



Dr. Niclas Börgers und Professor Dr. Helmut Frister, Düsseldorf

Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Kryokonservierung von Keimzellen*

Gegenstand der Reproduktionsmedizin sind Methoden und Probleme der natürlichen und künstlichen Fortpflanzung. Dabei sollen die Verfahren der Fortpflanzungsmedizin in der Praxis vorwiegend der Kinderwunschbehandlung dienen, wobei sich die Forschung hierauf und den somit engeren Bereich der eigentlichen Fortpflanzung von Menschen nicht beschränkt. Bei den Verfahren der Kryokonservierung von Gameten werden Ei- und Samenzellen in flüssigem Stickstoff bei einer Temperatur von -196°C tiefgefroren und aufbewahrt, um sie zu einem späteren Zeitpunkt für primär fortpflanzungsmedizinische Maßnahmen zu verwenden.

Bislang wurden in der Rechtswissenschaft insbesondere die Probleme der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG) und des Lebensschutzes (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) des extrakorporalen Embryos und seiner Nutzung als Forschungsobjekt intensiv besprochen, die verfassungsrechtlichen und ethischen Grundlagen der biomedizinischen Forschung untersucht und Grenzen des weiten Schutzbereichs der von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantierten Forschungsfreiheit aufgezeigt. Die Rechtsprobleme im praktischen Umgang mit den nicht transferierten 2-PN-Zellen und Embryonen wurden jedoch kaum erörtert, insoweit wird bislang allenfalls ein legislatorischer Handlungsbedarf in den Spannungsfeldern zwischen Forschungsfreiheit und -regulierung reklamiert, welche im Zuge des medizinischen Fortschritts zu konstatieren sind.

Die Autoren führen zunächst in das Thema der Kryokonservierung von Keimzellen grundlegend ein. In ihrem Beitrag analysieren sie sodann in erster Linie, welche Vorgaben das geltende Recht für den praktischen Umgang mit kryokonservierten Keimzellen macht. Die Ausführungen gliedern sich dabei in zwei Teile. Der erste thematisiert den Regelfall der kryokonservierten 2-PN-Zellen. Es wird insbesondere erörtert, welche Rechte die genetischen Eltern an diesen Zellen haben und inwiefern der Reproduktionsmediziner zur weiteren Konservierung verpflichtet ist. Der zweite Teil problematisiert den Umgang mit dem pathologischen Fall eines kryokonservierten, verwaisten Embryos. Dabei untersuchen die Verfasser insbesondere Verwerfung und Adoption verwaister Embryonen hinsichtlich Vereinbarkeit mit und Strafbarkeit nach dem Embryonenschutzgesetz, zudem werden verfassungsrechtliche Bedenken besprochen, die Voraussetzungen nach dem Transplantationsschutzgesetz erörtert und verbleibender gesetzlicher Handlungsbedarf aufgezeigt.

* Prof. Dr. Frister ist Direktor des Instituts für Rechtsfragen der Medizin an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Er hat diesen Beitrag gemeinsam mit seinem Mitarbeiter Dr. Börgers verfasst und auf einer Veranstaltung zum zehnjährigen Bestehen des Instituts vorgetragen. Der Haupttext enthält die schriftliche Fassung seiner Ausführungen; die sprachliche Form wurde beibehalten. In den *kursiv* gesetzten Abschnitten finden sich ergänzende Überlegungen, auf die im Vortrag wegen der zeitlichen Begrenzung nicht eingegangen wurde oder zu denen erst die nachfolgende Diskussion Anlass gab. Die Tagung über „Rechtliche Fragestellungen in der Reproduktionsmedizin“ fand am 13. Februar 2009 im Düsseldorfer Haus der Ärzteschaft statt; ein von Frister/Olzen herausgegebener gleichnamiger Tagungsband mit allen Vorträgen erscheint in Kürze.

1 A. Einführung

Dreißig Jahre nach der Geburt von *Louise Joy Brown*¹ führen Reproduktionsmediziner heute alltäglich In-vitro-Fertilisationen durch. Der Arzt entnimmt seiner vorbehandelten Patientin mehrere Eizellen, die in Reagenzgläsern oder Petrischälchen mit aufbereitetem Sperma zusammengebracht werden. Wenn dabei keine Samenzelle in die Eizelle eindringt, kann alternativ ein einzelnes Spermium unter mikroskopischer Sicht direkt injiziert werden.² Innerhalb von 15 bis 18 Stunden formieren sich in der imprägnierten Eizelle zwei Vorkerne beziehungsweise Pronuklei, die den einfachen Chromosomensatz von Mann und Frau enthalten. Im Regelfall werden solche **2-PN-Zellen** mit einem Gefrierschutzmittel versehen und in flüssigem Stickstoff abgekühlt.³

2 Sobald der optimale Zeitpunkt für den Embryotransfer in die Gebärmutter gekommen ist, werden die Zellen wieder aufgewärmt und der Befruchtungsvorgang in Gang gesetzt. Das Gefrierschutzmittel muss dazu ausgewaschen und ein Kultivierungsmedium hinzugefügt werden. Die Vorkerne wandern jetzt aufeinander zu, und ihre Chromosomensätze vereinigen sich zum doppelten Chromosomensatz des neuen Genoms. Mit diesem Vorgang, den § 8 Abs. 1 ESchG als Kernverschmelzung bezeichnet,⁴ entsteht der **Embryo**.

3 Die Zellteilung beginnt nun, und üblicherweise findet drei bis fünf Tage später die Übertragung statt.⁵ Falls sich jedoch in dieser Phase z.B. aufgrund eines Unfalles ein Hinderungsgrund für die Rückführung ergibt, wird ausnahmsweise der Embryo kryokonserviert. Entfällt die Implantationsmöglichkeit dauerhaft, etwa weil die Frau verstorben ist oder schlicht nicht mehr in den Transfer einwilligt, so spricht man von einem **verwaisten Embryo**.⁶

S. 2

- HFR 1/2010 S. 2 -

4 Der soeben skizzierte Alltag in der Reproduktionsmedizin ist bei den Juristen und selbst bei den spezialisierten Medizinrechtlern noch nicht vollständig angekommen. Man hat umfangreiche Grundsatzdebatten über die Menschenwürde des extrakorporalen Embryos und seine Nutzung als Forschungsobjekt geführt.⁷ Die vermeintlich trivialen Rechtsprobleme insbesondere im praktischen Umgang mit den nicht transferierten 2-

¹ Sie war das erste in vitro gezeugte Kind und wurde am 25.07.1978 in Oldham bei Manchester geboren. Siehe zu „Louise Brown“ unter <http://einestages.spiegel.de>. Vgl. bereits den Untertitel des Sammelbandes von Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, 2008.

² So genannte intrazytoplasmatische Spermieninjektion oder ICSI.

³ Die Kryokonservierung noch nicht imprägnierter Eizellen ist ebenfalls möglich, aber nach Angabe der von der Bundesärztekammer (BÄK) am 17.02.2006 beschlossenen (*Muster-)*Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion weniger erfolgreich; Dt. Ärzteblatt 103 [2006], 1392 (1397).

⁴ Präziser dazu *Kaiser*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Einführungen, 2008, Einf A 37 und *Neidert*, MedR 25 [2007], 279 (280).

⁵ *Neidert*, MedR 25 [2007], 279 (281). In-vitro-Fertilisation (IVF) und Embryotransfer (ET) werden von *Kaiser* (Anm. 4), Einf A 186-213 umfassender dargestellt. Vgl. zum medizinisch-naturwissenschaftlichen Hintergrund *Schlüter*, Schutzkonzepte für menschliche Keimbahnzellen in der Fortpflanzungsmedizin, 2008, S. 9 ff. und zur Entstehung des Embryos *Rager*, ZfL 3/2004, 66 ff.

⁶ *Günther*, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Anm. 4), Einf B 77; *Möller/Thaele*, Frauenarzt 42 [2001], 1393 = Reproduktionsmedizin 18 [2002], 136; *Müller-Terpitz*, Schutz des pränatalen Lebens. Eine verfassungs-, völker- und gemeinschaftsrechtliche Statusbetrachtung an der Schwelle zum biomedizinischen Zeitalter, 2007, S. 506.

⁷ Vgl. etwa *Merkel*, Forschungsobjekt Embryo. Verfassungsrechtliche und ethische Grundlagen der Forschung an menschlichen embryonalen Stammzellen, 2002; Damschen/Schönecker (Hrsg.), Der moralische Status menschlicher Embryonen. Pro und contra Spezies-, Kontinuums-, Identitäts- und Potentialitätsargument, 2003; Maio/Just (Hrsg.), Die Forschung an embryonalen Stammzellen in ethischer und rechtlicher Perspektive, 2003; *Kiriakaki*, Der Schutz des Menschen und des Embryos in vitro in der medizinischen Forschung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Menschenrechtsübereinkommens zur Biomedizin des griechischen und des deutschen Rechts, 2007; *Müller-Terpitz* (Anm. 6); *Ahrens*, Frühembryonale Menschen? Kulturanthropologische und ethische Effekte der Biowissenschaften, 2008; *Lungstras*, Der Umgang mit dem Embryo in vitro, eine Analyse der Überzeugungsstrategien in der verfassungsrechtlichen Debatte um die embryonale Stammzellenforschung und die Präimplantationsdiagnostik, 2008.

PN-Zellen und Embryonen wurden bislang jedoch kaum erörtert.⁸ Insoweit wird allenfalls ein legislatorischer Handlungsbedarf reklamiert⁹ und damit der schwarze Peter dem Gesetzgeber zugeschoben,¹⁰ was den Reproduktionsmediziner bei der Bewältigung der auftretenden Rechtsprobleme aber nur begrenzt weiterhilft.

5 Wir möchten daher im Folgenden in erster Linie analysieren, welche Vorgaben das geltende Recht für den praktischen Umgang mit kryokonservierten **Keimzellen**¹¹ macht. Unsere Ausführungen gliedern sich in zwei Teile. Der erste thematisiert den Regelfall der kryokonservierten 2-PN-Zellen. Es soll insbesondere erörtert werden, welche Rechte die genetischen Eltern an diesen Zellen haben und inwiefern der Reproduktionsmediziner zur weiteren Konservierung verpflichtet ist. Der zweite Teil problematisiert den Umgang mit dem pathologischen Fall eines kryokonservierten, verwaisten Embryos.

6 B. Kryokonservierte 2-PN-Zellen

I. Der rechtliche Status

1. 2-PN-Zellen als Rechtsobjekte

Die erste Weichenstellung im Umgang mit der 2-PN-Zelle ergibt sich aus der Frage, ob wir es dabei mit einem **Rechtsobjekt** oder mit einem neuen **Rechtssubjekt** zu tun haben. Versteht die Rechtsordnung dieses werdende Leben also noch als „etwas“ oder schon als „jemand“? Die Einteilung hat wichtige Konsequenzen. An einem Gegenstand können andere Personen – etwa die Eltern – Rechte haben, die zu schützen sind. Als selbständige Person wäre die 2-PN-Zelle dagegen durch eigene Grund- und Abwehrrechte geschützt. Es wird schon lange und heftig darüber gestritten, ab welchem Zeitpunkt der verfassungsrechtliche Schutz der Menschenwürde und des Lebens (Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 2 S. 1 GG) einsetzt. Einigkeit dürfte jedoch zumindest bei der großen Mehrheit der Juristen in einem Punkte bestehen: Ein neuer Mensch mit eigenen Rechten existiert zumindest nicht vor dem Abschluss der Kernverschmelzung.¹²

S. 3

- HFR 1/2010 S. 3 -

7 *Einige Rechtswissenschaftler sehen zwar gute Gründe, bereits das Pronukleusstadium als den Anfang des menschlichen Lebens zu bezeichnen.¹³ In der Rechtspraxis hat sich diese Überlegung jedoch zu Recht nicht durchgesetzt. Der von der Bundesregierung im Jahr 1989 beschlossene Entwurf eines Embryonenschutzgesetzes geht etwa davon aus,*

⁸ Siehe aber bereits Möller/Thaele, Frauenarzt 42 [2001], 1393 ff. = Reproduktionsmedizin 18 [2002], 136 ff.; ferner Müller-Terpitz (Anm. 6), S. 504 ff. Die exakte Interpretation (etwa) des ESchG spielt in der biopolitischen Debatte eine eher geringe Rolle; Neidert, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2/2004, 100 (101).

