

wie Dinge? Ist damit nicht die Grundlage unseres Systems von Grund- und Menschenrechten in Frage gestellt? Wenn die Rechtsordnung akzeptiert, daß Menschen hergestellt werden wie Dinge, kann dann dieselbe Rechtsordnung noch davon ausgehen, daß der Mensch per definitionem ein freies Wesen ist?

Wenn der Schutz der Menschenwürde nicht den Schutz der Menschheitswürde beinhaltet, hat das Recht vor der Selbstbezüglichkeit der Innovationsdynamik kapituliert.

Monika Frommel

## Taugt das Embryonenschutzgesetz als ethisches Minimum gegen Versuche der Menschenzüchtung?

### Einleitung

Das seit 1991 gültige Embryonenschutzgesetz enthält eine Fülle sehr restriktiver Verbote, die erheblich in Freiheitsrechte eingreifen, ohne auch nur ansatzweise die Gewähr zu bieten, die Grenzen zulässiger Forschung, Therapie und Diagnoseverfahren und unzulässiger Menschenzüchtung anzugeben. Es wird daher im klassischen Sinne in Rechte eingegriffen, ohne anzugeben, wieso diese Eingriffsintensität erforderlich, geeignet und verhältnismäßig ist. Außer einem auf den Embryo verkürzten Grundrechtsschutz vermag das Embryonenschutzgesetz nicht anzugeben, welche gesamtgesellschaftlichen Ziele es eigentlich verfolgt. Dabei geht es um fundamentale Rechte: Berührt sind die Entscheidungsfreiheit von Patientinnen (Fortpflanzungsmedizin), die ärztliche Berufsfreiheit und Forschungsfreiheit. Bislang hat man sich damit abgefunden, Verbote ohne empirisch fundierte Prüfung und ohne juristische Präzisierung ihrer Verhältnismäßigkeit hinzunehmen und sich mit einem sehr allgemein gehaltenen Argument der Menschenwürde ungeborenen Lebens zufrieden gegeben. In Überblicksartikeln und teilweise auch in der Kommentarliteratur hat sich eine Argumentationsfigur gehalten, die bei der § 218-Debatte nur noch selten strapaziert wird, nämlich ein sehr undifferenzierter Hinweis auf »die Menschenwürde« und »das Lebensrecht des Embryo«. Unverkennbar enthält das Embryonenschutzgesetz sehr unterschiedliche Verbote. Sie können nicht alle mit einem diffusen Menschenwürdeargument gerechtfertigt werden<sup>1</sup>.

Nun ist es zwar außer Zweifel, daß die Menschheit ein fundamentales Interesse an ethischen Grenzen der neuen Technologien hat, aber ob sich dieses Interesse über eine ausgefeilte Dogmatik, die am individuellen Grundrecht des Embryo, womöglich einem Abwehrrecht des Embryo ansetzt, realisieren läßt, ist mehr als zweifelhaft<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Klassisch bei Laufs, *Arztrecht*, 1993, Rdnr. 370. Bemerkenswert ist, daß Laufs den Streitstand nicht darlegt und auch keine Grundrechtstheorie darstellt, sondern eine Gleichsetzung des geborenen und des ungeborenen Lebens wie eine Prämisse einführt. Eine differenzierte Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung zu §§ 218 ff. StGB erfolgt nicht. Dort finden sich nämlich Besonderheiten, die hier unter allen Gliederungspunkten dargestellt werden und die These von Laufs m.E. in Frage stellen.

<sup>2</sup> Besonders augenfällig bei § 6 Abs. 2 EmbSchG, dem Verbot, einen Klon zu implantieren. Diese Regelung ist aus der Perspektive einer individualrechtlichen Deutung der Menschenwürde des Klons ein Tötungsgebot. Der Klon darf sein Lebensrecht nicht realisieren, wohl weil er wegen seiner rechtswidrigen Herstellung – § 6 Abs. 1 EmbSchG – weder ein Lebensrecht hat noch Menschenwürdeschutz genießt – eine geradezu absurde Konsequenz, die Anhängern dieser Prämisse zu denken geben müßte.

Frankenberg nennt die Gegenargumente, Kathrin Braun wechselt die Ebene und spricht über Menschheitsrechte. Bestritten wird hier nicht, daß die Menschheit ein Interesse daran hat, Menschenzüchtung strikt zu untersagen. Aber weder therapeutisches Klonen, schon gar nicht Diagnosen vor der Implantation in vitro hergestellter Embryonen (PID) sind per se Maßnahmen der Menschenzüchtung. Es handelt sich um neue, aber nicht von der herkömmlichen Planung der individuellen Reproduktion prinzipiell zu unterscheidende Techniken. Derartig strikte Verbote greifen aber in die Reproduktionsfreiheit der Personen, die auf assistierte Zeugungen angewiesen sind, unverhältnismäßig ein.

Im Gegensatz zur Abtreibungsdebatte maßen sich nicht Betroffene das Recht an, über die Reproduktion anderer zu entscheiden. Bekannt ist der maternalistische oder paternalistische Slogan: Keine Frau hat das Recht, schwanger auf Probe zu sein, oder: Keine Frau darf die Qualität ihrer Leibesfrucht bewerten. Wie in den 50er Jahren bei der Abtreibung wird diese Position auch noch moralistisch verabsolutiert und einer pragmatischen Behandlung entzogen. Diese liegen nämlich auf der Hand: Bei der PID können etwa strenge Anforderungen an die Zulässigkeit der Mitteilung bestimmter Eigenschaften an den behandelnden Arzt und an die Patientin gemacht werden. Dieser Katalog kann restriktiv oder offen sein, er kann flexibel von den standesrechtlichen Entscheidungsgremien der Ärzteschaft modifiziert werden. Ein striktes Verbot der Untersuchung als solcher aber erscheint nur denen legitim, die nicht Menschheitsrechte sichern, sondern den Embryo als Grundrechtsträger konstituieren wollen. Verkannt wird dabei, daß PID etwa – der Sache nach – eine Maßnahme ist, die noch weit weg ist von dem, was uns als Menschenzüchtung beunruhigt. »Geschützt« wird ein Konzept des Embryonenschutzes im Sinne einer radikalen oder modifizierten Gleichsetzung des Embryos mit dem geborenen Menschen. Konzepte dieser Art sind blind für Zukunftsfragen. Sie können nämlich nicht unterscheiden zwischen einer ethisch vertretbaren Reproduktionsmedizin, einer angemessenen Gentherapie und unangemessenen Methoden.

