonservierter 2-PN-Zellen an den Mann	156
aa) Überblick über den Sachverhalt	156
bb) Landgericht Freiburg (Breisgau)	157
cc) Oberlandesgericht Karlsruhe	158
dd) Richterliche Rechtsfortbildung: Auslegung mit knapper Begründung	159
d) Herausgabe kryokonservierter Samenzellen	162
aa) Überblick über die Sachverhalte	162
bb) Landgericht Traunstein	163
cc) Oberlandesgericht München	164
dd) Richterliche Rechtsfortbildung	168
ee) Landgericht Hamburg	169
ff) Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg	169
gg) Richterliche Rechtsfortbildung: Teleologische Reduktion	171
3. Zwischenergebnis	174
II. Verbot der Eizellspende	174
1. Gesetzliche Regelung und Schutzzweck	175
2. Rechtsprechung	180
a) Überblick	180
b) Sachverhalt	181
c) Amtsgericht Dillingen a. d. Donau	184

aa) Urteil: Unvermeidbarer Verbotsirrtum	184
bb) Rechtsfortbildung: Zurückhaltende Auslegung trotz „eklatanter juristischer Lücke“	187
d) Landgericht Augsburg	188
aa) Urteil: „Moderne Auslegung“	188
bb) Rechtsfortbildung: „Moderne Auslegung“ ohne Rücksicht auf den historischen Gesetzgeber	192
e) Bayerisches Oberstes Landesgericht	196
aa) Urteil: Strafbare Eizellspende	196
(1) Wortlaut	197
(2) Systematik	201
(3) Zwischenbemerkung: Uneindeutigkeiten	204
(4) Verfassungskonforme Auslegung?	205
(5) Taugliche Tathandlung	206
(6) Verbotsirrtum	208
bb) Rechtsfortbildung: Strenge Bindung an die lex lata	209
3. Zwischenergebnis	210
III. Präimplantationsdiagnostik	212
1. Entwicklung	212
2. Bundesgerichtshof	214
a) Überblick über den Sachverhalt	214
b) Landgericht Berlin	215
c) Bundesgerichtshof	217
3. Zwischenergebnis	219
a) Rechtsfortbildung	219
b) Reaktion des Gesetzgebers	222
IV. Zusammenfassung	224
E. Theorie richterlicher Rechtsfortbildung im Biomedizinrecht	227
I. Folgen richterlicher Rechtsfortbildung im Biomedizinrecht	227
1. Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung	227
2. Rechtsunsicherheit	229
a) Folgen für Reproduktionsmedizinerinnen und -mediziner	229
b) Folgen für Betroffene mit Kinderwunsch	232
II. Reaktionsmöglichkeiten	236
1. Ausgangssituation: Medizinischer Fortschritt und veraltetes Recht	236
2. Gesetzgeberische Untätigkeit und veraltete Gesetze: Sonderfälle der Rechtsfortbildung?	239
a) Sekundäre Lücken und Uneindeutigkeiten	239

b) Bindung an veraltete Gesetze	242
aa) Das Dilemma der Rechtsprechung	242
bb) Gesetzgeberische Untätigkeit – Handlungsalternativen?	246
(1) Die anderen Gewalten	247
(2) Rechtsschutz gegen gesetzgeberisches Unterlassen	248
(a) Normenkontrolle	249
(b) Verfassungsbeschwerde	252
(3) Instrumente direkter Demokratie und Petitionsrecht	255
(4) Fazit	256
cc) Aufhebung oder Lockerung der Gesetzesbindung?	257
c) Fazit	262
III. Zusammenfassung	263
F. Ausblick	265
I. Ausblick auf zukünftige Entwicklungen	265
II. Mögliche Lösungswege	265
1. Schaffung eines umfassenden und modernen Fortpflanzungsmedizingesetzes	266
2. Mögliche Regelungsalternativen	268
3. Praktische Umsetzbarkeit	269
III. Zusammenfassung	273
G. Fazit und Thesen	275
I. Zur richterlichen Rechtsfortbildung im Allgemeinen	276
II. Zur richterlichen Rechtsfortbildung im Biomedizinrecht	277
III. Zur richterlichen Rechtsfortbildung im Embryonenschutzgesetz	279
IV. Zu den Folgen richterlicher Rechtsfortbildung	279
V. Zum Ausblick und zu den Reformvorschlägen	280
Glossar	283
Literaturverzeichnis	285
Sachverzeichnis	313

