Wissenschaftliche Beiträge
Rechtswissenschaft | 146

Marie-Theres Merrem

Reformbedürftigkeit des Fortpflanzungsmedizinrechts

Tectum

Wissenschaftliche Beiträge
aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft

Wissenschaftliche Beiträge
aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft
Band 146

Marie-Theres Merrem

Reformbedürftigkeit des Fortpflanzungsmedizinrechts

Tectum Verlag

Marie-Theres Merrem
Reformbedürftigkeit des Fortpflanzungsmedizinrechts

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag
Reihe: Rechtswissenschaft; Bd. 146

Zugl. Diss. Bucerius Law School gGmbH 2020

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021
ePDF 978-3-8288-7669-9
(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN
978-3-8288-4606-7 im Tectum Verlag erschienen.)
ISSN 1861-7875

Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben
sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft im Sommertrimester 2020 als Dissertation angenommen. Berücksichtigt werden Literatur und Rechtsprechung bis Ende 2019. Die mündliche Prüfung fand am 14. Oktober 2020 statt.

Mein Dank gilt zuallererst meinem Doktorvater, Prof. Dr. Jens Prütting, für die hervorragende Betreuung während der gesamten Promotionszeit. Er stand mir stets für Gespräche und Diskussionen zur Verfügung, bestärkte mich in schwierigen Phasen und ließ mir die Freiräume, die ich für die Erarbeitung benötigte. Prof. Dr. Karsten Gaede danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Beiden und auch meinen Kollegen danke ich zudem für die fachlich sowie persönlich sehr bereichernde Zeit am Institut für Medizinrecht der Bucerius Law School. Der stets wertschätzende Umgang miteinander hat mich bei der täglichen Arbeit sehr motiviert und damit zum Gelingen der Dissertation beigetragen.

Darüber hinaus möchte ich meiner Familie danken, die mir immer den Rücken gestärkt und mich unterstützt hat. Abschließend möchte ich meinem Lebensgefährten, Christoph Luderer, der die Höhen und Tiefen der Promotionszeit am unmittelbarsten mitbekommen hat, danken.

Hamburg, den 10. Januar 2021 Marie-Theres Merrem

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis XV

Einleitung 1

Teil 1: Grundlagen 7

Kapitel 1: Medizinische Grundlagen 9

I. Fortpflanzungsmedizin/Reproduktionsmedizin 9

II. Sterilität/Infertilität 10

III. Methoden assistierter Reproduktion 11

1. Insemination 11
2. In-vitro-Fertilisation (IVF)/ Intrazytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI) 12
3. Samenspende 14
4. Eizellspende 15

IV. Embryo/Embryonalentwicklung 16

V. Embryonale Stammzellen 17

Kapitel 2: Das Embryonenschutzgesetz (ESchG) 19

I. Entstehungsgeschichte des ESchG 20

1. Rechtslage vor dem Inkrafttreten des ESchG 20
   a) Schutz des Embryos durch §§ 218 ff. StGB 21
   b) Schutz des Embryos durch §§ 211 ff.; 223 ff. StGB 21
   c) Schutz des Embryos durch sonstige Vorschriften des StGB 23
   d) Schutz des Embryos durch AMG und LMBG 25
   e) Schutz des Embryos durch §§ 13 ff. AdVermiG 26
   f) Zusammenfassung 27
2. Motive für den Erlass des ESchG 27

3. Entwürfe und Diskussionen während des Gesetzgebungsverfahrens 29
4. Regierungsentwurf und Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens 34

II. Rechtsnatur und Struktur 34

III. Regelungsinhalte 35

IV. Sonstige für die Fortpflanzungsmedizin bedeutsame Regelungen 37
1. Europarechtliche Grundlagen 38
2. Verfassungsrechtliche Grundlagen 41
a) Gesetzgebungskompetenz zum Zeitpunkt des Gesetzerlasses und heute ... 41
b) Vorgaben des Grundgesetzes für den Gesetzgeber 41
3. Transplantationsgesetz (TPG) 43
4. Arzneimittelgesetz (AMG) 45
5. Stammzellengesetz (StZG) 47
6. Samenspenderregistergesetz (SaRegG) 48
7. Richtlinien der BÄK 49
8. Zusammenfassung 50

