

RPG

Band 25 | Heft 1 | 2019

1 | 2019

RECHT UND POLITIK IM GESUNDHEITSWESEN

- **Wissenschaftspreis**
Ein zeitgemäßes Fortpflanzungs-
medizingesetz für Deutschland!
- **Übersicht**
Künstliche Intelligenz in der
Integrierten Versorgung:
Potenzial für den Durchbruch
sektorenübergreifender
Versorgungsmodelle?
- **Zur Diskussion gestellt**
Ärztliches Vergütungssystem
auf dem Prüfstand
- **Mitteilungen der Gesellschaft**

HERAUSGEBER

V. Ulrich
G. Marckmann,
J. Taupitz
E. Wille
G. Ulrich
J. Stoschek (Schriftleiter)

MITHERAUSGEBER

St. Allroggen
B. Brennecke
G. Demmler
R. von Esebeck
St. Huster
O. Kirst
M. Linz
M. Meyer
G. Noelle
U. A. Richter
C. Schmidtke
G. Schulte
K. Schulz-Asche
T. Sorge
A. Tecklenburg
J. Zerth

Autoren des Heftes

Carina Dorneck
Timm Genett
Michael Meyer
Jürgen Stoschek

Carina Dorneck

Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland!*

„Verbreitet das Warten auf ein Fortpflanzungsmedizingesetz“ hallt der immer lauter werdende Ruf nach dem Gesetzgeber durch die Gesundheits- und Rechtswissenschaften. Das Embryonenschutzgesetz (ESchG) – das bis heute das Recht der Reproduktionsmedizin maßgeblich bestimmt – besteht seit seinem Inkrafttreten im Jahr 1991 nahezu unverändert fort. Damit hält das Gesetz schon lange weder den Fortschritten der modernen Medizin noch den gewandelten gesellschaftlichen Wert- und Moralvorstellungen stand. Eine Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts ist dringend angezeigt. Die Gesellschaft hat einen Anspruch auf Gesetze, die dem Stand der Wissenschaft sowie den heutigen Wertvorstellungen entsprechen. Dennoch besteht eine gesetzgeberische Scheu, dieses längst überfällige Projekt in Angriff zu nehmen. Es ist allerhöchste Zeit, dass der Gesetzgeber seiner legislativen Verantwortung gerecht wird. Er ist in der Pflicht, ein umfassendes und vor allem zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz zu schaffen.

I. Ausgangsbefund

„Die höchst umstrittene, der Rechtseinheit nicht genügende Materie bedarf dringend (...) einer durchgreifenden Gesetzgebung. Also: ‚verbreitet das Warten auf ein Fortpflanzungsmedizingesetz‘“.² Mit dieser Aussage brachte im Jahr 2011 einer der Doyens des Medizinrechts, *Adolf Laufs*, die derzeitige Situation des Rechts der Fortpflanzungsmedizin auf den Punkt: Bis heute zeichnet es sich in Deutschland dadurch aus, dass es in verschiedenste Teilregelungen zersplittert und mitunter überhaupt nur fragmentarisch gesetzlich geregelt ist. Es ist zudem inhaltlich lückenhaft und durch den medizinischen

Fortschritt längst überholt.³ Rechtsunsicherheit in weiten Bereichen der Reproduktionsmedizin ist die Folge.

Nichtsdestotrotz ist die gesetzgeberische Scheu bis heute groß, das Recht der Reproduktionsmedizin zu novellieren. Doch der Ruf nach einer Neugestaltung hallt mittlerweile so laut durch die Gesundheits- und Rechtswissenschaften, dass es überaus bedenklich wäre, würde dieser vom Gesetzgeber überhört werden. Bereits im Frühjahr 2013 hat eine Forschergruppe aus Münchner und Augsburger Professoren ein Gesamtkonzept für ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz vorgelegt, den Augsburg-Münchner-Entwurf (AME-FMedG).⁴ Diesem wurde aber auf politischer Ebene bedauerlicherweise nicht die Aufmerksamkeit geschenkt, die ihm gebührt. Erst zwei

Jahre später sprachen sich in einer öffentlichen Anhörung des Gesundheitsausschusses Gesundheits- und Rechtsexperten für eine gesetzliche Klarstellung auf dem Gebiet der Reproduktionsmedizin aus.⁵ Im Jahr 2017 betonte auch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs (BGH) *Bettina Limperg*, dass sich der Gesetzgeber „schleunigst“ mit den offenen Fragen der Fortpflanzungsmedizin befassen müsse. Derzeit entscheide vieles der BGH; es sei jedoch Aufgabe des Gesetzgebers, entsprechende Fragen zu klären.⁶ Dieser Forderung hat sich Ende 2017 die Arbeitsgruppe „Eckpunkte für ein Fortpflanzungsmedizingesetz“ der Nationalen Akademie der Wissenschaften *Leopoldina* mit einem Diskussionspapier ange-

* Bei diesem Beitrag handelt es sich um eine Zusammenfassung der Doktorarbeit der Verfasserin, *Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda*, Baden-Baden 2018.

² *Laufs* MedR 2014, 74; *ders.* ähnlich bereits MedR 2011, 568 (569).

³ *Rosenau* RdM 2014, 188; *Taupitz* in: Günther/Taupitz/Kaiser (Hrsg.), *Embryonenschutzgesetz*, 2014, B.I. Rn. 8 f.; *Müller-Terpitz* ZRP 2016, 51; *Löhnig/Plettenberg* in: Dutta et al. (Hrsg.), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht*, 2015, S. 11 (23).

⁴ *Gassner et al.* Fortpflanzungsmedizingesetz, Augsburg-Münchner-Entwurf, 2013.

⁵ hib 14.10.2015, Rechtslücken in der Reproduktionsmedizin, <https://www.bundestag.de/hib?url=L3ByZXNzZS9oaWVhMjAxNV8xMC8tLzM5MT-gxOA==&mod=mod454590>, zuletzt abgerufen am 12.3.2018.

⁶ <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/79469/Bundestag-muss-sich-um-Reproduktionsmedizin-kuemern>, zuletzt abgerufen am 12.3.2018.

geschlossen.⁷ Diese Arbeitsgruppe bereitet derzeit unter der Leitung von *Jochen Taupitz* ein Papier vor, in dem aus fachmedizinischer, juristischer und ethischer Perspektive dem Gesetzgeber Vorschläge unterbreitet werden, wie bestehende Regelungslücken und Widersprüche aufgelöst werden könnten.⁸

II. Entwicklung und gesellschaftliche Bedeutung des Rechts der Fortpflanzungsmedizin

Es erscheint daher naheliegend, die schon seit längerem bestehenden Bestrebungen nach einem einheitlichen Fortpflanzungsmedizinengesetz wieder aufzunehmen.⁹ Das Embryonenschutzgesetz (ESchG), welches das Recht der Reproduktionsmedizin bis heute maßgeblich bestimmt, trat 1991 in Kraft. Es hält damit schon lange nicht mehr den Fortschritten der Medizin stand. Ebenso wenig vermag es die heutigen gesellschaftlichen Wert- und Moralvorstellungen widerzuspiegeln. Im Laufe der letzten Jahrzehnte änderten sich entsprechend den naturwissenschaftlichen Entwicklungen und der sich daraus ergebenden Möglichkeiten das Bewusstsein und die Einstellung der Gesellschaft gegenüber der Reproduktionsmedizin. Während in den siebziger Jahren die öffentliche Meinung fortpflanzungsmedizinischen Verfahren noch offen gegenüber stand, schlug das Meinungsbild in den achtziger Jahren ins Gegenteil um.¹⁰ Hintergrund waren mitunter nicht erfüllte Erwartungen, die an den technisch-natur-

wissenschaftlichen Fortschritt gestellt wurden. Mit Blick auf den Menschenwürdebegriff des Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG) wurden strenge Regelungen und Verbote gefordert.¹¹ Neben dem 1985 veröffentlichten Bericht der *Benda-Kommission*¹² erschienen eine Vielzahl von Stellungnahmen und Vorschlägen zu möglichen Regelungen in der Reproduktionsmedizin. Auf Forderung des Bundesrats wurde 1987 die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizin“ eingesetzt, die ein Gesamtkonzept zur Regulierung der Fortpflanzungsmedizin ausarbeiten sollte. Ihr Abschlussbericht lag 1988 vor. Der auf diesen Arbeiten aufbauende, von den Grünen und der CSU maßgeblich beeinflusste und von der Regierung beschlossene „Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen“ wurde letztlich mit kleineren Änderungen verabschiedet.¹³ Schließlich trat am 1.1.1991 das bis heute geltende ESchG in Kraft. Während sich die Mehrheit der westlichen Länder den fortpflanzungsmedizinischen Möglichkeiten aufgeschlossen zeigte, entschied sich Deutschland für einen konservativen Weg. Heterologe Insemination, In-vitro-Fertilisation (IVF), Leihmutterchaft und die Embryonenforschung wurden verboten. Horrorszenerarien von der Züchtung eines Designerbabys über die Vorstellung der Frau als Gebärmuttermaschine¹⁴ bis hin zur Reproduktion ganzer Menschen

durch das Klonen wurden seit Beginn der reproduktionsmedizinischen Forschung durch Medien und Literatur heraufbeschworen.¹⁵