Bei aller Sympathie für eine philosophische Debatte über Menschheitsrechte sehe ich nicht, daß Kathrin Braun die Kritik an einer individualrechtlichen Verkürzung des Menschenwürde-Arguments im herkömmlichen Embryonenschutz verstanden und aufgenommen hat. Im folgenden beschränke ich mich dennoch bewußt auf eine möglichst präzise Darstellung des Argumentationsrahmens, in dem Menschenwürde-Argumente derzeit pragmatisch wirksam werden. Man kann diesen positivrechtlichen Rahmen sprengen. Aber auch dann muß man ihn kennen. Eine rhetorische Menschenwürde-Debatte halte ich demgegenüber eher für gefährlich, jedenfalls dann, wenn sie sich rechtspolitisch gibt.

## *I. Die Gleichsetzungsthese und ihre Widersprüche*

### *Embryonenschutz in §§ 218 StGB ff. – eine moderate Version*

Seit dem ersten Abtreibungsurteil ist aus juristisch-positivistischer Perspektive unstrittig, daß der Staat eine Schutzpflicht gegenüber dem ungeborenen Leben hat, die er ggf. auch mit Mitteln des Strafrechts durchsetzen muß. Dies bedeutet aber nicht – wie viele Autoren immer noch meinen – das Lebensrecht und die Menschenwürde geborener Personen und in vitro gezeugter Zygoten oder Föten gleich zu setzen. Die Folge einer solchen Gleichsetzung wäre nämlich absehbar. So fragen Kommentatoren des Embryonenschutzgesetzes erstaunt, wieso in § 6 Abs. 2 EmbrSchG dem Verbot,

einen Klon auf eine Frau zu übertragen, im Ergebnis eine »strafbewehrte Tötungspflicht«<sup>3</sup> normiert werden könne, die doch erkennbar gegen Art. 2 Abs. 2 GG verstoße. Denn mit dem Verbot der Implantation spreche man dem rechtswidrig entstandenen Lebewesen sein Lebensrecht ab und qualifiziere es, so Keller u. a. »als menschenunwürdiges, sozialschädliches, lebensunwertes Leben« ab. Die Autoren übersehen, daß der Widerspruch nur besteht, wenn man Embryonenschutz als Individualrecht deutet. Verbietet man hingegen das Klonen aus Gründen des Gemeinwohls, schützt man ein überindividuelles Schutzgut. Würde sich Strafrecht auf den Schutz individueller Rechte beschränken, bliebe nur wenig von dieser Materie übrig.

Auf Embryonen erweiterte Individualgrundrechte führen fast zwangsläufig in fundamentalistische Verstrickungen. Kathrin Braun<sup>4</sup> etwa möchte in ihrer Habilitation das Selbstbestimmungsrecht einer Frau auf einen Schwangerschaftsabbruch – gegen das z.Zt. geltende Recht<sup>5</sup> – als Menschenwürdeschutz der Frau verstanden wissen, zugleich aber soll keine Frau das Recht haben, die Qualität des in ihr wachsenden Lebens zu kontrollieren. Pränatale Diagnostik und embryopathisch begründete Abtreibungen verstoßen in ihren Augen gegen die Menschenwürde, was juristisch weitergedacht bedeuten würde, daß weite Teile des § 218-Kompromisses, nämlich die weit gefaßte medizinische Indikation, in ihren Augen verfassungswidrig wäre; eine Konsequenz, die sie als Philosophin wohl unterschätzt. Wieso soll aber die Frau ein Grundrecht auf Abtreibung haben, bei anderen Fragen der Fortpflanzung aber plötzlich mit sehr rigide durchgesetzten Grundrechten des Embryos in vitro konfrontiert werden, die in vivo offenbar sekundär sein sollen. Ist denn die Identität der Schwangeren nur berührt, wenn sich der Fötus in ihrem Körper eingenistet hat? Mich erstaunt eine derartig biologistische Betrachtungsweise. Es geht doch in beiden Fällen um Fortpflanzung. Bei einem konsequent durchgehaltenen Abtreibungsverbot würde der Frau eine Gebärpflicht auferlegt werden, bei einem konsequent durchgehaltenen Verbot der in-vitro-Fertilisation und der Präimplantationsdiagnose – PID – würde man ihr medizinisch mögliche Formen der assistierten Fortpflanzung verweigern; einmal, weil einige Embryonen erzeugt und nur einer implantiert werden kann (Abwehrrechte der nicht Implantierten), zum anderen, weil man diese Techniken als »menschenunwürdig« (Gefahr des Verstoßes gegen das Kontingenz-Prinzip) ansieht. Aber gegen wessen Menschenwürde sollen diese Techniken im einzelnen verstoßen? Gegen die der erzeugten, aber nicht implantierten Embryonen oder gegen die der trotz Verbot geborenen Kinder? Erkennbar bedeutet in dieser philosophischen Lesart »Menschenwürde« nicht allzuviel. Das pathetische Wort wird nur deshalb gewählt, um ein starkes, abwägungssicheres Wort zu benutzen. Übersehen wird dabei, daß ein juristisch faßbares Menschenwürde-Argument unverzichtbar ist, um klare Grenzen gegen staatliche Eingriffe, etwa Zwangssterilisationen, oder gegen privaten Machtmißbrauch zu ziehen. Der herkömmliche Grundrechtsschutz der Geborenen ist nicht mehr viel wert, wenn so freigiebig mit dem kostbaren Gut des Würdeschutzes umgegangen wird. Man hat dann wenig in der Hand, wenn es tatsächlich um unverzichtbare individuelle Abwehrrechte geht. Entweder wird die Gleichsetzung nicht plausibel durchgehalten oder die Grundrechte verflachen und verflüssigen sich<sup>6</sup>.