Kapitel 3: Reformbedürftigkeit und warum bisherige Reformbemühungen gescheitert sind 53

I. Kritik an der bestehenden Rechtslage 54
1. Ausgestaltung als strafrechtliches Nebengesetz 54
2. Lückenhaftigkeit der bestehenden Regelungen 55
3. Unklare Terminologie 56
4. Rechtsunsicherheit aufgrund unklarer Auslegung 58
5. Fehlende Berücksichtigung des aktuellen Standes der wissenschaftlichen Erkenntnisse 60
6. Wertungswidersprüche 60
7. Vernachlässigung der Bedürfnisse und Nöte der Betroffenen 64
8. Zusammenfassung 66

II. Scheitern bisheriger Reformbemühungen 66
1. Streit über aufzunehmende Regelungsinhalte 67
2. Dissens über den moralischen und rechtlichen Status des Embryos 68
3. Spannungsverhältnis zwischen Recht und medizinisch-wissenschaftlichem Fortschritt 70
4. Zusammenfassung 72

Teil 2: Die einzelnen regelungsbedürftigen Punkte 73

Kapitel 1: Untersuchungs- und Regelungsgegenstand 75

Kapitel 2: Der Status des Embryos 77

I. Bestimmung des juristischen Status des Embryos 79
1. Lebensschutz aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG 79
a) Mögliche Anknüpfungspunkte für den Beginn menschlichen Lebens 79
b) Nicht überzeugende Anknüpfungspunkte für den Beginn menschlichen Lebens 81
c) Die Kernverschmelzung als Anknüpfungspunkt für den Beginn menschlichen Lebens 81
d) Die Nidation als Anknüpfungspunkt für den Beginn menschlichen Lebens 82
e) Stellungnahme 84
2. Würdeschutz aus Art. 1 Abs. 1 GG 85
a) Von Beginn an voller Würdeschutz 86
b) Stufenweise anwachsender Würdeschutz 87
c) Stellungnahme 88

II. Ergebnis 90

Kapitel 3: Zulässigkeit der Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Maßnahmen 91

I. Begrifflichkeiten 92

II. Bestehende Regelungen 94

III. Recht auf reproduktive Selbstbestimmung 97
1. Herleitung des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung 97
2. Schutzbereich des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung 99
3. Beschränkbarkeit 100

IV. Weitere Voraussetzungen für die Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Maßnahmen 101
1. Voraussetzung eines bestimmten Beziehungsstatus 101
a) Homosexuelle (Ehe-)Paare 102
b) Alleinstehende Personen 105
2. Indikation 106

3. Altersgrenze 108

V. Ergebnis 114

Kapitel 4: Regelungs- und reformbedürftige Probleme/Maßnahmen im Rahmen der assistierten Reproduktion 117

I. Dreierregel versus „deutscher Mittelweg“ 118

1. Vertretene Auffassungen 119
   a) Sog. Dreierregel 119
   b) Sog. deutscher Mittelweg 121
2. Stellungnahme 123

II. Elektiver Single-Embryo-Transfer (eSET) 126

1. Vorteile des eSET im Vergleich zum aktuellen deutschen Vorgehen 127
   a) Erhöhung der Schwangerschaftsrate und Minimierung der Wahrscheinlichkeit (höhergradiger) Mehrlings-schwangerschaften 127
   b) Realisierbarkeit und Finanzierbarkeit der Kinderwunschbehandlung 131
   c) Eindämmung des Reproduktionstourismus und Sicherung guter Behandlungsstandards 132
2. Nachteile des eSET 132
   a) Überzählige Embryonen 133
      aa) Kryokonservierung 133
      bb) Nachträgliche Embryonenspende an andere Kinderwunschpaare 135
      cc) Nachträgliche Embryonenspende zu Forschungszwecken 141
   b) Embryonenselektion 147
3. Abwägung zwischen Vor- und Nachteilen des eSET 149
4. Ergebnis 152

III. Samenspende 153

1. Mögliche Kindeswohlgefährdung durch Samenspende 156
2. Vorwurf eugenischer Selektion 159
3. Probleme durch wiederholte Spenden desselben Spenders 160
4. Ergebnis 164

