

Journal für

Reproduktionsmedizin und Endokrinologie

– Journal of Reproductive Medicine and Endocrinology –

Andrologie • Embryologie & Biologie • Endokrinologie • Ethik & Recht • Genetik
Gynäkologie • Kontrazeption • Psychosomatik • Reproduktionsmedizin • Urologie



Auslegungsspielräume des Embryonenschutzgesetzes

Frommel M

J. Reproduktionsmed. Endokrinol 2004; 1 (2), 104-111

www.kup.at/repromedizin

Online-Datenbank mit Autoren- und Stichwortsuche

Offizielles Organ: AGRBM, BRZ, DVR, DGA, DGGEF, DGRM, D-I-R, EFA, OEGRM, SRBM/DGE

Indexed in EMBASE/Excerpta Medica/Scopus

Krause & Pachernegg GmbH, Verlag für Medizin und Wirtschaft, A-3003 Gablitz

Auslegungsspielräume des Embryonenschutzgesetzes

M. Frommel

Seit Jahren klagen Reproduktionsmediziner über das deutsche Embryonenschutzgesetz und die dort vermutete Dreierregel, nach der nur maximal drei 2-PN-Zellen weiterentwickelt werden dürfen. Der Grund für diese Praxis ist aber nicht die Gesetzgebung, sondern eine zu enge Auslegung des ESchG durch die Bundesärztekammer. Deren Empfehlungen haben aber nur den Charakter eines antizipierten Gutachtens. Allerdings haben manche Berufsordnungen, etwa die für Ärztinnen und Ärzte in Nordrhein, diese Empfehlung als geltendes Landesrecht transformiert und damit erst verbindliches, aber juristisch angreifbares Berufsrecht geschaffen. Andere Länder, wie etwa Bayern, Mecklenburg-Vorpommern, Bremen u. a. haben dies hingegen nicht getan, während Länder wie etwa Hessen den Weg der umstrittenen dynamischen Verweisung gewählt haben. Möglicherweise werden daher Gerichte prüfen, ob die besonders strikten Berufsordnungen überhaupt gültig sind. Die Autorin verneint dies, da das ESchG im Gegensatz zum Schweizer Fortpflanzungsmedizinergesetz keine Dreierregel enthält. Dies läßt sich anhand der Ziele und Inhalte des Gesetzes zeigen. Auch eine andere vieldiskutierte Frage stellt sich bei genauer rechtlicher Analyse sehr viel weniger eindeutig dar als häufig angenommen. Präimplantationsdiagnostik ist nach dem ESchG nur dann verboten, wenn eine totipotente Zelle entnommen und untersucht wird. Der historische Gesetzgeber wählte nämlich bewußt eine sehr fragmentarische Regelung und beschränkte sich darauf, im Wege einer gesetzlichen Fiktion totipotenten Zellen den Status von Embryonen einzuräumen und sie damit als eigenständige strafrechtliche Schutzgüter anzusehen. Pluripotente Zellen hingegen können *de lege lata* – auch dann, wenn der Restembryo dabei geschädigt werden sollte – untersucht werden. Unstrittig straflos ist auch das schlichte Verwerfen eines Embryos, wenn die Frau, von der er stammt, den Transfer nicht wünscht. Der Staat und insbesondere die Gesetzgebung hat aber eine verfassungsrechtlich verankerte Beobachtungspflicht. Sollte sich künftig eine parlamentarische Mehrheit finden, die sich der Mindermeinung innerhalb der Verfassungsrechtler anschließt und in jeder PID einen Menschenwürdeverstoß sieht, müßte sie dies gesetzlich festschreiben. Erst dann, und nicht schon deswegen, weil derartige Forderungen häufig erhoben werden, wäre die derzeit außerhalb Deutschlands praktizierte PID – etwa nach Brüsseler Vorgaben – verboten. Der verfassungsrechtlich abgesicherte Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht gebietet es aber, streng zwischen verfassungsrechtlichen Forderungen *de lege ferenda* und der Auslegung des geltenden ESchG zu unterscheiden. Gegen diesen Grundsatz wird vielfach verstoßen. Die Autorin plädiert daher für eine klare Unterscheidung zwischen ethischen Bekenntnissen, politischen Postulaten, verfassungspolitischen Schriften und einer angemessenen Auslegung des ESchG. Statt Auslegungsspielräume zu nutzen, haben es Standesorganisationen der Ärztinnen und Ärzte in der Vergangenheit veräumt, die Interessen der Patientinnen und der behandelnden Ärztinnen und Ärzte im Rahmen des geltenden Rechts durchzusetzen.

Schlüsselwörter: Embryonenschutz, Berufsrecht, Lebensschutz, moralischer und rechtlicher Status des Embryo *in vivo* und *in vitro*, morphologische Untersuchung und Auswahl von Embryonen, Dreierregel, Pluripotenz und Totipotenz, Präimplantationsdiagnostik

Various Applications of Law. According to the present legal position in Germany an IVF treatment to international standards is not complicated by law but only by a frequently published legal opinion, which depends on an obsolescent legal interpretation. The legislation was not able to presume the international standards of IVF treatment in the future. Preimplantational genetic diagnosis (PGD) is allowed after the 8-cell phase because the law only prohibits a PGD on totipotent cells. The answer to the question whether a totipotent cell is given or not gives the basic principle of „*in dubio pro reo*“.

J Reproduktionsmed Endokrinol 2004; 1(2): 104–11.

Keywords: legal status of embryo *in vitro*, preimplantational genetic diagnosis, PGD, legal opinions, present legal position in Germany

I. Der Streit um die sogenannte Dreierregel des Berufsrechts

1990 ging der Gesetzgeber davon aus, man könne die Erfolgsrate einer Behandlung nur dadurch steigern, daß man – unter bewußter Inkaufnahme eines erheblichen Mehrlingsrisikos – ungeprüft bis zu drei befruchtete Eizellen transferierte. Eine solche Behandlung entspricht heute nicht mehr der *lex artis*, da sich die Zahl der Behandlungen und das Risiko einer Drillingsgeburt nach heutigen Standards drastisch verringern läßt, wenn man mehr als drei Eizellen befruchtet (so die Sprache des ESchG), was meint, wenn man mehr als drei 2-PN-Zellen weiterentwickelt, dann aber nach morphologischer Untersuchung und Auswahl nur maximal zwei entwicklungsfähige Embryonen transferiert.

Dies bedeutet,

- daß zum einen der zwar nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 ESchG zulässige, aber zu riskante Transfer von drei Embryonen in der Regel unterbleiben sollte,
- hingegen die Regel der Nr. 5 großzügiger auszulegen ist, als bisher durch die nicht bindende Empfehlung der Bundesärztekammer geschehen, um *de lege artis* zu behandeln und auf diese Weise mit verbesserten Mitteln das 1990 vom ESchG angestrebte Ziel zu erreichen.

Das geltende ESchG ist auslegungsbedürftig

Demgegenüber gehen die Bundesärztekammer und ihr folgend einige Berufsordnungen, etwa in jener der Landesärztekammer von Nordrhein, noch immer davon aus, die herkömmliche Regel habe sich bewährt. Sie

sehen deshalb auch keinen Grund, ihre Position bzw. die Berufsordnungen zu ändern, ignorieren die Dynamik der Reproduktionsmedizin und schieben „dem Gesetzgeber“ den schwarzen Peter zu. Dabei übersehen sie, daß das ESchG diese Frage bereits regelt und insofern lediglich auslegungsbedürftig ist. Damit kommen wir zur nächsten Frage:

Ist § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG auslegungsfähig?

Unter umgekehrten Vorzeichen fordern einige Vertreter der betroffenen Ärzteschaft von der Gesetzgebung, das ESchG zu ändern. Sie meinen, es sei änderungsbedürftig, verwerfen aber den Weg einer stillen Reform durch restriktive Auslegung, weil sie offenbar davon ausgehen, es sei nicht auslegungsfähig.

Andere haben bereits erste Erfolge mit einer stillen Reform. So hat die bayerische Landesärztekammer bereits festgestellt, daß die Dreierregel nicht durch die Berufsordnung festgeschrieben sei, sondern es lediglich darauf ankomme, den Lebensschutz der nicht transferierten Embryonen zu beachten. Wie dies geschehen kann, wird später zu erörtern sein.

