

**Juristisches Gutachten zur Frage der Zulässigkeit der Freigabe kryokonservierter befruchteter Eizellen (2-PN-Stadien) durch die Inhaber, des Auftauens mit Einverständnis des Spenderpaares und der extrakorporalen Weiterkultivierens zum Zwecke der Spende an eine Frau, von der die Eizelle nicht stammt.**

- A. Begriff des Embryo und des Begriffs der „Befruchtung“ im ESchG**
- B. Zulässigkeit der Freigabe**
- C. des Auftauens und Weiterkultivierens zum Zweck der Spende**

A. Das ESchG erlaubt **unstrittig alle verfügbaren Eizellen einer Frau, die eine ART-Behandlung wünscht, zu imprägnieren**. Ansonsten würde nämlich in die körperliche Integrität der Patientin eingegriffen werden, ohne dass dies nach der ärztlichen Kunst gerechtfertigt wäre. Vermeidbare mehrfache Behandlungen wären strafbare Körperverletzungen.

Dies ergibt sich aus dem Wortlaut, dem historischem und teleologischem Gesetzeszweck und der systematischen Auslegung des § 1 Abs. 2 ESchG. Verboten ist danach lediglich eine Handlungsweise, die geeignet ist zu Beginn des Befruchtungsprozesse, also vor der eigentlichen Befruchtung (Imprägnieren mit dem Ziel der Syngamie), planmäßig eine biologische Mutterschaft (Geburt) ohne genetische Basis zu ermöglichen, also imprägnierte Eizellen zu generieren, die von vornherein nicht auf die Frau zurück übertragen werden sollen, von der die Eizellen stammen (das Verbot, unbefruchtete Eizellen zu spenden, ist der Sache auch eine Vorverlagerung des Verbots der Leihmutterschaft).

Unstrittig ist ein Imprägnieren keine Befruchtung, wenn es am Vorsatz fehlt, eine Syngamie zu ermöglichen. Wegen dieser Besonderheit formuliert § 1 Abs. 2 ESchG eine eigenständige Vorfeldstrafbarkeit: strafbar ist danach bereits derjenige, „**wer künstlich bewirkt, dass eine menschliche Samenzelle in eine menschliche Eizelle eindringt**“. Auch § 8 ESchG definiert nicht die „Befruchtung“, sondern legt fest, ab wann eine befruchtete und entwicklungsfähige Eizelle ein Embryo im Rechtssinne ist: nach dieser juristischen Fiktion ist die befruchtete Eizelle dann ein entwicklungsfähiger Embryo, wenn der Befruchtungsvorgang **unmittelbar zur Syngamie und damit zur ersten Teilung geführt hat**. Dies ist beim Vorkernstadium sicher nicht gegeben.

Eine etwas andere Begriffsverwendung verwendet man zur teleologischen Reduktion des **Verbots der Vorratsbefruchtung in § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG, wenn man nach dem Deutschen Mittelweg** vorgeht. Dort, aber auch **nur dort** wird von einer „Befruchtung“ erst dann gesprochen werden, **wenn die 2-PN-Zelle weiterkultiviert wird, um eine Kernverschmelzung herbeizuführen**. Strafbar ist hier erst der vorsätzliche Abschluß der Befruchtung von mehr Eizellen als nötig sind für den geplanten Transfer nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 ESchG, ansonsten ist im ESchG bereits das Unternehmen (Versuch) der Befruchtung strafbar. Es kommt also bei der Frage, ob eine verbotene Eizellspende vorliegt, darauf an, ob ein entsprechender Vorsatz zum Zeitpunkt der erfolgreichen Insemination vorliegt. Die abweichende Definition der Befruchtung beim Verbot der Vorratsbefruchtung soll lediglich die Kinderwunschbehandlung erleichtern und dem Entstehen zu vieler kryokonservierter Embryonen entgegen wirken.

Es bedeutet nicht, dass der Lebensschutz es gebiete, dass Embryonen erhalten werden müssen. Es bedeutet auch nicht, dass das ESchG von einem absoluten Lebensrecht von Embryonen ausgeht. Diese bis etwa 2003 von einigen Verfassungsrechtlern vertretene Ansicht ist mittlerweile überholt und wird nur noch in sog. ethischen Debatten wiederholt. Die aktuelle Kommentierung von Art. 1 und 2 GG widerspricht aber derartigen – früher durchaus noch vertretenen - Positionen (vgl. nur Herdegen, in: Maunz-Dürig seit 2003).

