

# Monika Frommel

## Die Menschenwürde des Embryos in vitro

In der letzten Legislaturperiode prallten in der Bioethik-Debatte kontroverse Positionen ohne Aussicht auf einen pragmatischen Kompromiss aufeinander. Charakteristisch ist die Debatte um die Präimplantationsdiagnose. Diese Verfahren sind insbesondere für genetisch hochbelastete Paare bedeutsam, da sie ansonsten nur sehr geringe Chancen haben, auf künstlichem Wege ein Kind zu bekommen. Gleichwohl meint die Mehrheit der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages,<sup>1</sup> man möge »andere zumutbare Auswege« finden und auf die künstliche Erzeugung von Embryonen ganz verzichten. Wenn Methoden der genetischen Früherkennung von Krankheiten einmal zugelassen seien, habe dies einen Dammbrucheffekt. Die Zumutbarkeitsprüfung wird also aus der abstrakten Perspektive Unbeteiligter gestellt und ohne Rücksicht auf die individuelle Situation Betroffener beantwortet. Ob dies eine angemessene Abwägung zwischen Reproduktionsfreiheit und Lebensschutz ist, wird im Folgenden mit Blick auf die mittlerweile konsensfähig geregelte negative Reproduktionsfreiheit (Abtreibung) behandelt. Die Minderheit der Enquete-Kommission vertritt demgegenüber eine Position, die sorgfältig alle Interessen abwägt und davon abrat, ausgerechnet hochbelasteten Paaren in einer ihre Identität prägenden Problematik Sonderpflichten aufzuerlegen.

Eigentlich wäre zu erwarten gewesen, dass der Zusammenhang zwischen positiver und negativer Reproduktionsfreiheit und damit auch die Verbindungslien zwischen Embryonenschutzgesetz (ESchG) und Abtreibungsdebatte gesehen und einleuchtend geklärt werden. Im Folgenden soll daher spiegelbildlich zur Abtreibungsfrage das Recht jeder Frau auf eine de lege artis durchgeführte, wohnortnahe und optimale IVF-Behandlung zum Ausgangspunkt einer liberalen Interpretation der Prinzipien Lebensschutz und Antidiskriminierung genommen werden.

### I. Einleitung

Eine vollständige moralische Argumentation sollte methodisch drei Elemente aufweisen. Die relevanten Kriterien für die zu treffende Entscheidung sollten

- universalisierbar,
- kontextorientiert und in ihren
- Folgen bedacht sein.

Wann wir von menschlichem Leben reden, scheint mir – trotz der rhetorischen Gefechte um diese Frage – letztlich wenig umstritten zu sein. Die Universalisierbarkeit macht uns also wenig Probleme. Schon im *Vorkernstadium*, also vor der später

<sup>1</sup> Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 14/9020, 112. Vgl. ferner Ute Sacksofsky, Der verfassungsrechtliche Status des Embryo in vitro, 2001.

erfolgenden eigentlichen Kernverschmelzung liegt die Erbinformation des potenziellen menschlichen Lebens vor. Ganz mutwillig sollte also nicht einmal in diesem frühen Stadium erzeugt, untersucht und ggf. verworfen oder weiterentwickelt werden. So sieht es auch das Embryonenschutzgesetz (ESchG), das verlangt, dass in jedem Einzelfall eine Absicht vorliegt, mit Hilfe dieser Techniken eine Schwangerschaft bei der Frau zu erzielen, von der die Eizelle stammt.<sup>2</sup> Eizellen dürfen zwar nach den Maßstäben des geltenden Rechts auf Vorrat imprägniert (da es sich nur um Befruchtungsversuche handelt, die vor der Kernverschmelzung gestoppt werden) und Embryonen dürfen auf Probe (unter dem Vorbehalt, dass sie zur Implantation geeignet sind) befruchtet werden.<sup>3</sup> Lebensschutz und Freiheitsrechte sind ausbalanciert. Aber JuristInnen und PolitikerInnen streiten über die Gewichte. Wer Freiheitsrechte einschränken will, betont den Status des Embryo, versucht also, mit verfassungsrechtlichen Argumenten Strafrecht extensiv zu Lasten der ÄrztInnen und Patientinnen auszulegen. Aber im Kern sind die Maßstäbe weitgehend klar. Es ist möglich, liberal und angemessen zu argumentieren.

Konsensfähig ist ferner, dass die nächste Stufe der menschlichen Entwicklung sowohl moralisch als auch rechtlich sehr bedeutsam ist: die *Kernverschmelzung* bzw. die entsprechenden Manipulationen beim Klonen (was in Deutschland strikt verboten ist). Und schließlich bestreitet niemand mehr, dass es sinnvoll ist, erst mit der *Nidation* eine weitere Schwelle anzunehmen, da dann der Embryo nicht mehr künstlich am Leben gehalten werden muss, sondern von sich aus lebt und an seiner Entwicklung durch aktives Tun gehindert werden muss, falls die Schwangere nicht Mutter werden will. Abtreibung ist somit als aktives Handeln etwas anderes als der Verzicht darauf, einen Embryo *in vitro* auf die Frau zurückzuübertragen. Das eine ist – unter bestimmten Voraussetzungen (Beratung oder Indikation) strafloses Tun, das andere immer strafloses Unterlassen, da es keine Pflicht zur Erhaltung des Embryos außerhalb des Mutterleibes – sozusagen zum Lebensschutz um jeden Preis – gibt. Nur mutwillig darf man nicht mit menschlichem Erbgut umgehen. Ansonsten ist nicht schon das *Absterbenlassen* eines Embryo *in vitro* zu legitimieren, sondern erst seine *Verwendung* zu Forschungszwecken oder solchen Zielen, die in Richtung positive Eugenik führen könnten. Auch dieser Gedanke prägt das geltende Recht (etwa das Verwendungs- und damit Forschungsverbot in § 2 ESchG) und erklärt den erbitterten Streit um Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik (PND und PID oder englisch PGD = Preimplantation Genetic Diagnosis).<sup>4</sup>

Auch bei der Frage der Zulässigkeit einer Abtreibung und der *Unterscheidung zwischen verbotener positiver und in Ausnahmen erlaubter negativer Eugenik* haben

<sup>2</sup> Nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG ist strafbar, wer es unternimmt, eine Eizelle *zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt*. Noch früher setzt die Strafbarkeit in Abs. 2 ein, nämlich bereits mit einem *künstlich bewirkten Eindringen der Samenzelle* (Vorkernstadium). Diese Konstruktion zeigt, dass der Lebensschutz *in vitro* sehr früh ansetzt, nämlich bereits mit dem Beginn des Befruchtungsvorganges (Unternehmensdelikte – diese bestraft bereits den Versuch wie eine Vollendung, vgl. die Formulierung: »wer es unternimmt...«).

<sup>3</sup> Dies ist zwar nicht ganz unbestritten. Aber letztlich ist es strafrechtsdogmatisch klar, dass die zur Straflosigkeit führende Absicht (vgl. Fn. 2) im Sinne des Embryonenschutzgesetzes auch dann zu bejahen ist, wenn man noch nicht weiß, ob man das Ziel (Schwangerschaft) tatsächlich bei jedem der befruchteten Eizellen (= Embryo) erreichen kann. Man muss die Schwangerschaft nur realistisch anstreben. Kognitive Zweifel sind also erlaubt, wenn ein unbedingter Wille besteht. *Also dürfen de lege lata auch mehr Embryonen erzeugt als implantiert werden*. Ansonsten funktioniert eine Behandlung nämlich nicht bzw. nur um den Preis von Mehrlingsschwangerschaften. Eine *Auswahl* ist zulässig. Aber das Embryonenschutzgesetz sieht Einschränkungen vor, weil es – anders als andere Rechtsordnungen – überzählige Embryonen nach Möglichkeit vermeiden will. Nach dieser Logik erschwert man die Behandlung, um Anreize für die Forschung zu nehmen: ein hilfloses Unterfangen in einer globalisierten Welt.