Beginnen wir mit denjenigen, die nur einen Weg, nämlich den der Gesetzesänderung, sehen. Sie stützen sich entweder auf eine resigniert das Geschehen kommentierende Rechtsansicht [1], wonach das ESchG eindeutig die Dreierregel vorsehe und der Wortlaut eines Gesetzes nun einmal die Grenze jeder Auslegung (auch zugunsten potentieller Beschuldigter) sei. Sie meinen offenbar, dies gelte auch dann, wenn das dann erzielte Ergebnis widersinnig ist, der *ratio legis* widerspricht und außerdem mit

Aus dem Institut für Sanktionenrecht und Kriminologie der Christian-Albrechts-Universität, Kiel

Korrespondenzadresse: Prof. Dr. jur. Monika Frommel, Direktorin des Instituts für Sanktionenrecht und Kriminologie der Christian-Albrechts-Universität, D-24118 Kiel, Olshausenstraße 75; E-Mail: mfrommel@email.uni-kiel.de

erheblichen Grundrechtsverletzungen der Frau, des Paares und im Falle einer Mehrlingsschwangerschaft auch der künftigen Föten verbunden ist. Andere meinen zwar [2], § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG sei auslegungsbedürftig, aber nicht auslegungsfähig, da der Wortlaut klar sei und die Ärztin oder den Arzt zu einer nicht mehr den Standards der modernen Reproduktionsmedizin entsprechenden Behandlung zwingt. Sie müßten, so der aus meiner Sicht widersinnige Rat, zumindest zum Zeitpunkt der Befruchtung einer Eizelle (ein Terminus des ESchG, dessen Sinn übrigens auch nur durch Auslegung zu ermitteln ist; gemeint ist die Weiterentwicklung von 2-PN-Zellen) den Transfer von dreien beabsichtigen, auch wenn sie wissen, daß sich dieses Ziel später ändern werde, weil in der Mehrzahl aller Fälle ansonsten das zweite zentrale Behandlungsziel, Mehrlinge zu vermeiden, vereitelt würde. Forensisch erfahrene Juristen nennen derartige wohlmeinende Empfehlungen, welche die Tatsachen durchsichtig schönen, eine „Sachverhaltsquetsche“ und raten von derartigen Kunstgriffen ab. Man muß dann nämlich im Sachvortrag so tun, als habe man immer drei Embryonen transferieren wollen und nur ausnahmsweise vor dem Transfer davon abgeraten, da in diesem Einzelfall zur Vermeidung von Drillingen der Transfer von nur einem oder zwei Embryonen besser gewesen sei. Niemand wird dies glauben. Außerdem wäre es traurig, wenn Juristen auch im 21. Jahrhundert lediglich mit solcher Rabulistik weiterkämen. Nach der von Koch empfohlenen Lesart des Gesetzes würde im übrigen nur die Ärztin oder der Arzt privilegiert, der zunächst bereit ist, drei entwicklungsfähige Embryonen zu transferieren, später aber davon Abstand nimmt. Wer hingegen von vornherein – was sinnvoll ist – mit der Patientin vereinbart, Mehrlingsschwangerschaften möglichst zu vermeiden, dürfte nur eine oder zwei Zygoten entwickeln. Wäre diese Sicht nicht auch die der Empfehlung der BÄK und fände sich derartiges nicht in einigen Berufsordnungen, etwa in jener der LÄK von Nordrhein, man könnte derartige Einfälle übergehen. Aber die Folge solcher halb durchdachten Empfehlungen sind fatal. Patientinnen von verantwortungsvollen Ärztinnen und Ärzten werden nämlich für den Fall, daß das Gespräch ehrlich dokumentiert wird, mit einer schlechteren Erfolgsquote sanktioniert als die von Ärztinnen und Ärzten, die sich diese Rabulistik zu eigen machen. Neidert versteigt sich sogar zu der These, jede teleologische Auslegung, welche die Dynamik der Reproduktionsmedizin zum Anlaß nehme, die herkömmliche Statik der Auslegung zu verändern, sei verfassungswidrig. Dies kann nicht ernstlich als Auslegung des geltenden Rechts ausgegeben werden, zumal sich beide Autoren einig sind, daß ihre Auslegung zu absurden Konsequenzen führt, eine Absurdität, die ja auch immer wieder beklagt und als dem Gesetz geschuldet gegeißelt wird.

Zwischenergebnis

Die herkömmliche Auslegung ist schlicht abwegig, schon deswegen, weil sie von unhaltbaren methodischen Prämissen ausgeht, nämlich der These, daß der Wortlaut von § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG zu einer Auslegung zwingt, die Ärzte zu einer Behandlung zwingt, die nicht mehr den internationalen Standards der *lex artis* entspricht.

Strafrecht dient dem Rechtsgüterschutz. Die in Frage stehenden Rechtsgüter sind die Achtung vor dem Leben (Embryonenschutz), die Gesundheit der betroffenen Frau und der künftigen Föten, ferner die Reproduktionsfreiheit des Paares. Strafnormen dürfen sogar über den Wortlaut hinaus restriktiv ausgelegt werden, wenn dadurch eine sinnvolle, dem Rechtsgüterschutz dienen-

de Einschränkung zugunsten potentieller Beschuldigter erreicht wird. Sie müssen restriktiv ausgelegt werden, wenn ansonsten die auf den Wortlaut gestützte historische Auslegung eine vom Gedanken des Rechtsgüterschutzes nicht gedeckte Strafdrohung formulieren würde. Entscheidend ist also die *ratio legis* und nicht eine starre Bindung an einen Wortlaut, der von mittlerweile veralteten medizinischen Methoden ausging.

Betrachten wir die Genese des ESchG. Nach der Entstehungsgeschichte wollte der Gesetzgeber keine starre Zahl normieren. Man hat sich sogar Gedanken darüber gemacht, wie die Erfolgsrate einer IVF-Behandlung gesteigert werden könnte, sah aber – aufgrund der damaligen Methoden der Reproduktionsmedizin – keinen anderen Ausweg als der Frau ein – aus heutiger Sicht unerträgliches – Mehrlingsrisiko aufzubürden.

Es kann daher nicht Sinn des heute angewandten ESchG sein, den mit den modernen Methoden erreichbaren Schutz der Gesundheit der betroffenen Frauen zu vereiteln [3]. Was schließlich das Berufsrecht betrifft, so zeigen schon meine Darlegungen im Jahre 2002 [4] und noch deutlicher die Bayerische Initiative 2004, daß einer Behandlung *de lege artis* nicht das ESchG im Wege steht, sondern eine Tradition der unangemessenen Anwendung dieses Gesetzes. Dies läßt sich ändern.

Einfacher ist dies in Ländern, in denen die Berufsordnung nicht der Empfehlung der Bundesärztekammer folgt, als Beispiel kann Bayern dienen, da es dort lediglich einer informellen Abstimmung des IVF-Ausschusses mit der Rechtsaufsicht bedarf, um sicherzustellen, daß die dort praktizierenden Ärztinnen und Ärzte nach dem Wegfall der schematischen Dreierregel den unbestimmten Maßstab des gegenwärtigen Standes der medizinischen Wissenschaft und der ärztlichen Erfahrung konkretisieren und im einzelnen festlegen, wie viele Embryonen in welchen Fallgruppen benötigt werden, um den Vorwurf zu antizipieren, sie stellten gezielt überzählige Embryonen her. In Ländern mit einer dynamischen Verweisung auf die Empfehlung der BÄK im Anhang der jeweiligen Berufsordnung oder in solchen Ländern, in denen die starre Dreierregel explizit Bestandteil der Berufsordnung geworden ist, wird man sich über die Zulässigkeit dieser Vorgehensweisen unterhalten müssen. Es ist aber mittlerweile unbestritten, daß Grundrechtsbeschränkungen Dritter (in diesem Fall die Gesundheit der Patientin und die Persönlichkeitsrechte des Paares) nicht durch ärztliches Berufsrecht erfolgen können. Dies liegt auf der Hand, da sich Berufsrecht nur an die betroffenen Ärztinnen und Ärzte wendet. Möglicherweise werden also Gerichte darüber entscheiden müssen (im Wege einer vorbeugenden Feststellungsklage gegen einen beschwerdefähigen Bescheid des Gremiums, das berufsrechtliche Sanktionen verhängen oder androhen darf). Dies ist um so wahrscheinlicher, wenn der Widerstand derer, die Berufsrecht setzen dürfen, so groß bleibt wie in der Vergangenheit.¹

