

**Seminar zum Strafrecht**  
**insbesondere zu Problemen der Körperverletzungsdelikte**

Sommersemester 1999 bei Prof. Horn

**Der Umgang mit menschlichen Eizellen nach dem**  
**Embryonenschutzgesetz**

Axel Schumann

XXX

6. Semester

**Literatur:**

- Deutsch, Erwin, Embryonenschutz in Deutschland, in: NJW 1991, S. 721 - 725
- Eser/ Koch/ Wiesenbart (Hrsg.), Regelungen der Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik, Bd.1, Frankfurt/ New York 1990
- Geilen, Gerd, Zum Strafschutz an der Anfangsgrenze des Lebens, in: ZStW 1991, S. 829 - 850
- Hülsmann, Christoph, Strafrechtliche Aspekte höhergradiger Mehrlingsschwangerschaften, in: JZ 1992, S. 1106 – 1114
- Jung, Heike, Gesetzgebungsübersicht zum Gesetz zum Schutz von Embryonen, in: JuS 1991, S. 431 - 433
- Keller/ Günther/ Kaiser, Kommentar zum Embryonenschutzgesetz, Stuttgart/ Berlin 1992
- Lackner/ Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 23. Aufl., München 1999
- Losch, Bernhard, Lebensschutz am Lebensbeginn: Verfassungsrechtliche Probleme des Embryonenschutzes, in: NJW 1992, S. 2926 - 2932
- Trotznow/ Coester-Waltjen, Möglichkeiten, Gefahren und rechtliche Schranken befruchtungstechnischer und gentechnischer Eingriffe unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines Embryonenschutzgesetzes, Bergisch Gladbach 1990

**Gliederung:****Der Umgang mit menschlichen Eizellen nach dem Embryonenschutzgesetz**

<b>A.</b>	<b>MEDIZINISCHE GRUNDLAGEN .....</b>	<b>1</b>
<b>I.</b>	<b>Natürliche Befruchtung.....</b>	<b>1</b>
<b>II.</b>	<b>Fortpflanzungs-/ Reproduktionsmedizin.....</b>	<b>2</b>
<b>III.</b>	<b>Human-/ Molekulargenetik.....</b>	<b>4</b>
<b>B.</b>	<b>RECHTLICHE BETRACHTUNG .....</b>	<b>7</b>
<b>I.</b>	<b>Strafrechtlicher Schutz nach bisherigem Recht.....</b>	<b>7</b>
<b>II.</b>	<b>Entstehungsgeschichte .....</b>	<b>8</b>
<b>III.</b>	<b>Regelungen.....</b>	<b>10</b>
1.	Inhalt .....	10
2.	Wertungswidersprüche.....	12
3.	Einzelregelungen.....	13
a)	§ 1 ESchG .....	14
	(1) § 1 I Nr.1 ESchG.....	14
	(2) § 1 I Nr.2 ESchG.....	16
	(3) § 1 I Nr.3 ESchG.....	17
	(4) § 1 I Nr.4 ESchG.....	17
	(5) § 1 I Nr.5 ESchG.....	18
	(6) § 1 I Nr.6 ESchG.....	19
	(7) § 1 I Nr.7 ESchG.....	19
	(8) § 1 II ESchG.....	20
	(9) § 1 III ESchG .....	21
b)	§ 2 ESchG .....	22
c)	§ 3 ESchG .....	24
d)	§ 4 I Nr.1 ESchG.....	24
e)	§ 5 ESchG .....	25
f)	§ 6 ESchG .....	25
g)	§ 7 ESchG .....	26
<b>IV.</b>	<b>Länderübergreifende Regelungen.....</b>	<b>27</b>
<b>V.</b>	<b>Offene Fragen.....</b>	<b>27</b>

## **Der Umgang mit menschlichen Eizellen nach dem Embryonenschutzgesetz**

### **A. Medizinische Grundlagen**

Das Embryonenschutzgesetz ist die Reaktion des Gesetzgebers auf die enormen Fortschritte zweier Wissenschaftsbereiche: der Fortpflanzungsmedizin und der Humangenetik. Um die Regelungen des ESchG zu verstehen, ist daher zunächst eine Darstellung dieser Bereiche und ihrer Fortschritte unerlässlich. Als Ausgangspunkt soll ein kurzer Überblick über den Verlauf der natürlichen Befruchtung gegeben werden.

#### **I. Natürliche Befruchtung**

Nach der Reifung wandert die Eizelle in den Eileiter, wo sie auf die biochemisch veränderten Samenzellen trifft. Ein Spermium dringt in das Plasma der Eizelle ein, wonach weitere Spermien in der Regel nicht eindringen können. Die damit entstandene neue Zelle heißt Zygote.<sup>1</sup>

Es bilden sich nun aus den Gameten zwei Vorkerne, die jeweils einen halben Chromosomensatz enthalten. Nach ca. 24 Stunden verschmelzen die Vorkerne. Ab diesem Zeitpunkt liegt eine genetisch einzigartige Zelle vor, die sich weiter entwickeln und differenzieren kann. Deshalb spricht man bereits jetzt von einem Embryo.<sup>2</sup> An diesen medizinischen Sprachgebrauch knüpft auch das ESchG mit der Legaldefinition des § 8 I ESchG an.

Die Zygote wandert nun zur Gebärmutter und teilt sich ca. alle 12 Stunden. Bis vermutlich zum 8-Zellen-Stadium sind die einzelnen Zellen totipotent, das heißt, sie können sich jeweils eigenständig als menschliches Leben ausdifferenzieren und entwickeln.<sup>3</sup>

Bald darauf setzt eine Spezialisierung der Zellen ein, die ab dem 5. Tag deutlich wird: es entstehen eine Vorstufe zur späteren Plazentaanlage und die Embryo-Fetal-Anlage als der eigentliche Embryo. Nach 6 bis 7 Tagen ist die Gebärmutter erreicht. Der Embryo – nunmehr im 125-Zellen-Stadium – nimmt Kontakt mit der

---

<sup>1</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, A II Rn.32.

<sup>2</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, A II Rn.32.

<sup>3</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, A II Rn.34.

Gebärmutterschleimhaut auf und die Einnistung beginnt.<sup>4</sup> Am 13. Tag ist die Nidation und damit die Entwicklungsstufe der Blastogenese abgeschlossen.<sup>5</sup> Entsprechend § 218 I 2 StGB beginnt nun der kernstrafrechtliche Schutz der Leibesfrucht.

Der Embryo entwickelt sich in der Organogenese bis zum Ende der 8. Woche weiter. Dann sind bereits alle Organe angelegt, es folgt nur noch eine Reifung.<sup>6</sup> Diese nennt man Fetogenese, die Leibesfrucht entsprechend Fötus.

## II. Fortpflanzungs-/ Reproduktionsmedizin

Das Hauptziel der Fortpflanzungsmedizin ist es nun, dort zu helfen, wo dieser Ablauf gestört ist, und ungewollt kinderlosen Frauen beziehungsweise Paaren ihren Kinderwunsch zu erfüllen. Aufgabe ist also die Prokonzeption.<sup>7</sup>

Die ungewollte Kinderlosigkeit kann verschiedene Ursachen haben. Man unterscheidet zwischen Sterilität und Infertilität. Mit Sterilität wird die Unfähigkeit der Frau bezeichnet, ein Kind zu empfangen. Infertilität meint bei der Frau die Unfähigkeit, ein Kind auszutragen, beim Mann dagegen die Zeugungsunfähigkeit, unabhängig von ihrer Ursache.<sup>8</sup>

Die Gründe für die Unfruchtbarkeit sind vielfältig. Es können Fehlbildungen der Genitalorgane oder hormonale Fehlfunktionen sein. Häufig sind auch funktionelle Störungen, die oft nach Entzündungen oder durch toxische Umwelteinwirkungen entstehen.<sup>9</sup>

Entsprechend vielfältig sind die Methoden, den Kinderwunsch dennoch zu erfüllen.<sup>10</sup> So gibt es zunächst die Artifizielle Insemination (AI), bei der der Samen des Mannes in den Genitaltrakt der Frau eingeführt wird. Diese kann als homologe (Samen des Ehemanns) oder heterologe (Spendersamen) AI erfolgen. Letztere findet vor allem Anwendung bei völliger Zeugungsunfähigkeit des Mannes.<sup>11</sup> Die Erfolgsquote liegt hier bei ca. 30 %.

<sup>4</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, A II Rn.34.

<sup>5</sup> Vgl. Lackner/ Kühl, § 218 Rn.8.

<sup>6</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, A II Rn.37.

<sup>7</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, A VI Rn.2.

<sup>8</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, A VI Rn.5.

<sup>9</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, A VI Rn.11.

<sup>10</sup> Vgl. dazu Keller/ Günther/ Kaiser, A VI Rn.13ff.

<sup>11</sup> Nach Schätzungen Ende der 80er Jahre werden in Deutschland ca. 500 – 1.000 Kinder jährlich nach heterologer Insemination geboren, nachdem der § 203 des StGB-Entwurfes von 1962 noch ein Verbot derselben vorsah (Eser/ Koch/ Wiesenbart, S. 31, 33).

Eine zweite Methode ist der Gametentransfer (GT). Dabei werden Eizelle und Spermien (Gameten) in den Uterus (intrauteriner GT) oder in den Eileiter (intratubarer GT), den Ort der natürlichen Befruchtung, verbracht. Häufigster Anwendungsfall sind Eileiterveränderungen. Erfolgreich ist der GT in ca. 13 – 34 % der Fälle.