3 Keller/Günther/Kaiser, EmbrSchG, 1992, § 6, Rdnr. 11, m. w.Nw.

4 Kathrin Braun, Menschenwürde und Biomedizin. Zum philosophischen Diskurs der Bioethik, Frankfurt/New York 2000.

5 Die Straflosigkeitsthese des BVerfG unterstellt, daß die Frau kein Recht auf Abtreibung hat, daß aber dennoch auf eine strafrechtliche Durchsetzung des Abtreibungsverbotes verzichtet werden soll. Dahinter steht wohl doch so etwas wie ein de-facto-Menschenwürdeschutz der Frau.

6 Frankenberger, Kursbuch 1999, 48 ff. m. w.Nachw.

Die Menschenwürde ist unteilbar und unantastbar, das ist ihre Funktion im System des Grundrechtsschutzes. Sie sollte nicht als kleine Münze in hochkontroversen moralischen Debatten verschlissen werden. Eine angemessene und plausibel argumentierende Bioethik muß auf einem methodisch anderen Weg konzipiert werden. Wir alle haben ein Interesse an klaren bioethischen Regulierungen. Diese sind am ehesten juristisch umsetzbar, wenn – etwa im Bereich der Reproduktionsmedizin, um ein wichtiges Anwendungsbeispiel auszuwählen – nur solche Einrichtungen praktizieren dürfen, die durch eine hohe Institutionalisierung ein gewisses Maß an Transparenz garantieren. Dann können Grundregeln gesichert und »Dammbrüche« verhindert werden. Wer hingegen mit zu starren Verboten einen Schwarzmarkt fördert mit Firmen, die ohnehin im halblegalen oder gar illegalen Bereich operieren, fördert einen Stil der permanenten Regelüberschreitung. Wer legal handeln kann, wenn er sein Handeln auch dokumentiert, wird sich auf Dauer auf keine permanenten Rechtsbrüche oder Grenzüberschreitungen erlauben.

Im folgenden beschränke ich mich auf eine Analyse des höchstichterlich interpretierten einfachen Rechts. Selbst wenn auf der Ebene der Rechtsphilosophie Positionen strittig bleiben, auch wenn verfassungsrechtlich noch vieles offen ist, so bilden sich doch in der forensischen Praxis juristische Regeln heraus, die nicht mehr bestritten werden und daher auch hier – fürs erste – als Maßstab gelten sollen. Wenn – was unstrittig ist – §§ 218 ff. StGB nicht mehr geändert werden sollen, dann muß das Embryonenschutzgesetz sich an diesen Maßstäben messen lassen. Daher werde ich das Schutzgut der §§ 218 ff. StGB und des Embryonenschutzgesetzes mit Blick auf innerdogmatische Stringenz ermitteln.

Wie hat sich das 2. Abtreibungsurteil des BVerfG 1993<sup>7</sup> in den konkreten Anwendungsproblemen der §§ 218 ff. StGB bislang ausgewirkt.

## II. Vergleich der Regelungsmaterien in §§ 218 ff. StGB und dem Embryonenschutzgesetz

Nach § 8 des Embryonenschutzgesetzes beginnt der strafrechtliche Schutz in vitro mit der Bildung einer Zygote nach der Kernverschmelzung, da von diesem Zeitpunkt an die Erbinformation (trotz Möglichkeit einer Mehrlingsbildung) als genügend individualisiert festgesetzt ist. Nach §§ 218 ff. StGB ist das Schutzgut nicht schon die Zygote, sondern erst die Leibesfrucht nach der Nidation. Es stellt sich daher die Frage, welchen verfassungsrechtlichen Status die jeweiligen Schutzgüter der beiden Regelungsmaterien haben.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (in dieser Deutlichkeit erst 1993) steht dem Foetus/Embryo in vivo für die ganze Dauer der Schwangerschaft ein »Lebensrecht« zu, das primär gegen Dritte, aber auch gegen die werdende Mutter gerichtet ist. »Lebensrecht« soll nach dieser Konstruktion mehr bedeuten als ein objektiver rechtlicher Schutzanspruch (so die Konzeption vor dieser Entscheidung), offen bleibt aber dennoch, wie weit das wie ein subjektives Abwehrrecht ausgestaltete Lebensrecht gehen soll. Offenbar meint das Gericht nicht, daß das Lebensrecht des Fötus zu einem strikten Verbot nötigt, sonst hätte es das Schutzkonzept des SFHG 1992 als solches nicht gebilligt. Abgelehnt wurde lediglich die *rechtfertigende Wirkung der 1992 normierten Fristenlösung*, nicht aber die Fristenlösung als solche. Entscheidend ist die Prämisse des Gerichts, daß es *keine Phase geben dürfe, in der*

<sup>7</sup> BVerfGE 88, 203; zum Streitstand vgl. Rudolphi, SK StGB II 38. Lfg. 1976, Vor § 218 Rdnr. 38 m. w. Nachw.

