

Marcel Reuter*

Die Entscheidung des BGH zur Präimplantationsdiagnostik und ihre Auswirkungen auf die Gesetzgebung

Abstract

Kaum eine Frage wurde im laufenden Jahr so kontrovers diskutiert wie die des Verbotes bzw. der Zulassung der Präimplantationsdiagnostik (PID). Anlass zur Wiederaufnahme dieser in Rechtswissenschaft und Politik seit jeher brisanten Auseinandersetzung hat ein im letzten Jahr ergangenes Urteil des *BGH* gegeben, wonach ein bestimmter Fall der PID nach geltendem Recht nicht verboten sei. Der Beitrag analysiert und bewertet diese einem Großteil der bisherigen Literatur entgegenstehende Entscheidung. Im Anschluss wird die Reaktion des Gesetzgebers überblicksweise dargestellt.

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rechtsgeschichte und Arztrecht an der Juristenfakultät der Universität Leipzig.

I. Einleitung

Die Ende der 1980er Jahre entwickelte PID ist eines der wohl brisantesten rechtlichen Problemfelder der Humangenetik. Bei der PID werden der in vitro befruchteten Eizelle vor deren Implantation in den Mutterleib ein bis zwei Zellen entnommen und auf krankheitsrelevante Mutationen sowie Chromosomenanomalien untersucht.¹ Hierdurch kann verhindert werden, dass ein Embryo mit genetischen Dispositionen für eine schwere Erbkrankheit oder mangelhafte Entwicklungsfähigkeit in die Gebärmutter übertragen wird. Dieses Verfahren wird insbesondere gezielt bei Eltern vorgenommen, welche ein spezifisches, genetisches Risiko für einen belasteten Embryo aufweisen. Mit Hilfe der PID wird Eltern trotz genetischen Risikos die Geburt eines gesunden Kindes ermöglicht.² Die PID ist in zahlreichen Ländern erlaubt und etabliert.³ In Deutschland ist man sich lediglich darüber einig, dass eine PID an totipotenten⁴ Zellen durch Strafnormen verboten ist (§§ 6 Abs. 1, 2 Abs. 1 ESchG).⁵ Wie hingegen die Untersuchung von pluripotenten⁶ Zellen nach dem ESchG zu beurteilen ist, war in der rechtswissenschaftlichen Literatur heftig umstritten.⁷ Für einen spezifischen Bereich hat im letzten Jahr der *BGH* eine Leitentscheidung getroffen und festgestellt, dass eine PID mittels Blastozystenbiopsie, die auf das Erkennen schwerer genetischer Schäden gerichtet ist, weder gegen § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG noch gegen § 2 Abs. 1 ESchG verstößt.⁸ Dieses Urteil hat die Diskussion über die Zulassung oder das Verbot der PID neu entfacht. Im Folgenden wird zunächst die Entscheidung des *BGH* dargelegt und bewertet, um anschließend die durch das Urteil angestoßenen Tätigkeiten des Gesetzgebers zu betrachten.

II. Die Entscheidung des BGH vom 6.7.2010

1. Zum Sachverhalt

Der angeklagte Frauenarzt wurde 2005 von einem Ehepaar mit dem Wunsch zur Vornahme einer In-vitro-Fertilisation aufgesucht. Einer der Ehepartner war genetisch vorbelastet, weshalb im Falle einer Schwangerschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit auch die Leibesfrucht genetische Auffälligkeiten aufweisen könnte. Um dieses

1 BT-Drs. 17/5451, S. 8.

2 *Leopoldina* Ad-hoc-Stellungnahme Präimplantationsdiagnostik (PID) – Auswirkungen einer begrenzten Zulassung in Deutschland 2011, S. 7.

3 BT-Drs. 17/5451, S. 8.

4 Hierzu: *Böckenförde-Wunderlich* Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, Diss. Heidelberg 2002, S. 25 f.

5 *Günther* in *Günther/Taupitz/Kaiser* Embryonenschutzgesetz, Einf. B 99.

6 Hierzu: *Brewe* Embryonenschutz und Stammzellgesetz 2006, S. 5.

7 *Müller-Terpitz* in *Spickhoff* Medizinrecht, § 2 ESchG Rn. 3.

8 *BGH* NJW 2010, 2672 ff.

Risiko zu umgehen, wurde eine PID mit Hilfe einer Blastozystenbiopsie durchgeführt. Die Untersuchung ergab eine Belastung von zwei der drei Embryonen. Die Patientin ließ sich sodann lediglich den unauffälligen Embryo einsetzen. Alle anderen Embryonen wurden nicht weiter kultiviert und starben ab. So verfuhr der Arzt später auch bei zwei weiteren Patientinnen. Das *LG* sprach ihn vom Vorwurf der missbräuchlichen Anwendung von Fortpflanzungstechniken nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG und der missbräuchlichen Verwendung menschlicher Embryonen nach § 2 Abs. 1 ESchG in allen drei Fällen frei.

2. Urteil und Begründung

Der *BGH* schließt sich im Ergebnis der Bewertung des *LG* an. Er setzt sich zunächst mit der Frage der Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG auseinander. Die hiernach für eine Straflosigkeit notwendige Absicht, die künstliche Befruchtung zum Zwecke der Herbeiführung einer Schwangerschaft bei der Frau, von welcher die Eizelle stammt, vorzunehmen, könne nicht verneint werden. Nicht die genetische Untersuchung der befruchteten Eizelle, sondern die Herbeiführung einer Schwangerschaft sei Zweck der künstlichen Befruchtung gewesen. Diese Herbeiführungsabsicht stehe lediglich unter der objektiven Bedingung eines unauffälligen Ergebnisses der PID.⁹

Auch verneint der *BGH*, dass der Wille zur Untersuchung pluripotenter Zellen auf schwerwiegende Krankheiten eine die Strafbarkeit begründende Alternativabsicht darstellt.¹⁰ Zur Begründung wird auf den historischen Gesetzgeber sowie umfangreiche systematische Erwägungen verwiesen.

Den Willen, eine genetische Untersuchung an pluripotenten Zellen durchzuführen, um schwerwiegende Krankheiten zu erkennen, trennt der *BGH* konsequent vom Willen des Arztes, den genetisch belasteten Embryo nicht zu übertragen. Laut *BGH* stelle Letzterer jedoch keine separate Absicht im Rechtssinne dar. Die Nichtimplantierung des belasteten Embryos sei bloß unerwünschte Nebenfolge.

Bezüglich der Frage nach der Strafbarkeit gemäß § 2 Abs. 1 ESchG, der die missbräuchliche Verwendung menschlicher Embryonen unter Strafe stellt, ist die Auslegung der Begrifflichkeit „verwendet“ zentraler Streitpunkt. Der *BGH* proklamiert eine einschränkende Auslegung bzw. Reduktion, um nicht beabsichtigte Strafbarkeiten zu vermeiden. Unter Bezugnahme auf den Sinn und Zweck der Norm sowie systematische Erwägungen kommt das Gericht insofern zu dem Entschluss, dass die Blastozystenbiopsie keine missbräuchliche Verwendung i. S. d. § 2 Abs. 1 ESchG darstellt.

Für die anschließenden Handlungen des Arztes wird ein Verstoß gegen § 2 Abs. 1 ESchG ebenso verneint. Das Absehen von einer fortgesetzten Kultivierung der genetisch belasteten Embryonen und das darauf folgende Absterben und Verwerfen sei als Unterlassen zu werten. Abgesehen von Zweifeln an einer Garantenstellung des

⁹ *BGH* (Fn. 8), 2673.

¹⁰ *BGH* (Fn. 8), 2674.