Schon hier soll darauf hingewiesen werden, daß sich für den Fall, daß die gegenwärtige Praxis in Deutschland bzw. in einzelnen Ländern aufgegeben wird, neue Fragen stellen. Wie soll mit den wenigen Embryonen verfahren werden, die als entwicklungsfähig eingestuft werden, aber zur Vermeidung von Mehrlingen nicht transferiert werden. Darüber sind die Beteiligten aufzuklären. Das Paar kann eine Kryokonservierung von entwicklungsfähigen Embryo-

¹ Nähere Informationen über den derzeitigen Stand der Präzisierung des Berufsrechts in Deutschland sind bei der Autorin erhältlich.

nen wünschen. Möglicherweise lehnen sie dies aber ab, dann sind die nicht transferierten Embryonen zu verwerfen. Das ESchG verbietet dies – unstrittig – nicht. Es verbietet zwar die „Verwendung“ in § 2 ESchG, gebietet aber nicht, Embryonen zu erhalten, strafrechtsdogmatisch gesprochen: Es bürdet Ärztinnen und Ärzten keine Garantstellung für das Leben der kultivierten Embryonen auf (auch wenn dies von manchen weltanschaulich motivierten Positionen suggeriert wird). Wünscht hingegen eine Patientin – trotz eingehender Aufklärung über die damit verbundenen Risiken – den Transfer von drei Embryonen, etwa um das Erfolgsrisiko zu steigern und ihr Kostenrisiko zu minimieren, dann wird es problematisch. Zwar kann sie in ihre eigene Selbstgefährdung einwilligen, nicht aber dann, wenn sie zugleich die künftigen Föten gefährdet.

Die Rechtslage verdeutlicht folgender Analogieschluß: Eine Schwangere darf in Deutschland nur unter bestimmten Bedingungen straflos abtreiben lassen, sie hat also kein Verfügungsrecht über die in ihrem Körper heranwachsenden Föten. Wieso sollte dann eine Frau, die noch nicht schwanger ist, mutwillig vermeidbare Risiken für verfügbare Embryonen einfordern dürfen? Zwar kann sie den Transfer verweigern und damit die Ärztin oder den Arzt zwingen, selbst entwicklungsfähige Embryonen zu verwerfen. Insofern ist das individuelle Lebensrecht von Embryonen *in vitro* sogar noch schwächer konstruiert als das von Föten. Aber die künftige Mutter darf ihre Embryonen nicht absichtlich in eine vermeidbare Gefahr bringen. Noch deutlicher liegt der Normwiderspruch bei der Ärztin oder dem Arzt auf der Hand, die drei entwicklungsfähige Embryonen transferieren. Sie verstoßen zwar nicht gegen das ESchG, aber sie könnten sich wegen einer bedingt vorsätzlichen Körperverletzung zu Lasten der später behindert oder geschädigt Geborenen strafbar machen, da sie nicht *de lege artis* gehandelt haben. Wer also die herkömmliche Dreierregel verläßt, ist gut beraten, wenn sie oder er sich an anerkannte medizinische Standards hält. Diese dienen immer zugleich unterschiedlichen Zielen, die in jedem Einzelfall abgewogen werden müssen: Lebensschutz, Gesundheitsschutz von Frau und Föten, damit auch der Vermeidung unnötiger Risiken für beide, und die Persönlichkeitsrechte des behandelten Paares.

II. Meinungsstand zur Strafbarkeit einer PID im Inland

Erster rechtsvergleichender Blick in die Nachbarländer

Ein Vergleich des deutschen ESchG mit dem Schweizer und österreichischen Recht zeigt charakteristische Unterschiede. Das im Jahre 1998 in Kraft getretene Fortpflanzungsmedizinengesetz der Schweiz enthält unstrittig ein ausdrückliches Verbot der PID.² Weitaus liberaler ist das österreichische Fortpflanzungsmedizinengesetz, nicht hingegen seine Praxis, da in Österreich eine sehr restriktive Auslegung herrscht. Dieses Gesetz ist im Jahr 1992 in Kraft getreten und erlaubt ausnahmsweise die Untersuchung von entwicklungsfähigen Zellen, wenn dies nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung zur Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich ist.³ Die Zulässigkeit der PID hängt somit davon ab, ob sie nach dem medizinischen Erkenntnisstand notwendig ist, um einen implantationsfähigen Embryo zu identifizieren. Da die Implantationsfähigkeit aber nicht durch PID festge-

² So verbietet Art. 5 III FmedG die Entnahme einer oder mehrerer Zellen des Embryos ausdrücklich. Die PID setzt aber gerade eine Zellentnahme nach erfolgter Befruchtung voraus. Insofern ist eine PID in der Schweiz ausdrücklich verboten.

stellt werden muß, schließlich gibt es hierfür mittlerweile morphologische Methoden, sind die Vertreter dieser Ansicht begründungspflichtig.

Das deutsche Embryonenschutzgesetz (§ 2 ESchG) ist insgesamt gesehen liberaler als die Schweizer Regelung. Die Praxis entspricht zur Zeit der in Österreich, d. h. sie wird dominiert von der restriktiven Ansicht, PID sei ausnahmslos verboten. Der insoweit einschlägige § 2 ESchG verbietet verbrauchende Forschung an Embryonen und totipotenten Zellen, enthält aber kein ausdrückliches Verbot der PID. Somit ist es ausschließlich ein Ergebnis von juristischer Auslegung, wenn PID in Österreich und Deutschland als verboten gilt.

Da aber in liberalen Rechtskulturen die verfassungsrechtliche Regel gilt, daß strafrechtlich nicht verboten ist, was nicht klar und erkennbar durch ein Strafgesetz verboten wird, § 2 ESchG aber die PID nicht ausdrücklich erfaßt, haben in Deutschland die Gegner der PID und nicht die Befürworter die Begründungslast, was regelmäßig verkannt wird.

Meinungsbild in Deutschland und Bewertung der Argumente nach den Maßstäben des geltenden Rechts

a) Auslegung des ESchG aus der Perspektive des historischen Gesetzgebers – Verbot der PID an totipotenten Zellen?

Die Diskussionen vor der Verabschiedung des ESchG waren kontrovers [6]. Bayern etwa wollte schon 1986 die künstliche Befruchtung zu anderen Zwecken als der Therapie von Sterilität unter Strafe stellen und damit der PID den Boden entziehen. Wieso aber nur solche Paare in den Genuß einer genetischen Untersuchung kommen sollen, bei denen Sterilität und erbliche genetische Belastung zusammenkommen, ist unerfindlich und war es auch damals, so daß eine derartig strikte Reglementierung verworfen wurde. Auch die 1988 und 1990 vorgestellten Schlußberichte der Bund/Länder-Arbeitsgruppen „Fortpflanzungsmedizin“ und „Genomanalyse“ veränderten die im Regierungsentwurf vorgesehenen insgesamt eher liberalen Regelungen nicht. Zwar tendierten sie zu einem Verbot der PID, wollten aber zugleich einen Wertungswiderspruch zu § 218 a StGB a.F. vermeiden und schlugen einen Indikationskatalog vor – wissend, daß auch eine solche Regelung die schleichende Erweiterung nicht verhindern könnte. Schon damals sah man also, daß eine PID der Sache nach nichts anderes sei als eine vorweggenommene Pränataldiagnose. Aber auch diese Vorschläge wurden vom Gesetzgeber nicht übernommen. Somit blieb es beim Verbot der verbrauchenden Embryonenforschung. Aus den Debatten wird klar, daß man darunter auch die genetische Untersuchung totipotenter Zellen verstand, sich aber insofern schon damals nicht einigen konnte, so daß die Frage letztlich offenblieb. Dennoch kann sich die Annahme, PID sei bei totipotenten Zellen verboten, auf die Gesetzgebungsgeschichte stützen. Aus heutiger Sicht ist aber diese Unterscheidung reproduktionsmedizinisch zunehmend fragwürdig. Handlungsleitend für eine PID ist nicht die Frage der Toti- oder Pluripotenz der untersuchten Zelle, schließlich will die Untersuchung kein eigenständiges Lebewesen herstellen bzw. zerstören, sondern (minde-