das »ungeborene Leben« der »freien, rechtlich ungebundenen Entscheidung eines Dritten, und sei es selbst der Mutter überantwortet werde«. Mit dieser Formulierung wird deutlich, daß es dem Gericht darauf ankommt, keine rechtsfreien Räume zu schaffen. Die Frage, ob die werdende Mutter die mit der Mutterschaft verbundenen Pflichten autonom übernimmt oder nicht, wird *de facto* der Frau überlassen, aber nicht als Recht konstruiert, sondern als hinzunehmende Gewissensentscheidung. Damit vermeidet das Gericht das moralische Dilemma, das sich ergeben hätte, wenn es aus dem Schutzanspruch des Foetus/Embryo eine strikte und strafrechtlich zu sanktionierende Pflicht der Schwangeren (für den »Normalfall«) gefolgert hätte. Dann wäre nämlich die Schwangere nicht als »Person« konzipiert worden, die ihrerseits autonom die Pflicht gegenüber dem Embryo/Foetus übernehmen (oder ablehnen) kann (und sei es auch nur zu einem frühen Zeitpunkt der Schwangerschaft), sondern sie wäre lediglich biosoziale Ressource oder foetale Umwelt und hätte so gesehen eine quasi biologisch begründete, umfassende soziale, moralische und rechtliche Pflichtenstellung. Da dies aber theoretisch nicht zu rechtfertigen und praktisch nicht durchzusetzen ist, verzichtet das Gericht auf diese Konsequenz und formuliert ein *Schutzkonzept*, das der Frau zwar kein Recht zum Schwangerschaftsabbruch zugesteht, aber ein de-facto-Entscheidungsrecht nach einer dem Schutz des werdenden Lebens dienenden Beratung.

1) *Die These vom straflosen Unrecht nicht indizierter Schwangerschaftsabbrüche – Konsequenzen für den verfassungsrechtlichen Status des Embryo/Fötus*

Nach der Gleichsetzungsthese (vgl. I.) wäre die verfassungsrechtliche Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts nicht haltbar, da im Ergebnis schon eine Beratung der Schwangeren als ausreichend angesehen wird, um das Lebensrecht der Leibesfrucht zu schützen. Hätte ein Embryo ein Abwehrrecht, das dem des geborenen Menschen angenähert ist, dann wäre die nicht rechtfertigende Fristenlösung verfassungswidrig. Denn im Ergebnis räumt das Bundesverfassungsgericht dem *abstrakten Lebensschutz* den Vorrang vor dem individuellen Grundrechtsschutz einzelner Embryonen. Sie können straflos und in weiten Bereichen auch rechtmäßig abgetrieben werden. Das Bundesverfassungsgericht legitimiert also die politische Entscheidung der Gesetzgebung, auf die Durchsetzung eines strafrechtlichen Schutzes des konkreten Lebens einer Leibesfrucht weitgehend zu verzichten<sup>8</sup>, wenn dadurch *ganz allgemein* Verhältnisse geschaffen werden, die im Ergebnis *illegale Praktiken* verhindern und außerdem der *Gesundheit der Schwangeren* dienen, die sich für eine straflose Abtreibung entscheiden<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> So Hoerster JuS 1995, 192. Aber im Gegensatz zu meinen Ausführungen hält Hoerster aus diesem Grund das Urteil für widersprüchlich. Ich nehme die Differenzierung hin und bestimme die strafrechtlichen Schutzgüter der jeweiligen Regelungsmaterien.

<sup>9</sup> Insbesondere unter diesem Aspekt ist es wichtig, die dritte – der Sache nach zu Art 12 GG ergangene, aber für die Abtreibungsfrage wichtige – Entscheidung des 1. Senats des BVerfG (BVerfGE 99, 129) zu erwähnen, in der das Schutzkonzept des Bundes gegen abweichende Regelungen Bayerns legitimiert wird, u. a. mit dem Argument, daß es zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes gehört, derartige komplexe Interessen in einem einheitlichen Schutzkonzept zu regeln und diese Regeln auch als Annexkompetenz zum Strafrecht durch ein Bundesgesetz zu regeln. Vgl. hierzu Frommel, Zweifelhafte Sondergesetze, ZEIT vom 19.7.96, S. 530.

2) *Der Rechtfertigungsgrund der weiten medizinisch-sozialen Indikation in § 218 a Abs. 2 StGB – Konsequenzen für den verfassungsrechtlichen Status des Embryo/Fötus*

Deutlicher noch als bei der These vom straflosen Unrecht zeigt sich die Unhaltbarkeit der Gleichsetzungsthese bei der vom Bundesverfassungsgericht gebilligten weiten medizinisch-sozialen Indikation. Im Unterschied zur Straflosigkeit der Fristenlösung mit Beratungspflicht sind Indikationen echte *Rechtfertigungsgründe*. Indizierte Abtreibungen sind kein Unrecht. Sie sind nicht nur straflos, sondern rechtmäßig. Wäre aber der Fötus einem geborenen Menschen gleichzusetzen, könnte eine Abtreibung nur durch eine enge medizinische Indikation, d.h. bei Gefahr für das Leben der Schwangeren, gerechtfertigt sein, da nur dann *zwei gleichwertige Rechtsgüter i. S. des rechtfertigenden Notstandes nach § 34 StGB* gegenüber stünden. Vertreter der Gleichsetzungsthese sehen daher konsequent in den weit gefaßten Indikationen des geltenden und des früheren Rechts (Notlagenindikation) keine Rechtfertigungs-, sondern allenfalls Entschuldigungs- oder Strafunrechtsausschließungsgründe.

Explizit vertreten wurde dieser dogmatische Ansatz in der spektakulären Federlin-Entscheidung des BayObLG<sup>10</sup>.