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
AME-FMedG	Augsburg-Münchner-Entwurf für ein Fortpflanzungs- medizingesetz
AöR	Archiv des Öffentlichen Rechts
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
Arch Gynecol	Archives of Gynecology and Obstetrics
Az.	Aktenzeichen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BeckOGK	Beck'scher Online-Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BMK	Biomedizinkonvention des Europarates
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BV	Verfassung des Freistaates Bayern
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
CRC	Convention on the Rights of the Child
CRPD	Convention on the Rights of Persons with Disabilities
DB	Der Betrieb
DERI	Deutsches Register für Insemination
Dev World Bioethics	Developing World Bioethics
DIR	Deutsches IVF-Register
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung

DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)
ESchG	Embryonenschutzgesetz
et al.	et alii/et aliae
Ethik Med	Ethik in der Medizin
ETS	European Treaty Series
EUV	Vertrag über die Europäische Union
FamRB	Familien-Rechtsberater
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAS	Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
FPR	Familie Partnerschaft Recht
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GenDG	Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz)
GesR	Gesundheitsrecht
GO	Gemeindeordnung
GOBT	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GuP	Gesundheit und Pflege
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber(in)
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
ICSI	Intrazytoplasmatische Spermieninjektion
IVF	In-vitro-Fertilisation
JA	Juristische Ausbildung
JFR	Journal of Family Research
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LG	Landgericht
m.umf.N.	mit umfangreichen Nachweisen

m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
medstra	Zeitschrift für Medizinstrafrecht
MüKo	Münchener Kommentar
n.v.	nicht veröffentlicht
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
o. V.	ohne Verfasser(in)
OHSS	ovarielles Überstimulationssyndrom
OLG	Oberlandesgericht
p.	page
PID	Präimplantationsdiagnostik
PPmP	Psychotherapie Psychosomatik Medizinische Psychologie
r + s	Recht und Schaden
RdA	Recht der Arbeit
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
s.d.	siehe dort
SaRegG	Gesetz zur Errichtung eines Samenspenderregisters und zur Regelung der Auskunftserteilung über den Spender nach heterologer Verwendung von Samen (Samenspenderregister- gesetz)
SGG	Sozialgerichtsgesetz
StAZ	Das Standesamt
StGB	Strafgesetzbuch
stRSpr.	ständige Rechtsprechung
StV	Strafverteidiger
TPG	Transplantationsgesetz
TPG-GewV	TPG-Gewebeverordnung
UN	United Nations
UNTS	United Nations Treaty Series
Verf.	Verfasser(in)
VersR	Versicherungsrecht
Vorb.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WissR	Zeitschrift für deutsches und europäisches Wissenschafts- recht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht
ZfP	Zeitschrift für Politik

ZfPW

Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft

ZG

Zeitschrift für Gesetzgebung

zit.

Zitiert

ZPO

Zivilprozessordnung

ZRP

Zeitschrift für Rechtspolitik

ZZP

Zeitschrift für Zivilprozess

A. Einleitung

In kaum einem anderen Rechtsgebiet klaffen die Realität in Form der tatsächlichen Möglichkeiten der (Fortpflanzungs-)Medizin und die gesetzliche Regelung so weit auseinander wie im Biomedizinrecht.¹ Das in vielen Fällen maßgebliche Embryonenschutzgesetz (ESchG) geht auf Entwürfe aus den 1980er Jahren zurück. Seit seinem Erlass im Jahr 1990 gab es keine wesentlichen Änderungen. 2001 wurde das in § 12 Abs. 2 ESchG vorgesehene Bußgeld von Mark in Euro angepasst,² die erste und bisher einzige inhaltliche Änderung erfolgte 2011 durch die Einfügung eines neuen § 3a zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik.³ Die Medizin dagegen macht beinahe täglich Fortschritte, die vor 30 Jahren teilweise nicht einmal im Ansatz vorhersehbar waren. Trotz kontinuierlicher Forderungen von Wissenschaft und Rechtsprechung, ein „modernes“ Fortpflanzungsmedizinrecht zu schaffen, ist der Gesetzgeber bisher untätig geblieben. Durch die so entstandene Diskrepanz zwischen immer neuen medizinischen Möglichkeiten einerseits und veralteter gesetzlicher Regelung andererseits befinden sich die Richterinnen und Richter, die das Recht anwenden sollen, in einer schwierigen Lage. Ihnen obliegt es, die neuen Sachverhalte und das alte Recht in Einklang zu bringen. Dabei kommt häufig das Institut der richterlichen Rechtsfortbildung ins Spiel. Die Gerichte bilden das Recht fort, indem sie es in bestimmter Weise auslegen, ergänzen oder für nicht anwendbar erklären.⁴ Diese Untersuchung beleuchtet das besondere Spannungsverhältnis zwischen Grundrechten, medizinischem Fortschritt, veraltetem Recht und richterlicher Rechtsfortbildung im Biomedizinrecht, genauer im Fortpflanzungsmedizinrecht. Die Analyse ausgewählter Regelungen des ESchG offenbart, wo und wie die Richterinnen und Richter das Recht fortbilden, welchen Grenzen sie dabei unterliegen und welche Probleme durch die Rechtsfortbildung entstehen können. Es wird aufgezeigt, dass bei bewusster Untätigkeit des Gesetzgebers Brüche im rechtsstaatlichen Gefüge entstehen, die verfassungsrechtliche Grundprinzipien wie das der Gewaltenteilung