⁹ Vgl. etwa Günther, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Anm. 4), Einf B 76 ff. und Riedel, in: Diedrich u.a., Reproduktionsmedizin im internationalen Vergleich. Wissenschaftlicher Sachstand, medizinische Versorgung und gesetzlicher Regelungsbedarf. Gutachten im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, <http://library.fes.de/pdf-files/stabsabteilung/05642.pdf> [August 2008; zuletzt abgerufen im Januar 2009], S. 109 ff.

¹⁰ Vgl. Frommel, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2/2004, 104.

¹¹ Zum Teil wird der Begriff der Keimzelle im Hinblick auf § 5 Abs. 2, 4 und § 8 Abs. 3 ESchG auf Ei- und Samenzellen beschränkt; Günther, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Anm. 4), § 5 ESchG, Rn. 9 und Schlüter (Anm. 5), S. 8. Die Legaldefinition in § 4 Abs. 30 AMG erfasst zusätzlich imprägnierte Eizellen; Wendehorst, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Anm. 1), S. 111 in Anm. 35. Soweit nicht im Einzelfall ein engerer Begriff gesetzlich geboten ist, werden hier unter **Keimzellen** sowohl Ei- und Samenzellen als auch 2-PN-Zellen und Embryonen (befruchtete Eizellen) verstanden; vgl. Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230 (231, 235 f.).

¹² Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 9. Aufl. 2007, Art. 1 GG, Rn. 9; Kluth, ZfL 2004, 100 (104); Merkel, ZfL 2/2008, 38 (42); Müller-Terpitz (Anm. 6), S. 252; Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 2 GG, Rn. 143 ff.; Schenk, Die Totensorge – ein Persönlichkeitsrecht. Zivilrechtliche Untersuchung der Verfügungsbefugnis am toten menschlichen Körper, 2007, S. 17; Schlüter (Anm. 5), S. 84, 96 f.; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2004 ff., Art. 2 Abs. 2 GG, Rn. 29 f.

¹³ Hillgruber, HFR 2008, 111 (112); Hillgruber/Goos, ZfL 2/2008, 43 (45); Roth, Eigentum an Körperteilen, Rechtsfragen der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, 2009, S. 102 mwN, S. 106 ff.; vgl. zum Streitstand Müller-Terpitz (Anm. 6), S. 252 ff.

dass ein Menschenleben mit der Kernverschmelzung beginnt.¹⁴ Das Bundesverfassungsgericht konnte in seiner zweiten großen Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch im Jahr 1993 offen lassen, ob der Schutz des ungeborenen Lebens schon in diesem Zeitpunkt einsetzt.¹⁵ Einen früheren Beginn des Menschseins hat es aber nicht in Erwägung gezogen. Im Jahr 2005 hat sich dagegen der Bundesfinanzhof ziemlich klar positioniert: „Auch wenn zum Zeitpunkt der künstlichen Befruchtungen (...) noch kein zu schützendes Rechtssubjekt vorhanden ist, so wird doch mit der Befruchtung der Eizelle und der Einpflanzung des Embryos die Ursache für die Entstehung menschlichen Lebens gesetzt. Auch die Würde des werdenden Lebens wird bereits ab der Befruchtung der Eizelle geschützt“.¹⁶

8 2. Die an der 2-PN-Zelle bestehenden absoluten Rechte

Bei der 2-PN-Zelle handelt es sich somit um ein Rechtsobjekt, an dem Rechte Dritter bestehen können. Die Juristen unterscheiden **absolute** und **relative** Rechte. Absolute Rechte wie etwa das Leben und die körperliche Unversehrtheit werden gegenüber jederman geschützt, relative Rechte dagegen nur zwischen einzelnen Personen, etwa zwischen den Parteien eines Vertrages. Da die Verträge zur Kryokonservierung im nachfolgenden Beitrag erörtert werden, sollen jetzt die absoluten Rechte im Mittelpunkt stehen. In Betracht kommen bei der 2-PN-Zelle nur **absolute Rechte der Gametenspender**, konkret: das Eigentum und das allgemeine Persönlichkeitsrecht.

9 a. Eigentum

Obwohl der Körper eines lebenden Menschen keine Sache ist, werden seine einzelnen Bestandteile selbst zu Sachen, nachdem sie abgetrennt oder entnommen worden sind.¹⁷ Der bisherige Träger erlangt daran in entsprechender Anwendung des § 953 BGB Eigentum.¹⁸ Samenzellen und Eizellen sind also Sachen, die im Eigentum von Mann und Frau stehen. Mit der Imprägnation der Eizelle durch eine Samenzelle werden beide nach dem Rechtsgedanken des § 947 Abs. 1 BGB¹⁹ gemeinsame Eigentümer der 2-PN-Zelle.²⁰ Wer vorsätzlich die 2-PN-Zelle beschädigt oder zerstört, kann sich wegen Sachbeschädigung gemäß § 303 StGB strafbar machen.

S. 4

- HFR 1/2010 S. 4 -

10 b. Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Darüberhinaus setzt sich die rechtliche Verbindung zwischen dem abgetrennten Körperteil und seinem bisherigen Träger über das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus

¹⁴ BT-Drs. XI/5460, S. 6. Der Entwurf wurde schließlich (mit einigen Änderungen) verabschiedet; vgl. *Günther*, in: *Günther/Taupitz/Kaiser* (Anm. 4), Einf B 3. Das zweite Verfassungsgerichtsurteil zum Schwangerschaftsabbruch gibt eine gleichlautende Stellungnahme des Bundestages und einiger Landesregierungen wieder; BVerfGE 88, 203 (243 f.).

¹⁵ BVerfGE 88, 203 (251 f.). Auch nach dieser Entscheidung hat sich das Bundesverfassungsgericht zum verfassungsrechtlichen Status vor Nidation nicht festgelegt; *Günther*, in: *Gedächtnisschrift für Rolf Keller*, 2003, S. 40.

¹⁶ NJW 2005, 3517 (3520). Vgl. zum Begriff der Befruchtung den mit Anm. 49 f. versehenen Text.

¹⁷ *Holch*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5. Aufl. 2006 ff., § 90 BGB, Rn. 29.

¹⁸ *Ellenberger*, in: *Palandt* (Begr.), *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen* (...), 68. Aufl. 2009, § 90 BGB, Rn. 3; *Jickeli/Stieper*, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 1 · Allgemeiner Teil, §§ 90–133; §§ 1–54, 63 BeurkG (Allgemeiner Teil und Beurkundungsverfahren), 2004, § 90 BGB, Rn. 21; *Holch* (Anm. 17). Letzterem erscheint die Überlegung, „die abgetrennten Körperteile würden zunächst herrenlos, unterlägen jedoch dem privilegierten Aneignungsrecht ihres bisherigen Trägers“, zu Recht als gekünstelt. Siehe ferner *Roth* (Anm. 13), S. 57 ff., 80 und *Schmitz*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2003 ff., § 242 StGB, Rn. 22 f.

¹⁹ Vgl. *Bilsdorfer*, MDR 1984, 803 (804).

²⁰ Von einem gemeinsamen Eigentum geht auch die BÄK in der Kommentierung ihrer (*Muster-)*Richtlinie zur *Durchführung der assistierten Reproduktion* aus; Dt. Ärzteblatt 103 [2006], 1392 (1402).

Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG fort.²¹ Jede Beschädigung der aus Ei- und Samenzelle entstandenen 2-PN-Zelle beeinträchtigt das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Spender und kann insofern nicht nur einen Schadensersatz-, sondern sogar einen Schmerzensgeldanspruch unmittelbar aus § 823 Abs. 1 BGB²² nach sich ziehen. Zwar wird dafür eine besonders schwerwiegende Verletzung verlangt, die nicht auf andere Weise ausgeglichen werden kann.²³ Jedoch dürfte diese Voraussetzung zumindest bei Spendern, denen die letzte Möglichkeit zur Fortpflanzung genommen wurde, durchaus erfüllt sein.

- 11 *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht bietet zudem hinreichende Ansatzpunkte für die gegebenenfalls auch erleichterte Begründung eines Schmerzensgeldanspruchs.²⁴ Vermutlich mit diesem Ziel hat ein Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im Jahr 1994 die Vernichtung von kryokonserviertem Spermia – unnötigerweise²⁵ – als Körperverletzung angesehen und so einen Schmerzensgeldanspruch gemäß § 823 Abs. 1 (iVm § 847 a.F.) BGB bejaht. Sein extensives Verständnis begründete der Senat damit, dass das Recht am eigenen Körper ein gesetzlich ausgeformter Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist. „Werden dem Körper Bestandteile entnommen, um mit ihm nach dem Willen des Rechtsträgers zur Bewahrung der Körperfunktionen oder zu ihrer Verwirklichung später wieder vereinigt zu werden“, dann sollen „diese Bestandteile auch während ihrer Trennung vom Körper aus der Sicht des Schutzzweckes der Norm mit diesem weiterhin eine funktionale Einheit bilden.“²⁶ Bei endgültiger Trennung lasse das Selbstbestimmungsrecht des Rechtsträgers seinen Körper und dessen ausgegliederte Bestandteile dagegen nicht mehr als eine funktionale Einheit erscheinen.*
- 12 *Die 2-PN-Zellen wären im Sinne dieses **funktionalen Körperbegriffs** nicht als Sache, sondern weiterhin als Bestandteil der Körper von Mann und Frau anzusehen. Im Falle der verwaisten 2-PN-Zellen steht das Urteil der Annahme von Sacheigentum und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der genetischen Eltern nicht entgegen. Die Entscheidung ist jedoch zu Recht auf umfassende Ablehnung gestoßen.²⁷ Im Falle der 2-PN-Zelle führte die Auffassung des Senats zu dem ungewöhnlichen Ergebnis, das ein Körperteil zu zwei Menschen gehört. Die rechtliche Zuordnung der 2-PN-Zelle zu beiden Gametenspendern ist richtig. Das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit bietet dafür indes keinen angemessenen Rahmen. Es bleibt daher zu hoffen, dass der BGH dieses Konzept – jedenfalls für die 2-PN-Zelle – nicht fortführen wird.*

S. 5 - HFR 1/2010 S. 5 -

13 3. Beschränkungen der Verfügungsbefugnis

a. Keine Verkehrsfähigkeit

Stehen somit den genetischen Eltern **Eigentums- und Persönlichkeitsrechte** an der 2-PN-Zelle zu, so stellt sich die Frage, ob und inwiefern sie über diese Rechte verfügen können. Gemäß § 903 S. 1 BGB dürfen Eigentümer mit ihrer Sache prinzipiell nach Belieben verfahren. Das kommt aber im Falle der 2-PN-Zellen offensichtlich nicht in Be-

²¹ An einem abgetrennten Körperteil bestehen also nebeneinander das Eigentums- und das allgemeine Persönlichkeitsrecht; *Danz/Pagel*, MedR 26 [2008], 602 (603 f.) mN auch zu der gegenteiligen Exklusivitätsthese.

²² Vgl. *Heinrichs*, in: Palandt (Anm. 18), § 253 BGB, Rn. 10.

²³ *Sprau*, in: Palandt (Anm. 18), § 823 BGB, Rn. 124 mwN.

²⁴ Siehe dazu *Jickeli/Stieper*, in: Staudinger (Anm. 18), § 90 BGB, Rn. 22 mwN.

²⁵ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 858; *Schlüter* (Anm. 5), S. 138 mwN.

²⁶ BGH NJW 1994, 127 f. Einer Übertragung dieses Ansatzes auf das Strafrecht steht Art. 103 Abs. 2 GG entgegen, der eine Auslegung über den Wortlaut hinaus verbietet. Niemand würde den Plastikbeutel mit seiner Eigenblutspende als Körperteil anzusehen; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Aufl. 2009, § 223 StGB, Rn. 2. Siehe ferner *Lilie*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Aufl. 1992 ff., Vor § 223 StGB, Rn. 1 und *Deutsch/Spickhoff* (Anm. 25), Rn. 859. Anderer Ansicht ist *Hardtung*, JuS 2008, 864 (865). Er fordert zusätzlich, dass die Wiedereingliederung des Körperteils konkret und zeitnah geplant ist.

²⁷ *Jickeli/Stieper*, in: Staudinger (Anm. 18), § 90 BGB, Rn. 22 und *Schlüter* (Anm. 5), S. 137 ff., jeweils mwN.

tracht. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gibt den genetischen Eltern zwar ein gemeinsames Bestimmungsrecht über die 2-PN-Zelle, welches sowohl deren Kultivierung als auch ihre Vernichtung umfasst. Es ist jedoch ein höchstpersönliches Recht und kann nicht auf Dritte übertragen werden.²⁸ Entsprechendes hat für das Eigentumsrecht zu gelten. Schon aufgrund der persönlichkeitsrechtlichen Überlagerung des Sacheigentums ist die 2-PN-Zelle eine **res extra commercium**. Das an ihr bestehende Eigentum kann zwar preisgegeben, aber nicht übertragen werden.