IV. Eizellspende 164

1. Einwände gegen die Zulässigkeit der Eizellspende 165
   a) Kindeswohlgefährdung 165
   b) Gesundheitliche Risiken 167
   c) Ausbeutung der Eizellspenderin 170

d) Unnatürlichkeit der Art der Zeugung 173
e) Dammbruch 174
f) Entscheidung des EGMR in der Sache S.H. u. a. vs. Österreich 174
g) Zwischenergebnis 176
2. Argumente für die Zulässigkeit der Eizellspende 177
3. Ergebnis 179

V. Social Freezing – Die Eizellspende für sich selbst 179
1. Begriffsbestimmung und Verfahren 179
2. Derzeitige Rechtslage und Regelungsbedarf 181
3. Fazit 193

VI. Anfängliche Embryonenspende 193

VII. Ersatz-/Leihmutterschaft 201
1. Begriffsbestimmung 201
2. Rechtliche Lage in Deutschland 203
3. Zulässigkeit der Ersatz-/Leihmutterschaft? 204
a) Einwände gegen die Zulässigkeit der Ersatz-/Leihmutterschaft 205
aa) Menschenwürdeverletzung des Kindes/Kindeswohlgefährdung 205
bb) Menschenwürdeverletzung der Leihmutter 213
cc) Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG 218
dd) Gesundheitliche Risiken 219
ee) Zwischenergebnis 221
b) Argumente für die Zulässigkeit der Leihmutterschaft 222
c) Ergebnis 224

VIII. Postmortale Befruchtung 225
1. Geltende Rechtslage 225
2. Begründung des Verbots der postmortalen Befruchtung 226
3. Rechtsprechung zu § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG 227
4. Zulässigkeit der postmortalen Befruchtung 227
a) Einwände gegen die Zulässigkeit der postmortalen Befruchtung 228
b) Argumente für die Zulässigkeit der postmortalen Befruchtung 231
c) Zwischenergebnis 231
5. Weitere Fälle der postmortalen Verwendung von Keimzellen und Embryonen 232
6. Ergebnis 233

Teil 3: Umgang mit dem festgestellten Regelungs- und Reformbedarf 235

Kapitel 1: Möglichkeiten der Normierung 237

I. Änderung des ESchG 237

II. Schaffung eines Fortpflanzungsmedizingesetzes 238

III. Berufsrechtliche Ausgestaltung 241

IV. Ergebnis 242

Kapitel 2: Regelungsvorschlag für ein neu zu schaffendes Fortpflanzungsmedizingesetz 245

I. Aufbau des zu schaffenden Fortpflanzungsmedizingesetzes 245

II. Inhaltliche Ausgestaltung des zu schaffenden Fortpflanzungsmedizingesetzes 247

1. Erster Abschnitt: Allgemeiner Teil 247
2. Zweiter Abschnitt: Zulässigkeits-voraussetzungen für die Inanspruchnahme fortpflanzungsmedizinischer Maßnahmen 252
   a) Erster Unterabschnitt: Allgemeine Bestimmungen 252
      aa) § 3 Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Inanspruchnahme von Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung 253
      bb) § 4 Arztvorbehalt 255
      cc) § 5 Aufklärung und Beratung 257
      dd) § 6 Einwilligung 262
      ee) § 7 Widerruf 266
   b) Zweiter Unterabschnitt: Besondere Bestimmungen für die Anwendung der IVF/ICSI 269
   c) Dritter Unterabschnitt: Besondere Bestimmungen für die Verwendung von Samen- und Eizellen Dritter 272
      aa) § 9 Samenspende 272
      bb) § 10 Eizellspende 276

d) Vierter Unterabschnitt: Besondere Bestimmungen für die Verwendung von Embryonen/imprägnierten Eizellen 280
e) Fünfter Unterabschnitt: Besondere Bestimmungen für die Inanspruchnahme einer Leihmutter 290
f) Sechster Unterabschnitt: Besondere Bestimmungen für die postmortale Befruchtung 303
3. Dritter Abschnitt: Rahmenbedingungen 307
a) § 14 Kommerzialisierungsverbot 308
b) § 15 Aufbewahrung von Keimzellen 310
c) § 16 Aufbewahrung von imprägnierten Eizellen und Embryonen 314
4. Vierter Abschnitt: Umgang mit für Fortpflanzungszwecke erzeugten Embryonen 317
a) § 17 Umgang mit für Fortpflanzungszwecke erzeugten Embryonen 317
b) § 18 Genehmigung 320
c) § 19 Register 323
5. Fünfter Abschnitt: Dokumentations- und Aufklärungspflichten 324
a) § 20 Dokumentation 324
b) § 21 Auskunft 328
6. Sechster Abschnitt: Straf- und Bußgeldvorschriften 331
a) § 22 Strafvorschriften 331
b) § 23 Bußgeldvorschriften 332