¹ Vgl. zum Begriff des Biomedizinrechts *Zuck*, MedR 2008, 57.

² Aches Euro-Einführungsgesetz vom 23.10.2001, BGBl. I S. 2702, 2705.

³ Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik vom 21.11.2011, BGBl. I S. 2228, siehe hierzu ausführlich unten S. 222 ff.

⁴ Vgl. zu dem dieser Arbeit zugrunde liegenden Begriffsverständnis unten S. 13 ff.

in Frage stellen. Insbesondere bei ethisch und moralisch aufgeladenen Regelungsgegenständen, deren Beurteilung über Parteigrenzen hinweg höchst unterschiedlich ausfällt, fehlt es zusätzlich an effektiver demokratischer Steuerung durch Wahlentscheidung. So entsteht eine Gemengelage, in der sich Richterinnen und Richter in der schwierigen Situation wiederfinden, zwischen veraltetem Recht, moderner Medizin, im Wandel begriffenen gesellschaftlichen Wertvorstellungen und entwicklungs-offenen Grundrechten „Recht“ zu sprechen. Dabei gerät insbesondere der Gewaltenteilungsgrundsatz ins Visier: Gilt er auch dann uneingeschränkt, wenn eine Gewalt ihre verfassungsrechtlichen Aufgaben nicht erfüllt? Müssen in diesen Fällen Abstriche gemacht werden, indem die Judikative gewissermaßen für den Gesetzgeber „einspringt“? Oder wäre damit niemandem, weder den Betroffenen und schon gar nicht dem Rechtsstaat, geholfen? Egal, in welche Richtung die Entscheidung ausfällt: Es werden Brüche im Verfassungsstaat offenbar. Diesen zu begegnen, ist ein schwieriges Unterfangen. Für eine rechtsstaatliche Demokratie unverzichtbare Grundprinzipien treffen in dieser speziellen Konstellation so ungünstig mit äußeren Gegebenheiten zusammen, dass eine dilemmatische Situation des Stillstandes entsteht. Deren Auflösung ist mit großen Herausforderungen verbunden. Ist es angemessen, in solchen Fällen von zentralen Grundsätzen wie der Gewaltenteilung Ausnahmen zu machen, oder gibt es andere Lösungswege? Muss man vielleicht sogar schlicht akzeptieren, dass nichts anderes bleibt, als den Gesetzgeber fortgesetzt an seine Pflichten zu erinnern und die vorhandenen, wenig effektiven Möglichkeiten des Rechtsschutzes und der demokratischen Teilhabe so gut wie eben möglich zu nutzen?