Aber das höchste bayerische Revisionsgericht blieb mit seiner Entscheidung, die erkennbar der Gleichsetzungsthese zum Sieg verhelfen sollte, allein. Im Parallelverfahren, dem beim Bundesgerichtshof anhängigen Theissen-Prozeß, folgten die Bundesrichter nicht dieser – mit der Gleichsetzungsthese vereinbaren – Lehre, sondern sie entschieden sich für die herrschende Deutung der damaligen Notlagenindikation als eines Rechtfertigungsgrundes. Ein bayerischer Sonderweg wurde damals nicht eröffnet, da das Federlin-Verfahren nicht weiter betrieben wurde, sondern eine völlig überraschende Wende nahm: Es wurde eingestellt. Wieso dies geschah, läßt sich rückblickend gut rekonstruieren. Die sich abzeichnende Divergenz zwischen dem Obersten Bayerischen Landesgericht und dem Bundesgerichtshof löste das nach der Rückverweisung wieder zuständige Instanzgericht, das Landgericht Memmingen, auf bemerkenswert kreative Weise. Es wich dem gerichtlich auszufechtenden Glaubenskampf aus und schuf einen neuartigen Einstellungsgrund der *Unzumutbarkeit der Fortsetzung eines Strafverfahrens für alle Beteiligten*. Es stellte das Verfahren gegen Frau Federlin, eine der wenigen Patientinnen von Dr. Theissen, die den Sprung in die Öffentlichkeit angetreten waren, nach mehr als sieben Jahren Verfahrensdauer wegen »Unzumutbarkeit der Fortführung für alle Beteiligten« mit ihrer Zustimmung ein<sup>11</sup>.

Dieser juristisch singuläre Schritt eines Landgerichtes dokumentiert eine rechtshistorische Etappe der langfristig wirksamen Entdramatisierung der Abtreibungsfrage und leitete das Ende der Gleichsetzungsthese ein.

Alle Obergerichte hatten sich nämlich mittlerweile in einem zähen juristischen Kampf für eine vermittelnde pragmatische Lösung entschieden. Sie qualifizieren den Embryo/Fötus als hohes Schutzgut, aber als Schutzgut eigener Art, das dem geborenen Leben eben nicht gleichzustellen ist, mit der Folge, daß die weite medizinisch-soziale Indikation nach geltendem Recht bzw. die Notlagenindikation des früheren Rechts rechtfertigende Wirkung hat<sup>12</sup>, obgleich sich nicht Leben gegen Leben, sondern werdendes Leben gegen zu berücksichtigende Belange der Schwan-

<sup>10</sup> BayObLG, NStZ 1990, 389; vgl. kritisch Frommel, StV 1992, 73.

<sup>11</sup> Verfügung, ergangen mit Zustimmung der Angeklagten, durch das LG Memmingen – 4. Strafkammer 4 Ns 23 Js 3746/87, ausgefertigt am 18. 1. 1994.

<sup>12</sup> BVerfGE 88, 257, 272 ff.; BGHSt 38, 158; BGHZ 86, 254; 89 102; BSG NJW 1985, 2216; BAG NJW 1989, 2347; BayObLG MDR 1978, 951.



geren gegenüberstehen. Verlangt wird eine umfassende Güterabwägung durch den Arzt. Akzeptiert wird eine nur begrenzte gerichtliche Überprüfung durch Gerichte.

Einigkeit besteht freilich, daß dieser Rechtfertigungsgrund sich nur schwer in das Gefüge der übrigen Rechtfertigungsgründe einfügen läßt, da die *Beurteilung der Zumutbarkeit nicht »objektiv« vorliegen und durch ein Strafgericht festzustellen ist, sondern »nach ärztlicher Erkenntnis« beurteilt wird*. Die Kommentarliteratur weist auf diese dem strafrechtlichen Denken ansonsten fremde »Subjektivierung« dieses Rechtfertigungsgrundes hin<sup>13</sup>, aber ernsthaft wird die Lehre vom nur begrenzt überprüfbaren ärztlichen Beurteilungsspielraum nicht mehr bestritten<sup>14</sup>.

Dies bedeutet, daß die juristischen Kompromisse, die 1992–1998<sup>15</sup> schrittweise erkämpft wurden, ein Schutzkonzept des werdenden oder ungeborenen Lebens in vivo geformt haben, das der Gleichsetzungsthese ebenso widerspricht wie einer Fristenlösung, die den Embryo/Fötus in den ersten 12 Wochen dem Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren unterordnet. Nur noch in Nebengebieten liegt verborgener Zündstoff bereit<sup>16</sup>.

### 3) Gründe für die unterschiedliche Behandlung des strafrechtlichen Schutzes in beiden Schutzgesetzen

Der Vergleich beider Regelungsmaterien hat folgende Besonderheiten erbracht:

- Strafflosigkeit der Frau nach Beratung,
- Rechtmäßigkeit einer Abtreibung bei weit gefaßter medizinisch-sozialer Indikation (d. h. nach einer umfassenden Güterabwägung nach Maßgabe des Prinzips, daß der Schwangeren nur innerhalb einer vom Arzt festzustellenden Zumutbarkeitsschwelle das Austragen des Fötus zugemutet werden kann),
- Zulässigkeit der Einbeziehung embryopathischer Gesichtspunkte im Rahmen der medizinisch-sozialen Indikation, und zwar unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit für die Schwangere (Belastungsgrenze).

Demgegenüber sind die Regelungen im Embryonenschutzgesetz sehr viel rigider und im einzelnen auch nicht sachgerecht, was etwa die PID betrifft.