Die bekannteste Methode ist die Befruchtung im Reagenzglas, die sogenannte In-vitro-Fertilisation (IVF) mit anschließendem Embryonentransfer (ET).<sup>12</sup> Hier werden die Gameten – nach bestimmten biochemischen Prozeduren – in ein Reagenzglas verbracht, wo die Eizelle befruchtet wird. Einige Zeit nach der Zygotenbildung, meist im 2- bis 8-Zellen-Stadium, wird der Embryo dann in die Mutter transferiert.<sup>13</sup>

Vor der Eizellenentnahme wird die Produktion bei der Frau durch medikamentöse Stimulation der Ovarien angeregt, damit statt einer Eizelle mehrere reifen. Dieses ist erforderlich, um die zur Befruchtung ungeeigneten Eizellen auszusortieren sowie um zur Befruchtung mehrere Eizellen zur Verfügung zu haben. Weil nämlich die Erfolgsquote hier nur bei ca. 15 – 20 % liegt, werden in der Regel mehrere Embryonen auf die Frau übertragen, was einerseits die Chancen einer Schwangerschaft erhöht, andererseits aber das Risiko einer Mehrlingsgeburt mit sich bringt. Bei der Übertragung von 4 Embryonen liegt das Risiko einer Zwillingsgeburt beispielsweise bei 18 % statt 1 % bei natürlicher Befruchtung. Risikoreich ist eine Mehrlingsgeburt wegen deutlich höherer Mortalitäts- und Morbiditätsrisiken sowohl für die Mutter als auch das Kind.<sup>14</sup>

Weil die Entnahme der Eizellen eine für die Frau unangenehme operative Prozedur ist, werden oft mehr Eizelle befruchtet, als übertragen werden sollen. Diese werden dann kryokonserviert, das heißt bei minus 196° C tiefgefroren. Ist der erste Versuch gescheitert, werden diese Embryonen einen Monat später aufgetaut und dann transferiert. Teilweise werden auch alle befruchteten Eizellen kryokonserviert und der Embryonentransfer um einen Monat verschoben.<sup>15</sup> Das hat seinen Grund darin, daß die natürliche und die künstliche Befruchtung zeitlich unterschiedlich verlaufen. Dadurch entsteht eine Zeitdifferenz, die sich auf die Nidationsfähigkeit der Gebärmutter negativ auswirkt. Im folgenden Zyklus kann dieser Zeitunterschied umgangen werden.

---

<sup>12</sup> Der erste ET fand bereits 1890 mit einem Kaninchenembryo statt; mit Kaninchenkeimzellen gelang 1959 auch die erster IVF (Trotnow, S. 1). Der erste Mensch, der nach IVF/ET geboren wurde, war Louise Brown 1978 in England (Keller/ Günther/ Kaiser, A VI Rn.2).

<sup>13</sup> In Deutschland gab es bis einschließlich 1986 5957 ETs, die jedoch nur zu 984 Schwangerschaften mit 481 Geburten von 624 Kindern führten (Eser/ Koch/ Wiesenbart, S. 31).

<sup>14</sup> Hülsmann, S. 1107.

<sup>15</sup> Die erste Geburt nach Kryokonservierung gab es in Australien 1983, in Deutschland dann 1985 (Trotnow, S. 4).

Eine letzte Möglichkeit, den Kinderwunsch zu erfüllen, ist die Leih-/ oder Ersatzmutterschaft. Damit ist gemeint, daß eine andere Frau als die genetische Mutter das Kind austrägt und später wieder abgibt. Dieses kann zu bis zu 3 Eltern führen: die genetischen Eltern, die biologische/ gebärende Mutter und die sozialen Eltern.<sup>16</sup>

### III. Human-/ Molekulargenetik

Zur Fortpflanzungsmedizin kommt die Human- bzw. Molekulargenetik hinzu. Dieses Forschungsfeld zielt darauf, genetisch bedingte Krankheiten zu erkennen und (in Zukunft) möglichst zu heilen. Erster Schritt der Humangenetik muß daher die Genomdiagnostik sein. Mit ihr wird die Erbinformation untersucht. Dafür gibt es vier verschiedene, immer feiner werdende Methoden.<sup>17</sup>

Die größte Möglichkeit der Genomdiagnostik geschieht auf der Phänotyp-Ebene. Hier wird lediglich der körperliche Zustand betrachtet, um daraus Rückschlüsse zu ziehen. Genauer ist die Diagnostik auf der chromosomalen Ebene, wobei lichtmikroskopisch erkennbare Veränderungen der Chromosomen gesucht werden. Auf der biochemischen Ebene werden Stoffwechselfvorgänge der Zellen untersucht. Die molekulargenetische Ebene schließlich ist am genauesten und stellt die einzige Möglichkeit einer präsymptomatischen Diagnostik dar. Bei der Untersuchung der DNS als Träger der Erbinformation auf genetische Defekte sind (jedenfalls Dispositionen für) Krankheiten bereits vor ihrem Ausbruch festzustellen. Das kann dazu führen, daß eine Heilung bereits vor dem Auftreten der Symptome erfolgen kann, womit Schmerzen vermieden werden könnten. Ist jedoch eine Heilung – wie heute noch in den meisten Fällen genetisch bedingter Krankheiten – nicht möglich, so führt die präsymptomatische Diagnostik lediglich dazu, daß man mit dem Wissen um eine zukünftige schwere und oft tödliche Krankheit lebt.<sup>18</sup>

Es gibt zwei Arten genetischer Veränderungen der DNS: somatische und gametische. Bei letzterer sind (auch) die Keimzellen betroffen, so daß die Mutationen vererbbar sind. Da diese – durch ihre Folgen auch für die nächste(n) Generation(en) – bedeutsamer sind, sollen sie etwas näher betrachtet werden.

Zunächst sind dabei die Chromosomenerkrankungen, das heißt zahlenmäßige oder strukturelle Veränderungen der DNS, zu nennen. Solche Veränderungen sind häufig. Sie treten bei ca. 20 – 50 % aller Eizellen, 10 % der Spermien und 50 % der

---

<sup>16</sup> In Deutschland sind weniger als 1.000 Kinder von einer Leihmutter ausgetragen worden. Dafür sollen Beträge zwischen DM 15.000,- und DM 25.000,- gezahlt worden sein (Eser/ Koch/ Wiesenbart, S. 32).

<sup>17</sup> Vgl. dazu Keller/ Günther/ Kaiser, A II Rn.20ff.

entstandenen Zygoten auf. Von dieser hohen Zahl von Embryonen mit Chromosomenerkrankungen werden jedoch 99 % durch Frühabort von der weiteren Entwicklung ausgeschlossen. Somit liegen Chromosomenerkrankungen nur bei weniger als 1 % aller Neugeborenen vor.<sup>19</sup>

Ferner gibt es monogene Erkrankungen, also Krankheiten, die durch Mutation nur eines Gens hervorgerufen werden. Ihre Häufigkeit liegt bei bis zu 4 %. Da alle Gene auf den Chromosomen liegen und diese paarweise (je ein Chromosom von Mann und Frau) vorliegen, ist zwischen Rezessivität und Dominanz zu unterscheiden. Bei rezessiven monogenen Erkrankungen müssen beide Chromosomen dieses mutierte Gen tragen, bei dominanten reicht ein solches Gen zur Aktualisierung der Krankheit. Bei der Vererbung ist im letzteren Fall das Wiederholungsrisiko 50 %, bei Rezessivität ist das sogenannte Geschwisterrisiko der Erkrankung 25 %.<sup>20</sup>

Neben monogenen gibt es noch polygene Erkrankungen, die auf dem Zusammenspiel mehrerer mutierter Gene beruhen. Wegen dieser Mehrzahl von Genen und der Abhängigkeit von Umweltbedingungen sind sie jedoch besonders schwer zu erforschen. Bekannt ist lediglich das Erkrankungsrisiko, das bei über 10 % liegt. Insgesamt ergibt sich damit ein Risiko für mehr oder weniger schwere genetische Erkrankungen von bis zu 13 %.<sup>21</sup>

Bei den genetischen Erkrankungen greift nun die Gentechnik ein. Ihr Ziel ist die Rekonstruktion der DNS und damit eine Veränderung der genetischen Information. Der erste Schritt dabei ist das Zerschneiden der DNS-Moleküle durch (bakterielle) Enzyme. Dadurch kann man einzelne Sequenzen der DNS heraustrennen. Noch ist nur ein kleiner Teil der DNS bekannt, aber weltweit arbeiten Forscher an der vollständigen Sequenzierung der DNS, also der Aufschlüsselung der genetischen Information. Diese Forscher haben sich für höhere Effektivität zu einem Projekt, dem „Human Genome Project“, zusammengeschlossen.<sup>22</sup> Die vollständige Aufschlüsselung wäre ein erster Schritt zur Bekämpfung von Erbkrankheiten.<sup>23</sup>

Nach dem Zerschneiden und der Veränderung der genetischen Information muß die Sequenz wieder eingefügt werden. Die Methoden dazu nennt man Hybridisierung und Rekombination. Bisher ist es jedoch nicht möglich, eine veränderte Sequenz an einer

---

<sup>18</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, A V Rn.36.

<sup>19</sup> Vgl. dazu Keller/ Günther/ Kaiser, A III Rn.14.

<sup>20</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, A III Rn.16, 19.

<sup>21</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, A III Rn.29.

<sup>22</sup> Vgl. Keller/ Günther/ Kaiser, A VII Rn.2.

<sup>23</sup> Losch, S. 2926.

bestimmten Stelle wieder einzufügen. Das führt dazu, daß erstens der Erfolg der Gentherapie vom Zufall abhängt und zweitens eine Veränderung zum Schlechten möglich ist, weil die der zufälligen Rekombination folgende Veränderung der Gesamtreihenfolge nicht vorhersehbare Folgen haben kann.

Möglich sind jedoch schon heute Untersuchungen für die genetische Familienberatung, die individuelle Prävention als präsymptomatische Diagnostik (mit den oben genannten Problemen), die Entwicklung neuer Medikamente und Impfstoffe sowie die Präimplantationsdiagnostik (PID), also die (Gen-)Untersuchung am Embryo vor dem Transfer in die Gebärmutter.<sup>24</sup>

Letztere Methode bedeutet, die bereits häufig angewandte Pränataldiagnostik vorzuziehen. Wegen der Bedeutung des Verhältnisses von Präimplantations- zu Pränataldiagnostik mit anschließendem embryopathischen Schwangerschaftsabbruch für das ESchG soll abschließend auch diese Untersuchungsmethode kurz dargestellt werden.

Die pränatale Diagnostik geschieht durch Ultraschalluntersuchung, Fruchtwasseruntersuchung (Amniocentese) oder Chorionbiopsie, das heißt Untersuchung der frühen Plazentaanlage. Problematisch ist, daß die beiden genaueren Methoden erst spät in der Schwangerschaft angewandt werden können. So ist die Amniocentese frühestens ab der 13. Woche möglich, das Ergebnis liegt erst drei Wochen später vor; dadurch ist auch bei Entwarnung die Wartezeit sehr belastend.<sup>25</sup> Bei einer Krankheit des Fötus ist ein evtl. Schwangerschaftsabbruch um so belastender, je später er durchgeführt wird.