Galt das ESchG bei seinem Inkrafttreten noch als „eine realistische Einschätzung und eine tolerable Verbindung von Schutz- und Fördergedanke“;¹⁶ taten sich mit dem rasanten Fortschreiten von Wissenschaft und Technik alsbald Lücken im Gesetz auf. Kaum ein Jahrzehnt nach seinem Erlass monierte das Bundesministerium der Justiz im Zusammenwirken mit dem Bundesministerium für Gesundheit dessen Defizite.¹⁷ Auch die öffentliche Meinung steht reproduktionsmedizinischen Maßnahmen heute wieder offener gegenüber. Gleichwohl gab es bislang kaum nennenswerte Versuche einer umfassenden Novellierung oder aber die unternommenen Bemühungen scheiterten. Der scheinbar unauflösbare Streit um den Status des Embryo in vitro wurde zum Hemmschuh, weil hier neben juristischen Aspekten auch Moral und Ethik maßgeblich sind.¹⁸ Allenfalls punktuell besserte der Gesetzgeber nach, wie die Einführung der Regelung zur Präimplantationsdiagnostik (PID) in § 3a ESchG zeigt.¹⁹ Doch die Frage, ob die PID ein zulässiges Verfahren ist, wurde vom Gesetzgeber auch erst geklärt, nachdem er vom BGH hierzu ausdrücklich aufgefordert wurde.²⁰ In der Rechtswissen-

7 Ein Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, Diskussion Nr. 13, 2017.

8 <https://www.leopoldina.org/politikberatung/arbeitsgruppen/eckpunkte-fuer-ein-fortpflanzungsmedizinengesetz/>, zuletzt abgerufen am 28.12.2018.

9 So auch *Frister* medstra 2016, 321 (322): „Deutschland braucht ein Fortpflanzungsmedizinengesetz“; *Valerius* medstra 2017, 20 (27).

10 *Laufs* in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. 2010, § 129 Rn. 6 ff.

11 *Deutsch/Spickhoff* *Medizinrecht*, 7. Aufl. 2014, Rn. 1048.

12 Die *Benda-Kommission* war eine 1984 eingerichtete, interministerielle und interdisziplinär besetzte Arbeitsgruppe unter dem Vorsitz des ehemaligen Verfassungsgerichtspräsidenten *Ernst Benda*. Sie war maßgeblich an der Vorbereitung von Entscheidungen des Bundestages zum ESchG beteiligt.

13 Zur Entstehungsgeschichte ausführlich *Wurzel/Born* BayVBl. 1991, 705 (707 ff.); *Jofer* *Regulierung der Reproduktionsmedizin*, 2014, S. 53 ff.

14 Mit diesem Wort kritisierte 2010 der ehemalige Augsburger Bischof *Mixa* die Familienpolitik der damaligen Bundesfamilienministerin *von der Leyen* (CDU).

15 Vgl. nur den Roman von *Huxley* *Brave New World* (1932): Mittels physischer Manipulationen von Embryonen und Föten werden die Menschen gemäß den jeweiligen gesellschaftlichen Kasten geprägt, den sie angehören sollen.

16 *Keller* JR 1991, 441 (447).

17 BT-Drs. 13/11263.

18 Einen ausführlichen Beitrag zu den moralischen Fragen im Hinblick auf den Status des Embryos in vitro bietet *Bayertz* in: *Bundesministerium für Gesundheit* (Hrsg.), *Fortpflanzungsmedizin in Deutschland*, 2001, S. 81 ff.; zu den ethischen *Honnefelder* in: ebd., S. 76 ff.

19 BGBl. I 2011 S. 2228.

20 BGH Urt. v. 6.7.2010 – 5 StR 386/09, BGHSt 55, 206 ff.

schaft war die Frage indes schon lange zuvor intensiv diskutiert worden. Zugegebenermaßen stellt eine Reform des Rechts der Reproduktionsmedizin eine legislative Herausforderung dar: Einerseits sind grundsätzliche Fragen aufzuwerfen, wie etwa jene nach der rechtlichen Stellung des Embryos; andererseits werden eine Vielzahl verschiedenartiger Facetten der Biomedizin berührt, die von der verbrauchenden Embryonenforschung bis hin zur Leihmutterchaft reichen. Politiker, Juristen, Mediziner und Ethiker sind hierfür gefordert, eng zusammenzuarbeiten. Aus juristischer Perspektive wurde dem Gesetzgeber ein entsprechender Vorschlag bereits unterbreitet.²¹

Es zeigt sich, dass die Materie von höchster Brisanz ist. Insbesondere für die Ärzteschaft ist das geltende Recht der Fortpflanzungsmedizin von erheblicher Bedeutung, richten Reproduktionsmediziner ihr medizinisches Handeln doch tagtäglich nach dem ESchG aus, um sich nicht in die Gefahr der Strafbarkeit zu begeben oder ihre Approbation zu riskieren. Auch für alle in Deutschland lebenden *fortpflanzungswilligen hetero- sowie homosexuellen Menschen und Paare* kann das Recht der Reproduktionsmedizin Segen oder Fluch sein: Es kann ihnen entweder die Durchführung einer fortpflanzungsmedizinischen Maßnahme (z.T. durch die gesetzliche Krankenversicherung finanziert) ermöglichen, um einen unerfüllten Kinderwunsch zu realisieren. Oder es kann ihnen die Inanspruchnahme versagen, wie etwa durch das Verbot der Eizellspende in § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG. Die fortpflanzungswilligen Personen werden dadurch vielfach gezwungen, hierzulande verbotene Methoden im Ausland in Anspruch zu

nehmen (sog. Befruchtungstourismus) oder gänzlich von ihrem Kinderwunsch abzusehen.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, wie wichtig ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinrecht ist. Im Folgenden sollen drei ausgewählte Probleme präsentiert werden, um zu skizzieren, wie das Recht der Fortpflanzungsmedizin in Zukunft aussehen könnte. Hierzu soll nach einem kurzen Abstecken des maßgeblichen Rechtsrahmens und der Regelungsmaterie (III.), das Verfahren der Leihmutterchaft als bekanntes „klassisches“ fortpflanzungsmedizinisches Verfahren (IV.), das Klonen als missbräuchlich anwendbare Technik (V.) und die Forschung an Embryonen als Möglichkeit zum Umgang mit überzähligen Embryonen (VI.) vorgestellt und auf ihre gesellschaftliche und gesellschaftspolitische Bedeutung hin untersucht werden.

III. Rechtsrahmen und Regelungsmaterie

Das Recht der Fortpflanzungsmedizin wird im Wesentlichen durch die Vorgaben der deutschen Verfassung geprägt. An dieser wäre ein zukünftiges Gesetz zu messen. Daneben beeinflussen europäische Vorgaben wie die Europäische Grundrechte-Charta (EU-GRCh) und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) das nationale Recht.

Von verfassungsrechtlicher Bedeutung ist zunächst Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG. Dieser wurde 1994 eingeführt und räumt dem Bundesgesetzgeber eine umfassende Kompetenz zur Regelung der „medizinisch unterstützte(n) Erzeugung menschlichen Lebens“ ein.²² Zum Zeitpunkt des Erlasses des ESchG bestand eine solche Kompetenz noch nicht, so dass sich auf die strafrechtliche Regelungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Satz 1 GG gestützt

wurde. Dies hatte zur Folge, dass das ESchG als Strafgesetz konzipiert sowie erlassen wurde und dass es heute fast ausschließlich Verbote enthält.²³ Aus diesem Grund wird eine bloße Reform dieses Gesetzes zur zukünftigen umfassenden Normierung der Fortpflanzungsmedizin nicht ausreichen.²⁴ Eine rein strafrechtliche Regelungstechnik ist ungeeignet, weil die Fortpflanzungsmedizin eine Vielzahl von Grundrechten berührt, die es entweder zu schützen oder deren Freiheiten es zu gewähren gilt.²⁵ Zu nennen sind: Die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 1 GG), das Recht auf Ehe und Familie (Art. 6 GG), das Recht auf sexuelle sowie informationelle Selbstbestimmung (jeweils aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und die Forschungsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG). Darüber hinaus kann der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG eine wichtige Rolle spielen. Ein angemessener Ausgleich dieser sich oftmals widersprechenden Rechte und Interessen kann schwerlich in einem strafrechtlichen Gesetz erfolgen. Wirkungsvoller erscheint eine Umsetzung in einem einfachen Gesetz, welches neben der Anerkennung und Zuweisung materieller Rechte, verfahrensrechtliche Ausgestaltungen und flankierende strafrechtliche Absicherungen enthält. Ein solches Regelungsgefüge dient nicht allein dem Schutz der körperlichen Integrität der Beteiligten, sondern kann zugleich ihrer Fortpflanzungsfreiheit und Autonomie gerecht werden.²⁶ Das Transplantationsgesetz (TPG) sowie das Gendiagnostik-

23 *Laufs* (Fn. 9), § 129 Rn. 11.