Entschieden hat das **Prinzip des bereichsspezifisch auszulegenden Begriffs der „Befruchtung“** das OLG Rostock am 7.05.2010<sup>1</sup>. In diesem Rechtsstreit ging es um den Herausgabeanspruch einer Witwe, welche die kryokonservierten 2-PN-Stadien herausforderte, die sie mit ihrem mittlerweile verstorbenen, aber damals mit der Kryokonservierung einverstandenen Mannes generiert hatte. Das LG meinte, hierin läge ein rechtlich unmögliches Begehren, da die Klinik die 2-PN-Zellen nicht zum Zwecke der Weiterverwendung herausgeben dürfe, da es sich beim **Auftauen um die Fortsetzung einer rechtmäßig begonnenen, mit dem Tod des Mannes aber verbotenen Befruchtung der Eizelle mit den Samen des Toten handle**. Das OLG hob diese (auf Günther/Taupitz ESchG, § 1 Abs. 1, Rz 19<sup>2</sup>) gestützte Entscheidung des LG Neubrandenburg auf und machte deutlich, dass das **Auftauen einer 2-PN-Zelle keine verbotene Befruchtung sei, da sich § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG erkennbar auf unbefruchtete Eizellen beschränke**. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Vorschrift, welche sicher stellen wolle, dass der Verstorbene zum Zeitpunkt des Beginns der Behandlung mit dieser einverstanden gewesen war<sup>3</sup>.

**Das ESchG kenne keinen einheitlichen Begriff der Befruchtung, sondern wählt jeweils Begriffe, welche der Interessenlage des Paares gerecht werde und dem Lebensschutz nicht zuwider liefe.**

B. § 1 Abs. 1 ESchG setzt schon von seinem Wortlaut - § 1 Abs. 1 Nr. 3 und 5 ESchG ausgenommen - unbefruchtete Eizellen voraus. Auftauen und Weiterkultivieren von 2-PN-Zellen ist daher nicht verboten, da es sich mehr um unbefruchtete Eizelle im Sinn des § 1 Abs. 1 ESchG handelt. Kryokonservierte 2-PN-Zellen gelten als **nicht unbefruchtet, aber noch keine Embryonen**.

Das Verbot der Eizellspende richtet sich also nur auf die Instrumentalisierung einer anderen Frau, um unbefruchtete Eizellen zu erhalten, die dann mit dem Samen des Mannes der Empfängerin der Spende befruchtet werden. Diese Auslegung ist angesichts der Kindschaftsreform, welche 1996 festgelegt hat, dass Mutter nur die Frau ist, die das Kind geboren hat, zwingend:

1. Straftatbestände pönalisieren nur Handlungen, welche zum Zeitpunkt der beschriebenen Tathandlung explizit verboten sind.
2. Eine ausdehnende Auslegung ist nur dann zulässig, wenn der Wortlaut dies zulässt und Sinn und Zweck der Vorschrift dies verlangen.
3. Außerdem ist die EMRK zu beachten, welche jedem Menschen das Menschenrecht auf Fortpflanzung garantiert. Das ESchG ist als EMRK-freundlich auszulegen.

Folgt man dem, ergibt sich, dass nach Vollendung der Befruchtung, aber vor der Beendigung des Befruchtungsvorgangs das Verbot der Spende nicht mehr gilt. Dies ergibt sich im übrigen auch aus einem Umkehrschluss aus § 2 ESchG, der das Verwenden von Embryonen zum Zwecke ihrer Er-

<sup>1</sup> Seit der 1. Auflage beibehalten. Überholt ist damit die Ansicht von Krüger, Das Verbot der post mortem Befruchtung, Halle/Saale 2010, S. 4 ff. Krüger meint, der naturwissenschaftliche Vorgang könne durch einen strafrechtlichen Begriff erfasst werden. Das ESchG ist demgegenüber offener für Veränderungen der reproduktionsbiologischen Erkenntnisse. Eine juristische Fiktion enthält nur § 8 ESchG, nicht aber alle Tatbestände des ESchG. Unrichtig ist es also, dass „befruchten“ das bewirken der Kernverschmelzung sei. Das ESchG enthält einen derartig unklaren Begriff vielmehr aus guten Gründen nicht, sondern regelt konkrete Tathandlungen und nicht einen Prozess, der sich über etwa 24 Stunden hinzieht.

<sup>2</sup> Kritisch zu Günther/Taupitz und dem LG Neubrandenburg auch A.Schmidt-Recla/M. Drewelow, Rechtliche Einordnung von Oozyten im Vorkernstadium unter Beachtung des Embryonenschutzgesetzes, Gynäkologie 2010 43-447-448.