Arztes, sei es dem Arzt jedenfalls nicht möglich und zumutbar die belasteten Embryonen gegen den Patientenwillen einzusetzen.

3. Bewertung

Im Folgenden soll das Urteil des *BGH* einer rechtlichen Wertung unterzogen werden.

a) Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG

Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG darf die künstliche Befruchtung keinen anderen Zweck verfolgen, als die Herbeiführung einer Schwangerschaft. Insbesondere hierdurch versucht der Staat seiner aus Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG resultierenden Schutzpflicht gegenüber dem in vitro erzeugten Embryo nachzukommen.¹¹ Zentrales Element ist der angestrebte Zweck des Arztes, der die künstliche Befruchtung durchführt. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG ist bereits die Erzeugung des Embryos in vitro strafbar, wenn diese mit einer vom Gesetz nicht geduldeten Absicht vorgenommen wird bzw. – und hierdurch wird die Kontroverse deutlich – nicht strafbar, wenn diese mit der vom Gesetz erwünschten Absicht (Herbeiführung einer Schwangerschaft) vorgenommen wird. Die Auslegungsstreitigkeiten in der bisherigen Literatur zu § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG sind auf genau dieses Merkmal fokussiert. Insofern ist es nicht verwunderlich, dass auch der *BGH* einen Großteil des Urteils diesem Bereich widmet.

Zunächst kann man bereits daran zweifeln, ob der Arzt zwingend die Herbeiführung einer Schwangerschaft beabsichtigen muss, um straflos zu bleiben oder ob es genügt, wenn er jedenfalls nichts anderes beabsichtigt.¹² Da der Arzt aber im Regelfall irgendeinen Zweck mit der künstlichen Befruchtung verfolgen wird, soll diese nahezu rein theoretische Frage hier dahingestellt bleiben. Verfolgt der Arzt also einen Zweck, so muss dieser jedenfalls auch die Herbeiführung einer Schwangerschaft als angestrebte Hauptfolge erfassen. Dies wirft die Grundsatzfrage auf, ob ein Arzt, welcher eine PID durchführen möchte, in der Absicht handelt, eine Schwangerschaft herbeizuführen.

aa) Schwangerschaftsherbeiführungsabsicht

Dass die Absicht zur Herbeiführung einer Schwangerschaft als *dolus directus* 1. Grades zu verstehen ist,¹³ verdient Zustimmung und bedarf hier keiner weitergehenden Analyse.¹⁴ Ob sie allerdings bei einem Arzt vorliegt, der die Eizelle im Bewusstsein der künftigen Durchführung einer PID befruchtet, war stets umstritten, wurde

11 *Müller-Terpitz* (Fn. 7), § 1 ESchG Rn. 9.

12 Lt. *Schroeder* Neuartige Absichtsdelikte in FS für Lenckner 1998, S. 333 (341) fordert der Wortlaut eine Zwecksetzung für die Strafbarkeit; ähnlich *Böcher* Präimplantationsdiagnostik und Embryonenschutz 2004, S. 75.

13 *BGH* (Fn. 8), 2673.

14 Vgl. nur *Günther* (Fn. 5), § 1 Rn. 18.

jedoch nun von höchstrichterlicher Instanz bejaht. Vertreter der Gegenposition behaupten, der Arzt könne im Zeitpunkt der künstlichen Befruchtung nicht gleichzeitig einerseits die Absicht verfolgen mit dem konkreten Embryo eine Schwangerschaft herbeizuführen und andererseits bei ungünstigem Ergebnis der PID die befruchtete Eizelle verwerfen.¹⁵ Im maßgeblichen Zeitpunkt der Befruchtung könne somit lediglich die Ermöglichung der PID absichtsrelevante Zielsetzung des Arztes sein.¹⁶ Dieses Verständnis widerspricht jedoch einer natürlichen Betrachtungsweise des Sachverhaltes. Es kann nicht überzeugen, die Absicht des Arztes auf die bloße Ermöglichung der PID zu beschränken. Man kann schwerlich behaupten die PID geschehe zum Selbstzweck. Sie dient grundsätzlich vielmehr der Feststellung der Entwicklungsfähigkeit bzw. „Gesundheit“ des Embryos.¹⁷ D. h., ohne die Absicht eine Schwangerschaft herbeizuführen, ist die PID nicht sinnvoll. Beabsichtigt man also die Durchführung einer PID, beabsichtigt man im Regelfall jedenfalls ebenso die Herbeiführung einer Schwangerschaft.¹⁸

Es ist richtig, dass handlungsleitend entweder der Wille zum Einsetzen oder dessen Gegenteil (Nichteinsetzen bzw. Verwerfen) vorliegen kann.¹⁹ Stellt man sich nun die Frage, auf welches der beiden Ziele der Wille des Arztes gerichtet ist, kann man kaum behaupten, dies sei der Verzicht auf den Transfer bzw. die Nichtherbeiführung einer Schwangerschaft.²⁰ Sodann wäre nämlich die künstliche Befruchtung überflüssig. Dies führt zu dem logischen Schluss, den Willen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft als handlungsleitende Zielsetzung des Arztes (Ziel und innerer Grund des Tätigwerdens)²¹ zu charakterisieren und dem *BGH* auch insoweit zuzustimmen.²²

bb) Bedingte Absicht

Gleichwohl wird sich der Arzt im Zeitpunkt der Befruchtung in der Regel auch bewusst sein, dass nicht in jedem Fall eine Übertragung des Embryos möglich ist. Der Befund der PID hat maßgebliche Auswirkungen auf die Einpflanzung der befruchteten Eizelle. Das unauffällige Ergebnis der PID wird insofern als Bedingung der Schwangerschaftsherbeiführungsabsicht begriffen.²³ Diesbezüglich stellt der *BGH* fest, dass die Absicht im Allgemeinen nicht bedingungsfeindlich sei.²⁴ Im Gegensatz

15 *Beckmann* Präimplantationsdiagnostik und Embryonenschutzgesetz ZfL 2009, 125 (128); *Renzikowski* Die strafrechtliche Beurteilung der Präimplantationsdiagnostik NJW 2001, 2753 (2756).

16 *Beckmann* (Fn. 15), S. 128.

17 *Deutscher Ethikrat* Stellungnahme Präimplantationsdiagnostik BT-Drs. 17/5210, S. 4.

18 *Böckenförde-Wunderlich* (Fn. 4), S. 122.

19 So auch *Beckmann* (Fn. 15), S. 128; *Günther* (Fn. 5), § 1 Rn. 21.

20 *Neidert* Das überschätzte Embryonenschutzgesetz – was es verbietet und nicht verbietet ZRP 2002, 467 (470); *Böckenförde-Wunderlich* (Fn. 4), S. 122.

21 *Samson* Absicht und direkter Vorsatz JA 1989, 449.

22 So letztlich auch: *Neidert* (Fn. 20) S. 47, *Günther* (Fn. 5), § 1 Rn. 21; *Schneider* Auf dem Weg zur gezielten Selektion MedR 2000, 360 (362); *Schroth* Die Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Strafrechts NSTZ 2009, 233 (234).

