

Ancilla Iuris

Ermächtigung durch Technik?

Zum Umgang mit Technikoptionen im liberal-demokratischen Rechtsstaat am Beispiel der Eizellkonservierung

Empowerment through technology?

How to deal with technology options in the liberal-democratic state – the example of egg cell preservation

Vagias Karavas*

Translated by Jacob Watson

In the future, a woman who registers for law or medical school—and knows ahead of time that she will spend her prime baby-making years in the trenches—would ask for loans for tuition and egg freezing at the same time. Or she might ask a boyfriend who wants to wait a few years to start a family to pony up for the procedure. In either scenario, she would assume control of her fertility from the outset, rather than freeze her eggs as a frenzied reaction to her life’s not having unfolded the way she imagined.¹

I.

EINLEITUNG: FALSCHER FRONTEN

Liest man Robertson’s² Aufsatz über die Frage der Eizellkonservierung gemeinsam mit Goolds³ Replik darauf, stellt man fest, dass beide zwar das Ermächtigungspotential der Technik grundsätzlich anerkennen, über deren unbeabsichtigte Folgen hingegen uneinig sind. Während Robertson die Befürchtung äussert, dass diese Technologie seitens der Frauen als „Erlösungs-“ statt als eine bloss optionenerweiternde Technik (infolge eines – im marxistischen Sinne – „falschen Bewusstseins“ der Frauen?) „missverstanden“ wird⁴ und dass sie ferner zu einer marktbedingten Entfremdung der betroffenen Frauen von ihrem eigenen genetischen Material (infolge „falscher Anreize“?) führen könnte,⁵ behauptet Goold, dass eine Option eine Option, d.h. eine Wahl zwischen besseren oder schlechteren Alternativmöglichkeiten ist, deren verantwortungsbewusste Wahrnehmung, wie es sich in liberalen Rechtsstaaten gehört, den autonomen und selbstbestimmten Bürgerinnen allein anvertraut wird.⁶ Punkt. Schluss!

Anbei möchte ich keinen weiteren Beitrag zu diesem Risikovorsorgediskurs leisten. Anders gewendet, bin ich nicht an einer Argumentation interessiert, die Chancen gegen Risiken abwägt, um daraus normative Schlussfolgerungen zu ziehen. Im Gegenteil, ich werde versuchen, eine differen-

In the future, a woman who registers for law or medical school—and knows ahead of time that she will spend her prime baby-making years in the trenches—would ask for loans for tuition and egg freezing at the same time. Or she might ask a boyfriend who wants to wait a few years to start a family to pony up for the procedure. In either scenario, she would assume control of her fertility from the outset, rather than freeze her eggs as a frenzied reaction to her life’s not having unfolded the way she imagined.¹

I.

INTRODUCTION: FALSE FRONTS

If one reads Robertson’s² essay on the question of egg cell preservation together with Goolds’³ response, one realizes that while both fundamentally acknowledge the empowerment potential of the technology at hand, they disagree on its unintended consequences. For his part, Robertson expresses the fear that this technology could be “misunderstood” by women as a “redemption” technology rather than a mere option-expanding technology (as a result of – in the Marxist sense – “false consciousness” on the part of women?),⁴ and that it could further lead to a market-induced alienation of the women concerned from their own genetic material (as a result of “false incentives”⁵). Goold, by contrast, asserts that an option is an option, i.e. a choice between better or worse alternative possibilities, the responsible perception of which, as it turns out – and as befits liberal-democratic states – is entrusted solely to autonomous and self-determined citizens.⁶ Period!

I would not like to make any further contribution to this risk provisioning discourse here. In other words, I am not interested in an argument that weighs opportunities against risks in order to draw normative conclusions. Instead, I will try to offer a more sophisticated analysis of the promise of

* Dr. iur., LL.M., Ordinarius für Rechtssoziologie, Rechtstheorie und Privatrecht, geschäftsführender Direktor des Instituts für Juristische Grundlagen - lucernauris, Universität Luzern. Für die anregenden Diskussionen und Gespräche an der Tagung „Recht in Bewegung - Konferenz für Gender Law 2019“ möchte ich mich bei den Organisator*innen und den Teilnehmer*innen ganz herzlich bedanken. Für kritisch-konstruktive Kommentare danke ich Michelle Cottier und Lukas Breu. Der Text erscheint auch in: *Michelle Cottier/Sandra Hotz/Nils Kapferer* (Hrsg.), *Recht in Bewegung. Konferenz für Gender Law 2019. Technische, politische und soziale Entwicklungen und theoretische Herausforderungen*, DIKE (2020).

1 Sarah E. Richards, *Why I Froze my Eggs (And You Should Too)*, WSJ vom 4.5.2013, C1, zitiert nach: *Imogen Goold*, *Trust Women to Choose: a response to John A. Robertson’s Egg freezing and Egg banking: empowerment and alienation in assisted reproduction*, *Journal of law and the biosciences* (JLB) (2017), 507 ff., 517.
2 John A. Robertson, *Egg freezing and Egg banking: empowerment and alienation in assisted reproduction*, JLB (2014), 113 ff.
3 Goold, JLB (FN 1).
4 Robertson, JLB (FN 2), 122.
5 Robertson, JLB (FN 2), 125.
6 Goold, JLB (FN 1), 520.

* Dr. iur., LL.M., Professor of Sociology of Law, Theory of Law and Private Law, Executive Director of the Institute of Interdisciplinary Legal Studies - lucernauris, University of Lucerne. For the stimulating discussions and conversations at the conference “Recht in Bewegung - Konferenz für Gender Law 2019” I would like to thank the organizers and the participants warmly. For critical-constructive comments I thank Michelle Cottier, Steve Howe and Lukas Breu. The text also appears in German in: *Michelle Cottier/Sandra Hotz/Nils Kapferer* (Ed.), *Recht in Bewegung. Konferenz für Gender Law 2019. Technical, political and social developments and theoretical challenges*, DIKE (2020).

1 Sarah E. Richards, *Why I Froze my Eggs (And You Should Too)*, WSJ from 4.5.2013, C1, cited in: *Imogen Goold*, *Trust Women to Choose: a response to John A. Robertson’s Egg freezing and Egg banking: empowerment and alienation in assisted reproduction*, *Journal of law and the biosciences* (JLB) (2017), 507 ff., 517.
2 John A. Robertson, *Egg freezing and Egg banking: empowerment and alienation in assisted reproduction*, JLB (2014), 113 ff.
3 Goold, JLB (FN 1).
4 Robertson, JLB (FN 2), 122.
5 Robertson, JLB (FN 2), 125.
6 Goold, JLB (FN 1), 520.

ziertere Analyse des Ermächtigungsversprechens, das mit neuen Technikooptionen oft einhergeht, anzubieten (III und IV) sowie einige kursorische Überlegungen zum Umgang des liberal-demokratischen Rechtsstaates mit denselben anzustellen (V). Mein Beitrag ist also von Gemüt nichtdirektiv. Jedenfalls erhebt er nicht den Anspruch, informierte Entscheidungen seitens der betroffenen Frauen ermöglichen zu können oder zu wollen. Das Ziel ist moderater und vielleicht doch anspruchsvoller: Es geht um die Förderung einer kritischen Haltung gegenüber Technikooptionen und deren vermeintlichem Ermächtigungspotential (VI). Vorab seien aber ein paar einleitende Bemerkungen zum Begriff der Eizellkonservierung sowie zur rechtlichen Reglementierung derselben in der Schweiz vorangestellt.

II. PRÄLIMINARIEN

Goold und Robertson verwenden in ihrem Text den Begriff *egg freezing*, was wörtlich übersetzt Eizell-einfrieren heisst. In Tat und Wahrheit sprechen sie aber vom *social egg freezing*, d.h. vom „vorsorgliche[n] Einfrieren von unbefruchteten Eizellen ohne medizinische Indikation.“⁷

Das Einfrieren von Eizellen wurde bis vor ein paar Jahren kaum praktiziert, da die in diesem Fall zur Anwendung kommende Technik des langsamen Abkühlens (*slow freezing*) wenig Erfolg versprach.⁸ Alles änderte sich mit der Entwicklung der Technik der Vitrifikation.⁹ Dabei handelt es sich um ein besonders schnelles Kälteverfahren, bei dem die Eizellen auf minus 196 °C schockgefrostet werden (*flash freezing*). Das rasche Einfrieren ermöglicht, dass in der Eizelle keine Eiskristalle gebildet werden, welche sie dann beim Auftauen gefährden könnten. Angeblich beträgt die Vitalitätsrate bei

7 So die Definition des *social egg freezing* gemäss Stellungnahme der Nationalen Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK) zu Social Egg Freezing – eine ethische Reflexion vom 11.5.2017, Nr. 28/2017, 4; Zur Problematik des *social egg freezing* siehe indikativ: Uta Bittler/Oliver Müller, Zur ethischen Legitimität des Einfrierens von Eizellen bei gesunden Frauen als Instrument der Familienplanung, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik (2009), 24 ff.; Hille Haker, Kryokonservierung von Eizellen – Neue Optionen der Familienplanung? Eine ethische Betrachtung, Zeitschrift für medizinische Ethik (2016), 121 ff.; Sandra Hotz, Eizellenvorsorge – eine rechtliche Annäherung unter besonderer Berücksichtigung der Rechte und Pflichten aus Behandlungsvertrag, recht (2017), 1 ff.; Gillian M. Lockwood, Social Egg Freezing: The Prospect of Reproductive ‘Immortality’ or a Dangerous Delusion?, Reproductive BioMedicine Online (RBM online) (2011), 334 ff.; Heidi Mertes/Guido Pennings, Social Egg Freezing: For Better, Not For Worse, RBM online (2011), 824 ff.; Guido Pennings, Ethical Aspects of Social Freezing, Gynécologie Obstétrique & Fertilité (2013), 521 ff.; Christian Peter, Rechtliche, ethische und gleichstellungspolitische Aspekte des Social Freezing, Jusletter (2015), 1 ff.; Michael von Wolff, „Social Freezing“: Sinn oder Unsinn?, Schweizerische Ärztezeitung/ Bulletin des médecins suisses/ Bollettino dei medici svizzeri (2013), 393 ff.

8 Siehe die entsprechenden Ausführungen in der NEK-Stellungnahme Nr. 28/2017 (FN 7), 4.

9 Explizit zur Geschichte dieser Technologie siehe Debora A. Cook, History of oocyte cryopreservation, RBM online (2011), 281 ff., 282.

empowerment that often goes hand in hand with new technological options (III and IV) as well as some cursory considerations on how the liberal-democratic state should deal with them (V). So my contribution is tempered to be non-directive. In any case, it does not claim to be able or willing to make informed decisions on the part of the women concerned. The goal is more moderate and perhaps more demanding: it is about promoting a critical attitude towards technology options and their supposed empowerment potential (VI). First, however, a few introductory remarks on the concept of egg cell preservation and its legal regulation in Switzerland are in order.

II. PRELIMINARIES

Goold and Robertson use the term *egg freezing* in their text. In fact and in truth, however, they speak of *social egg freezing*, i.e. the “precautionary freezing of unfertilized eggs for non-medical reasons.”⁷

Until a few years ago, egg freezing was hardly practised because the *slow freezing* technique used in this case did not promise much success.⁸ Everything changed with the development of the vitrification technology.⁹ This is a particularly fast freezing process in which the egg cells are instantly frozen at minus 196 °C (*flash freezing*). Flash freezing ensures that no ice crystals are formed in the egg cell, which otherwise could then endanger it during thawing. The vitality rate of a vitrification is sup-

7 Thus the definition of *social egg freezing* according to the Swiss National Advisory Commission on Biomedical Ethics NCE; see: opinion on social egg freezing – ethical reflections, no. 28/2017, 4 [cited as NCE opinion no. 28/2017]; On the problem of *social egg freezing* see among others: Uta Bittler/Oliver Müller, Zur ethischen Legitimität des Einfrierens von Eizellen bei gesunden Frauen als Instrument der Familienplanung, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik (2009), 24 ff.; Hille Haker, Kryokonservierung von Eizellen – Neue Optionen der Familienplanung? Eine ethische Betrachtung, Zeitschrift für medizinische Ethik (2016), 121 ff.; Sandra Hotz, Eizellenvorsorge – eine rechtliche Annäherung unter besonderer Berücksichtigung der Rechte und Pflichten aus Behandlungsvertrag, recht (2017), 1 ff.; Gillian M. Lockwood, Social Egg Freezing: The Prospect of Reproductive ‘Immortality’ or a Dangerous Delusion?, Reproductive BioMedicine Online (RBM online) (2011), 334 ff.; Heidi Mertes/Guido Pennings, Social Egg Freezing: For Better, Not For Worse, RBM online (2011), 824 ff.; Guido Pennings, Ethical Aspects of Social Freezing, Gynécologie Obstétrique & Fertilité (2013), 521 ff.; Christian Peter, Rechtliche, ethische und gleichstellungspolitische Aspekte des Social Freezing, Jusletter (2015), 1 ff.; Michael von Wolff, “Social Freezing“: Sinn oder Unsinn?, Schweizerische Ärztezeitung/ Bulletin des médecins suisses/ Bollettino dei medici svizzeri (2013), 393 ff.