Um sich diesen Fragestellungen zu nähern, steht am Beginn der Arbeit zunächst eine allgemeine Einführung in die Grundlagen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung (B.). Anschließend wird das spezielle Spannungsfeld genauer untersucht, in dem richterliche Rechtsfortbildung im Biomedizinrecht erfolgt (C.). Zwischen Grundrechten, medizinischem Fortschritt und veraltetem Recht ergeben sich besondere Herausforderungen. Für deren Analyse erfolgt zunächst ein Überblick über das bestehende Fortpflanzungsmedizinrecht in Deutschland und vor allem das ESchG (C.I.). Besonderes Augenmerk liegt auf der Darstellung der Entstehungsgeschichte und den Regelungen dieses Gesetzes, seiner gesellschaftlichen Rezeption, der Reaktion der Betroffenen sowie seinem Verhältnis zur biowissenschaftlichen Revolution. Da das Fortpflanzungsmedizinrecht in der Vergangenheit nicht mit medizinischem Fortschritt und gesellschaftlichem Wandel Schritt gehalten hat, bestehen seit langem Reformforderungen, die ebenfalls vorgestellt werden. Maßgeblich ist weiterhin die Rolle der Grundrechte bei richterlicher Rechtsfortbildung im Biomedizinrecht (C.II.). Besondere Bedeutung kommt dabei dem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung zu. Es folgt die vertiefte Darstellung, Analyse und Kritik der Erscheinungsfor-

men und Probleme richterlicher Rechtsfortbildung im Biomedizinrecht anhand verschiedener Beispiele aus der Rechtsprechung (D.). Weiter zeigt diese Arbeit auf, welche Folgen richterliche Rechtsfortbildung haben kann und welche Reaktionsmöglichkeiten bei gesetzgeberischer Untätigkeit bestehen, und entwirft so eine Theorie richterlicher Rechtsfortbildung im Biomedizinrecht (E.). Der letzte Teil schließlich enthält einen Ausblick auf mögliche Änderungen *de lege ferenda* und deren praktische Umsetzbarkeit (F.). Eine Sammlung zusammenfassender Thesen (G.) sowie ein Glossar (H.) runden die Untersuchung ab.

B. Grundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung

Die Frage, wie weit eine Richterin oder ein Richter in ihrem oder seinem Urteil gehen darf, wo die Grenzen richterlicher Befugnisse liegen und wer diese festlegt, ist in ihrem Kern so alt wie die Rechtsprechung selbst. Besondere Beachtung hat die Diskussion spätestens mit den modernen großen Kodifikationen und der (Weiter-)Entwicklung des Konzepts der Gewaltenteilung im Zeitalter der Aufklärung gewonnen¹ – wohl bekannt ist das oft zitierte Bild Montesquieus vom Richter als „Mund“, der das Gesetz ausspricht:

„Die Richter des Volks jedoch sind, wie wir oben sagten, nur der Mund, der die Worte des Gesetzes ausspricht; unbeseelte Wesen, die weder seine Geltung abschwächen noch seine Härte mildern können.“²

Und einige Jahre später schrieb der italienische Rechtsphilosoph Cesare Beccaria:

„Nichts ist gefährlicher als der Gemeinsatz: man muß den Geist des Gesetzes und nicht seinen Buchstaben befragen und zu Rathe ziehen.“³

Richterrecht und richterliche Rechtsfortbildung waren zu allen Zeiten Gegenstand intensiver Diskussionen in der Rechtswissenschaft⁴ und sind es noch heute. Es kann daher kaum überraschen, dass die einschlägigen Publikationen bibliotheksfüllend sind. Allerdings erfolgt bereits die Verwendung der Begrifflichkeiten nicht einheitlich. „Richterrecht“ und „richterliche Rechtsfortbildung“ werden schon als solche und auch in Abgrenzung zueinander unterschiedlich definiert.⁵

¹ Vgl. zur Geschichte der Idee der Gewaltenteilung nur *Sommermann*, in: Huber/Voßkuhle, GG, Art. 20 Rn. 199 ff. m. w. N.

² Zitiert nach der Übersetzung von *Heydte: Montesquieu, Vom Geist der Gesetze*, S. 137; im Original: „Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des Êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.“, *Montesquieu, De l'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI.

³ *Beccaria*, Abhandlung über Verbrechen und Strafe; zitiert nach der Übersetzung von *Bergk*, Des Marchese Beccaria's Abhandlung über Verbrechen und Strafen, S. 80.

⁴ Vgl. vertiefend insbesondere zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert *Ogorek*, Aufklärung über Justiz/2: Richterkönig oder Subsumtionsautomat?.

⁵ Vgl. zur Definition der Begrifflichkeiten in dieser Arbeit unten S. 13 ff.