Thesen und Schlussbemerkung 337

Literaturverzeichnis 341

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
a.a.o.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AdVermiG	Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AJP	Aktuelle juristische Praxis (Zeitschrift)
Alt.	Alternative
AME-FMedG	Augsburg-Münchner-Entwurf für ein Fortpflanzungsmedizingesetz
AMG	Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz)
AMWHV	Verordnung über die Anwendung der Guten Herstellungspraxis bei der Herstellung von Arzneimitteln und Wirkstoffen und über die Anwendung der Guten fachlichen Praxis bei der Herstellung von Produkten menschlicher Herkunft (Arzneimittel- und Wirkstoffverordnung)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
aufgeh.	aufgehoben
Aufl.	Auflage
AVR	Archiv des Völkerrechts (Zeitschrift)
BÄK	Bundesärztekammer
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BMJ	Bundesministerium für Justiz (bis 2013)
BR-Drs.	Bundesrat-Drucksache
BRZ	Bundesverband Reproduktionsmedizinischer Zentren Deutschland e.V.
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
BZgA	Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
DÄBl.	Deutsches Ärzteblatt (Zeitschrift)
ders./dies.	derselbe/dieselbe
DGGEF	Deutsche Gesellschaft für Gynäkologische Endokrinologie und Fortpflanzungsmedizin
DGGG	Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe
DGRM	Deutsche Gesellschaft für Reproduktionsmedizin
d.h.	das heißt
DIMDI	Deutsches Institut für Medizinische Dokumentation
DIR	Deutsches IVF Register
DJT	Deutscher Juristentag
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Zeitschrift)
eDET	elektiver Double-Embryo-Transfer
eingef.	eingefügt
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Entsch.	Entscheidung
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EU-GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-Grundrechtecharta)
EuGRZ	Europäische Grundrechts-Zeitschrift (Zeitschrift)
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
ErbR	Erbrecht
ESchG	Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz)
eSET	elektiver Single-Embryo-Transfer
e.V.	eingetragener Verein
f.	folgend
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Zeitschrift)
ff.	fortfolgend
FMedG	Fortpflanzungsmedizingesetz
FMedG-ÖR	Fortpflanzungsmedizingesetz Österreich
FMedG-S	Fortpflanzungsmedizingesetz Schweiz
FS	Festschrift
GBA	Gemeinsamer Bundesausschuss

gem.	gemäß
GenDG	Gesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (Gendiagnostikgesetz)
GG	Grundgesetz
GuP	Gesundheit und Pflege (Zeitschrift)
gyne	Aktuelles aus Gynäkologie und Geburtshilfe (Zeitschrift)
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
ICSI	Intracytoplasmatische Spermieninjektion
i.d.R.	in der Regel
iPS-Zellen	induzierte pluripotente Stammzellen
i.S.d.	im Sinne des/der
IUI	Intrauterine Insemination
IVF	In-vitro-Fertilisation
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JFR	Journal für Fertilität und Reproduktionsmedizin (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JRE	Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie (Zeitschrift)
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristen Zeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
LFGB	Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetz (Lebensmittel- und Futtermittelgesetzes)
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
LMBG	Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz
LPartG	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
Mio	Millionen
MüKo	Münchner Kommentar
m.V.a.	mit Verweis auf
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m.W.v.	mit Wirkung vom
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)