8 See the corresponding comments in NCE opinion no. 28/2017 (FN 7), 4.

9 Explicitly for the history of this technology see Debora A. Cook, History of oocyte cryopreservation, RBM online (2011), 281 ff., 282.

einer Vitrifikation ca. 95%, was wiederum heisst, dass die vitrifizierten Eizellen genau die gleiche Lebensfähigkeit aufweisen, wie wenn sie nie eingefroren wären – so zumindest nach den Angaben einer Klinik, die für solche Dienstleistungen auf ihrer Webseite wirbt.¹⁰

In der Stellungnahme der nationalen Ethikkommission werden Zweifel an der Annahme angemeldet, dass das Vorliegen einer medizinischen Indikation als klares Abgrenzungskriterium zwischen dem sogenannten *social egg freezing* und der Fertilitätserhaltung aus medizinischer Indikation dienen könnte, zumal es Fälle gibt, die sich weder der einen noch der anderen Kategorie zuordnen lassen.¹¹ Dies ist zwar richtig, wie auch die damit einhergehende Proposition, dass man der Realität nicht mit Hilfe einer begrifflichen Binarität gerecht werden kann. Die von den Verfasser*innen der Stellungnahme genannten Fälle sind aber nicht überzeugend gewählt. So z.B. der Fall der 20-jährigen Frau, die als Trägerin eines entsprechenden Gendefekts eine Prädisposition für eine vorzeitige Menopause aufweist.¹² Entscheidend ist an dieser Stelle nicht der Umstand, dass die Frau im Zeitpunkt der Entnahme gesund ist, sondern dass sie eine Prädisposition aufweist. Es ist eben diese Prädisposition, d.h. die Gefahr des Eintretens eines pathologischen Zustands, die die Indikation in diesem Fall begründet. Heisst es denn in Art. 119 Abs. 2 lit. c BV nicht, dass die Verfahren der medizinisch unterstützen Fortpflanzung nur angewendet werden dürfen, „wenn die Unfruchtbarkeit oder die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit nicht anders behoben werden kann [meine Hervorhebung]“? Wenn also die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit gemäss Bundesverfassung eine medizinische Indikation darstellt, dann sollte die Gefahr des Eintretens einer vorzeitigen Menopause bei einer sonst gesunden Frau ebenfalls als Indikation angesehen werden. Nichts anderes sollte aber auch für den zweit genannten Fall der 22-jährigen Frau gelten, die an einer Endometriose leidet, d.h. an einer Krankheit, die mit zunehmendem Schweregrad zu Infertilität führen kann. Entscheidend ist auch in diesem Fall das Vorliegen einer Gefahr, verstanden als Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts.¹³ Zusammenfassend kann man also festhalten, dass die Indikation in beiden Fällen als gegeben zu betrachten ist, da die Gefahr einer künftigen und nicht altersbedingten Infertilität vorliegt. Was das allgemeinere Argument betrifft, wonach man das Leben

posedly about 95%, which means that the vitrified eggs have exactly the same vitality as if they had never been frozen – at least according to a clinic that advertises such services on its website.¹⁰

In its opinion, the Swiss National Advisory Commission on Biomedical Ethics expresses doubts whether one can clearly differentiate between social egg freezing and medically indicated fertility preservation, especially since there are cases that cannot be assigned to either category.¹¹ This is indeed true, as is the associated proposition that one cannot do justice to reality with the help of binary oppositions. However, the cases mentioned by the authors of the opinion are not chosen convincingly. This applies, for example, to the case of the 20-year-old woman who has a predisposition to premature ovarian failure (premature menopause) due to a genetic defect.¹² The decisive factor here is not the fact that the woman is healthy at the time of retrieval, but that she has a relevant predisposition. It is precisely this predisposition, i.e. the danger of a pathological condition arising, that justifies the indication in this case. For does it not say in Art. 119 Para. 2 lit. c of the Swiss Federal Constitution that the procedures of medically assisted reproduction may be used “only if infertility or the risk of transmitting a serious illness cannot otherwise be overcome [my emphasis]”? If the risk of transmission of a serious illness is a medical indication according to the Swiss Federal Constitution, then the risk of premature menopause in the case of an otherwise healthy woman should also be considered a medical indication, even if the woman is currently healthy. But the same should apply to the second case of the 22-year-old woman with endometriosis, i.e. “a condition, which, with increasing severity, can lead to infertility.”¹³ In this case, too, what is decisive is the existence of a danger, understood as the probability of damage occurring. In summary, it can therefore be said that the medical indication must be seen as a given in both cases, since there is a risk of future infertility which is not age-related. With regard to the more general argument that life in its diversity cannot be adequately represented in law, we should remind ourselves here only briefly that the law is about the *counterfactual* stabilization of normative expectations,¹⁴ which consequently presupposes a distancing of the law from the facts of life.

10 Vgl. <https://www.kinderwunschzentrum-an-der-oper.de/de/social-freezing/kryokonservierung/vitrifikation-sicherste-methode.html>, letzter Zugriff: 23. Juni 2019.

11 NEK-Stellungnahme Nr. 28/2017 (FN 7), 12 und 24.

12 Ebd., 12.

13 Ebd., 24.

10 See <https://www.kinderwunschzentrum-an-der-oper.de/de/social-freezing/kryokonservierung/vitrifikation-sicherste-methode.html>, last accessed: 23 June 2019.

11 NCE opinion no. 28/2017 (FN 7), 12 and 24.

12 Ibid., 12.

13 Ibid., 23.

14 Niklas Luhmann, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt am Main (1986), 21 f.

in seiner Vielfalt nicht im Recht adäquat abbilden kann, sei hier nur kurz daran erinnert, dass es beim Recht um die *kontrafaktische* Stabilisierung von normativen Erwartungen geht,¹⁴ die folglich eine Distanzierung des Rechts von den Fakten des Lebens voraussetzt.

Im Bewusstsein also, dass die oben genannte Binarität zwischen medizinisch begründeter und nicht medizinisch begründeter Eizellkonservierung, d.h. *social egg freezing and banking* der Realität nicht gerecht werden kann, wird sie dennoch hier vorausgesetzt. Dem in der Literatur verwendeten Terminus „Eizellvorsorge“¹⁵ ist schliesslich nicht beizupflichten, da er, wie später noch zu zeigen sein wird, neoliberalen Idealvorstellungen von einem souveränen, vorsorgenden Subjekt verpflichtet bleibt und daher als wenig wertneutral erscheint.

Die schweizerische Rechtsordnung kennt eine Bestimmung für die Konservierung von Keimzellen, d.h. Samen- und Eizellen. Es handelt sich um Art. 15 FMedG.¹⁶ Demnach ist das Konservieren von Keimzellen mit schriftlicher Einwilligung der Person, von der sie stammen, während höchstens fünf Jahren möglich (Art. 15 Abs. 1 Satz 1 FMedG). Die Konservierungsdauer kann aber neu auf Antrag der betroffenen Person um noch weitere fünf Jahre verlängert werden (Art. 15 Abs. 1 Satz 2 FMedG). Der Grund für diese – auf dem Weg der jüngsten Revision des Fortpflanzungsmedizingesetzes eingeführte – Möglichkeit der Verlängerung der Konservierungsdauer war die Anpassung an die neuen Aufbewahrungsfristen für imprägnierte Eizellen und Embryonen in vitro gemäss Art. 16 FMedG.¹⁷ Im Fall einer medizinisch begründeten Keimzellkonservierung kann schliesslich eine längere Konservierungsdauer vereinbart werden (Art. 15 Abs. 2 FMedG).

Hier ist allerdings Folgendes anzumerken: Berücksichtigt man die relevanten Ausführungen dazu in der Botschaft von 1996¹⁸ und vergegenwärtigt man sich den Aufbau und die Sprache von Art. 15 FMedG, stellt man fest, dass der historische Gesetzgeber zwei Fälle vor Augen hatte, als er

14 Niklas Luhmann, Die soziologische Beobachtung des Rechts, Frankfurt am Main (1986), 21 f.

15 Siehe hierfür statt anderer Hotz, recht (FN 7).

16 Die Aufklärung, Beratung und Vorabklärung, die hormonelle Stimulation und die Entnahme der Eizellen fallen wiederum nicht unter den Anwendungsbereich des Fortpflanzungsmedizingesetzes. Diese Meinung vertritt auch das Bundesamt für Gesundheit in einem Gutachten zuhanden des Verwaltungsgerichts St. Gallen. Siehe VerwGer SG, B 2013/54, 23.9.2013, E. 3.1.

17 Siehe Botschaft vom 7. Juni 2013 zur Änderung der Verfassungsbestimmung zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich (Art. 119 BV) sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes (Präimplantationsdiagnostik), BBI 2013 5853 ff. (zit. Botschaft FMedG Rev.), 5932.

18 Botschaft vom 26. Juni 1996 über die Volksinitiative zum „Schutz des Menschen vor Manipulation in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)“ und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG), BBI 1996 III 205 ff. (zit. Botschaft FMedG).

In the awareness of the fact that the above-mentioned binary opposition between medically indicated and non-medically indicated egg cell preservation, i.e. *social egg freezing* cannot do justice to reality, it is nevertheless presupposed here. Finally, the term “*Eizellvorsorge*”, i.e. egg freezing as a precautionary measure¹⁵ used in literature cannot be endorsed, since, as will be shown later, it remains committed to neoliberal ideals of an autonomous, sovereign subject and therefore appears to be biased.

The Swiss legal system has a provision for the conservation of reproductive or germ cells, i.e. sperm and egg cells. This is Art. 15 of the Swiss Reproductive Medicine Act (RMA).¹⁶ Accordingly, reproductive cells may be preserved for a maximum of five years with the written consent of the person from whom they originate. However, the conservation period can now be extended by a further five years at the request of the person concerned (Art. 15 para. 1 RMA). The reason for this possibility – introduced during the recent revision of the Reproductive Medicine Act – was that the new storage periods for impregnated ova and embryos in vitro had to be adapted in accordance with Art. 16 RMA.¹⁷ In the case of medically justified germ cell preservation, a longer preservation period can ultimately be arranged (Art. 15 para. 2 RMA).

However, the following should be noted here: if one considers the relevant remarks in the Federal Dispatch (Botschaft) from 1996¹⁸ and looks at the structure and the language of Art. 15 RMA, one notices that the historical legislator had two cases in mind when issuing this provision at the time. The

15 See for this among others Hotz, recht (FN 7).

16 Education, counselling and prior clarification, hormonal stimulation and egg retrieval do not fall within the scope of the Reproductive Medicine Act. This opinion is also expressed by the Federal Office of Public Health in an expert opinion submitted to the Administrative Court of St. Gallen. See VerwGer SG, B 2013/54, 23.9.2013, E. 3.1.

17 See Botschaft vom 7. Juni 2013 zur Änderung der Verfassungsbestimmung zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich (Art. 119 BV) sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes (Präimplantationsdiagnostik), BBI 2013 5853 ff., 5932.

18 See Botschaft vom 26. Juni 1996 über die Volksinitiative zum „Schutz des Menschen vor Manipulation in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)“ und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG), BBI 1996 III 205 ff.

damals diese Bestimmung erliess. Der erste Fall ist der Fall der Konservierung von Samenzellen im Hinblick auf eine Samenspende (Art. 15 Abs. 1 FMedG). Der zweite Fall ist der Fall der medizinisch begründeten Samen- bzw. Eizellkonservierung (Art. 15 Abs. 2 FMedG), wobei letztere damals kaum praktiziert wurde, weil sie technisch noch nicht möglich war.