Die höhere Belastung ist einerseits psychisch, weil sich der Embryo/ Fötus immer mehr dem Aussehen eines Babys angleicht. Andererseits ist auch die körperliche Belastung größer, weil wegen der Größe des Fötus eine Früh-/ Fehlgeburt eingeleitet werden muß. Festgestellt werden sollte aber, daß die Pränataldiagnostik nur zu gut 1 % der gemeldeten Schwangerschaftsabbrüche führt.<sup>26</sup> Dieser geringe Prozentsatz könnte für die Bewertung der PID wichtig sein.

Vor diesem medizinischen Hintergrund steht also das ESchG. Es darf dabei nicht vergessen werden, daß die Medizin auf diesem Gebiet schnelle Fortschritte macht. So ist heute schon mehr möglich als zum Zeitpunkt der Schaffung des ESchG, z. B. das Klonen von lebenden Tieren und inzwischen auch von Menschen. Deshalb ist auch die

---

<sup>24</sup> Vgl. dazu Keller/ Günther/ Kaiser, A V.

<sup>25</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, A V Rn.36.

<sup>26</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, A V Rn.38.

Feststellung von Jung, es handle sich beim ESchG um eine vorwiegend symbolische Gesetzgebung zur Stärkung bestimmter Wertauffassungen,<sup>27</sup> jedenfalls heute nicht mehr zutreffend.<sup>28</sup> Alle Tatbestände des ESchG behandeln technisch mögliche Vorgänge.

## **B. Rechtliche Betrachtung des Embryonenschutzes**

### **I. Strafrechtlicher Schutz nach bisherigem Recht**

Die Tötungstatbestände des StGB greifen erst mit Beginn der Geburt ein.<sup>29</sup> Dieses gilt nach der wohl herrschenden Meinung ebenso für die Körperverletzungstatbestände, so daß auch pränatale Schädigungen, die sich postnatal auswirken, nicht strafbar sind.<sup>30</sup>

Als Schwangerschaftsabbruch werden gemäß § 218 I 2 StGB erst Handlungen nach dem Ende der Nidation angesehen. Der – nur gegen vorsätzliche Taten bestehende und darüber hinaus stark eingeschränkte – Schutz beginnt also ca. am 13. Tag nach der Befruchtung. Weil die genaue Bestimmung hier schwierig ist, greift man auf den Verlauf des weiblichen Zyklus zurück und sieht die Einnistung 4 Wochen nach der letzten Menstruation als vollendet.<sup>31</sup>

Die abortierte und bereits abgestorbene Leibesfrucht ist durch § 168 StGB geschützt. Für extrakorporal erzeugte oder vor dem Abschluß der Nidation entnommene Embryonen gab es also keine Schutz; alle verbrauchende Forschung war erlaubt.

Strafrechtliche Regelungen zum Schutze des Eigentums greifen nicht, weil spätestens mit der Befruchtung die Sacheigenschaft der Keimzellen endet.<sup>32</sup> Das Gentechnikgesetz, das seit dem 01.07.1990 in Kraft ist, enthält – jedenfalls nach historischer Auslegung – keine Regelungen zur Humangenetik.<sup>33</sup>

Der bisherige strafrechtliche Schutz ist somit nicht nur dünn, sondern er besteht zum Lebensschutz des Embryos jedenfalls extrakorporal schlicht nicht.

---

<sup>27</sup> Jung, S. 433.

<sup>28</sup> So auch Deutsch, S. 724.

<sup>29</sup> Lackner/ Kühl, vor § 211 Rn.1.

<sup>30</sup> Lackner/ Kühl, § 223 Rn.2.

<sup>31</sup> Lackner/ Kühl, § 218 Rn.8.

<sup>32</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, B I Rn.6 m.w.N. u. Fn.5.

<sup>33</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, B I Rn.10.

## II. Entstehungsgeschichte des ESchG

Bevor nunmehr das ESchG als Ganzes und einige Vorschriften exemplarisch dargestellt werden sollen, wird ein kurzer Überblick über die Entstehung des Gesetzes gegeben. Dabei ist schon auf einige Regelungen des ESchG beziehungsweise Streichungen gegenüber den Entwürfen kurz einzugehen.

Weil das ESchG besonders auf Entwicklungen der Medizin reagiert, haben sich naturgemäß als erste Ärzte mit den damit verbundenen Fragen beschäftigt. Bereits der 62. Ärztetag 1959 hat sich intensiv mit ethischen und rechtlichen Fragen der Fortpflanzungsmedizin befaßt.<sup>34</sup> Mit der zunehmenden Bedeutung der Reproduktionsmedizin und dem Aufkommen der Humangenetik nahm die Diskussion in der Ärzteschaft zu und fand – nach mehreren Vorläufern – ihren Abschluß vor Inkrafttreten des ESchG in der standesrechtlichen Festlegung der „Richtlinien zur Forschung an frühen menschlichen Embryonen“ 1985 und der modifizierten „Richtlinien zur Durchführung der In-vitro-Fertilisation mit Embryonentransfer und des intratubaren Gameten- und Embryotransfers als Behandlungsmethoden der menschlichen Sterilität“, die 1988 vom 91. Deutschen Ärztetag verabschiedet wurden.<sup>35</sup>

Im Justizministerium begann die Behandlung der mit Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik verbundenen Fragen im Mai 1984, als vom Bundesjustiz- und vom Bundesforschungsministerium eine Arbeitsgruppe „In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie“ einberufen wurde. Diese Arbeitsgruppe wird nach ihrem Vorsitzenden „Benda-Kommission“ genannt.<sup>36</sup>

Die Hauptergebnisse, die im Abschlußbericht vom November 1985 enthalten sind,<sup>37</sup> sind das Verbot der Embryonenspende sowie der anonymen Samenspende. Letzteres begründet sich in dem Recht des (späteren) Kindes, seine (genetische) Abstammung zu kennen. Auch sollte die Samenspende auf zehn erfolgreiche Befruchtungen beschränkt werden, um eine zu zahlreiche Vererbung der Gene eines Menschen zu verhindern. Beachtenswert ist, daß die Forschung an Embryonen ausnahmsweise für besonders hochrangige medizinische Erkenntnisse erlaubt sein sollte, was mit dem abwägungsfeindlichen Lebensschutz kaum vereinbar ist. Parallel zur „Benda-

---

<sup>34</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, B III Rn.1.

<sup>35</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, B III Rn.4f.

<sup>36</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, B III Rn.10.

<sup>37</sup> Vgl. dazu Keller/ Günther/ Kaiser, B III Rn.11.

Kommission“ hatte der Deutsche Bundestag eine Enquete-Kommission „Chancen und Risiken“ der Gentechnologie eingesetzt.

Ebenfalls in diesem Zeitraum wurde das Thema in der rechtswissenschaftlichen Öffentlichkeit diskutiert, so von der 25. Jahrestagung des Deutschen Juristinnenbundes 1983, vom Deutschen Richterbund 1986 und vom 1986 abgehaltenen 56. Deutschen Juristentag.<sup>38</sup>

Inhaltliche Neuerungen der gesetzgeberischen Diskussion brachte dann eine interministerielle Arbeitsgruppe in Bayern, die landesstrafrechtliche Regelungen zum Verbot heterologer Befruchtung empfahl.<sup>39</sup> Forschungen an Embryonen sollten nur dann erlaubt sein, wenn diese nicht mehr übertragen werden können. Die Embryonenspende sollte zwar in der Regel verboten, zur Lebenserhaltung aber erlaubt sein. Dieser landesrechtliche Ansatz ist jedoch nicht weiter verfolgt worden. Eine ähnliche Initiative gab es in Rheinland-Pfalz, wo jedoch auf das Ordnungswidrigkeitenrecht zurückgegriffen werden sollte. Bundesratsinitiativen von Baden-Württemberg und Bayern und eine darauf fußende Bundesratsentschließung kamen ebenfalls zu keinem direkten Ergebnis.

Im Jahre 1986 legte das Bundesjustizministerium dann einen Diskussionsentwurf (DE) eines Embryonenschutzgesetzes vor, der auf der Arbeit der „Benda-Kommission“ beruhte.<sup>40</sup> Besonders hervorzuheben sind hier zwei Regelungen, die später nicht mehr auftauchten. Das ist zum einen der Straftatbestand der Embryonenschädigung (pränatale Schädigung mit postnatalen Folgen). Zum anderen sollte die mißbräuchliche Verwendung der abortierten Leibesfrucht verboten werden.

Auf der Basis des DE und als Folge der o. g. Bundesratsentschließung wurde eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizin“ eingerichtet, die 1988 ihren Abschlußbericht vorlegte.<sup>41</sup> Inhaltlich bedeutsam sind hier die enthaltenen Vorschläge zu zivilrechtlichen Folgeregelungen (besonders der Mutterschaft), zur zentralen Spenderdokumentation (als Informationsquelle über die genetische Herkunft) und die Möglichkeit der (quasi-)homologen Befruchtung bei stabilen nichtehelichen Lebensgemeinschaften.

Die letzten neuen Gesichtspunkte brachte der Arbeitsentwurf aus dem Justizministerium von 1988,<sup>42</sup> in dem der o. g. Straftatbestand der Embryonenschädigung zugunsten einer

---

<sup>38</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, B III Rn.7.

<sup>39</sup> Vgl. dazu Keller/ Günther/ Kaiser, B III Rn.15.

<sup>40</sup> Vgl. dazu Keller/ Günther/ Kaiser, B III Rn.21.

<sup>41</sup> Vgl. dazu Keller/ Günther/ Kaiser, B III Rn.24ff.

<sup>42</sup> Vgl. dazu Keller/ Günther/ Kaiser, B III Rn.29.

angestrebten kernstrafrechtlichen Regelung – die bisher nicht erfolgt ist – sowie das Experimentierverbot an der Leibesfrucht aufgegeben wurden. Verboten wurde allerdings zum ersten Mal die gezielte Geschlechtswahl sowie vorbehaltlos die verbrauchende Embryonenforschung.