³ So die Regelung des § 9 I FmedG – Österreich. Zu eng ausgelegt von Bernat [5]. Die Gründe für diese Interpretation sind methodischer Art. Man meint, an Äußerungen im Rahmen der Gesetzgebungsgeschichte gebunden zu sein, die jede Untersuchung von Spermien und Eizellen für verboten hielten. Im Strafrecht wird aber nicht historisch, sondern auch objektiv-teleologisch ausgelegt, und zwar insbesondere dann, wenn sich die tatsächlichen Gegebenheiten verändert haben.

stens) zwei Zellen untersuchen, um den Restembryo, der noch eine realistische Überlebenschance haben muß, entweder zu transferieren oder zu verwerfen. Deshalb werden genetische Untersuchungen frühestens ab dem 8-Zell-Stadium durchgeführt und nicht bereits im 4-Zell-Stadium, dem Stadium, in dem noch von einer Totipotenz der verfügbaren Zellen auszugehen ist. Ab dem 8-Zell-Stadium aber gilt es heute als zunehmend unwahrscheinlich, daß die Zellen noch totipotent sind. Nehmen wir also im folgenden an, daß die Totipotenz nicht feststeht, aber auch nicht ausgeschlossen werden kann. Was folgt daraus strafrechtsdogmatisch?

Bevor dies geklärt wird, ein kurzer Rückblick. Der Gesetzgeber sah schon 1990, daß die Unterscheidung von Totipotenz und Pluripotenz klinisch zunehmend fragwürdig werden könnte [6], zog aber aus dieser Erkenntnis keine rechtspolitischen Schlüsse, sondern blieb bei den bereits von der Bundesregierung vorgeschlagenen fragmentarischen Regelungen. Der historische Gesetzgeber hielt somit den Verbrauch von Zellen, die sich nicht mehr zu einem ganzen Menschen entwickeln können, für ethisch vertretbar und beschränkte sich auf das Verbot der verbrauchenden Embryonenforschung. Dies bedeutet, daß eine PID an pluripotenten Zellen erlaubt ist (und wir nur das empirische bzw. das strafprozessuale Problem zu lösen haben, wann von Pluripotenz auszugehen ist). Nur die Zellen also, welche tatsächlich noch die Fähigkeit haben, sich zu einem ganzen Individuum zu entwickeln, werden in § 8 Abs. 1 ESchG einem Embryo gleichgestellt. Pluripotente Zellen hingegen sind von der gesetzlichen Fiktion des § 8 ESchG nicht erfaßt und genießen somit auch keinen vorgezogenen Lebensschutz. Überlegungen, wie sie nach Inkrafttreten des ESchG insbesondere unter dem Stichwort Technikfolgenabschätzung angestellt worden sind, waren 1990 noch nicht geläufig. Das ESchG ist vielmehr noch ganz am Gedanken des Lebensschutzes, insbesondere der Aufwertung des Embryos *in vitro* als eigenständiges Schutzgut orientiert. Im übrigen führten auch die 1994 im Abschlußbericht des Bundestagsausschusses für Forschung, Technologie und Technikfolgenabschätzung vorgestellten Überlegungen [„Genomanalyse“ BTDrucks. 12/7094] zu keinen neuen Gesetzgebungsaktivitäten, obgleich die Mitglieder damals bereits davon ausgingen, daß PID in absehbarer Zeit an pluripotenten Zellen durchgeführt werden könne und diese Untersuchungen dann erlaubt seien [6].

Nicht zuletzt die Befürchtung, daß die derzeitige Fassung des ESchG sich mit Blick auf die künftige Entwicklung der Reproduktionsmedizin als unwirksam erweisen könnte, erklärt die unermüdliche Anstrengung derjenigen, die der Gentechnologie grundsätzlich mißtrauen. Zwar konnten sie sich parlamentarisch nicht durchsetzen, da dort eher vermittelnde Meinungen mehrheitsfähig sind, sie haben aber gelernt, daß es nicht unbedingt darauf ankommt, was in Gesetzen steht und was Gerichte ihnen entnehmen können, sondern daß man auch mit der Furcht vor unberechtigten Ermittlungsverfahren Ärztinnen und Ärzte abschrecken kann.

b) Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des ESchG in der Folgezeit – eine diffuse herrschende Meinung hält ohne Prüfung des ESchG PID für verboten

Liest man in der juristischen Literatur nach, wie die einschlägigen Bestimmungen des ESchG zur Zulässigkeit von PID ausgelegt werden, verwundert der Stil, deren Verbot unhinterfragt und ungeprüft zu unterstellen. Offenbar ist den meisten juristischen Autoren nicht klar, daß sich die Reproduktionsbiologie erheblich verändert hat und es

mittlerweile klinisch möglich ist, pluripotente Zellen zu untersuchen. Eine Untersuchung an sicher totipotenten Zellen im 4-Zell-Stadium können wir praktisch ausschließen, da sie klinisch sinnlos ist, weil der Restembryo keine Überlebenschance mehr hätte und somit auch im Falle eines positiven Ergebnisses nicht mehr transferiert werden könnte. Gehen wir also davon aus, daß sie im 8-Zell-Stadium stattgefunden hat und eine Staatsanwaltschaft prüft, ob § 2 ESchG vorliegen könnte. Bei einer reproduktionsbiologisch noch nicht abschließend geklärten Frage ist dies ein Problem des strafrechtlich verbindlichen, weil verfassungsrechtlich verankerten Prinzips *in dubio pro reo*. Die Staatsanwaltschaft muß zugunsten des Beschuldigten von Pluripotenz ausgehen, es sei denn, das Gegenteil ist beweisbar. Desto später die PID erfolgt, um so unwahrscheinlicher wird die Annahme der Totipotenz. Eine gesetzliche Klarstellung wäre wünschenswert, ist aber wohl nicht so leicht zu erhalten. Ein Risiko geht man also nur dann ein, wenn man die PID in einem so frühen Stadium vornimmt, daß man einen reproduktionsbiologischen Disput auslöst. Aber ein angemessener interdisziplinärer Dialog zwischen Juristen und Medizinern scheint in Deutschland angesichts der unterschiedlichen Denktraditionen schwer zu sein. Deswegen wird offenbar übersehen, daß eine PID in einer Phase, in der die entnommenen Zellen nicht mehr als totipotent anzusehen sind, sowohl was die Erzeugung von Embryonen mit dem bedingten Vorsatz ihrer späteren genetischen Untersuchung als auch ihre Abspaltung und Untersuchung betrifft, straflos ist, ferner – was aber völlig unbestritten ist – auch das Verwerfen des Restembryos, wenn der Befund negativ sein sollte und die Frau den Transfer nicht mehr wünscht [6].

Die rasante Entwicklung der Reproduktionsbiologie ist aber den meisten Teilnehmern juristischer und rechtspolitischer Diskurse in ihren konkreten juristischen Konsequenzen nicht klar, und so gehen paradoxerweise sowohl Befürworter als auch Gegner der PID meist implizit oder sogar explizit davon aus, daß PID in der klinischen Praxis in der Regel an totipotenten Zellen vorgenommen werde und debattieren auf dieser, mittlerweile reproduktionsmedizinisch überholten Tatsachenbasis,⁴ statt strafprozessual die Frage zu verarbeiten, daß schon im 8-Zell-Stadium *in dubio pro reo* juristisch von einer Pluripotenz und damit von einer Straflosigkeit auszugehen ist.