Warum ist eine Abtreibung bis zur 12. Woche straflos, wenn eine umfassende soziale Beratung stattgefunden hat, wieso können bestimmte Abtreibungen gerechtfertigt werden, und wieso setzt der Schutz des Embryo in vivo zeitlich später an (Nidation)? Die Gründe für diese Differenz beider Regelungsmaterien sollen im folgenden geklärt werden.

<sup>13</sup> Lackner/Kühl StGB 23. Aufl. 1999, § 218 a Rdnr. 10.

<sup>14</sup> BGHSt 38, 144 (Theissen-Fall), insofern m. zust. Anm. Frommel StV 1992, 106. Vgl. Rudolphi, SK (Fn. 7), § 218 a Rdnr. 39 m. w. Nachw.

<sup>15</sup> Das 1992 erlassene SFHG, das eine rechtfertigende Fristenlösung mit Beratungspflicht konstruiert hatte, wurde durch BVerfGE 88, 203 modifiziert, 1995 neu kodifiziert und ist seither eine nicht rechtfertigende Fristenlösung mit Beratungspflicht. § 218 a Abs. 2 StGB ist weit gefaßt und umfaßt als Rechtfertigungsgrund auch die frühere embryopathische Indikation. 1998 hat der 1. Senat des BVerfG dem Bund die Kompetenz für alle Regelungsmaterien dieses Schutzkonzeptes zugewiesen, BVerfGE 99, 129, um zu verhindern daß einzelne Länder (hier: Bayern) den komplizierten Kompromiß durch restriktivere Landesgesetze, etwa zur Regelung der ärztlichen Berufsausübung, unterlaufen.

<sup>16</sup> Nebengebiete sind nicht unwichtig. Sobald der Rechtfertigungsgrund einer Indikation verneint wird, kann ein Angehöriger Nothilfe zugunsten seines ungeborenen Verwandten leisten und zu diesem Zweck ggf. ein Vormundschaftsgericht anrufen. Vgl. etwa die haltlose, aber höchstrichterliche Entscheidung zum Vormundschaftsrecht durch das OLG Hamm, NJW 1989, 3424, das bei minderjährigen Schwangeren – gegen die hM in der Strafrechtskommentierung – eine Einwilligung der Erziehungsberechtigten in den Schwangerschaftsabbruch verlangt, so daß in Grenzfällen eine minderjährige Schwangere schlechter gestellt sein kann als eine Erwachsene; vgl. hierzu die zutreffende Kritik von Moritz, ZfJ 1999, 92 ff.

Regina Kollek<sup>17</sup> erklärt die unterschiedlich weiten Schutzbereiche und die unterschiedlich starke Ausgestaltung des strafrechtlichen Schutzes in beiden Normenkomplexen mit der spezifischen Beziehung der Schwangeren zum Fötus. Analysieren wir ihr *Argument der Sonderbeziehung*:

Sie betont die körperliche und beginnende seelische Beziehung in vivo und unterstellt eine stärkere Unverbindlichkeit bei einer Befruchtung in vitro. Die körperliche Beziehung garantiere einen – wenn auch im einzelnen konfliktvoll erlebten – Schutz für den Fötus, während das Fehlen einer vergleichbaren körperlichen Beziehung zum Embryo in vitro eine »Entmoralisierung« (Van den Daele) des Embryos fördern könne.

Dem ist nur mit Einschränkungen zuzustimmen. Ebenso wie bei Kathrin Braun ist mir unverständlich, wieso die Rechte der betroffenen Frau an die *körperliche Beziehung zum Fötus* gekoppelt werden. Die für die moderne Emanzipation von Frauen konstitutive Forderung nach einer fairen Gesetzgebung, die bei ungewollter Schwangerschaft eine Fristenlösung ermöglicht, ist doch Teil einer Lebensplanung, die Berufstätigkeit und Mutterschaft neu bewertet und Mutterschaft nicht mehr als biologisches Schicksal hinnimmt, sondern plant – mit allen Konsequenzen, die das hat. Dann ist es doch nur konsequent, auch ungewollte Kinderlosigkeit nicht als Schicksal hinzunehmen. Lösen wir uns also von der Biologie und fragen nach den *Rechten der Frau* in beiden Konstellationen:

- Bis zur Nidation besteht aus der Perspektive der Schwangeren *keine Rechtspflicht zum Schutz des Embryo*. Die Schwangere ist also bei einer in-vitro-Fertilisation nicht Garant für »das Lebensrecht« des Embryo. Dies ist allenfalls der Arzt. Sie ist Patientin und hat alle Rechte einer Patientin, kann also insbesondere der Fortsetzung der Behandlung (Implantation) widersprechen. Bei einer Schwangerschaft legt ihr hingegen die Rechtsprechung eine Rechtspflicht auf: Sie muß sich im Falle einer Abtreibung umfassend sozial beraten lassen und das generalpräventive Urteil der Rechtsordnung hinnehmen, daß eine Abtreibung im »Normalfall« ein Unrecht sei. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat die Frau also nur eine Pflicht zum Austragen des Fötus, wenn keine medizinisch-soziale Indikation oder keine vergleichbare rechtfertigende Konstellation (ärztlich festgestellt) vorliegt. Sie darf hingegen alles tun, um eine ihr unerwünschte Nidation zu verhindern. Das beliebte Argument, es dürfe keine »Schwangerschaft auf Probe« geben, ist also allenfalls rhetorisch überzeugend oder als Ausdruck einer persönlichen Einstellung akzeptabel. Die Schwangere darf – rechtlich gesehen – sehr wohl »schwanger auf Probe« sein. Sonst hätte nämlich die ergebnisoffene Beratung zum Schutz des Fötus keinen Sinn. Außerdem hat sie das Recht, der besonderen Belastung einer für sie unzumutbaren Schwangerschaft auszuweichen. Sie kann also sehr wohl Entscheidungen treffen, die im Ergebnis eine negative Selektion nach pränataler Diagnose darstellen. PID verlagert den Zeitraum nach vorne, was möglicherweise auch unerwünschte soziale Folgen haben kann. Aber diese Folgen sollten auf andere Weise vermieden werden. Sie können nicht unverhältnismäßige strafrechtlichen Verbote mit »Dammbruch-Argumenten« legitimieren.
- Die Realisierung eines Lebensrechts des Embryo in vitro bleibt also auch im Embryonenschutzgesetz von der Entscheidung der Frau abhängig, die eine Implantation wünscht. Verbote, die der Frau die Entscheidung für eine Implantation erschweren, können nicht mit dem Lebensschutz begründet werden.