<sup>4</sup> Hans Schub, Wer hat da am Rat gedreht?, Die Zeit – Wissen 35/2002 zeichnet die Mischung aus Ethik-Debatte und der Instrumentalisierung von Expertengremien sehr realistisch nach. Ferner die Politisierung von Selbstverwaltungsgremien wie die BÄK.

wir weniger Dissens bezüglich der Maßstäbe als Probleme bei der Beschreibung des jeweiligen Kontextes und der Folgen. Zwar wird die Zulässigkeit der Abtreibung kontrovers debattiert, aber mittlerweile ist das flexible Schutzkonzept des geltenden Rechts auch Bestandteil der mehrheitlich konsensfähigen moralischen Überzeugungen. Allenfalls in Randbereichen gibt es noch Dispute. Insgesamt hat so etwas wie ein *kollektiver Lernprozess* stattgefunden.<sup>5</sup> Wir können mit der unvermeidbaren Differenz ethischer Überzeugungen sozialverträglich umgehen. Dabei spielte eine Rolle, dass wir in einer Kultur leben, in der moralische Regeln und Prinzipien nicht rigide, sondern eher relativierend, abhängig von der jeweiligen Situation und dem Kontext, formuliert werden. Die Abtreibungsreform konnte nur deshalb so erfolgreich sein, weil sie die Überzeugungskraft einer kontextorientierten und folgenorientierten Moral in einem für alle lebenswichtigen Bereich eindrucksvoll etabliert hat. Alle modernen Rechtskulturen haben sich vergleichbaren Standards angeschlossen und erreichen (mehr oder weniger) dieselben Ziele über letztlich austauschbare Regelungen. Angestrebt wird – auf eine der jeweiligen Kultur angemessene Weise – eine praktische Konkordanz von *Lebensschutz auf der einen und Achtung der Persönlichkeitsrechte der betroffenen Frau auf der anderen Seite*. Das ungeborene Kind wird mit ihr, nicht gegen sie geschützt. Es ist ein wertvolles Gut, aber gegen den Willen der Schwangeren hat es in der deutschen Rechtsordnung kein durchsetzbares Recht. Also ist die Rede vom Lebensrecht letztlich metaphorisch.

Im Falle einer IVF-Therapie kollidieren ganz unterschiedliche *situationsspezifische Handlungsgebote*. Der Arzt oder die Ärztin soll eine möglichst gute Baby-take-home-Rate erzielen, dabei aber keine vermeidbaren Mehrlingsschwangerschaften riskieren. Außerdem soll er oder sie möglichst wenig Embryonen herstellen (als ein Gebot unserer strafrechtlich verankerten Gattungsethik). Kaum einer der Teilnehmer am biopolitischen Diskurs macht sich die Mühe, die empirischen Handlungsbedingungen für Ärzte, die diese Ziele umsetzen sollen, konkret zu beschreiben und Alternativen zu analysieren; denn würden sie dies tun, würden sie entweder das Embryonenschutzgesetz liberalisieren oder – wie hier vorgestellt werden soll – liberal auslegen, da nämlich die herkömmliche Lesart des Embryonenschutzgesetzes in Deutschland zur Zeit keine optimale Behandlung ermöglicht. Immerhin betrifft dies ca. 60–70 Tausend Frauen im Jahr. Noch einseitiger wird die empirische Situation einer genetischen Untersuchung vor der Implantation erörtert. Ich verkenne nicht, dass Abtreibung und IVF-Therapie zwei unterschiedliche Handlungsfelder sind. Aber beide betreffen Reproduktionsentscheidungen und verlangen eine je kontextorientierte Moral. Daher sollen im Folgenden die gesellschaftlichen Veränderungen kurz gestreift werden, die einerseits ein liberales Abtreibungsrecht tragen, andererseits aber auch die fast unlösbare Kontroverse über die Möglichkeiten und Grenzen der Reproduktionsmedizin ausgelöst haben.

<sup>5</sup> Wie lange dieser Lernprozess gedauert hat und wie eigensinnig diejenigen, die nicht professionell an Kompromissen interessiert sind, debattiert haben, beschreibt Jürgen Gerhards, Diskursive versus liberale Öffentlichkeit, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Heft 1/1997, S. 1–34; aus der Perspektive einer beschreibenden Soziologie moralischer Entwicklungen ferner Rainer Döbert, Soziale Integration durch Argumentation/Verhandeln oder durch dritte Instanzen (Gerichte)? Ein verfahrenstheoretischer Blick auf die Auseinandersetzung um den § 218 in den 70er Jahren, in: van den Daele/Neidhardt (Hg.), Kommunikation und Entscheidung. Jahrbuch des WZB 1996, S. 327–370.

## II. Ethische Bedenken gegen die Ausweitung biomedizinischer Techniken

### A. Einstellung der Bevölkerung – empirische Studien zum Einstellungs-wandel innerhalb der letzten drei Jahrzehnte

In einer groß angelegten Untersuchung haben *Nunner-Winkler* und *Marion Nikele<sup>6</sup>* die Einstellung der Bevölkerung zu ausgewählten sozialen Normen untersucht. Auffällig sind erhebliche alters- und geschlechtsspezifische Besonderheiten, daher fragen die Autorinnen, ob es eher Geschlechts- oder Altersunterschiede sind, die den grundlegenden sozialen Wandel der letzten Jahrzehnte erklären. Ihre Ergebnisse widerlegen die These einer geschlechtsspezifischen Moralbegründung (feministische Differenzthese) und belegen stattdessen auffällige *Generationenunterschiede*, neben denen die allenfalls geringfügigen Geschlechterunterschiede nicht so bedeutsam sind, wie oft unterstellt wird. Befragt wurden 65–75 Jahre alte und 20–30 Jahre alte Personen zu umstrittenen Normen der Familien- und Geschlechterordnung, ferner zu Umwelt, Politik und Religion. Es zeichnet sich ein (teilweise auch nach Geschlecht differenzierender<sup>7</sup>) gesellschaftlicher Wandel ab, der sich mit den Stichworten: Individualisierung, Abbau von starren Geschlechtsrollenstereotypen und einer auffälligen Flexibilität in moralischen Urteilen bei den Jüngeren umschreiben lässt.

Biomedizinische Fragen betreffen einen anderen Kontext, und sie lassen sich im Längsschnitt noch nicht empirisch beobachten, da sie erst in jüngster Zeit so große Beachtung gefunden haben. Im öffentlichen Diskurs spielt die »Würde des Embryo in vitro« – entgegen der üblichen Sicht bei der Abtreibung – bereits bei Fragen der Ausweitung der Biomedizin eine unerwartet große Rolle.<sup>8</sup> Es ist daher zu vermuten, dass jüngere Frauen (insofern noch Nichtbetroffene) eher dazu tendieren, Eltern kein »Recht auf ein genetisch gesundes Kind« zuzuschreiben, während sie bei der Abtreibung dem Foetus kein durchsetzbares Lebensrecht zubilligen. Die Paradoxie wird unübersehbar, wenn man politische Moral-Debatten und individuelle Verhaltensstile vergleicht. Die gestiegene moralische Sensibilität korrespondiert nicht mit dem tatsächlichen Verhalten in Situationen eigener Betroffenheit. In der konkreten Situation, als Mutter die Verantwortung für ein Kind zu übernehmen, das entweder unheilbar krank oder zumindest wesentlich mehr Pflege und Aufmerksamkeit als üblich erfordern würde, reagiert die überwiegende Mehrzahl der Schwangeren ganz eindeutig: Sie stehen sowohl der Pränataldiagnose als auch einer anschließenden Abtreibung nach der Beratungslösung umso positiver gegenüber, desto konkreter ihre Erfahrungen sind.<sup>9</sup> Politiker und behandelnde Ärzte haben daher in ihrer jeweiligen Berufs-praxis mit der jeweiligen anderen Seite der Medaille zu tun.

Während die Abtreibungsdebatte in den letzten Jahren entmoralisiert worden ist (und auch nicht remoralisiert werden kann), wird die Frage des moralischen Status von

<sup>6</sup> Moralische Differenz oder geteilte Werte? Empirische Befunde zur Gleichheits-/Differenz-Debatte, in: Bettina Heintz (Hrsg.), Sonderheft der KZSS 14/2001 (Geschlechtersoziologie), 108 ff.

<sup>7</sup> Durchgängig sind die Geschlechterunterschiede gegenüber den Generationsunterschieden vernachlässigbar. Junge Frauen drücken den sozialen Wandel aber deutlicher aus als junge Männer.

<sup>8</sup> Exemplarisch sei hier die ausführliche Arbeit von *Katrin Braun*, Menschenwürde und Biomedizin. Zum philosophischen Diskurs der Bioethik, 2000, genannt. In der Kritischen Justiz (KJ 3/2000, 325 ff.; 332 ff.; 341 ff.) findet sich ein Disput zwischen *Frommel/Frankenberg* und *Braun* zu ihrer Rede vom Menschenrecht und Menschrechtsrecht. Menschrechte sind gattungsethische Überlegungen, die entweder als Staatsziel (vgl. Art. 20 a GG – Umwelt- und Tierschutz) oder, wie der Embryonenschutz, als Prinzipien verfassungsrechtlich bedeutsam sind. Menschenrechte hingegen sind Abwehrrechte von Grundrechtsträgern gegen den Staat und – über die Rechtsfigur der Dritt-wirkung – auch gegen andere Menschen. Die Vermischung ist fatal. Im politischen Diskurs wird beides vermengt, besonders auffällig von *Monika Knoche*, vgl. etwa in: TAZ – Wissenschaft – vom 17. 5. 2002.

<sup>9</sup> Belege bei *Faßbender* NJW 2001, 2745 (2749).