24 Ebenso *Jungfleisch* Fortpflanzungsmedizin als Gegenstand des Strafrechts?, 2005, S. 100, 135; *Limbeck* Embryonenschutz und Forschung an menschlichen Stammzellen, 2006, S. 66.

25 *Jungfleisch* (Fn. 23), S. 117, 136 f.

26 So schon *Dorneck* pro familia medizin 2017, 1 f.

21 *Gassner et al.* (Fn. 3). Diesen Entwurf analysierend und kritisch hinterfragend *Dorneck* Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda, 2018.

22 *Lindner* ZfL 2015, 10.

gesetz (GenDG) beweisen die Effektivität einer solchen Regelungssystematik.²⁷

Inhaltlich ist in dem Gesetz eine ganze Bandbreite von fortpflanzungsmedizinischen Maßnahmen zu regeln. Zu den klassischen Verfahren der assistierten Reproduktion zählen die künstliche Insemination und die IVF (einschließlich der Möglichkeit der Fremdsamenzellenspende, der Verwendung von Mischsperma sowie der Drei-Eltern-IVF), die PID, die präkonzeptionelle Geschlechtswahl, die Eizellspende, die Embryonenspende, die Leihmutterchaft und die postmortale Verwendung von Keimzellen und Embryonen. Fortpflanzungsmedizinische Techniken, die missbräuchlich angewendet werden können, sind die Keimbahnintervention, das reproduktive sowie das therapeutische Klonen und die Chimären- und Hybridbildung. Schließlich wären bei der Frage, wie mit sog. überzähligen Embryonen umgegangen werden kann – das sind solche, die für Fortpflanzungszwecke erzeugt wurden, hierfür aber aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr in Betracht kommen –, jeweils Regelungen in das Gesetz aufzunehmen, die deren Kryokonservierung, deren Verwendung für andere Fortpflanzungszwecke sowie deren Verwendung im Interesse der Forschung betreffen.

Bereits die Darstellung allein der wesentlichsten Aspekte der genannten Verfahren würde den vorliegenden Rahmen sprengen. Daher sollen hier anhand der Leihmutterchaft, des Klonens und der Embryonenforschung mögliche Regelungsmodelle exemplarisch vorgestellt werden.

27 Zum TPG siehe *Lilie* in: FS Egon Müller, 2008, S. 395 ff.; *ders.*, in: *Medizin – Recht – Ethik, Rechtsphilosophische Hefte*, 1998, S. 89 ff. Zum GenDG siehe *Rosenau* *Journal of Medical Law* (Istanbul) 2013, 227 ff.; *ders.* in: *Duttge/Engel/Zoll* (Hrsg.), *Das Gendiagnostikgesetz im Spannungsfeld von Humangenetik und Recht*, 2011, S. 69 ff.

IV. Leihmutterchaft

Die Frage, ob der Gesetzgeber die Leihmutterchaft in Deutschland zulassen sollte, stellt ein besonders heikles Thema dar. Anders als beispielweise in den USA, wo sich bereits Prominente öffentlich zur Inanspruchnahme einer Leihmutterchaft bekannt haben, steht man diesem reproduktionsmedizinischen Verfahren hierzulande noch immer zurückhaltend gegenüber.²⁸ Gleichwohl mehren sich die Mitteilungen in den Medien, die von deutschen Paaren berichten, die sich im Ausland ihren bislang unerfüllten Kinderwunsch durch eine Leihmutter erfüllen ließen. Aufgrund der daraus folgenden anerkenntnisrechtlichen Problematik werden zunehmend die deutschen Gerichte mit der Thematik beschäftigt. So hatte der BGH im Jahr 2014 zu entscheiden,²⁹ ob das Urteil eines kalifornischen Gerichts anzuerkennen ist, das die Wunscheltern – im konkreten Fall ein schwules Paar – eines von einer Leihmutter geborenen Kindes als dessen rechtliche Eltern feststellte. Der BGH verneinte einen Verstoß gegen den *ordre public* und verpflichtete damit das zuständige hiesige Standesamt zur Nachbeurkundung. In einem ähnlich gelagerten Fall lehnte kurze Zeit später das OLG Braunschweig eine Anerkennung dagegen ab.³⁰ Einziger Unterschied zum vom BGH entschiedenen Fall war, dass die genetische Vaterschaft des Wunschvaters nicht eindeutig feststand.

1. Geltende Rechtslage und Gründe für das Verbot

Abgesehen von dieser divergierenden Rechtsprechung bei der Anerkennung

28 *Zypries/Zeeb* ZRP 2014, 54 (57); *Woitge* JURA 2015, 496 f.

29 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13, BGHZ 203, 350 ff.

30 OLG Braunschweig Beschl. v. 12.4.2017 – 1 UF 83/13, FamRZ 2017, 972 ff.

ausländischer Entscheidungen ist die Rechtslage bezüglich der Leihmutterchaft in Deutschland klar: Sie ist gem. § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG strikt verboten. Flankiert wird das Verbot durch die §§ 13a bis c und § 14b Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVermiG), die bereits im Vorfeld die Vermittlung einer Leihmutterchaft untersagen.³¹

Der Gesetzgeber begründet das Verbot primär mit dem Kindeswohl. Im Interesse des Kindes sollen sog. gespaltene Mutterchaften verhindert werden, bei denen genetische und biologische Mutter³² auseinanderfallen.³³ Es wird befürchtet, dass dem Kind die Identitätsfindung erschwert werde oder es seelische Probleme erleide, wenn es von zwei Müttern abstamme. Zudem intendierte der Gesetzgeber mit dem Verbot, rechtliche Streitigkeiten um das Kind zu vermeiden. Schließlich wird mit der Würde der Beteiligten argumentiert. Weder dürfe das Kind zur Handelsware noch dürfe die Leihmutter zur Gebärmutter degradiert werden.³⁴

2. Gründe für die Zulassung der Leihmutterchaft

Die vorgebrachten Argumente überzeugen heutzutage allerdings nicht mehr. Studien aus Ländern, in denen die Leihmutterchaft bereits ein anerkanntes Verfahren darstellt, belegen, dass die soziale, emotionale und familiäre Entwicklung der durch Leihmutterchaft gezeugten Kinder heterosexueller Paare³⁵ nicht negativ beeinflusst ist. Eine Lang-

31 *Lammers* *Leihmutterchaft in Deutschland*, 2017, S. 49 ff.; *Zimmermann* *Reproduktionsmedizin und Gesetzgebung*, 2011, S. 117; *Woitge* (Fn. 27), 496 (497).

32 Das ist jene Frau, die das Kind gebärt.

33 BT-Drs. 11/5460 S. 9.

34 *Diefenbach* *Leihmutterchaft – Rechtliche Probleme der für andere übernommenen Mutterchaft*, 1990, S. 138, 150; *Lehmann* *Die In-vitro-Fertilisation und ihre Folgen*, 2007, S. 175 ff.; *Christensen* *hll* 2013 Nr. 86, Rn. 57 ff.

35 Für homosexuelle Eltern liegen noch keine Studien vor.

zeitstudie aus Großbritannien zeichnet insgesamt ein positives Bild der psychosozialen Entwicklung der Kinder sowie von deren Eltern-Kind-Beziehung.³⁶ Entscheidend für das Kindeswohl ist nicht die genetische Abstammung, sondern vielmehr eine stabile soziale Familienstruktur und die hinreichende Zuwendung der Eltern.³⁷ Der gleichwohl bestehenden Gefahr, dass die Wunscheltern, egal aus welchen Gründen, die Annahme des Kindes trotz ihres ursprünglichen Kinderwunsches verweigern – wie im medial bekannten Fall *Gammy* aufgrund der Behinderung des Kindes geschehen – ist durch entsprechende gesetzliche Vorschriften vorausschauend entgegenzuwirken.³⁸ Die Tatsache, dass die Rechtslage in diesen Fällen bislang ungeklärt ist, vermag ein Verbot der Leihmutterschaft dagegen nicht zu rechtfertigen. Aufgabe des Rechts ist, Probleme zu lösen, wo sie entstehen. Es darf sich diesen nicht verschließen.