Dies ergibt sich, wie bereits erwähnt, u.a. aus den Ausführungen der Botschaft zur zeitlichen Begrenzung der Konservierungsdauer. An dieser Stelle seien die zwei relevanten Passus aus der Botschaft ausführlich zitiert: „Die fünfjährige Aufbewahrungsfrist ist vor allem im Hinblick auf die Samenspende festgelegt worden [meine Hervorhebung] und soll ermöglichen, dass Keimzellen des selben Spenders zur Zeugung weiterer Kinder eines Paares verwendet werden.“¹⁹ Der zweite Passus lautet wie folgt: „Wenn Keimzellen konserviert werden, besteht die Gefahr, dass Kinder gezeugt werden, deren genetische Eltern bereits gestorben sind. Das ist unerwünscht. Nach Artikel 37 Buchstabe b ist die postmortale Verwendung von Keimzellen strafrechtlich untersagt. Nach dem Tod der Person, von der die Keimzellen stammen, sind diese deshalb grundsätzlich zu vernichten. Allerdings kann bei der Samenspende nicht in jedem Fall sichergestellt werden, dass die Ärztin oder der Arzt vom Tod des Spenders erfährt. Langwierige Nachforschungen werden ihnen nicht zugemutet, da es vom Alter der Spender her recht unwahrscheinlich ist, dass ein Spender während der begrenzten Konservierungsdauer seiner Samenzellen stirbt. Im übrigen wäre die postmortale Zeugung aus der Sicht des Kindeswohls hier weniger gefährlich, da ein anderer Mann rechtlich und sozial Vater des Kindes ist. Um das Risiko der post-mortalen Zeugung aber zu reduzieren, ist es wichtig, dass auch bei der Samenspende die fünfjährige Aufbewahrungsfrist strikt eingehalten wird [meine Hervorhebung].“²⁰ Aus diesen Ausführungen zur zeitlichen Begrenzung der Konservierungsdauer kann man ableiten, dass sich Art. 15 Abs. 1 FMedG vor allem auf die Konservierung von Samenzellen im Hinblick auf eine Samenspende bezieht.

Auch die in Art. 15 Abs. 2 FMedG verwendeten Wendungen bekräftigen diese Ansicht. Laut Art. 15 Abs. 2 FMedG, wo es um die Regelung der medizinisch begründeten Keimzellkonservierung geht, kann eine längere Konservierungsdauer vereinbart werden mit „Personen, die im Hinblick auf die Erzeugung eigener Nachkommen [meine Hervorhebung] ihre Keimzellen konservieren lassen“. Aus diesem Hinweis auf die Erzeugung eigener Nachkommen ergibt sich, dass die anderen in Art. 15

first case is the conservation of sperm cells for sperm donation (Art. 15 para. 1 RMA). The second is the case of medically indicated sperm or egg preservation (Art. 15 para. 2 RMA), whereby the latter was hardly practiced at the time because it was not yet technically possible.

This results from, among other factors, the remarks on the temporal limitation of the duration of conservation, as mentioned above. At this point the two relevant passages from the Federal Dispatch are quoted in detail: “*The five-year preservation period has been laid down primarily with regard to sperm donation [my emphasis] and is intended to allow for the germ cells of the same donor to be used for the procreation of further children of a couple.*”¹⁹ The second passage states the following: “If germ cells are preserved, there is a danger that children will be conceived from genetic parents who have already died. This is undesirable. Article 37(b) prohibits the post-mortem use of germ cells under criminal law. Accordingly, they must be destroyed after the death of the person from whom the germ cells originate. However, it is not always possible to ensure that the doctor will be informed of the death of the donor when sperm is donated. They cannot reasonably be expected to go through a lengthy inquiry, as the donor’s age makes it unlikely that he will die during the limited conservation period of his spermatozoa. Moreover, post-mortem procreation would be less dangerous from the point of view of the best interests of the child, since another man is usually the legal and social father of the child. *In order to reduce the risk of post-mortem procreation, however, it is important that the five-year retention period for sperm donation is strictly adhered to [my emphasis].*”²⁰ From these remarks on the temporal limitation of the conservation period one can deduce that Art. 15 para. 1 RMA refers primarily to the preservation of sperm cells with regard to sperm donation.

The phrases used in Art. 15 para. 2 RMA also confirm this view. According to this paragraph, which deals with the regulation of medically indicated germ cell preservation, a longer preservation period can be arranged for “persons who have their germ cells preserved with a view to *producing their own offspring [my emphasis].*” From this reference to the production of one’s own offspring, it follows

19 Ebd., 264.

20 Ebd.

19 Ibid., 264.

20 Ibid.

FMedG regulierten Fälle der Konservierung fremdnützig erfolgen. Da die Eizellenspende verboten ist, geht es nur um die Konservierung von Samenzellen im Hinblick auf eine Samenspende.

Zusammenfassend kann man also Folgendes festhalten: Der historische Gesetzgeber anerkennt und reguliert zwei Fälle der Konservierung von Keimzellen. Einerseits die fremdnützige Samenzellkonservierung und andererseits die medizinisch begründete, eigennützige Keimzellkonservierung, d.h. Samen- und Eizellkonservierung. Für den ersten Fall der Konservierung ist eine maximale Konservierungsdauer von zehn Jahren vorgesehen. Für den zweiten Fall der Konservierung kann je nach individueller Lage eine längere Konservierungsdauer als die in Art. 15 Abs. 1 FMedG vorgesehene vereinbart werden.

Strenggenommen besteht also bezüglich des *social egg freezing* eine Gesetzeslücke. Die Frage ist, ob man diese durch eine analoge Anwendung von Art. 15 Abs. 1 oder Art. 15 Abs. 2 FMedG schliessen soll. Ich würde behaupten, dass hier eher eine analoge Anwendung von Art. 15 Abs. 2 FMedG in Frage kommt, weil es sich beim *social egg freezing* ebenfalls um einen Fall der eigennützigen Keimzellkonservierung handelt, der weiterhin keine Kindeswohlüberlegungen entgegenstehen, wie sie dem Fall der Samenspende eigen sind.²¹ Kindeswohlüberlegungen sind hier eher erst bei der Nutzung und nicht schon beim Einfrieren der Eizellen anzustellen. Das Fehlen einer Indikation dürfte schliesslich keinen Rechtfertigungsgrund für die Einschränkung der Handlungsfreiheit der betroffenen Frauen in ihrem Umgang mit dem eigenen Körper darstellen.²²

Da es sich beim Einfrieren und Konservieren von Keimzellen um vorbereitende Handlungen, aber um kein fortpflanzungsmedizinisches Verfahren im Sinne von Art. 2 lit. a FMedG handelt, brauchen die Indikationen von Art. 5 FMedG, d.h. das Vorliegen von Unfruchtbarkeit bzw. die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit auf die Nachkommen, nicht gegeben zu sein.²³ Gleiches gilt schliesslich auch für die sonstigen Voraussetzungen für den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin. Anders ist freilich die Lage, was die zukünftige Nutzung derselben betrifft.

that the other cases of conservation regulated in Art. 15 RMA are for the benefit of others. Since egg donation is prohibited, it is only a matter of preserving sperm cells for sperm donation.

In summary, the following can be said: the historical legislator recognizes and regulates two cases of the preservation of germ cells. On the one hand, the sperm cell preservation for the benefit of others and, on the other, the medically indicated, self-interested germ cell preservation, i.e. sperm and egg cell preservation. For the first case, a maximum preservation period of ten years is foreseen. In the second case, a longer preservation period than that provided for in Art. 15 para. 1 RMA may be arranged depending on the individual situation.

Strictly speaking, there is a legal void with regard to *social egg freezing*. The question is whether this should be closed by an analogous application of Art. 15 para. 1 or Art. 15 para. 2 RMA. I would argue that an analogous application of Art. 15 para. 2 RMA is more appropriate here, because *social egg freezing* is also a case of self-interested germ cell preservation, which is still not opposed by any considerations of the welfare of the child, such as those inherent in the case of sperm donation.²¹ Considerations of the welfare of the child should be made only when the egg cells are used and not at the point when they are frozen. Finally, the absence of a medical indication should not constitute a justification for restricting women's right to control their own bodies.²²

Since the freezing and preservation of germ cells is a preparatory action but not a reproductive procedure as intended by Art. 2 lit. a RMA, the indications from Art. 5 RMA, i.e. the presence of infertility or the risk of transmission of a serious disease to the offspring, need not be given.²³ The same does, after all, apply to the other prerequisites for access to reproductive medicine. The situation is naturally different as far as the future use of freezing is concerned.

21 Wie oben aufgezeigt, bestehen die Kindeswohlüberlegungen im Fall der Samenspende in der Reduktion des Risikos einer postmortalen Zeugung. Siehe FN 19 und 20.

22 Die herrschende Meinung in der Schweiz geht hingegen davon aus, dass das geltende Recht die Eizellkonservierung aufgrund der kurzen Konservierungsfrist (von Art. 15 Abs. 1 FMedG) nicht fördert. Siehe statt anderer: NEK-Stellungnahme Nr. 28/2017 (FN 7), 8. Diese These ist zu relativieren, wenn man der hier vorgestellten alternativen Auslegung von Art. 15 FMedG folgt.

23 So auch das Verwaltungsgericht St. Gallen (FN 16). Zustimmend auch Hotz, recht (FN 7), 6; Andrea Büchler, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, ZSR (2016), 349 ff, 410 f.

21 As shown above, child welfare considerations in the case of sperm donation consist in reducing the risk of post-mortem procreation.

22 The prevailing opinion in Switzerland, on the other hand, is that the current law does not promote egg cell preservation due to the short preservation period (from Art. 15 para. 1 RMA). See among others: NCE opinion no. 28/2017 (FN 7), 8. This thesis must be put into perspective if one follows the alternative interpretation of Art. 15 RMA presented here.

23 The same applies to the Administrative Court of St. Gallen (FN 16). In agreement also Hotz, recht (FN 7), 6; Andrea Büchler, Reproductive Autonomy and Self-determination, ZSR (2016), 349 ff, 410 f.

III.
„MATERIALITY IS SOCIALITY“

Perhaps I can make the significance of this a little more clear by giving your lordships an analogy.²⁴

Trotz unterschiedlicher Akzentuierung der Risiken, die der Technik der Eizellkonservierung inhärent sind, haben die eingangs erwähnten Analysen von Goold und Robertson doch etwas gemeinsam: Für beide stellt die Eizellkonservierung eine optionenerweiternde Technologie der Fertilitätserhaltung dar. Diese Betrachtungsweise erscheint wiederum als interessant, weil sie in die hier in Frage stehende Technologie eine stabile Finalität hineininterpretiert.

Aber stimmt das? An dieser Stelle soll diese Frage über den Umweg einer Analogie beantwortet werden, in deren Zentrum eine andere Technik stehen wird, die im Vergleich zur Eizellkonservierung genau das Gegenteil verspricht: Infertilität.

Die Technik, über die ich hier kurz reden werde, ist die sogenannte Terminator-Technologie.²⁵ Dabei handelt es sich um eine Technik der gentechnischen Manipulation von Pflanzen. Eine komplexe Reihe von Genkonstrukten wird zu einem Gen-Schalter so zusammengesetzt, dass die aus dem manipulierten Saatgut hervorgegangene Pflanze keinen keimfähigen Samen mehr hervorbringt, sobald dieser Schalter aktiviert wird. Das genmanipulierte Saatgut keimt also aus, die Pflanze wächst ganz normal, doch die Ernte kann zur Wiederaus-saat nicht mehr verwendet werden, da die geernteten Samen steril sind.²⁶

Die Technologie wurde vom, mittlerweile vom US-amerikanischen Konzern *Monsanto* aufgekauften, Saatgutunternehmen *Delta & Pine Land* und dem US-amerikanischen Landwirtschaftsministerium entwickelt und im März 1998 mit dem US-amerikanischen Patent Nr. 5,723,765 mit dem Titel „Control of Plant Gene Expression“ versehen.²⁷ Deren alleiniger Zweck bestand in der Verhinderung des Nachbaus von patentiertem Saatgut. Oder wie Pot-

24 *Hapgood*, Archbishop of York, House of Lords, Dezember 1989, zitiert nach: *Marilyn Strathern*, What is a Parent?, HAU: Journal of Ethnographic Theory (2011), 245 ff., 245.

25 Auch bekannt als GURT-Technologie bzw. *genetic use restriction technology*. Einen guten Überblick über diese Technologie verschafft die Publikation des Umweltinstituts München e.V., Sterilisierte Natur. Terminator-Technologie, http://www.umweltinstitut.org/fileadmin/Mediapool/Druckprodukte/Gentechnik/PDF/Faltblatt_Sterilisierte_Natur_web.pdf, letzter Zugriff: Abruf 23. Juni 2019.

26 Ebd.

27 Vgl. die am 18.03.1999 eingereichte Motion von Nationalrat *Christian Grobet* „Terminator-Technologie“, (Geschäftsdatenbank 99.3111 – Motion), anlässlich der Einreichung eines entsprechenden Patentgesuchs beim Europäischen Patentamt (EPA). Das EPA in München hat übrigens am 05.10.2005 dieser Technologie den Patentschutz ebenfalls zugesprochen (EP 775212).

III.
“MATERIALITY IS SOCIALITY”

Perhaps I can make the significance of this a little more clear by giving your lordships an analogy.²⁴

Despite their different accentuations of the risks inherent in the egg preservation technology, Goold’s and Robertson’s analyses do have something in common: for both, egg cell preservation is an option-extending fertility preservation technology. This approach seems interesting because it interprets a stable finality into the technology in question.

