

Was erlaubt das Recht?

1. Der verfassungs- und menschenrechtliche Rahmen

Angesichts der weit gespannten Thematik und der relativ knappen Vortragszeit werde ich die mir gestellte Frage "Was erlaubt das Recht?" nur sehr holzschnittartig beantworten können. Ich bitte Sie im Vorhinein, die dadurch notwendigen Vergrößerungen und Verkürzungen zu entschuldigen. Des Weiteren werde ich im Hinblick auf die zahlreichen umstrittenen Fragen mir tragbar erscheinende Thesen aufstellen, über die zu diskutieren es sich lohnen mag.

Zunächst zum rechtlichen Rahmen: Aus dem umfangreichen Gesetzesmaterial sind die verfassungs- und menschenrechtlichen Vorgaben von entscheidender Bedeutung. Vor diesem Hintergrund sind die Vorschriften des Embryonenschutzgesetzes und die relevanten familienrechtlichen Regelungen zu analysieren. Die weiteren Regelungsbereiche, wie z.B. die berufsrechtlichen Bestimmungen werde ich nicht in die Betrachtung einbeziehen.

Das Recht, eine Familie zu gründen, steht unter dem grundsätzlichen Schutz der Europäischen Menschenrechtskonvention und der EU-Grundrechte Charta. Das Gleiche gilt für den Schutz des Privat- und Familienlebens. Das Recht, über die eigene Fortpflanzung zu bestimmen, ist Teil des verfassungsrechtlich verbürgten allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Die Verfassung schützt darüber hinaus Ehe und Familie. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ergibt sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht eines jeden Menschen und ist durch die UN-Kinderrechte Konvention geschützt.

Die genannten Rechtspositionen sind aber nicht notwendig deckungsgleich. So ist das Recht, über die eigene Fortpflanzung zu bestimmen, nicht genau dasselbe wie das Recht, eine Familie zu gründen. Die Begriffe von "Vater" und "Mutter" sind grundrechtlich und menschenrechtlich nicht vorgegeben. Zwar wird man von einem überwiegend abstammungsmäßig definierten Elternverständnis ausgehen können, aber eben nicht

ausschließlich. Neben oder anstelle der genetischen Verbindung kann auch die soziale Elternschaft in die Schutzposition einrücken. Dies zeigen im deutschen Recht bspw. die Adoption und die Wirksamkeit einer nicht der genetischen Verbindung entsprechenden Vaterzuordnung über die Ehe der Mutter oder über eine Vaterschaftsanerkennung. Insofern befinden wir uns hier in einem Bereich, in dem bereits die Definition der Ausgangsposition schwierig ist und einem gesellschaftlichen Wandel unterliegen mag (hierzu u.a. Häberle, Handbuch des Verfassungsrechts, 3. Auflage 2004, Bd.2 § 22 Rn.84 ff.)

Hinzu kommt, dass die erwähnten Schutzpositionen nicht unbegrenzte Rechte verleihen. So verbietet etwa die Europäische Grundrechtecharta eugenische Selektion und reproduktives Klonen; die Europäische Menschenrechtskonvention gewährt in diesen besonders sensiblen moralischen und ethischen Fragen den nationalen Gesetzgebern einen Ermessensspielraum zur Berücksichtigung der moralischen und kulturellen Einstellung in ihren jeweiligen Gesellschaften - jedenfalls solange es keinen europäischen Konsens gibt. Nach der deutschen Verfassung schließlich finden die Rechte ihre Grenze an der verfassungsmäßigen Ordnung und den Rechten anderer. Für Letztere sind in erster Linie die Menschenwürde, der Lebensschutz und die Wahrung der Persönlichkeitsrechte aller Beteiligten zu nennen.

Auch bei diesen Rechtspositionen wird sogleich klar, dass sich über ihren Inhalt im Einzelnen trefflich streiten lässt. Deutlich machen möchte ich damit, dass für die Frage, „was muss das Recht erlauben und was muss das Recht verbieten“ durch den verfassungs- und menschenrechtlichen Rahmen zumindest in den Randbereichen keine eindeutigen Antworten vorgegeben sind.

2. Das einfache Recht

Wenden wir uns damit nun der Frage zu, was das derzeit geltende einfache deutsche Recht eindeutig erlaubt, was es eindeutig verbietet, wo Zweifel bestehen, wo notwendige Regelungspunkte offen gelassen sind. Dabei sollte trotz der erwähnten Beurteilungsspielräume und Ungewissheiten stets die Vereinbarkeit der Regelungen mit den verfassungs- und menschenrechtlichen Vorgaben im Auge behalten werden.

a. Was ist reproduktionsmedizinisch nach dem Embryonenschutzgesetz eindeutig erlaubt?