23 Exemplarisch: *Günther* (Fn. 5), § 1 Rn. 21.

24 *BGH* (Fn. 8), 2673.

hierzu könnte man auch meinen, die Zielgerichtetheit der Absicht erfordere einen unbedingten Willen zur Herbeiführung der Schwangerschaft.²⁵ Auch das *RG* hat einst entschieden, dass der Wille, eine tatbestandsmäßige Handlung auszuführen, dann strafrechtlich bedeutungslos ist, wenn er unter einer Bedingung steht.²⁶

Welchen Einfluss eine Bedingung auf die Absicht hat, ist differenziert zu beurteilen. Handelt es sich um eine subjektive, vom Willen des Täters abhängige Bedingung, ist sein Wille noch nicht hinreichend bestimmt und somit von keiner Absicht auszugehen (nicht endgültig fest zur Tat entschlossen).²⁷ Anders ist die nicht im Einflussbereich des Handelnden liegende, objektive Bedingung zu beurteilen. Absicht wird durch ein voll ausgeprägtes voluntatives Vorsatzelement bezogen auf den Erfolg charakterisiert.²⁸ Bezüglich des intellektuellen Elements genügt das bloße „Für-möglichhalten“. ²⁹ Das Sichersein des Erfolgesintritts ist gerade nicht entscheidend für eine absichtliche Erfolgsherbeiführung.³⁰ Daher vermag eine objektive Bedingung an der Absicht des Täters nichts zu verändern, solange er den Erfolgesintritt anstrebt und für möglich hält.

Nichts anderes kann für den Arzt gelten, der mit dem Ziel eine Schwangerschaft herbeizuführen eine künstliche Befruchtung vornimmt. Die Bedingung der unauffälligen PID stellt eine unsichere Tatsache dar, die dem Einflussbereich des Arztes entzogen ist.³¹

cc) Alternative Absicht

Weiterhin das Merkmal des absichtlichen Herbeiführens einer Schwangerschaft betreffend, konstatiert der *BGH*, es könne zwar generell alternative Absichten geben, welche zur Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG führen,³² jedoch seien sowohl der Wille, eine PID durchzuführen als auch der Wille, den Embryo bei auffälligem Befund der PID nicht zu übertragen, hierfür ungenügend.³³ Hierdurch sind drei Problemfelder aufgeworfen.

(1) Strafbarkeit durch Alternativabsicht

Nicht nur das zielgerichtete Anstreben des letztlichen Tatziels, sondern auch alle weiteren, daneben erstrebten Hauptfolgen (Zwischenziele) können grundsätzlich

25 *Mildenberger* Der Streit um die Embryonen MedR 2002, 293 (297).

26 RGSt 71, 53.

27 *v. Renesse* Zur Vereinbarkeit der Präimplantationsdiagnostik mit dem Embryonenschutzgesetz ZfL 2001, 10 (11).

28 *Sternberg-Lieben* in Schönke/Schröder 28. Aufl., § 15 Rn. 66.

29 *Kudlich* in Heintschel-Heinegg StGB (Stand: 1.5.2011), Edition: 14, § 15 Rn. 17.

30 Allgemein: *Roxin* Strafrecht AT Band I 4. Aufl. (2006), § 12 Rn. 11; für ESchG: *Schroth* (Fn. 22), S. 235.

31 *Weschka* Präimplantationsdiagnostik, Stammzellforschung und therapeutisches Klonen 2010, S. 37; *v. Renesse* (Fn. 27), S. 11; *Middel* Verfassungsrechtliche Fragen der Präimplantationsdiagnostik und des therapeutischen Klonens 2006, S. 39; *Schneider* (Fn. 22), S. 362.

32 *BGH* (Fn. 8), 2674.

33 *BGH* (Fn. 8), 2674.

eine strafbarkeitsbegründende Absicht darstellen.³⁴ Hiernach könnte auch eine andere Absicht (bspw. Wille zur PID), die neben der Hauptfolge (Herbeiführung einer Schwangerschaft) steht, § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG erfüllen.

Diese generelle Erkenntnis wird allerdings durch die eigentümliche Ausgestaltung des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG in Frage gestellt. Die Verständnisschwierigkeiten hervorriefende Fassung als Alternativabsichtsdelikt wurde bereits von *Lenckner* kritisiert³⁵ und öffnet den Weg für miteinander unvereinbare Interpretationsmöglichkeiten. Begreift man die geforderte Herbeiführungsabsicht als privilegiert, so schließt das Vorliegen der geforderten Absicht eine Strafbarkeit aus.³⁶ Meint man hingegen, jede andere als die geforderte Absicht sei verboten, führt eine solche Absicht unweigerlich zur Verwirklichung des subjektiv überschießenden Teils des Tatbestandes.³⁷

Im Ergebnis kann keine der beiden Extrempositionen überzeugen. Dass nicht jegliche alternative Absicht pönalisiert ist, zeigt bereits die Überlegung, dass der Arzt im Regelfall auch andere Zwecke, bspw. Einkünfte zu erzielen, verfolgt und dies sinnvollerweise nicht als verboten verstanden werden kann.³⁸ Schon das ausdrücklich in der Gesetzesbegründung beschriebene Ziel (Verhinderung der künstlichen Befruchtung zu Forschungszwecken, so dass nicht ein Leben geschaffen wird, um es gleich wieder zu vernichten)³⁹ der Normierung zeigt, dass nicht jedwede, sondern, wenn überhaupt, nur eine solche Absicht, die eine Auswirkung auf die Schwangerschaftsherbeiführung haben kann, als verboten erfasst werden soll. Bezieht man den Schutz des „menschlichen Lebens“⁴⁰ als Rechtsgut des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG in die Betrachtung ein, erkennt man, dass eine Absicht, welche dieses Rechtsgut nicht tangiert, auch den Straftatbestand schwerlich erfüllen kann.⁴¹ So liegt es bei der immer wieder aufgeführten Gewinnerzielungsabsicht. Somit wird deutlich, dass der „andere“ Zweck jedenfalls nicht per se eine Strafbarkeit zu begründen vermag.⁴²

Die entgegengesetzte Ansicht der Ausschlusswirkung der Herbeiführungsabsicht wird in der Literatur teils mit einer Privilegierung, teils mit der Annahme, die Absicht stelle ein negatives Tatbestandsmerkmal dar,⁴³ begründet. Eine tatbestandliche Ausschlusswirkung der Herbeiführungsabsicht steht freilich in unverkennbarem Widerspruch zur Aussage des *BGH*, dass strafbegründende Alternativabsichten denkbar seien.⁴⁴ Eine Untermauerung hierfür findet sich in der Urteilsbegründung jedoch

34 *Samson* (Fn. 21), S. 450; *BGH* NStZ 1992, 540, 541.

35 So *Schroeder* (Fn. 12), S. 341.

36 *Erlinger* in *Dierks/Wienke/Eisenmenger* Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik 2007, S. 65 (70); *Weschka* (Fn. 31), S. 40 m. w. N.; *Schneider* (Fn. 22), S. 362.

37 *Merkel* in *Hillenkamp* Medizinrechtliche Probleme der Humangenetik 2002, S. 35 (39) Fn. 9.

38 *Erlinger* (Fn. 36), S. 70; *Renzikowski* (Fn. 15), S. 2755.

39 BT-Drs. 11/5460, S. 8.

40 *Günther* (Fn. 5), § 1 Rn. 2.

41 Dies gilt freilich nicht für die Alternative von § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, welche gespaltene Mutterschaften verhindern soll.

42 Allgemeiner und so jede andere Absicht als nicht strafbegründend begreifend, wenn nur die Herbeiführungsabsicht vorliegt: *Erlinger* (Fn. 36), S. 71.

43 *Schroth* (Fn. 22), S. 234.