But is that true? At this point, this question is to be answered by a detour via an analogy, at the center of which will be a different technique, which promises exactly the opposite in comparison to egg preservation: infertility.

The technique I am going to talk about here is the so-called terminator technology.²⁵ This is a technique for the genetic manipulation of plants. A complex series of gene constructs is combined to form a gene switch in such a way that the plant produced from the manipulated seed no longer produces germinable seeds as soon as this switch is activated. The genetically manipulated seeds germinate, the plant grows normally, but the harvest can no longer be used for replanting because the harvested seeds are sterile.²⁶

The technology was developed by *Delta & Pine Land*, a seed company now acquired by the American *Monsanto Group*, and the US Department of Agriculture. In March 1998, it was granted US Patent No. 5,723,765 with the title “Control of Plant Gene Expression.”²⁷ Its sole purpose was to prevent the reproduction of patented seeds. Or as Pottage says: “Genetic use restriction technologies were initially developed as means of engineering intel-

24 *Hapgood*, Archbishop of York, House of Lords, Dezember 1989, cited after: *Marilyn Strathern*, What is a Parent?, HAU: Journal of Ethnographic Theory (2011), 245 ff., 245.

25 Also known as GURT technology or *genetic use restriction technology*. The publication of the Umweltinstitut München e.V. provides a good overview of this: Sterilisierte Natur. Terminator-Technologie: http://www.umweltinstitut.org/fileadmin/Mediapool/Druckprodukte/Gentechnik/PDF/Faltblatt_Sterilized_Nature_web.pdf, last accessed: 23 June 2019.

26 Ibid.

27 Cf. the motion submitted on 18.03.1999 by National Council Member *Christian Grobet* “Terminator-Technologie“, (Geschäftsdatenbank 99.3111 – Motion), on the occasion of the submission of a corresponding patent application to the European Patent Office (EPO). The EPO in Munich also granted patent protection to this technology on 05.10.2005 (EP 775212).

tage sagt: „Genetic use restriction technologies were initially developed as means of engineering intellectual property rights into the behaviour of transgenic plants.“²⁸ Aber wieso bestand ein solches Bedürfnis, das geistige Eigentum mittels einer technischen Anwendung zu implementieren? Der Grund dürfte, wie Pottage weiterhin bemerkt, darin liegen, dass „[c]onventional intellectual property rights share the essential limitation of conventional regulatory measures: texts are not self-implementing. The scope and effectiveness of a right depends on the means available to enforce it, and processes of enforcement imply negotiation, translation, and adaptation. Given these limitations the appeal of terminator technologies is obvious.“²⁹ Die Agrokonzerne versuchten jahrelang, den Nachbau mit patentiertem Saatgut auf dem klassischen Rechtswege zu bekämpfen. Doch wie wir wissen, ist geistiges Eigentum nicht selbst-durchsetzend, abgesehen davon, dass die Kontrolle der Bauern ein kostspieliges Unternehmen darstellt. Noch einfacher wäre es daher, wenn ein Nachbau mit genmanipuliertem Saatgut von vornherein ausgeschlossen werden könnte. Die Terminator-Technologie versprach genau das zu erreichen. Bei ihr ging es also um den automatischen Vollzug des geistigen Eigentums unter Umgehung des auf dem Medium Text basierten Rechts.³⁰

Die Geschichte geht aber damit noch nicht zu Ende!

Aufgrund der von der Ethikkommission der UNO geäußerten Kritik, des Protests vieler Entwicklungsländer und NGOs sowie eines vom wissenschaftlich-technischen Ausschuss (*Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice*, SBSTTA) der Biodiversitätskonvention aufgehängten Moratoriums, gaben Agrokonzerne wie *Monsanto* oder *Syngenta* 1999 bekannt, die patentierte Terminator-Technologie nicht mehr vermarkten zu wollen. Nicht-Vermarkten bedeutet aber *nicht* Nicht-Verwenden. Die Gentechnikfirmen waren nicht bereit, auf diese Technologie ganz zu verzichten. Im Gegenteil: Sterilisiertes Saatgut sollte weiterhin entwickelt, nun aber als *bio-safety device* eingesetzt werden.³¹ Als solches sollte es die mittlerweile weltweit auftretenden Verunreinigungen von Äckern und Lebensmitteln durch transgene Pflanzen verhindern. Nicht mehr Eigen-

lectual property rights into the behaviour of transgenic plants.“²⁸ But why was there such a need to implement intellectual property through a technical application? As Pottage further points out, the reason is probably that “[c]onventional intellectual property rights share the essential limitation of conventional regulatory measures: texts are not self-implementing. The scope and effectiveness of a right depends on the means available to enforce it, and processes of enforcement imply negotiation, translation, and adaptation. Given these limitations the appeal of terminator technologies is obvious.”²⁹ For years, big agricultural corporations tried to fight reproduction of patented seeds by classical legal means. But as we know, intellectual property is not self-implementing, beyond the fact that controlling farmers is a costly business. It would therefore be even simpler if replanting of the harvested seeds in the following season could be ruled out from the outset. Terminator technology promised to do just that: it promised to automatically enforce intellectual property via circumvention of the traditional IP-law, which is based on the medium of text.³⁰

But the story doesn't end there!

In response to criticism from the UN Ethics Commission, protests by many developing countries and NGOs, and a moratorium imposed by the *Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice* (SBSTTA) of the Convention on Biological Diversity, agricultural corporations, such as *Monsanto* and *Syngenta*, announced in 1999 that they would no longer market the patented terminator technology. Not marketing, however, does *not* mean not deploying. Genetic engineering companies were not prepared to do without this technology altogether. On the contrary, sterilized seed ought to, in their eyes, undergo further development, only now to be used as a *bio-safety device*.³¹ As such, it would be intended to prevent the worldwide contamination of fields and food by transgenic plants. Environmental protection, rather than property protection, should therefore be the justification for

28 *Alain Pottage*, Biotechnology as environmental regulation, in: Philippopoulos-Mihalopoulos (Hrsg.), *Law and Ecology: New Environmental Foundations*, Oxford (2011), 105 ff., 108.

29 Ebd.

30 Zur Problematik der Substitution des Rechts durch die Technologie siehe *Christoph-Beat Graber*, *The Future of Online Content Personalisation: Technology, Law and Digital Freedoms*, i-call Working Paper Series, Nr. 1/2016, Universität Zürich, https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:b779a6ee-bdbc-412e-a855371df2f46293/201601_Personalisation_Graber_i-call-WP_2016_10_03.pdf, letzter Zugriff: 23.06.2019; Siehe ferner *Helen Nissenbaum*, *From Preemption to Circumvention: If Technology Regulates, Why Do We Need Regulation (and Vice Versa)?*, *Berkeley Technology Law Review* (2011), 1367 ff.

31 Vgl. *Pottage* (FN 28), 110. Daher wurde die gleiche Technologie auch zur Grüntechnik umbenannt.

28 *Alain Pottage*, Biotechnology as environmental regulation, in: Philippopoulos-Mihalopoulos (Ed.), *Law and Ecology: New Environmental Foundations* Oxford (2011), 105 ff., 108.

29 Ibid.

30 On the problem of the substitution of law by technology, see *Christoph-Beat Graber*, *The Future of Online Content Personalisation: Technology, Law and Digital Freedoms*, i-call Working Paper Series, No. 1 (2016), Zurich University: https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:b779a6ee-bdbc-412e-a855371df2f46293/201601_Personalisation_Graber_i-call-WP_2016_10_03.pdf, last accessed: 23 June 2019; See also *Helen Nissenbaum*, *From Preemption to Circumvention: If Technology Regulates, Why Do We Need Regulation (and Vice Versa)?*, *Berkeley Technology Law Review* (2011), 1367 ff.

31 See *Pottage* (FN 28), 110. Therefore, the same technology was also renamed green technology.

tums-, sondern Umweltschutz sollte also als Rechtfertigung für diese Technologie dienen.³² Pottage zitiert in diesem Zusammenhang einen Leitartikel der Zeitschrift *Nature Biotechnology*, in welchem der *ironic turn*, die Umfunktionierung der Terminator-Technologie, zutreffend wie folgt kommentiert wird: „The new Terminator technology, like the robot in Terminator 2, would, it is envisaged, be a humbler, kindlier beast. Its role would not be to prevent resource-poor farmers from gaining illegal access to GM crops. It would be an environmental control mechanism - a way of reducing the unwanted spread of transgenes in field situations.“³³

Aber damit ist das Ende der Geschichte auch noch nicht erreicht!

Wie wir im gleichen Artikel von Pottage lesen können, hat sich auch die EU für diese Technologie interessiert und 2004 das Transcontainer-Forschungsprogramm finanziert, das ebenfalls einen Einsatz der gleichen Technologie vorsieht.³⁴ Nun geht es aber bei der EU nicht mehr um Umweltschutz, sondern um die Gewährleistung der Koexistenz von genmanipulierten und nicht-genetisch veränderten Pflanzen. Aber zu welchem Zweck? Der verfolgte Zweck ist ökonomischer Natur: „Regulatory policy in the European Union starts from the premise that coexistence is not about environmental or health risks because only GM crops that have been authorised as safe for the environment and for human health can be cultivated in the EU. Once the cultivation of GM crops has been authorised by the European Food Safety Authority, following an assessment of the environmental impact of the crops and their specific mode of cultivation, their coexistence with conventional and organic crops becomes an economic and regulatory question: ‚coexistence is concerned with the potential economic loss through the admixture of GM and non-GM crops which could lower their value‘. The basic axiom of coexistence is freedom of choice: producers should be free to engage in their chosen mode of agricultural production without being unfairly - or ‚disproportionately‘ - prejudiced by the activities of other growers, and consumers should be free to exercise their preferences for the material, efficient or symbolic qualities of one or other kind of product. Freedom of choice presupposes clear product differentiation, so the EU’s coexistence regime is based on the mandatory labelling of products containing GMOs.“³⁵

32 Vgl. auch die Publikation des Umweltinstituts München e.V., Sterilisierte Natur. Terminator-Technologie (FN 25).

33 Robert J. Keenan/William PC. Stemmer, Nontransgenic crops from transgenic plants, *Nature Biotechnology* (2002), 215 ff., zitiert nach: Pottage (FN 28), 110.

34 Pottages Artikel (FN 28) ist der Analyse dieses europäischen Regimes der Koexistenz gewidmet, das – wie er schön aufzeigt – nicht ohne eine Vielzahl von einschlägigen administrativen Massnahmen aufrechterhalten werden kann.

35 Ebd., 111 f.

this technology.³² Pottage quotes in this context an editorial of the journal *Nature Biotechnology*, in which the *ironic turn*, the re-functioning of terminator technology, is commented upon accurately as follows: “The new Terminator technology, like the robot in Terminator 2, would, it is envisaged, be a humbler, kindlier beast. Its role would not be to prevent resource-poor farmers from gaining illegal access to GM crops. It would be an environmental control mechanism – a way of reducing the unwanted spread of transgenes in field situations.”³³

But that’s not the end of the story either!

As we can read in the same article by Pottage, the EU was also interested in this technology and in 2004 financed the TransContainer Research Programme, which also provides for the use of the same technology.³⁴ Now, however, the EU is no longer concerned with environmental protection but rather with ensuring the coexistence of genetically modified and non-genetically modified plants. But for what purpose? The purpose pursued is economic in nature: “Regulatory policy in the European Union starts from the premise that coexistence is not about environmental or health risks because only GM crops that have been authorised as safe for the environment and for human health can be cultivated in the EU. Once the cultivation of GM crops has been authorised by the European Food Safety Authority, following an assessment of the environmental impact of the crops and their specific mode of cultivation, their coexistence with conventional and organic crops becomes an economic and regulatory question: ‘coexistence is concerned with the potential economic loss through the admixture of GM and non-GM crops which could lower their value’. The basic axiom of coexistence is freedom of choice: producers should be free to engage in their chosen mode of agricultural production without being unfairly – or ‘disproportionately’ – prejudiced by the activities of other growers, and consumers should be free to exercise their preferences for the material, efficient or symbolic qualities of one or other kind of product. Freedom of choice presupposes clear product differentiation, so the EU’s coexistence regime is based on the mandatory labelling of products containing GMOs.”³⁵

32 See also the publication of the Umweltinstitut München e.V., Sterilisierte Natur. Terminator-Technologie (FN 25).

33 Robert J. Keenan/William PC. Stemmer, Nontransgenic crops from transgenic plants, *Nature Biotechnology* (2002), 215 ff., cited by: Pottage (FN 28), 110.