Zudem beschränkt sich die Auseinandersetzung mit dem Thema nicht auf juristische Fachkreise. Aus jüngerer Zeit sei nur auf eine in den Jahren 2006 und 2007 geführte Kontroverse über die Gesetzesbindung der Richterinnen und Richter, die Methode der Gerichte und Folgen einer Lockerung der Gesetzesbindung verwiesen, die ihren Ausgangspunkt in teils aufeinander bezogenen Beiträgen in Fachzeitschriften genommen hat.⁶ Im weiteren Verlauf wurden aber auch Artikel in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung⁷ und mehrere Leserbriefe hierzu⁸ veröffentlicht. Hinzu kommt, dass eine Beschäftigung mit richterlicher Rechtsfortbildung gerade in der Bundesrepublik auch immer vor dem Hintergrund eines zeithistorischen Bewusstseins erfolgen sollte. In Deutschland kam es in der jüngeren Geschichte innerhalb kurzer Zeit mehrfach zu einem umfassenden Wandel der geltenden Rechtsordnung nicht nur durch gesetzgeberische, sondern maßgeblich auch durch richterliche Tätigkeit⁹ – besonders einschneidend in der nationalsozialistischen Diktatur und Gewaltherrschaft.¹⁰

Eine umfassende Auseinandersetzung mit der richterlichen Rechtsfortbildung in allen ihren Details, und sei es nur in Reflexion der neueren Literatur und Rechtsprechung, würde den Rahmen dieser Arbeit in jeder Hinsicht sprengen. Neben einer Definition des Begriffs der richterlichen Rechtsfortbildung und der Ausarbeitung von Kriterien für die Beurteilung ihrer Zulässigkeit soll deshalb durch die Konzentration auf einen bestimmten Bereich des Rechts – das Biomedizinrecht, genauer das Fortpflanzungsmedizinrecht – die Aufmerksamkeit auf einen speziellen, in diesem Kontext besonders deutlich zu Tage tretenden, aber nicht auf ihn beschränkten Aspekt richterlicher Rechtsfindung gelenkt werden: den Umgang der Gerichte mit veraltetem Recht. Wie gehen Richterinnen und Richter in der Praxis mit einem Recht um, das nach nahezu einhelliger Meinung hoffnungslos veraltet ist?¹¹ Wird hier richterliche Rechtsfortbildung betrieben und wenn ja: Ist diese zulässig? Wo liegen die Grenzen, die unsere Verfas-

⁶ Zunächst wohl *Rüthers*, JZ 2006, 53 (neben weiteren ähnlichen Veröffentlichungen) und *Hirsch*, ZRP 2006, 161; vgl. auch *Hassemer*, ZRP 2007, 213, 213 f.; im weiteren Verlauf *Hirsch*, JZ 2007, 853; *Durner*, JA 2008, 7; *Kriele*, ZRP 2008, 51; *Rüthers*, ZRP 2008, 48.

⁷ *C. Möllers*, FAZ, Nr. 249, 26.10.2006, S. 37; *Rüthers*, FAZ, Nr. 300, 27.12.2006, S. 31.

⁸ Vgl. bspw. *Jeep*, FAZ, Nr. 262, 10.11.2006, S. 21; *Kloke*, FAZ, Nr. 262, 10.11.2006, S. 21; *Ullmann*, FAZ, Nr. 262, 10.11.2006, S. 21; *Kiechle*, FAZ, Nr. 278, 29.11.2006, S. 8; *Papsthart*, FAZ, Nr. 278, 29.11.2006, S. 8.

⁹ *Rüthers* benennt – je nach Zählweise – sechs oder sieben Sozial-, Verfassungs- und Rechtsordnungen in den 70 Jahren zwischen 1919 und 1989, mindestens viermal waren die Verfassungsumbrüche ihm zufolge so radikal, „daß das jeweils neue System die bewußte und totale Umkehr aller bisher gültigen Werte anstrebte“, *Rüthers*, JZ 2002, 365, 366 f.; siehe auch *Rüthers*, JZ 2006, 53, 54 ff.

¹⁰ Grundlegend zur Aufarbeitung *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung.

¹¹ Vgl. ausführlich hierzu unten S. 66 ff.

sungsordnung dem Richterrecht setzt? Sind diese Grenzen bei einem veralteten Gesetz möglicherweise an anderer Stelle zu ziehen als bei Gesetzen, die sich „auf der Höhe ihrer Zeit“ befinden? Spielt es dabei eine Rolle, wie sich der Gesetzgeber verhält – ob er also beispielsweise eine dringend notwendige Reform trotz teils jahrzehntelanger Kenntnis der Reformbedürftigkeit und Anerkennung letzterer immer weiter aufschiebt? Und welche Bedeutung haben in diesem Zusammenhang die grundrechtlichen Schutzpflichten und ein möglicher aus den Grundrechten abgeleiteter staatlicher Regulierungsauftrag?

