Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht 33

Carina Dorneck

Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda

Eine Analyse zum AME-FMedG

Nomos

Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Marion Albers
Prof. Dr. Ivo Appel
Prof. Dr. Ulrich M. Gassner
Prof. Dr. Henning Rosenau

Band 33

Carina Dorneck

Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda

Eine Analyse zum AME-FMedG

Nomos

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

Zugl.: Halle-Wittenberg, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4911-9 (Print)
ISBN 978-3-8452-9124-6 (ePDF)

1. Auflage 2018
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für Opa
† 2008

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 von der juristischen und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg als Dissertation angenommen. Sie wurde für die Drucklegung auf den Stand von Februar 2018 gebracht.

Die Arbeit geht auf die Anregung meines sehr geschätzten Doktorvaters und Chefs Prof. Dr. *Henning Rosenau* zurück und ist unter seiner Betreuung entstanden. Er hat mir hierfür die nötige Freiheit für selbstständiges wissenschaftliches Arbeiten und für meine wissenschaftliche Entfaltung gegeben. Ihm gebührt mein besonderer Dank für die stete Förderung nicht nur meiner beruflichen, sondern auch meiner persönlichen Entwicklung. Prof. Dr. *Hans Lilie* danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, sein allzeit offenes Ohr sowie für seine bestärkenden Worte.

Danken möchte ich zudem meinen Kollegen *Kim Philip Linoh* und *Henning Lorenz* für unser kollegiales und zugleich freundschaftliches Verhältnis sowie für ihre jederzeitige Bereitschaft zur Diskussion und oftmals technischen Hilfe.

Ferner gilt meinem *Papa* besonderer Dank, der mir nicht nur durch seine finanzielle Unterstützung mein Studium und die Promotion ermöglicht hat. Sein Stolz und seine bestätigenden Worte haben meinen Werdegang gefördert.

Genauso danke ich deswegen meiner *Mama* und meinem Bruder *Marco*. Sie fanden stets die Kraft und Ruhe, mir beiseite zu stehen und mich zu unterstützen, selbst in Zeiten, in denen Mama mit gesundheitlichen Problemen kämpfte und Marco an seinem eigenen beruflichen Fortkommen arbeitete.

Gewidmet ist die Arbeit meinem geliebten *Opa*, weil ich weiß, wie stolz er jetzt auf mich wäre.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 23

A. Einleitung 27

B. Rechtliche Rahmenbedingungen für das Recht der Fortpflanzungsmedizin 33

I. Gesetzgebungskompetenz und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers 33

II. Europarechtliche und internationale Vorgaben 36

1. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union 37
2. Sekundärrecht 40
3. Europäische Grundrechtecharta 41
4. EU-Grundfreiheiten 44
5. Europäische Menschenrechtskonvention 44
6. Biomedizinrechtskonvention des Europarates 48
7. Internationale Vorgaben 48
8. Ergebnis zu den europarechtlichen und internationalen Vorgaben 49

III. Verfassungsrechtliche Vorgaben 50

1. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Grundgesetzes 50
2. Menschenwürde 52
3. Leben und körperliche Unversehrtheit 54
4. Exkurs: Status des Embryos in vitro 54
   a) Status des Embryos in vitro nach dem ESchG 55
   b) Schutz durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG 56
      aa) Überholte Ansichten 57
      bb) Beginn menschlichen Lebens ab Kernverschmelzung oder ab Nidation/Individuation? 59
         (1) Beginn menschlichen Lebens ab der Kernverschmelzung 59
         (2) Beginn menschlichen Lebens ab der Nidation/Individuation 60

(3) Stellungnahme 61
c) Schutz durch Art. 1 Abs. 1 GG 63
aa) Vertretene Ansichten 64
bb) Stellungnahme 64
d) Fazit zum verfassungsrechtlichen Status des Embryos in vitro 66
5. Ehe und Familie 66
6. Reproduktive Selbstbestimmung 67
a) Schutzbereich 70
aa) Persönlicher Schutzbereich 70
bb) Sachlicher Schutzbereich 71
b) Einschränkbarkeit und Rechtfertigung 72
c) Fazit zum Grundrecht auf reproduktive Selbstbestimmung 73
7. Informationelle Selbstbestimmung 73
8. Forschungsfreiheit 75
9. Gleichheitssatz 76
IV. Zusammenfassung zu den rechtlichen Rahmenbedingungen 77