Embryonen in vitro in Deutschland insbesondere von Frauen, die sich feministischen Argumenten zugänglich erweisen, nach völlig verschiedenen Maßstäben und in meinen Augen geradezu verbissen unter dem Aspekt eines »feministischen Lebensschutzes« für Embryonen in vitro geführt. Wobei ein neuer Ton die maternalistische Politik der Stellvertreterinnen kennzeichnet. Den Frauen, um die es geht, nämlich denjenigen, die einen unerfüllten Kinderwunsch äußern, wird tendenziell und ohne Empfinden für die Anmaßung, die hinter dieser Haltung steht, eine Fixierung auf Ehe, Familie und Fürsorge für Kinder unterstellt und ein Leben ohne Kinder bzw. die Adoption empfohlen; ein Politikstil, den dieselben Frauen sich ansonsten – würde er von Männern praktiziert – verbitten würden.<sup>10</sup> Was sind die Gründe für diesen Dissens? Wieso haben wir einen *Wertungswiderspruch zwischen der Bewertung der Abtreibung und der IVF-Behandlung?* Wieso trägt die eingangs gehegte Erwartung, es habe ein stabiler kultureller Lernprozeß stattgefunden, der auch die Verständigung über Grenzen der Gentechnologie und Biomedizin prägen wird?

Offenkundig geht es denjenigen, die biomedizinischen Techniken misstrauen, nicht um *Embryonenschutz im Sinne eines individuellen Abwehrrechtes eines Grundrechtsträgers* (so argumentiert nur die kleine Gruppe derer, die beides ablehnen: Abtreibung und Embryonenselektion), sondern um *ein Beispiel, das besonders prägnant die Skepsis gegenüber unbbeherrschbaren Technikfolgen ausdrückt.* Frauen, die ihren Kinderwunsch mit Hilfe dieser Techniken erfüllt haben wollen, erscheinen dabei als unkritisch und fortschrittsgläubig, sie finden wenig Solidarität bei denen, die ansonsten für Gleichberechtigung und Antidiskriminierung eintreten. Unerwartet wird pauschal und bisweilen anmaßend und diskriminierend unterstellt, sie wollten lediglich eine traditionelle Frauenrolle reaktivieren und machten sich zur Rohstofflieferantin für fremde Begehrlichkeiten (dieses Wort fällt bei jeder Anhörung und in jeder öffentlichen Debatte). Es wird gemutmaßt, Interessen »der Ärzte« und »der Forschung« stünden im Vordergrund und benutztten den Kinderwunsch. Natürlich sind dies unübersehbar populistische Pauschalurteile. Sie haben aber einen rationalen Kern, der im Folgenden herausgeschält werden soll. Welche berechtigten moralischen Intuitionen stehen hinter der geschilderten Beunruhigung?

## B. Gattungsethische Probleme der Selbstinstrumentalisierung des Menschen

Angst vor der neuen Freiheit und ihren Kehrseiten erzeugt Kontroversen. Zwar verselbständigen sich diese bereits und wandern ab ins Feuilleton, dennoch sei ein Versuch der Klärung gewagt. Mit dem Begriff der *Selbstinstrumentalisierung* zielt Jürgen Habermas<sup>11</sup> auf eine Metaebene. Er bewertet nicht Praktiken wie die PGD aus ärztlicher oder aus der Perspektive der betroffenen Patienten, sondern aus der Perspektive der Gesellschaft, die langfristig die Technikfolgen verarbeiten muß. PGD habe, unterstellt er, eine Schrittmacherfunktion, die am Ende eine Desensibilisierung unseres Blickes auf die menschliche Natur nach sich ziehen werde, da wir uns daran gewöhnen, bei der Abwägung konkurrierender Rechtsgüter die Konzept-

<sup>10</sup> Heidi Hofmann, Die feministischen Diskurse über Reproduktionstechnologien. Positionen und Kontroversen in der BRD und den USA, 1998. In der aktuellen Debatte repräsentieren die antiliberalen Sicht: ReproKult – FrauenForum Fortpflanzungsmedizin (Hrsg.), 2000, dokumentiert in der Frankfurter Rundschau vom 1. 2. 2000 (unterzeichnet von Gieslind Berg, Kathrin Braun, Sigrid Graumann, Ulrike Hauffe, Eva Schindele, Ingrid Schneider). Kritisch gegen diese Version und wie hier für eine liberale Sicht: Petra Gebring, in: Feministische Studien 1/2001, S. 90 ff. Sie zeigt, dass es ganz unterschiedliche weibliche Interessen gibt, die gegenwärtig nicht mehr derartig bevormundend homogenisiert werden können.

<sup>11</sup> Jürgen Habermas, Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?, 2001.

tion einer existenziellen Unbedingtheit menschlichen Lebens aufzugeben. Zwar sieht er, dass diese Konzeption nicht mehr als eine moralische Intuition und nicht einmal *a priori* zu begründen ist. Sein Anliegen verstehe ich daher als Appell, nicht nur konkurrierende Einzelinteressen zu bewerten, sondern die Alarmiertheit, die *Habermas* mit vielen Teilnehmern am biopolitischen Diskurs teilt, begrifflich zu fassen. Analysiert man aber die Behauptung, die genannten Techniken hätten eine desensibilisierende, das Selbstverständnis der menschlichen Gattung empfindlich störende Folge, fragt man sich, auf was sich diese Prognose stützt. Unsere Gattungsmoral ging in keiner historischen Phase und in keiner Kultur tatsächlich von der Annahme der (moralischen) Unverfügbarkeit menschlichen Lebens aus, was schon daraus ersichtlich ist, dass selbst das Tötungsverbot nie ausnahmslos galt und auch in Zukunft nicht gelten soll. Bei individuellen Entscheidungen über die eigene Reproduktion (bei der Forschung liegen die Dinge anders) geht es nicht um Verbote (bzw. um die Pflicht, Verbote einzuhalten), sondern darum, wer die Verantwortung für die Versorgung eines natürlich oder künstlich gezeugten Menschen übernimmt. *Positive Pflichten* können in egalitären Gesellschaften (bezogen auf die Gleichheit von Männern und Frauen) nur *autonom* übernommen werden. Mutterschaft ist kein Geschlechterschicksal mehr, weswegen sich in den letzten Jahrzehnten (bis auf Polen und Irland) in allen modernen Rechtskulturen Fristenlösungen oder entsprechend liberale Indikationenlösungen durchgesetzt haben. Diese Relativierung der Unbedingtheit des menschlichen Lebens hat die Gattungsethik überstanden. Sie wird also auch angemessene liberale Regelungen zur IVF überstehen. *Reproduktionsentscheidungen können in egalitären Kulturen nicht repressiv reguliert werden, sondern nur prozedural über Kompetenznormen.*<sup>12</sup> Diese bestimmen lediglich, wer die *Entscheidungskompetenz* über welche Frage haben soll und wer nicht. Damit wird die Frau aus der traditionellen Opferrolle entlassen, die ihr bisher Lasten und Risiken aufbürdete, um der Gattungsethik Nichtbetroffener zu dienen.<sup>13</sup> Offenbar bedarf es Zeit, um diesen kollektiven Lernprozess, der bei der Abtreibung stattgefunden hat, auf die bedrohlicher empfundenen neuen Reproduktionstechniken zu übertragen, und offenbar wehren sich die Protagonisten des öffentlichen Diskurses, dass die neue reproduktive Freiheit wie jede Freiheit ihren Preis hat. Aber das Ergebnis einer strafrechtlich erzwungenen »Ethik« (abgesehen davon, dass es *die Ethik* nicht mehr geben dürfte) wäre seinerseits unmoralisch, so dass am Ende keiner der in Frage stehenden Werte angemessen umgesetzt werden könnte.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Frommel, Männliche Gerechtigkeitsmathematik versus weiblicher Kontextualismus?, in: Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute, Beiheft 44 des ARSP, 1991, S. 82 ff; abgedruckt in: Widersprüche, Verlag 2000, Offenbach, Heft 40, 1991, S. 17 ff; ferner in: Ethik und Unterricht, Heft 2/1998, S. 14 ff. Eigentlich hätte dies eine diskursive Ethik – wie die von *Habermas* vertretene – erkennen müssen. Aber wie so oft, steuert die Wahrnehmung eines Problems nicht die Theorie, sondern ein Alltagsverständnis. *Habermas* hat nicht an die Folgen für die Betroffenen gedacht, sondern eine gattungsethische Perspektive unter dem Aspekt des universalen Verbots von eugenischer Selektion gesehen. Die Parallele zur Abtreibung war ihm offenbar nicht präsent.