⁴Zu kurz gegriffen und insofern geradezu exemplarisch für viele andere schildert etwa der ansonsten sehr offen argumentierende Verfassungsrechtler Kloepfer [7] die strafrechtlichen Probleme. Ohne jeden Beleg geht er davon aus, jede PID (offenkundig meint er, nur totipotente Zellen könnten in diesem Stadium genetisch untersucht werden) sei nach § 2 ESchG verboten, weil er diese herrschende Meinung der Kommentierung des ESchG aus den 1990er Jahren entnehmen kann. Zwar sind seine verfassungsrechtlichen Anmerkungen überzeugend, aber erstaunlich ist es schon, daß renommierte Verfassungsjuristen den nicht weiter überprüften Eindruck, das strafrechtsdogmatische Schrifttum sei sich in der Bewertung einig, zum Anlaß nehmen, sich in die Reformdebatte einzuschalten. Dasselbe Bild kann man von der politischen Debatte zeichnen. Auch hier unterstellten einige Vertreter des Ja-Antrags und alle Vertreter des Nein-Antrags im Bundestag anläßlich des FDP-Entwurfs zur Legalisierung der PID (BT-Drs. 14/8101 und BT-Drs 15/1234), daß sie nach dem ESchG derzeit verboten sei. Aber derartige Mißverständnisse sind unschädlich, da strafrechtsdogmatische Fragen nicht politisch entschieden werden, sondern von zuständigen Gerichten. Diese hatten aber glücklicherweise noch keine Gelegenheit, sich zur Strafbarkeit der PID nach deutschem ESchG zu äußern. Ebenfalls ohne Beleg geht auch Sacksofsky [8] von einer Strafbarkeit aus und unterstellt dabei, PID werde in der Regel an totipotenten Zellen vorgenommen, da sie Totipotenz noch in einem Zeitraum unterstellt, in dem man von bereits differenzierten Zellen des Trophoblasten reden sollte, und weil sie deshalb den *in dubio pro reo*-Grundsatz nicht anwendet.

Rechtsaufsichtsbehörden und Spezialisten sehen hingegen den feinen Unterschied, scheuen sich aber, die Konsequenzen zu ziehen und der Ärzteschaft offen zu sagen, daß eine PID nach Brüsseler Vorgaben zumindest in einem etwas späteren Stadium auch in Deutschland erlaubt sei. Statt dessen werden vermittelnde Vorschläge *de lege ferenda* gemacht, etwa Indikationskataloge für eine ausnahmsweise erlaubte PID – so argumentieren etwa die Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz [9] und der Verfassungsrechtler Hufen [10]. Beide plädieren *de lege ferenda* für eine gesetzliche Klarstellung, daß PID an pluripotenten Zellen unter bestimmten Bedingungen erlaubt werden solle. Hingegen wird im Schlußbericht der Enquete-Kommission [11] schlicht unterstellt, PID sei (ganz allgemein) *de lege lata* strafbar. Der rechtliche Unterschied zwischen der Untersuchung totipotenter oder pluripotenter Zellen ist den Mitgliedern dieser Kommission zwar bekannt, aber da sie das Ziel verfolgen, Überlegungen zu einer Gesetzesänderung anzustellen, scheint ihnen die präzise Bestandsaufnahme nicht vorrangiges Anliegen zu sein, da sie ohnehin damit rechnen, daß die Gesetzgebung diese jederzeit ändern könne. Immerhin sichert die der Gentechnologie gegenüber äußerst skeptische Mehrheitsmeinung ihre Annahme, PID sei in beiden Konstellationen verboten und solle auch künftig verboten bleiben, juristisch nicht mit dem (mittlerweile überholten) Hinweis auf § 2 i.V.m. § 8 ESchG ab, sondern weicht auf eine andere Norm aus: dem Verbot, Embryonen zu einem anderen Zweck als der IVF-Therapie herzustellen in § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG und behauptet, aus dieser Regelung folge ein striktes Verbot der „Befruchtung auf Probe“. Dies allerdings ist eine strafrechtsdogmatisch nicht haltbare Behauptung, die mit allgemeinen Grundsätzen in Widerspruch steht und dementsprechend im einzelnen von Giwer [6] und Frommel [3] widerlegt worden ist. Wäre diese These nämlich richtig, würde sie bedeuten, daß jede Embryonenauswahl unzulässig sei (dies wünschen die Vertreter dieser Position).

Aber ein derartiges Verbot gibt es nicht. Vielmehr hat die Patientin die Entscheidungsbefugnis über den Transfer von Embryonen. Mit ihrer Zustimmung dürfen für den Transfer geeignete Embryonen ausgewählt und ungeeignete verworfen werden. Die Gegenmeinung müßte dem ESchG eine – im übrigen verfassungswidrige – Pflicht der Frau zum Transfer unterstellen, ganz abgesehen von der widersinnigen Konsequenz, daß dann das Ziel, Mehrlingschwangerschaften zu vermeiden, unerreichbar wäre.

Fragen wir zum Abschluß nach den Konstruktionen in anderen Beratergremien. Auch hier verwundert eine gewisse Nachlässigkeit im Umgang mit dem geltenden Recht. Dabei erstaunt es nicht, daß die der PID gegenüber eher skeptische Minderheit des Nationalen Ethikrats [12] ungeprüft eine Strafbarkeit nach § 2 ESchG unterstellt. Aber daß auch die Mehrheit, die von der Zulässigkeit der PID *de lege lata* ausgeht, auf eine historische und dogmatisch nachvollziehbare Herleitung ihrer im Ergebnis zutreffenden Ansicht verzichtet, ist wenig hilfreich und nur dadurch zu erklären, daß sie sich – ihrer Aufgabe entsprechend – auf verfassungsrechtliche und ethische Fragen konzentriert.

c) PID an toti- und pluripotenten Zellen erlaubt?

Zusammenfassend kann man feststellen, daß *de lege lata* PID an pluripotenten Zellen sicher straflos ist. In diesem Zusammenhang ist es aber zumindest interessant, daß einige verfassungsrechtlich oder strafrechtsdogmatisch argumentierende Autoren selbst die herkömmliche These der Strafbarkeit der PID an totipotenten Zellen in Frage

stellen (also in der realistischen Konstellation, daß reproduktionsbiologische Gutachten zum Ergebnis kämen, es sei nicht auszuschließen, daß im 8-Zell-Stadium noch Totipotenz gegeben sei). Herdegen kommt statt dessen zum Ergebnis, PID sei kein Unterfall verbrauchender Embryonenforschung, sondern ein Aliud, so daß § 2 ESchG auf genetische Untersuchungen im Rahmen der IVF-Behandlung nicht anwendbar sei. Zwar liege es auf der Hand, daß die bewußte Isolierung einer aus der Perspektive des Beschuldigten möglicherweise totipotenten Zelle bereits ein „Verwenden“ dieser Zelle zu einem Zweck sein könne, der nicht ihrer Erhaltung diene. Aber so sicher sei selbst diese Wortlautauslegung nicht, denn bei einer PID geschehe dies, um nach erfolgter Untersuchung den Embryo, von dem die Zelle stammt, auf die Frau zu übertragen. Somit stelle sich die Frage, ob eine derartig formale Betrachtung, wie sie in der juristischen Literatur anzutreffen sei, richtig sein könne [13].

Interessant an dieser Ansicht ist zweierlei: die unzureichende reproduktionsbiologische Fundierung (der Autor unterstellt ein sicheres empirisches Wissen um Toti- und Pluripotenz und wendet den ‚*in dubio pro reo*‘-Grundsatz deswegen nicht an) und die innovative juristische Argumentation. Würden die ärztlichen Standesorganisationen routinierter mit einer pluralistisch besetzten Gruppe von Juristinnen und Juristen zusammenarbeiten, sie hätten ein breiteres und damit erheblich besseres Fundament für juristische und rechtspolitische Aktivitäten.

Konzentrieren wir uns daher auf den innovativen Aspekt, also die Annahme § 2 ESchG sei restriktiv, d. h. dahingehend auszulegen, daß der privilegierte Zweck, eine Schwangerschaft herbeizuführen, auch angemessen umgesetzt werden kann (teleologische Auslegung). Anzustreben ist eine angemessene Mißbrauchskontrolle, dies darf aber eine angemessene Behandlung nicht blockieren. Wenn also PID Teil eines sinnvollen Behandlungskonzepts ist, dann ist sie nicht als Unterfall der verbotenen verbrauchenden Embryonenforschung zu subsumieren. Nach Herdegen kann es folglich nicht auf den Zeitpunkt ankommen, an dem Pluripotenz anzunehmen ist, sondern auf das mit der Untersuchung verfolgte Behandlungskonzept.