NK	Nomos Kommentar
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht (Zeitschrift)
OLG	Oberlandgericht
p.c.	post conceptionem
p.m.	post menstruationem
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
PStG	Personenstandsgesetz
S.	Satz/Seite
SaRegG	Gesetz über die Errichtung eines Samenspenderregisters und zur Regelung der Auskunftserteilung über den Spender nach heterologer Verwendung von Samen (Samenspenderregistergesetz)
SÄZ	Schweizerische Ärztezeitung (Zeitschrift)
SGB	Sozialgesetzbuch
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannten
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StGB	Strafgesetzbuch
str.	strittig
StZG	Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellengesetz)
TPG	Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz)
TPG-GewV	Verordnung über die Anforderungen an Qualität und Sicherheit der Entnahme von Geweben und deren Übertragung nach dem Transplantationsgesetz (Transplantations-Gewebeverordnung)
u.a.	und andere
Urt.	Urteil
v.	vom
VELKD	Vereinigte Evangelisch-Lutherische Kirche Deutschland
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vor.	Vorbemerkung
ZaeFQ	Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen (Zeitschrift)
z.B.	zum Beispiel
ZESV	Verordnung über die Zentrale Ethik-Kommission für Stammzellforschung und über die zuständige Behörde nach dem Stammzellgesetz
ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht (Zeitschrift)

ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (Zeitschrift)
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium (Zeitschrift)
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht (Zeitschrift)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Zeitschrift)

Einleitung

„Wir ähneln Menschen, die sich auf einem Floß in einem Fluß mit starker Strömung befinden. Wir können nicht aussteigen. Der Fortschritt ist unentrinnbar. Wir können uns nur bemühen, das Floß möglichst sinnvoll in der Strömung zu lenken und sowohl von tückischen Untiefen als auch von gefährlichen Strudeln möglichst fernzuhalten.“[1]

Schätzungsweise 1,2 bis 1,5 Mio. Paare in Deutschland sind ungewollt kinderlos[2]. Vielen von ihnen könnte durch ärztliche Hilfe der Wunsch nach einem eigenen Kind erfüllt werden. Jedoch ist der Gesetzgeber seit dem Erlass des Embryonenschutzgesetzes (ESchG) im Jahr 1990 untätig geblieben, sodass die rasanten Entwicklungen, welche die Fortpflanzungsmedizin in den vergangenen 30 Jahren erfahren hat, keine Entsprechung in dem bis heute nahezu unverändert fortgeltenden Gesetz finden.

Das ESchG wird daher als lückenhaft und auslegungsbedürftig angesehen und zum Teil unterschiedlich verstanden und angewendet. Dies gilt vor allem deshalb, weil viele Behandlungsmöglichkeiten, wie z. B. die Samenspende und die nachträgliche Embryonenspende[3], obwohl sie nach herrschender Meinung zulässig sind, nicht durch das ESchG geregelt werden. Für den Rechtsanwender ist somit nicht ersichtlich, welche Methoden unter welchen Voraussetzungen erlaubt und welche verboten sind.

Hinzu kommt, dass zahlreiche Behandlungsmöglichkeiten, die in Deutschland verboten sind, in (vielen) anderen Ländern erlaubt sind.

---

1 *Schmude*, zitiert in: Texte aus der VELKD 32/1986, Du hast mich gebildet im Mutterleibe, 1986, S. 4, abrufbar unter: http://www.ev-medizinethik.de/meta_downloads/2483/velkd_-_du_hast_mich_gebildet_im_mutterleibe_1986.pdf (Stand: 02.01.2020)).

2 *Diedrich et al.*, Reproduktionsmedizin im internationalen Vergleich, 2008, S. 22; *Klinkhammer*, DÄBl. 2008, A 1818.

3 BT-Drs. 11/5460, S. 8; *Günther*/Taupitz/Kaiser, ESchG, 2. Aufl., 2014, Kap. B Rn. 79.

Dies gilt umso mehr, als in den vergangenen Jahren vor allem in unseren europäischen Nachbarländern eine Liberalisierung des Rechts der Fortpflanzungsmedizin stattgefunden hat. Deutsche Reproduktionsmediziner beklagen daher zunehmend, dass sie ihren Patienten keine Behandlung nach dem aktuellen wissenschaftlichen Stand zuteilwerden lassen können, da sich das medizinisch Machbare immer weiter von dem rechtlich Möglichen entfernt[4].

Ganz besonders leiden unter diesen Unsicherheiten die Betroffenen, denn neben den physischen, psychischen und finanziellen Belastungen, die durch die Inanspruchnahme einer Kinderwunschbehandlung entstehen, stellen sich viele von ihnen zunehmend stärker die Frage, ob eine Auslandsbehandlung eine Alternative zur Behandlung in Deutschland bieten könnte.