44 *BGH* (Fn. 8), 2674.

leider nicht. Gegen eine grundsätzliche Ausschlusswirkung der Herbeiführungsabsicht spricht, dass der Arzt dadurch nahezu willkürlich weitere Absichten verfolgen könnte, wenn schließlich auch die Hauptfolge einer Schwangerschaft angestrebt wird.⁴⁵ Jedenfalls solche Absichten, die dem allgemeinen Schutzzweck (s. o.) zuwider laufen ohne eine Schwangerschaftsherbeiführungsabsicht auszuschließen (die also neben dieser denkbar sind), indem sie bspw. „nur“ eine Lebensgefährdung⁴⁶ des Embryos generieren, sollten aber eine Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG begründen können.⁴⁷

Nach alledem sind insbesondere solche Absichten gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG verboten, welche die Schwangerschaftsherbeiführungsabsicht ausschließen, weil sie diametral zu dieser stehen sowie solche, die neben der Herbeiführungsabsicht stehen, aber diese gleichwohl negativ tangieren. D. h. nur solche Absichten, die mit dem Schutz und der Übertragung des künstlich erzeugten Embryos harmonieren, sind nicht verboten.⁴⁸ Demzufolge ist der Aussage des *BGH*, eine strafbare Alternativabsicht könne bestehen, grundsätzlich beizupflichten.

(2) Wille zur Vornahme einer PID

Unklar ist allerdings, ob dem *BGH* insoweit zugestimmt werden kann, als dass er der Absicht eine PID durchzuführen keine tatbestandserfüllende Relevanz beimisst.⁴⁹ Der Wille des historischen Gesetzgebers beziehe sich nicht auf die PID an nicht mehr totipotenten Zellen. Der Grund hierfür liege maßgeblich in dem Umstand, dass zum Zeitpunkt des Gesetzeserlasses eine solche, jedenfalls in Deutschland, noch nicht möglich war.⁵⁰ So stellt z. B. auch die Gesetzesbegründung zu § 6 ESchG ausschließlich auf die PID an totipotenten Zellen ab.⁵¹ *Dederer* kritisiert, dass der *BGH* sich einzig auf den Gesetzgeber von 1990 stützt und keine späteren, das ESchG tangierenden Gesetze beachtet.⁵² Doch weder seine Analyse der späteren Gesetzgebung noch andere, vergleichbare Betrachtungen in der Literatur führen zu einem hinreichend bestimmten Ergebnis.⁵³ Insofern kann dem *BGH* an dieser Stelle allenfalls Unvollständigkeit in der Begründung vorgeworfen werden.

Bedenklicher ist hingegen der systematische Vergleich zu § 3 S. 2 ESchG. Der *BGH* scheint die hierin getroffene Wertentscheidung zu extrahieren und zu schlussfolgern, dass ein Gesetzgeber, welcher die Spermiselektion zur Verhinderung geschlechtsgebundener, schwerwiegender Erbkrankheiten gestattet, eine PID, wäre

45 *Beckmann* (Fn. 15), S. 129; *Middel* (Fn. 31), S. 42.

46 Zur Lebensgefährdung als Beeinträchtigung des Grundrechts auf Leben: *Jarass* in *Jarass/Pieroth* 10. Aufl., Art. 2 GG Rn. 90.

47 Ähnlich *Beitz* Zur Reformbedürftigkeit des Embryonenschutzgesetzes 2009, S. 63.

48 So auch: *Middel* (Fn. 31), S. 45.

49 *BGH* (Fn. 8), 2674.

50 *BGH* (Fn. 8), 2674.

51 BT-Drs, 11/5460, S. 11 f.

52 *Dederer* Zur Straflosigkeit der Präimplantationsdiagnostik MedR 2010, 819 (819 ff.).

53 *Middel* (Fn. 31), S. 42.

sie damals möglich gewesen, jedenfalls nicht verboten hätte.⁵⁴ Diesem Vergleich stehen jedoch die von der jeweiligen Regelung tangierten, sich grundsätzlich voneinander unterscheidenden Situationen entgegen.⁵⁵ Im Rahmen des § 3 S. 2 ESchG haben sich Samenzelle und Eizelle eben noch nicht zu einem Embryo i. S. d. § 8 Abs. 1 ESchG vereinigt. Dessen Schutz ist aber gerade der zentrale Zweck des Gesetzes.⁵⁶ Der Gesetzgeber ging bei Schaffung des ESchG davon aus, dass erst mit Abschluss der Befruchtung ein zu schützendes, menschliches Leben entstanden ist.⁵⁷ Folglich ist die Diagnostik und Verwerfung einer Samenzelle nach der Wertung des ESchG qualitativ unterhalb der PID anzusetzen. Im Falle des § 3 S. 2 ESchG wird bei einem auffälligen Diagnoseergebnis eben nicht etwa existierendes Leben vernichtet (so aber bei der PID), sondern lediglich die Entstehung des Lebens im Vorfeld verhindert. Folglich kann nicht anhand der Regelung des § 3 S. 2 ESchG auf eine Zulässigkeit der PID unter den dort genannten Voraussetzungen erkannt werden.⁵⁸

Aber auch der systematische Umkehrschluss vom Bestehen des § 3 S. 2 ESchG zum Verbot der PID kann nicht gelingen.⁵⁹ Eine begrenzte Ausnahme (§ 3 S. 2 ESchG) vom Verbot der Geschlechtswahl ist lediglich nötig, weil zuvor in § 3 S. 1 ESchG ein grundsätzliches Verbot statuiert wird. Ohne das Verbot wäre eine Ausnahme hiervon überflüssig. Hat man also noch kein Verbot mit hinreichender Bestimmtheit festgestellt, wäre es zirkulär, durch die Nichtexistenz einer Gestattung (Verbotsausnahme) die Existenz eines Verbotes zu schlussfolgern. Konkreter formuliert: wollte der Gesetzgeber die PID mit § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG nicht verbieten, müsste er auch keine Ausnahme hierzu schaffen.

In Bezug auf § 3 S. 2 ESchG ist dem *BGH* insoweit zuzustimmen, dass diesem keine Anhaltspunkte für ein hinreichend bestimmtes Verdikt des ESchG gegen die PID entnommen werden können.⁶⁰

Schließlich kann dem *BGH* auch darin zugestimmt werden, dass aus § 15 Abs. 1 S. 1 GenDG, welcher pränatale Untersuchungen lediglich während der Schwangerschaft gestattet, im Umkehrschluss kein Verbot der PID zu erkennen ist.⁶¹ Der Anwendungsbereich des GenDG (§ 2 Abs. 1 GenDG) erstreckt sich bewusst nicht auf die PID,⁶² weshalb dieser auch keine Aussage und schon gar kein strafrechtlich hinreichend bestimmtes Unwerturteil diesbezüglich beinhaltet.

54 *BGH* (Fn. 8), 2674.

55 *Lilie* Urteilsanmerkung FD-StrafR 2010, 306 895.

56 *Dederer* (Fn. 52), S. 820.

57 *Taupitz* (Fn. 5), § 8 Rn. 3; BT-Drs. 11/5460, S. 6.

58 *Böckenförde-Wunderlich* (Fn. 4), S. 141.

59 A. A.: *Middel* (Fn. 31), S. 42 m. w. N.

60 *Taupitz* (Fn. 5), § 3 Rn. 10: geht gar soweit, dass aus dem Verbot bestimmter Selektionsmöglichkeiten in § 3 S. 1 im Umkehrschluss die Nichtstrafbarkeit andere Selektionsmöglichkeiten folge.

61 *BGH* (Fn. 8), 2675.