Ähnlich argumentiert eine weitere, insbesondere im strafrechtsdogmatischen Schrifttum immer wieder vertretene Ansicht, wonach eine Strafbarkeit nach § 2 ESchG am subjektiven Tatbestand scheitere; gemeint ist das im Gesetz genannte Ziel der verbotenen Verwendung „zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck“. Auch diese Ansicht geht aber zumindest implizit von einer Untersuchung totipotenter Zellen aus, denn nur dann stellt sich die Frage nach dem erlaubten oder verbotenen Zweck. Erlaubt ist die „Erhaltung“ des Restembryos durch einen Transfer auf die Frau, von der er stammt, d. h. die Ärztin oder der Arzt hat zumindest bedingt die privilegierte Absicht, bei einem positiven Befund den Restembryo zu transferieren.⁵

Beide Positionen rügen, daß die sog. herrschende Meinung die Zwecksetzung einer PID und die einer verbrauchenden Embryonenforschung nicht angemessen unterscheidet. Wenn aber lediglich die Diskriminierungsabsicht bei einer PID strafwürdig sein soll, dann müsse dies vorher in einem förmlichen Gesetz als Strafbarkeitsvoraussetzung benannt werden. Da aber die Auswahl oder Selektion von Embryonen als solche vom Gesetzgeber gerade nicht unter Strafe gestellt

⁵ Vertreten von Schreiber [14] und Schneider [15] und bestritten von Renzikowski [16], allerdings mit zu pauschalen Argumenten.

worden ist und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht Verfassungsrang hat, ist PID immer dann *de lege lata* straflos, wenn der Transfer des Restembryos zumindest bedingt (für den Fall einer positiven Diagnose) beabsichtigt wird.

Aber die zweite der beiden erwähnten Ansichten wählt eine angreifbare Argumentationsstrategie. Sie knüpft nämlich am Wortlaut des § 2 ESchG an und unterstellt damit objektiv, es läge bei einer PID eine verbotene Verwendung von totipotenten Embryonen vor. Erst in einem zweiten Schritt wird dann die Strafbarkeit aus subjektiven Gründen verneint, weil der Restembryo erhalten werden solle. Aber ich fürchte, Gerichte würden sich schwer tun, die doch ebenfalls gegebene Absicht eines Untersuchenden, den Restembryo möglicherweise zu zerstören, zu ignorieren. Denn man nimmt doch zumindest bedingt in Kauf, den Restembryo, d. h. das geschützte Rechtsgut, preiszugeben, nämlich immer dann, wenn – was in etwa 50 % aller Fälle der Fall ist – mit einem negativen Befund zu rechnen ist. Strafrechtsdogmatisch hat man daher bei einer solchen Untersuchung wohl eher eine alternative Absicht anzunehmen, die dahin geht, den untersuchten Embryo entweder zu verwerfen oder zu transferieren. Dies reicht aber möglicherweise bei strafbarkeitsbegründenden⁶ Absichtmerkmalen nicht zur Straflosigkeit. Die Ansicht von Schreiber/Schneider ist somit zumindest angreifbar⁷ und sollte daher nur hilfsweise neben anderen Argumenten angeführt werden. Das eindeutig bessere Argument ist zunächst einmal der Hinweis auf die bewußt fragmentarische Lösung des historischen Gesetzgebers, der Bestimmtheitsgrundsatz und der Grundsatz, daß tatsächliche Feststellungen bei Zweifeln zugunsten des Beschuldigten zu würdigen sind.

d) Sollte PID *de lege ferenda* verboten werden?

Wer PID ganz allgemein verbieten möchte, muß den vom ESchG gewählten Ausgangspunkt des Lebensschutzes verlassen und gattungsethisch argumentieren, sich also etwa am bereits im ESchG etablierten Verbot der Geschlechtswahl (ein aus dem Antidiskriminierungsgrundsatz abgeleitetes Verbot) orientieren und die potentielle Diskriminierung Behinderter zum rechtspolitischen Ausgangspunkt machen. Herdegen [13] zeigt anschaulich, daß das Anstößige an der PID nicht der Verbrauch eines Embryos, sondern allenfalls die Selektionsperspektive des Untersuchenden sei, eines Verhaltens allerdings, das nach seiner Ansicht unter dem Gesichtspunkt des Diskriminierungsverbotes Behinderter (geregelt in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) noch nicht verfassungsrechtlich relevant sein kann, da der Transfer eines genetisch belasteten Embryos zu einer Schwangerschaft führen könnte, die nach erlaubter Pränataldiagnostik abgebrochen werden darf. Ein absolutes Verbot der PID würde somit nur Sinn machen, wenn auch das Abtreibungsrecht mit Blick auf mögliche mittelbare Diskriminierungen behinderter Föten durch die eigene Mutter (so weit geht aber Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht!) überdacht und geändert würde. Die besondere Situation

⁶ M. E. wirkt die bedingte Absicht der Erhaltung hier nicht privilegierend wie bei dem Unternehmensdelikt nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, der Befruchtung von Eizellen in der Absicht, eine Schwangerschaft herbeizuführen, sondern umgekehrt strafbarkeitsbegründend. Zumindest ist der Unterschied zu fein, um einen anwaltlichen Rat an Ärzte ausschließlich auf dieses eine Argument zu stützen.

⁷ Aus diesem Grund wähle ich für den Fall, daß Gerichte gegen den Wortlaut von § 2 ESchG bejahen sollten, eine Rechtfertigungslösung [4]. So schon lange vor dieser Debatte Margot v. Renesse [17].

der IVF-Patientin zeigt aber schon die juristische Unlösbarkeit solch fundamentaler Bekenntnisse. Sie zwingen zu einer Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts betroffener Frauen und damit zu Eingriffen in deren Grundrechte, die erkennbar von den Kritikerinnen der Gentechnologie nicht beabsichtigt werden⁸ und die nur schwer mit dem Persönlichkeitsrecht von IVF-Patientinnen auf der einen und Schwangeren auf der anderen Seite vereinbar wären. Außerdem würde ein solches Sonderopfer von Frauen, die entweder über IVF ein Kind wollen oder bereits schwanger sind, mit dem Gleichbehandlungsgebot nach Art. 2 Abs. 2 GG kollidieren, da es sie zu einem Lebensentwurf nötigen würde, den sie selbst nicht gewählt haben und der ihnen von der Gesellschaft nicht angemessen erleichtert werden kann. Diese Unlösbarkeit der kollidierenden Werte und Interessen erklärt wohl die politische Dezision des Parlamentes, sich zur Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit der PID politisch nicht eindeutig zu verhalten, d. h. weder ihre Legalität klarzustellen noch ein generelles Verbot zu verabschieden, sondern die Frage als ethisch schwierig vorerst offen zu lassen und von einer Kommission in die nächste zu verschieben. Dies bedeutet aber auch, daß Ärztinnen und Ärzte angesichts der gegenwärtigen Rechtslage lediglich dann ein begrenztes Strafbarkeitsrisiko eingehen, wenn sie sehr früh eine PID vornehmen und sich deshalb den Vorwurf einhandeln könnten, sie hätten totipotente Zellen untersucht.

Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse *de lege lata*

Das ESchG verbietet eine PID nach Brüsseler Vorgaben in Deutschland dann nicht, wenn sie möglichst deutlich nach dem 8-Zell-Stadium vorgenommen wird. Auch *de lege ferenda* zwingt weder das Prinzip des Lebensschutzes die Gesetzgebung zu einer Änderung dieses Rechtszustandes, da der Schutz der Zygote nach Kloepfer eher schwächer ist als der eines entwicklungsfähigen Embryos, noch das Diskriminierungsverbot Behinderter. Nach Herdegen gibt es weder einen Grund, die Ausstrahlungswirkung des Diskriminierungsverbotes bereits auf die Zygote zu erstrecken noch es auf mittelbare Beeinträchtigung durch die künftige Mutter vor der Geburt zu erweitern.

Das Verwendungsverbot in § 2 ESchG verbiete zwar verbrauchende Forschung, nicht aber die Untersuchung toti- oder pluripotenter Zellen vor dem Transfer auf die Frau, wenn der beabsichtigte Zweck der einer intakten Schwangerschaft ist. Dieser Meinung folgt auch die Mehrheit des Nationalen Ethikrates. Somit sei PID selbst dann keine „verbrauchende Embryonenforschung“, sondern etwas anderes, wenn sie sehr früh erfolge. Wenn die Gesetzgebung dies verbieten wollte, müsse sie es explizit verbieten. *De lege lata* ist folglich selbst ein Screeningverfahren zulässig, was vermutlich – sollte sich diese zutreffende Sicht der gegenwärtigen Gesetzeslage durchsetzen – rechtspolitische Bedenken mobilisieren wird.