Auch das Würdeargument vermag ein Verbot der Leihmutterschaft nicht zu begründen. Weder spricht die Würde des Kindes noch die der Leihmutter gegen die Zulassung dieses Verfahrens. Die Würde des Kindes wird nicht allein dadurch verletzt, dass es von der Leihmutter in dem Wissen und mit dem Willen geboren wird, es nach der Geburt den Wunscheltern zu übergeben.³⁹ Andernfalls wäre auch all denjenigen Müttern der Vorwurf eines Würdeverstoß zu machen, die ein ungewolltes Kind zwar austragen,

gen, die aber dennoch fest entschlossen sind, es nach der Geburt zur Adoption freizugeben. Im Hinblick auf die denkbare Gefahr, dass das Kind zum Handelsobjekt bzw. zur Ware wird, wenn die Leihmutter *ausschließlich* für die Abgabe des Kindes Geld erhält, könnte durch ein strenges (womöglich strafbewehrtes) Kommerzialisierungsverbot entgegen gewirkt werden.⁴⁰ Die Würde der Leihmutter erscheint ebenfalls nicht gefährdet, jedenfalls dann nicht, wenn sie sich in wirklicher Entscheidungsfreiheit freiwillig, d.h. aus altruistischen Gründen heraus, bereit erklärt, ein Kind für andere Eltern auszutragen. In diesem Fall ist in ihrem Verhalten weder eine Würdeverletzung noch eine Instrumentalisierung zu sehen. Ihr Personsein wird nicht in Frage gestellt. Vielmehr ist in diesem Fall die Entscheidung zur Leihmutterschaft Ausdruck der freien Entfaltung ihrer Persönlichkeit. Ein Verbot der Leihmutterschaft missachtet dagegen die Autonomie und kehrt den Schutz der Grundrechte gegen die Trägerin selbst.⁴¹ Insofern ist das Sich-Bereiterklären, ein fremdes Kind auszutragen, der Teilnahme an medizinischen Studien oder der Lebendorganspende vergleichbar. Den Frauen kann weder aus rechtlicher noch aus ethischer Sicht untersagt werden, nach umfassender Aufklärung und Einwilligung ihre Gebärmutter vorübergehend Dritten zur Verfügung zu stellen. Das insoweit vorhandene Risiko, dass die Leihmutter unfreiwillig handelt, beispielsweise weil sie sich aus einer finanziellen Notlage heraus – womöglich entgegen ihrer inneren Überzeugung – gezwungen fühlt, ihren Körper zur Verfügung zu stellen, kann wiederum durch ein striktes Kommerzialisierungs-

verbot reduziert werden.⁴² Gleichzeitig würde ein solches altruistisch basierte Leihmutterschaften fördern.⁴³ Schließlich streitet ethisch wie juristisch das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung sowie das Familiengründungsrecht der Wunscheltern für die Aufhebung des Leihmutterschaftsverbots.

3. Regelungsmöglichkeit

Damit zeigt sich, dass das Verbot der Leihmutterschaft heute nicht mehr tragfähig ist. Gleichzeitig ist es eine Herausforderung, dieses Verfahren gesetzlich angemessen zu regeln. Feststeht allerdings, dass angesichts der möglichen rechtlichen Streitigkeiten um das Kind eine geeignete Norm nur eine solche sein kann, die die potentiellen Konfliktlagen antizipiert und diese ausreichend berücksichtigt. Aus ethischer Sicht muss die Vorschrift zudem das Interesse des Kindes als oberstes Gebot respektieren. Folgende Regelung erscheint hierfür angemessen: Verfahrensrechtlich sollte zunächst vorgesehen werden, dass eine Leihmutterschaft nur in einem speziell dafür zugelassenen Zentrum durchgeführt werden darf. Diese institutionelle Bindung dient der Gewährleistung der medizinischen Sicherheit und kontrolliert die Einhaltung des Kommerzialisierungsverbots. Darüber hinaus sollte eine Leihmutterschaft erst dann vorgenommen werden dürfen, wenn der notarielle Nachweis vorliegt, dass die zukünftigen Eltern und die Leihmutter von einem Notar über die zivil-, insbesondere die familien- und erbrechtlichen Folgen aufgeklärt wurden und der Leihmutterschaftsvertrag notariell beurkundet ist.⁴⁴

36 *Lammers* (Fn. 30), S. 110 ff., 120 f.; *Dermout u.a.* Human Reproduction 2010, 443 (445 ff.); *Javda u.a.* Human Reproduction 2012, 3008 (3010 ff.); *Imrie/Javda* Reproductive BioMedicines Online 2014, 424 (434).

37 *Rosenau* in: Kaiafa-Gbanti et al. (Hrsg.), *Medically Assisted Reproduction*, 2015, S. 25 (39); *Jofer* (Fn. 12), S. 316 f., die sich gleichwohl gegen die Zulassung der Leihmutterschaft ausspricht.

38 Ebenso *Schleissing* *Recht und Ethik in der Fortpflanzungsmedizin*, 2014, S. 78.

39 *Jofer* (Fn. 12), S. 309; *Lammers* (Fn. 30), S. 157 ff.

40 Ebenso *Jungfleisch* (Fn. 23), S. 298 f.

41 *Reinke* *Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende*, 2008, S. 114; *Hieb* *Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts*, 2005, S. 159 ff.; vorsichtiger *Gärditz*; *ZfL* 2014, 42 (44).

42 *Kreß* *FPR* 2013, 240 (243); *Jungfleisch* (Fn. 23), S. 298 f.; *Coester-Waltjen* in: *Jahrestagung des Deutschen Ethikrates 2014, Simultanmitschrift*, S. 13 (18). Nicht so kritisch eine Kommerzialisierung sehend *Lammers* (Fn. 30), S. 160 ff.

43 *Jungfleisch* (Fn. 23), S. 298 f.

44 Ebenso *Gassner et al.* (Fn. 3), S. 61 ff.

Materiell-rechtlich wäre zu beachten, dass der Leihmutterschaftsvertrag seiner Natur nach nicht als zwingender Vertrag ausgestaltet werden darf, bei dem die gegenseitigen Verpflichtungen rechtlich einklagbar sind. Die Sensibilität der durch Leihmutterschaftsvertrag geregelten Pflichten legt eine rücksichtsvollere Lösung nahe, wenn eine Partei sich trotz des eingegangenen Vertrages von seiner Verpflichtung lossagt. Weigern sich beispielsweise die Wunscheltern, das Kind anzunehmen und ist die Leihmutter daraufhin bereit, das Kind zu behalten, ist nicht einzusehen, den Vertrag dennoch zwangsweise durchzusetzen. Dem Kind ist nicht zuzumuten, bei Eltern aufzuwachsen, die es letztlich nur dulden. An diesem Beispiel zeigt sich deutlich, dass erzwingbare Vertragspflichten zu einschneidend sind. Eine moderatere Lösung des Problems liegt in der Ausgestaltung der Vertragspflichten als unvollkommene Verbindlichkeiten, d.h. in Vertragspflichten, die rechtlich zwar bestehen, aber nicht erzwingbar sind. Durch die Nichtvornahme der versprochenen Handlung werden lediglich Sekundäransprüche ausgelöst. Dies würde beispielsweise bedeuten, dass die Wunscheltern bei Weigerung der Annahme des Kindes verpflichtet werden, sich am Kindesunterhalt zu beteiligen. Will die Leihmutter dagegen das Kind nicht abgeben, so könnte ihr auferlegt werden, jenen Betrag zu erstatten, den die Wunscheltern für die erneute Inanspruchnahme einer fortpflanzungsmedizinischen Maßnahme aufwenden müssen.

Zwar ist zuzugeben, dass auch über die Lösung der unvollkommenen Verbindlichkeiten Probleme auftreten können. Allerdings wird sich bei so sensiblen Themen wie der Leihmutterschaft kaum eine Ideallösung finden lassen. Die hier vorgeschlagene Option erscheint daher am annehmbarsten, um einerseits die Freiheit

der Eltern auf sexuelle Selbstbestimmung nicht zu untergraben und um andererseits die Leihmutter sowie insbesondere das Kind hinreichend zu schützen.

V. Klonen

Ebenso wie die Leihmutterschaft ist die Frage nach der Zulässigkeit des Klonens Gegenstand zahlreicher politischer, gesellschaftlicher, ethisch-moralischer und juristischer Diskussionen. Insbesondere im Hinblick auf die Vertretbarkeit des sog. therapeutischen Klonens herrscht erbitterter Streit. Dieser wurde sogar vor der UNO ausgetragen, ohne dass sich zu einer allgemein akzeptierten Lösung durchgerungen werden konnte.⁴⁵

Unter Klonen wird die ungeschlechtliche Erzeugung eines genetisch identischen Lebewesens bezeichnet.⁴⁶ In der Natur kommt diese Vermehrungsart vor allem bei Einzellern oder Pflanzen vor. Im Tierreich dagegen ist die geschlechtliche Fortpflanzung vorherrschend, wenngleich sich auch hier Klone entwickeln. So ist beispielsweise das Entstehen von eineiigen Zwillingen als Sonderform des Klonens zu verstehen.⁴⁷

Neben den natürlich vorkommenden Klonen besteht die Möglichkeit, Klone auf künstliche Weise zu erzeugen. Beim künstlichen Klonen wird üblicherweise zwischen dem reproduktiven und dem therapeutischen Klonen unterschieden: Ziel des *reproduktiven Klonens* ist, zumindest eine Schwangerschaft oder sogar die Geburt eines Kindes herbeizuführen, dessen Erbgut mit dem eines anderen bereits gezeugten, schon leben-

45 Hierzu ausführlich *Lilie* in: Schreiber/Lilie/Rosenau (Hrsg.), *Globalisierung der Biopolitik, des Biorechts und der Bioethik?*, 2007, S. 91 ff.