34 Pottage’s article (FN 28) is dedicated to the analysis of this European regime of coexistence, which – as he nicely points out – cannot be maintained without a multitude of relevant administrative measures.

35 Ibid., 111 f.

Beim Transcontainer-Projekt der EU geht es also um die Ermöglichung der Koexistenz unterschiedlicher Märkte bzw. um die Erweiterung der Optionen der EU-Verbraucher*innen.³⁶

Was können wir aus dem Beispiel der Terminator-Technologie lernen? Bemerkenswert ist zunächst, dass in allen diesen Fällen die Technologie exakt die gleiche bleibt. Dennoch erfüllt sie je nach Verwendungskontext, je nach Beobachtung eine jeweils andere Funktion. Sie dient als effizienter Mechanismus für die Durchsetzung der IP-Rechte der Agrokonzerne, als Sicherungsmechanismus für den Umweltschutz und als Förderungsmittel der Wettbewerbsfähigkeit unterschiedlicher Marktakteure auf dem europäischen Markt. Vor dem Hintergrund dieser Metamorphosen drängt sich somit die Frage nach dem Wesen der Terminator-Technologie auf. Gibt es eine in sie eingeschriebene Finalität, die unabhängig vom Kontext stabil bleibt?

Die Antwort ist: Nein! Denn, wie Pottage im Anschluss an Latour³⁷ konstatiert: „Materiality is Sociality“.³⁸ Damit meint er: „[M]ateriality is an effect of the terms in which it is observed or schematised, and there are as many materialities (in one) as there are observers or idioms of observation.“³⁹ Ins Deutsche übersetzt: Die jeweils in Frage stehende Technologie – gerade auch in ihrer blossen materiellen Existenz – sei nichts anderes als der emergente Effekt ihrer jeweiligen Beobachtung von verschiedenen sozialen Akteuren. Also gleich wie die Kategorie des biologischen Geschlechts, die – wie uns die Gender Studies lehren – jenseits der Ablagerungen von diskursiven Sedimenten kaum zu erfassen ist,⁴⁰ so lässt sich auch die Technologie jenseits des Gewebes diskursiver Referenzen nicht auf ein *real thing*, eine schiere Materialität reduzieren.

Dasselbe gilt auch für die Technik der Eizellkonservierung. Das „Wesen“ dieser Technik ist ebenfalls ein Effekt der Art und Weise, wie wir sie beobachten bzw. ein Effekt der Erwartungen, die wir auf sie projizieren. Keinen besseren Beweis liefert dazu die Entstehungsgeschichte der Technik der Eizellkonservierung selber. So liest man in einem

The EU’s TransContainer project is therefore about enabling the coexistence of different markets or expanding the options for EU consumers.³⁶

What can we learn from the example of terminator technology? First of all, it is remarkable that in all these cases the technology remains exactly the same. Nevertheless, it fulfils a different function depending on the context of use. It serves as an efficient mechanism for the enforcement of the IP rights of agricultural corporations, as a safeguard mechanism for environmental protection, and as a means of promoting the competitiveness of different market players on the European market. Against the background of these metamorphoses, the question of the nature of terminator technology arises. Is there any finality inscribed in it that remains stable regardless of context?

The answer is: No! Because, as Pottage states in an echo of Latour³⁷: “Materiality is Sociality.”³⁸ By this he means: “[M]ateriality is an effect of the terms in which it is observed or schematised, and there are as many materialities (in one) as there are observers or idioms of observation.”³⁹ So just as the category of biological gender, which – as gender studies teach us – can hardly be grasped beyond the deposits of discursive sediments,⁴⁰ so the technology beyond the tissue of discursive references cannot be reduced to a *real thing*, a sheer materiality.

The same applies to the technique of egg cell preservation. The “essence” of this technique is also an effect of the way we observe it or an effect of the expectations we project onto it. No better proof of this can be found than in the origin story of the technique of egg cell preservation itself. One pertinent report on the history of egg cell preservation

36 Man gerät in die Versuchung, hier von einer wahrhaft optionenerweiternden Technik zu sprechen.

37 Bruno Latour/Vincent A. Lépinay, *L'économie, science des intérêts passionnés*, Paris (2008), 107.

38 Pottage (FN 28), 107.

39 Ebd.

40 Es ist vor allem Butlers Verdienst, darauf hingewiesen zu haben. Wie sie in ihrem Buch „Körper vom Gewicht“ bemerkt, gerinnt die Materialität des menschlichen Körpers bzw. des biologischen Geschlechts zur einer „kulturelle[n] Norm, die die Materialisierungen von Körpern regiert“ [Judith Butler, *Körper vom Gewicht*, Frankfurt a. M. (1997), 23], und sie fügt hinzu: „Was ich [...] vorschlagen möchte, ist eine Rückkehr zum Begriff der Materie, jedoch nicht als Ort oder Oberfläche vorgestellt, sondern als ein Prozess der Materialisierung, der im Laufe der Zeit stabil wird, so dass sich die Wirkung von Begrenzung, Festigkeit und Oberfläche herstellt, den wir Materie nennen.“ (ebd., 32).

36 One is tempted to speak in this case of a truly option-expanding technology.

37 Bruno Latour/Vincent A. Lépinay, *L'économie, science des intérêts passionnés*, Paris (2008), 107.

38 Pottage (FN 28), 107.

39 Ibid.

40 It is above all Butler’s merit to have pointed this out. As she notes in her book “Bodies that Matter,” the materiality of the human body or biological gender coagulates into a “cultural norm which governs the materialization of bodies” [Judith Butler, *Bodies that Matter*, London (1993), 3]. And she adds: “What I would propose ... is a return to the notion of matter, not as a site or a surface, but as a process of materialization that stabilizes over time to produce the effect of boundary, fixity, and surface we call matter.” (Ibid., 9).

einschlägigen Bericht über die Entstehungsgeschichte der Eizellkonservierung, dass die Beweggründe hinter deren Entwicklung ganz anderer Natur waren, mit Fraueninteressen hatten sie jedenfalls nichts zu tun. Im Gegenteil: Es waren die Interessen der Embryonen in vitro, die durch die Entwicklung dieser Technologie geschützt werden sollten. Nämlich: „To increase the clinical efficiency of IVF following ovarian stimulation, there was a clear advantage to be gained if oocytes/embryos could be successfully cryopreserved. [...] The advent of human embryo freezing and storage, however, raised ethical issues in some sections of the community, and despite the concerns which had been raised by animal studies, this prompted interest in the possibility of clinical application for oocyte cryoconservation.“⁴¹

Später erwies sich die gleiche Technik bei der Eizellspende als besonders nützlich, da sie ermöglichte, die geernteten Eizellen für die spätere Verwendung durch fremde Frauen zu konservieren.⁴² Was sich also für die eine Frau (bspw. die Empfängerin von fremden Eizellen) als Chance/Option erweist, kann sich für die andere (bspw. die Spenderin von Eizellen) als Risiko entpuppen. Von einer invariablen Natur der Technik der Eizellkonservierung kann jedenfalls nicht die Rede sein. Im Gegenteil, je nach Kontext bzw. Verwendungszweck erfüllt die gleiche Technik eine jeweils andere Funktion (z.B. Sicherstellung der Effizienzsteigerung von IVF-Verfahren unter Umgehung der Problematik der Konservierung von Embryonen bzw. Förderung der Eizellspende).

Noch weniger kann man sich aber erhoffen, dass man mit Hilfe einer Technik soziale Kontingenzen oder sogar soziale Probleme umgehen kann. Sätze wie die folgenden wären also vor dem Hintergrund der vorangegangenen Ausführungen eher mit Vorsicht zu genießen: „[D]espite legal steps toward allowing sharing of leave between male and female partners after the birth of a child, the rate of take-up by men has been extremely low. This suggests that at least in the short term, cultural change is coming slowly [...]; as a result, egg freezing remains a useful option for women wishing to avoid the disadvantages they might otherwise face if they have children earlier. Freezing is therefore empowering in that it at least gives women more options in relation to how they deal with the conditions in which they find themselves.“⁴³

recounts that the reasons behind its development were of a completely different nature, having nothing to do with women’s interests in any case. On the contrary: it was the interests of embryos in vitro that were to be protected by the development of this technology. Namely: “To increase the clinical efficiency of IVF following ovarian stimulation, there was a clear advantage to be gained if oocytes/embryos could be successfully cryopreserved. [...] The advent of human embryo freezing and storage, however, raised ethical issues in some sections of the community, and despite the concerns which had been raised by animal studies, this prompted interest in the possibility of clinical application for oocyte cryoconservation.“⁴¹

Later, the same technique proved to be particularly useful for egg donation, as it enabled the harvested eggs to be preserved for later use by other women.⁴² Thus, that which proves to be an opportunity/option for one woman (e.g. the recipient of another’s oocytes) can turn out to be a risk for the other (e.g. the donor of oocytes). The technique of egg cell preservation is in any case anything but invariable in nature. On the contrary, the same technique fulfils a different function depending on the context or intended use (e.g. ensuring increased efficiency of IVF procedures by circumventing the problem of preserving embryos or, indeed, promoting egg cell donation).

Still less, however, might one hope to be able to circumvent social contingencies or even social problems with the help of technology. Statements such as the following should therefore be treated with caution in the light of the foregoing: “[D]espite legal steps toward allowing sharing of leave between male and female partners after the birth of a child, the rate of take-up by men has been extremely low. This suggests that at least in the short term, cultural change is coming slowly ...; as a result, egg freezing remains a useful option for women wishing to avoid the disadvantages they might otherwise face if they have children earlier. Freezing is therefore empowering in that it at least gives women more options in relation to how they deal with the conditions in which they find themselves.“⁴³

41 Cook, RBM online (FN 9), 283.

42 Helga Seyler, Kryokonservierung von Eizellen aus sozialen Gründen, „Social Freezing“, profamilia magazin – der familienplanungsbrief 3 (2014), 1.

43 Goold, JLB (FN 1), 527.

41 Cook, RBM online (FN 9), 283.

42 Helga Seyler, Kryokonservierung von Eizellen aus sozialen Gründen, „Social Freezing“, profamilia magazin – der familienplanungsbrief Nr. 3 (2014), 1.

43 Goold, JLB (FN 1), 527.

Die Frage, die man direkt im Anschluss an dieses Zitat stellen sollte, wäre aber dann: Von welchen Frauen und welcher Technik ist hier genau die Rede?

IV. EIZELLKONSERVIERUNG ALS DISKURSEFFEKT

Die essentialistische Betrachtungsweise der Technik der Eizellkonservierung von Goold und Robertson stellt selber einen diskursiven Effekt dar, der eben nicht diskurs-extern vorgegeben ist, sondern eher historisch-diskursiv hervorgebracht wird.

Die Eizellkonservierung präsentiert sich zunächst als eine Technik der Zeitachsenmanipulation, die mit dem Versprechen einhergeht, „die natürliche Unumkehrbarkeit und Linearität der Zeit, die festgelegte Abfolge von Ereignissen aufzubrechen, umzuordnen und/oder in ihren Eigenschaften (Geschwindigkeit) zu verändern.“⁴⁴ Techniken der Zeitachsenmanipulation operieren allerdings nicht in einem sozialen Vakuum, sondern vor dem Hintergrund von in der Gesellschaft herrschenden Zeitmodellen. Gleiches gilt auch für die Eizellkonservierung, die – wie van de Weil in ihrer Analyse des Dokumentarfilms *Eggs for Later* der niederländischen Regisseurin Schellart aufgezeigt hat – „chrononormative models of life course progression“⁴⁵ verpflichtet bleibt. Nach diesen Modellen wird Frauenleben als progressives Fortschreiten vom Singledasein über die Partnerschaft bis hin zur Reproduktion erfasst und in entsprechende Lebensphasen eingeteilt. Frauenleben, die diesem idealen Zeitmodell nicht entsprechen, werden wiederum als defizitär abgestempelt, weil sie *out of time* bzw. *behind time* sind.⁴⁶ Die Technik der Eizellkonservierung wird als dasjenige Medium imaginiert, das den Frauen ermöglicht, ihren persönlichen *time lag* aufzufangen und dadurch die Zeit „einzufrieren“. Die Technik soll schliesslich eine Kompatibilisierung des „realen“ Lebens der Frauen, das freilich nicht in dieser linearen Art und Weise verläuft, mit normativen Modellen eines „idealen“ Lebensverlaufs leisten, allerdings zum Zweck der Verfestigung Letzterer. Äusserungen wie die nachfolgenden legen Zeugnis davon ab, dass die Nationale Ethikkommission von ähnlichen chrononormativen Modellen ausgeht, auch wenn sie hier angeblich nur bloss die Ergebnisse empirischer Untersuchungen rezitieren: „Viele Frauen möchten sich mittels Kryokonservierung den

The question that should be asked in direct relation to this quote would be: which women and which techniques are we talking about here?