Verfassungspolitische Gegenposition: PID sei aus verfassungsrechtlichen Gründen zu verbieten

Der hier vertretenen Ansicht und der liberalen Lesart von Herdegen widersprechen Autoren, die als Minderansicht zu bezeichnen sind, die allerdings in der vorwiegend ethisch argumentierenden Debatte zur Zeit noch als Mehr-

⁸ Zu diesem unangemessenen Politikstil der Bevormundung von IVF-Patientinnen durch eine kleine, aber hochaktive Gruppe von Feministinnen [18], welche die „Grundlagen der Menschheit“ gegen die individuellen Interessen verteidigen. Am besten charakterisiert man diese Haltung mit dem Terminus „ökologischer Feminismus“.

heitsmeinung wahrgenommen werden. Sie kommen zum Ergebnis, es sei irrelevant, ob eine untersuchte Zelle totipotent oder pluripotent ist. Verboten sei *de lege lata* beides und es solle *de lege ferenda* auch verboten bleiben. Befassen wir uns einmal mit dieser Position.

Vertreten wird sie von einer nicht unerheblichen Zahl von Autoren, die im allgemeinen verfassungsrechtlich, besser: verfassungspolitisch argumentieren. Selbst ausführliche Gutachten enthalten – insofern vielen Befürwortern der PID vergleichbar – keine fachgerechte strafrechtliche Subsumtion. Weder eine eigene strafrechtsdogmatische Würdigung noch eine Rezeption des strafrechtsdogmatischen Schrifttums, auch die Rekonstruktion der Gesetzgebungsgeschichte wird großzügig ignoriert. Ein Teil dieser Autoren argumentiert so, als habe der Abtreibungskompromiß nie stattgefunden, und lehnt es auch ab, dem Prinzip des Lebensschutzes und der Menschenwürde eine „entwicklungsbezogene Konkretisierung“⁹ zukommen zu lassen. Statt dessen reden sie pauschal von Lebensschutz und Menschenwürde und kommen häufig zum Ergebnis, es müsse *de lege ferenda* sogar ein absolutes Verbot der PID geben. Teilweise wird von den Autoren, die in erster Linie über den verfassungsrechtlichen Status des Embryos nachdenken, simpel unter Verstoß gegen den im Strafrecht geltenden Bestimmtheitsgrundsatz unterstellt, aus dem – von ihnen postulierten – absoluten Schutz des Lebens der Zygote folge unmittelbar ein strafrechtliches Verbot. Dies widerspricht allen verfassungsrechtlichen Anforderungen an strafrechtliche Verbote, die eben nicht aus der Verfassung geschlossen, sondern gesetzlich bestimmt sein müssen. Diese Autoren ignorieren die Bedeutung des gesetzgeberischen Ermessens. Es ist Sache der Politik, jeweils abzuwägen, wie eine an und für sich wünschenswerten verfassungsrechtliche Position umgesetzt werden kann, zumal beim Lebensschutz das Prinzip gilt, nicht einzelne Embryonen *in vitro* oder *in vivo* absolut zu schützen, sondern ein angemessenes Schutzkonzept zu entwickeln.¹⁰

⁹ So die Formulierung der hier dargestellten modernen Verfassungsrechtler [7] und [13].

¹⁰ Die vom 2. Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgerichts entwickelte Doktrin vom angemessenen Schutzkonzept betont die Prerogative des Parlaments und räumt ihm – nicht dem BVerfG – die Entscheidung zu, welche Regelung angemessen und zweckmäßig sei. Es hat somit einen erheblichen Spielraum. Diesen Gedanken betont auch die Minderheit der Enquete-Kommission, während die der Gentechnologie gegenüber skeptische Mehrheit meinte, einen absoluten Lebensschutz reklamieren zu können [11]. Die beiden liberalen Positionen des Nationalen Ethikrates [12] betonen ebenfalls die Spielräume des Gesetzgebers. Erstaunlicherweise argumentieren aber auch namhafte Autorinnen und Autoren des verfassungsrechtlichen Schrifttums so, als habe es nur das 1. Abtreibungsurteil des BVerfG gegeben, das noch von einer Schutz- und Strafpflicht der Gesetzgebung ausgegangen war. Nach diesem eigentlich nicht mehr überzeugenden Muster wird so getan, als habe der einfache Gesetzgeber gar keine Wahl und müsse plausible Verfassungspositionen auch in Politik ummünzen. Exemplarisch für diese Herangehensweise ist selbst die feministisch argumentierende Verfassungsrechtlerin Ute Sacksofsky [8], die gegen die liberale Version von Frommel [18] eine rigorose gattungsethische Position vertritt, wonach die Frau verpflichtet sei, sich ungeprüft auch einen genetisch geschädigten Embryo transferieren zu lassen. Das Persönlichkeitsrecht einer Frau sei erst dann tangiert, wenn sie schwanger sei. Nur dann befände sie sich in einer Notlage, nicht aber dann, wenn sie eine IVF-Behandlung wähle. Dann müsse sie eben auch deren Risiken tragen. Eigentlich müsste die Autorin merken, daß mit dieser Argumentation eigentlich nur im Notfall und nach einer Vergewaltigung abgetrieben werden dürfte. Aber sie stellt sich diese Fragen sonderbarerweise nicht. Außerdem übersieht sie, daß diejenigen, die wie ich strafrechtsdogmatisch argumentieren, auf der Basis des geltenden Rechts feststellen, daß PID an pluripotenten Zellen zur Zeit sicher nicht verboten ist, so daß die Gesetzgebung erst das von vielen als bereits existierend feststellte Verbot formulieren müßte [18], Gerichte aber wegen des Bestimmtheitsgebots das ESchG nicht so weit auslegen dürfen, wie dies gewünscht wird.

Was tun?

Die Analyse der gegenwärtigen Rechtslage ergibt, daß eine PID nach Brüsseler Vorgaben, die zu einem möglichst späten Zeitpunkt vorgenommen wird, in Deutschland im Screeningverfahren zulässig ist. Aber es gibt Widerstände und Bedenken gegen dieses Ergebnis.¹¹ Daher ist Vorsicht geboten. Strafprozessual gedacht, gibt es keine Schwierigkeiten. In einem (fiktiv angenommenen) Strafverfahren würde *in dubio pro reo* festgestellt werden, daß objektiv feststellbar nicht mehr von Totipotenz auszugehen sei, auch wenn einzelne Zellen noch totipotent sein könnten.

Pragmatischer Vorschlag: Strafbarkeitsausschluß durch eine Analogie zu § 218a Abs. 2 StGB

Angenommen, eine Ärztin oder ein Arzt führt eine PID in Deutschland durch oder kooperiert mit Kollegen im Ausland, so kann ihr/ihm niemand garantieren, daß angesichts der seit Jahren geführten Debatte keine Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren einleitet, mit allen verheerenden Folgen, die so etwas selbst dann haben kann, wenn sich die Rechtsansicht der ermittelnden Behörde später – wovon ich ausgehe – als haltlos erweisen sollte. Gegen eine solche Vorgehensweise kann man sich wappnen, indem man einen selbst dann zur Straflosigkeit führenden Rechtswidrigkeitsausschluß¹² – zumindest vorsorglich – herbeiführt. Wenn eine Schwangere unter Bezugnahme auf die Regelung der medizinisch-sozialen (*de facto* embryopathischen) Indikation eine bestehende Schwangerschaft abbrechen lassen kann, weil ihr Austragen und Geburt eines schwer behinderten Kindes nicht zugemutet wird, dann muß auch das Verwerfen eines Embryos nach einer PID zulässig sein. Vorausgesetzt ist, daß aufgrund der genetischen Vorbelastung der prospektiven Eltern das Risiko einer so schweren Behinderung besteht, daß diese im Falle einer bestehenden Schwangerschaft eine Abtreibung rechtfertigen würde. Die Tatsache, daß die Patientin einer IVF-Behandlung nicht schwanger ist, schadet nicht, da der Sinn der Untersuchung die Herbeiführung einer intakten Schwangerschaft ist (somit die unzumutbare Notlage im Falle eines ungeprüften Transfers antizipiert werden kann).