62 BT-Drs. 16/10532, S. 20.

Anderes ergibt sich allerings aus der Betrachtung des Schutzzwecks von § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG. Die Ausführungen des *BGH* hierzu sind nicht sonderlich weitreichend.⁶³ Wie bereits oben dargelegt, muss nach hier vertretener Auffassung eine Absicht dann gegen § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG verstoßen, wenn sie die rechtlich erwünschte Zwecksetzung (Schwangerschaftsherbeiführung) in relevantem Maße negativ tangiert bzw. dieser zuwider läuft. Die Pönalisierung einer solchen Zwecksetzung überschreitet auch nicht die Grenze des Wortlautes (Wortsinn).⁶⁴ Der weit gefasste Wortlaut wird vielmehr auf bestimmte, dem Schutzzweck der Vorschrift zuwiderlaufende Absichten beschränkt.

Die Absicht zur Durchführung einer PID steht der Absicht zur Herbeiführung einer Schwangerschaft jedenfalls nicht diametral gegenüber. Hingegen ist fraglich, ob sie die Herbeiführungsabsicht in einem, dem Schutzzweck widersprechendem Maße negativ tangiert. Der PID kommt eine zweifache Bedeutung zu. Einerseits soll sie gerade der konkret erwünschten Schwangerschaft dienen, andererseits führt sie zur Selektion des auffälligen Embryos.⁶⁵ Folglich tangiert sie die Schwangerschaftsherbeiführung und den Schutz des künstlich erzeugten Lebens durchaus auch im negativen Sinne und ist so mit diesen kaum in Einklang zu bringen.⁶⁶ Auch wäre ansonsten jegliche weitere Verwendung des Embryos, welche nicht mit Sicherheit, aber mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu dessen Absterben führt, erlaubt.⁶⁷ Mag der Gesetzgeber auch zum Zeitpunkt des Gesetzeserlasses die PID an pluripotenten Zellen nicht bedacht haben,⁶⁸ hat er gleichwohl eine Wertentscheidung zum Schutze des in vitro erzeugten Embryos (wenn auch nicht umfassend)⁶⁹ getroffen.⁷⁰ Dieser Wertentscheidung steht die bewusste Gefährdung des entwicklungsfähigen Embryos durch die Eröffnung einer Selektionsmöglichkeit mittels PID deutlich entgegen.⁷¹ Die Schwangerschaftsherbeiführung wird durch das Diagnoseergebnis erheblich gefährdet.⁷² Hieran vermag auch die Intention der PID, d. h. die Vermeidung schwerwiegender genetischer Schäden, nichts zu verändern.

Nun könnte man dieser Auffassung entgegenen, dass hiernach auch die stets beabsichtigte und wohl nie als strafwürdig empfundene Untersuchung des Embryos auf optisch wahrnehmbare Fehlentwicklungen (z. B. Nichtteilbarkeit der Zellen) pönalisiert sei.⁷³ Da in diesem Bereich in der Regel aber nur nicht entwicklungsfähige Embryonen ausgeschlossen werden sollen, wird der Schutzzweck auch nicht tangiert (§ 8 Abs. 1 ESchG).⁷⁴ In diesem Sinne ist nach dieser Auffassung auch die PID,

63 *BGH* (Fn. 8), 2674.

64 Zur Wortlautgrenze vgl. *Schmid-Aßman* in Maunz/Dürig 61. Ergl., Art. 103 II Rn. 225.

65 *Böcher* (Fn. 12), S. 76.

66 So auch *Merkel* (Fn. 37), S. 39 Fn. 9.

67 *Middel* (Fn. 31), S. 44.

68 *Böckenförde-Wunderlich* (Fn. 4), S. 128.

69 *BGH* (Fn. 8), 2674.

70 *Böckenförde-Wunderlich* (Fn. 4), S. 126.

71 *Middel* (Fn. 31), S. 44.

72 *Böckenförde-Wunderlich* (Fn. 4), S. 121.

73 *v. Renesse* (Fn. 27), S. 11.

74 *Böckenförde-Wunderlich* (Fn. 4), S. 124 f.

welche lediglich darauf gerichtet ist entwicklungsunfähige Embryonen zu erkennen, nicht verboten.

Geht man also davon aus, dass neben der Schwangerschaftsherbeiführungsabsicht verfolgte Ziele, die mit dem Schutzzweck sowie der erwünschten Absicht nicht vereinbar sind, auch den Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG erfüllen, ist die Absicht zur Eröffnung einer Selektion grundsätzlich entwicklungsfähiger Embryonen mittels PID hierunter zu fassen.⁷⁵

Die vom *BGH* außerdem angesprochenen, denkbaren Zwecksetzungen der PID zur Geschlechtsselektion oder zum Erkennen spätmanifestierender Krankheiten würden ebenso § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG erfüllen, da auch diese mit der Schwangerschaftsherbeiführungsabsicht sowie dem Schutz des Embryos nicht vereinbar sind.

(3) Wille zur Nichtübertragung des Embryos

Der Wille des Arztes zur Nichtübertragung des Embryos bei einem auffälligen Ergebnis der PID soll laut *BGH* bereits keine für die Erfüllung des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG notwendige „Absicht im Rechtssinne“ darstellen.⁷⁶ Dem ist zuzustimmen. Dass der Arzt grundsätzlich in den für die PID relevanten Fällen die künstliche Befruchtung nicht durchführt, um die Eizelle zu verwerfen, wurde hinreichend dargelegt.⁷⁷ Der Erfolg (Nichtübertragung) ist zudem kein denknotwendiges⁷⁸ Zwischenstadium⁷⁹ der durch den Täter konkret gewählten Kausalkette zur Verwirklichung der angestrebten Hauptfolge (Schwangerschaftsherbeiführung). Letztlich ist bezüglich der Nichtübertragung des Embryos allenfalls von *dolus eventualis* auszugehen.⁸⁰

b) Strafbarkeit nach § 2 Abs. 1 ESchG

Für die Frage, ob die PID nach § 2 Abs. 1 ESchG verboten ist, muss abermals zwischen verschiedenen Handlungen differenziert werden.

aa) Zellentnahme

Bezüglich § 2 Abs. 1 ESchG behilft sich der *BGH* einer teleologischen Reduktion des weit formulierten Tatbestandes, um dem staatlichen Übermaßverbot Rechnung zu tragen. Insofern falle die relevante Blastozystenbiopsie nicht unter den Begriff des „Verwendens“, da sie jedenfalls nicht missbräuchlich i. S. d. ESchG sei.⁸¹ Die zu begrüßende Ansicht, den weit gefassten Begriff des Verwendens zu begrenzen, ist auch

75 Merkel (Fn. 37), S. 39 Fn. 9; *Middel* (Fn. 31), S. 44; a. A.: *Schneider* Rechtliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik- und Präfertilisationsdiagnostik 2002, S. 56.

76 *BGH* (Fn. 8), 2675.

77 Vgl. auch *Böckenförde-Wunderlich* (Fn. 4), S. 122.

78 *Beitz* (Fn. 47), S. 152; *Böckenförde-Wunderlich* (Fn. 4), S. 122.

79 Sondern eine alternative, unerwünschte Folge, *Schroth* (Fn. 22), S. 235.

80 *Giwier* Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik 2001, S. 37; v. *Renesse* (Fn. 27), S. 11.; weitergehend und den bedingten Vorsatz verneinend: *Schroth* (Fn. 22), S. 235; a. A. *Beitz* (Fn. 47), S. 152.