<sup>13</sup> Dies sehen beim emotional aufgeladenen Problem der IVF sonderbarweise ansonsten liberale Juristinnen / Politikerinnen wie Däubler-Gmelin, Andrea Fischer und Monika Knoche nicht; es wird aber auch von Soziologinnen wie Beck-Gernsheim und Regine Kollek übersiehen, dass gattungsethische Bedenken, die zu Grundrechtseingriffen individuell betroffener Patientinnen führen, einen totalitären Beigeschmack haben. Offenbar geht auch bei postmodernen Feministinnen das Gespür verloren für die Differenz von Ethik und Grundrechtseingriff. Besonders deutlich wird dies bei Kathrin Braun; vgl. hierzu die Kritik von Frankenberg und Frommel in: KJ 3/2000, 325 ff.; 341 ff.

<sup>14</sup> Skeptisch gegenüber dem idealistischen Modell einer Gattungsethik, welche die Natürlichkeit der menschlichen Erbanlage ontologisiert und den Menschenrechtsbegriff umdeutet Wolfgang Kersting, Kritik der Gleichheit, 2002, S. 330 ff.

Was sind die Gründe für die Tatsache, dass in Deutschland zur Zeit Embryonenschutz auf Kosten des Gesundheitsschutzes der betroffenen Frau und der betroffenen Foeten betrieben wird? Im Folgenden wähle ich einige Probleme aus.<sup>15</sup>

*Praktisch wirksam wird das Embryonenschutzgesetz über die jeweiligen ärztlichen Richtlinien, also über die allgemein für Ärzte verbindliche Interpretation und Umsetzung des strafrechtlichen Rahmens durch das einschlägige Berufsrecht.* Zwar darf dieses Berufsrecht Patientinnen nicht zur Duldung von Maßnahmen zwingen, die nicht dem Embryonenschutzgesetz, sondern nur der Richtlinienkompetenz der ärztlichen Selbstverwaltung geschuldet sind, aber de facto tut es genau dies. Nach der zur Zeit in Deutschland praktizierten Methode werden pro Zyklus drei Embryonen befruchtet (Kernverschmelzung) und ggf. auch drei Embryonen übertragen (daher die hohen Drillingsraten). Die behandelnden Ärzte meinen, sie dürften – wegen des in den Richtlinien betonten Lebensschutzes – Embryonen nicht verworfen und riskieren dadurch Mehrlingsschwangerschaften, die de lege artis vermieden werden könnten und es daher auch müssten. Die Folgen dieser Praxis für die Frau, das Paar und die künftigen Foeten sind schwerwiegend. Aber die Reproduktionsmediziner handeln unangemessen, weil ihr Berufsrecht sie an einer angemessenen Behandlung hindert. Eine kritische Analyse muss sich daher dieser, eine adäquate Behandlung blockierenden Lesart des Embryonenschutzgesetzes zuwenden.

#### 1. Die sog. Dreierregel nach der zur Zeit üblichen Lesart des Embryonenschutzgesetzes

Nach den zum Embryonenschutzgesetz (vom 13. Dezember 1990 – BGBl. I 2746) ergangenen Richtlinien zur Durchführung einer assistierten Reproduktion<sup>16</sup> gilt eine sog. *Dreierregel*. Sie wird aus einer formalistischen Auslegung gewonnen.<sup>17</sup> Da nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 ESchG der Arzt oder die Ärztin nur maximal drei Embryonen übertragen dürfen (wegen der Folgen des gesteigerten Mehrlingsrisikos), folgert die herkömmliche Lesart, dass auch nach Nr. 5 nur drei imprägnierte Eizellen (2-PN-Zellen) weiterkultiviert werden dürfen. Daher stehen in Deutschland für einen Transfer nur maximal drei Embryonen zur Verfügung mit der Folge, dass die Schwangerschaftsraten gering sind. Da außerdem allgemein angenommen wird, man dürfe keinen geeigneten Embryo (etwa nach morphologischen Kriterien, die wissenschaftlich erprobt sind) auswählen, werden alle drei transferiert und Mehrlingsschwangerschaften riskiert.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Vgl. Frommel, in: Reproduktionsmedizin 4/2002 – Recht der Fortpflanzungsmedizin im 21. Jahrhundert, S. 158 ff.

<sup>16</sup> Deutsches Ärzteblatt 95, Heft 49, 4. Dezember 1998.

<sup>17</sup> Geschlossen wird die *Dreierregel* aus der Formulierung (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG): ... es unternimmt, mehr Eizellen einer Frau zu befruchten, als innerhalb eines Zyklus übertragen werden sollen. Eine gesetzlich vorgeschriebene Dreierregel würde voraussetzen, dass dann der Zusatz: höchstens aber drei, folgt. Dies ist nämlich in der Schweiz der Fall. Dort gibt es diese Regel, und zwar in Art. 119 Abs. 2 b der Bundesverfassung und in Art. 17 Abs. 1 FortpflanzungsmedizinG (FmedG). Dass in der Schweiz explizit ein Verbot der Befruchtung von mehr als drei Eizellen vorgesehen ist, überrascht allerdings nicht, wenn man bedenkt, dass die Schweiz auch bei der Frage des Schwangerschaftsabbruchs sehr viel später als andere liberale Länder das überkommene strenge Recht liberalisiert hat.

<sup>18</sup> Nicht auszuschließen ist auch, dass kommerzielle Interessen eine Rolle spielen. Wer drei Embryonen transferiert, kann mit höheren Erfolgen werben. Aber dies sind die schwarzen Schafe. Die Mehrheit der

Wer angemessene Schwangerschaftsraten anstrebt und zugleich Mehrlingsschwangerschaften vermeiden will, muss für den gesetzlich erlaubten Erfolg, die beabsichtigte Schwangerschaft, geeignete Embryonen auswählen dürfen. Eine Interpretation, die diese Beziehung ignoriert, verkennt den Zweck des Embryonenschutzgesetzes, Gesundheitsschutz und Embryonenschutz zu erreichen, und ist widersinnig, da sie ausgerechnet die Frau benachteiligt, die gesundheitsbewusst eine etwas niedrigere Schwangerschaftsquote in Kauf nimmt, um möglichst keine Mehrlinge mit all den dann zu tragenden Folgen zu riskieren.

Eine gesetzlich vorgeschriebene Dreierregel hat allerdings nur die Schweiz. Nur dort hat die Gesetzgebung entschieden, auf international vergleichbar gute Schwangerschaftsraten bei einigen wenigen Behandlungszyklen zu verzichten, um den Lebensschutz zu betonen. Ansonsten greift die praktizierte Dreierregel erheblich in die körperliche Integrität aller Patientinnen ein, ohne dass es hierzu – vom Berufsrecht abgesehen – eine gesetzliche Grundlage gibt. Die patientinnenfeindliche Auslegung der ärztlichen Richtlinien hat im Übrigen mit der Prävention eugenisch begründeter Selektionen nichts zu tun, da zur Verbesserung der Baby-take-home-Rate lediglich morphologische Untersuchungen der imprägnierten Eizellen und der transferierbaren Embryonen erforderlich sind. Folgt man den empirischen Untersuchungen, etwa von Montag,<sup>19</sup> dann sind derzeit etwa sechs befruchtete Eizellen pro Zyklus notwendig, um an internationale Standards anzuschließen. Kommt eine PGD hinzu, dürfen – vorausgesetzt man lernt juristisch aus den einschlägigen empirischen Studien zur Erfolgswahrscheinlichkeit – acht Embryonen erzeugt werden. Bei einer Auslegung des Embryonenschutzgesetzes, welche die jeweils erfolgversprechende Mindestzahl von Befruchtungen erlaubt, sind Gesundheitsschutz und Missbrauchskontrolle optimierbar und das Ziel, überzählige Embryonen zu vermeiden, kann ebenso gewahrt werden wie die anderen gesetzlichen Zwecke. Die genannten Ziele werden nicht durch das Embryonenschutzgesetz vereitelt, sondern durch die herkömmliche Interpretation des Embryonenschutzgesetzes und die auf ihr beruhende Praxis.

## *2. Der Streit um die Preimplantation Genetic Diagnosis: Ist PGD zulässig, de lege lata verboten oder de lege ferenda zu erlauben?*

Im Folgenden soll auf verschiedenen Ebenen gefragt und geprüft werden, ob PGD zulässig ist, und zwar unter den Voraussetzungen des geltenden Rechts. Im Unterschied zur Dreierregel betrifft diese Frage nur wenige Patientinnen (etwa 100–150 pro Jahr, während etwa 60 000 Patientinnen unter der Dreierregel zu leiden haben), aber in der Öffentlichkeit dominiert das praktisch sehr viel weniger brisante Thema. Befürchtet wird, PGD sei der Einstieg in die Eugenik und verfolge das Ziel, Perfektionsansprüche an die künftige Generation zu verwirklichen. Ob dies realistisch ist, muss insbesondere in Deutschland bezweifelt werden. Denn die Zahl der zulässig verfügbaren Embryonen ist so niedrig, dass jedenfalls dieses Ziel mit einer PGD nicht realisiert werden könnte. Die entscheidende Frage ist daher, *ob es zwischen Pränataldiagnose (PND) und PGD qualitative Unterschiede gibt, die es verbieten, beide selektive Maßnahmen nach völlig unterschiedlichen Maßstäben zu beurteilen.*

*These:* Der Sache nach handelt es sich bei einer frühen genetischen Untersuchung in

Ärzte sieht sich durch in meinen Augen falsche juristische Konstruktionen in eine Pflichtenkollision gedrängt.