17 Präimplantationsdiagnostik, Embryonenselektion, weibliche Autonomie und Recht, Francke-Verlag 2000, S. 210 f.



Diese Konstellation spricht für eine *volle Entscheidungsfreiheit der Frau bis zu Implantation* und damit für die Zulässigkeit einer PID. Denn es macht nur Sinn, von »Rechten« des Embryo/Foetus zu sprechen, wenn es darum geht, jede Existenzphase vor der Geburt gegen *Eingriffe Dritter* zu schützen bzw. *Dritten Zugriffsmöglichkeiten auf menschliches Erbgut prinzipiell zu verwehren*, da sie in keiner vergleichbaren Sonderbeziehung zu dem geschützten Organismus stehen. Es macht aber wenig Sinn, die Entscheidungsfreiheit der Frau bis zur Implantation zu beschränken. Dies geschieht aber bei einem Verbot der PID.

Ein weiteres Argument entstammt dem Arzt-Patienten-Verhältnis. Einer Patientin kann man eine Diagnose wie die PID nicht verbieten, wenn sie notwendig ist, um zu entscheiden, ob sie den Embryo implantieren läßt. Sie muß eine angemessene Entscheidung treffen können, d. h. sie muß wissen, welche Belastungen auf sie zukommen. Die zulässigen Untersuchungen können hier auch nicht wegen eines Lebensrechtes des Embryo versagt werden, da nur dann das Lebensrecht eines Embryos realisiert werden kann, wenn die Frau die Behandlung fortsetzt. Beschränkungen der Untersuchungen und der Mitteilungen können aus Gründen des Gemeinwohls (Verbot der Menschenzüchtung) erfolgen. Aber mit Lebensschutz hat dies eigentlich nichts zu tun.

Menschenwürde und Lebensrecht werden in dieser Debatte rhetorisch benutzt, um eine partikuläre ethische Entscheidung als moralisch verbindlich zu juristifizieren.

Welches sind geeignete Kriterien für ein *Untersuchungs- und Mitteilungs-Verbot*?

Denkbar wäre es, den Kreis der zulässigen Untersuchungen *in Anlehnung an die Kriterien einer medizinisch-sozialen Indikation* zu bestimmen, da unter diesen Voraussetzungen die Schwangere sogar das sehr viel weitergehende Recht hat, einen Schwangerschaftsabbruch – nach ärztlicher Feststellung – durchführen zu lassen.

4) *Wertungswiderspruch zwischen dem Verbot der Selektion von Embryonen in vitro und der Regelung des geltenden Rechts bei medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbrüchen, die de facto (d. h. nicht de jure) embryopathischer Natur sind*

Formal betrachtet unterscheidet sich die Interessenlage einer Schwangeren, der das Austragen nicht zugemutet wird, von der Frau, die genetische Risiken einer »natürlichen« Schwangerschaft und erst recht eine Spätabtreibung vermeiden möchte. Sie befindet sich nicht in einer *Notstandslage*. Aber sie vermeidet einen sehr vielschwereren Eingriff in das schutzwürdige Interesse der Allgemeinheit, wenn sie so früh wie möglich eine für sie zu belastende Schwangerschaft vermeidet statt sie später abzuberechnen.

Das von Regina Kollek angeführte Interesse, eine Entmoralisierung des Embryo generalpräventiv zu vermeiden, indem man den angeblich »leichteren« Eingriff verbietet und nur den moralisch belastenderen einer Abtreibung zuläßt, ist mir zwar als empirische Spekulation zugänglich, scheidet aber bei einer verfassungsrechtlich zu legitimierenden Verhältnismäßigkeitsprüfung aus. Generalpräventiv begründete Strafzwecke tendieren oft dazu, leichte Verstöße ahnden zu wollen, da die Verteidigung der Rechtsordnung trotz geringer Schuld – oder gar trotz fehlender klarer Rechtsgutverletzung – es gebietet, den Anfängen zu wehren. Es liegt auf der Hand, daß eine so verkürzte Generalprävention die schlechteste Strafzweckerwägung ist, die sich überhaupt formulieren läßt. Daher ist das strikte strafrechtliche Verbot jeder PID nicht nur für den Lebensschutz untauglich, sondern insgesamt unangemessen und unverhältnismäßig, da es erkennbar andere, ebenfalls effektive Verfahren der Mißbrauchskontrolle gibt.

Dies führt uns zu den Alternativen zum Strafrecht. Auch bei der Reproduktionsmedizin ist eine *umfassende Sozialberatung* angemessener als – auch noch undifferenzierte – Verbote. Totipotente Blastomere sind keine menschlichen Individuen, sondern schutzwürdige Organismen. Die Rechtsordnung nimmt keinen absoluten und rigiden moralischen Standpunkt ein, sondern fordert effektive Verfahren, um eine Instrumentalisierung und Ökonomisierung dieser Organismen zu verhindern. Es ist daher eine *empirische Frage, ob es alternative Schutzmöglichkeiten* gibt. Wenn es sie gibt, sind sie vorzugswürdig, da strafrechtliche Verbote, die als unangemessen und zu starr empfunden werden, erfahrungsgemäß ineffektiver sind als flexible Regelungen, die *auch* akzeptabel sind.