81 *BGH* (Fn. 8), 2676.

in der Literatur nicht fremd.⁸² Zutreffenderweise stellt der *BGH* in diesem Zusammenhang fest, dass nicht jedwede, sondern lediglich die missbräuchliche Verwendung des Embryos strafrechtlich relevantes Unrecht darstellen kann, was schon aus der amtlichen Überschrift des § 2 ESchG hervorgeht.⁸³ Dem Wortlaut des Gesetzes folgend ist die Missbräuchlichkeit jedenfalls aber dann anzunehmen, wenn die vom Gesetz pönalisierte Zwecksetzung (nicht der Erhaltung dienend) gegeben ist. Dass die Weite des Tatbestandes hierdurch hinreichend eingegrenzt wäre, verneint der *BGH*. Begründet wird dies einzig damit, dass ansonsten Fälle der bloßen Zellbeobachtung (Embryoscoreing) pönalisiert seien. Das Embryoscoreing kann man allerdings bereits dadurch ausschließen, dass man lediglich aktives Einwirken auf den Embryo als „Verwenden“ i. S. d. des Gesetzes versteht.⁸⁴ Werden hingegen Zellen zur PID entnommen, ist ein solches Einwirken durchaus zu erkennen.

Betrachtet man nun die bloße Entnahme der Zelle, ist diese in Bezug auf die Erhaltung des Embryos als neutral einzuordnen, da sich hierdurch unmittelbar weder negative noch positive Auswirkungen ergeben.⁸⁵ Würde man streng am Wortlaut der Vorschrift haften, könnte man bereits eine solche Handlung als tatbestandsmäßig begreifen, weil hierdurch der Erhaltung des Embryos nicht gedient wäre.⁸⁶ Ob dies für strafrechtlich relevantes Unrecht ausreichend sein kann, erscheint durchaus fragwürdig⁸⁷ und wäre allenfalls mit dem Instrumentalisierungsgedanken zu rechtfertigen. Von einem missbräuchlichen Verwenden muss allerdings jedenfalls dann ausgegangen werden, wenn die tatsächliche der erwünschten Zwecksetzung widerstrebt.

Insofern stellt sich die Frage, welchen Zweck der Arzt mit der Zellentnahme verfolgt. Aus subjektiver Sicht dient die Entnahme wohl primär der Untersuchung der entnommenen Zellen. Nun ist die PID aber grundsätzlich kein Heilversuch⁸⁸ oder eine in sonstiger Weise die Erhaltung des Embryos sichernde Maßnahme,⁸⁹ sondern begründet vielmehr eine gegenwärtige Gefahr der Aussonderung des Embryos.⁹⁰ Neben dem Schutz der Menschenwürde gewährleistet § 2 Abs. 1 ESchG auch das Leben der befruchteten Eizelle.⁹¹ Genau dieses Leben wird durch die Zwecksetzung der PID erheblich gefährdet. Gleichsam dient die PID, wie *Günther* überzeugend darlegt,⁹² primär fremdnützigen Zwecken, nämlich insbesondere denen der Mutter (Vermeidung eines späteren Schwangerschaftsabbruchs). Die kurze Feststellung des

82 *Böckenförde-Wunderlich* (Fn. 4), S. 134; *Günther* (Fn. 5), § 2 Rn. 32.

83 *BGH* (Fn. 8), 2674; so auch: *Böckenförde-Wunderlich* (Fn. 4), S. 134.

84 *Taupitz* Welche Möglichkeiten bietet die moderne Auslegung des Embryonenschutzgesetzes Der Gynäkologe 2009, 502 (503); *Günther* (Fn. 5), § 2 Rn. 30 f.

85 *Schneider* (Fn. 75), S. 60.

86 *Böckenförde-Wunderlich* (Fn. 4), S. 134.

87 Zweifelnd: *Ebd.*, S. 134.

88 *Radau* Die Biomedizinkonvention des Europarates 2006, S. 324 Fn. 1622 m. w. N.

89 Zur mangelnden Therapiemöglichkeit vgl.: *Middel* (Fn. 31), S. 47.

90 *Dutge* Die Präimplantationsdiagnostik zwischen Skylla und Charybdis GA 2002, 241 (253).

91 *Günther* (Fn. 5), § 2 Rn. 6.

92 So überzeugend: *Ebd.*, § 2 Rn. 56; ähnlich: *Schumann* Urteilsanmerkung MedR 2010, 844 (849).

BGH, es liege keine Instrumentalisierung vor, kann ohne nähere Begründung also schwerlich überzeugen. Nach alledem tangiert die Zellentnahme zur PID beide Schutzgüter der Vorschrift in erheblichem Maße. Somit erfüllt sie nicht nur den Wortlaut, indem die konkrete Zwecksetzung der Verwendung nicht der Erhaltung des Embryos dient, sondern ist auch aus teleologischer Sicht als Verstoß gegen § 2 Abs. 1 ESchG zu verstehen.⁹³ Wie auch in Bezug auf § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG ist zwar eine Zwecksetzung neben der gesetzlich erwünschten Absicht denkbar, aber eben nur dann, wenn diese der geforderten gesetzlichen Zwecksetzung nicht zuwider läuft.⁹⁴ Insofern kann aus dem Sinn und Zweck der Regelung nur schwerlich auf die vom *BGH* festgestellte Reduktion geschlossen werden. Daran vermag auch dessen systematische Argumentation in Bezug auf § 3 S. 2 ESchG, aufgrund der bereits oben genannten Gründe, nichts zu verändern.

bb) Zelluntersuchung

Ob die Untersuchung der entnommenen Zellen einen Verstoß gegen § 2 Abs. 1 ESchG begründet, thematisiert der *BGH* nur am Rande. Dies ist darauf zurückzuführen, dass § 2 Abs. 1 ESchG lediglich für die Verwendung von Embryonen bzw. totipotenten, entwicklungsfähigen⁹⁵ Zellen (§ 8 Abs. 1 ESchG) gilt und somit pluripotente Zellen eindeutig nicht erfasst werden.

cc) Umgang mit dem Embryo nach dem Ergebnis der PID

Ebenfalls nur kurz, aber argumentativ unterlegt, behandelt der *BGH* die Frage, ob der Umgang mit den auffälligen Embryonen den Tatbestand des § 2 Abs. 1 ESchG erfüllt.⁹⁶ Entgegen mancher Stimmen in der Literatur⁹⁷ ist es durchaus zweifelhaft, ob die aktive Vernichtung des Embryos ein „Verwenden“ darstellt.⁹⁸ Das nach dem Absterben stattfindende Wegschütten (aus den Äußerungen des *BGH* geht hervor, dass es wohl so im konkreten Fall stattfand) kann jedoch schon mangels entwicklungsfähiger Entität (§ 8 Abs. 1 ESchG) nicht tatbestandsmäßig sein.

Insofern hatte der *BGH* lediglich das Problem zu lösen, ob das Unterlassen der Weiterversorgung unter § 2 Abs. 1 ESchG fällt. Er verneint dies mit dem auch in der Literatur weit verbreiteten Argument,⁹⁹ dass es dem Arzt entweder nicht möglich oder

93 Ebenso: *Beitz* (Fn. 47), S. 156; *Middel* (Fn. 31), S. 48; *Böckenförde-Wunderlich* (Fn. 4), S. 136; *Günther* (Fn. 5), § 2 Rn. 56.

94 *Renzikowski* (Fn. 15), S. 2756.

95 Zur Entwicklungsfähigkeit vgl. *Neidert* „Entwicklungsfähigkeit“ als Schutzkriterium und Begrenzung des Embryonenschutzgesetzes MedR 2007, 279 (284 f.).

96 *BGH* (Fn. 8), 2676.

97 *Weschka* (Fn. 31), S. 45; *Böckenförde-Wunderlich* (Fn. 4), S. 137.

98 *Middel* (Fn. 31), S. 48; *Schroth* (Fn. 22), S. 236; verneinend auch *BGH* (Fn. 8), 2676; a. A.: *Böcher* (Fn. 12), S. 97.