<sup>19</sup> So das empirische Gutachten von Montag, in: Reproduktionsmedizin 4/2002 – Recht der Fortpflanzungsmedizin im 21. Jahrhundert, S. 147 ff.

vitro um eine für die moderne Medizin typische *Vorverlagerung von belastenden Untersuchungen in ein weniger belastendes Frühstadium*. Während bei fast allen Schwangeren mittlerweile eine PND durchgeführt wird, soll PGD nur bei wenigen Patientinnen im Rahmen einer In-vitro-Fertilisation vorgesehen werden, etwa Frauen mit einem großen Risiko für eine Fehlbildung des Kindes vor der Implantation, um eine anschließende Abtreibung wegen dieser Fehlbildung zu vermeiden. Die Alternative zu dieser genetischen Untersuchung ist entweder der Verzicht auf ein eigenes Kind oder ein unzumutbarer Leidensweg mit Mehrfachbehandlungen und einkalkulierten Abtreibungen, falls die befürchteten Fehlbildungen tatsächlich auftreten. Beides kann normativ nicht geboten sein. Wenn die Rechtsordnung Schwangerschaftsabbrüche nach genetischer Untersuchung in vivo erlaubt, dann kann der entsprechende Vorgang in vitro nicht wesentlich anders beurteilt werden und schon gar nicht strikt verboten sein. Selbst wenn der Gesetzgeber noch einmal klarstellen würde, dass PGD nicht generell erlaubt ist, dürfte er dieses Verbot nicht so strikt fassen, dass in der Umsetzung ein unerträglicher Wertungswiderspruch zur medizinisch indizierten Abtreibung auftreten muss. Die Einheit der Rechtsordnung ist zwar ein weiches Prinzip, aber es setzt dennoch gesetzgeberischer Willkür gewisse Grenzen. Außerdem folgt die Rechtsprechung eigenen Wegen, zumal ihr außergesetzliche Rechtfertigungsgründe bzw. die analoge Übertragung einer Ausnahmeregelung vom einen in das andere Schutzkonzept geläufig sind.

Angestrebt wird – nach der hier vertretenen Ansicht –, einen geeigneten Embryo zu transferieren.<sup>20</sup> Die Zahl der für eine Auswahl verfügbaren Embryonen sollte so klein bleiben, dass eine Auswahl, die auf eine positive Eugenik hinausliefe, von der Geschlechtswahl abgesehen, die ohnehin verboten ist, schon praktisch ausgeschlossen ist. Die Auswahlmöglichkeit im Reagenzglas sollte der nach deutschem Strafrecht erlaubten Reduktion von Mehrlingen im Mutterleib entsprechen. Auch hier kann bei Mehrlingen – etwa nach einer Pränataldiagnostik – negativ eugenisch der eine geschont und der andere getötet werden. Dies bedeutet gleichzeitig, dass alle derzeit erlaubten Techniken keine Auswahl des geeigneten Embryo im Sinne einer positiven Eugenik ermöglichen. Weder PND noch PGD eignen sich zum Design von Wunschbabys. In beiden Konstellationen wird lediglich negativ ausgewählt und dabei menschliches Leben geopfert. Insofern liegen je analoge Problematiken vor.

Wenn in einem Schutzkonzept (den §§ 218 ff. StGB) ein Rechtfertigungsgrund normiert ist, im anderen Schutzkonzept aber nicht, dann sieht die Strafrechtsdogmatik ganz allgemein vor, speziell formulierte Rechtfertigungsgründe zu verallgemeinern und analog aus einem Schutzbereich in den anderen zu transponieren, wenn der zu entscheidende Fall vergleichbar ist. Denn wenn es für den erheblich schwereren Fall einer Abtreibung eine Ausnahmeregel gibt, auf die sich die Rechtsgemeinschaft geeinigt hat, dann kann sie im Embryonenschutzgesetz nicht willkürlich von diesen Bewertungen abweichen. Es geht nicht an, dass eine Patientin bloß deswegen, weil sie nicht auf sog. natürliche Weise schwanger werden kann, willkürlich schlechter behandelt wird. Daher kann nicht verlangt werden, dass der Arzt der Patientin von Strafrechts wegen zumutet, erst die Schwangerschaft abzuwarten und dann ggf. abzutreiben, wenn eine Abtreibung durch eine frühe Diagnose außerhalb des Mut-

<sup>20</sup> Strafrechtlich sanktioniert wird nach dem Embryonenschutzgesetz zwar nur die Übertragung von mehr als drei Embryonen. Aber angesichts der neueren empirischen Forschungen ist es nicht mehr de lege artis, mutwillig Mehrlingschwangerschaften und damit Reduktionen durch Abtreibung zu riskieren. Ich habe auch Zweifel, ob eine prospektive Mutter in die mit einer solchen Risiko-Schwangerschaft einhergehenden Risiken für die künftigen Foeten / Kinder wirksam einwilligen kann. Wenn die Rede vom Lebensrecht eines Embryo Sinn macht, dann hier mit der Folge, dass der Mutter eine derartige Entscheidung zu Lasten der Foeten verwehrt wird.

terleibes vermeidbar ist. Wenn aber PGD in den genannten wenigen Fällen die einzige Möglichkeit ist, um eine künftige Notlage zu vermeiden, die – ist sie eingetreten – eine Abtreibung rechtfertigen würde, dann strebt PGD an, diese Abtreibung zu vermeiden. Wenn aber die Abtreibung gerechtfertigt ist, muss schon aus logischen Gründen der sehr viel weniger wiegende Eingriff gerechtfertigt sein, der in der genetischen Untersuchung *in vitro* mit anschließender Verwerfung zu sehen ist.

Der Vergleich beider Regelungsmaterien geht davon aus, dass der einschlägige Tatbestand des § 2 ESchG, der wohl nach überwiegender Ansicht (die Gegenansicht mag vertretbar sein, wird aber hier nicht vertreten, weil sie PGD ohne jede Indikation erlauben würde, was sehr weit ginge) genetische Untersuchungen *in vitro* untersagt, eine ähnliche Funktion hat wie die ebenfalls sehr flexibel zu handhabende Strafbarkeit nach § 218 StGB. Auf einer symbolischen Ebene appelliert der Gesetzgeber in beiden Schutzkonzepten an das gesellschaftliche Bewusstsein, Embryonen *in vivo* und *in vitro* zu achten, da es sich jeweils um frühe Formen menschlichen Lebens handelt. Die Strafbarkeit soll aber nur eine Appellfunktion haben, da sozialadäquate Handlungen nicht strafrechtlich verfolgt, sondern in begründeten Einzelfällen ausnahmsweise gerechtfertigt und erlaubt werden sollen. Wenn eine medizinisch indizierte Abtreibung immer dann gerechtfertigt ist, wenn das Austragen des Kindes für die Frau unzumutbar ist, unter welchen Bedingungen ist dann eine PGD sozialadäquat? Die Antwort liegt nahe.

Auf einer pragmatischen Ebene verfolgen beide *Schutzkonzepte* ein Ziel, Lebensschutz und Schutz der Persönlichkeitsrechte der betroffenen Frauen und ihrer Partner sozial verträglich zu machen. Wenn dem aber so ist, dann liegt es nahe, dem untersuchenden Arzt dann, aber auch nur dann eine genetische Untersuchung eines Embryo *in vitro* zu erlauben, wenn die Verwerfung des Embryos nach der Untersuchung den Bedingungen einer medizinischen Indikation entsprechen würde, wenn also eine *Analogie zu § 218a Abs. 2 StGB* – der de facto embryopathischen Indikation – sinnvoll ist. Gefragt wird hier also danach, ob eine Untersuchung an pluripotenten Embryonen unter dem Vorbehalt, sie zu verwerfen, wenn sie geschädigt sein sollten, einer indizierten Abtreibung entspricht, die nach ärztlicher Erkenntnis ausnahmsweise geboten und damit gerechtfertigt ist, da man der Frau das Austragen des Kindes nicht zumutet. Bei Zumutbarkeitsregelungen sind Grauzonen unvermeidlich. Aber warum sollte man sie scheuen, schließlich wurden doch bei den §§ 218 ff. StGB eine dogmatische Aufhellung bereits erarbeitet.