46 *Pschyrembel* Klinisches Wörterbuch, 266. Aufl. 2014, Stichwort Klon S. 1105.

47 *Kersten* JURA 2007, 667 (668); *Berger* Embryonenschutz und Klonen beim Menschen – Neuartige Therapiekonzepte zwischen Ethik und Recht, 2007, S. 28.

den oder verstorbenen Menschen identisch ist.⁴⁸ Intention ist, einen zeitversetzt lebenden, eineiigen Zwilling entstehen zu lassen. Das *therapeutische Klonen* hingegen bezweckt nicht die Erzeugung eines vollständigen Individuums. Hier wird lediglich eine Blastozyste (= 6. bis 7. Tag nach der Befruchtung) generiert, um aus dieser für Forschungs- oder Therapiezwecke embryonale Stammzellen zu gewinnen.⁴⁹ Die sich entwickelnde Entität wird dafür nach wenigen Zellteilungen wieder zerstört.⁵⁰ Durch die Untersuchung des Entwicklungsprozesses sollen neue wissenschaftliche Erkenntnisse generiert werden. Zudem besteht die Hoffnung, dass durch therapeutisches Klonen zukünftig die Erzeugung von Zellen und Gewebe für die Therapie von bestimmten Krankheiten, insbesondere von Volkskrankheiten wie Diabetes, Alzheimer oder Parkinson, möglich ist. Der besondere Vorteil dieses Verfahrens wird in der weitgehend genetischen Identität der geklonten Materialien gesehen, von denen sich eine besonders gute Immunverträglichkeit erwartet wird.⁵¹

1. Reproduktives Klonen

Einigkeit besteht, dass das reproduktive Klonen weiterhin ausnahmslos verboten bleiben muss. § 6 ESchG, der für das geltende Recht ein Klonverbot vorsieht, droht jedoch durch neue biotechnologische Entwicklungen unterlaufen zu werden. Umstritten ist, ob das Klonen

48 *Berger* (Fn. 46), S. 42; *Nationaler Ethikrat* Klonen zu Fortpflanzungszwecken und Klonen zu biomedizinischen Forschungszwecken, 2004, S. 12; *Weschka*, Präimplantationsdiagnostik, Stammzellforschung und therapeutisches Klonen, 2010, S. 55.

49 *Nationaler Ethikrat* (Fn. 47), S. 13; *Graumann/Poltermann* Aus Politik und Zeitgeschichte 2004, 23 (24).

50 *Ackermann* in: Bockenheimer-Lucius (Hrsg.), *Forschung an embryonalen Stammzellen*, 2002, S. 27 (29).

51 *Berger* (Fn. 46), S. 67; *Graumann/Poltermann* (Fn. 48), 23 (24); *Kaelin* Biotechnik am Beginn menschlichen Lebens, 2010, S. 46.

mittels Zellkerntransfer-Verfahren unter § 6 ESchG subsumiert werden kann, weil die hier entstehenden totipotenten Zellen weder durch Kernverschmelzung erzeugt noch einem Embryo entnommen wurden und somit an sich von keiner der beiden Tatbestandsalternativen des § 8 Abs. 1 ESchG erfasst werden. Nach § 6 ESchG ist jedoch nur strafbar, wer einen Embryo i.S.d. § 8 Abs. 1 ESchG kloniert.⁵² Diese Lücke wird zwar durch Art. 3 Abs. 2 lit. d EU-GRCh aufgefangen, dem ein umfassendes und für Deutschland verbindliches Verbot des reproduktiven Klonens zu entnehmen ist.⁵³ Dennoch sollte auf nationaler Ebene eine Klarstellung erfolgen.

Zugunsten des Klonverbots zu reproduktiven Zwecken wird eine Vielzahl von Argumenten vorgebracht. Genannt seien hier lediglich die überzeugenden Gesichtspunkte: Das reproduktive Klonen kann zum derzeitigen Zeitpunkt allein schon deshalb nicht zugelassen werden, weil es für die Anwendung beim Menschen noch zu unsicher ist.⁵⁴ Das gesteigerte Risiko für Missbildungen sowie die erhöhte Mortalitätsrate bei den entstehenden Individuen – Erkenntnisse, die auf das Experiment mit dem Klonenschaf *Dolly* zurückzuführen sind – lassen die Anwendungssicherheit als unzureichend erscheinen. Die beiden Ende 2017 geborenen, chinesischen Klonaffen⁵⁵ sind noch zu jung, als dass sie diesen Befund widerlegen könnten. Bei ihnen ist derzeit noch nicht absehbar, ob und welche Spätfolgen aufgrund der Art und Weise ihrer Zeugung entstehen. Gegen das Klonen

ist zudem anzuführen, dass es die Würde des Klons verletzt.⁵⁶ Dem steht nicht entgegen, dass der Klon beim Eingriff selbst noch nicht existiert; denn auch *ante natum* vorgenommene Handlungen können sich *post natum* würdevertend auswirken.⁵⁷ Die objektiv-rechtliche Dimension der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG wirkt insofern vor. Der Würdeverstoß ist darin zu sehen, dass der Klon ausschließlich das Resultat fremden Willens ist. Sämtliche verbleibenden Unwägbarkeiten eines natürlichen oder eines medizinisch unterstützten „natürlichen“ Fortpflanzungsvorganges sind bei seiner Zeugung ausgeschaltet.⁵⁸ Dem Klon werden seine Erbanlagen allein durch Dritte zuteil, wodurch seine Individualität missachtet und menschliches Leben instrumentalisiert wird. Wenngleich zuzugeben ist, dass die Persönlichkeit eines Individuums nicht ausschließlich durch sein genetisches Material determiniert ist, so legt dieses doch seine Rahmenbedingungen, wie beispielsweise die körperliche Konstitution, fest. Werden diese Grundlagen der Entwicklung fremdbestimmt, ist es dem gezeugten Menschen genommen, seine Persönlichkeit auf ein Selbst oder die Natur zurückzuführen. Seine Subjektsqualität wird dadurch prinzipiell in Frage gestellt. Er wird zum bloßen Objekt fremden Willens.⁵⁹ Das reproduktive Klonen ist daher aus ethischer wie juristischer Sicht abzulehnen.

2. Therapeutisches Klonen

So unstrittig die Notwendigkeit eines Verbots des reproduktiven Klonens ist, umso erbitterter ist die Auseinandersetzung hinsichtlich der Zulässigkeit des therapeutischen Klonens. Auch international lässt sich hierzu keine klare Orientierungshilfe finden; Art. 3 Abs. 2 lit. d EU-GRCh gilt nur für das reproduktive Klonen. In Deutschland ist die Gesetzeslage dagegen eindeutiger. Jedenfalls mittels Embryonensplitting ist das therapeutische Klonen aufgrund § 6 Abs. 1 ESchG sowie § 2 Abs. 1 ESchG untersagt. Doch auch dieses Verbot droht durch die oben genannte Problematik beim Zellkerntransfer-Verfahren unterlaufen zu werden. In Anbetracht der bereits benannten Hoffnungen, die das therapeutische Klonen schürt, ist zu diskutieren, ob dieses Verfahren nach dem heutigen Stand der Wissenschaft sowie den gesellschaftlichen Moralvorstellungen zuzulassen ist.

a. Ablehnung des therapeutischen Klonens

Vielfach wird vertreten, dass das therapeutische Klonen untersagt werden muss.⁶⁰ Nach dieser Ansicht beginnt menschliches Leben bereits mit der Kernverschmelzung, so dass auch der Embryo in vitro Schutzobjekt des Art. 1 Abs. 1 GG sei. Argumentiert wird, dass menschliches Leben nicht für therapeutische Zwecke „verbraucht“, d.h. zerstört werden dürfe, weil dies einer Totalinstrumentalisierung gleichkomme. Es sei mit der Menschenwürde nicht zu vereinbaren, Leben nur zum Zwecke eines „Ersatzteillagers“ zu erzeugen und sogleich wieder

52 Zu diesem Streit ausführlich und mit weiteren Nachweisen Dorneck (Fn. 20), S. 197 ff.

53 Hörnle in: Joerden/Hilgendorf/Thiele (Hrsg.), Menschenwürde und Medizin, 2013, S. 765 (766); Mayer RdM 2014, 279.

54 Rosenau in: Schreiber et al. (Hrsg.), Recht und Ethik im Zeitalter der Gentechnik, 2004, S. 135 (140); Berger (Fn. 46), S. 43; Weschka (Fn. 47), S. 237; Fülle Embryonenforschung und Embryonenschutz, 2007, S. 40 f.