Eindeutig erlaubt ist nach dem Embryonenschutzgesetz die Samenspende unter Einwilligung des Spenders und unabhängig von seinem familienrechtlichen Status, mag er verheiratet oder verpartnert oder keines von beiden sein.

Zulässig ist die **Verwendung des zur Verfügung gestellten Spermias** für eine In-vivo- oder In-vitro-Befruchtung mit der zusätzlichen Einwilligung der Frau, deren Eizellen befruchtet werden (§ 4 ESchG). Dies ist ebenfalls unabhängig von dem familienrechtlichen Status dieser Frau. Sie mag verheiratet, verpartnert oder ledig sein. Allerdings ist die Vornahme der Befruchtung einem **Arzt** grundsätzlich mit Approbation für Humanmedizin vorbehalten (§ 9 Nr. 1 ESchG). Die **Befruchtung** darf (mit zahlenmäßiger Begrenzung) nur **zur Herbeiführung einer Schwangerschaft** der Frau, deren Eizellen befruchtet werden, erfolgen. Zulässig ist in diesem Zusammenhang die **Weiterkultivierung imprägnierter Eizellen**, soweit dies zur Herbeiführung einer Schwangerschaft notwendig ist, sowie ihre **Kryokonservierung**. Erlaubt ist nach überwiegender, aber nicht völlig unbestrittener Meinung auch die Übertragung eines sog. **"verwaisten Embryos"** auf eine andere Frau (Embryonenspende), soweit alle Beteiligten dem zustimmen (Frommel/Taupitz/Ochsner/Geisthövel, Rechtslage der Reproduktionsmedizin in Deutschland, JReproMed Endo 2010, 96, 104).

Erlaubt ist die Gewinnung und Kryokonservierung von **Eizellen ohne zahlenmäßige Begrenzung**, aber auch hier nur durch einen Arzt und mit Einwilligung der betroffenen Frau (Rückschluss aus §§ 1, 4 ESchG).

Zulässig ist schließlich die **Forschung an Gameten**, also unbefruchteten Keimzellen, soweit sie nicht zur Herbeiführung einer Schwangerschaft verwendet werden (§ 5 ESchG) (Frommel/Taupitz/Ochsner/Geisthövel, Rechtslage der Reproduktionsmedizin in Deutschland, JReproMed Endo 2010, 96).

b. Was ist nach dem Embryonenschutzgesetz eindeutig verboten?

Dem stehen eine Reihe eindeutiger Verbote des Embryonenschutzgesetzes gegenüber: Das absolute Verbot der **Ezellenspende** (§ 1 I Nr. 1, II ESchG) und der **Ersatzmutterschaft** (§ 1 I

Nr. 7, II ESchG), die **Erzeugung überzähliger Embryonen** und die **Vorratshaltung von Embryonen** (§ 1 I Nr. 5 ESchG), die Vornahme der **Befruchtung zu anderen Zwecken** als zur Herbeiführung einer Schwangerschaft (§ 1 I Nr. 2, II, § 2 ESchG), **Eingriffe in Erbinformationen** (§§ 5, 6 ESchG) und **Chimären- und Hybridbildungen** (§ 7 ESchG)(zur Rechtfertigung dieses Verbots: Häberle, Handbuch des Verfassungsrechts, 3. Auflage 2004, Bd.2 § 22 Rn.92), eine **präkonzeptionelle Geschlechtsselektion** und eine **genetische Untersuchung des Embryos** vor dem Embryotransfer außerhalb der besonderen Erlaubnistatbestände (der §§ 3 und 3a ESchG).