Folgt man diesem Vorschlag einer abgestuften Annäherung der beiden Schutzkonzepte, dann wäre PGD in Ausnahmefällen erlaubt, aber ein Screening-Verfahren *de lege lata* verboten und sollte wohl auch *de lege ferenda* nicht erwogen werden.

#### *IV. Verfassungsrechtliche Bedenken*

Embryonen *in vitro* sind nach allgemeiner Überzeugung ab dem Zeitpunkt der Kernverschmelzung grundrechtlich geschützt (dies ist eine plausible Übertragung der Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts zur Abtreibung, allerdings wird dort erst die Nidation als Beginn des Grundrechtsschutzes genannt). Was bedeutet dieser grundrechtliche Schutz? Der übliche zirkuläre Schluss von der Schutzpflicht des Staates auf volle Grundrechtsträgerschaft im Sinne eines gegen die Mutter und gegen Dritte durchsetzbaren Lebensrechtes lässt sich nicht mit Zitaten aus den Entscheidungsbegründungen des Bundesverfassungsgerichts zur Abtreibung retten, da dort bewusst keine derartige Aussage getroffen wurde. Im Gegenteil: Selbst die schlichte

Übertragbarkeit der Aussagen zum Schutz eines Embryos *in vivo* auf den Embryo *in vitro* ist fraglich, da dort erst die Nidation und nicht schon die Kernverschmelzung den Grundrechtsschutz eröffnet, also erst zu einem Zeitpunkt, in dem ein Überleben ohne weitere Interventionen Dritter möglich ist.<sup>21</sup> Das nächste Argument lässt zu weitgehende Erwartungen gänzlich in sich zusammenfallen: Wenn nicht einmal nach der Nidation der Grundrechtsschutz gegen die Mutter effektiv durchgesetzt wird, sondern wie in der Beratungslösung nach § 218a Abs. 1 StGB noch in einem sehr viel späteren Zeitpunkt eingeschränkt bleibt, dann wird deutlich, dass es den §§ 218 ff. StGB nicht um absolute Rechte geht, sondern um etwas sehr Bescheidenes: um eine sozialverträgliche Konfliktlösung in einer dilemmatischen Situation. Noch deutlicher wird dies bei den Ausnahmeregelungen der indizierten Schwangerschaftsabbrüche. Dort haben Frauen sogar ein Recht auf Abtreibung und somit auch auf eine Schwangerschaft auf Probe. Somit müssten auch IVF-Patientinnen ein Recht auf eine sozial verträgliche Entscheidung haben. Es ist daher auch dort ein angemessenes Schutzkonzept geboten. Die Unverfügbarkeit des menschlichen Lebens kann auch *in vitro* nicht absolut und schon gar nicht gegen die prospektive Mutter gesetzt werden. Wären Embryonen nämlich Grundrechtsträger mit durchsetzbaren subjektiven Rechten, wären sowohl das Beratungskonzept als auch die weit gefasste medizinisch-soziale Indikation verfassungsrechtlich nicht mehr zu rechtfertigen.<sup>22</sup> Denn die weitgehende Versagung des Schutzes durch eine faktische »Freigabe« des Schwangerschaftsabbruchs während der ersten zwölf Wochen und eine sehr weit gefasste medizinisch-soziale Indikation würden nicht nur gegen die Grundrechte des Embryo/Foetus verstößen, sondern auch gegen das Rechtsstaatsgebot und Art. 19 Abs. 2 GG. Ein Grundrecht hätte als subjektives Recht – Abwehrrecht und Schutzanspruch – keine Funktion, wenn das Rechtssubjekt sanktionslos beseitigt werden könnte.

## 1. Abgestuftes Lebensrecht?

Insbesondere Ärzte meinen, aus dem hier Dargelegten folge ein abgestuftes Lebensrecht. Dieses Missverständnis soll daher klargestellt werden, zumal auch die *Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz* von Prämissen ausgeht, die hier nicht geteilt werden.<sup>23</sup> Sie meint, der Embryo sei zwar Grundrechtsträger, aber dennoch sei sein Leben nicht schrankenlos gewährt, da Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG das Leben nicht schrankenlos gewährleiste, sondern in Ausnahmefällen durch Gesetz Einschränkungen zulasse. §§ 218 ff. StGB seien etwa solche Ausnahmen. Der Status des Embryo kurz nach dem

<sup>21</sup> So etwa *Höfling* in seinem Gutachten für die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages »Recht und Ethik der modernen Medizin«, S. 40 ff.; *Keller/Günther/Kaiser*, ESchG, § 8, Rn. 7; ganz anders aber *Ipsen* JZ 2001, 989 (989 ff.).

<sup>22</sup> So in aller wünschenswerten Klarheit der Verfassungsrechtler *Jörn Ipsen* JZ 2001, 989 (994). Die jüngste Entscheidung des BGH vom 18. Juni 2002 (NJW 2002, 2636) zur ärztlichen Aufklärungspflicht bei medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbrüchen wegen einer schweren Behinderung des Foetus und die kontroverse Beurteilung dieser seit 1983 gefestigten Rechtsprechung zeigen dies eindrucksvoll. Die rechtliche Bewertung ist liberal. Sie gibt *de facto* den individuellen Interessen der künftigen Eltern den Vorzug vor gattungsethischen Bedenken der Allgemeinheit und räumt daher auch dem Foetus kein individuelles Abwehrrecht ein. Damit ist die hier vertretene Sicht die Sicht der Rechtsprechung. Ute *Sacksofsky*, Der verfassungsrechtliche Status des Embryo *in vitro*, 2001, geht auf diese Besonderheiten nicht ein und argumentiert aus meiner Sicht zu pauschal.

<sup>23</sup> Nicht, weil ich die Verfassungsrechtsprechung für kritikfest halte, sondern weil – ihr folgend – sinnvoll argumentiert werden kann. Aber ein zeitlich abgestuftes Lebensrecht gibt es verfassungsdogmatisch nur in den Rechtskulturen, die eine Fristenlösung haben. Für Deutschland gilt aber ein Beratungsmodell, d.h. ein Schutzkonzept, das den Schutz des Foetus von Anfang an (hier: Nidation) feststellt. *In vitro* liegt es also nahe, das Schutzkonzept mit der Kernverschmelzung beginnen zu lassen.

Zeitpunkt der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle sei nicht derselbe wie der Status eines Foetus im Mutterleib oder der eines geborenen Menschen. Daher habe ein Eingriff jeweils ein relativ geringeres Gewicht, wenn er sehr früh nach der Kernverschmelzung erfolge oder noch vor der 12. Woche oder noch vor der Lebensfähigkeit im Mutterleib. Erst mit der Geburt sei ein voller Lebensschutz gewährleistet.<sup>24</sup> Die Kommission versucht ihre These zu untermauern durch einen systematisierenden Rückgriff auf verschiedene gesetzliche Differenzierungen, die je nach dem Entwicklungsstand des ungeborenen Lebens andere Rechtsfolgen vorsehen, etwa nur dem geborenem Leben nach § 1 BGB Rechtsfähigkeit zuzuschreiben oder, je nach den Fristen in §§ 218 ff. StGB, eine Abtreibung straflos lassen bzw. sie verbieten, wenn diese Frist überschritten ist. Ferner wird auf die unterschiedliche Regelung von Abtreibung auf der einen und Tötungsdelikten auf der anderen Seite hingewiesen. Zwar ist es richtig, dass gesetzliche Regelungen zeitliche Vorgaben enthalten, selbst das Bundesverfassungsgericht behandelt in allen Abtreibungs-Entscheidungen Schwangerschaftsabbrüche unterschiedlich, je nachdem, wie weit die Schwangerschaft bereits fortgeschritten ist; dennoch kann daraus nicht auf eine zeitlich abgestufte Rechtsposition der Embryonen und/oder Foeten geschlossen werden, da das Bundesverfassungsgericht die Fristenlösung verworfen und damit zum Ausdruck gebracht hat, dass das Lebensrecht des Foetus nicht zeitlich gradualisiert werden kann. Absoluten Schutz genießt es dennoch nicht. Die gesetzlichen Differenzierungen regeln je unterschiedliche Interessenkonflikte und betreffen verschiedene Regelungsbereiche. Daher ist es zwar richtig, daß das Grundrecht auf Leben grundsätzlich auch zugunsten anderer Ziele als dem Schutz des Lebens eingeschränkt werden könne,<sup>25</sup> aber doch nur unter sehr engen Voraussetzungen wie etwa bei Notwehr oder zur Gefahrenabwehr. Diese Schwelle überschreiten die §§ 218 ff. StGB aber deutlich. Bei der Beratungslösung sind es Zweckmäßigkeitsüberlegungen, bei der medizinischen Indikation solche der Zumutbarkeit. Eine echte Kollision gleich starker Rechte ist dies nicht. Dies aber widerlegt die Prämisse, Embryonen in vitro und in vivo seien Grundrechtsträger. PGD unter der Annahme zuzulassen, Embryonen seien Grundrechtsträger, aber ihr Leben trete hinter Gesichtspunkten zurück wie die der zumutbaren Belastung der künftigen Mutter, wenn entsprechende gesetzliche Regelungen diese Eingriffe in das Leben des Embryos erlauben, scheint mir nicht plausibel begründbar zu sein.