Bereits seit dem Inkrafttreten des ESchG[5] wird daher immer wieder eine (klarstellende) Änderung des bestehenden Gesetzes[6] beziehungsweise die Schaffung eines neuen, umfangreicheren Fortpflanzungsmedizingesetzes[7] gefordert[8].

---

4 *Diedrich/Hasani*, Gynäkologe 2013, 883, 884, 888; *Koch*, JRE 2004, 24, 25; *Montag/van der Ven*, Reproduktionsmedizin 2002, 147, 151.

5 *Deutsch* hat bereits unmittelbar nach der Verabschiedung des ESchG darauf hingewiesen, dass dieses nur eine „Momentaufnahme" darstellt, die einer gesetzlichen Nachbesserung bedürfen wird. Dies gelte vor allem dann, wenn man die vom ESchG abweichenden Regelungen im Ausland betrachtet, NJW 1991, 721, 725.

6 Entschließung Ib-05 „Für Rechtssicherheit bei unerfülltem Kinderwunsch" des 120. Deutschen Ärztetages 2017, S. 213; *Katzorke/Kolodziej*, Reproduktionsmedizin 2001, 325, 330; *Müller-Terpitz*, ZRP 2016, 51.

7 *Diedrich/Hasani*, Gynäkologe 2013, 883, 884, 888; *DGGEF/DGGG/DGRM/BRZ*, Diskussionspapier zu den Vorbereitungen für ein Fortpflanzungsmedizingesetz (FMG), Reproduktionsmedizin 2001, 301; *Gassner u. a.*, Fortpflanzungsmedizingesetz, 2013; *Günther*/Taupitz/Kaiser, ESchG, 2. Aufl., 2014, Kap. B Rn. 66 ff.; *Katzorke/Kolodziej*, Reproduktionsmedizin 2001, 325, 330; *Nationaler Ethikrat*, Genetische Diagnostik vor und während der Schwangerschaft, 2003, S. 9; Schlussbericht der Enquete-Kommission „Recht und Ethik in der modernen Medizin" vom 14.05.2002, BT-Drs. 14/9020, S. 64 ff.

8 Nur ganz vereinzelt wird die Auffassung vertreten, dass eine Gesetzesänderung nicht erforderlich ist, da das ESchG naheliegende Auslegungsspielräume enthalte, die genutzt werden können (*Bals-Pratsch/Dittrich/Frommel*, JRE 2010, 87; *Frommel*, Reproduktionsmedizin 2002, 158; ebenda, JRE 2007, 27). Frommel hält daher eine „Wertungswidersprüche vermeidende Klarstellung" des Sinnes der Vorschriften für ausreichend (*Frommel*, Reproduktionsmedizin 2002, 158).

Aufgrund der bestehenden Defizite des ESchG und vor dem Hintergrund der Bedeutung der Fortpflanzungsmedizin kann ein weiteres Zuwarten des Gesetzgebers kaum länger gerechtfertigt werden, denn wie das oben angeführte Zitat zum Ausdruck bringt, sind die Fortschritte im Bereich der Fortpflanzungsmedizin nicht zu verkennen und aufzuhalten. Es ist daher erforderlich, dass sich diesen vorbehaltlos gestellt und eine abgewogene Entscheidung darüber getroffen wird, welche Techniken und Verfahren unter welchen Voraussetzungen als zulässig anzusehen sind und welche nicht. Sofern dies geschehen ist, kann eine Entscheidung dahingehend getroffen werden, ob eine Änderung des ESchG als ausreichend empfunden wird oder ob die Schaffung eines neuen Fortpflanzungsmedizingesetzes erforderlich oder zumindest vorzuziehen ist.

Die vorliegende Arbeit widmet sich daher der Reformbedürftigkeit des Rechts der Fortpflanzungsmedizin und möchte mit konkreten Regelungsvorschlägen einen Beitrag zur Diskussion leisten.

Die Betrachtung beschränkt sich dabei auf diejenigen Probleme, Techniken und Verfahren im Rahmen der assistierten Reproduktion, die der Überwindung von Sterilität/Infertilität und der Herbeiführung einer Schwangerschaft dienen[9]. Dies stellt einen sinnvollen Zuschnitt dar, da eine eindeutige gesetzliche Regelung in diesem Bereich für die Praxis und die Betroffenen von erheblicher Bedeutung ist. Zudem eröffnet er die Möglichkeit, die entsprechenden Regelungen aus dem strafrechtlich ausgestalteten ESchG herauszulösen und in einem nicht primär strafrechtlich ausgestalteten, neu zu schaffenden Fortpflanzungsmedizingesetz zu regeln. Verfahren und Techniken, die auch oder ausschließlich anderen Zwecken dienen, können somit weiterhin im ESchG oder in anderen strafrechtlich ausgestalteten Gesetzen geregelt werden.