Schließlich sind **Entnahme und Verwendung von Keimzellen**, insbesondere ihre Befruchtung und der Embryotransfer **ohne Einwilligung** der Beteiligten (§ 4 I Nr. 1, 2 ESchG) sowie die (wissentliche) **postmortale Verwendung von Samenzellen** verboten (§ 4 Nr. 3 ESchG)(hierzu: Frommel/Taupitz/Ochsner/Geisthövel, Rechtslage der Reproduktionsmedizin in Deutschland, JReproMed Endo 2010, 96, 98).

c. Umstrittene und offene Fragen

Innerhalb der vorstehend als grundsätzlich "erlaubt" bezeichneten Vorgänge gibt es eine Reihe von umstrittenen sowie offenen Fragen. Dazu meine folgenden Thesen:

These 1: Von den imprägnierten Eizellen können über das 2Pronuklein-Stadium (für das nach Art. 8 ESchG der Schutz von § 1 I Nr. 5, §§ 2, 6, 7 ESchG noch nicht eingreift) so viele weiter kultiviert werden, wie voraussichtlich notwendig sein werden, um höchstens drei entwicklungsfähige Embryonen zu erzeugen.

Es dürfte als inzwischen weitgehend konsentiert gelten, dass sich die vom Embryonenschutzgesetz vorgegebenen Höchstzahlen für Befruchtung und zu transferierenden Embryonen (§ 1 I Nr. 3, 4, 5 ESchG) nur auf die **entwicklungsfähigen**, transferierbaren Embryonen bezieht (so z.B. Bals-Pratsch/Dittrich/Frommel, Wende in der Implementation des deutschen ESchG, JReproMed Endo 2010, 87, 89) . Die Zahl der Eizellen, die entnommen und imprägniert werden, ist nicht durch das Embryonenschutzgesetz begrenzt, wohl aber von der Einwilligung der Betroffenen abhängig.

These 2: Als zulässig sollte auch der sog. "Single Embryo-Transfer" betrachtet werden, wengleich dieser Punkt in der Literatur umstritten ist. Es geht um die Frage, ob bei Vorhandensein von zwei oder drei grundsätzlich transferfähigen Embryonen nur der optimal entwickelte Embryo übertragen werden darf.

Der Gesetzgeber wollte zwar die Erzeugung überzähliger entwicklungsfähiger Embryonen vermeiden. Andererseits soll das Ziel der Reproduktionsmedizin, zu einer erfolgreichen Schwangerschaft und Geburt eines Kindes zu führen, durch die Bestimmungen des Embryonenschutzgesetzes nicht konterkariert werden. Der sich alternativ anbietende Fetozid bei Mehrlings- und Zwillingschwangerschaften ist unter den Gesichtspunkten von Lebensschutz und Menschenwürde sicherlich die bedenklichere Lösung. Der Wertungswiderspruch, der sich hier aus den verschiedenen rechtlichen Regelungen ergibt, muss im Hinblick auf die gebotene enge Auslegung der Straftatbestände zu Gunsten einer Zulässigkeit des Single Embryo-Transfer aufgelöst werden. Allerdings ist es eine dringende Forderung an den Gesetzgeber, sich dieser Problematik im Rahmen eines den modernen Erkenntnissen entsprechenden Reproduktionsmedizingesetzes anzunehmen und dabei auch die Frage des Umgangs mit den auch nach den heutigen Regeln möglicherweise übrigbleibenden Embryonen zu regeln.

These 3: Zur Übertragung verwaister Embryonen auf eine Wunschmutter ist grundsätzlich die Zustimmung der Keimzellengeber erforderlich.

Zwar lässt § 4 ESchG einen Embryotransfer ohne die Zustimmung dieser Person straffrei, im Hinblick auf das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen ist jedoch die Herbeiführung einer Schwangerschaft mit ihren Keimzellen ohne ihre Zustimmung aus verfassungsrechtlicher und zivilrechtlicher Sicht nicht zulässig und kann ggf. schadensersatzpflichtig machen.

These 4: Die Strafbarkeit der wissentlichen Befruchtung einer Eizelle mit dem Spermium eines Verstorbenen bedarf einer Revision und die Frage der Dauer und Art der Aufbewahrung sollte geregelt werden.

Das vom Gesetzgeber des Embryonenschutzgesetzes betonte Anliegen, die Generationenfolge sicher zu stellen und zeitverschobene Elternschaften zu vermeiden, mag grundsätzlich als legitimer Ansatz bezeichnet werden. Jedoch ist einerseits dieses Anliegen nicht konsequent durchgeführt (z.B. kein Verbot des Embryotransfer eines verstorbenen

Keimzellengebers; erlaubt die Übertragung eines verwaisten Embryos Verstorbener, aber verboten die Weiterkultivierung einer imprägnierten Eizelle nach dem Tode der Frau, von der die Eizelle stammt, § 1 I Nr. 2 ESchG), das Herausgreifen gerade der Verwendung des Spermias eines Verstorbenen eher zufällig (z.B. die Weiterkultivierung und der Embryotransfer einer imprägnierten Eizelle, wenn der Ehemann kürzlich verstorben ist) und daher als Straftatbestand nicht tragbar. Der Gesetzgeber sollte sich im Rahmen eines Reproduktionsmedizingesetzes Gedanken über die zeitlichen Dimensionen machen. Dazu gehört auch eine zeitliche Grenze für Kryokonservierungen sowohl von Embryonen und imprägnierten Eizellen als auch von Gameten insgesamt.