Nach einigen ergebnislosen Initiativen aus Bundesrat und Bundestag führte dann der Regierungsentwurf vom Sommer 1989 zum endgültigen ESchG, das am 01.01.1991 in Kraft trat.<sup>43</sup>

Anschließend ist die Diskussion in der Rechtswissenschaft rapide zurückgegangen. Das mag vor allem zwei Gründe haben: zum einen sind nach der Verabschiedung die Einflußmöglichkeiten auf die gesetzliche Regelung verloren gegangen. Zum anderen scheinen die Ärzte und Wissenschaftler, die in erster Linie Normadressaten des ESchG sind, nicht gegen die Vorschriften zu verstoßen.<sup>44</sup> Jedenfalls ist noch kein Verstoß gegen das ESchG vor Gericht verhandelt worden.

### **III. Regelungen des ESchG**

#### **1. Inhaltsübersicht**<sup>45</sup>

Das Embryonenschutzgesetz greift auf das Strafrecht zurück. Der Lebensschutz der Embryonen soll hier ausschließlich durch Nebenstrafrecht erreicht werden. Ein Grund hierfür ist die Kompetenzregelung des Art. 74 GG. Nach Art. 74 I Nr.1 GG hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Strafrecht. Art. 74 I Nr.26 GG, der ihm auch die Kompetenz zur Regelung von Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik zugesteht, wurde erst 1994 – für ein angestrebtes umfassendes Fortpflanzungsgesetz – eingefügt.

Entsprechend der rein strafrechtlichen Regelung sind im ESchG nur Verbote zum Schutz besonders hochrangiger Rechtsgüter enthalten, da das Strafrecht die Ultima Ratio darstellen soll.<sup>46</sup> Die einzelnen Verbote sollen später genauer dargestellt werden.

---

<sup>43</sup> BGBl. I 1990, 2746.

<sup>44</sup> Das zeigt sich auch an dem Fall des Lübecker Mediziners Klaus Diedrich. Dieser wollte in dem Fall eines mukoviszidosegefährdeten Paares eine PID vornehmen, was ihm die Krankenhausethikkommission auch erlaubte. Die Juristen der Klinik äußerten aber (lediglich) Zweifel an der Zulässigkeit, was dazu führte, daß Prof. Diedrich zwar in der Öffentlichkeit für eine Änderung des ESchG eintritt, die PID aber nicht vornahm (aus: Streit ums frühe Leben in: Die Zeit, Nr.02/99 vom 08.01.1999).

<sup>45</sup> Einen guten Überblick über das ESchG geben Pap, Fortpflanzungsmedizin II, in: Zeitschrift für Lebensrecht 1995, S. 14 – 17, und Jung.

<sup>46</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, B II Rn.1.

Als Hauptziele können aber genannt werden: gespaltene Mutterschaften zu verhindern, extrakorporale Befruchtung nur zu Fortpflanzungszwecken anzuwenden, das Entstehen überzähliger Embryonen und Experimente mit menschlichem Leben in der Retorte auszuschließen, Eugenik zu verhindern und das Selbstbestimmungsrecht auch bezüglich der Fortpflanzung zu erhalten.<sup>47</sup>

Es gelten nach Art. 1 I EGStGB die allgemeinen Regeln des Kernstrafrechts. Besonders interessant sind hierbei die Teilnahmeregelungen in Verbindung mit dem räumlichen Geltungsbereich. So wird nach § 9 I 2 StGB auch die Teilnahme an Auslandstaten unabhängig von der dortigen Strafbarkeit bestraft. Dadurch können sich Organe und Mitarbeiter deutscher Unternehmen strafbar machen, wenn sie Embryonenforschung im Ausland leiten, finanzieren oder sonst unterstützen.<sup>48</sup> Dieses kann jedoch dadurch umgangen werden, daß formal eigenständige ausländische Tochterfirmen die Forschung betreiben.

Entsprechend der Gesetzesmaterialien und wegen des verfassungsrechtlichen Schutzes der familiären Privatsphäre nach Art. 6 I GG sind familiäre Teilnahmehandlungen, also Motivation und Unterstützung, nicht tatbestandsmäßig.<sup>49</sup>

Die Versuchsstrafbarkeit spielt direkt kaum eine Rolle. Indirekt tut sie es allerdings doch, denn eine große Zahl der Tatbestände des ESchG sind als Unternehmensdelikte unter Strafe gestellt. Die Tat ist also schon mit Versuchsbeginn vollendet.<sup>50</sup>

Wichtig – auch für die spätere Beurteilung der persönlichen Strafausschließungsgründe – ist zudem die Figur der notwendigen Teilnahme. Anerkannt ist hierbei, daß eine Beteiligung derjenigen Personen ausscheidet, deren Schutz durch den Tatbestand bezweckt ist.<sup>51</sup> Das ist im ESchG teilweise zugunsten der Mutter der Fall. Auch kann sich aus dem Inhalt der Regelung notwendig ergeben, daß bestimmte Personen straffrei bleiben sollen, so im ESchG der Samenspender bei mißbräuchlichen Anwendungen von Fortpflanzungstechniken. Die Strafbarkeit der gespaltene Vaterschaft wurde bewußt ausgeschieden, was umgangen würde, wenn der Spender wegen Beihilfe zu solchen Anwendungen bestraft werden könnte.

Die strafrechtliche Regelung des Embryonenschutzes ist – neben Zustimmung – auf weite Kritik gestoßen. Dieses gilt namentlich auch für die allgemein hohen Strafrahmen

---

<sup>47</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, vor § 1, I Rn.4.

<sup>48</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, vor § 1, II Rn.10.

<sup>49</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, vor § 1, II Rn.22.

<sup>50</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, vor § 1, II Rn.67.

<sup>51</sup> Lackner/ Kühl, vor § 25 Rn.12.

des ESchG vor regelmäßig bis zu 3 Jahre, teilweise bis zu 5 Jahren.<sup>52</sup> Gegen eine strafrechtliche Regelung allgemein wird vorgebracht, daß im ESchG Science-fiction-Sachverhalte geregelt würden.<sup>53</sup> Dagegen läßt sich leicht zeigen, daß das, was 1991 noch als Science-fiction galt, heute schon stattfindet. Es werden heute Menschen geklont, auch wenn die Klone bisher nach wenigen Tagen abgetötet wurden.<sup>54</sup>

Einige wollen – wegen der Forschungsfreiheit – diesen Bereich einer Selbstkontrolle durch die Wissenschaft und das ärztliche Standesrecht vorbehalten. Kritisiert wird das geringe Vertrauen, daß den Menschen und Forschern entgegengebracht wird.<sup>55</sup>

Dazu muß gesagt werden, daß es nach dem Grundgesetz kein Recht gibt, das die Tötung von menschlichem Leben zu Forschungszwecken erlaubt.<sup>56</sup> Daher kann auch das Argument der gefährdeten internationalen Konkurrenzfähigkeit der deutschen Forschung<sup>57</sup> nicht greifen.

Von anderen wird die In-vitro-Befruchtung überhaupt abgelehnt.<sup>58</sup> Sie kritisieren deshalb das ESchG und wollen schlicht ein Verbot der künstlichen Fortpflanzung. Neben ethischen und philosophischen Gründen wird vorgebracht, daß die Kosten unverhältnismäßig seien und das Geld eher für die Erforschung der Gründe der steigenden Unfruchtbarkeit oder auch in die Verhinderung der Bevölkerungsexplosion investiert werden sollte. Als Kosten werden Zahlen von DM 3.000,- für Voruntersuchungen und –behandlungen und von DM 25.000,- bis zur Geburt eines künstlich gezeugten Kindes genannt, die von den Krankenkassen getragen werden.<sup>59</sup>

## 2.

### Wertungswidersprüche

Häufig wird ein Wertungswiderspruch mit der strafrechtlich tolerierten Praxis beim Schwangerschaftsabbruch gesehen.<sup>60</sup> Hier ist aber zu bedenken, daß es bei einer Schwangerschaft einen direkten Interessenkonflikt zwischen der Mutter und der Leibesfrucht gibt, der zwischen Forscher und Embryo nicht vorliegt.<sup>61</sup> Die Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruchs ergibt sich aus dieser Konfliktlage.

---

<sup>52</sup> Deutsch, S. 723.

<sup>53</sup> Nachw. bei Keller/ Günther/ Kaiser, B IV Rn.8.

<sup>54</sup> Vgl. u. S. 25.

<sup>55</sup> Deutsch, S. 725.

<sup>56</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, B IV Rn.22 m.w.N.

<sup>57</sup> Nachw. bei Keller/ Günther/ Kaiser, B IV Rn.13.

<sup>58</sup> Nachw. bei Keller/ Günther/ Kaiser, B IV Rn.2ff.

<sup>59</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, B IV Fn.6.

<sup>60</sup> Nachw. bei Keller/ Günther/ Kaiser, B IV Rn.9.

<sup>61</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, B IV Rn.24.

Dennoch gibt es hier tatsächlich Probleme. So ist in der gesetzlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs das vom BVerfG geforderte Verbot, das Geschlecht des Kindes bis zur 12. Woche nicht zu offenbaren, nicht umgesetzt worden.<sup>62</sup> Damit ist eine – nicht durch die Konfliktlage begründete – Auswahl der Kinder nach dem Geschlecht durch Schwangerschaftsabbruch möglich, bei der künstlichen Befruchtung aber nach § 3 ESchG verboten. Warum einer Frau, die ein Kind eines bestimmten Geschlechts wünscht, diese Auswahl durch den körperlich belastenderen Schwangerschaftsabbruch ermöglicht, durch die schonendere In-vitro-Befruchtung aber verboten wird, ist schwer einzusehen.<sup>63</sup>

Keinen Unterschied in der Konfliktlage gibt es auch bei der eugenischen oder embryopathischen Indikation. Sie ist zwar nicht mehr ausdrücklich in den §§ 218ff. StGB geregelt, wird aber über die medizinische Indikation sogar ohne Zeitbegrenzung für zulässig gehalten.<sup>64</sup> Wenn sie erlaubt ist, müßte der Frau auch die schonendere Präimplantationsdiagnostik an totipotenten Zellen erlaubt werden.

Ferner ist die Qualifizierung der Austragung eines fremden Embryos (zur Lebenserhaltung) als Unrecht kaum mit dem (lebenszerstörenden) Tatbestandsausschluß beim Schwangerschaftsabbruch vereinbar.