55 Liu et al., Cell 2018, 1 ff.

56 Schreiber in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.), Genmedizin und Recht, 2001, Rn. 832; Berger (Fn. 46), S. 72 ff.; Rosenau in: Schreiber/Lilie/Rosenau (Hrsg.), Globalisierung der Biopolitik, des Biorechts und der Bioethik?, 2007, S. 149 (151 f.).

57 Rosenau (Fn. 53), S. 135 (141); Haskamp Embryonenschutz in vitro, 2012, S. 190.

58 Bormann ZfmE 2004, 131 (144); Rosenau (Fn. 55), S. 149 (151 f.).

59 Bormann (Fn. 57), 131 (144); Rosenau in: FS Schreiber, 2003, S. 761 (766).

60 So insbesondere der Nationale Ethikrat (Fn. 47), S. 52 ff., der sich auf die Empfehlung (vgl. S. 103) verständigt, dass das therapeutische Klonen zumindest derzeit noch nicht zugelassen werden sollte. Ebenso Graumann/Poltermann (Fn. 48), 23 (28); Ackermann (Fn. 49), S. 27 (37 f.); Bormann (Fn. 57), 131 (139); Schneider in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 248 (250).

zu zerstören.⁶¹ Außerdem sei das Bedürfnis für dieses Verfahren entfallen, da mittlerweile gleich geeignete Forschungsalternativen zur Verfügung stünden. Es scheint, als könnten sog. induzierte pluripotente Stammzellen (iPS-Zellen) das therapeutische Klonen entbehrlich machen.⁶² Bei dieser Methode werden einfache Körperzellen durch eine Reprogrammierung in einen Zustand zurückversetzt, in dem sie sich wieder in Zellen aller Organe des menschlichen Körpers spezialisieren können.⁶³ Derartige unspezialisierte Zellen mit dem Potential der Differenzierung befinden sich normalerweise nur in den embryonalen Stammzellen früher Embryonen. Unvermeidbar geht mit deren Gewinnung aber die Zerstörung des Embryos einher. Nach Ansicht dieser Meinung sei dies aber gerade aufgrund der Entdeckung von iPS-Zellen nicht mehr notwendig.

b. Befürwortung des therapeutischen Klonens

Wenngleich in Tierversuchen die Reprogrammierung der iPS-Zellen bereits vielversprechend gelungen ist, sollte in Anbetracht des derzeitigen Standes der Wissenschaft diese Methode noch nicht beim Menschen angewendet werden. Zum einen sind die Substanzen, die die Reprogrammierung bewirken, teilweise kanzerogen.⁶⁴ Zum anderen läuft der Reprogrammierungsprozess noch nicht zuverlässig ab. Hierdurch entstehen Genmutationen, wie eine 2014 abgebrochene Studie aus Japan belegt.⁶⁵ Damit wird deutlich, dass die Forschung an iPS-Zel-

len noch nicht so weit ausgereift ist, als dass sie das therapeutische Klonen entbehrlich machen würde.

Auch der Schutz des Embryo in vitro steht einer Zulassung des therapeutischen Klonens nicht entgegen: Abweichend von der noch überwiegenden Meinung ist mit einer zunehmenden Literaturansicht überzeugender, den Beginn menschlichen Lebens erst mit dem Zeitpunkt der Nidation anzunehmen.⁶⁶ Ohne die Einnistung in die Gebärmutter hätte der Embryo nie die Chance gehabt, sich zu einem vollständigen Individuum zu entwickeln. Mit dieser Feststellung ist gleichwohl nicht gesagt, dass der Embryo in vitro völlig schutzlos steht.⁶⁷ Vielmehr ist diesem ein abgestufter, vorwirkender Würdeschutz zu gewähren, der gegen andere Verfassungsgüter abgewogen werden kann. Vorliegend steht der Schutz des Embryos der Forschungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG sowie der Würde der Menschen gegenüber, die sich durch neu zu entwickelnde Therapien Heilung bislang unheilbarer Krankheiten erhoffen. Diese hochrangigen Rechtsgüter überwiegen beim therapeutischen Klonen den Schutz des Embryos in vitro, zumal dieser dabei ausdrücklich mit der Bestimmung erzeugt wird, gerade nicht zu einem Menschen heranzureifen und geboren zu werden. Die biologische Entwicklung des Embryos wird weit vor dessen Nidation abgebrochen. Die kurze Zeit, die das Stadium der Totipotenz durchschritten wird, bevor embryonale Stammzellen gewonnen werden können, ist zwar eine unerwünschte, aber derzeit noch notwendige Stufe.⁶⁸ Ein Menschenwürdeverstoß ist darin dennoch nicht zu erblicken.

c. Regelungsmöglichkeit

Die besseren Argumente sprechen damit für die Zulassung des therapeutischen Klonens. An diese Feststellung, schließt sich allerdings die Frage an, wie dieses zukünftig gesetzlich umzusetzen ist. Zur Schaffung von Rechtssicherheit für die Forscher und zur Verhinderung von Missbräuchen sollte das therapeutische Klonen in einem Fortpflanzungsmedizingesetz explizit geregelt werden.⁶⁹ Es bietet sich eine Ausgestaltung als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt an. Das bedeutet, dass das Verfahren zunächst verboten ist, es aber durch eine behördliche Genehmigung gestattet werden kann, sofern die gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt sind. Als Genehmigungsbehörde in Form einer lizenzierten Institution bietet sich das *Robert Koch*-Institut als zentrale Überwachungs- und Forschungseinrichtung der Bundesrepublik an. Als Voraussetzung für die Genehmigung sollte vorgesehen werden, dass eine Krankheit vorliegt, die auf anderem Wege nicht behandelbar ist und die Therapie auch im konkreten Einzelfall medizinisch angezeigt ist. Schließlich muss sichergestellt werden, dass Missbräuche ausgeschlossen sind. Hierzu sollte bestimmt werden, dass die Weiterentwicklung der erzeugten Embryonen spätestens 14 Tage (nach Vorbild des britischen Rechts) nach ihrer Herstellung abgebrochen wird.

VI. Verwendung überzähliger Embryonen zu Forschungszwecken

Schließlich ist in einem zukünftigen Fortpflanzungsmedizingesetz zu regeln, wie mit überzähligen Embryonen, die im Rahmen reproduktionsmedizinischer Maßnahmen nahezu zwangsläufig anfallen, umgegangen werden kann, insbeson-

61 *Schreiber* MedR 2003, 367 (371); *Limbeck* (Fn. 23), S. 201 ff.

62 *Faltus* MedR 2008, 544; *ders.* DÄBl. 2016, A2144 (A2145); *Kreß* MedR 2015, 387.

63 *Takahashi/Yamanaka* Cell 2006, 663; *Faltus* (Fn. 61), 544.

64 *Faltus* (Fn. 61), 544 (545).

65 *Deutscher Ethikrat* Ad-hoc-Empfehlung Stammzellforschung, 2017, S. 4; *Kaiser* (Fn. 2), A.V. Rn. 230; *Faltus* (Fn. 61), A2144 f.

66 Ebenso *Murswiek* in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 145b; *Di Fabio* in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 72. Lfg. 2014, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Rn. 24 ff.; *Rosenau* (Fn. 58), S. 761 (772 ff.); *Hofmann* JZ 1986, 253 (258 f.).

67 *Schreiber* (Fn. 60), 367 (370).

68 *Rosenau* (Fn. 58), S. 761 (780).

69 *Anders Gassner et al.* (Fn. 3), S. 67 ff.

dere ob diese für Forschungszwecke eingesetzt werden können.

1. Geltende Rechtslage

Die Embryonenforschung ist in Deutschland streng reglementiert. Ziel des ESchG war es, überzählige Embryonen möglichst von Anfang an zu vermeiden, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 ESchG. Soweit dieses Ziel verfehlt wird, greift das Verbot der missbräuchlichen Verwendung von Embryonen aus § 2 Abs. 1 ESchG ein, das die Verwendung von Embryonen zu einem nicht der Erhaltung dienenden Zweck untersagt.⁷⁰ Unter dieses Tatbestandsmerkmal fällt insbesondere der Einsatz von Embryonen zur Forschung. Diese restriktive Rechtslage führt dazu, dass in Deutschland anfallende überzählige Embryonen auf unbestimmte Zeit kryokonserviert bleiben oder endgültig verworfen werden. Gleichzeitig werden für die Forschung aus dem Ausland dort hergestellte embryonale Stammzellen importiert. Eine Doppelmoral, die kaum zu rechtfertigen ist.