- 14 *Einige Autoren gehen davon aus, dass der ursprüngliche Inhaber eines getrennten Körperteils das Eigentum daran übertragen und trotzdem sein darin enthaltenes Persönlichkeitsrecht beibehalten kann. Der neue Eigentümer dürfte folglich, soweit nicht das zurückgebliebene allgemeine Persönlichkeitsrecht (§ 903 S. 1 BGB) entgegensteht, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Nach diesem **modifizierten sachenrechtlichen Ansatz** kommt schließlich auch ein gutgläubiger Erwerb des Eigentums an ausgegliederten Körperteilen (§§ 932 ff. BGB) in Betracht.*²⁹
- 15 *Gegen seine Anwendung auf die 2-PN-Zellen spricht aber der Grundgedanke der oben dargestellten „Sperma-Entscheidung“ des Bundesgerichtshofs. Ausgegliederte Körperteile, die in Zukunft wieder eigene körperliche Funktionen übernehmen sollen, können eine herausragende, den noch eingegliederten Körperteilen angenäherte persönlichkeitsrechtliche Bedeutung haben. Die 2-PN-Zellen sollten zwar nicht – entgegen dem üblichen Sprachgebrauch – als Körperteil klassifiziert werden. Im Umgang mit solchen körpergleichen Sachen, müssen aber die für den menschlichen Körper geltenden Wertungen Berücksichtigung finden. Der Transfer dieser Wertungsmaximen führt nicht nur zur erleichterten Begründung eines Schmerzensgeldanspruchs, sondern auch zur Extrakommerzialität. So lange ihre besondere Bedeutung für die Persönlichkeitsverwirklichung den 2-PN-Zellen (oder anderen Eigentransplantaten) eine den eigentlichen Körperteilen vergleichbare Rechtsstellung einräumt, sind sie ebenso unveräußerlich.³⁰ Eine Übertragung des Eigentums an ihnen kommt erst in Betracht, nachdem die persönlichkeitsrechtliche Sonderstellung entfallen ist. Bei dem **persönlichkeitsrechtlich überlagerten Eigentum** handelt es sich somit ausnahmsweise um eine bloß formale Rechtsposition,³¹ die hauptsächlich dem Schutz des Persönlichkeitsrechts dient.*³²

S. 6

- HFR 1/2010 S. 6 -

16 b. Keine unmittelbare Herausgabe an die genetischen Eltern

Der Charakter eines überlagerten Sacheigentums zeigt sich gleichfalls, wenn die genetischen Eltern von dem Reproduktionsmediziner die Herausgabe einer kryokonservierten 2-PN-Zelle verlangen. Obwohl gemäß § 985 BGB der Eigentümer von dem Besitzer grundsätzlich die Herausgabe der Sache fordern kann, muss der Arzt die 2-PN-Zelle auf Verlangen der genetischen Eltern nur an einen anderen von diesen benannten Reproduktionsmediziner herausgeben. Der Anspruch auf Herausgabe an die

²⁸ In Betracht kommt lediglich die Ermächtigung zu einem Eingriff in den eigenen Rechtskreis; vgl. *Tag*, in: Joecks/Miebach (Anm. 18), § 1 TPG, Rn. 12. Die Entscheidung, wie mit der 2-PN-Zelle umgegangen werden soll, ist bis zu ihrer tatsächlichen Verwirklichung jederzeit widerruflich; siehe *Brohm*, JuS 1998, 197 (201).

²⁹ *Schlüter* (Anm. 5), S. 136 f. mwN zum Streitstand und *Müller*, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, Rechtliche Grundlagen und Grenzen, 1997, S. 238 f. Vgl. auch den älteren **rein sachenrechtlichen Ansatz** etwa von *Bilsdorfer*, MDR 1984, 803 (804 a.E.), der das Eigentum für umfassend nutzbar (§ 903 BGB) und veräußerungsfähig hält.

³⁰ Der lebende menschliche Körper ist keine Sache (*Deutsch/Spickhoff* [Anm. 25], Rn. 860) und schon deshalb nicht verkehrsfähig (vgl. *Spranger*, NJW 2005, 1084 [1085]). Das Persönlichkeitsrecht erklärt seine Extrakommerzialität jedoch allgemeingültig, was sich insbesondere im Todeszeitpunkt offenbart. Der menschliche Leichnam ist zwar eine Sache und trotzdem nur beschränkt verkehrsfähig. Er wird erst, nachdem die fortwirkenden Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen erloschen sind, zur *res intra commercium*; *Holch*, in: Säcker/Rixecker (Anm. 17.), § 90 BGB, Rn. 32 f.

³¹ Vgl. für ein weiteres Beispiel Anm. 40.

³² Vgl. bereits die – bei *Schlüter* (Anm. 5), S. 134 f. dargestellte – Überlagerungsthese von *H. Schünemann*, Die Rechte am menschlichen Körper, 1985 und zu möglichen weiteren Beschränkungen beim Embryo durch die Vorwirkung der Menschenwürde *Ipsen*, JZ 2001, 989 (993).

genetischen Eltern selbst ist gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, weil die beanspruchte Leistung rechtlich unmöglich ist.³³

- 17 Die rechtliche Unmöglichkeit ergibt sich daraus, dass es sich bei den 2-PN-Zellen um Gewebe iSd § 1a Nr. 4 TPG handelt.³⁴ Das TPG und die dazu erlassene Gewebeverordnung setzen in verschiedenen Vorschriften eine vollständige **Rückverfolgbarkeit** des Gewebes voraus, um unter anderem die Meldung schwerwiegender Zwischenfälle gemäß § 8 TPG-GewV zu ermöglichen. Die nötige Rückverfolgbarkeit ist aber nur gewährleistet, wenn Gewebe ausschließlich zwischen den staatlich kontrollierten **Gewebeeinrichtungen** und **Einrichtungen der medizinischen Versorgung** (§ 1a Nr. 8, 9 TPG) abgegeben werden. Zu dieser Gruppe gehören lediglich die **reproduktionsmedizinischen Einrichtungen**.³⁵ Das verwaltungsrechtlich und durch Bußgelder abgesicherte Rückverfolgungs- und Dokumentationsanfordernis steht also einer Herausgabe an die genetischen Eltern iSv § 275 BGB entgegen.
- 18 *Das transplantationsrechtliche Erfordernis der Rückverfolgbarkeit entspricht einer europäischen Vorgabe. Die Richtlinie 2004/23/EG vom 31. März 2004 verlangte in Art. 8 Abs. 1 S. 1 von den Mitgliedstaaten sicherzustellen, „dass sämtliche Gewebe und Zellen, die in ihrem Hoheitsgebiet beschafft, verarbeitet, gelagert oder verteilt werden, vom Spender zum Empfänger und umgekehrt zurückverfolgt werden können“.*³⁶ Zur Umsetzung dieser Geweberichtlinie verabschiedete man das Gewebegesetz vom 20.07.2007, das u.a. die Rückverfolgung des Gewebes im Transplantationsgesetz absicherte.³⁷ Dessen § 8d Abs. 2 fordert etwa, dass eine Gewebeeinrichtung jede Gewebeentnahme und -abgabe und die damit verbundenen Maßnahmen dokumentiert. Gemäß § 13a TPG haben außerdem die Einrichtungen der medizinischen Versorgung dafür zu sorgen, dass jedes übertragene Gewebe festgehalten wird. Die Dokumentationspflichten werden durch die nach § 16a S. 2 Nr. 1 TPG erlassene TPG-Gewebeverordnung präzisiert.³⁸ Fehler können zum Teil mit einem Bußgeld von bis zu 30.000 Euro geahndet werden, § 20 Abs. 1 Nr. 3, 6, Abs. 2 TPG.

S. 7

- HFR 1/2010 S. 7 -

- 19 Aufgrund dieses Erfordernisses dürfen den Eltern die 2-PN-Zellen auch nicht zur Weiterleitung an einen anderen Reproduktionsmediziner ausgehändigt werden. Der Verstoß gegen die bußgeldbewehrten Rückverfolgungs- und Dokumentationspflichten des TPG kann im Einzelfall sogar den Anfangsverdacht eines gemäß §§ 17, 18 TPG strafbaren Gewebehandels begründen. Einen solchen „**Aufwertungseffekt**“ kennt man aus anderen Bereichen des Medizinrechts. So stellt etwa die Vernichtung von Suchtersatzstoffen wie Methadon ohne ordnungsgemäße Niederschrift zwar nur eine Ordnungswidrigkeit (§ 32 Abs. 1 Nr. 10 BtMG) dar, führt aber häufig dazu, dass die Staatsanwaltschaft ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren wegen der unerlaubten Abgabe dieser Stoffe (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) einleitet.
- 20 aa) In der nachfolgenden Diskussion deutete sich an, dass die vorgetragene Begründung für den Ausschluss der Herausgabepflicht aus § 985 BGB zu kurz griff. Ein Teilnehmer der Veranstaltung folgert aus dem skizzierten Gebot einer vollständigen Rückverfolgbarkeit, dass er konsequenterweise auch eine Spermaprobe nicht wieder an den Spender, sondern nur an reproduktionsmedizinische Einrichtungen herausgeben dürfe. Dies leuchte im Hinblick auf die geringen Aufbereitungs- und vergleichsweise

³³ Siehe *Medicus*, in: Säcker/Rixecker (Anm. 17), § 275 BGB, Rn. 35 zur Anwendbarkeit des § 275 BGB auf den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB.

³⁴ *Wendehorst*, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Anm. 1), S. 110 f. zufolge sind von § 1a Nr. 4 TPG Samen- und Eizellen, einschließlich imprägnierter Eizellen erfasst. Ob auch der Embryo dem Gewebebegriff des TPG unterfällt, lässt sie offen; vgl. aaO, S. 112 f.

³⁵ *Hilland/Kentenich*, in: Pühler/Middel/Hübner (Hrsg.), *Praxisleitfaden Gewebegesetz. Grundlagen, Anforderungen, Kommentierungen*, 2009, S. 254.

³⁶ Amtsblatt der Europäischen Union (ABl.) L 102 v. 07.04.2004, S. 48 ff.

³⁷ BT-Drs. XVI/3146, S. 1, 31, 33. Bei dem Gewebegesetz handelt es sich um ein so genanntes Artikelgesetz, das neben dem Transplantationsgesetz auch noch andere Gesetze und Verordnungen betrifft.

³⁸ Vgl. etwa § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, S. 2, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, S. 2 und § 7 Nr. 1 TPG-GewV.

hohen Transportkosten nicht ein. Dagegen lässt sich zwar einwenden, dass ein Rückverfolgungsverfahren bei Gewebe (§ 13c TPG) nur dann Erfolg verspricht, wenn dessen Herkunft und Qualität (vgl. § 6 TPG-GewV) gesichert sind. Gibt man die aufbereitete Probe dem Spender mit, können nachträgliche Manipulationen nicht mehr ausgeschlossen werden.