99 *Schreiber* Von richtigen rechtlichen Voraussetzungen ausgehen DÄBl. 2000; 97 (17): A-1135/B-969/C-909; *Schneider* (Fn. 22), S. 363; *Weschka* (Fn. 31), S. 46; a. A.: *Beitz* (Fn. 47), S. 157.

jedenfalls nicht zumutbar sei, den Embryo gegen den Willen der Frau einzusetzen.¹⁰⁰ Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Auch das Einfrieren des Embryos (Kryokonservierung) wird im Regelfall keine sinnvolle Alternative darstellen, da hierdurch sein Schicksal, abgesehen von Ausnahmen,¹⁰¹ lediglich hinausgezögert werden kann.¹⁰²

c) *Zusammenfassende Bewertung des Urteils*

Insgesamt ist das Urteil aus Gründen der sonst auftretenden, vom *BGH* auch als Begründung bemühten Widersprüchlichkeit zu § 218a Abs. 2 StGB durchaus nachvollziehbar. Auch bringt das Urteil für die Praxis jedenfalls in Bezug auf vergleichbare Fälle Rechtssicherheit, indem erstmals die PID an pluripotenten Zellen zur Ermittlung schwerer genetischer Schäden höchststrichterlich als nach dem ESchG nicht verboten beurteilt wurde. Gleichwohl besteht weiterhin Ungewissheit in dem nicht vom Urteil erfassten Bereich. Zudem schafft der unbestimmte Begriff der „schwerwiegenden genetischen Schäden“ neue Unklarheit.¹⁰³ Irrt sich der Arzt hierüber, ist wohl von einem Verbotsirrtum (§ 17 StGB) auszugehen.¹⁰⁴

Wie gezeigt, ist die Argumentation an mancher Stelle doch zu knapp, um gefundene Ergebnisse hinreichend nachvollziehbar darzulegen,¹⁰⁵ wodurch ein Weg für Kritik und alternative Lösungen geöffnet wird. Uneingeschränkte Zustimmung erhält der *BGH* jedenfalls bezüglich der Feststellung, dass eine eindeutige gesetzliche Regelung der Materie wünschenswert wäre.¹⁰⁶

III. Reaktionen des Gesetzgebers

In diesem Sinne hat sich nach dem Urteil abermals die politische Diskussion um eine Regelung der PID entzündet. Das Ergebnis waren drei unterschiedliche Gesetzesentwürfe, wobei sich lange keine Mehrheit für einen der Entwürfe abzeichnen konnte.¹⁰⁷

1. Totalverbot der PID

Der radikalste Gesetzesentwurf zielte auf ein totales Verbot der PID.¹⁰⁸ Hiernach wäre nicht wie bei den übrigen Entwürfen das ESchG, sondern das GenDG zu än-

100 *BGH* (Fn. 8), 2676.

101 Embryo-Adoption grundsätzlich möglich: *Günther* (Fn. 5), Einf. B 79.

102 *Beitz* (Fn. 47), S. 156.

103 *Krüger/Gollnick* Zur Präimplantationsdiagnostik nach dem Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofes *Der Gynäkologe* 2010, 955 (956).

104 *Krüger/Gollnick* (Ebd.), S. 956.

105 Ähnlich *Schumann* (Fn. 92), S. 848 f.

106 *BGH* (Fn. 8), 2676; *Schumann* (Fn. 92), S. 849: erachtet dies gar für verfassungsrechtlich geboten.

107 http://www.bundestag.de/bundestag/aktuell/34436210_kw21_pa_gesundheit.jsp (Zuletzt eingesehen am 2.6.2011).

108 BT-Drs. 17/5450, S. 3.

dern gewesen. Der entsprechend des Entwurfes neu einzufügende § 15a GenDG-E sah ein ausnahmsloses, nach § 25 Abs. 4 GenDG-E für den durchführenden Arzt strafbewährtes, Verbot der PID vor. Vorteil dieser Lösung wäre ihre Klarheit gewesen, die dem von Rechtsunsicherheit geprägten Bereich der PID sicherlich gut getan hätte. Der Konflikt zwischen den Grundrechten des Embryos (insbesondere Art. 1 Abs. 1; Art. 2 Abs. 1 GG) und der Eltern (insbesondere Art. 6 Abs. 1; Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1; Art. 2 Abs. 2, Art. 1 Abs. 1 GG) wäre an dieser Stelle einseitig zugunsten des Embryos gelöst worden.¹⁰⁹

2. Verbot der PID mit enger Ausnahme

Der zweite Entwurf¹¹⁰ bildet einen Mittelweg. Hiernach sollte die PID grundsätzlich verboten werden. Der Entwurf enthielt jedoch eine Ausnahme für den Fall, dass aufgrund der elterlichen Dispositionen ein hohes Risiko einer Fehl- oder Totgeburt besteht. Die im ursprünglichen Entwurf enthaltene, weitere Ausnahme – Risiko des Todes des Kindes im ersten Lebensjahr – wurde aufgrund neuer Erkenntnisse der Expertenanhörung sinnvollerweise¹¹¹ gestrichen.¹¹² Ebenso positiv ist, dass der dehnbare Begriff der „schwerwiegenden Erbkrankheit“ in diesem Entwurf, im Gegensatz zu dem nun angenommen (siehe sogleich unten), keine Verwendung fand.

Der wesentliche Unterschied der Zulässigkeit der PID bei einem Risiko von Fehl- und Totgeburten im Vergleich zur Zulässigkeit bei der Wahrscheinlichkeit schwerwiegender Erkrankungen liegt darin, dass der Vorwurf der qualitativen Selektion grundsätzlich entwicklungsfähigen Lebens nicht greift.¹¹³ Auch wird hierdurch weder das Selbstverständnis Behinderter tangiert noch deren Diskriminierung gefördert. Diese Form der Aussonderung dient lediglich der Vermeidung unnötiger, sowieso nicht erfolgversprechender Implantationen und hätte sich konsequent in die bisherige Intention des ESchG sowie der In-vitro-Fertilisation im Allgemeinen eingefügt, die darin besteht, nur die entwicklungsfähige, befruchtete Eizelle zu schützen¹¹⁴ und so eine Schwangerschaft zu ermöglichen.¹¹⁵

109 Vgl. grds. zur Abwägung: *Hufen* Präimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht MedR 2001, 440 (445); *Lungstras* Die Präimplantationsdiagnostik verbieten? NJW 2010, 485 (486 f.).

110 BT-Drs. 17/5452.

111 Vgl. *Graumann* Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 25.5.2011 im Deutschen Bundestag, Ausschussdrucksache 17(14)0134(3); *Nagel*, BT-Drs. 17/5210, S. 50: plädiert für das Erfassen von Krankheiten, die kurz nach der Geburt zum Tod führen; *Kreß* Präimplantationsdiagnostik: Anschlussfragen für das Embryonenschutz- und Gendiagnostikgesetz und Auswirkungen auf das Stammzellgesetz ZRP 2011, 68 (69).

112 BT-Drs. 17/6400, S. 16.

113 *Deutscher Ethikrat* (Fn. 17), S. 42.

114 *Böckenförde-Wunderlich* (Fn. 4), S. 124 f.

115 *Haker* Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 25. 5. 2011 im Deutschen Bundestag, Ausschussdrucksache 17(14)0134(2).