Auch innerhalb des ESchG gibt es Wertungswidersprüche. Diese liegen z. B. bei den enumerativen persönlichen Strafausschließungsgründen und bei der undifferenzierten Gleichbehandlung der verschiedenen Verhaltensweisen durch das ESchG. Dort wird unterschiedlich schweres Unrecht gleichbehandelt.<sup>65</sup>

### 3. Einzelregelungen

Die Hauptregelungen des ESchG sind in den §§ 1 und 2 ESchG enthalten. In den übrigen Paragraphen sind dann Spezialfälle geregelt. § 1 ESchG behandelt die mißbräuchliche Anwendung von Fortpflanzungstechniken. § 2 ESchG regelt die mißbräuchliche Verwendung menschlicher Embryonen und stellt zusammen mit den §§ 3 und 4 ESchG den eigentlichen Embryonenschutz dar.<sup>66</sup>

Diesen Teil einleitend, soll noch einmal auf die Begriffsbestimmung des § 8 I ESchG eingegangen werden. Danach ist, in Anlehnung an die heute übliche

---

<sup>62</sup> Lackner/ Kühl, vor § 218a Rn.23b.

<sup>63</sup> Vgl. dazu auch u. S. 23.

<sup>64</sup> Lackner/ Kühl, § 218a Rn.14.

<sup>65</sup> Vgl. Coester-Waltjen, S. 32.

<sup>66</sup> Deutsch, S. 722.

reproduktionsmedizinische Bezeichnung, als Embryo bereits die befruchtete Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an zu sehen. Dieser Festlegung ist zuzustimmen, weil ab diesem Zeitpunkt sämtliche Erbanlagen festgelegt sind.<sup>67</sup> Hier liegt also artspezifisches und mit Einschränkungen auch individuelles Leben vor.<sup>68</sup>

Voraussetzung ist nach § 8 II ESchG aber, daß die befruchtete menschliche Eizelle entwicklungsfähig ist. Die entsprechende widerlegbare Vermutung innerhalb der ersten 24 Stunden nach der Kernverschmelzung begründet sich aus Nachweisschwierigkeiten.<sup>69</sup> Mit dem Erfordernis der Entwicklungsfähigkeit werden sinnvollerweise nur lebende Embryonen in den Schutz des ESchG einbezogen.

Aus dem schon mehrfach genannten Phänomen der Totipotenz ergibt sich, daß eine solche abgetrennte Zelle sich ihrerseits als Mensch weiter entwickeln kann. Deshalb muß auch sie als menschliches Leben und daher als Embryo bezeichnet werden. Abzulehnen ist auch eine Differenzierung des Lebenswertes nach der Entwicklungsstufe. So will Losch dem Embryo nicht den gleichen Lebensschutz wie bei voll entwickelten Menschen zugestehen.<sup>70</sup> Einziger Grund dafür ist die frühe Entwicklungsphase. Sobald aber Leben vorliegt, muß es nach dem Grundgesetz geschützt werden.

a) § 1 ESchG

(1) § 1 I Nr.1 ESchG

Nach dieser begrifflichen Klärung soll mit der Darstellung der gesetzlichen Regelung im einzelnen begonnen werden. Wie gesagt, regelt der § 1 ESchG die mißbräuchliche Anwendung von Fortpflanzungstechniken. Nach § 1 I Nr.1 ESchG darf auf eine Frau keine fremde unbefruchtete Eizelle übertragen werden. Damit soll eine gespaltene Mutterschaft verhindert werden.<sup>71</sup> Es soll die Elternstellung gesichert und dem Kindeswohl gedient werden. Ziel ist es, den römisch-rechtlichen Grundsatz „mater semper certa est“ aufrechtzuerhalten.

---

<sup>67</sup> Vgl. dazu o. S. 1.

<sup>68</sup> Einschränkungen der Individualität ergeben sich aus der Totipotenz der einzelnen Zellen bis zum 8-Zellen-Stadium. In dieser Zeit ist es möglich, daß durch Abtrennung einzelner Zellen Mehrlinge entstehen.

<sup>69</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 8 Rn.8.

<sup>70</sup> Losch, S. 2931.

<sup>71</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.1 Rn.1.

Wegen der engen Bindung zwischen Mutter und Kind gerade in der Anfangsphase der Entwicklung würde eine Spaltung der Mutterschaft die Identitätsfindung des Kindes gefährden.<sup>72</sup> Teilweise wird die Gefahr gesehen, daß bei genetischen Schädigungen des Kindes die gebärende Frau die Eispenderin verantwortlich macht und das Kind – als nicht ihres – ablehnt.<sup>73</sup> Der umgekehrte Fall ist bereits aufgetreten, daß nämlich die genetische Mutter nach der Geburt einen Anspruch auf das Kind erhebt.

Die Argumentation mit dem Kindeswohl wird zum Teil abgelehnt. Die Vorschriften verhindern, daß ein Kind (durch Eispende) entsteht. Die Verhinderung der Erzeugung könne nie im Interesse eines Kindes sein, solange man die Idee des „wrongful life“ ablehnt.<sup>74</sup> Hier ist aber anzumerken, daß Argumente des Lebensschutzes (als Kindesinteresse) schon vor der Zeugung nicht heranzuziehen sind<sup>75</sup> und daß andererseits durchaus potentielle Interessen eine Rolle spielen können.

Coester-Waltjen nennt zum Vergleich die Adoption, die zwar einige negative Auswirkungen auf das Kindeswohl haben kann, bei der die Vorteile aber deutlich überwiegen.<sup>76</sup> Dort ist die Situation aber eine ganz andere. Es existiert ein Kind ohne eine oder freigegeben von der Mutter, dem ein Leben innerhalb einer Familie ermöglicht werden soll. § 1 I Nr.1 ESchG will dagegen schon verhindern, daß eine solche mißliche Lage überhaupt entsteht. Auch ist die Spaltung zwischen genetischer und sozialer Mutter weniger einschneidend, als die von genetischer und austragender.<sup>77</sup> Bezüglich des Verbots der Eispende wird aber auch gefragt, warum die Samenspende erlaubt sei. Hier ist zu bemerken, daß die Samenspende einerseits viel einfacher möglich und daher kaum zu überwachen ist. Andererseits ist die Mutter-Kind-Bindung einfach enger als die Vater-Kind-Bindung.

Verboten ist nach § 1 I Nr.1 ESchG nur die Eispende, die z. B. nach einer Entfernung der Eierstöcke zur Schwangerschaft verhelfen könnte, nicht aber die Embryonenspende. Der Grund ist, daß die Entstehung überzähliger Embryonen bereits durch andere Vorschriften verhindert werden soll. Falls dennoch welche entstanden sind, wäre die Embryonenspende die einzige Möglichkeit zur Lebenserhaltung, die nicht durch die

---

<sup>72</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.1 Rn.7.

<sup>73</sup> Nachw. bei Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.1 Rn.7.

<sup>74</sup> Coester-Waltjen, S. 10.

<sup>75</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.1 Rn.8.

<sup>76</sup> Coester-Waltjen, S. 11.

<sup>77</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.1 Rn.8.

Strafbarkeit ausgeschlossen werden soll.<sup>78</sup> Eine gezielte Vermittlung solcher überzähliger Embryonen wird jedoch durch § 13c AdVermiG verboten.

Das Merkmal „fremd“ deutet zunächst auf eigentumsrechtliche Bezüge hin. Dieses ist auch denkbar, da die Keimzellen wohl Sachqualität haben und – entsprechend der Regelung bei abgetrennten Körperteilen – demjenigen gehören, von dem sie stammen.<sup>79</sup> Das Verbot des § 1 I Nr.1 ESchG könnte dann jedoch durch Eigentumsübertragung oder –aufgabe umgangen werden.<sup>80</sup> Deshalb meint „fremd“ hier eine Eizelle, die nicht von der Frau stammt, der sie transferiert werden soll. Vollendet ist diese Tätigkeitsdelikt mit der Übertragung.<sup>81</sup>

## (2) § 1 I Nr.2 ESchG

§ 1 I Nr.2 ESchG verbietet die Befruchtung einer Eizelle, soweit nicht eine Schwangerschaft der Frau herbeigeführt werden soll, von der sie stammt, und verfolgt neben dem Schutz vor gespaltener Mutterschaft den Zweck, menschliches Leben zu schützen, indem die Erzeugung zu fremdnützigen Zwecken verboten wird.<sup>82</sup> Weil eine solche Herstellung den Embryo zum Objekt degradieren würde, ist auch die Menschenwürde geschütztes Rechtsgut.

Die Rechtsgüter machen schon deutlich, daß dieses Verbot zu recht absolut gilt. Auch hochrangige Forschungsinteressen können die Verletzung der Menschenwürde nicht rechtfertigen, hier weicht das ESchG bewußt von dem Vorschlag der „Benda-Kommission“ ab.<sup>83</sup>

Die Befruchtung setzt die Verschmelzung der Vorkerne voraus. Solange dieses nicht geschehen ist, ist das Merkmal nicht erfüllt. Das hat bei diesem Unternehmensdelikt die Folge, daß eine von Anfang an geplante Kryokonservierung vor der Verschmelzung ein Unternehmen der Befruchtung ausschließt. Hier greift aber § 1 II ESchG ein.

---

<sup>78</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.1 Rn.10.

<sup>79</sup> Nachw. auch zur a.A. bei Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.1 Fn.30.

<sup>80</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.1 Rn.14.

<sup>81</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.1 Rn.17.

<sup>82</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.2 Rn.2.

<sup>83</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.2 Rn.4.

(3) § 1 I Nr.3 ESchG

Beim Embryonentransfer ist die Zahl auf drei Embryonen pro Zyklus begrenzt. Das Ziel ist der Lebensschutz der Embryonen.<sup>84</sup> Der Grund für die Vorschrift liegt darin, daß mit zunehmender Zahl gleichzeitig transferierter Embryonen die Einnistungschancen der einzelnen Embryonen und damit deren Überlebenschancen sinken.