IV. EGG CELL PRESERVATION AS A DISCOURSE EFFECT

The essentialist approach to the technique of egg cell preservation by Goold and Robertson itself represents a discursive effect that is not prescribed outside but is rather produced from within the relevant discourse.

Egg cell conservation presents itself first as a technique of “time axis manipulation” that goes hand in hand with the promise of “breaking up, rearranging and/or altering the characteristics (speed) of the natural irreversibility and linearity of time, the fixed sequence of events.”⁴⁴ Techniques of time axis manipulation do not operate in a social vacuum, however; the conjuring occurs against the backdrop of society’s prevailing time models. The same applies to egg cell preservation, which – as van de Weil points out in her analysis of the documentary film *Eggs for Later* by the Dutch director Schellart – remains⁴⁵ committed to “chrononormative models of life course progression.” According to these models, women’s lives are understood as a progressive advancement from singlehood through partnership to reproduction, and divided into corresponding life phases. Women’s lives that do not correspond to this ideal time model are again labelled as deficient because they are *out of time* or *behind time*.⁴⁶ The technique of egg preservation is imagined as the medium that enables women to capture their personal *time* and thus “freeze” time. Ultimately, the technique is intended to make the “real” – by no means linear – lives of women compatible with normative models of an “ideal” life course, albeit for the purpose of consolidating the latter. Statements such as the following bear witness to the fact that the Swiss National Advisory Commission on Biomedical Ethics starts from similar chrononormative models, even if it allegedly merely recites the results of empirical studies: “Many women also want to take away the pressure to find a partner. Egg banking increases their chances in the ‘partnership market,’ partly because

44 Vgl. <https://wikis.hu-berlin.de/zeitwoerter/Zeitachsenmanipulation>, letzter Zugriff: 27. Juni 2019.

45 Lucy Van De Weil, *Frozen in anticipation: Eggs for later*, Women’s Studies International Forum (2015), 119 ff., 121.

46 Ebd.

44 See <https://wikis.hu-berlin.de/zeitwoerter/Zeitachsenmanipulation>, last accessed: 27 June 2019.

45 Lucy Van De Weil, *Frozen in anticipation: Eggs for later*, Women’s Studies International Forum (2015), 119 ff., 121.

46 Ibid.

Druck nehmen, schnellstmöglich eine Partnerschaft zwecks Familiengründung eingehen zu müssen. Dieser Spielraum erhöht ihre Chancen auf dem ‚Partnerschaftsmarkt‘, unter anderem weil viele Männer beim Kennenlernen kinderloser Frauen im Alter zwischen 35 und 45 Jahren diesen Druck scheuen. Zudem wollen Frauen vorsorgen, um ungewollter Kinderlosigkeit begegnen zu können.“⁴⁷

Die essentialistische Betrachtungsweise der Eizellkonservierung als Fertilitätserhaltung fördert weiterhin ein Verständnis dieser Technik als *Future-Pacing*. Nach einer einschlägigen Definition bezeichnet *Future-Pacing* „den Prozess des mentalen Einübens einer Situation, die in der Zukunft eintreten wird, um zu gewährleisten, dass das gewünschte Verhalten auf natürliche und automatische Weise eintritt.“⁴⁸ Das Reden über die Eizellkonservierung als Fertilitätserhaltung geht mit der impliziten Forderung an die Frauen einher, sich selbst als unfruchtbar und kinderlos vorzustellen. Wie aber van de Weil bemerkt, besteht die Funktion von solchen *regimes of anticipation* darin, Angst zu schüren: „[T]hey create anxiety by dividing the future into a value-differentiated binary, the positive side of which is suggested to be attainable through biomedicalised anticipatory action in the present.“⁴⁹ Dieser Versuch der Ausräumung von Kontingenz durch binär kodierte Werte schliesst aber die Berücksichtigung von Alternativen einer (nicht-)reproduktiven Zukunft aus, obwohl diese einen wesentlichen Beitrag zur Verringerung altersbedingter Angstgefühle leisten könnten.⁵⁰

Schliesslich darf man nicht vergessen, dass *regimes of anticipation* stets normative Forderungen nach einer konkreten Lebensführung implizieren. In van de Weils Worten: „With the possibility of circumventing age-related infertility may emerge an increased individual responsibility for maintaining reproductive ability within culturally specific age ranges. This responsibility for anticipating the risk of future infertility may be read as an extension of ‘the obligation to stay informed‘ about possible futures [which] has become mandatory for good citizenship and morality, engendering alertness and vigilance as normative affective states. The reproductive choice of egg freezing must, in other words, be situated in relation to the neoliberalist subject, who comes to bear a heightened responsibility for future fertility.“⁵¹

many men who meet childless women aged 35 – 45 shy away from this pressure. In addition, women see this procedure as offering insurance against involuntary childlessness.“⁴⁷

Furthermore, the essentialist view of egg cell preservation as fertility preservation promotes an understanding of this technique as “future pacing.” Future pacing is defined as “the process of mental rehearsal of a situation that will occur in the future in order to ensure that the desired behavior occurs naturally and automatically.”⁴⁸ Talk about egg cell preservation as fertility preservation goes hand in hand with the implicit demand on women to imagine themselves as infertile and childless. But as van de Weil notes, the function of such regimes of anticipation is to stir up fear: “[T]hey create anxiety by dividing the future into a value-differentiated binary, the positive side of which is suggested to be attainable through biomedicalised anticipatory action in the present.”⁴⁹ This attempt to eliminate contingency via binary-coded values, however, excludes the consideration of alternatives to a (non-)reproductive future, despite the fact that such alternatives could significantly contribute to reducing age-related anxiety.⁵⁰

Finally, one must not forget that regimes of anticipation always imply normative demands for a concrete lifestyle. In van de Weil’s words: “With the possibility of circumventing age-related infertility may emerge an increased individual responsibility for maintaining reproductive ability within culturally specific age ranges. This responsibility for anticipating the risk of future infertility may be read as an extension of ‘the obligation to stay informed‘ about possible futures [which] has become mandatory for good citizenship and morality, engendering alertness and vigilance as normative affective states. The reproductive choice of egg freezing must, in other words, be situated in relation to the neoliberalist subject, who comes to bear a heightened responsibility for future fertility.”⁵¹

47 NEK-Stellungnahme Nr. 28/2017 (FN 7), 12.

48 *Richard Bandler, Time for a Change. Neue NLP-Techniken. Lernen, bessere Entscheidungen zu treffen, Paderborn (2009), 193.*

49 *Van De Weil, Women’s Studies International Forum (FN 45), 122.*

50 Ebd.

51 Ebd., 123.

47 NCE opinion No. 28/2017 (FN 7), 12.

48 *Richard Bandler, Time for a Change. Neue NLP-Techniken. Lernen, bessere Entscheidungen zu treffen, Paderborn (2009), 193.*

49 *Van De Weil, Women’s Studies International Forum (FN 45), 122.*

50 Ibid.

51 Ibid., 123.

Nirgends kann man diese Wahlverwandtschaft zwischen der Aufforderung zum Einfrieren und neoliberalen Diskursen besser beobachten als im Zitat, das dem vorliegenden Text vorangestellt ist, wo namentlich das Einfrieren von Eizellen und das Aufnehmen eines Studienkredits im gleichen Atemzug nebeneinander erwähnt und als zu erwartende Handlungen seitens rationaler Akteure stilisiert werden.⁵² Dies ist kein Zufall, zumal beide Praxen neoliberalen Technologien des Selbst eingeschrieben sind, deren Funktion darin besteht, dem Subjekt beizubringen, die eigene Lage als „selbstverschuldet“ zu erkennen und zu verinnerlichen.⁵³ Die Erwähnung der beiden Praxen *en passant* wirkt ferner rechtfertigend und normalisierend. Konkret legitimiert sie eine Praxis, die dafür verantwortlich ist, dass viele junge Menschen, insbesondere in den USA, hochverschuldet ins Berufsleben einsteigen.⁵⁴

Von wegen also Eizellkonservierung als optionerweiternde Fertilitätserhaltung! Jedes Reden über Technik entpuppt sich beim näheren Hinsehen als eine weitere Falte innerhalb eines viel umfassenderen diskursiven Universums.

V.

„WE CANNOT NOT WANT“

Technikoptionen bestimmen unsere Lage.⁵⁵ Moderne Gesellschaften fördern sie einerseits, andererseits werden sie von ihnen heimgesucht. Für das Recht stellt sich konkret die Frage: Mit welcher Begründung kann man Technikoptionen eindämmen, wenn Letztere das Ergebnis von Freiheitsausübung sind?

Das ist die Frage, mit welcher sich van den Daele in einem Artikel aus dem Jahre 1991 befasst, welcher den aussagekräftigen Titel trägt: „Freiheiten gegenüber Technikoptionen. Zur Abwehr und Begründung neuer Techniken durch subjektive Rechte“.⁵⁶ Darin schildert er das Dilemma, in welchem sich technologieaffine und auf Innovation ausgerichtete Gesellschaften befinden.

52 Vgl. FN 1.

53 Zur Subjektivierungsleistungen von Schulden bzw. zu den Schulden als strategisches Dispositiv siehe *Maurizio Lazzarato*, Die Fabrik des verschuldeten Menschen: Essay über das neoliberale Leben, Berlin (2012); Vgl. ferner *David Graeber*, Schulden: Die ersten 5.000 Jahre, München (2014).

54 *Jörg Wimalasena*, Die Masche mit den Träumen, Studienkredite in den USA, taz (28.5.2017).

55 In Anlehnung an den lapidaren Satz im Vorwort von *Friedrich Kittler*, Film, Grammophon, Typewriter, Berlin (1986), 3: „Medien bestimmen unsere Lage.“

56 *Wolfgang van den Daele*, Freiheiten gegenüber Technikoptionen, Zur Abwehr und Begründung neuer Techniken durch subjektive Rechte, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) (1991), 257 ff.

Nowhere can this elective affinity between the call to freeze and neoliberal discourses be better observed than in the quote that precedes the present text, where egg cell freezing and taking out a student loan are mentioned side by side in the same breath and stylized as expected actions by rational actors.⁵² This is no coincidence, especially since both practices are inscribed with neoliberal technologies of the self, whose function is to train the subject to recognize and internalize its own situation as “self-inflicted.”⁵³ The mention of the two practices *in passing* also has a justifying and normalizing effect. In concrete terms, it legitimizes a practice that is responsible for the fact that many young people, especially in the USA, enter the world of work with massive debt.⁵⁴

As if egg cell preservation were merely an option-extending way to maintain fertility! Any talk of technique turns out, upon closer inspection, to be another fold within a much larger discursive universe.

V.

“WE CANNOT NOT WANT”

Technical options determine our situation.⁵⁵ Modern societies on the one hand promote them but are afflicted by them on the other. One specific question arises for the law at this point: what is the justification for curbing technological options if the latter are the result of freedom?

This is the question that van den Daele takes up in an article from 1991, which bears the impressive title: “Freedom vis-à-vis technological options. On resisting and justifying new technologies through subjective rights.”⁵⁶ In it, he describes the dilemma in which technology- and innovation-oriented societies find themselves stuck.

52 See FN 1.

53 On the subjectivation of debt and on debt as a strategic dispositive, see *Maurizio Lazzarato*, Die Fabrik des verschuldeten Menschen: Essay über das neoliberale Leben, Berlin (2012); cf. also *David Graeber*, Debt: The First 5000 Years, New York (2011).

54 *Jörg Wimalasena*, Die Masche mit den Träumen, Studienkredite in den USA, taz (28.5.2017).

55 Following the succinct sentence in the preface by *Friedrich Kittler*, Film, Grammophon, Typewriter, Berlin (1986), 3: “Media determine our situation.”

56 *Wolfgang van den Daele*, Freiheiten gegenüber Technikoptionen, Zur Abwehr und Begründung neuer Techniken durch subjektive Rechte, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) (1991), 257 ff.

Der Übergang zur Moderne wird durch die Entstehung einer Vielzahl von autonomen Handlungsbereichen gekennzeichnet, die sich nunmehr einzig nur ihrer jeweiligen internen Logik gegenüber verpflichtet fühlen. Während also in den vorangegangenen Jahrhunderten die Wissenschaft und Technik eng mit der Politik und Religion gekoppelt waren, erfahren sie nun einen regelrechten Ausdifferenzierungs- und Autonomisierungsschub.⁵⁷

Dieser wird ferner durch die Rechtsform des subjektiven Rechts gefördert und gewährleistet. Konkret wird der private Wille, auf den die subjektiven Rechte verweisen, zum Motor der gesellschaftlichen Differenzierung und Erneuerung instrumentalisiert.⁵⁸ Wie uns aber Teubner in Erinnerung ruft, ist dieser private Wille stets ein sozialisierter Wille: „Der rechtliche Verweis auf den Willen des Subjekts ist dann immer schon an die Bedingungen eines einzigen hochspezialisierten Sozialsystems gebunden und wird entsprechend zu einem Verweis auf sozial präformierte Kategorien der Individualität: ‚Präferenzen‘ oder ‚Interessen‘, ‚Begehren‘.“⁵⁹ Verwiesen wird also nach Teubner auf keinen idiosynkratischen, innerpsychischen, authentischen Zustand der Urteilsbildung, sondern eher nüchterner auf „die Eigennormativität eines der Funktionssysteme“⁶⁰ der modernen Gesellschaft.