Demnach wird sowohl die These einer vollen Grundrechtsträgerschaft mit durchsetzbarem subjektiven Recht als auch die Konstruktion eines abgestuften Lebensrechtes abgelehnt. Wohl aber sind auf der Grundlage eines angemessenen Schutzkonzeptes flexible Schutzkonzepte für Embryonen in vitro und in vivo möglich und geboten.

## *2. Menschenwürde von Embryonen – was heißt das?*

Embryonenselektion berühre die Menschenwürde, da nach erwünschten Eigenschaften ausgewählt werde und damit lebenswertes Leben vernichtet werde, so lautet der Vorwurf derer, die in einer PGD eine Verletzung der Menschenwürde des Embryo sehen.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Bioethik-Kommission, S. 51.

<sup>25</sup> Im Ergebnis ebenso Horst Dreier, ZRP 9/2002, 377; Dieter Lorenz, in: Handbuch des Staatsrechts, § 128, Rn. 38.

<sup>26</sup> Ipsen JZ 2001, 989 (989). Es werden mitunter aber auch vom Grundsatz Bedenken erhoben, ob zur

Die metaphorische Redeweise ist seit den 1950-er Jahren üblich und postuliert über die *Menschenwürde* ein *Naturrecht*, das scheinbar evident ist. Sie geht auf Günter Dürig und seine zu Art. 1 Abs. 1 GG entwickelte »Objektformel« zurück.<sup>27</sup> Danach verletze die Menschenwürde, wer den konkreten Menschen *zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabwürdige*.<sup>28</sup> Beckmann,<sup>29</sup> Laufs<sup>30</sup> und ähnlich auch Engels<sup>31</sup> sehen unter Rückgriff auf diese Formel in der PND eine Verletzung der Menschenwürde des Embryos, da dieser fremdnützig erzeugt werde, um den schnöden Forschungsinteressen anderer oder auch nur dem bloßen Reproduktionswillen der Eltern zu dienen. Angereichert mit Schlagwörtern wie »Dammbruch«, »Missbrauch« und »Selektion« wird im biopolitischen Diskurs die Menschenwürde des Embryos betont<sup>32</sup> und nach der Objektformel Dürigs als verletzt angesehen.

In der neueren verfassungsrechtlichen Literatur wird im übrigen der Rückgriff auf die *Objektformel Dürigs* kritisiert, da sie keine nähere inhaltliche Bestimmung der Menschenwürde anstrebe und jede juristische Sachlichkeit und Genauigkeit vermisst lässt.<sup>33</sup>

Zur Klarstellung sei vermerkt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keineswegs davon auszugehen ist, dass in jeder Tötungshandlung bereits ein Verstoß gegen die Menschenwürde liegt.<sup>34</sup> Das für verfassungsgemäß erklärte Schutzkonzept erlaubt es vielmehr, im Falle einer erheblichen Schädigung des Embryos nicht nur dessen strafrechtlichen Schutz zurücktreten zu lassen, sondern auch eine Abtötung gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Somit bietet sich gerade im Hinblick auf die objektive Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung ein vergleichbares Schutzkonzept im Rahmen des Embryonenschutzgesetzes an.<sup>35</sup>

Zwar wird die grundsätzliche Vergleichbarkeit der PND mit der PID vielfach bestritten. Aber zumeist ohne Differenzierung.<sup>36</sup> Däubler-Gmelin<sup>37</sup> meint, es sei eine merkwürdige Art zu denken, wenn man beide Methoden gleichsetze. Schließlich gehe es bei der PND um eine Diagnose zum Zweck der Heilung und in erster Linie um die Beruhigung der Schwangeren bzw. der Eltern, also um eine mittelbare lebenserhaltende Maßnahme, während die PID ausschließlich die Selektion von genetisch belasteten Embryonen bewirke. Aber dies ist sicher keine adäquate Beschreibung der beiden Untersuchungsmethoden, da sie beide ambivalent: *lebenserhaltend und selektiv zugleich* sind. PND vermeidet Abtreibungen auf Verdacht und wirkt dadurch lebenserhaltend.<sup>38</sup> Aber bei bestimmten Diagnosen treiben die Betroffenen ab. Eine

verfassungsrechtlichen Bewertung Art. 1 Abs. 1 GG die richtige Maßstabsnorm ist. So verneint Giwer dies und legt den Schwerpunkt der verfassungsrechtlichen Beurteilung auf Art. 2 Abs. 2 GG, Giwer, S. 141; ähnlich auch Herdegen JZ 2001, 773 (776); Zuck NJW 2002, 869 (869).

<sup>27</sup> Gegen eine vorschnelle und undifferenzierte Anwendung der Objektformel Fechner JZ 1986, 653 (654 ff.).

<sup>28</sup> Dürig in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 28.

<sup>29</sup> Beckmann MedR 2001, 169 (171).

<sup>30</sup> Laufs NJW 1996, 1571 (1573).

<sup>31</sup> Engels in: Dülwell/Mieth (Hrsg.), Ethische Probleme der Präimplantationsdiagnostik, S. 298.

<sup>32</sup> Murswick in: Sachs, Art. 2, Rn. 146; Dürig in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 2 Abs. 2, Rn. 21; Kunig in: v. Münch/Kunig, Art. 2, Rn. 47.

<sup>33</sup> Kritisches und warnend hierzu Fechner JZ 1986 653 (654 ff.).

<sup>34</sup> So Hufen MedR 2001 440 (446).

<sup>35</sup> Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz, S. 56/57.

<sup>36</sup> Keller/Günther/Kaiser ESchG, § 8, Rn. 9.

<sup>37</sup> Däubler-Gmelin FAZ v. 22. 5. 2001, S. 1.

<sup>38</sup> Nach den von der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages »Recht und Ethik der modernen Medizin«, S. 73, verwendeten Daten von Nippert 2001 steigen die PND-Fälle zwischen 1987 bis 1995 um das Doppelte (von ca. 30 auf ca. 50 Tausend Untersuchungen). Vergleicht man aber die vom Statistischen Bundesamt, Wiesbaden, ermittelten Daten der medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbrüche, dann sinken diese im selben Zeitraum auf etwa die Hälfte. Der Siegeszug der PND folgt auf eine als zu hoch erkannte Quote von Verdachtsabtreibungen. Dieser Trend hat sich bis heute gefestigt. *Früherkennung*

Befragung aus dem Jahre 1997 in zwölf europäischen Ländern ergab, dass bei 954 Fällen, bei denen mittels PND Trisomie 21 (sog. Down-Syndrom) diagnostiziert wurde, insgesamt 857 Föten (ca. 90%) abgetötet wurden.<sup>39</sup> Vergleichbare Ergebnisse brachte auch eine Anfrage der Bundesregierung in Sachsen-Anhalt. So wurden von 1980–1986 noch 10% der Föten pränatal diagnostiziert und anschließend abgetrieben. 1997 waren es in der Region bereits 40%, bei denen Trisomie 21 pränatal diagnostiziert wurden und die sämtlich abgetrieben wurden.<sup>40</sup>

Es ist an der Zeit – gerade im Hinblick auf diese Zahlen – zu erkennen, dass unsere Rechtsordnung so etwas wie eine Selektion (negative Eugenik) bereits zulässt. Das tragende Argument gegen die hier vertretene These lautet, bei der PGD liege keine Schwangerschaft vor und daher sei die Begründung einer Notlage vom Grundsatz nicht möglich.<sup>41</sup> Dieses Argument trifft zweifellos auf die Beratungslösung (rechtswidrig, aber strafflos) zu, nicht aber auf die Zumutbarkeitsregel der medizinischen Indikation. Dort ist bei de facto embryopathischen Indikationen nicht die biologische und psychische Einzigartigkeit der Schwangerschaft tragend, sondern die Folgen für das künftige Leben. Aber auch die Implantation eines Embryo führt zu einer Schwangerschaft und damit zum Zwang, bei einer erst dann festgestellten schweren Behinderung, die eine spätere Abtreibung rechtfertigen würde, entweder sehr viel weiter entwickeltes Leben zu töten oder die Folgen zu tragen. Man kann in beiden Konstellationen den Lebensschutz als überwiegend einstufen und der Frau diese Folgen zumuten. Tragender Gesichtspunkt für die Bewertung beider Situationen kann aber nicht die Schwangerschaft als biologisches Ereignis sein, sondern die antizipierte Bewertung der Folgen für das künftige Leben. Jede Implantation hat den Zweck, eine Schwangerschaft herbeizuführen und ein Kind zu gebären und damit dieselben Konsequenzen für die Frau und ihr künftiges Leben wie eine natürliche Zeugung.<sup>42</sup> Die Einzigartigkeit der Schwangerschaft<sup>43</sup> ist also kein schlagendes Argument, und damit verliert auch die These an Überzeugungskraft, eine unterschiedliche Beurteilung der PND und der PGD durch den Staat sei gerechtfertigt, da es um ganz verschiedene Konflikte gehe. Der Staat unterscheide »in juristischer Fiktion Abwehrrechte von Anspruchsrechten«. Aber wieso soll die Frau einen status negativus bei der Abtreibung und einen status positivus bei der PGD beanspruchen? Im Fall der PGD will sie nur dann schwanger werden, wenn die Gefahr einer künftigen Abtreibung als konkretes Risiko weitgehend gebannt werden kann. Dies ist nicht, wie Rau<sup>44</sup> meint, ein reklamiertes Recht auf ein gesundes Kind, sondern etwas anderes: die Frau weist eine Pflicht von sich, entweder kein Kind zu bekommen, ein krankes Kind zu gebären oder abzutreiben. Eine Abtreibung nach erfolgter PND und eine verweigerte Implantation nach PGD sind keine »vollkommen unterschiedlichen Sachverhalte«.<sup>45</sup> Zuzugeben ist lediglich, dass ein Erst-Recht-Schluss, der von der Zulässigkeit der PND auf die Zulässigkeit der PGD schließen wollte, zu kurz greifen