<sup>3</sup> Taupitz schließt daraus, dass es in dem Fall nur um die Verwendung der Samen eines Verstorbenen gehe. Diese Auslegung spiel die grundsätzliche Bedeutung des Urteils des OLG herab.

haltung ausdrücklich erlaubt. Verboten ist es danach nicht, die Schwangerschaft einer anderen Frau anzustreben als der Frau, von der Embryo stammt.

Auch dieser Wortlaut ist insoweit eindeutig.

Daraus ist zu schließen, dass das ESchG nicht den **Erfolg** des Bewirkens einer Mutterschaft ohne genetische Grundlage verbiete – in den 1990er Jahren noch abwertend „gespaltene Mutterschaft“ genannt, sondern nur die Planung einer solchen Konstellation. Bedenken gegen eine Mutterschaft ohne genetische Grundlage sind mittlerweile überholt, da das Kind nach der Reform 1996 nur eine Mutter und nicht zwei „Mütter“ hat. Das ERSchG verbietet somit nur das planmäßige Vorgehen **zu Beginn der Befruchtungskaskade**. Verboten ist somit nur das Entnehmen von unbefruchteten Eizellen, um planmäßig Oozyten im Vorkernstadium herzustellen, um sie auf eine Empfängerin, die selbst über keine entwicklungsfähigen Eizellen verfügt, zu übertragen.

C. Embryonen und 2-PN-Zellen können also frei gegeben und nach dem Entstehen transferierbarer Embryonen gespendet werden, wenn das Spenderpaar und die Empfängerin damit einverstanden sind. Rechtsprobleme ergeben sich nicht wegen des ESchG, sondern nur nach dem BGB und dem GewebeTransplantationsG, da dieses festlegt, dass eine solche Spende unentgeltlich zu erfolgen hat. Aber diese Aspekte berühren das Ergebnis dieser Auslegung nicht, sondern müssen bei der Beratung der Patientinnen bedacht werden. Festzuhalten ist aber auch hier, dass der Arzt/die Ärztin ihre Pflicht zur Aufklärung erfüllt hat, wenn er oder sie die Paare bzw. das Spenderpaar und die Patientin auf die den Personenstand des Kindes betreffenden rechtlichen Fragen hinweist und damit auch auf eine ggf. nötige juristische/notarielle Beratung, die ein Arzt/eine Ärztin nun einmal nicht leisten kann und auch nicht soll.

Prof. Dr. Monika Frommel

#### Anhang

#### Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – EmbrSchG) vom 13. Dezember 1990

##### § 1 Missbräuchliche Anwendung von Fortpflanzungstechniken

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. auf eine Frau eine fremde **unbefruchtete Eizelle** überträgt,
2. es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu **befruchten**, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, **von der die Eizelle** stammt,
3. es unternimmt, innerhalb eines Zyklus mehr als drei Embryonen auf eine Frau zu übertragen,...
5. es unternimmt, mehr Eizellen einer Frau zu **befruchten**, als ihr innerhalb eines Zyklus übertragen werden sollen,.....

(2)

Ebenso wird bestraft, wer **künstlich bewirkt, dass eine menschliche Samenzelle in eine menschliche Eizelle eindringt,.....**

##### § 2 Missbräuchliche Verwendung menschlicher Embryonen

(1) Wer einen extrakorporal erzeugten oder einer Frau vor Abschluss seiner Einnistung in der Gebärmutter entnommenen menschlichen Embryo veräußert oder **zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck** abgibt, erwirbt oder **verwendet**, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer zu einem anderen Zweck als der **Herbeiführung einer Schwangerschaft** bewirkt, dass sich ein menschlicher Embryo extrakorporal weiterentwickelt....

##### § 4 Eigenmächtige Befruchtung, eigenmächtige Embryoübertragung und künstliche Befruchtung nach dem Tode

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer...

2. es unternimmt, auf eine Frau ohne deren Einwilligung einen Embryo zu übertragen, oder
3. wissentlich eine **Eizelle mit dem Samen** eines Mannes nach dessen Tode künstlich **befruchtet**....

##### § 6 Klonen

(1) Wer künstlich bewirkt, **dass ein menschlicher Embryo** mit der gleichen Erbinformation wie ein anderer Embryo, ein Foetus, ein Mensch oder ein Verstorbener **entsteht**, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft....

##### § 8 Begriffsbestimmung

(1) Als Embryo im Sinne dieses Gesetzes **gilt bereits die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung** an....