Um diese Fragen zu beantworten, ist zunächst ein kurzer Blick auf die Grundlagen der richterlichen Rechtsfortbildung unerlässlich, jedoch konzentriert auf die zentralen Aspekte, die für die aufgeworfenen Fragen von besonderem Interesse sind (B.), bevor dann das Biomedizinrecht und die Problematik veralteten Rechts in den Vordergrund rücken können.

I. Richterliche Rechtsfortbildung vor dem Hintergrund von Gewaltenteilung und Kodifizierung

Die Fragen nach der Legitimität und den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung entzündeten sich im Kern an zwei Grundpfeilern unserer Verfassungs- und Rechtsordnung: erstens der Gewaltenteilung und zweitens der Entscheidung für ein weitgehend kodifiziertes Recht. Aus der Kombination dieser beiden Determinanten lassen sich zentrale Folgerungen für das Verhältnis von Gerichten und Gesetzgeber und damit die Grundlagen der Problematik der richterlichen Rechtsfortbildung ableiten.

1. Grundsatz: Gewaltenteilung und Kodifizierung

Als grundlegendes Prinzip eines jeden Rechtsstaats gehört die Gewaltenteilung auch in Deutschland zu den tragenden Verfassungsprinzipien.¹² Sie ist in Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 und Art. 1 Abs. 3 GG verankert¹³ und somit von der „Ewigkeitsgarantie“ (Art. 79 Abs. 3 GG) erfasst. Das Prinzip der Gewaltenteilung und insbesondere seine Umsetzung in unserer Verfassungsordnung birgt viele offen diskutierte Fragen, etwa zur Zulässigkeit der Gewaltenverschränkung, zur Kern-

¹² Vgl. *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 20 V Rn. 16; *Sommermann*, in: Huber/Voßkuhle, GG, Art. 20 Rn. 207; für eine umfassende, auch historische Auseinandersetzung mit der Rechtsprechungsfunktion im gewaltenteilenden System des Grundgesetzes *Guttner*, Rechtsprechung und Vertrauensschutz, S. 277 ff.

¹³ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 67.

bereichslehre¹⁴ oder zur horizontalen und vertikalen Gewaltenteilung.¹⁵ Um das unserer Verfassungsordnung zugrundeliegende Verständnis des Verhältnisses von Legislative und Judikative in seinen Grundzügen zu beschreiben, genügt jedoch die Orientierung an der klassischen Theorie der dreigliedrigen Gewaltenteilung. Der Legislative als gesetzgebende Gewalt kommt vorrangig die Aufgabe zu, „abstrakt-generelle[.] Norm[en] in der Art eines typischen Gesetzes“¹⁶ zu setzen. Die Rechtsprechung – Judikative – ist den Gerichten anvertraut (Art. 92 GG), die dabei an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) beziehungsweise an das Gesetz (Art. 97 Abs. 1 GG) gebunden sind.¹⁷ Die Rechtssetzung kommt demnach der Legislative als deren ureigenste Aufgabe zu, nicht der Judikative. Dieser wiederum obliegt grundsätzlich die „verbindliche Feststellung bestrittenen, bezweiferten oder gefährdeten Rechts im Einzelfall durch eine vom Staat berufene, selbständige und unabhängige Stelle“.¹⁸ Dies bedeutet freilich nicht, dass die Richterinnen und Richter das Recht niemals fortbilden dürfen – dazu jedoch sogleich. Die zweite Grundentscheidung ist die für eine weitgehende Kodifikation unseres Rechts. In Abgrenzung insbesondere zum Rechtskreis des Common Law, der maßgeblich auch auf Präzedenzfällen und damit Fallrecht beruht, herrscht in Kontinentaleuropa das Civil Law vor, das vorrangig auf Kodifikationen setzt.¹⁹ Richterrecht spielt also in der Konzeption des Common Law von vornherein eine völlig andere Rolle, die als „im Verhältnis zum Gesetzgeber [...] systemtragend“²⁰ beschrieben wurde. Sind die Rechtsregeln einer Gesellschaft in mehr oder weniger umfassenden Kodices niedergelegt, tritt die richterliche Rechtsfortbildung neben diese und bisweilen in Konkurrenz oder gar Widerspruch zu ihnen. Mit wenigen Ausnahmen²¹ werden in der Bundesrepublik mittlerweile die meisten Rechtsgebiete durch mehr oder weniger umfassend gesetztes Recht geregelt. Zugleich gibt es einen ebenfalls mehr oder weniger umfassen-

¹⁴ Vgl. weiterführend *Wilke*, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR V, § 112 Rn. 8 m. w. N.