Entscheidend für die Sozialisierung des privaten Willens ist nach Teubner weiterhin die Rolle, die die Kommunikationsmedien Geld, Macht, Wahrheit etc. in diesem Zusammenhang spielen. Die Funktion der Kommunikationsmedien besteht bekanntlich darin, „die Annahme einer Kommunikation erwartbar zu machen in Fällen, in denen die Ablehnung wahrscheinlich ist.“⁶¹ Kommunikationsmedien dienen also der Widerspruchsvermeidung oder positiv gewendet der Ermöglichung des Anschlusses der einen Kommunikation an die nächste dadurch, dass sie nicht weiter diskussionsbedürftige Motivationsgründe zur Verfügung stellen. Dadurch präformieren sie aber zugleich die Motivbildung, auf die der private Wille rekurriert,

The transition to modernity is marked by the emergence of a multitude of autonomous fields of action, which are now obliged only to their respective internal logics. While in previous centuries science and technology were closely linked to politics and religion, they are now experiencing a real push towards differentiation and autonomy.⁵⁷

This is further promoted and guaranteed by the legal form of subjective rights. In concrete terms, the private will to which subjective rights refer is instrumentalized as the motor of social differentiation and renewal.⁵⁸ But as Teubner reminds us, this private will is always a socialized will: “The legal reference to the will of the subject is then always bound to the conditions of a single highly specialized social system and accordingly becomes a reference to socially preformed categories of individuality: ‘preferences’ or ‘interests,’ ‘desires.’”⁵⁹ Teubner is thus not referring to an idiosyncratic, innerpsychic, authentic state of judgment formation but rather more soberly to “the inherent normativity of one of the functional systems⁶⁰” of modern society.

According to Teubner, the decisive factor for the socialization of the private will continues to be the role played in this context by the communication media of money, power, truth, etc. It is well known that the communication media serve “the function of rendering expectable the acceptance of a communication in cases where rejection is probable.”⁶¹ Communication media thus serve to avoid the rejection of communications or, positively put, to enable the connection of one communication to the next by providing motivational reasons that do not require further discussion. In this way, however, they simultaneously preform the shaping of motives to which the private will refers as well as the private will itself. Teubner draws from this the

57 Vgl. statt anderer *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin (1965) und *Gunther Teubner*, Die anonyme Matrix: zu Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure, Der Staat: Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und ausländisches öffentliches Recht (2006), 161 ff., 173 f. Charakteristisch spricht *Teubner* an dieser Stelle vom zweiten Sündenfall nach dem Sündenfall am Baum der Erkenntnis, wobei er unter Letzterem die Entstehung der ersten Kommunikation versteht.

58 Klassisch dazu: *Niklas Luhmann*, Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft, in: ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 2, Frankfurt a. M. 1981, 45 ff.

59 *Gunther Teubner*, Zum transsubjektiven Potential subjektiver Rechte: Gegenrechte in ihrer kommunikativen, kollektiven und institutionellen Dimension, in: Franzki/Horst/Fischer-Lescano (Hrsg.), Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts, Tübingen (2018), 357 ff., 364.

60 Ebd.

61 *Niklas Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1997, 143.

57 Cf. *Niklas Luhmann* among others, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin (1965) and *Gunther Teubner*, Die anonyme Matrix: zu Menschenrechtsverletzungen durch “private” transnationale Akteure, Der Staat: Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und ausländisches öffentliches Recht (2006), 161 ff., 173 f. Characteristically, *Teubner* speaks of a second Fall after the Fall, resulting from original sin at the Tree of Knowledge, whereby he understands the latter as the emergence of the first communication.

58 A classic text on this is *Niklas Luhmann*, Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft, in: ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 2, Frankfurt a. M. (1981), 45 ff.

59 *Gunther Teubner*, Zum transsubjektiven Potential subjektiver Rechte: Gegenrechte in ihrer kommunikativen, kollektiven und institutionellen Dimension, in: Franzki/Horst/Fischer-Lescano (Ed.), Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts, Tübingen (2018), 357 ff., 364.

60 Ibid.

61 *Niklas Luhmann*, The Theory of Society, vol. 1, Stanford CA 2012, 190.

und im Anschluss daran den privaten Willen selber. Teubner zieht daraus folgende Schlussfolgerung: „Subjektive Rechte verweisen also auf einen – in dieser Weise medientheoretisch verstandenen – Willen zur Macht, zum Geld, zur Wahrheit. Subjektive Rechte zelebrieren zwar das Individuum in seiner Autonomie, aber sie zwingen es gleichzeitig von vornherein in Max Webers ‚Gehäuse der Hörigkeit der Zukunft‘, der hier als der überwältigende Motivierungszwang der je eindimensional ausgerichteten Kommunikationsmedien verstanden wird.“⁶² Im Fall der ausdifferenzierten Wissenschaft und Technik ist also der durch das Kommunikationsmedium Wissen sozial präformierte Wille zum Wissen, auf den die einschlägigen Grundrechte verweisen, folglich für die Entstehung immer neuerer Technikoptionen verantwortlich. Dieser Prozess der Generierung von Technikoptionen ist mit anderen Worten in der modernen Gesellschaft normativ verankert und faktisch gesehen unumkehrbar.⁶³

Dazu kommt aber auch die eigenartige Verflechtung zwischen der jeweiligen Technik in ihren vielen Wandlungen und der Form des subjektiven Rechts. Wie wir vorhin gesehen haben, kann die gleiche Technik je nach Kontext eine andere Technik darstellen und die damit eröffnenden Nutzungsmöglichkeiten können sich dann als jeweils neue Optionen manifestieren. Dieser Umstand zeitigt Auswirkungen auf den Inhalt des jeweils geltend gemachten Anspruchs auf Nutzung dieser Optionen, der dadurch immer wieder neu aktualisiert und fortentwickelt wird. Technikoptionen klinken sich also in die Rechtsform ein und verändern diese leise. Darin kann man einen der wichtigsten Mechanismen der Koevolution von Recht und Wissenschaft bzw. Technik erblicken.

Heutzutage werden wir – wie van den Daele im gleichen Aufsatz bemerkt – Zeuge einer Polanyischen Gegenbewegung, die dieselbe Form des subjektiven Rechts, die für die Freisetzung des Willens zum Wissen verantwortlich ist, nunmehr eben gegen Letztere einsetzt: „Im Vordergrund steht dabei die Abwehr von Risiken der Technik. Zentrale Probleme sind der Umfang der staatlichen Gefahrenvorsorge zum Schutz von Rechtsgütern und die Reichweite des individuellen Grundrechts auf Sicherheit. Allgemeiner und grundsätzlicher aber geht es für die Gesellschaft darum, gegenüber der in ihr entfesselten Technikdynamik politische Handlungsfähigkeit zu gewinnen; für den Einzelnen geht es darum, Entscheidungsfreiheit gegen Zwänge zur Nutzung neuer Techniken zu verteidigen. Subjektive Rechte auf Leben, Gesundheit und

following conclusion: “Subjective rights do indeed celebrate the individual in his autonomy, but only superficially, in reality they force him from the outset into Max Weber’s ‘iron cages of the future,’ here understood as the overwhelming motivational compulsion of communication media.”⁶² In the case of the functionally differentiated system of science and technology, the communication medium knowledge socially preforms the will to know, which is what the relevant fundamental rights refer back to in the first place. This will is thus responsible for the emergence of ever-newer technology options. In other words, this process of generating technology options is normatively anchored in modern society and is, in fact, irreversible.⁶³

But there is also the peculiar interweaving between the respective technique in its many variations and the form of the subjective right at hand. As we have seen above, a selfsame technology can represent a different technique depending on the context, and the possibilities of its use that open up can then manifest themselves as new options. This circumstance has an effect on the content of the respective claim to use these options, which is thereby constantly updated and developed further. Technological options thus “infest” the legal form and quietly transform it. Here we can see one of the most important mechanisms of the co-evolution between law and science and technology.

Today, as van den Daele observes in the above mentioned essay, we are witnessing a Polanyian counter-movement which is using the very same form of the subjective right that is responsible for unleashing the will to know against the latter: “The focus is on averting technological risks. The central problems are the extent of the state’s precautionary measures to protect legal interests and the scope of the individual fundamental right to security. More generally and fundamentally, however, society is concerned with gaining political capacity to act against the technological dynamics unleashed in it; for the individual, it is all about defending freedom of decision against constraints on the use of new

62 Teubner (FN 59), 365.

63 Vgl. auch van den Daele, KritV (FN 56), 257.

62 Teubner (FN 59), 365.

63 See also van den Daele, KritV (FN 56), 257.

Selbstbestimmung werden als Positionen des Widerstands gegen die Überwältigung durch Techniken in Anspruch genommen.“⁶⁴

Aber leider ist dieses Unternehmen zum Scheitern verurteilt! Denn wie der gleiche Autor feststellt: „[P]aradoxerweise kann man nicht Sicherheit und Selbstbestimmung gegen neue Techniken ins Feld führen, ohne damit zugleich die Werthaltungen zu fördern, die auch das Plädoyer für die Techniken tragen.“⁶⁵ Dies allein dürfte aber nicht der Grund für das Scheitern von Eindämmungsversuchen mittels subjektiver Rechte sein. Die Gegenbewegung, die sich als Minderheitsposition präsentiert, gilt vielmehr als stets einholbar, weil sie nicht in der Lage ist, sich gegen eine andere Motivbildung durchzusetzen, die heutzutage als überwältigend gilt. Es geht um die durch das Kommunikationsmedium des Wollens determinierte Motivbildung, die jedem Anspruch auf Nutzung einer Technikoption inhärent ist. Denn das ist das Spezifikum der modernen Gesellschaft, dass sie das Wollen selbst zu einem transsozialen Kommunikationsmedium avanciert hat.⁶⁶ Diese Ansicht schimmert m.E. auch in folgender Äusserung Menkes durch: „Das Eigene des Willens ist daher keine neue Zweckbestimmung – der bürgerliche Eigenwille ist nicht der (egoistische) Wille, dem es immer *um* sein Eigenes geht – sondern eine neue Weise der Geltung: das Wollen zählt jetzt, bloss weil es das eigene Wollen, das Wollen *von jemandem* ist. Dadurch *schafft* das bürgerliche Recht zugleich eine neue Form des Willens. Indem es das Wollen des Subjekts bloss deshalb gelten lässt, weil es sein Wille ist, bringt es ein neues Subjekt hervor: das Subjekt einer neuen Weise des Wollens.“⁶⁷ Mit der Wendung „neue Weise der Geltung“ weist Menke darauf hin, dass der subjektive Wille, das Wollen des Subjekts in der Moderne sich als eine neue soziale Tatsache etabliert hat, die nunmehr als solche, d.h. als „das Wollen von jemandem“ Geltung beansprucht.

Teubners These also, wonach „in den Motivationen zur Annahme einer Kommunikation, welche die Medien Geld, Macht, Recht, Wahrheit und Liebe erzeugen, ein Moment überschüssender Erwartungen, eine Art ‚Kredit‘ an zukünftige Kommunikationen steckt, der dort nur durch ständige Höherleistungen und ihre Rückwirkung auf ihrerseits

technologies. Subjective rights to life, health and self-determination are claimed as positions of resistance to being overwhelmed by technologies.“⁶⁴

Quite regrettably this enterprise is doomed to failure! For as the same author states: “[P]aradoxically one cannot deploy security and self-determination against new technologies in the field without simultaneously promoting the very values that also mount a plea for such technologies.”⁶⁵ However, this alone should not be the reason for the failure of containment attempts by means of subjective rights. Rather, the counter-movement, which presents itself as a minority position, is always in danger of being overtaken because it is in no position to assert itself against another form of motivational creation considered overwhelming today. This other form of motivational creation is in turn shaped by the communicative medium of will, which is inherent in every claim to use a technological option. For this is what characterizes modern society, that it has promoted the will itself to a transsocial medium of communication.⁶⁶ This view, in my opinion, also shines through in Menke’s following statement: “The self of the will is therefore not a new purpose – the bourgeois self-will is not the (egoistic) will, which is always *about* its self – but a new path of validity: the will counts now, only because it is the self-will, the will of *someone*. In this way, the law of the civil society also *creates* a new form of will. By accepting the subject’s will merely because it is his will, it produces a new subject: the subject of a new way of wanting.”⁶⁷ With the phrase “new path of validity” Menke points out that the subjective will, the will of the subject in modernity, has established itself as a new social fact, which now claims validity as such, i.e. as “the will of someone.”