Daß überhaupt mehrere Embryonen übertragen werden liegt daran, daß durch einen Mehrfachtransfer die statistische Wahrscheinlichkeit der Nidation, also der Schwangerschaft steigt. Nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft erhöht die Übertragung von mehr als 3 Embryonen die Wahrscheinlichkeit nur noch gering, so daß sie hinsichtlich des Lebensschutzes nicht zu rechtfertigen ist.<sup>85</sup>

Entscheidend für die Zulässigkeit des Mehrfachtransfers überhaupt, ist die Chance jedes einzelnen Embryos, eingenistet zu werden. Teilweise wird in der Möglichkeit, daß einige Embryonen für das Ziel der Schwangerschaft geopfert werden, ein Widerspruch zu dem Prinzip des absoluten Lebensschutzes gesehen.<sup>86</sup> Allerdings bleibt dem Embryo wenigstens die Chance der Einnistung und damit eine Lebenschance, die er ohne Übertragung nicht hätte. Würde man nur einen Embryo übertragen und die anderen kryokonservieren, hätten diese bei erfolgreichem ersten ET wiederum keine Lebenschance, weil sie nicht mehr gebraucht würden. Deshalb ist Losch nicht zuzustimmen.

(4) § 1 I Nr.4 ESchG

§ 1 I Nr.4 ESchG entspricht in der Schutzrichtung und der Abwägung der Nr.3. Der Unterschied besteht darin, daß es sich hier nicht um einen Embryonentransfer, sondern um intratubaren Gametentransfer handelt.<sup>87</sup> Dabei werden keine Embryonen, sondern Ei- und Samenzellen transferiert. Festzuhalten ist, daß wegen des klaren Wortlautes der intrauterine Gametentransfer nicht verboten und daher straffrei möglich ist. Gründe für diese Ungleichbehandlung gibt es nicht. Dem Gesetzgeber ist hier offensichtlich ein Fehler unterlaufen, der de lege lata aber nicht geheilt werden kann.<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.3 Rn.1.

<sup>85</sup> Vgl. dazu Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.3 Rn.3.

<sup>86</sup> Losch, S. 2929, der die Konsequenz ziehen will, dann auch den Verbrauch von Embryonen für PID, hochrangige Forschungsziele und die Verbesserung der Methoden der künstlichen Befruchtung zu erlauben.

<sup>87</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.4 Rn.2f.

<sup>88</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.4 Rn.12.

(5) § 1 I Nr.5 ESchG

Mit § 1 I Nr.5 ESchG soll das Entstehen von überzähligen Embryonen verhindert werden.<sup>89</sup> Damit soll der gespaltenen Mutterschaft, die die einzige Möglichkeit der Lebenserhaltung für überzählige Embryonen wäre, begegnet werden. Auch sollen keine überzähligen Embryonen für die Forschung zur Verfügung stehen. Deshalb will man eine Befruchtung auf Vorrat verhindern.<sup>90</sup>

Die Erfolgsquote bei der In-vitro-Fertilisation liegt nur bei ca. 20 %. Oftmals sind daher mehrere Versuche erforderlich. Um der Frau nun die Strapazen einer häufigen Eientnahme zu ersparen, werden in einem Zyklus viele Eizellen entnommen, von denen alle befruchtet, aber nur 3 übertragen werden. Die übrigen werden kryokonserviert für eventuelle spätere Übertragungen.

Verboten ist nur die Befruchtung mehrerer Eizellen. Die Kryokonservierung von unbefruchteten Eizellen oder Zygoten vor der Kernverschmelzung ist erlaubt. Da diese Methoden immer erfolgreicher werden, ist die Bedeutung der Vorschrift geringer geworden. Von Nr.4 unterscheidet sich diese Vorschrift in der Fortpflanzungsmethode.<sup>91</sup>

Die Formulierung „als ... sollen“ deutet an, daß hier dolus directus ersten Grades, also Absicht als zielgerichtetes Wollen erforderlich ist. Weil die Befruchtung von Eizellen in ca. 80 % der Fälle erfolgreich ist, dürfte der Arzt bis zu 4 Eizellen dem Befruchtungsversuch aussetzen, weil und soweit er damit das Ziel hat, 3 tatsächlich zu befruchten. Daß er es für möglich hält, daß auch die 4. Eizelle befruchtet wird, begründet keine Strafbarkeit.<sup>92</sup>

Leider hat der Gesetzgeber hier aber im Gegensatz zu § 1 I Nr.3 ESchG keine absolute Zahl genannt.<sup>93</sup> Damit ist die relative Zahl von der Tätervorstellung abhängig und der Täter, der 10 Eizellen befruchtet und übertragen will, handelt tatbestandslos. (Die Umsetzung wäre jedoch ein Verstoß gegen § 1 I Nr.3 ESchG.) Umgekehrt handelt der tatbestandsmäßig, der 2 Eizellen befruchtet, aber nur eine übertragen will. Es kommt also allein auf den Tätersatz an.

---

<sup>89</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.5 Rn.1.

<sup>90</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.5 Rn.3.

<sup>91</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.5 Rn.38.

<sup>92</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.5 Rn.16, 19.

<sup>93</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.5 Rn.20.

(6) § 1 I Nr.6 ESchG

Für diese Vorschrift gilt das oben über Nr.1 + 2 Gesagte entsprechend. Heute ist es möglich und sogar einfacher, Embryonen nicht durch IVF zu gewinnen, sondern aus dem Mutterleib vor der Nidation auszuspülen.<sup>94</sup> Nach der Nidation, also ca. nach 13 Tagen greifen die §§ 218ff. StGB.

Problematisch ist hier die Frage der „Pille danach“, die die Nidation verhindert. Sie führt damit zu demselben Ergebnis, wie eine Entnahme zu einem nicht der Erhaltung dienenden Zweck – der Embryo stirbt (noch ohne Konfliktlage der Frau). Dennoch ist die „Pille danach“ erlaubt, was einen Wertungswiderspruch darstellt.<sup>95</sup>

(7) § 1 I Nr.7 ESchG

Mit dieser Regelung soll das Entstehen von Ersatzmutterschaften verhindert werden.<sup>96</sup> Parallel zu dieser Vorschrift ist das AdVermiG zu sehen, wo die Vermittlung von und Werbung für Leih- oder Ersatzmutterschaften verboten wird. Bemerkenswert sind hierzu bestimmte Entwicklungen in den USA.

Dort gibt es kommerzielle Einrichtungen für Ei- und Embryonenspende, die frei und überall (auch im Internet und damit weltweit) ihre Dienste anpreisen können.<sup>97</sup> So werden beispielsweise Embryonen für \$ 5.750 (ohne Arztkosten) „besorgt“.<sup>98</sup> Diese Kommerzialisierung verstößt eklatant gegen die Menschenwürde.

Zwischen der Definition der Ersatzmutter im ESchG und im AdVermiG gibt es Unterschiede. So bezieht sich § 1 I Nr.7 ESchG – dem Regelungsgehalt des Gesetzes entsprechend – nur auf die künstliche Befruchtung.<sup>99</sup> Der Unterschied, daß in § 13a AdVermiG eine Vereinbarung gefordert wird, wird durch ein untechnisches Verständnis als „jedes Einverständnis“ ausgeglichen.<sup>100</sup>

Die Bereitschaft der Frau zur Weggabe des Kindes muß im Zeitpunkt der Befruchtung oder des Embryonentransfers vorliegen. Allerdings müssen die Empfänger noch nicht

---

<sup>94</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.6 Rn.3.

<sup>95</sup> Vgl. Trotnow, S. 8.

<sup>96</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.7 Rn.1.

<sup>97</sup> Z.B. unter <http://eggdonorfertilitybank.com/framepages/index.htm>.

<sup>98</sup> Ebd.

<sup>99</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.7 Rn.12.

<sup>100</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.7 Rn.13.

bekannt sein.<sup>101</sup> Eine spätere Entscheidung zur Adoptionsfreigabe ist nicht tatbestandsmäßig.

(8) § 1 II ESchG

§ 1 II ESchG ist als konkretes Gefährungsdelikt die Vorstufe zu § 1 I Nr.2 ESchG.<sup>102</sup> Ausgeschlossen werden sollen die gespaltene Mutterschaft und die fremdnützige Verwendung, besonders die verbrauchende Forschung, von Embryonen. Dafür wird der Strafrechtsschutz auf das Vorkernstadium ausgedehnt. In diesem könnte die weitere Befruchtung durch Kryokonservierung verhindert werden. Da aber jederzeit durch Auftauen der Befruchtungsvorgang abgeschlossen werden kann, ist die Gefahr groß, daß Embryonen entstehen, die nicht dazu dienen, eine Schwangerschaft der Eizellenspenderin herbeizuführen.<sup>103</sup> Weil hier ein Vorstadium des § 1 I Nr.2 ESchG betroffen ist, gilt das dort gesagte entsprechend.

Voraussetzung der Strafbarkeit ist, daß menschliche Gameten verwendet werden. Das hat Bedeutung für einen medizinischen Test.<sup>104</sup> Die Penetrationsfähigkeit der Spermien, also die Fähigkeit in eine Einzelle einzudringen, wird im Labor an Goldhamstereizellen getestet. Dieses ist nicht nach § 1 II ESchG tatbestandsmäßig. Weil eine Kernverschmelzung zwischen menschlichen Samen- und Goldhamstereizellen ausgeschlossen ist, stellt dieses diagnostische Verfahren auch keinen Verstoß gegen § 7 ESchG dar.

Kritik an § 1 ESchG insgesamt wird vor allem aus einem Grund geübt: hier wird Ungleiches gleich behandelt. So ist der Strafraum für die Ersatzmutterschaft, die immerhin nicht Leben vernichtet sondern erhält, ebenso hoch wie für die Verwendung und Tötung von Embryonen z. B. zu kommerziellen Zwecken. Diesen unrechtsnivellierenden Charakter des § 1 ESchG kritisiert z. B. Geilen zurecht.<sup>105</sup>

<sup>101</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.7 Rn.22.

<sup>102</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 II Rn.4.

<sup>103</sup> Nachw. der Motive bei Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 II Rn.3.

<sup>104</sup> Vgl. dazu Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 II Rn.7.

<sup>105</sup> Geilen, S. 838.

(9) § 1 III ESchG

Abs.3 des § 1 ESchG regelt persönliche Strafausschließungsgründe in einigen Fällen. So werden bei dem Umgang mit fremden Eizellen nach § 1 I Nr.1 + 2 ESchG, bei der Entnahme des Embryos vor der Nidation nach § 1 I Nr.6 ESchG und bei der Ersatzmutterchaft nach § 1 I Nr.7 ESchG die betroffenen Frauen nicht bestraft.