*führt zu gezielten Abtreibungen, nicht aber zu mehr Abtreibungen.* Deutlicher wird eine Ideologie (PND treibt Schwangerschaftsabbrüche in die Höhe) selten durch Daten widerlegt.

<sup>39</sup> Kollek Präimplantationsdiagnostik, S. 135.

<sup>40</sup> Vgl. BT-Drs. 14/1045, S. 12.

<sup>41</sup> Dieses Argument spielt bei der Mehrheit der Enquête-Kommission eine tragende Rolle. Verfassungsrechtlich gestützt wird es vom für die Kommission erstellten Gutachten von Ute Sacksofsky, Der verfassungsrechtliche Status des Embryo in vitro, 2001, S. 78 ff. (rechtswidrig, aber straffrei). Vgl. ferner Andrea Fischer FAZ v. 01. 6. 2001, S. 47.

<sup>42</sup> Kollek übersieht diese Konsequenzen bewusst, da sie nicht differenziert zwischen Rechtsordnungen, die nur wenige Embryonen erlauben, und solchen, die über die PGD eine positive Eugenik faktisch ermöglichen, vgl. etwa in: JVL-Schriftenreihe 17 (2000), 45.

<sup>43</sup> Kollek JVL-Schriftenreihe 17 (2000), 45.

<sup>44</sup> Bundespräsident Johannes Rau in seiner Rede vom 18. 5. 2001; Rau FAZ 18. 5. 2001, S. 45.

<sup>45</sup> So auch Faßbender NJW 2001, 2745 (2751).

würde.<sup>46</sup> Aber umgekehrt überzeugen die Argumente, die eine Vergleichbarkeit der beiden diagnostischen Verfahren prinzipiell verneinen, nicht, denn die Bewertung der Unzumutbarkeit ist für die Schwangere bzw. die prospektive Mutter einer IVF-Therapie bezüglich der befürchteten Belastungen in der Zukunft dieselben. Es hilft daher wenig, wenn plakativ behauptet wird, es gebe kein Recht auf ein gesundes Kind.<sup>47</sup> Sie hat kein Recht, aber auch keine Pflicht, ein geschädigtes Kind auszutragen. Somit gilt: Wer ein Kind will, hat dieselben Rechte, wie die Eltern, die noch ambivalent sind. Der Wunsch nach einem gesunden Kind ist zwar in beiden Fällen kein einklagbares Recht, er wird aber von der Rechtsordnung – unter bestimmten Bedingungen – akzeptiert.<sup>48</sup>

## V. Konsequenzen: ein Schutzkonzept für Embryonen *in vivo* und *in vitro*

Sowohl Embryonen *in vivo* als auch *in vitro* fallen in den Schutzbereich der einschlägigen Grundrechte (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 GG), ohne dass von deren Grundrechtsträgerschaft auszugehen ist. Die Verneinung einer Grundrechtssubjektivität und damit eines verfassungsrechtlichen Status des Embryos bedeutet nicht, dass Art. 1 Abs. 1 GG ohne Belang wäre. Der Embryo wird von der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte geschützt. Die aus der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG ableitbare Schutzpflicht bedeutet aber zunächst nur, dass der Gesetzgeber tätig werden muss, nicht aber, wie die Schutzmaßnahmen im Einzelnen beschaffen sein müssen. Ihre Reichweite ist mit Blick auf die Bedeutung des Rechtsguts einerseits und mit ihm kollidierenden Rechtsgütern andererseits zu bestimmen.<sup>49</sup> Bei der Abtreibung haben wir ein ausgewogenes Schutzkonzept, beim Embryonenschutz nicht. Weder wird die gegenwärtige Praxis den ärztlichen Handlungspflichten gerecht noch achtet sie die Persönlichkeitsrechte des betroffenen Paares. Stattdessen wird die Frau in eine passive Opferrolle gedrängt: Sie soll strapaziöse Behandlungen und Risiken dulden, um der Gattungsethik Nichtbetroffener zu dienen.<sup>50</sup> Das Ergebnis dieser strafrechtlich erzwungenen »Ethik« ist also höchst unmoralisch, da am Ende keiner der in Frage stehenden Werte angemessen umgesetzt werden kann.

Nach der hier vorgeschlagenen liberalen Interpretation des Embryonenschutzgesetzes können deutsche Ärzte und Ärztinnen internationalen Standards gemäß behandeln und so viele Eizellen befruchten, wie nach den Standards der medizinischen Wissenschaft und der ärztlichen Erfahrung nötig sind, um angemessene Schwanger-

<sup>46</sup> So auch *Giwer* S. 111.

<sup>47</sup> *Herzog* ZRP 2001, 393 (395).

<sup>48</sup> Dies wird oft verkannt. *Robert Leicht* etwa meint in der *ZEIT* vom 27. Juni 2002 (Pervers, aber logisch: Schadensfall Kind): Der BGH habe in seiner Entscheidung vom 18. Juni 2002 aus »Barmherzigkeit« geholfen, da Abtreibungen »zwar rechtswidrig, aber straflos« seien, daher keine Pflicht zur Aufklärung und damit kein Schadensersatzanspruch gegeben wäre, wenn das Gericht diesen nicht konstruiert hätte. Damit verkennt *Robert Leicht*, dass die medizinisch indizierte Abtreibung ein *Recht auf Abtreibung* und ein *Recht auf Aufklärung* gibt. Die Erklärung für diesen Fehler eines ansonsten sehr gut informierten Kommentators ist die schief geführte öffentliche Debatte, die immer wieder das Gegenteil behauptet. Der Satz: keine Frau hat das Recht auf ein gesundes Kind, ist nicht so tragfähig, wie seine Rhetorik verspricht.

<sup>49</sup> *Ipsen* JZ 2001 989 (993, 994).

<sup>50</sup> Dies sehen sonderbarweise Juristinnen / Politikerinnen wie *Däubler-Gmelin*, *Andrea Fischer* und *Monica Knoche* nicht; es wird aber auch von Soziologinnen wie *Beck-Gernsheim* und *Regine Kollek* übersehen, dass gattungsethische Bedenken, die zu Grundrechtseingriffen individuell betroffener Patientinnen führen, einen totalitären Beigeschmack haben. Offenbar geht auch bei postmodernen Feministinnen das Gespür verloren für die Differenz von Ethik und Grundrechtseingriff. Besonders deutlich wird der überindividuelle Blick bei *Kathrin Braun*; vgl. hierzu die Kritik von *Frankenberg* und *Frommel* in: *KJ* 3/2000, 325 ff.; 341 ff.

schaftsraten zu erzielen. Dies sind nach der zur Zeit relevanten empirischen Forschung mindestens sechs und bei einer beabsichtigten und medizinisch indizierten PGD – analog zur medizinisch indizierten Abtreibung – mindestens acht Embryonen.

- Embryonen mit morphologisch ungünstigem Implantationspotenzial können verworfen werden;
- überzählige Embryonen mit morphologisch optimalem Implantationspotenzial können verworfen oder kryokonserviert werden;
- PGD kann i. S. einer Einzelfallentscheidung durchgeführt und der Embryo mit dem nachgewiesenen Krankheitsgen kann verworfen werden, gesunde überzählige Embryonen können kryokonserviert werden.

Es bedarf hierzu keiner Änderung der einschlägigen Strafnormen, sondern lediglich einer Wertungswidersprüche vermeidenden Klarstellung ihres Sinns.