Indikationenlösungen begleiten die Debatte um die PID seit zwei Jahrzehnten. Auch heute betonen zahlreiche Autoren, die für eine begrenzte Zulassung von PID eintreten, daß die bestehende staatliche Schutzpflicht einer beschränkten Zulassung der PID nicht entgegensteht, legen sich aber nicht fest, ob das *de lege lata* [19] oder nur *de lege ferenda* [10] gemeint ist. Solange aber die Gesetzgebung nicht tätig wird, helfen nur die Argumente weiter, die bereits nach geltendem Recht eine Strafbarkeit sicher ausschließen. Um Mißverständnisse zu vermeiden: Ich bin nicht der Ansicht, daß PID strafbar ist oder daß es eine vertretbare juristische Argumentation gibt, die *de lege lata* eine Strafbarkeit begründen könnte. Aber bevor Ärztinnen und Ärzte unberechtigte Strafverfolgungen fürchten müssen und auf den Gesetzgeber starren wie das Kaninchen auf die Schlange, ist es klüger, auf die Legende von der Strafbarkeit der PID mit einer vorsorglich herbeigeführten rechtfertigenden Indikation zu reagieren, zumal diese von

¹¹ Rechtsfragen sind auch Machtfragen, deshalb reden wir von „herrschenden“ und „abweichenden“ Meinungen. Ich folge hier aus Vorsicht nur den Meinungen, von denen zu erwarten ist, daß sie „herrschend“ sein werden, sollte ein Gericht über sie zu urteilen haben.

¹² Formuliert und begründet von Frommel [4] im Unterschied zu Neidert [1] *de lege lata*, nicht erst *de lege ferenda*.

Ärztinnen und Ärzten ohnehin „nach ärztlicher Erkenntnis“ (so die Kompetenzverlagerung in § 218a Abs. 2 StGB, die analog als Rechtfertigungsgrund auf § 2 ESchG übertragen werden kann) einzelfallorientiert festgestellt werden kann.

Ergebnis

Die gegenwärtige Debatte leidet unter vorschnellen politischen und gelegentlich auch unter vorschnellen verfassungsrechtlichen Thesen, die übersehen, daß nach unserer Verfassung strafrechtlich erlaubt ist, was nicht strafrechtlich verboten worden ist. Mag sein, daß die verfassungsrechtliche Doktrin der staatlichen Schutzpflicht, die Gesetzgebung zu einem (mit einem entsprechenden Erlaubnisvorbehalt versehenen) Verbot motivieren könnte. Da sie dies aber noch nicht getan hat und das Parlament völlig legitim von seinem gesetzgeberischen Ermessen Gebrauch gemacht hat, PID nicht explizit zu verbieten, machen sich Ärztinnen und Ärzte bei einer PID an Zellen nach dem 3.–4. Tag sicher nicht strafbar, weder im Inland noch im Ausland.¹³ Der Gesetzgeber könnte aber eine zunehmende Praxis der PID im Inland zum Anlaß nehmen, das ESchG so zu fassen, daß PID künftig verboten wäre. Daher wird hier empfohlen, vorsorglich PID nur bei Risikopatientinnen und nur mit einer medizinischen Indikation (niedrige Anforderungen) durchführen zu lassen, da dieses Indikationenmodell auch rechtspolitisch zur Zeit am stärksten favorisiert wird.

¹³ Das StGB erweitert die Strafbarkeit für inländische Ärzte, die mit Kollegen im Ausland kooperieren, auch dann, wenn das, wozu sie anstiften, nach dortigem Recht straflos und nur nach deutschem Recht strafbar ist. Deswegen ist es wichtig, die hier betonten Vorsichtsmaßregeln zu beachten, da nur dann die Kooperation mit ausländischen Kollegen ohne Strafbarkeitsrisiko organisiert werden kann.

Literatur

1. Neidert R. Gesetzgeberische Reformnotwendigkeiten. Gesellschaftspolitische Kommentare 2003; 3: In: Schütze, Schwaig (eds). Sonderausgabe „Reproduktionsmedizin“, Gesellschaftspolitische Kommentare 2003; 22–4.
2. Koch H-J. Rechtlicher Status des In-vitro-Embryos. In: Schütze, Schwaig (eds). Sonderausgabe „Reproduktionsmedizin“, Gesellschaftspolitische Kommentare 2003; 3: 27–31.
3. Sonderheft „Recht der Fortpflanzungsmedizin im 21. Jahrhundert“, Reproduktionsmedizin 4/2002, Springer-Verlag. Mit Beiträgen von: Feigl, Gröbe, Montag, Frommel, Coester-Waltjen, Ratzel, Taupitz.
4. Frommel M. Ethische, verfassungsrechtliche und strafrechtliche Problematik. In: Sonderheft „Recht der Fortpflanzungsmedizin im 21. Jahrhundert“, Reproduktionsmedizin 4/2002, Springer-Verlag; 158–82; ferner das unveröffentlichte ausführliche Gutachten für alle bayerischen Zentren zur Vorlage an die Bayerische Ärztekammer vom 24.11.2003.
5. Bernat E. Der menschliche Keim als Objekt des Forschers. Rechts-ethische und vergleichende Überlegungen. In: Bender, Gassen, Platzer, Seehaus (eds). Eingriffe in die menschliche Keimbahn, Agenda Verlag Münster, 2000; 57–82.
6. Giwer E. Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik. Duncker & Humblot, 2001.
7. Klöpfer M. Humangenetik als Verfassungsfrage. Juristenzeitung 2001; 417–28.
8. Sacksofsky U. Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz. Kritische Justiz 2003; 274–92.
9. Caesar P (ed). Präimplantationsdiagnostik. Bericht der Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz, 1999.
10. Hufen F. PID aus verfassungsrechtlicher Sicht. MedR 2001; 440–51.
11. Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages Recht und Ethik der modernen Medizin, BT-Drs. 14/9020, Schlußbericht 2002.
12. Nationaler Ethikrat. Stellungnahme „Zur genetischen Diagnostik vor und während der Schwangerschaft“. Januar 2003.
13. Herdegen M. Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses. Juristenzeitung 2001; 773–9.
14. Schreiber H-L. Von richtigen Voraussetzungen ausgehen. DÄBL 2000; A-1136–A-1137.
15. Schneider S. Auf dem Weg zur gezielten Selektion – Strafrechtliche Aspekte der PID. MedR 2000; 360–4.
16. Joachim Renzikowski. Die strafrechtliche Beurteilung der PID. NJW 2002; 2753–8.
17. v. Renesse M. § 218 – eine unvollkommene Antwort auf ein unlösbares Problem. ZRP 1991; 321–5.
18. Frommel M. Die Menschenwürde des Embryos *in vitro*. Kritische Justiz 2002; 411–26.
19. Ipsen J. Der „verfassungsrechtliche Status“ des Embryos. Juristenzeitung 2001; 989–96.

Mitteilungen aus der Redaktion

Besuchen Sie unsere Rubrik

[Medizintechnik-Produkte](#)



Neues CRTD Implantat
Intica 7 HF-T QP von Biotronik



Artis pheno
Siemens Healthcare Diagnostics GmbH



Philips Azurion:
Innovative Bildgebungslösung

Aspirator 3
Labotect GmbH



InControl 1050
Labotect GmbH

e-Journal-Abo

Beziehen Sie die elektronischen Ausgaben dieser Zeitschrift hier.

Die Lieferung umfasst 4–5 Ausgaben pro Jahr zzgl. allfälliger Sonderhefte.

Unsere e-Journale stehen als PDF-Datei zur Verfügung und sind auf den meisten der marktüblichen e-Book-Readern, Tablets sowie auf iPad funktionsfähig.

[Bestellung e-Journal-Abo](#)

Haftungsausschluss

Die in unseren Webseiten publizierten Informationen richten sich **ausschließlich an geprüfte und autorisierte medizinische Berufsgruppen** und entbinden nicht von der ärztlichen Sorgfaltspflicht sowie von einer ausführlichen Patientenaufklärung über therapeutische Optionen und deren Wirkungen bzw. Nebenwirkungen. Die entsprechenden Angaben werden von den Autoren mit der größten Sorgfalt recherchiert und zusammengestellt. Die angegebenen Dosierungen sind im Einzelfall anhand der Fachinformationen zu überprüfen. Weder die Autoren, noch die tragenden Gesellschaften noch der Verlag übernehmen irgendwelche Haftungsansprüche.

Bitte beachten Sie auch diese Seiten:

[Impressum](#)

[Disclaimers & Copyright](#)

[Datenschutzerklärung](#)