Diese ausdrückliche Beschränkung auf die Frau und nur auf einige Regelungen ist schwer nachzuvollziehen. Jedoch kann jedenfalls die Samenspende nach der Entstehungsgeschichte als notwendige Teilnahme und damit straffrei angesehen werden.<sup>106</sup>

Bei der Frau sind die geregelten Strafausschließungsgründe vor allem in der besonderen Situation des Kindeswunsches begründet.<sup>107</sup> Der Gesetzgeber zeigt dafür Verständnis und will in diesen Bereich existentieller Lebensvorgänge nicht mittels des Strafrechts eingreifen.<sup>108</sup> Diese Situation liegt aber in allen Fällen des § 1 I ESchG vor. Gründe, bei einigen die Strafbarkeit auszuschließen, bei anderen aber nicht, sind nicht ersichtlich.<sup>109</sup> Daher ist von einer Regelungslücke auszugehen, die durch Analogie geschlossen werden sollte. Die betroffenen Frauen sind daher grundsätzlich von der Strafbarkeit ausgeschlossen.

Dadurch wird das ESchG tatsächlich zu einem Sonderstrafrecht für Ärzte und Wissenschaftler,<sup>110</sup> mit der Ausnahme des Arztvorbehaltes nach § 9 ESchG. Dieser bestätigt den Sonderrechtscharakter jedoch nur: es sollen eben nur Ärzte im diesem sensiblen Bereich tätig werden. Kritik erfährt der Arztvorbehalt im Falle der homologen Insemination. Diese ist sehr einfach und auch von Laien leicht durchzuführen.<sup>111</sup> Will beispielsweise der Ehemann sie zur Schwangerschaft seiner Frau durchführen, steht dem der Arztvorbehalt entgegen. Darin wird ein unzulässiger Eingriff in die familiäre Intimsphäre gesehen.<sup>112</sup>

---

<sup>106</sup> Vgl. dazu o. S. 11.

<sup>107</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.3 Rn.12.

<sup>108</sup> Deutsch, S. 723.

<sup>109</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 1 I Nr.3 Rn.12.

<sup>110</sup> Geilen, S. 840; Deutsch, S. 722.

<sup>111</sup> Coester-Waltjen, S. 7.

<sup>112</sup> Coester-Waltjen, S. 7.

b) § 2 ESchG

Der zweite Hauptbereich des Embryonenschutzgesetzes ist die mißbräuchliche Verwendung menschlicher Embryonen, geregelt in § 2 ESchG. Jede fremdnützige Verwendung ist damit verboten.<sup>113</sup> Abs.1 ist der Normalfall, während Abs.2 den Spezialfall der extrakorporalen Weiterentwicklung regelt.

Geschütztes Rechtsgut ist in erster Linie die Menschenwürde.<sup>114</sup> Die Verwendung von Embryonen zu fremdnützigen Zwecken würde eine Degradierung zum Objekt bedeuten. Dieses zeigt sich besonders in dem Veräußerungsverbot. Den Menschen zu einer Ware zu machen, zu kaufen und verkaufen ist mit Art. 1 I GG nicht vereinbar. Dieses gilt im übrigen auch bezüglich der Lebenserhaltung, so daß die Kommerzialisierung der (lebenserhaltenden) Embryonenspende unzulässig ist.

§ 2 ESchG greift erst ein, wenn das Ziel des § 1 ESchG verfehlt worden ist und es doch überzählige Embryonen gibt.<sup>115</sup> Dieses ist nicht nur durch Verstöße gegen den § 1 ESchG möglich, sondern auch durch Handlungen, die in Regelungslücken fallen oder etwa dadurch, daß die Übertragung der Embryonen auf die Frau nachträglich unmöglich geworden ist. Denkbar sind hier Fälle, in denen die Frau ihre Meinung gewechselt hat und nun dem Embryonentransfer widerspricht oder aber, daß die Frau zwischenzeitlich gestorben ist.

Verboten nach § 2 I ESchG ist besonders die Präimplantationsdiagnostik in der bisherigen Form.<sup>116</sup> Für sie wird einem Embryo eine totipotente Zelle entnommen, an der zur Diagnose gentechnische Untersuchungen vorgenommen werden. Nach dieser Untersuchung läßt man die Zelle absterben. Weil aber eine totipotente Zelle ihrerseits ein Embryo ist, wird damit menschliches Leben zerstört. Deshalb wird diese Form der PID vom Gesetzgeber abgelehnt.

Neuerdings wird in Deutschland daher ein anderer Weg vorgeschlagen:<sup>117</sup> mit der Zellentnahme soll bis zum 16-Zellen-Stadium gewartet werden, wenn also die Zellen nicht mehr totipotent sind. Das bringt zwar durch die Zeitverzögerung eine weitere Verschlechterung der Nidationschancen des nach der Diagnose übertragenen Embryos mit sich, wobei aber der Fortschritt der Medizin diese Verschlechterung mehr und mehr begrenzen kann. Jedenfalls am 7. Tag nach der Befruchtung muß der Embryo in die

---

<sup>113</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 2 Rn.1.

<sup>114</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 2 Rn.5.

<sup>115</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 2 Rn.7.

<sup>116</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 2 Rn.13.

<sup>117</sup> So aktuell von der Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz, Pressemitteilung vom 29.06.1999 unter <http://presse.stk.rpl.de/data/990629jm-10.html>.

Gebärmutter transferiert werden, um eine Schwangerschaft herbeiführen zu können, weil das der natürliche Zeitpunkt der Nidation ist. Auch bei dieser Form der PID stellt sich aber das Problem, daß dann, wenn eine Erkrankung diagnostiziert wird, der Embryo abgetötet wird. Dieses ist aber in Hinblick auf den sonst vorliegenden Wertungswiderspruch zum Abtreibungsrecht<sup>118</sup> hinzunehmen. Auch die niedrige Prozentzahl der tatsächlichen Erkrankungen spricht dafür.

Weil auch hier die Entwicklungsfähigkeit der Embryonen entscheidend ist, ist die Forschung an toten Embryonen nicht verboten. § 168 StGB greift nicht ein, weil eine Leibesfrucht erst nach der Einnistung vorliegt. Hier wird nun eine bedeutende Regelungslücke deutlich.

Das taugliche Tatobjekt Embryo muß einer Frau vor Abschluß seiner Einnistung entnommen worden sein.<sup>119</sup> Damit fallen durch Schwangerschaftsabbruch gewonnene Embryonen heraus. Sofern diese noch leben – was häufig vorkommt und in Zukunft durch die Abtreibungspille RU 486 noch häufiger der Fall sein wird<sup>120</sup> – sind jegliche Forschung und Verwendung bis zum Tode, nach dem § 168 StGB eingreift, erlaubt. Die §§ 211ff. und 223ff. StGB schützen den „geborenen“ Embryo erst ab ca. der 16. Schwangerschaftswoche, weil er frühestens dann wenigstens kurzfristig „in menschlicher Weise“ leben kann.<sup>121</sup>

Kann nicht geklärt werden, ob der Embryo vor oder nach Abschluß der Einnistung entnommen wurde, ist eine Wahlfeststellung zwischen §§ 218ff. StGB und § 2 I ESchG geboten.<sup>122</sup> Ist unklar, ob der Embryo noch lebte, ist in dubio pro reo von einem toten Embryo auszugehen.<sup>123</sup> Es kommt aber Versuch in Frage.

Abs.2 der Vorschrift will die Aufzucht von Embryonen in der Retorte verbieten. Ziel der Forschung könnte hier die Entwicklung einer künstlichen Gebärmutter sein. Tatbestandsmäßig ist auch das bloße Geschehenlassen der natürlichen Zellteilung in vitro als unechtes Unterlassungsdelikt.<sup>124</sup>

Coester-Waltjen kritisiert die sachenrechtliche Sprache („veräußert“, „erwirbt“) des § 2 ESchG als für menschliches Leben nicht angemessen.<sup>125</sup> Gerade diese Sprache trifft aber zu und macht den Unrechtsgehalt der Tat besonders deutlich.

<sup>118</sup> Vgl. dazu o. S. 13.

<sup>119</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 2 Rn.18.

<sup>120</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 2 Rn.23.

<sup>121</sup> Vgl. zu diesem Erfordernis BGHSt 10, 291.

<sup>122</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 2 Rn.71.

<sup>123</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 2 Rn.72.

<sup>124</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 2 Rn.61.

<sup>125</sup> Coester-Waltjen, S. 28f.

c) § 3 ESchG

§ 3 ESchG verbietet die Geschlechtswahl bei der IVF mit der Ausnahme einiger schwerwiegender geschlechtsgebundener Erbkrankheiten. Es wird jedoch daran gezweifelt, ob in unserer Gesellschaft (anders wohl z. B. in China) überhaupt ein Mißbrauchsrisiko besteht.<sup>126</sup> Nicht hinzunehmen sei auch der Wertungswiderspruch mit der Möglichkeit, ein Kind ungewollten Geschlechts abzutreiben.<sup>127</sup>

Letzterer Einwand ist sicherlich nicht unbeachtlich, auch wenn vielleicht die Möglichkeit, daß der belastendere Weg des Schwangerschaftsabbruchs zur Geschlechtswahl nicht gegangen wird, die Ungleichbehandlung rechtfertigt. Die Frage nach dem Mißbrauchsrisiko ist empirisch schwer zu klären, ein Verbot schadet hier jedenfalls nicht.

d) § 4 ESchG

Diese Regelung verbietet drei verschiedene Handlungen: die eigenmächtige Befruchtung, die eigenmächtige Embryonenübertragung und die künstliche Befruchtung nach dem Tode des Samenspenders. Geschütztes Rechtsgut ist in erster Linie das Persönlichkeitsrecht der Gametengeber, zudem wird auch das Kindeswohl geschützt.<sup>128</sup>

Diese Vorschrift ist die einzige im ESchG, die sich namentlich auch mit den männlichen Samenzellen befaßt. In ihr wird das Selbstbestimmungsrecht und die Verfügungsgewalt über die Keimzellen gesichert. Möglich ist eine Verwendung der Samen ohne Wissen und Zustimmung des Mannes z. B. nach einer Sterilitätsuntersuchung an den Spermien.

Bei der Nr.2 fehlt im Gesetz das Erfordernis der Einwilligung des Mannes, von dem der Embryo abstammt. Darauf weist zurecht Coester-Waltjen hin.<sup>129</sup> So wird es z. B. einen Mann, dessen Frau nach der IVF, aber vor dem ET gestorben ist, interessieren, was mit dem nun überzähligen Embryo geschieht.<sup>130</sup>

---

<sup>126</sup> Geilen, S. 839; Coester-Waltjen, S. 20.