Teubner’s thesis, then, that “[the communicative media of money, power, law, truth, and love] increase not only the motivations for accepting communications, but produce at the same time excessive growth expectations, a kind of ‘credit’ to future communications ..., so that a spiral of growth arises”⁶⁸ would have to be modified accordingly, as

64 Ebd., 257 f.

65 Ebd., 258.

66 Vgl. dazu die klassische Studie von *Ferdinand Tönnies*, *Die Tatsache des Wollens*, Aus dem Nachlass hrsg. und eingel. von Jürgen Zander, Berlin (1982), in der allerdings das „Wollen“ als eine psychologische Tatsache analysiert wird.

67 *Christoph Menke*, *Kritik der Rechte*, Berlin (2015), 197. Entscheidend ist m.E. an dieser Stelle, dass Menke den bürgerlichen Eigenwillen nicht mit dem egoistischen Willen des bürgerlichen Subjekts gleichsetzt. Der bürgerliche Eigenwille ist kein individueller Wille, sondern vielmehr eine neue gesellschaftliche Form der Geltung.

64 Ibid., 257 f.

65 Ibid., 258.

66 Cf. the classic study by *Ferdinand Tönnies*, *Die Tatsache des Wollens*, Berlin (1982), in which, however, the fact of “wanting” is analyzed merely as a psychological fact.

67 *Christoph Menke*, *Kritik der Rechte*, Berlin (2015), 197. In my opinion, it is decisive at this point that Menke does not merely equate bourgeois self-will with the egoistic will of the bourgeois subject. The bourgeois self-will is not an individual will, but rather a new social form of validity.

68 *Gunther Teubner*, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford (2012), 79 f.

steigende ‚Kredit‘-Erwartungen eingelöst werden kann, so dass eine notwendige Steigerungsdynamik, eine Wachstumsspirale entsteht“,⁶⁸ müsste man entsprechend wie folgt modifizieren: Der für die moderne Gesellschaft charakteristische Zwang zur Selbststeigerung ist vor allem auf die Tatsache des reinen Wollens zurückzuführen und nicht auf die nicht mehr kontrollierbare Selbstvermehrungskraft der Erwartungen, die die verschiedenen Kommunikationsmedien erzeugen. Mit Badiou können wir ausrufen: „Das Begehren ist nicht totzukriegen“. ⁶⁹ Oder noch prägnanter in Spivaks Worten: „We cannot not want“. ⁷⁰ Wir können nicht nicht wollen. Darin besteht die Kardinalsünde der modernen Gesellschaft.

Für den liberal-demokratischen Rechtsstaat, der auf der Idee der subjektiven Rechte beruht, bedeutet das aber, dass er das Wollen nicht unterbinden kann, ohne sich selbst in Frage zu stellen, was wiederum für dessen Umgang mit Technikoptionen heisst, dass sich Letztere *in the long run* immer durchsetzen werden. ⁷¹

VI.

FAZIT: KRITIK ALS ETHOS

Wenn das der Fall ist, was bleibt uns dann als Ausweg? Was gilt dann jenseits der blossen Affirmation des faktisch Unvermeidlichen als unsere Aufgabe? Spivak hat die Dekonstruktion als u.a. „the persistent critique of what one cannot not want“⁷² definiert. Vielleicht sollte unsere Aufgabe heute gleich aufgefasst werden, namentlich als die kritische Reflexion dessen, was wir nicht in der Lage sind, nicht zu wollen.

68 Gunther Teubner, Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, Frankfurt a. M. (2012), 127.

69 Alain Badiou, Beckett: Das Begehren ist nicht totzukriegen, Zürich/ Berlin (2006).

70 Gayatri Chakravorty Spivak, Outside in the Teaching Machine, New York (1993), 45 f. zitiert nach: Athina Athanasiou/Judith Butler, Disposition, The Performative in the Political, Cambridge (2013), 76. Spivak hat diesen Ausdruck in ihrem Werk an vielen Stellen benutzt, jedoch damit nicht immer das Gleiche gemeint. Ein Thema, das sie allerdings beschäftigt und immer wieder vorkommt, ist das Verhältnis des (post-)modernen Subjekts zum Liberalismus und seiner Erbschaft. Es ist dieses Thema, welches Butler an der vorhin zitierten Stelle aus dem Buch mit Athanasiou aufgreift und wie folgt kommentiert: „I have found myself returning to that ‚cannot not want‘ time and again. The formulation implies that wanting is itself compelled by social and practical categories, which means that such categories are not only objects of desire, but also historical conditions of desire. It is one thing to say that I cannot not want liberalism, as much I wish I could not want it, and so to treat liberalism as an object I cannot do without. It is yet another matter to claim that without the horizon and instruments of liberalism, I cannot want at all, that what I call my desire is so bound up with these categories that without them I may find myself not desiring at all (and so not find myself at all).“ Dieses „we cannot not want“ sollte hier ebenfalls im Sinne Butlers gelesen werden, namentlich als ein Wollen, das erst in der Moderne, in der Zeit des Liberalismus und durch ihn konstituiert wird.

71 Zum gleichen Ergebnis kommt auch van den Daele, KritV (FN 56), 278.

72 Donna Landry/Gerald McLean (Hrsg.), The Spivak Reader, New York/ London (1996), 28.

follows: the impulse of modern society towards rationality maximization is primarily due to the communicative medium of pure will, and not to the uncontrollable self-increasing power of the expectations generated by the various communicative media. With Badiou we can proclaim: „Desire can go on forever.“⁶⁹ Or even more concisely in Spivak’s words: „We cannot not want.“⁷⁰ This is the cardinal sin of modern society.

For the liberal-democratic state, however, which is based on the idea of subjective rights, this means that it cannot repress the will without questioning itself – which in turn means for its approach to technological options that the latter will always prevail *in the long run*.⁷¹

VI.

CONCLUSION: CRITICISM AS ETHOS

If that is the case, what can we do about it? What is our task beyond the mere affirmation of the factually inevitable? Spivak defined deconstruction as „the persistent critique of what one cannot not want.“⁷² Perhaps our task today should be understood in the same way, namely as the critical reflection of what we are incapable of not wanting.

69 Alain Badiou, On Beckett, Manchester (2003), 37 ff. I intentionally „misunderstand“ here Badiou’s term „tireless desire“ for the purposes of this text.

70 Gayatri Chakravorty Spivak, Outside in the Teaching Machine, New York (1993), 45 f. cited after: Athina Athanasiou/Judith Butler, Disposition, The Performative in the Political, Cambridge (2013), 76. Spivak has used this expression in her work in many places but did not always mean it in the same way. However, one topic that she is preoccupied with and repeatedly recurs is the relationship of the (post-)modern subject to liberalism and its legacy. It is this theme which Butler takes up in the passage quoted earlier from the book with Athina Athanasiou and she comments as follows: „I have found myself returning to that ‚cannot not want‘ time and again. The formulation implies that wanting is itself compelled by social and practical categories, which means that such categories are not only objects of desire, but also historical conditions of desire. It is one thing to say that I cannot not want liberalism, as much I wish I could not want it, and so to treat liberalism as an object I cannot do without. It is yet another matter to claim that without the horizon and instruments of liberalism, I cannot want at all, that what I call my desire is so bound up with these categories that without them I may find myself not desiring at all (and so not find myself at all).“ This „we cannot not want“ should also be used here in Butler’s sense, namely as a will that is constituted only in modernity, in the time of liberalism and by it.

71 The same conclusion is reached by van den Daele, KritV (FN 56), 278.

72 Donna Landry/Gerald McLean (Ed.), The Spivak Reader, New York/ London (1996), 28.

Hier muss man allerdings eine letzte Notiz anfügen: Wenn hier die Rede von Kritik ist, dann ist Kritik im Sinne von Foucault gemeint. Dieser hat in seinem Text „Was ist Aufklärung?“⁷³ Kritik als historische Untersuchung der Ereignisse definiert, „die uns dazu geführt haben, uns als Subjekte dessen, was wir tun, denken und sagen, zu konstituieren und anzuerkennen.“⁷⁴ Eine so verstandene Kritik sei nicht transzendental und ihr Ziel bestehe nicht in der Herbeiführung einer Metaphysik.⁷⁵ Im Gegenteil: Die Kritik sollte im Sinne Foucaults „in ihrer Absicht genealogisch und in ihrer Methode archäologisch“⁷⁶ sein. Mit dem Ausdruck „archäologisch“ meint Foucault den Versuch der Identifizierung derjenigen historischen Ereignisse, die uns zu dem gemacht haben, was wir geworden sind. Die archäologische Methode ist also eine Arbeit an der Immanenz des menschlichen Lebens. Das „Genealogische“ in der kritischen Haltung bezieht sich wiederum nicht darauf, aus uns etwas abzuleiten, „was wir unmöglich tun oder wissen können.“⁷⁷ Es geht also nicht um die Entwicklung einer Utopie. Das „Genealogische“ verweist hingegen auf den Versuch, die Möglichkeiten zu identifizieren, die uns erlauben würden, „nicht länger das zu sein, zu tun oder zu denken, was wir sind, tun oder denken.“⁷⁸ Die genealogische Methode ist mit anderen Worten eine Arbeit an der Kontingenz des menschlichen Lebens.⁷⁹

Die hier geäußerten Gedanken zur Eizellkonservierung sollten vor dem Hintergrund dieses Foucaultschen Programms als Beitrag zur Entwicklung eines philosophischen Ethos gelesen werden, „das in einer Kritik dessen besteht, was wir sagen, denken und tun, mittels einer historischen Ontologie unserer selbst.“⁸⁰ Ob daraus informierte Entscheidungen zu erwarten sind, sei an dieser Stelle dahingestellt.

But here one must add one last note: in talking about criticism here, we speak of Foucauldian criticism. In his text “What is Enlightenment?”,⁷³ Foucault defined critique as a historical investigation of the events that “have led us to constitute and recognize ourselves as subjects of what we do, think and say.”⁷⁴ A critique understood in this way is not transcendental and its aim is not metaphysical.⁷⁵ On the contrary, according to Foucault the criticism should be “genealogical in its intention and archaeological in its method.”⁷⁶ With the expression “archaeological,” Foucault means the attempt to identify those historical events that have made us what we have become. The archaeological method is therefore a means of uncovering the immanence of human life. The “genealogical” in the critical attitude again does not refer to deriving something from us “which we cannot possibly do or know.”⁷⁷ Thus it is not a question of developing a utopia. The “genealogical”, instead, refers to the attempt to identify the possibilities that would allow us “no longer to be, do or think what we are, do or think.”⁷⁸ In other words, the genealogical method is a means to investigate the contingency of human life.⁷⁹

The thoughts expressed here on egg cell preservation should be read against the background of this Foucauldian program as a contribution to the development of a philosophical ethos “that consists in a critique of what we say, think, and do, through a historical ontology of ourselves.”⁸⁰ It remains to be seen whether informed decisions can be expected from this.

73 Michel Foucault, Was ist Aufklärung?, in: Erdmann/Forst/Honneth (Hrsg.), Ethos der Moderne, Foucaults Kritik der Aufklärung, Frankfurt a. M. (1990), 35 ff.

74 Ebd., 49.

75 Ebd.

76 Ebd.

77 Ebd.

78 Ebd.

79 Diesen Aspekt des Foucaultschen Arbeitsprogramms hat Amstutz vorzüglich analysiert, vgl. Marc Amstutz, Der zweite Text: Für eine Kritische Systemtheorie des Rechts, in: Amstutz/Fischer-Lescano (Hrsg.), Kritische Systemtheorie: Zur Evolution einer normativen Theorie, Bielefeld (2013), 365 ff.

80 Ebd., 48.

73 Michel Foucault, Was ist Aufklärung?, in: Erdmann/Forst/Honneth (Ed.), Ethos der Moderne, Foucaults Kritik der Aufklärung, Frankfurt a. M. (1990), 35 ff.

74 Ibid., 49.

75 Ibid.

76 Ibid.

77 Ibid.

78 Ibid.

79 Amstutz has excellently analyzed this aspect of Foucault’s work program, cf. Marc Amstutz, Der zweite Text: Für eine Kritische Systemtheorie des Rechts, in: Amstutz/Fischer-Lescano (Ed.), Kritische Systemtheorie: Zur Evolution einer normativen Theorie, Bielefeld (2013), 365 ff.

80 Ibid., 48.