¹⁵ Vgl. weiterführend *Di Fabio*, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR II, § 27 Rn. 11 ff. m. w. N.

¹⁶ *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 20 V Rn. 96 unter Berufung auf BVerfGE 95, 1, 15 ff.

¹⁷ Vgl. zum Zusammenhang von Kodifikation und Gesetzesbindung *Hassemer*, ZRP 2007, 213, 214.

¹⁸ *Weber*, Rechtswörterbuch, Rechtsprechende Gewalt; ähnlich *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 20 V Rn. 98; die Definition der Rechtsprechung ist umstritten.

¹⁹ Diese Darstellung ist vereinfachend, wie groß die Unterschiede zwischen beiden Rechtssystemen tatsächlich sind, ist nicht ohne Weiteres zu beantworten; vgl. hierzu die Beiträge in *Bersier/Bezemek/Schauer* (Hrsg.), Common Law – Civil Law.

²⁰ *Häcker*, ZEuP 2023, 10, 17, die demgegenüber im Civil Law von einer „bloß-ausfüllend[en]“ Rolle des Richterrechts im Verhältnis zum Gesetzgeber spricht.

²¹ Namentlich etwa das Arbeitsrecht, siehe hierzu nur *Fischinger*, in: MHdB ArbR I, § 5 Rn. 1 ff.

den Fundus an Rechtsprechung zu verschiedenen Einzelfällen. Durch dieses grundsätzliche Nebeneinander von gesetztem Recht auf der einen und Rechtsprechung hierzu auf der anderen Seite kommt es in Kombination mit dem klassischen Ideal der Gewaltenteilung zwangsläufig zu Konflikten um die trennscharfe Abgrenzung der Kompetenzen. Besonders im Fokus steht dabei die Fortbildung des Rechts durch Richterinnen und Richter.

2. Notwendigkeit richterlicher Rechtsfortbildung

Richterliche Rechtsfortbildung ist in einem Rechtsstaat grundsätzlich notwendig und auch legitim. In einem kodexbasierten Rechtssystem lässt sich dies aus dem Zusammenspiel der folgenden drei Grundsätze ableiten. Erstens: Es gibt keine vollständige Kodifizierung. Zweitens: Kodices sind nicht fehlerfrei. Drittens: Richterinnen und Richter müssen vor sie gebrachte Rechtsstreitigkeiten entscheiden. Zur ersten Feststellung, es gibt keine vollständige Kodifizierung: Selbst bei allergrößter Anstrengung wird es dem Gesetzgeber niemals gelingen, seine Gesetze so umfassend zu formulieren, dass sie noch eine sinnvolle Regelung enthalten und gleichzeitig alle tatsächlich auftretenden Fälle erfassen und regeln.²² Das verhindert allein schon die stetige (Weiter-)Entwicklung unserer Welt.²³ Aber auch wenn man solche neuen Entwicklungen außer Acht lässt, ist ein perfektes Gesetz nicht mehr als eine Utopie. Eine tatsächlich eintretende Situation, die zu einem Rechtsstreit führt, wird von einer Vielzahl von Variablen bestimmt, die häufig rein zufällig und nicht zuverlässig vorhersagbar sind, sodass es schlicht unmöglich ist, alle denkbaren Konstellationen zu erfassen und zu regeln. Man stelle sich nur einen Autounfall vor: Die ihn bestimmenden Faktoren reichen von der Person und Anzahl der Unfallbeteiligten über die Bauart, das Alter und den technischen Zustand der Fahrzeuge, das Verhalten der Mitinsassen der Fahrzeuge, den Zustand der Straße, das Wetter, technische Ausfälle an Verkehrsanlagen, medizinische Notfälle bei Unfallbeteiligten bis hin zum Verhalten