- 21 *Problematisch wird der Fall indes, wenn man ihn leicht abwandelt. Dürfte man etwa die Spermaprobe, eine 2-PN-Zelle oder sonstiges aufbereitetes Gewebe herausgeben, wenn es versiegelt ist oder der Spender auf seine Übertragung (angeblich) keinen Wert mehr legt? Die Antwort auf diese Frage folgt aus dem Zweck des Rückverfolgungs- und Dokumentationsanfordernisses. Es gewährleistet nicht nur die Risikoerfassung, sondern auch eine wirksame Überwachung nach den verschiedenen gesetzlichen Vorschriften.³⁹ Eine differenziertere Begründung des Ausschlusses der Herausgabepflicht aus § 985 BGB ergibt sich deshalb, wenn man sie jeweils unmittelbar auf eine solche – durch das Rückverfolgungs- und Dokumentationsanfordernis – abgesicherte Vorschrift stützt. Entscheidend ist damit, um welche Art von Gewebe es sich handelt.*

S. 8

- HFR 1/2010 S. 8 -

- 22 *Hinsichtlich der 2-PN-Zelle kann man sich zunächst auf § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG stützen. Ihre Weiterentwicklung ist nur zu dem einen Zweck zulässig, eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Dieses Ziel (und ebenso die Verwerfung) können die genetischen Eltern unproblematisch durch den behandelnden Reproduktionsmediziner oder einen seiner Kollegen erreichen. Wenn die Gametenspender das ablehnen und die Herausgabe verlangen, kann der Reproduktionsmediziner dem Anspruch aus § 985 BGB den Einwand unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegenhalten; es besteht nämlich kein schutzwürdiges Interesse an dem Besitz der anderweitig nicht nutzbaren 2-PN-Zelle.⁴⁰ In diesem Fall drängt sich vielmehr der Verdacht auf, dass die genetischen Eltern die 2-PN-Zelle in gesetzeswidriger Weise nutzen wollen und dass eine gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG strafbare Kultivierung durch sie oder Dritte beabsichtigt ist. Der Reproduktionsmediziner muss die Herausgabe schon deshalb verweigern, um eine Strafverfolgung wegen (des Verdachts) der Beteiligung an dieser Straftat zu vermeiden.*
- 23 *bb) Der Gesetzgeber scheint diese Probleme bei der Schaffung des ESchG zumindest erahnt zu haben. In § 9 Nr. 3 hat er die Konservierung nicht nur des Embryos, sondern schon der imprägnierten Eizelle dem Arzt vorbehalten, wobei viele Gerichte unter einer Kryokonservierung von Zellen deren Tiefgefrierung und Aufbewahrung verstehen.⁴¹ Ein Verstoß gegen diese Vorschrift⁴² kann gemäß § 12 ESchG als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Erlaubt wäre nach den allgemeinen Grundsätzen des Arztrechtes zwar die Delegation der Tiefgefrierung und Aufbewahrung von 2-PN-Zellen an nichtärztliches Personal.⁴³ Die Herausgabe von kryokonservierten Eizellen im Vorkernstadium an die genetischen Eltern ist dem Reproduktionsmediziner jedoch rechtlich unmöglich, § 275*

³⁹ Vgl. nur § 8d Abs. 2 TPG und die Begründung dieser Vorschrift, BT-Drs. XVI/3146, S. 31.

⁴⁰ Vgl. Anm. 32. Eine ebenso bloß formale Rechtsposition gewährt das Eigentum an Schuldurkunden (§ 952 BGB). Der damit verbundene Herausgabeanspruch (§ 985 BGB) dient der Durchsetzung der verbrieften Forderung. Wenn diese nicht mehr verwertet werden kann, so ist auch die Urkunde für den Gläubiger in aller Regel wertlos. Ist auch sonst kein schützenswertes Interesse rechtlicher, wirtschaftliche oder ideeller Art an der Urkunde ersichtlich, so stehen der Durchsetzung des Anspruchs aus § 985 BGB die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entgegen. Die Herausgabeklage ist mangels eines schutzwürdigen Eigeninteresses rechtsmissbräuchlich; BGH bei juris, Beschl. v. 07.10.2008 – Az.: XI ZB 24/07.

⁴¹ LSG NW, Urte. v. 25.06.1998 – Az.: L 2 KN 49/97 KR; VG Wiesbaden, Urteile v. 12.05.2005 – Az.; 1 E 2940/03 und 1 E 989/04; FG München, Urte. v. 14.03.2002 – Az.: 15 K 4531/99. Das OLG Frankfurt a.M. Urte. v. 26.04.2002 – Az.: 25 U 120/01 bestätigt dieses Verständnis indirekt, indem es die Kryokonservierung als eine Form der Aufbewahrung ansieht. Das BVerwG, Urte. v. 07.11.2006 – Az.: 2 C 11/06 und das Thüringer LSG, Beschl. v. 24.11.2003 – Az.: L 6 KR 497/00 differenzieren dagegen zwischen der Kryokonservierung von Sperma und seiner dauerhaften Lagerung (alle Entscheidungen bei juris).

⁴² Von ihr wird schon das Konservierungsverfahren erfasst, ohne dass ein Konservierungserfolg eintreten muss; Günther, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Anm. 4), § 12 ESchG, Rn. 9.

⁴³ Vgl. dazu Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Anm. 4), § 9 ESchG, Rn. 7.

Abs. 1 BGB.

- 24 Da § 12 ESchG durch die Androhung einer Geldbuße von bis zu 2500 Euro Leben und Gesundheit des Embryos schützen soll,⁴⁴ wird er zwar als legislatorischer Fehlgriff kritisiert; man hätte eine Ausgestaltung als Straftat erwartet.⁴⁵ Der Gesetzgeber wollte durch den Arztvorbehalt in § 9 ESchG aber gleichzeitig die zuvor unter aa) angedeuteten allgemeinen Möglichkeiten des Missbrauchs begrenzen.⁴⁶ Wenn etwa ein Biologe imprägnierte Eizellen kryokonserviert, dürften die aus diesem technischen Vorgang resultierenden Gefahren für die Gesundheit des werdenden Lebens kaum größer sein als bei einer Vornahme durch den Arzt. Im Gegensatz zum Biologen ist der Reproduktionsmediziner jedoch dem Standesrecht unterworfen. Ihm wird daher ein deutlich größeres Vertrauen entgegengebracht,⁴⁷ dass sein Umgang mit dem Kryogut stets den gesetzlichen Vorschriften entspricht und darüber hinaus auch ethischen Ansprüchen genügt. Bei anderen Berufsgruppen befürchtete der Gesetzgeber wohl erhöhte Missbrauchsgefahren. Der Verbotstatbestand erfasst also zwei voneinander unabhängige, sehr verschieden gewichtige Gefährdungslagen, wobei sich das Strafmaß primär an den unspezifischen Missbrauchsgefahren orientiert. Insoweit erscheint die Einstufung als Ordnungswidrigkeit als durchaus angemessen. Dass der Gesetzgeber mit dem Ordnungswidrigkeitstatbestand ohne weitere Differenzierungen zugleich die unrechtsintensiveren Gesundheitsgefährdungen für das werdende Leben erfasst hat, mag bereits praktischen Erwägungen geschuldet sein. Die sonstigen Verstöße gegen den Arztvorbehalt (§ 11 Abs. 1, § 9 Nr. 1, 2 ESchG) hat er möglicherweise aber auch bewusst nur deshalb unter Strafe gestellt, weil dabei Gefahren für die Eltern in Betracht kommen.⁴⁸

S. 9

- HFR 1/2010 S. 9 -

25 II. Weiterentwicklung

- Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der genetischen Eltern folgt deren Befugnis, über die Weiterentwicklung der 2-PN-Zelle zu bestimmen. Wer eine Eizelle ohne die **Einwilligung beider genetischen Eltern** künstlich befruchtet, macht sich gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 ESchG strafbar. Wie sich aus § 8 Abs. 1, 3 ESchG ergibt, ist die Befruchtung der Eizelle mit Vereinigung der beiden Vorkerne abgeschlossen.⁴⁹ Mit dem „Befruchten“ ist also auch die Weiterentwicklung einer 2-PN-Zelle zum Embryo gemeint.⁵⁰
- 26 Auf den ersten Blick mag eine solche Weiterentwicklung ohne Einwilligung der genetischen Eltern fernliegend erscheinen. Jedoch ist hier insofern Vorsicht geboten, als sich die Einwilligung auch auf die Anzahl der befruchteten Eizellen beziehen muss.⁵¹ Außerdem setzt eine wirksame Einwilligung – ebenso wie bei ärztlichen Heileingriffen – eine vorangehende Aufklärung über die vorzunehmende Maßnahme voraus.⁵² Nur eine nach ordnungsgemäßer Aufklärung des Patienten erteilte Einwilligung macht den Eingriff rechtmäßig. Bei einer Befruchtung der 2-PN-Zelle ohne vorherige Aufklärung droht die Haftung auf Schadensersatz gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 4 Abs. 1 Nr. 1 ESchG.⁵³
- 27 Im allgemeinen Arztrecht ist die Notwendigkeit des „**informed consent**“ anerkannt. Erst eine nach vollständiger und gewissenhafter Aufklärung des Patienten erteilte Ein-

⁴⁴ BT-Drs. XI/8057, S. 17; wörtlich zitiert bei Günther, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Anm. 4), § 12 ESchG, Rn. 4.

⁴⁵ Günther (Anm. 4), § 12 ESchG, Rn. 5.

⁴⁶ BT-Drs. XI/8057, S. 17.

⁴⁷ Vgl. Janovsky, in: Wabnitz/ Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007, 11/1.

⁴⁸ Vgl. BT-Drs. XI/8057, S. 17.

⁴⁹ Seith, Status und Schutz des extrakorporalen Embryos. Eine rechtsvergleichende Studie, 2007, S. 34.

⁵⁰ Frommel, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2/2004, 104 (105); siehe ferner Anm. 72.

⁵¹ Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Anm. 4), § 4 ESchG, Rn. 9.

⁵² Hülsmann, JZ 1992, 1106 (1109); Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Anm. 4), § 4 ESchG, Rn. 7.

⁵³ Vgl. Deutsch, NJW 1991, 721 (723) zur Schutzgesetzqualität des § 4 Abs. 1 Nr. 1 ESchG.

willigung rechtfertigt den Eingriff in seine körperliche Integrität.⁵⁴ Das Recht auf körperliche Unversehrtheit ist der Sache nach aber nichts anderes als eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁵⁵ Seinem Schutz dient das Erfordernis des informed consent und nicht bloß dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit als Sonderform. Der Zusammenhang zeigt sich deutlich beim Transplantationsgesetz. Dieses bezweckt mit seinen Einwilligungsvoraussetzungen z.B. in § 8 Abs. 2 TPG gerade den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts an abgetrennten Körperteilen.⁵⁶ Die Norm entspricht daher ausdrücklich den hohen Anforderungen des informed consent für medizinische Eingriffe.⁵⁷

- 28 Eine schriftliche Dokumentation des Aufklärungsgespräches ist im Hinblick auf einen späteren Prozess unbedingt zu empfehlen.⁵⁸ Nur bei einem Strafverfahren müssen dem Beschuldigten aufgrund des In-dubio-Grundsatzes alle Voraussetzungen der Straftat einschließlich des Fehlens von Rechtfertigungsgründen wie etwa einer informierten Einwilligung nachgewiesen werden. Vor den Zivilgerichten muss der Arzt nachweisen, dass er die geschuldete Aufklärung vollständig erbracht hat.⁵⁹ Dieser Beweislast kann er letztlich nur durch eine schriftliche Dokumentation genügen.

S. 10 - HFR 1/2010 S. 10 -

29 III. Verwerfung

Eine Verwerfung der 2-PN-Zelle wird durch das Embryonenschutzgesetz nicht erfasst. Sein Schutz gilt nach der Definition in § 8 erst für die befruchtete Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an, d.h. das Embryonenschutzgesetz macht insoweit keine Vorgaben für den Umgang mit der 2-PN-Zelle. Jedoch ergeben sich solche Vorgaben aus den Rechten, die den genetischen Eltern an der 2-PN-Zelle zustehen. Wie zuvor erläutert sind sie gemeinsame Eigentümer. Außerdem schützt ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht die Möglichkeit, die 2-PN-Zelle bis zur vollständigen Befruchtung zu kultivieren und der Spenderin einpflanzen zu lassen.

30 1. Verwerfung mit Einwilligung der genetischen Eltern

Sowohl aufgrund des bestehenden Eigentums als auch aufgrund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts haben die genetischen Eltern das Recht, über den Fortbestand der 2-PN-Zelle zu entscheiden. Somit ist der Arzt auf ein entsprechendes Verlangen beider Eltern nicht nur berechtigt, sondern sogar dazu verpflichtet, eine 2-PN-Zelle zu verwerfen.

- 31 Da die Weiterentwicklung der 2-PN-Zelle stets der Einwilligung beider Elternteile bedarf, stellt sich darüber hinaus die Frage, ob für deren Verwerfung nicht umgekehrt schon die **Einwilligung nur eines Spenders** ausreichend sein muss. Wenn sich ein Elternteil endgültig gegen die Weiterentwicklung der 2-PN-Zelle entschieden hat, ist nicht ersichtlich, welches schützenswerte Interesse der andere noch an der Erhaltung der Zelle haben sollte. Die bloße Möglichkeit einer Sinnesänderung rechtfertigt es u.E. nicht, das verständliche Interesse des anderen, einer rechtswidrigen Befruchtung der 2-PN-Zelle ohne seine Einwilligung durch deren endgültige Verwerfung vorzubeugen, zurücktreten zu lassen. Deshalb hat der eine Weiterentwicklung der 2-PN-Zelle ablehnende Spender nach den Grundsätzen von Treu und Glauben jedenfalls das Recht, von dem anderen die **Zustimmung zur Verwerfung** zu verlangen.