Die Forschung an und mit Embryonen sowie embryonalen Stammzellen lässt jedoch große medizinische und therapeutische Fortschritte erhoffen. Insbesondere herrscht hier, ebenso wie beim therapeutischen Klonen, die Zuversicht, aus embryonalen Stammzellen Zellen für Zellersatztherapien entwickeln zu können.⁷¹

2. Rechtfertigung des Forschungsverbots

Trotz dieser erheblichen Chancen wird das Forschungsverbot vielfach als gerechtfertigt angesehen. Gegen die Freigabe von Embryonen zur Forschung wird vor

70 Günther (Fn. 2), C.II. § 2 Rn. 7.

71 Weschka (Fn. 47), S. 71; Schroeder-Kurth in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 228 (231); Brüstle in: ebd., S. 222; Choi Der Umgang mit überzähligen Embryonen in Deutschland und Südkorea, 2010, S. 167; Craig in: Maio (Hrsg.), Der Status des extra-korporalen Embryos, 2007, S. 531 (533).

allem vorgebracht, dass die Gesellschaft damit ein tief in sich verwurzelt Tabu breche, sie sich auf die „schiefe Ebene“ begeben und ihr gattungsethisches Selbstverständnis in Frage stelle. Der Forscher dürfe nicht als „Schöpfer, Herr und Richter“ agieren.⁷² Ferner wird das Lebensrecht und die Würde des Embryos in vitro betont.⁷³ Schließlich wird darauf verwiesen, dass für die Embryonenforschung kein Bedürfnis bestehe, weil mittlerweile gleich geeignete Forschungsalternativen zur Verfügung stünden. Wie im Rahmen des therapeutischen Klonens wird auch hier die Verwendung von iPS-Zellen als erfolgsversprechende Alternative zur Nutzung embryonaler Stammzellen gehandelt.⁷⁴

3. Befürwortung der Forschung

Dieses restriktive Forschungsverbot ist allerdings zu weitreichend. Die Zell- und Gewebedifferenzierung bei menschlichen Embryonen sowie die genetische Codierung sind noch nicht so weit aufgeschlüsselt, als dass eine Grundlagenforschung an embryonalen Stammzellen entbehrlich wäre.⁷⁵ Darüber hinaus ist die Doppelmoral des Forschungsverbots zu kritisieren. Es ist widersprüchlich, die Forschung an „ausländischen“, importierten embryonalen Stammzellen zuzulassen, nicht aber jene an hierzulande erzeugten Embryonen. Ferner streiten die neuen Chancen für die Medizin und damit das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit bislang unheilbar Erkrankter für die Zulassung der Forschung ebenso wie

72 Habermas in: Fleischhacker (Hrsg.), Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 2002, S. 39 (40); Eser UNIVERSITAS 1985, 735 (743).

73 Limbeck (Fn. 23), S. 209 ff.; Keller (Fn. 14), 441 (445); Lehmann ZfL 2008, 106 f.; Spieker, ZfL 2008, 98 (102).

74 Für Nachweise s.o.

75 Weschka (Fn. 47), S. 71; Jofer (Fn. 12), S. 472 ff.; Nationaler Ethikrat Zum Import menschlicher embryonaler Stammzellen, 2002, S. 27 f.; Craig (Fn. 70), S. 531 (536).

die verfassungsrechtlich verbürgte Forschungsfreiheit. Die Forschung zu öffnen würde Deutschland im internationalen Vergleich wettbewerbsfähig machen und es deutschen Forschern ermöglichen, an internationalen Kooperationen teilzunehmen.⁷⁶ Schließlich kann zugunsten der Forschung argumentiert werden, dass der Embryo hierdurch vor dem Schicksal des bloßen Verwerfens bewahrt wird und seiner andernfalls nutzlosen Existenz wenigstens noch ein Sinn gegeben wird.⁷⁷

4. Regelungsmöglichkeit

Nichtsdestotrotz darf der Embryo in vitro nicht zu einem Opfer ungezügelter Forschungstrebens werden. Wenngleich der Embryo richtigerweise erst ab seiner Nidation als menschliches Leben anzusehen ist (s.o.), steht ihm in vitro dennoch ein gewisser Achtungsanspruch zu. Der Respekt vor der keimenden Existenz gebietet es, die Zulassung der Embryonenforschung restriktiv auszugestalten. Dies bedeutet zunächst, dass diese subsidiär sein sollte. Es ist ein gesetzliches Zweckbindungsprinzip zu statuieren, wonach für Fortpflanzungszwecke hergestellte Embryonen grundsätzlich nur für diesen Zweck genutzt werden dürfen. Erst wenn dies endgültig ausgeschlossen ist, kann abweichend hierzu der Einsatz für die Forschung unter strengen Voraussetzungen gestattet werden. Diesbezüglich sollte vorgesehen werden, dass die biologischen Eltern über die Nutzung des Embryos zu Forschungszwecken informiert werden und dieser nicht widersprechen, der Embryo unentgeltlich überlassen wird, die Forschung hochrangigen Forschungszwecken dient und sich der angestrebte wissenschaftliche Erkennt-

76 von Renesse ZRP 2008, 161 (162); Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz Fortpflanzungsmedizin und Embryonenschutz, 2005, S. 114 f.; Günther (Fn. 2), B.IV. Rn. 43.

77 Günther (Fn. 2), B.V. Rn. 80; Fechner JZ 1986, 653 (659); Haskamp (Fn. 56), S. 242.

nisgewinn ausschließlich mit der Forschung an Embryonen erreichen lässt. Zum Schutz des Embryos sind insbesondere die Hochrangigkeit des Forschungsziels, die Unentgeltlichkeit sowie die Subsidiaritätsklausel wichtige Vorgaben. Schließlich sollte auch die Embryonenforschung – genauso wie das therapeutische Klonen – von einer behördlichen Genehmigung abhängig sein. Wiederrum käme das *Robert Koch*-Institut als Genehmigungsbehörde in Betracht.⁷⁸

VII. Fazit

Vorliegend konnte lediglich grob skizziert werden, welcher dringender gesetzlicher Novellierungs- und Handlungsbedarf im Recht der Reproduktionsmedizin besteht.

⁷⁸ Insofern ist dem Regelungsvorschlag von *Gassner et al.* (Fn. 3), S. 73 ff. vollumfänglich zuzustimmen.

Dies zeigen auch die in den letzten Jahren vereinzelt vorgenommenen Nachjustierungen wie etwa die Neuregelung der PID. Diese punktuellen Reformen sind jedoch bei Weitem nicht ausreichend. Der Gesetzgeber darf sich seiner legislativen Verantwortung nicht länger entziehen. Die Gesellschaft hat einen Anspruch auf Gesetze, die dem Stand der Wissenschaft sowie den heutigen Wertvorstellungen entsprechen.

Mit Bedauern ist deshalb festzustellen, dass es der Gesetzgeber noch immer nicht gewagt hat, dieses längst überfällige Projekt in Angriff zu nehmen, obschon es die konsequente Weiterführung der mit der Einführung der PID begonnenen Entwicklungslinie wäre. Hinter die eingangs zitierte Aussage von *Adolf Laufs* ist daher ein Ausrufezeichen zu setzen. Noch immer gilt: „Verbreitet das Warten auf ein Fortpflanzungsmedizinengesetz“!

Autorin:

Dr. iur. Carina Dorneck,
Rechtsassessorin
Wissenschaftliche Mitarbeiterin
Martin-Luther-Universität
Halle-Wittenberg Lehrstuhl für
Strafrecht, Strafprozessrecht
und Medizinrecht Prof. Dr. Henning Rosenau
Universitätsplatz 6
06108 Halle/Saale

Aus der Rechtsprechung

Das Solidarprinzip der Krankenversicherung ist nicht grenzenlos. Das Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen (LSG) hat entschieden, dass Patienten sich an den Kosten einer Behandlung beteiligen müssen, wenn die Krankheitsursache in willkürlichen Veränderungen des eigenen Körpers liegt.

Geklagt hatte eine 46-jährige Frau aus dem Landkreis Hameln-Pyrmont, die eine Schönheitschirurgische Brustvergrößerung als Privatbehandlung durchführen ließ. Sechs Jahre nach dem Eingriff kam es zu Rissen an einem Silikonimplantat und einer Brustentzündung. Die Frau ließ die Implantate durch neue ersetzen, die sie ebenfalls privat bezahlte.

6.400 Euro für die Entnahme der alten Implantate trug zunächst die Kranken-

kasse. Von der Frau forderte sie eine Beteiligung von 1.300 Euro, da das Gesetz eine Kostenbeteiligung von Versicherten bei Folgeerkrankungen nach ästhetischen Operationen zwingend vorsehe.

Die Frau hielt dies für verfassungswidrig. Nach ihrer Ansicht habe die Entwicklung der Schönheitschirurgie dazu geführt, dass Brustimplantate völlig normal und üblich seien. Es sei gesellschaftlich etablierter ästhetischer Standard, sich hübsch, sexy und begehrenswert zu präsentieren. Abweichungen würden als Makel und psychische Beeinträchtigung empfunden. Außerdem sei die Zahl der Krankheitsfälle nach Schönheitschirurgischen Eingriffen deutlich geringer als nach Sport-, Freizeit- oder Sexunfällen.