<sup>127</sup> Geilen, S. 839.

<sup>128</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 4 Rn.4.

<sup>129</sup> Coester-Waltjen, S. 9.

<sup>130</sup> Bsp. ebd.

e) § 5 ESchG

Mangels technischer Möglichkeiten nach dem derzeitigen Stand der medizinischen Forschung sind Heilbehandlungen durch Keimbahntherapie, also Veränderung des ererbten genetischen Codes im Frühstadium, noch nicht möglich. Deshalb soll mit § 5 ESchG, solange sie nicht möglich ist, auch nicht einer positiven Eugenik entgegengetreten werden, vielmehr ist § 5 ESchG ein konkretes Gefährdungsdelikt.<sup>131</sup> Es dient dem Schutz vor Experimenten mit ungewissem, evtl. lebensgefährlichem Ausgang. Coester-Waltjen fragt jedoch nicht ohne Berechtigung, ob denn eine Abtreibung besser sei als ein Heilversuch durch Keimbahntherapie.<sup>132</sup>

Nicht verboten ist die somatische Gentherapie. Diese bezieht sich auf einzelne Körperzellen und hat daher nicht die bedeutenden Folgen der Keimbahntherapie, die auch und besonders Auswirkungen auf die Nachkommen hat. Für die somatische Gentherapie gelten die §§ 211ff. und 223ff. StGB und schützen den betroffenen Patienten ausreichend.

f) § 6 ESchG

Die Regelung des § 6 ESchG ist die für die Öffentlichkeit aufsehenerregendste. Verboten wird das Klonen. Dabei wird eine genetische Kopie eines Menschen erzeugt. Es gibt dafür zwei Möglichkeiten:<sup>133</sup> die eine – an Tieren schon lange (seit 1967) geübte – ist die Trennung der totipotenten Zellen, die sich dann jeweils zu einem ausgewachsenen Menschen entwickeln können. Man nennt diese Methode Embryosplitting. Sie kann zu bis zu 8 identischen Menschen führen.

Die zweite Möglichkeit ist neu und noch einschneidender. Durch sie kann eine genetische Kopie eines bereits ausgewachsenen Menschen entstehen. Es wird ein somatischer Zellkern des „Originals“ in eine vorher entkernte Eizelle oder Zygote verbracht. Dort teilt sich der Zellkern immer weiter, ein neuer, mit dem „Original“ identischer Mensch wächst heran. Auf diese Weise ist auch das Schaf Dolly entstanden. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des ESchG war diese Methode zwar bekannt, aber noch nicht erfolgreich durchgeführt worden. Es bestanden an der Durchführbarkeit überhaupt Zweifel.<sup>134</sup> Inzwischen ist sie mindestens zweimal geglückt. Die Embryonen

---

<sup>131</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 5 Rn.3.

<sup>132</sup> Coester-Waltjen, S. 19.

<sup>133</sup> Vgl. dazu Keller/ Günther/ Kaiser, A VIII Rn.10ff.

<sup>134</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 6 Rn.2.

wurden in Korea nach zwei Zellteilungen, in den USA nach 5 abgetötet.<sup>135</sup> Es ist (höchstens) eine Frage der Zeit, bis diese Methode bis zur Geburt ausgereift ist.

Rechtsgut ist die Menschenwürde (des Klons), weil die Individualität der Menschen mißachtet würde. In Deutschland ist des Verbot weitgehend unumstritten. Es weist jedoch inzwischen eine Lücke auf: es ist nun möglich, beim Klonen die genetische Information etwas zu verändern.<sup>136</sup> Damit wäre der Klon nicht mehr völlig sondern nur noch annähernd identisch. Es gibt Bestrebungen, diese Lücke zu schließen.<sup>137</sup>

Diskussionen gibt es um das sogenannte therapeutische Klonen. Damit können vielleicht in Zukunft aus embryonalen Stammzellen (ES) Organe regelrecht gezüchtet werden. Inzwischen ist aber bekannt, daß für die Gewinnung von ES keine totipotenten Zellen erforderlich sind. Sie können auch aus pluripotenten Zellen von abgetriebenen Föten (legal und vergleichbar einer Organtransplantation) gewonnen werden.<sup>138</sup>

Zunächst sollten die Möglichkeiten der Erzeugung von Organen damit geprüft werden, bevor dann eine Diskussion über die Verwendung des therapeutischen Klonens begonnen wird. Zur völligen Übereinstimmung von Organ und Empfänger muß daß Organ mit dem Empfängergewebe genetisch identisch sein, also geklont und nicht aus „fremden“ Föten gewonnen.<sup>139</sup>

#### g) § 7 ESchG

Die letzte Vorschrift, auf die im einzelnen eingegangen werden soll, ist das Verbot der Chimären- und Hybridbildung des § 7 ESchG. Hier geht es darum, die Vereinigung oder Vermischung mehrerer Embryonen sowie die Züchtung von menschlich-tierischen Mischwesen zu verbieten.<sup>140</sup> Rechtsgut ist die Menschenwürde in Form der Würde des Einzelnen und – bei dem Mischwesen – der Menschheit insgesamt.<sup>141</sup>

Bemerkenswert ist der Abs.2. Die Regelung begründet eine strafbewehrte Tötungspflicht,<sup>142</sup> denn wenn der Embryo nie übertragen werden darf, bleibt nur seine Vernichtung. Hier überwiegt die Menschenwürde das Lebensrecht.

---

<sup>135</sup> Nach: Der kopierte Mensch, in: Stern vom 28.01.1999 und Es gibt kein Halten mehr, in: Spiegel Nr.48/1998.

<sup>136</sup> Vgl. Streit ums frühe Leben, in: Die Zeit, Nr.02/99 vom 08.01.1999.

<sup>137</sup> Vgl. Der kopierte Mensch, in: Stern vom 28.01.1999.

<sup>138</sup> Nach: Was dürfen Ärzte und Forscher?, in: Die Zeit, Nr.02/99 vom 08.01.1999.

<sup>139</sup> Nach: Es gibt kein Halten mehr, in: Spiegel Nr.48/1998.

<sup>140</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 7 Rn.1.

<sup>141</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 7 Rn.4.

<sup>142</sup> Keller/ Günther/ Kaiser, § 7 Rn.32.

#### IV. Länderübergreifende Regelungen

Deutschland ist in der gesetzlichen Regelung des Embryonenschutzes Vorreiter. In vielen anderen Ländern ist Forschung an Embryonen erlaubt. Die restriktive Haltung in Deutschland wird nicht zuletzt auf die Erfahrungen aus der Zeit des Nationalsozialismus zurückgeführt.<sup>143</sup>

Da aber der Kritik von Gross über die Arbeitsteilung in der modernen Welt – die einen Nationen forschen, und die anderen entwickeln die dazugehörige Moral<sup>144</sup> - begegnet werden sollte, wird ein globaler Mindeststandard angestrebt. Einen ersten Schritt dazu stellt die Bioethik-Konvention des Europarates von 1997 dar.<sup>145</sup> Die Bioethik-Konvention verbietet die Veränderung des Genoms, wenn Nachkommen betroffen sein können, die Erzeugung von Embryonen für Forschungszwecke (nicht aber die Verwendung überzähliger Embryonen), jegliche Kommerzialisierung durch die Geschlechtswahl. Es werden die Vertragsstaaten verpflichtet, angemessene Sanktionen einzuführen. Sie haben zudem die Möglichkeit, mehr Schutz für Embryonen zu bieten als die Konvention.

Die Konvention leidet aber an dem Mangel einer Definition, was menschliches Leben – das sie schützen will – ist. Daher sind Streitigkeiten über den Status früher menschlicher Embryonen vorprogrammiert. Deutschland ist der Konvention bisher nicht beigetreten.

#### V. Offene Fragen

Viele Fragen läßt das Embryonenschutzgesetz offen. Obwohl ihre Beantwortung durch ein Gesamtkonzept bereits im Gesetzgebungsprozeß angemahnt wurde<sup>146</sup> und dafür extra eine zusätzliche Bundeskompetenz zur Gesetzgebung in das Grundgesetz eingefügt wurde, ist bis heute nichts geschehen.

Zum einen sind familienrechtliche Fragen wie die Unterhaltspflichten des Samenspenders oder das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung zu klären. Einer Festlegung bedürfen auch die Fragen der Befruchtung im quasi-homologen System, also in nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Im Arztrecht sind Haftungsfragen nach falscher pränataler Diagnose oder fehlgeschlagener Sterilisation zu

---

<sup>143</sup> Jung, S. 433.

<sup>144</sup> Nachw. bei Deutsch, S. 725.

<sup>145</sup> Abgedruckt in: Zeitschrift für Lebensrecht 1998, S. 16 – 20.

<sup>146</sup> BR-Drs. 45/90.

regeln, besonders, um die unsichere Rechtslage durch die unterschiedliche Haltung der beiden BVerfG-Senate zu beenden.<sup>147</sup>

Wünschenswert ist auch eine Regelung, was mit den überzähligen Embryonen geschehen soll – Kryokonservierung auf ewig, absterben lassen oder doch organisierter Embryonentransfer auf „fremde“ Frauen. Als letzte, kernstrafrechtliche Frage ist der § 1 DE-ESchG wieder aufzugreifen, die pränatale Embryonenschädigung. Da das Urteil des LG Aachen im Conterganfall<sup>148</sup> keine Zustimmung fand, sind hier wegen des hohen Schadensrisikos bei pränataler Diagnostik und Fetaltherapie gesetzliche Schritte erforderlich.

Abschließend bleibt festzustellen, daß das ESchG, abgesehen von einigen Regelungslücken, jedenfalls die besonders strafwürdigen Grenzüberschreitungen erfaßt. Anzumahlen ist jedoch eine umfassendere Regelung – auch mit dem Ziel, Wertungswidersprüche zu beseitigen. Im übrigen sollte der medizinische Fortschritt genau überwacht werden, um gegebenenfalls das ESchG anzupassen. Dem Gesetzgeber bleibt also viel zu tun.

---

<sup>147</sup> Vgl. dazu die Beiträge in: Zeitschrift für Lebensrecht 1998, S. 10 – 16.

<sup>148</sup> Vgl. LG Aachen, JZ 1971, 507.