⁵⁴ BGH NJW 2005, 1718 (1719); Kaiser, in: Ratzel/Luxenburger (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, 2008, 12/117.

⁵⁵ Wagner, in: Säcker/Rixecker (Anm. 17), § 823 BGB, Rn. 748 mN zur Rechtspr.

⁵⁶ Deutsch, NJW 1998, 777 (780); Wagner, in: Säcker/Rixecker (Anm. 17), § 823 BGB, Rn. 80 f.

⁵⁷ Vgl. BT-Drs. XIV/3146, S. 28 f.; Rixen, in: Höfling (Hrsg.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland, 2008, S. 81 f.

⁵⁸ Siehe auch Ziff. 3.2., 3.2.6. und 5.5. der (Muster-)Richtlinie der BÄK, Dt. Ärzteblatt 103 [2006], 1392 (1395 f., 1398).

⁵⁹ BGH NJW 1984, 1807 (1808); Deutsch/Spickhoff (Anm. 25), Rn. 546; Lippert, in: Ratzel/Lippert, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO), 4. Aufl. 2006, § 8 MBO-Ä, Rn. 9.

- 32 Die weitere Befruchtung der 2-PN-Zelle ohne Einwilligung beider Gametenspender ist eine Straftat gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 ESchG. Eine Weiterentwicklung gegen den Willen des genetischen Vaters oder der genetischen Mutter kommt also nicht in Betracht. Nach der hier vertretenen Ansicht wäre außerdem die nachfolgende Übertragung gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 3 TPG strafbar. Das Interesse eines Elternteils, der die Verwerfung nicht will, kann somit nur darin bestehen, entweder die Befruchtung und Implantierung rechtswidrig gegen den Willen des anderen Elternteils durchzusetzen oder ihn – lauter oder unterlauter – zu einer anderen Entscheidung zu bewegen. Dieses Interesse ist nicht schützenswert. Im Gegenteil beinhaltet diese Vorgehensweise für den Spender, der die Verwerfung herbeiführen will, kaum zumutbare Gefahren. Ihm steht daher nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ein klagbarer Anspruch auf Zustimmung zur Verwerfung zu. Verwirft der Arzt in dieser Situation die 2-PN-Zelle, so ist die tatsächlich fehlende Einwilligung eines der beiden Gametenspender gemäß § 242 BGB zu fingieren. Weil sein darin verkörpertes allgemeines Persönlichkeitsrecht durch die Befruchtung nicht mehr realisiert werden kann, begründet die Verwerfung kein Unrecht und somit keinen Ersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB. Der mit der Verwerfung verbundene Eigentumsverlust löst erst recht keine Haftung aus. Das Eigentum an der 2-PN-Zelle ist in erster Linie eine wirtschaftlich irrelevante, rein formale Rechtsposition zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁶⁰

S. 11

- HFR 1/2010 S. 11 -

- 33 Das heißt aber nicht, dass ein Reproduktionsmediziner schon auf die Aufforderung eines Spenders die 2-PN-Zelle verwerfen sollte.⁶¹ Streiten die genetischen Eltern über das weitere Schicksal der Zelle, so sollte eine Verwerfung sicherheitshalber erst erfolgen, wenn der Anspruch auf Zustimmung zur Verwerfung erfolgreich eingeklagt wurde.

34 2. Eigenmächtige Verwerfung durch den Reproduktionsmediziner

Wenn ein Reproduktionsmediziner die Zelle eigenmächtig verwirft, verletzt er sowohl das Eigentum als auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht der genetischen Eltern und macht sich damit schadensersatzpflichtig gemäß § 823 Abs. 1 BGB sowie – im Falle vorsätzlichen Handelns – wegen Sachbeschädigung strafbar gemäß § 303 StGB. Beides gilt im Prinzip ebenso, wenn die Verwerfung der 2-PN-Zellen nicht **aktiv**, z.B. durch Beigabe von Alkohol, sondern **passiv** durch das Unterlassen weiterer Kühlung geschieht. Mit der Durchführung der IVF und der Kryokonservierung übernimmt der Reproduktionsmediziner die Pflicht, die 2-PN-Zelle zu konservieren. Die Verletzung dieser Garantenpflicht begründet zivil- und gemäß § 13 StGB auch strafrechtlich grundsätzlich die gleiche Haftung wie ein entsprechendes aktives Tun.⁶²

- 35 Der Reproduktionsmediziner übernimmt freiwillig eine entsprechende Schutz- und Überwachungsfunktion, indem er bei den genetischen Eltern den nachvollziehbaren Eindruck erweckt, er werde für gute Überlebensbedingungen sorgen und drohende Gefahren nach Möglichkeit abwenden. Inhalt und Umfang seiner Selbstverpflichtung ergeben sich aus dem Vertrauen, dass er bei seinen Patienten mit Durchführung der Behandlung hervorgerufen hat. Zur weiteren Konkretisierung kann man insbesondere auf einen schriftlichen Arztvertrag abstellen. Insoweit kommt es jedoch nicht auf dessen zivilrechtliche Wirksamkeit an, sondern nur auf das damit hervorgerufene berechnete Vertrauen der Patienten. Die Handlungspflicht des Reproduktionsmediziners beginnt mit der Durchführung der Behandlung, denn seine **tatsächliche Übernahme** der Schutzfunktion begründet ein hinreichendes Vertrauen und damit auch seine – vor allem im Strafrecht so genannte – Garantenstellung.

S. 12

- HFR 1/2010 S. 12 -

⁶⁰ Vgl. bereits Anm. 40 und den damit versehen Abschnitt.

⁶¹ Ratzel, Reproduktionsmedizin 4/2002, 199 (202) fordert indes die sofortige Vernichtung auf Verlangen auch nur eines Elternteils.

⁶² Vgl. Wagner, in: Säcker/Rixecker (Anm. 17), § 823 BGB, Rn. 237.

36 Nach dem Wortlaut der §§ 10, 9 Nr. 3 ESchG ist niemand verpflichtet, eine 2-PN-Zelle zu konservieren. Ob dieses Weigerungsrecht ebenfalls besteht, wenn der Arzt sich zur Konservierung vertraglich verpflichtet hat, oder ob er sich von einem solchen Vertrag unter Berufung auf §§ 10, 9 Nr. 3 ESchG nachträglich einseitig lösen kann, wurde bislang kaum diskutiert.⁶³ Wenn aber der Reproduktionsmediziner die Konservierung schon begonnen hat, ist seine plötzliche Berufung auf das Weigerungsrecht grundsätzlich gemäß § 242 BGB treuwidrig und deshalb die Grenze des Weigerungsrechtes aus § 10 ESchG erreicht.⁶⁴ Zwar kann der Arzt sich jederzeit von seiner Garantenpflicht wieder lösen. Ebenso wie bei einem vereinbarten Ablauf dieser Fürsorgepflicht verbleibt jedoch zunächst eine weiterhin haftungsbegründende **Residualpflicht**, so lange Risiken abzuwenden, bis ein anderer dies übernimmt.⁶⁵

37 3. Grenzen der Aufbewahrungspflicht

Da bisher ein Haltbarkeitsdatum für 2-PN-Zellen nicht bekannt ist, gibt es für die Dauer der Aufbewahrungspflicht keine natürliche Grenze. Jedoch besteht durchaus die Möglichkeit einer vertraglichen Limitierung. Auch in einem solchen Fall bleibt der Arzt jedoch nach Ablauf der vereinbarten Aufbewahrungsdauer verpflichtet, Risiken so lange abzuwenden, bis ein anderer zur Überwachung bereit ist. Er darf die weitere Konservierung der 2-PN-Zellen deshalb nicht ohne Vorwarnung unterlassen, sondern muss den genetischen Eltern eine Fortsetzung der Kryokonservierung anbieten oder ihnen bei der Suche nach einem anderen Reproduktionsmediziner und der Übernahme der Zellen durch diesen behilflich sein. Letzteres gilt entsprechend, wenn der Reproduktionsmediziner seinen Beruf aufgibt und deshalb eine übernommene Aufbewahrungspflicht nicht mehr erfüllen kann.

38 Da der Arzt die Aufbewahrung der 2-PN-Zellen in der Regel nur gegen ein entsprechendes Entgelt übernommen hat, endet seine Konservierungspflicht, wenn die Spender die Zahlungen in Kenntnis der daraus resultierenden Konsequenzen ausdrücklich und endgültig verweigern. Gleiches gilt, wenn sie die Zahlungen einstellen und auf Anfragen des Arztes nicht mehr reagieren. Hat der Arzt fällige Zahlungen mehrmals erfolglos angemahnt und unter Setzung einer angemessenen Frist für den Fall der Nichtzahlung die Beendigung der Kryokonservierung angedroht, so darf er diese bei einer fehlenden Rückmeldung abbrechen. Dabei sollte allerdings zumindest das letzte Schreiben förmlich zugestellt werden, um gegebenenfalls den Zugang nachweisen zu können.

S. 13

- HFR 1/2010 S. 13 -

39 Die Begrenzung der Garantenpflicht lässt sich zum einen unmittelbar aus ihrem Entstehungsgrund entwickeln. Der Arzt haftet nur für das von ihm zurechenbar hervorgerufene Vertrauen, er werde für gute Überlebensbedingungen sorgen und drohende Gefahren von den 2-PN-Zellen nach Möglichkeit abwenden. Dieses Vertrauen setzt jedoch ersichtlich die Zahlungen der Spender für die Aufbewahrung voraus. Ohne Zahlung will der Arzt nicht für eine sichere Konservierung eintreten. Man kann diese Grenze der Aufbewahrungspflicht ebenso aus einem Verstoß der Gametenspender gegen die Gebote von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entwickeln. Sie würden sich widersprüchlich verhalten, wenn Sie einerseits für die Aufbewahrung nicht bezahlen, aber andererseits Haftungsansprüche aus dem Unterlassen des Arztes herleiten wollen.

⁶³ Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Anm. 4), § 10 ESchG, Rn. 1 zufolge gibt es keinen Anspruch auf Durchführung der in § 9 ESchG genannten Maßnahmen. Er verweist aber auch auf die gleichlautende Formulierung in § 12 Abs. 1 Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG), wonach niemand zur Mitwirkung an einem Schwangerschaftsabbruch verpflichtet ist. Diesbezüglich wird von einigen Autoren angenommen, dass der Arzt trotz Bestehens eines wirksamen Vertrages nur zur Leistung berechtigt, nicht jedoch dazu verpflichtet sei. Andere beurteilen seine Berufung auf das Mitwirkungsverweigerungsrecht nach einem entsprechenden Vertragsschluss als rechtsmissbräuchlich. Soweit ersichtlich, brauchte die Rechtsprechung diese Frage bislang nicht zu entscheiden; siehe etwa OLG Zweibrücken MedR 2000, 540.

⁶⁴ Vgl. Taupitz (Anm. 4), § 10 ESchG, Rn. 5.

⁶⁵ Vgl. dazu allgemein Weigend, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, 12. Aufl. 2007 ff., § 13 StGB, Rn. 34 f.

Nun muss man einschränken, dass die Rechtsordnung ein widersprüchliches Verhalten grundsätzlich zulässt. Die Grenze zum Rechtsmissbrauch ist jedoch erreicht, wenn für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand entstanden ist oder wenn besondere Umstände eine Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen.⁶⁶ Maßgeblich ist damit, ab welchem Punkt der Arzt aus der fehlenden Bezahlung der genetischen Eltern nach Treu und Glauben den Schluss ziehen darf, dass sie kein Interesse an der weiteren Konservierung haben. Die Eltern werden dann so behandelt, als hätten sie sich mit dem Abbruch einverstanden erklärt (Einwilligungsfiktion).⁶⁷ Die Grenze zur Treuwidrigkeit ist jedenfalls dann überschritten, wenn die Gametenspender auf die ihnen erwiesenermaßen zugewandten bzw. förmlich zugestellten Anfragen des Arztes nicht mehr reagieren.