Der Hauptteil der Arbeit gliedert sich in drei Bereiche.

9 Mit erfasst sind dabei auch die Fälle der sog. sozialen Indikation. Eine solche liegt immer dann vor, wenn eine alleinstehende Person oder ein homosexuelles (Ehe-)Paar die Verwirklichung des eigenen Kinderwunsches nicht allein realisieren kann, weil dafür die Beteiligung mindestens einer weiteren Person des anderen Geschlechts erforderlich ist. Siehe dazu Teil 2 Kapitel 3 IV. 2.

Im ersten Teil werden Grundlagen für ein besseres Verständnis der Thematik vermittelt, die für den weiteren Gang der Darstellung von besonderer Bedeutung sind. Kapitel 1 widmet sich den medizinischen Grundlagen. Es ist bewusst schlank gehalten und behandelt nur kurz die wichtigsten Begriffe und Verfahren. Sofern darüber hinaus medizinische Begriffe und Verfahren von Bedeutung sind, werden sie an den relevanten Stellen in der Arbeit erläutert. Kapitel 2 stellt die Entstehungsgeschichte (I.), die Rechtsnatur und Struktur (II.) und die Regelungsinhalte des ESchG (III.) sowie sonstige für die Fortpflanzungsmedizin bedeutsame Regelungen (IV.) vor. Kapitel 3 erläutert, ausgehend von den zum ESchG dargestellten Grundlagen, warum Reformbedürftigkeit gegeben ist (I.) und bisherige Reformbemühungen gescheitert sind (II.).

Im zweiten Teil werden die für die Betrachtung wichtigen, als regelungsbedürftig empfundenen Probleme, Techniken und Verfahren einzeln dargestellt. Einleitend wird der für die Betrachtung gewählte Untersuchungs- und Regelungsgegenstand dargestellt (Kapitel 1), bevor die inhaltliche Auseinandersetzung mit den Problemen, Techniken und Verfahren im Rahmen der Fortpflanzungsmedizin erfolgt. Da die Beantwortung vieler sich im Rahmen der Betrachtung stellender Fragen von dem Status des Embryos abhängt, wird dieser einer näheren Betrachtung unterzogen (Kapitel 2), bevor auf die Voraussetzungen eingegangen wird, die allgemein für die Zulässigkeit der Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Maßnahmen vorliegen müssen (Kapitel 3). Daran anschließend werden die einzelnen als regelungs- und reformbedürftig empfundenen Probleme, Techniken und Verfahren im Rahmen der assistierten Reproduktion dargestellt (Kapitel 4). Zunächst wird die Frage beantwortet, ob die Dreierregel beibehalten werden oder ob man sich dem sog. „deutschen Mittelweg“ anschließen sollte (I.). Aufbauend auf dem gewonnenen Ergebnis wird die Zulässigkeit des sog. elektiven Single-Embryo-Transfers (eSET) untersucht und geprüft, wie mit ggf. entstehenden überzähligen Embryonen umgegangen werden kann (II.).

Nachdem diese grundsätzlichen Punkte dargestellt und aufgelöst wurden, wenden sich die folgenden Abschnitte den Verfahren zu, bei denen die Beteiligung mindestens eines Dritten erforderlich ist. Dabei soll zunächst die allgemein als zulässig, aber bisher gesetzlich nicht ge-

regelte Samenspende (III.) behandelt werden, bevor die bislang als unzulässig angesehene und gesetzlich ausdrücklich verbotene Eizellspende (IV.) behandelt wird. Abschnitt fünf (V.), der das Social Freezing beinhaltet, nimmt eine Sonderstellung in der Betrachtung ein, da es sich weder um eine klassische fortpflanzungsmedizinische Maßnahme noch um eine Maßnahme unter Einbeziehung mindestens eines Dritten handelt. Da es jedoch als Eizellspende an sich selbst verstanden werden kann, wird es an dieser Stelle behandelt. Im Anschluss folgt die Auseinandersetzung mit der anfänglichen Embryonenspende (VI.) und der Ersatz-/Leihmutterschaft (VII.). Abschließend wendet sich das Kapitel der postmortalen Befruchtung (unter Einbeziehung Dritter) zu (VIII.).