These 5: Im Hinblick insbesondere auf die in den letzten drei Thesen schon berührten Probleme ist – am besten in einem Reproduktionsmedizingesetz – die Einrichtung eines Registers, die Festschreibung von Registrierungs-, Dokumentations- und Auskunftspflichten sowie die Festlegung einer Aufbewahrungsfrist (anknüpfend an die Fortführung des Geburtsregisters nach § 5 V Nr. 2 PStG von 110 Jahren) zu fordern.

Diese Dokumentations-, Registrierungs- und Auskunftspflichten müssen sich angesichts des Rechts des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung nicht nur auf die Verwendung von Samenspenden bei einer heterologen In-vivo- oder In-vitro-Fertilisation beziehen, sondern auch die Eizellen, imprägnierte Eizellen und ebenso die Embryonen umfassen. Es ist genau zu dokumentieren, von welcher Person die Eizelle, von welcher das Sperma stammt (so auch Häberle, Handbuch des Verfassungsrechts, 3. Auflage 2004, Bd.2 § 22 Rn.89) . In Überwindung der zurzeit kafkaesken ministerialen Zuständigkeiten sollte sich der Bundesgesetzgeber zur Schaffung eines Zentralregisters durchringen. Dabei sollte die Art der Pseudonymisierung – im Adoptionsrecht spricht man von Inkognito-Adoption – und ihrer Entschlüsselung einheitlich festgelegt werden.

These 6: Die Straftatbestände, die Eingriffe in die Keimbahn und in das Erbgut verhindern sollen (§§ 5, 6, 7 ESchG i.V.m. § 8 ESchG), sind im Hinblick auf neue Techniken (insbes. somatischen Kerntransplantationen) eher zufällig und daher überarbeitungsbedürftig.

Dies wirft die Frage auf, welches Vorgehen wir akzeptieren wollen, welches nicht. Der zur Vermeidung der Übertragung kranker Mitochondrien im Tierversuch durchgeführte

Vorkerntransfer, bei dem eine weibliche Eizelle mit gesunden Mitochondrien und eine weibliche Eizelle mit kranken Mitochondrien bis zum 2PN-Stadium entwickelt, sodann beide entkernt und die noch nicht verschmolzenen Zellkerne aus der kranken Zelle in die Zelle mit den gesunden Mitochondrien transferiert wird, würde – wenn man dies auf den Menschen überträgt – an § 1 Abs. 2 ESchG scheitern, weil in die Eizelle mit den gesunden Mitochondrien Spermium eingebracht worden ist, ohne eine Schwangerschaft der Frau, von der diese Eizelle stammt, herbeiführen zu wollen. Dieses Verbot dürfte wohl unter den Gesichtspunkten von Menschenwürde und Lebensschutz gerechtfertigt sein. Würde man hingegen einen Zellkernaustausch vor dem Einbringen der Samenzelle vornehmen (**sog. "Spindeltransfer"**), so ist fraglich, ob hier das Verbot des § 5 ESchG eingreifen würde. Ist der Austausch der im Zellkern enthaltenen Erbinformation eine Veränderung derselben oder etwas anderes, von § 5 ESchG nicht Erfasstes (auf das auch das Klonungsverbot des § 6 ESchG nicht passt)? Ist das Vorhandensein eines minimalen Anteils von Erbinformationen in den Mitochondrien (0,001% des Gesamtgenoms) ausreichend, um dennoch von einer Veränderung des Erbguts (neben dem Austausch desselben) zu sprechen? Eine Strafbarkeit dürfte zwar bei diesen Unsicherheiten und den Anforderungen, die an strafrechtliche Normen zu stellen sind, nicht in Betracht kommen (vgl. Günther, in: Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz § 5 Rn. 9, 14), dennoch sollte zu diesen Fragen – auch wenn sie sich zurzeit noch nicht konkret stellen – ein gesellschaftlicher Konsens über die Zulässigkeit (auch außerhalb von Straflosigkeit) gefunden werden. Angesichts des großen Leids, das durch einen Spindeltransfer verhindert werden könnte, halte ich eine Akzeptanz des Vorgangs grundsätzlich für wünschenswert. Der geringe Anteil der Erbinformationen der Mitochondrien legt es keineswegs nahe, von einer Elternschaft der Spenderin der gesunden Mitochondrien zu sprechen.