- 40 Wenn die Spender sich melden und um eine weitere Konservierung bitten, obwohl sie derzeit zahlungsunfähig sind, sollte der Arzt auf eine einvernehmliche Regelung hinwirken, die seinen Zahlungsanspruch schützt, zugleich aber der weiteren Aufbewahrung eine klare zeitliche Grenze setzt, so dass er nach deren Ablauf die Maßnahme einvernehmlich beenden kann. Das größte Problem entsteht für den Reproduktionsmediziner, wenn ihm der Aufenthaltsort der Spender unbekannt ist, und die Zahlungen eingestellt werden. Um einen möglichst sicheren Weg zu gehen und die Erfüllung der Residualpflicht zu dokumentieren, sollte er noch vor einem Behandlungsabbruch sein Mahnschreiben an die genetischen Eltern öffentlich zustellen lassen (§§ 191 ff., 185 ff. ZPO).
- 41 *Im nachfolgenden Vortrag wurde die Vereinbarkeit einer öffentlichen Zustellung mit der ärztlichen Schweigepflicht in Frage gestellt. Der Reproduktionsmediziner mache sich ggfs. gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar, wenn sein Schreiben an der Gerichtstafel ausgehängen werde und jederman lesen könne, dass er für die Gametenspender deren kryokonservierte 2-PN-Zellen aufbewahrt. Früher wurde in der Tat zur öffentlichen Zustellung gemäß § 204 Abs. 2 ZPO a.F. ein Auszug des zuzustellenden Schriftstücks an die Gerichtstafel angeheftet. Das Zustellungsreformgesetz hat die Vorschriften über die Zustellung jedoch mit Wirkung vom 01.07.2002 grundlegend neu geregelt.⁶⁸ Seit seinem Inkrafttreten verlangt § 186 Abs. 2 ZPO aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes nicht mehr den auszugsweisen Aushang des Schriftstücks. Ausgehängt wird nur noch eine Benachrichtigung mit den für die Information des Betroffenen unerlässlichen Daten.⁶⁹ Hierzu gehören gemäß § 186 Abs. 2 S. 3 ZPO Zustellungsabsender und -adressat sowie die Bezeichnung des Verfahrensgegenstandes. Die Kritik ist jedoch insoweit berechtigt, als der Gegenstand aus Gründen des Geheimnisschutzes möglichst neutral formuliert werden muss (z.B. „Zahlungsverzug/drohende Vertragsbeendigung“). Soweit darin noch eine gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB tatbestandsmäßige Schweigepflichtsverletzung zu sehen ist, wäre diese jedenfalls im Hinblick auf die drohende Verwerfung der 2-PN-Zellen (und die Haftungsrisiken des Arztes)⁷⁰ durch eine mutmaßliche bzw. fingierte Einwilligung gerechtfertigt.⁷¹*

S. 14

- HFR 1/2010 S. 14 -

42 **IV. Keine Adoption der 2-PN-Zelle**

⁶⁶ BGH NJW 1992, 834 und *Heinrichs*, in: Palandt (Anm. 18), § 242 BGB, Rn. 56, beide mwN.

⁶⁷ *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 232 ff. hat bereits erwogen, das Verbot widersprüchlichen Verhaltens für die Einwilligungslehre fruchtbar zu machen. Vgl. dazu auch *Börgers*, Studien zum Gefahrurteil im Strafrecht, Ein Abschied vom objektiven Dritten, 2008, S. 177 ff.

⁶⁸ Gesetz zur Reform des Verfahrens bei Zustellungen im gerichtlichen Verfahren (Zustellungsreformgesetz – ZustRG) vom 25.06.2001, BGBl. I S. 1206.

⁶⁹ *Häublein*, in: Rauscher/Wax/Wenzel (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 3. Aufl. 2007 f., § 186 ZPO, Rn. 1.

⁷⁰ *Jung*, in: Neumann/Puppe/Schild (Gesamtred.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl. 1995, § 203 StGB, Rn. 28. Die herrschende Meinung (Nw in Anm. 71) nimmt insoweit einen rechtfertigenden Notstand an.

⁷¹ Vgl. *Cierniak*, in: Joecks/Miebach (Anm. 18), § 203 StGB, Rn. 83, 86, sowie *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Hrsg.), NomosKommentar Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 203 StGB, Rn. 67 f., jeweils mwN.

Eine Adoption der 2-PN-Zelle ist rechtlich nicht möglich. Um die Zelle einer anderen Frau zu implantieren, müsste sie zunächst weiter entwickelt, d.h. die beiden Kerne müssten verschmolzen und damit die künstliche Befruchtung erst vollzogen werden. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG wird jedoch bestraft, wer eine Eizelle⁷² zu einem anderen Zweck künstlich befruchtet, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Daraus folgt, dass eine weitere Kultivierung der 2-PN-Zelle nur dann zulässig ist, wenn die genetische Mutter selbst für die Implantierung zur Verfügung steht.

43 C. Kryokonservierte Embryonen

Zum pathologischen Fall kryokonservierter, verwaister Embryonen gelangt man immer dann, wenn nach der Befruchtung die Möglichkeit, den Embryo der genetischen Mutter zu implantieren, aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen dauerhaft entfällt. Rechtlich unmöglich ist die Implantation zunächst dann, wenn die Frau mit ihr nicht mehr einverstanden ist. Dies ergibt sich bereits aus dem Embryonenschutzgesetz, dessen § 4 Abs. 1 Nr. 2 die Übertragung des Embryos auf eine Frau ohne deren Einwilligung ausdrücklich unter Strafe stellt. Aber auch der genetische Vater muss der Implantation im Ergebnis zustimmen. Eine entsprechende gesetzliche Regelung findet sich zwar nicht im Embryonenschutzgesetz, wohl aber in § 8b Abs. 1, 2 des Transplantationsgesetzes, das nach der Erweiterung auf Gewebeübertragungen ausdrücklich auch Samenspenden erfasst⁷³ und auf den Vorgang der medizinisch unterstützten Befruchtung Anwendung findet.

44 I. Verwerfung verwaister Embryonen

Eine Verwerfung verwaister Embryonen erscheint zumindest auf den ersten Blick erheblich problematischer als die zuvor erörterte Verwerfung von 2-PN-Zellen. Schließlich findet auf den verwaisten Embryo das Embryonenschutzgesetz Anwendung, dessen amtliche Begründung ausdrücklich davon ausgeht, dass bereits mit der Kernverschmelzung innerhalb der befruchteten Eizelle menschliches Leben entsteht.⁷⁴ Darüber hinaus wird bekanntlich – obwohl das Bundesverfassungsgericht diese Frage ausdrücklich offen gelassen hat⁷⁵ – auch der Embryo in vitro schon von vielen Autoren als Träger der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und des Grundrechts auf Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) angesehen.⁷⁶

S. 15

- HFR 1/2010 S. 15 -

45 1. Strafbarkeit nach dem Embryonenschutzgesetz?

Bei näherer Betrachtung steht allerdings zumindest das Embryonenschutzgesetz einer Verwerfung verwaister Embryonen nicht entgegen. Es stellt zwar in seinem § 2 Abs. 1

⁷² Das Befruchtungsverbot des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG findet nur bis zum Zeitpunkt der Befruchtung Anwendung. *Schlüter* (Anm. 5), S. 202 f. zufolge kann aber im Vorkernstadium „von einer unbefruchteten Eizelle nicht mehr gesprochen werden, obwohl die Befruchtung noch nicht abgeschlossen ist“. Nach ihrer Auffassung wäre also § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG nicht anwendbar und folglich eine Spende der 2-PN-Zelle zulässig, soweit diese ursprünglich für die Übertragung auf die genetische Mutter erzeugt wurde. Der von *Schlüter* beschriebene dritte Zustand einer nicht mehr unbefruchteten, aber noch nicht befruchteten Eizelle ist dem ESchG jedoch unbekannt. Es unterscheidet anhand des Kriteriums der Kernverschmelzung (§ 8 Abs. 1, 3) ausschließlich zwischen unbefruchteten und befruchteten Eizellen (d.h. Embryonen), wobei die 2-PN-Zelle noch in die erste Gruppe gehört. Der Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG erfasst daher ihre Weiterentwicklung zum Embryo; siehe Nw in Anm. 49 f.

⁷³ *Deutsch/Spickhoff* (Anm. 25), Rn. 876 a.E. formulieren hier zurückhaltender: „An sich ist aber die Entnahme von Sperma (...) nun ein Fall, der unter das TPG fällt (siehe § 8 b Abs. 2 TPG)“.

⁷⁴ Siehe Anm. 14.

⁷⁵ Siehe Anm. 15.

⁷⁶ Vgl. für eine entsprechende subjektiv- und nicht „nur“ objektiv-rechtliche Grundrechtsträgerschaft *Lehmann*, ZfL 2008, 106 (109 ff.) und *Müller-Terpitz* (Anm. 6), S. 270 ff., 341 ff., beide mwN; siehe auch Anm. 13. Gegen die Grundrechtssubjektivität etwa *Ipsen*, JZ 2001, 989 (991) und *NJW* 2004, 268 f.; ferner *Kreß*, Ärzteblatt Thüringen 2/2009, 109 (111).

jede missbräuchliche Verwendung eines Embryos unter Strafe.⁷⁷ Jedoch besteht in der Literatur Einigkeit darüber, dass das „Verwenden“ im Sinne dieser Vorschrift eine aktive Einwirkung auf den Embryo voraussetzt,⁷⁸ also zwar jede aktive Vernichtung, nicht aber das bloße Unterlassen der weiteren Lebenserhaltung umfasst.⁷⁹ Sofern die Verwerfung eines verwaisten Embryos z.B. durch das bloße Unterlassen der weiteren Zugabe des zur Kühlung notwendigen Stickstoffes geschieht, ist sie deshalb nicht nach § 2 Abs. 1 des Embryonenschutzgesetzes strafbar.⁸⁰

- 46 *Nimmt der Reproduktionsmediziner lediglich eine bestimmte Handlung – etwa das Nachfüllen von flüssigem Stickstoff oder das Umbetten des Embryos von dem Gefrierschutz- in ein Kultivierungsmedium – nicht vor, ist ohne weiteres von einem solchen straflosen Unterlassen auszugehen. Abgrenzungsprobleme entstehen, wenn beispielsweise ein Brutkasten ausgeschaltet und dabei aktiv-körperlich Energie eingesetzt wird.⁸¹ In solchen Fällen kann man ergänzend auf die Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe zurückgreifen. Das Abschalten eines Beatmungsgerätes wurde bereits aufgrund einer wertenden Betrachtung als **Unterlassen durch Tun angesehen**.⁸² In diese Fallgruppe gehören ebenso uneigentliche Unterlassungen wie das Ausschalten von elektrischen Geräten zur Versorgung des Embryos, die Entnahme aus dem flüssigen Stickstoff und das Hinlegen auf einen Tisch, so dass der Embryo untergeht. Strafbar ist hingegen jede zum Sterbenlassen „überflüssige“ Einwirkung wie die Beigabe von Alkohol oder das Wegwerfen eines noch lebenden Embryos.*
- 47 *Für die Straflosigkeit des Unterlassens werden unterschiedliche Begründungen angeführt. Die Strafbarkeit des Unterlassens setzt gemäß § 13 Abs. 1 StGB voraus, dass der Täter einen Erfolg eintreten lässt, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört. Daher können nach richtiger Ansicht nur Verletzungs- und konkrete Gefährdungsdelikte als unechte Unterlassungsdelikte begangen werden.⁸³ Abstrakte Gefährdungsdelikte, zum Beispiel die Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB), ahnden lediglich ein gefährliches Verhalten, ohne jedoch eine solche Schadensfolge oder Gefährdungslage zu beinhalten. Da § 2 Abs. 1 ESchG in der Form des Verwendens ein schlichtes Tätigkeits-*

⁷⁷ Das Verwendungsverbot wird als Auffangtatbestand für die sonstigen spezielleren Verwertungsverbote verstanden und herangezogen, wenn „der Täter **in aktiver Weise** das Schicksal des Embryos beeinflusst, auf ihn einwirkt, mit ihm agiert, ohne dass speziellere Verwertungsverbote eingreifen“; Günther, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Anm. 4), § 2 ESchG, Rn. 30 und ebenso KG GesR 2009, 191 (193). Auch die Kryokonservierung ist ein Verwenden und nur zur Erhaltung des Embryos zulässig; Günther, aaO, § 2 ESchG, Rn. 45.