Nachdem die regelungsbedürftigen Punkte dargestellt worden sind, folgen im dritten Teil Überlegungen, wie die gewonnenen Ergebnisse umgesetzt werden können. Dazu wird zunächst die Frage beantwortet, warum einem neu zu schaffenden Fortpflanzungsmedizingesetz Vorrang vor einer Reform des ESchG einzuräumen ist (Kapitel 1), bevor konkrete Regelungsvorschläge für das neu zu schaffende Fortpflanzungsmedizingesetz vorgestellt werden, die auf den im zweiten Teil der Arbeit gewonnenen Ergebnissen aufbauen (Kapitel 2).

Teil 1: Grundlagen

Um die im Rahmen dieser Arbeit anzustellenden Überlegungen hinsichtlich der Reformbedürftigkeit des Embryonenschutzgesetzes (ESchG)[10] sowie die im Anschluss daran erfolgenden Reformüberlegungen besser nachvollziehen zu können, sollen im ersten Teil der Arbeit einige medizinische und juristische Grundlagen erörtert werden. Nachdem in der gebotenen Kürze auf die wesentlichen im Rahmen dieser Arbeit relevanten medizinischen Begriffe eingegangen wurde (Kapitel 1), wird ein Überblick über das ESchG und die sonstigen für die Fortpflanzungsmedizin bedeutsamen Regelungen gegeben (Kapitel 2), bevor die anhaltende am ESchG geübte Kritik näher beleuchtet und darauf aufbauend untersucht wird, warum bisherige Reformbemühungen gescheitert sind (Kapitel 3).

10 Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz; ESchG).

Kapitel 1: Medizinische Grundlagen

I. Fortpflanzungsmedizin/Reproduktionsmedizin

Bei der Fortpflanzungsmedizin/Reproduktionsmedizin[11] handelt es sich um ein spezielles, meistens in der Frauenheilkunde angesiedeltes Arbeitsgebiet, das sich mit der Anatomie, Physiologie, Biochemie und Pathologie der Keimorgane und Keimzellen sowie mit der Befruchtung und frühen Embryonalentwicklung beschäftigt[12]. Die Arbeit soll sich dabei auf diejenigen Probleme, Techniken und Verfahren im Rahmen der Fortpflanzungsmedizin beschränken, die der Überwindung von Sterilität/Infertilität dienen und auf die Herbeiführung einer Schwangerschaft abzielen[13]. Dieser Zuschnitt ist sinnvoll, da eine eindeutige gesetzliche Regelung in diesem Bereich für die Praxis und die Betroffenen von erheblicher Bedeutung ist[14]. Techniken und Verfahren, die auch[15] oder ausschließlich anderen Zwecken[16] dienen, bleiben ausgeklammert[17].

---

11 Im weiteren Gang der Darstellung werden beide Begriffe Verwendung finden. Eine inhaltliche Unterscheidung zwischen den beiden Begriffen findet nicht statt.

12 *Günther/Taupitz/Kaiser*, ESchG, 2. Aufl., 2014, D. II. Glossar.

13 Davon nicht umfasst sollen bloße Hormonbehandlungen sowie die Behandlung der für die Fertilitätsstörung oder Sterilität ursächlichen Krankheiten sein.

14 Siehe dazu im Detail Teil 2 Kapitel 1.

15 Zu denken ist hier insbesondere an die Geschlechterwahl (§ 3 ESchG) und die Präimplantationsdiagnostik (§ 3a ESchG). Zwar sind auch diese beiden Verfahren im Ergebnis auf die Herbeiführung einer Schwangerschaft gerichtet, machen den Embryonentransfer jedoch von einem bestimmten Befund abhängig.

16 Zu denken ist hier insbesondere an die künstliche Veränderung menschlicher Keimbahnzellen (§ 5 ESchG), das Klonen (§ 6 ESchG) sowie die Chimären- und Hybridbildung (§ 7 ESchG).

17 Siehe dazu auch Teil 2 Kapitel 1.