### III. Lebensschutz und Selbstbestimmungsrecht – vereinbare Werte?

Rückblickend kann man daher feststellen, daß in den letzten drei Jahrzehnten auf der Ebene der Gesetzgebung und Rechtsprechung akzeptable Kompromisse erarbeitet wurden. Lebensschutz läßt sich in beiden Regelungsmaterien nur abstrakt mit nicht-strafrechtlichen Konzepten und nicht in jedem konkreten Einzelfall strafrechtlich durchsetzen. Damit hat sich die Gesetzgebung und Rechtsprechung im Regelungskomplex: §§ 218 ff. StGB von einer Konzeption gelöst, die Lebensschutz als Abwehrrecht eines Fötus interpretiert.

Dies hat zwar die politischen und moralischen Differenzen derer, die sich für einen der beiden Werte einsetzen, wenig berührt, wie empirische Studien belegen. Weitgehend unverändert ist auch der bekenntnishaft Ton der Debatte. Aber das Niveau hat sich dort verbessert, wo es um konkrete rechtliche Regelungen und nicht um moralische Kreuzzüge geht<sup>18</sup>.

Zwar sind einzelne »Lebensschützer« auf dem Rechtsweg<sup>19</sup> noch aktiv, aber die meisten Schlachten sind geschlagen. Wenn es noch Widerstand gegen die Liberalisierung gibt, dann nur noch in Rand- und Nebengebieten. Ansonsten haben sich diejenigen, die sich beruflich mit Gesetzgebung und Rechtsprechung beschäftigen müssen: betroffene Ärzte, Juristen, Parlamentarier und Journalisten, an den neuartigen Regelungstypus gewöhnt. Statt eines rigiden Verbotes oder statt einer schlichten Liberalisierung hat die Gesetzgebung ein kompliziertes Schutzkonzept entwickelt, das unterschiedliche Techniken kombiniert und differenzierte Entscheidungskompetenzen verleiht. Die Stichworte lassen sich in jedem Kommentar zu den §§ 218 ff. StGB nachlesen. An dieser Stelle wichtig ist zu zeigen, daß seither *beide Werte* und *beide Rechtspositionen* stärker betont werden, Lebensschutz und Entscheidungskompetenz der Frau bzw. des Arztes bei den rechtfertigenden Indikationen. Das relativ liberale Abtreibungsrecht hat nicht zu einer Entmoralisierung des Embryo/Fötus geführt, es hat auch kein »Dammbruch« stattgefunden, sondern eher das Gegenteil: Wir erleben eine Festigung juristischer Dämme. Die Praxis ist transparenter geworden *durch eine Entpönlisierung, Legalisierung und Institutionalisierung der Abtreibung*.

<sup>18</sup> Vgl. die empirische Studie von Jürgen Gerhards, Diskursive versus liberale Öffentlichkeit, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Heft 1/1997, S. 1–34; 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.

<sup>19</sup> So Frommel, ZRP 1990, 351 vor dem zähen juristischen Kampf um eine pragmatische Regelung.

Das geltende Embryonenschutzgesetz ist kein ethisches Minimum gegen Menschenzüchtung, sondern ein unausgewogenes Gesetz, das sich in dieser Form nicht halten läßt. Es ist anzunehmen, daß sich auch beim Embryonenschutz eine vergleichbare Differenzierung anbahnen wird wie bei der Abtreibungsdebatte. Die zur Zeit sehr restriktiven und zu wenig differenzierenden strafrechtlichen Verbote werden sich nicht auf Dauer mit dem Argument halten lassen, daß der Embryo in vitro einer geborenen Person quasi gleichzustellen sei (modifizierte Gleichstellungsthese), sondern werden einer bereichsspezifischen Differenzierung weichen. Die § 218-Debatte hat in meinen Augen eine Art Schrittmacher-Funktion. Sie hat nämlich gezeigt, daß gerade ein differenzierter liberaler Standpunkt den Gedanken des Lebensschutzes betonen und dennoch zu einem Abbau von strafrechtlichen Verböten und damit zu einem akzeptableren Interessenausgleich gelangen kann. Wenn diese Beschreibung zutreffen sollte, dann müssen wir uns für die Grenzziehung gegen Versuche der Menschenzüchtung jedenfalls andere Argumente einfallen lassen als bisher. Eine undifferenzierte Tabuisierung wird der anstehenden Problematik ebensowenig gerecht wie ein unbefangener utilitaristischer Ansatz. Als Patientin wäre mir aber die utilitaristische Rechtskultur lieber als eine hochtrabend daherredende Kultur der Bevormundung.

Daniela Lausmann-Murr

## Schranken für die Patentierung der Gene des Menschen

„Öffentliche Ordnung“ und „gute Sitten“ im Europäischen  
Patentübereinkommen

Das Werk analysiert die Begriffe der »öffentlichen Ordnung« und »guten Sitten« in Art. 53 des Europäischen Patentübereinkommens und untersucht ihre Bedeutung als Schranken für die Erteilung von Patenten, die Teile des menschlichen Erbguts beanspruchen. Einbezogen sind auch vergleichbare Normen des internationalen, des deutschen und des französischen Rechts.

2000, 191 S., brosch., 64,- DM, 467,- öS, 58,- sFr,  
ISBN 3-7890-6699-0  
(Biotechnologie und Recht, Bd. 5)



**NOMOS Verlagsgesellschaft**  
**76520 Baden-Baden**