3. Verbot der PID mit relativ weitreichender Ausnahme

Letztlich hat sich der Gesetzgeber für den „PID-freundlichsten“ Entwurf¹¹⁶ entschieden.¹¹⁷ Hiernach ist die PID zwar dem Grunde nach verboten, gleichwohl aber in begrenztem Rahmen zulässig, um die Freiheitsrechte der Eltern¹¹⁸ hinreichend zu wahren. Zum einen ist gemäß § 3a Abs. 2 S. 1 ESchG-E die PID gestattet, wenn aufgrund der genetischen Dispositionen der Eltern eine schwerwiegende genetische Erkrankung hochwahrscheinlich ist. Zum anderen ist sie zulässig, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit das Risiko einer Tot- oder Fehlgeburt besteht (§ 3a Abs. 2 S. 2 ESchG-E).¹¹⁹

Hierbei stellt sich nun insbesondere die Frage, was unter „schwerwiegender Erbkrankheit“ (§ 3a Abs. 2 S. 2 ESchG-E) zu verstehen ist. Nach der Entwurfsbegründung ist eine Krankheit jedenfalls dann schwerwiegend, wenn sie sich durch geringe Lebenserwartung, Schwere des Krankheitsbildes oder schlechtere Behandelbarkeit wesentlich von anderen Erbkrankheiten unterscheidet.¹²⁰ Schon hinsichtlich der ähnlich lautenden Formulierung des *BGH*-Urteils („schwerwiegende genetische Schäden“) wurde die Unbestimmtheit des Begriffs gerügt.¹²¹ Es bleibt z. B. offen, ob auch spätmanifestierende Erkrankungen zur PID berechtigen können.¹²² Dennoch entschieden sich die Entwurfsverfasser gegen eine einzelne Auflistung der erfassten Krankheiten und übertrugen die Verantwortung der einzurichtenden Ethikkommission sowie den im Einzelfall tätigen Ärzten.¹²³ Die Befürchtung der Ausdehnung des Begriffs ist durchaus nachvollziehbar und sollte als reale Gefahr erkannt werden.¹²⁴

Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass eine Regelung in dieser Form u. a. dazu diene, anders als ein rigoroses Verbot der PID, einen Wertungswiderspruch zu § 218a Abs. 2 StGB zu vermeiden.¹²⁵ Dass i. S. d. Systemgerechtigkeit¹²⁶ ein solcher Wertungswiderspruch aufzulösen ist, wurde nicht nur vom *BGH* festgestellt, sondern auch von zahlreichen Reaktionen bekräftigt.¹²⁷ Allerdings bedeutet eine Rege-

116 BT-Drs. 17/5451.

117 http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2011/35021821_kw27_angenommen_abgelehnt/index.html (Zuletzt eingesehen am 2.6.2011).

118 BT-Drs. 17/5451, S. 7.

119 Weitere Voraussetzungen sind u. a. positives Votum der Ethikkommission, Beratung, Einwilligung.

120 BT-Drs. 17/5451, S. 8.

121 *Krüger/Gollnick* (Fn. 103), 956; BT-Drs. 17/5450, S. 2.

122 Hiergegen spricht § 15 Abs. 2 GenDG, *Deutscher Ethikrat* (Fn. 17), S. 31 f.; gegen eine starre Altersgrenze, was konsequenterweise aber dann auch für die PND gelten müsste: *Leopoldina* (Fn. 2) S. 16.

123 BT-Drs. 17/5451, S. 8.

124 *Deutscher Ethikrat* (Fn. 17), S. 40; *Haker* (Fn. 115); so schon *Jachertz* Am Rande der schiefen Bahn DÄBl. 97 (2000), A-507.

125 BT-Drs. 17/5451, S. 3.

126 Vgl. *Herdegen* Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 25.5.2011 im Deutschen Bundestag, Ausschussdrucksache 17(14)0134(1), S. 5 f.

127 *Lilie* (Fn. 55), S. 306895; *Schroth* Urteilsanmerkung *BGH BGH* NJW 2010, 2672 (2676); *Dederer* (Fn. 52), S. 822.

lung, die lediglich auf die Schwere der Krankheit des Embryos abstellt, eine Wiedereinführung der embryopathischen Indikation, die nicht grundlos vor 16 Jahren als Rechtfertigungsgrund des Schwangerschaftsabbruchs gestrichen wurde und deshalb nun gerade nicht in § 218a StGB enthalten ist.¹²⁸ Insofern wäre zumindest eine Begrenzung des Begriffes „schwerwiegend“ auf solche Krankheiten, welche im Rahmen der medizinischen Indikation des § 218a Abs. 2 StGB einen Schwangerschaftsabbruch rechtfertigen können, angezeigt.¹²⁹ Will man gleichwohl an einer neuen embryopathischen Indikation festhalten, so hat diese wenigstens die durch das BVerfG aufgestellten Anforderungen zu erfüllen.¹³⁰ So verweist Dederer richtigerweise auf eine hinreichend genaue Umgrenzung der embryopathischen Indikation, von der wohl nur bei Auflistung der schwerwiegenden Erkrankungen gesprochen werden könne.¹³¹

Ebenso auffällig ist, dass in § 3a Abs. 2 S. 2 ESchG-E kein Bezug auf Dispositionen der Eltern genommen wird, welche das Risiko einer Tot- oder Fehlgeburt nahe legen. Somit wäre eine PID immer möglich, wenn sie nur in der gewünschten Intention vorgenommen wird, ohne dass zuvor Hinweise auf eine Schädigung des Embryos vorliegen. Grund hierfür ist wohl, dass am häufigsten solche Chromosomenanomalien des Embryos, welche keine Chromosomenanomalien der Eltern voraussetzen, zu einer Fehl- oder Totgeburt führen.¹³²

4. Schlussbemerkung

Anhand des in allen Entwürfen enthaltenen, grundsätzlichen Verbotes der PID wird deutlich, dass der Lebensschutz des Embryos vom Gesetzgeber anerkannt wird. Uneinigkeit besteht allerdings über die Grenzen des Verbotes. Dass ein Konsens diesbezüglich auch schwerlich zu finden ist, zeigt nicht zuletzt die gesplante Stellungnahme des Ethikrates.¹³³

Neben den bereits dargelegten Kritikpunkten wirft die Entscheidung des Gesetzgebers weitere Fragen auf. Wie ist mit Überschussinformationen zu verfahren, die im Rahmen der PID gewonnen werden?¹³⁴ Was soll mit den nach der PID übrigen, überzähligen Embryonen geschehen?¹³⁵ Nach der Grundentscheidung für eine begrenzte Zulassung der PID sollten auch diese Fragen geklärt werden.

128 *Deutscher Ethikrat* (Fn. 17), S. 39.

129 So auch der Vorschlag eines Teils des *Deutschen Ethikrats* (Fn. 17), S. 27.

130 BVerfGE 88, 203 ff.

131 Dederer (Fn. 52), 822 mit Verweis auf BVerfGE 88, 203, 257.

132 BT-Drs. 17/5451, S. 8.

133 *Deutscher Ethikrat* (Fn. 17).

134 Konsequenz wäre es, der Eizellenspenderin nur solche Untersuchungsergebnisse mitzuteilen, die nach dem jeweiligen Entwurf eine PID rechtfertigen würden; vgl. hierzu: *Deutscher Ethikrat* (Fn. 17), S. 32.

135 Zum Schweigen des ESchG vgl.: *Günther* (Fn. 5), Einf. Rn. 76 ff.; Krefß schlägt die Verwendung zur Forschung vor: *Krefß* (Fn. 128), S. 69 m. w. N.; Dies würde allerdings gegen § 2 Abs. 1 ESchG verstoßen, weshalb eine Ausnahme geschaffen werden müsste; Problematisch hieran wäre allerdings die Ver zweckung des Embryos (Art. 1 Abs. 1 GG).