Dieser Sichtweise vermochte sich das LSG nicht anzuschließen. Grundsätzlich zahle die Krankenkasse notwendige

Leistungen nach dem Solidarprinzip ohne Rücksicht auf die Krankheitsursachen. Der Gesetzgeber habe jedoch Ausnahmen bei ästhetischen Operationen, Tätowierungen und Piercings geregelt. Dies sei verfassungsrechtlich zulässig um die Solidargemeinschaft vor unsolidarischem Verhalten Einzelner zu schützen. Ob die Inanspruchnahme der Schönheitschirurgie mittlerweile normal sei, spiele keine Rolle. Entscheidend sei allein, dass diese Behandlungen medizinisch nicht erforderlich seien. Gemessen am Grad des Verschuldens und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Frau sei eine Kostenbeteiligung in Höhe der steuerlichen Belastungsfreigrenze angemessen. Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 28. Januar 2019 – L 16 KR 324/18

26. Mitgliederversammlung der GRPG und wissenschaftliches Symposium

Die Akteure im Gesundheitswesen sehen sich derzeit mit einer Fülle neuer Gesetzesvorhaben und Initiativen konfrontiert, was den Überblick nicht gerade erleichtert, berichtete der Präsident der GRPG, Professor Volker Ulrich, bei der Mitgliederversammlung am 21. Februar 2019 in Berlin. Dazu gehören unter anderem das Terminservice- und Versorgungsgesetz (TSVG), das Gesetz für mehr Sicherheit in der Arzneimittelversorgung (GSAV) und das Pflegepersonal-Stärkungs-Gesetz (PpSG).

Geplant sind außerdem ein Implantateregister-Errichtungsgesetz, ein Gesetz zur Organspende (GZSO) und ein Psychotherapeutenausbildungsreformgesetz. Auch beim Thema Digitalisierung im Gesundheitswesen drücke Bundesgesundheitsminister Jens Spahn „aufs Tempo“, so Ulrich. Die GRPG, die in diesem Jahr auf ihr 25jähriges Bestehen blicken kann, werde die gesundheitspolitische Entwicklung weiterhin als Ideengeber kritisch begleiten.

Zu Beginn des Jahres 2019 zählte die GRPG insgesamt 210 Mitglieder, darunter 25 Firmen/Körperschaften und zwei Patientenverbände. Für die Mitgliedergewinnung sei die persönliche Ansprache nicht nur besonders wichtig, sondern vor allem auch erfolgversprechend, betonte Ulrich in seinem Rechenschaftsbericht. Um eine GRPG-Mitgliedschaft auch für junge Leute attraktiver zu machen, wurde im vergangenen Jahr ein Jahresmitgliedsbei-

trag für Studierende in Höhe von 75 Euro eingeführt. Zudem tritt die GRPG inzwischen in allen relevanten sozialen Medien, wie Facebook, Xing, LinkedIn und Twitter, auf.

Im vergangenen Jahr veranstaltete die GRPG als Alleinveranstalterin zwei erfolgreiche Tagungen: Das Symposium „Wieviel Europa verträgt unser Gesundheitswesen“ unter der Leitung von Professor Eberhard Wille am 23. Februar 2018



Der 23. Wissenschaftspreis der GRPG ging an Dr. Carina Dorneck und Dr. Maximilian Kreßner (beide mit Urkunde) überreicht durch Professor Volker Ulrich (links) und den Sponsor des Preisgeldes der Firma Servier Deutschland GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Oliver Kirst (rechts).

beim Verband der Privaten Krankenversicherung in den Räumen der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung DGUV in Berlin und das 6. GRPG-Abendgespräch „Was bringt die angekündigte Reform der ambulanten Honorarordnungen der Gesetzlichen und Privaten Krankenversicherung und wem nützt sie?“ am 7. November 2018 in der Deutschen Parlamentarischen Gesellschaft in Berlin, auf Einladung durch Kordula Schulz-Asche, MdB und moderiert von Gerhard Schulte.

Darüber hinaus beteiligte sich die GRPG als wissenschaftlicher Partner am gemeinsamen Symposium mit der gevko GmbH „2 Jahre E-Health-Gesetz – Vision und Wirklichkeit von AMNOG bis vesta“ am 11. und 12. September 2018 in Berlin sowie am gemeinsamen Symposium des Deutschen Roten Kreuzes „Strategische Vorausschau im gesundheitlichen Bevölkerungsschutz – Hat der Rettungsdienst eine Langfristperspektive?“ am 20. und 21. November 2018 in der Hauptstadt-Repräsentanz DRIVE der Volkswagen AG, Berlin.

Ein weiterer Punkt auf der Tagesordnung der Mitgliederversammlung im Hotel Meliá war die Neuwahl des Präsidiums sowie die Verleihung des 23. Wissenschaftspreises der GRPG bei der Abendveranstaltung.

Als Nachfolgerin von Dipl. Ing. Susanne Moser wurde Dipl.-Volkswirtin Gaby Ulrich zur Generalsekretärin gewählt. Neue Beisitzer im GRPG-Präsidium wurden Professor Guido Noelle (Digitale Gesundheit), Professor Stefan Huster (Juristen), Dr. Gertrud Demmler (Versicherungen), MdB Timo Sorge (Politik) und Professor Claudia Schmidtke (Patienten/Verbraucher). Die GRPG dankte den bisherigen Präsidiumsmitgliedern (Susanne Moser, Dr. Helmut Platzer, Professor Gisela Fischer, MdB Karin Maag, Professor Günther Schneider, Professor

Arno Elmer) für ihr langjähriges Engagement.

Als Termin für die nächste Mitgliederversammlung wurde der 13. Februar 2020 in Berlin festgelegt. Das wissenschaftliche Symposium in Verbindung mit der Mitgliederversammlung findet dann am 14. Februar 2020 statt.

Der 23. Wissenschaftspreis der GRPG wurde in diesem Jahr an Dr. Carina Dorneck für ihre Dissertation „Das Recht der Reproduktionsmedizin in Deutschland de lege lata und de lege ferenda. Eine Analyse zum AME-FMedG“ und an Dr. Maximilian Kreßner für seine Dissertation „Gesteuerte Gesundheit – Grund und Grenzen verhaltenswissenschaftlich informierter Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention“ vergeben.

Dr. Carina Dorneck setzt sich in ihrer Dissertation mit den Fragen auseinander, wo im Bereich der Fortpflanzungsmedizin legislativer Handlungsbedarf besteht und wie dieser rechtlich umgesetzt werden könnte. Dabei werden nicht nur die klassischen Verfahren der Reproduktionsmedizin beleuchtet, wie die In-vitro-Fertilisation, die Samen- und die Eizellspende oder die Leihmutterchaft. Die Arbeit widmet sich auch Verfahren, die im Bereich der Fortpflanzungsmedizin missbräuchlich angewendet werden könnten, etwa die Keimbahnintervention, die Chimären- und Hybridbildung oder das Klonen. Auch die Problematik, ob die zwangsläufig entstehenden überzähligen Embryonen beispielsweise für Forschungszwecke genutzt werden könnten, wird nicht ausgespart.

Dr. Maximilian Kreßner erörtert in seiner Dissertation die verfassungsrechtliche Aufarbeitung von Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention, die Fragen präventiver Staatstätigkeit aufwerfen. Dabei geht es nicht nur um staatliche Kontrolle und Reglementierung des Bürgers und seines Verhaltens. Es stellen sich

auch spezifische Probleme gesundheitlicher Verhaltenssteuerung. Die Arbeit wirft insgesamt einen Blick auf die verschiedenen Steuerungsinstrumente, mit denen der gesundheitsfördernde Staat versucht, seinen Bürgern ein gesünderes Leben zu ermöglichen und sie zu einem entsprechend gesundheitsförderlichem Verhalten zu bewegen.

Der Wissenschaftspreis, der bevorzugt an Nachwuchswissenschaftler vergeben wird, ist mit 2500 Euro dotiert und wurde in diesem Jahr wiederum von der Firma Servier Deutschland GmbH übernommen.

Auf der anschließenden Abendveranstaltung hielt Professor Jonas Schreyögg (Universität Hamburg und Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen) die Dinner Speech zum Thema „Herausforderungen und Lösungen für die Zukunft der medizinischen Versorgung in Deutschland“. Die Abendveranstaltung wurde abgerundet durch einen Rückblick des Ehrenpräsidenten Professor Alexander P.F. Ehlers auf 25 Jahre GRPG.

Am wissenschaftlichen Symposium am 22. Februar in den Räumen des AOK Bundesverbands über „Künstliche Intelligenz und die Zukunft der medizinischen Versorgung“ nahmen mehr als 80 Zuhörer teil. Unter der Moderation des GRPG-Vizepräsidenten Professor Georg Marckmann referierten Christian Klose (BMG), Reinhard Karger (DFKI), Professor Arno Elmer (Innovation Health Partners GmbH), Martin Litsch (AOK Bundesverband), Dr. Anna Bauer-Mehren (Roche Diagnostics GmbH) und Dr. Michael Meyer (Siemens Healthineers).

Autor:
Jürgen Stoschek
Geroldsreuth 61
95179 Geroldsgrün