²² Vgl. nur *Gusy*, DÖV 1992, 461, 461 f.; *Hassemer*, ZRP 2007, 213, 214 f.; *P. Kirchhof*, in: Richterliche Rechtsfortbildung, S. 10, 27 f.; *Langenbacher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 24; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 187; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 822; siehe auch BVerfGE 34, 269, 287: „Eine solche Auffassung würde die grundsätzliche Lückenlosigkeit der positiven staatlichen Rechtsordnung voraussetzen, ein Zustand, der als prinzipielles Postulat der Rechtssicherheit vertretbar, aber praktisch unerreichbar ist.“; zur rechtspositivistischen Gegenansicht u. a. *Kelsens*, die die Lückenhaftigkeit des Gesetzes ablehnt, *Kramer/Arnet*, Juristische Methodenlehre, S. 212 ff.; gegen die Annahme von der Lückenhaftigkeit des Gesetzes auch *Hillgruber*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 97 Rn. 69.

²³ Vgl. zu solchen „nachträglichen“ Lücken auch *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 817.

anderer Verkehrsteilnehmer und noch vielen weiteren. Alle diese Eventualitäten und ihre jeweiligen Kombinationen mit einem Gesetz so abzudecken, dass ein Richter oder eine Richterin nach der Klärung des Sachverhalts nichts weiter tun müsste, als die passende Regelungsvariante aus dem Gesetz herauszusuchen und so einen sinnvollen und dem Einzelfall angemessenen Richterspruch zu erhalten, wäre angesichts der unzähligen denkbaren Varianten nicht nur äußerst unpraktisch, sondern ist schlicht unmöglich. *Oskar von Bülow* beschrieb dies 1885 wie folgt:

„Tag für Tag spottet das wirkliche Leben der gesetzgeberischen Voraussicht. Immer und immer wieder lehrt seine unerschöpfliche Mannigfaltigkeit, wie vermessen die Hoffnung wäre, der Gesetzgeber könne alles, was die Zukunft bringen wird, überblicken, vorbedenken und in seine starren, toten Regeln zwingen.“²⁴

Kodifiziertes Recht ist also notwendig unvollständig.

Zum zweiten Grundsatz – Kodices sind nicht fehlerfrei. Wie in allen Lebensbereichen gilt auch bei der Gesetzgebung die Einsicht, dass überall dort, wo Menschen arbeiten, Fehler passieren. Selbst bei größtmöglicher Anstrengung lassen sich Fehler oder Unzulänglichkeiten schlicht und ergreifend nicht immer verhindern. Das kann zum einen mit der soeben geschilderten unendlichen Vielzahl von Fallkonstellationen zusammenhängen. Auch wenn man die notwendige Unvollständigkeit von Kodifizierungen anerkennt, geht die Erwartung an den Gesetzgeber und auch sein eigenes Ziel doch in der Regel dahin, zumindest häufiger auftretende Fälle zu bedenken und bei der Regelung zu berücksichtigen. Doch selbst das gelingt oft nicht, da immer noch sehr viele Faktoren einbezogen werden müssen. So gehört es zu den häufigeren Kritikpunkten an neuen Regelungen und Gesetzentwürfen, dass diese oder jene Fallgestaltung nicht bedacht wurde. Gesetzesänderungen können auch unabsichtlich eine bisher praktisch gut funktionierende Lösung unmöglich machen, schlicht, weil an die Auswirkungen der Neuregelung auf diese nicht gedacht wurde.²⁵ Und Fehler passieren auch an anderen Stellen: Neue Gesetze widersprechen Wertungen in anderen Gesetzen oder sind vielleicht sogar in sich unschlüssig. Die konsequente Anwendung eines Gesetzes führt zu Ergebnissen, die dem Zweck des Gesetzes und der ausdrücklich dokumentierten Intention des Gesetzgebers klar widersprechen, Gesetze stehen im Konflikt zu verfassungs- oder europarechtlichen Regelungen – die Aufzählung ließe sich fortsetzen. Diese Feststellungen sollen keine Fundamentalkritik am Gesetzgeber sein, ganz im Gegenteil. Wie schon zu Anfang dieses Absatzes erwähnt, ist stets fehlerfreies Arbeiten jedenfalls dem Menschen nicht möglich – selbst bei größter Anstrengung. Natürlich enthält auch bei Weitem

²⁴ *Bülow*, Gesetz und Richteramt, S. 30.

²⁵ Vgl. dazu *Lackner*, in: Richterliche Rechtsfortbildung, S. 39, 39.