⁷⁸ Von einigen Autoren wird der Verwendungsbegriff nach seiner sprachlichen Bedeutung auf einen zweckgerichteten Umgang mit dem Embryo beschränkt, der erst zu einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes bzw. einer Verringerung der Lebenschancen führt. Die bloße Vernichtung etwa durch ein Wegschütten verfolge aber keinen solchen vorgeschalteten primären Benutzungszweck und sei daher vom Wortlaut der Norm nicht erfasst; Langer-Rock, Der strafrechtliche Schutz des überzähligen in-vitro-gezeugten Embryos, 1998, S. 134 ff., 139; vgl. zur Wortlautproblematik auch F.-C. Schroeder, in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 336 ff. Zum Teil wird das tatbestandsmäßige Verwenden – mit Blick auf die Gesetzesmaterialien und den Schutzzweck der Norm – auch auf solche Einwirkungen beschränkt, welche die weitere Entwicklung des Embryos gefährden bzw. ihn sogar vernichten; Böcher, Präimplantationsdiagnostik und Embryonenschutz. Zu den Problemen der strafrechtlichen Regelung eines neuen medizinischen Verfahrens, 2004, S. 97, 103. Das Kammergericht ist dem restriktiven Wortlautverständnis entgegengetreten. Es hat – ebenso unter Bezugnahme auf die Motive des Gesetzgebers – die Auffassung vertreten, dass das tatbestandsmäßige Verwenden nichts weiter bedeute, „als mit dem Embryo etwas in einer Absicht [zu] tun, die nicht seiner Erhaltung dient“; KG GesR 2009, 191 (193).

⁷⁹ KG GesR 2009, 191 (193 f.); Böcher (Anm. 78), S. 115; Frommel, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2/2004, 104 (106); Günther, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Anm. 4), § 2 ESchG, Rn. 36; Renzikowski, Gynäkologische Endokrinologie 2 [2004], 172 (176); F.-C. Schroeder (Anm. 78), S. 337.

⁸⁰ Für die Strafbarkeit selbst der passiven Verwerfung – im Falle der Feststellung eines Gendefekts durch eine Präimplantationsdiagnostik – indes Beckmann, MedR 19 [2001], 169 (171).

⁸¹ Vgl. allgemein zur Abgrenzung von Handlungs- und Unterlassungsdelikt Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 3. Aufl. 2008, S. 263 ff. und eingehend Merkel, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 193 ff.

⁸² Fischer (Anm. 26), § 13 StGB, Rn. 5 mwN; vgl. auch BGHSt 40, 257 (267 f.).

⁸³ Frister (Anm. 81), S. 262 mwN.

und abstraktes Gefährdungsdelikt darstellt⁸⁴ und keinen tatbestandlichen Erfolg wie etwa eine konkrete Gefährdung des Embryos voraussetzt, findet § 13 Abs. 1 StGB keine Anwendung. Nach der gegenteiligen Auffassung des BGH kann jedoch selbst ein abstraktes Gefährdungsdelikt durch Unterlassen begangen werden.⁸⁵ Deshalb erklären die meisten Autoren die Straflosigkeit des Unterlassens auf einem anderen Weg. Einerseits wird argumentiert, es fehle die Garantenstellung. Der Täter habe nicht rechtlich dafür einzustehen, dass der Erfolg eintritt.⁸⁶ Gegen die tatbestandmäßige Handlungspflicht des Arztes spreche ferner § 10 iVm § 9 Nr. 3 ESchG.⁸⁷ Danach ist der Arzt nicht zur Konservierung eines Embryos verpflichtet.⁸⁸ Einige Autoren sind zudem der Ansicht, das Unterlassen lebenserhaltender Maßnahmen entspreche in seinem Unrechtsgehalt nicht einer aktiven missbräuchlichen Verwendung; die Entsprechungsklausel des § 13 Abs. 1 StGB sei also nicht erfüllt.⁸⁹

S. 16

- HFR 1/2010 S. 16 -

48 2. Verfassungsrechtliche Bedenken

Hinter dieser Auslegung des § 2 Abs. 1 ESchG steht letztlich die Überlegung, dass mit einer zeitlich unbegrenzten Kryokonservierung von verwaisten Embryonen niemandem gedient ist.⁹⁰ Selbst wenn man den Embryo in vitro bereits als Träger der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und des Grundrechts auf Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) ansieht, kann der sich daraus ergebende Schutzanspruch vernünftigerweise nur auf die Möglichkeit weiterer Entwicklung, nicht aber darauf gerichtet sein, auf ewig kryokonserviert weiter zu existieren. Sofern Klarheit darüber besteht, dass die Implantation eines Embryos aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr möglich sein wird, stehen deshalb im Ergebnis auch verfassungsrechtliche Überlegungen einer Verwerfung des Embryos nicht entgegen.⁹¹

49 II. Adoption verwaister Embryonen

1. Vereinbarkeit mit dem Embryonenschutzgesetz

Eine mögliche Alternative zur Verwerfung ist die Adoption verwaister Embryonen. Damit ist natürlich keine entsprechende Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Annahme als Kind (§§ 1741 ff. BGB) gemeint, sondern die Austragung des Embryos durch eine andere Frau, die dadurch nach der Regel des § 1591 BGB zur Mutter des Kindes würde. Obwohl das Embryonenschutzgesetz darauf abzielt, gespaltene Mutterschaften zu verhindern,⁹² hat es eine solche Embryooption nicht

⁸⁴ Böcher (Anm. 78), S. 103.

⁸⁵ NJW 2001, 624 (627) mwN.

⁸⁶ Frommel, J. Reproduktionsmed. Endokrinol. 2/2004, 104 (106).

⁸⁷ Günther, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Anm. 4), § 2 ESchG, Rn. 36.

⁸⁸ Siehe zu den Beschränkungen aus § 242 BGB Anm. 63 ff. und den damit versehenen Text.

⁸⁹ Böcher (Anm. 78), S. 113 f.; Renzikowski, Gynäkologische Endokrinologie 2 [2004], 172 (176); Günther, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Anm. 4), § 2 ESchG, Rn. 36.

⁹⁰ Vgl. Möller/Thaele, Frauenarzt 42 [2001], 1393 (1396). Drastisch zugespitzt formuliert von F.-C. Schroeder (Anm. 78), S. 337: „Soll sich Deutschland neben Heimen, in denen Asylbewerber auf die Anerkennung und Aufnahme warten, auch mit Kühlhäusern überziehen, in denen kryokonservierte Embryonen auf eine Aufnahme warten, u.U. „lebenslanglich“?“

⁹¹ Müller-Terpitz (Anm. 6), S. 527 mit zahlreichen Nw in Fn. 169: „Gibt es für den ‚überzähligen‘ Embryo keine Transferaussicht mehr, so ist er in Würde sterben zu lassen.“

⁹² Als Mutter eines Kindes kommt nach § 1591 BGB stets nur die Frau in Betracht, die es geboren hat. Zumindest für Juristen ist die Mutter also gewiss oder lateinisch: *mater semper certa est*. Diese rechtliche Zuordnung soll möglichst mit der genetischen Mutterschaft übereinstimmen. Dazu ist es erforderlich, dass jede Frau nur eigene befruchtete Eizellen austrägt und als Kind zur Welt bringt. Bei Preisgabe der Eindeutigkeit der Mutterschaft werden hingegen Gefahren für die seelische Entwicklung des Kindes befürchtet; BT-Drs. XI/5460, S. 7 f.; Keller, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, 1989, S. 720. Die (Muster-)Richtlinie der BÄK, in: Dt. Ärzteblatt 103 [2006], 1392 ff. macht sich diese Überlegung inzwischen nicht mehr ausdrücklich zu Eigen; Wendehorst, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Anm. 1), S. 113. Ob das Rechtsgut der „Eindeutigkeit der Mutterschaft“ für das Kindeswohl so wichtig ist, dass es – durch § 1 Abs. 1 Nr. 1 f., 6 f., Abs. 2 ESchG – strafrechtlich geschützt werden muss, wird indes unterschiedlich beurteilt: Dafür Keller, aaO, S. 720; dagegen Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Anm. 4), § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG, Rn. 11, der zu Recht die Frage aufwirft, warum die

grundsätzlich untersagt.⁹³ Ausweislich der Gesetzesmaterialien sollte die Embryonenspende gerade im Falle verwaister Embryonen, deren Übertragung auf die genetische Mutter nach ihrer Befruchtung unmöglich wird, zulässig sein.⁹⁴

50 2. Voraussetzungen nach dem Transplantationsgesetz

Die Voraussetzungen einer solchen Embryonenspende sind zwar nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt, lassen sich aber heute zumindest teilweise dem Transplantationsgesetz entnehmen. Nach der Erweiterung auf die Übertragung von Geweben ist dieses Gesetz – wie oben bereits erwähnt – auch auf die Embryonenspende anwendbar. Dies ergibt sich aus der weiten Gewebedefinition des § 1a Nr. 4 TPG und wird dadurch bestätigt, dass die Verwechslung von Embryonen im Rahmen von Maßnahmen einer medizinisch unterstützten Befruchtung in § 1a Nr. 10 TPG ausdrücklich als ein meldepflichtiges unerwünschtes Ereignis aufgeführt wird.

S. 17

- HFR 1/2010 S. 17 -

51 *Es wurde bestritten, dass die Gewebedefinition in § 1a Nr. 4 TPG nicht nur Ei- und Spermazellen, sondern auch kryokonservierte 2-PN-Zellen und Embryonen erfasst. Dies liegt weniger an den daraus resultierenden Aufklärungspflichten des Reproduktionsmediziners (§§ 8, 8b TPG), denn diese treffen ihn bereits als Nebenpflichten des Behandlungsvertrages.⁹⁵ Eine merkliche Belastung stellt für ihn jedoch die arzneimittelrechtliche Überwachung der Gewebegewinnung und -bearbeitung dar (§§ 20b, 20c, 4 Abs. 30 AMG). In diesen Vorschriften verweist das Arzneimittelgesetz unmittelbar auf den § 1a Nr. 4 TPG. Würde man die 2-PN-Zellen und Embryonen aus seinem Gewebebegriff ausklammern, unterläge ihre Gewinnung und Bearbeitung nicht mehr der Kontrolle nach den Vorschriften des AMG.⁹⁶ Diese Konsequenz mag wünschenswert erscheinen. Sie lässt sich aber nicht durch eine zweckorientierte Begrenzung des Gewebebegriffs in § 1a Nr. 4 TPG erreichen. Die Norm umfasst ohne weitere Differenzierung alle Samen- und Eizellen, imprägnierte Eizellen und Embryonen.⁹⁷ Die geweberechtliche Situation des Embryos ist jedoch zugegebenermaßen kaum geklärt.⁹⁸ Sie soll in einem gesonderten Beitrag eingehender untersucht werden.*

52 a. Einwilligung beider Spender

Zentrale Zulässigkeitsvoraussetzung für die Übertragung des Embryos ist gemäß § 8b Abs. 1, 2 TPG die Einwilligung beider Spender, also sowohl der genetischen Mutter als auch des genetischen Vaters. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so ist die Übertragung nicht nur rechtswidrig, sondern in § 19 Abs. 1 Nr. 3 TPG sogar mit Strafe bedroht. Eine erteilte Einwilligung ist nur wirksam, wenn zuvor eine umfassende Aufklärung nach § 8 Abs. 2 S. 1, 2 TPG erfolgt ist. Diese umfasst nach der ausdrücklichen gesetzlichen Re-

Ungewissheit bezüglich des Vaters weniger schädlich sein soll. Vgl. zur verfassungsrechtlichen Kritik des strafbewehrten Verbots der Ersatzmutterchaft *Taupitz*, aaO, § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, Rn. 18 f. mwN.

⁹³ Einer positiven Wertung, dass die Rechtsordnung eine Embryooption und damit eine gespaltene Mutterchaft zur Lebensrettung eines überzähligen Embryos ausnahmsweise billigt, ist der Gesetzgeber letztlich ausgewichen; *Günther*, in: *Günther/Taupitz/Kaiser* (Anm. 4), Vor § 1 ESchG, Rn. 86. Zumindest stellt § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG bewusst nur die Eizellspende und nicht die Embryonenspende unter Strafe; *Günther*, aaO, Einf B 79 und § 2 ESchG, Rn. 44. Die Ausnahme umfasst aber gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG nicht den Weg einer Ersatzmutterchaft; BT-Drs. XI/5460, S. 9 und *Taupitz*, in: *Günther/Taupitz/Kaiser* (Anm. 4), § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, Rn. 16.

⁹⁴ BT-Drs. XI/5460, S. 9; *Eser/Koch*, in: *Gedächtnisschrift für Rolf Keller*, 2003, S. 18, 24 f.; *Möller/Thaele*, *Frauenarzt* 42 [2001], 1393 (1396); *Helms/Wanitzek*, *FamRZ* 2007, 685 (690); *May*, *Rechtliche Grenzen der Fortpflanzungsmedizin, Die Zulässigkeit bestimmter Methoden der assistierten Reproduktion und der Gewinnung von Stammzellen vom Embryo in vitro im deutsch-israelischen Vergleich*, 2003, S. 174 f.; *Taupitz*, in: *Günther/Taupitz/Kaiser* (Anm. 4), § 1 Abs. 1 Nr. 6 ESchG, Rn. 6 und *Günther*, aaO, § 2 ESchG, Rn. 44; *Wendehorst*, *Reproduktionsmedizin* 19 [2003], 147.