These 7: Mit meiner letzten, siebten These möchte ich auf Eizellenspende, Embryonenspende und Ersatzmutterschaft zu sprechen kommen und eine Öffnung für die Zulässigkeit derselben fordern.

Als Argumente gegen die Zulässigkeit derselben werden in der Regel vor allem die Unerträglichkeit einer gespaltenen Mutterschaft und die Gefahr der Ausbeutung von Frauen geltend gemacht. Nun lässt das Recht eine gespaltene Vaterschaft bei

heterologen Fertilisationen zu. Zwar unterscheiden sich Spermata und Eizellen, insbesondere durch die in letzterer vorhandenen Mitochondrien, aber dieser Unterschied ist nicht so groß, als dass er eine unterschiedliche Behandlung in dem äußerst sensiblen Bereich der Fortpflanzung rechtfertigen könnte (a.A. Frommel/Taupitz/Ochsner/Geisthövel, Rechtslage der Reproduktionsmedizin in Deutschland, *JReproMed Endo* 2010, 96, 104; zu dieser Thematik siehe auch EuGHMR in S.H. et al./Österreich). Im Wesentlichen gleiche Sachverhalte müssen gleich behandelt werden. Außerdem akzeptiert das Gesetz die gespaltene Mutterschaft bei der Spende verwaister Embryonen (Embryonenspende). Insofern ist es inkonsequent, die Eizellenspende aus Furcht vor gespaltener Mutterschaft zu verbieten. Den Schutz der Frauen vor Ausbeutung mögen man ihnen selbst überlassen und ihnen nicht den Weg zur Fortpflanzung verbauen. Auf die Frage, was erlaubt das Recht, ist daher zu antworten: Das Embryonenschutzgesetz sieht zwar in der Eizellenspende einen Straftatbestand, unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist dieses Verbot aber nicht haltbar.

Erlaubt man die Eizellenspende, so wird sich der Wunsch nach einer Embryonenspende weitgehend erübrigen. Viele (wenngleich nicht alle) Kinderwünsche, die zurzeit durch die in Deutschland unzulässige Ersatzmutterschaft im Ausland erfüllt werden, würden keine Probleme mehr bereiten.

Dennoch bedarf die Embryonenspende – nach dem derzeitigen Embryonenschutzgesetz zulässig für verwaiste Embryonen – einiger Überlegungen: Mit den fortgeschrittenen Möglichkeiten des Embryo-Scorings und dem Transfer allein der optimal entwicklungsfähigsten Blastozyste, könnte man die anderen entwicklungsfähigen, übriggebliebenen Embryonen als solche zweiter Klasse bezeichnen. Die Frage, was mit übriggebliebenen Embryonen außer der derzeit erlaubten Vernichtung geschehen sollte, bedarf einer erneuten gesellschaftlichen Diskussion.

Schließlich noch kurz zur Ersatzmutterschaft. Man mag die nach deutschem Recht nicht zulässige Vereinbarung, eine Schwangerschaft für andere zu übernehmen und das geborene Kind an Wunscheltern abzugeben, als problematisch betrachten. Das derzeitige Verbot hat aber fatale Folgen: Es fördert den Fortpflanzungstourismus, unterbindet durch die Strafbarkeit der Beihilfe eine vernünftige Beratung und liefert die geborenen Kinder einem ungewissen Schicksal aus. In einer globalen Gesellschaft ist dieser

Problematik nur angemessen beizukommen, wenn man innerstaatlich legitimen Bedürfnissen Raum gibt und dazu beiträgt, auf internationaler Ebene eine Verständigung über gemeinsame Standards zu erreichen und Grundprinzipien als Voraussetzung für die Akzeptanz des transnationalen Vorgehens zu entwickeln (z.B. keine Kommerzialisierung, Sicherstellung der Einreisemöglichkeiten des Kindes, Ermöglichung der Kenntnis der eigenen Abstammung). Auf diese Weise könnte effektiver und menschenwürdiger der Ausbeutung von Frauen und dem Kinderhandel begegnet werden als durch das absolute Verbot.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.