⁹⁵ *Deutsch/Spickhoff* (Anm. 25), Rn. 766; *Taupitz/Schlüter*, *AcP* 205 [2005], 591 (621) mwN; siehe auch Anm. 103.

⁹⁶ Vgl. dafür *Hilland*, *J. Reproduktionsmed. Endokrinol.* 5/2007, 293 f.

⁹⁷ *Hilland/Kentenich*, in: *Pühler/Middel/Hübner* (Anm. 35), S. 256 und *Middel/Pühler/Hübner*, aaO, S. 23; *Parzeller/Rüdiger*, *StoffR* 2007, 70 (77).

⁹⁸ *Wendehorst*, in: *Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst* (Anm. 1), S. 112 f.

gelung nicht nur medizinische Aspekte, sondern alle Umstände, denen der Spender für seine Entscheidung erkennbar Bedeutung beimisst.

- 53 *Die Einwilligung kann nach dem Wortlaut der §§ 8b Abs. 3, § 8 Abs. 2 S. 6 TPG schriftlich oder mündlich widerrufen werden. Trotzdem stellt sich die Frage, ob dem Mann die Rücknahme seiner Einwilligung nach der Befruchtung der 2-PN-Zelle zum Embryo weiterhin möglich ist. Eine solche Beschränkung ist im TPG zwar nicht vorgesehen. In den Beratungen zum ESchG wurde jedoch bereits vertreten, dass im Konflikt zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Mannes und dem Lebensrecht des Embryos das Letztgenannte überwiege.⁹⁹ Der Mann wäre demnach an seine einmal erteilte Einwilligung, den Embryo extrakorporal zu zeugen, auch hinsichtlich des folgenden Transfers gebunden.¹⁰⁰ Damit steht die Praxis vor einem Rätsel. Die Implantierung nach der Rücknahme seiner Einwilligung erfüllt schließlich den Straftatbestand des § 19 Abs. 1 Nr. 3 TPG, und der Fall einer nicht mehr konsentierten Übertragung des Embryos wird davon – ungeachtet seines verbreitet postulierten Lebensrechtes – umfasst. Bei einem Verstoß droht zudem gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, 8b, 8 TPG die Haftung für die Unterhaltungspflicht des Vaters. Schon mit Blick auf das bloße Strafverfolgungs- und Haftungsrisiko sollte jedoch ein Reproduktionsmediziner die Rücknahme der Einwilligung keinesfalls ignorieren. Dies gilt umso mehr, als der EGMR bereits entschieden hat, dass Vorschriften des englischen Rechts, die es dem Samenspender erlauben, seine Einwilligung in die Übertragung des in vitro gezeugten Embryos auf die genetische Mutter bis zur Einpflanzung zu widerrufen, zumindest nicht gegen Art. 2 EMRK verstoßen, und dass insoweit kein Lebensrecht des Embryos verletzt werde.¹⁰¹*

S. 18

- HFR 1/2010 S. 18 -

54 **b. Aufklärung über die rechtlichen Folgen**

Zu den aufklärungspflichtigen Umständen gehören insbesondere die rechtlichen und etwaigen finanziellen Folgen der Embryonenspende. Anders als der genetischen Mutter (§ 1591 BGB) drohen dem biologischen Vater die gerichtliche Feststellung seiner Vaterschaft (§§ 1592 Nr. 3, 1600d BGB) und die damit verbundene Unterhaltungspflicht (§ 1601 ff. BGB). Selbst bei einer schuldrechtlichen Freistellungsvereinbarung bleibt das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der Wunscheltern.¹⁰² Außerdem erlangt das Kind beim Tod des Vaters einen Pflichtteilsanspruch (§§ 1924 Abs. 1, 2303 Abs. 1 BGB). Da diese rechtlichen Folgen für die Entscheidung des genetischen Vaters ohne Zweifel von Bedeutung sind, muss er auch darüber aufgeklärt werden. Darauf weist im Übrigen bereits die Bundesärztekammer in ihrer (Muster)-Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion hin.¹⁰³

- 55 *Sind die Wunscheltern im Zeitpunkt der Geburt verheiratet, wird der Wunschvater gemäß § 1592 Nr. 1 BGB zum Vater des Neugeborenen. Hat auch er in die künstliche Befruchtung mittels Embryonenspende eingewilligt, ist eine Anfechtung der Vaterschaft durch die Wunscheltern gemäß § 1600 Abs. 5 BGB ausgeschlossen.¹⁰⁴ Das **An-***

⁹⁹ Auch der einfache Gesetzgeber kann letztlich nicht von einem stets überwiegenden Lebensrecht des Embryos aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ausgegangen sein. Andernfalls hätte er dessen Übertragung auf eine Frau, welche bereit ist, ihr Kind möglicherweise nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen, nicht gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG unter Strafe stellen dürfen. Er hätte diese Übertragung zumindest als seine letzte Überlebenschance vielmehr fördern müssen. Dies gilt entsprechend für das Transferverbot zu Lasten des geklonten Embryos aus § 6 Abs. 2 ESchG; vgl. dazu *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Anm. 4), § 2 ESchG, Rn. 44.

¹⁰⁰ BT-Drs. XI/8057, S. 16; dargestellt bei *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Anm. 4), § 4 ESchG, Rn. 20. Vgl. dazu auch *Müller-Terpitz*, ZfL 2006, 34 (41).

¹⁰¹ EuGRZ 2006, 389 ff., 393 f.

¹⁰² Eingehend dazu *Taupitz/Schlüter*, AcP 205 [2005], 591 (599 ff.).

¹⁰³ Dt. Ärzteblatt 103 [2006], 1392 (1397 f.).

¹⁰⁴ *Rauscher*, in: Staudinger (Anm. 18), Buch 4, Familienrecht, §§ 1589–1600e (Abstammung), 2004, § 1600 BGB, Rn. 77; *Seidl*, FPR 2002, 402 (404); vgl. zu den Vorzügen einer notariellen Dokumentation und zum Folgenden den Beitrag von *Wehrstedt*, in: Frister/Olzen (Hrsg.), Rechtliche Fragestellungen in der Reproduktionsmedizin (Anm. 1).

fechtungsrecht des Kindes bleibt dagegen immer bestehen.¹⁰⁵ Bei unverheirateten Paaren kann der Lebensgefährte der Mutter seine Vaterschaft mit deren Zustimmung gemäß § 1592 Nr. 2, 1595 Abs. 1 BGB anerkennen. Anerkennung und Zustimmung müssen gemäß § 1597 Abs. 1 BGB – etwa bei einem Notar¹⁰⁶ – öffentlich beurkundet werden. Nach richtiger Ansicht ist dies bereits vor der Zeugung (§ 1594 Abs. 4 BGB) möglich.¹⁰⁷ Tatsächlich wird die Beurkundung jedoch von einigen Standes- und Jugendämtern abgelehnt. Diese **präkonzeptionelle Anerkennung** ist in einem Akt mit der Einwilligung in die künstliche Befruchtung mittels Embryonenspende möglich.¹⁰⁸ Mit einer solchen Vorgehensweise kommt man zugleich der rechtspolitischen Forderung entgegen, dass auch die Wirksamkeit der Einwilligung des Mannes gemäß § 1600 Abs. 5 BGB an eine notarielle Beurkundung zu knüpfen sei.¹⁰⁹

56 c. Dokumentation von Einwilligung und Aufklärung

Gemäß §§ 8b Abs. 1 S. 2, 8 Abs. 2 S. 4 TPG sind der Inhalt der Aufklärung und die Einwilligungserklärung des Spenders in einer Niederschrift aufzuzeichnen, die von der aufklärenden Person und dem Spender zu unterschreiben ist. Der bloße Verstoß gegen die Dokumentationspflicht ist zwar in § 19 Abs. 1 Nr. 3 TPG nicht mit Strafe bedroht, kann aber über die Beweislast zu einer zivilrechtlichen Haftung führen.¹¹⁰

S. 19 - HFR 1/2010 S. 19 -

57 3. Verbleibender gesetzlicher Handlungsbedarf

Die vorstehend referierten Regelungen im Transplantationsgesetz geben für die Embryooption zwar einen gewissen rechtlichen Rahmen vor, schöpfen die Problematik¹¹¹ aber keineswegs aus.

58 a. Embryooption bei nicht mehr einzuholender Einwilligung

Regelungsbedürftig erscheint uns zunächst die Frage einer Embryooption in Fällen, in denen die genetischen Eltern verstorben sind oder aus anderen Gründen keine Einwilligung mehr erteilen können. Nach den Regelungen des Transplantationsgesetzes gibt es in diesen Fällen keine Möglichkeit, den verwaisten Embryo einer anderen Frau zu implantieren. Man kann daher de lege lata nur versuchen, sie dadurch zu vermeiden, dass vor jeder Befruchtung einer 2-PN-Zelle die Einstellung der genetischen Eltern zu einer etwaigen Embryooption erfragt und gegebenenfalls schon zu diesem Zeitpunkt vorsorglich die Einwilligung in eine etwa notwendig werdende Übertragung auf eine andere Frau erklärt wird. De lege ferenda sollte man aber über eine Widerspruchslösung oder zumindest eine Embryooption aufgrund mutmaßlicher Einwilligung nachdenken.¹¹²

59 b. Möglichkeit des Ausschlusses der Vaterschaft

Des weiteren ist zu überlegen, ob nicht bei einer beabsichtigten Austragung des Embryos durch eine andere Frau deren Mann oder Lebensgefährten die Möglichkeit gegeben werden sollte, vor der Implantation durch notariellen Vertrag oder auch in einem besonderen familiengerichtlichen Verfahren die Vaterschaft zu übernehmen und damit

¹⁰⁵ Ausführlicher dazu *Wellenhofer*, in: Säcker/Rixecker (Anm. 17), § 1600 BGB, Rn. 34 mwN.

¹⁰⁶ Weitere Optionen bei *Diederichsen*, in: Palandt (Anm. 18), § 1597 BGB, Rn. 1.

¹⁰⁷ Taupitz/Schlüter, AcP 205 [2005], 591 [594 f.]; Schlüter (Anm. 5), S. 235 f., jeweils mwN; a.A. *Rauscher*, in: Staudinger (Anm. 104), § 1594 BGB, Rn. 49.

¹⁰⁸ *Diederichsen*, in: Palandt (Anm. 18), § 1594 BGB, Rn. 9.

¹⁰⁹ *Wellenhofer*, in: Säcker/Rixecker (Anm. 17), § 1600 BGB, Rn. 28.

¹¹⁰ Sie kann unmittelbar auf einen Verstoß gegen die Einwilligungsvorschriften in § 8b Abs. 1, § 8 Abs. 2 S. 1, 2, 4 TPG gestützt werden, wenn man diese als Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB erachtet; vgl. dafür *Deutsch*, NJW 1998, 777 (781) und *Deutsch/Spickhoff* (Anm. 25), Rn. 901.

¹¹¹ Vgl. dazu auch *Müller-Terpitz* (Anm. 6), S. 507 ff.

¹¹² *Müller-Terpitz* (Anm. 6), S. 511 f. mwN hält darüber hinaus eine Embryooption gegen den Willen der genetischen Eltern für geboten. Kommt es auf ihren Willen nicht mehr an, ist außerdem ein objektives Auswahlverfahren für Wunscheltern erforderlich; vgl. zu den Auswahlkriterien *Schlüter* (Anm. 5), S. 240 ff.

den genetischen Vater von den geschilderten finanziellen Risiken zu entlasten.¹¹³ Da dies die Wahrscheinlichkeit einer Einwilligung in eine Embryooption sicherlich erheblich erhöhen würde, könnte der Staat aufgrund seiner Schutzpflicht zugunsten des werdenden Lebens sogar dazu verpflichtet sein, eine derartige Regelung zu treffen.¹¹⁴

Zitierempfehlung: Niclas Börgers/Helmut Frister, HFR 2010, S. 1 ff.

¹¹³ Siehe auch *Schlüter* (Anm. 5), S. 238 ff.

¹¹⁴ Für eine Ausgestaltungspflicht etwa *Müller-Terpitz* (Anm. 6), S. 511.