C. Das Recht der Fortpflanzungsmedizin de lege lata und Analyse des Handlungsbedarfs 78

I. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung 78
1. Personenkreis 78
a) Geltende Rechtslage 79
b) Begriffsbestimmung der Elternschaft 80
c) Personenkreis 82
d) „Unfruchtbarkeit“ als Voraussetzung der Inanspruchnahme assistierter Reproduktion 84
e) Altersgrenze 88
f) Ergebnis zur Bestimmung des Personenkreises 90
2. Künstliche Insemination und In-vitro-Fertilisation 91
a) Begriffsbestimmung und Verfahren 91
b) Analyse eines Handlungsbedarfs im Hinblick auf einzelne Problemfelder 92
aa) Anzahl der zu befruchtenden Eizellen 93
bb) Zulässigkeit der Samenzellenspende 97
cc) Mehrfache Verwendung von Sperma desselben Spenders 101

dd) Verwendung von Mischsperma 103
ee) Drei-Eltern-IVF 105
c) Zusammenfassung des Handlungsauftrags für den Gesetzgeber 107
3. Präimplantationsdiagnostik 108
a) Begriffsbestimmung 108
b) Geltende Rechtslage 109
c) Begründung des Gesetzgebers 111
d) Befürwortung der grundsätzlichen Zulassung der PID 112
e) Befürwortung der Begrenzung der PID 113
f) Kritik an der Neuregelung 115
aa) Nicht überzeugende Kritikpunkte 115
bb) Verbleibende Kritikpunkte 117
g) Ergebnis zur Präimplantationsdiagnostik 122
4. Präkonzeptionelle Geschlechtswahl 123
a) Derzeitige Gesetzeslage in Deutschland und europarechtliche Vorgaben 123
b) Begründung des Verbots 124
c) Überprüfung der drohenden Gefahren 125
aa) Keine Gefahr eines Dammbruchs oder einer Eugenik 126
bb) Kein schützenswertes Rechtsgut für ein Verbot der Geschlechtswahl 127
d) Konsequenz? 128
e) Fazit und Handlungsbedarf zur präkonzeptionellen Geschlechtswahl 131
5. Eizellspende 131
a) Geltende Rechtslage in Deutschland und dem europäischen Ausland 131
b) Gründe für das Verbot der Eizellspende 133
aa) Begründung des Gesetzgebers 133
bb) Erhöhte gesundheitliche Belastungen 133
cc) Dammbruchargumente 134
dd) Entscheidung des EGMR 135
c) Gründe für die Zulassung der Eizellspende 136
aa) Entscheidung des EGMR 136
bb) Gleichheitssatz 137
cc) Das Familiengründungsrecht, das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung und das Kindeswohl 139
dd) Keine Gefahr eines Dammbruchs 142

d) Ergebnis zur Eizellspende 143
6. Embryonenspende 143
a) Begriffsbestimmung und Verfahren 144
b) Bedürfnis der Embryonenspende in der Praxis 144
c) Geltende Rechtslage und deren Handhabung in der Praxis 146
aa) Herleitung eines Verbots 146
bb) Überprüfung des ESchG auf das Verbot der Embryonenspende 146
cc) Ergebnis zum geltenden Recht der Embryonenspende 148
d) Konsequenz? 149
aa) Argumente gegen die Zulassung der Embryonenspende 150
bb) Argumente für die Zulassung der Embryonenspende 150
e) Gesamtbewertung der Embryonenspende 152
7. Leihmutterschaft 152
a) Begriffsbestimmung 155
b) Geltende Rechtslage in Deutschland 156
c) Internationaler Länderbericht 157
d) Konsequenz für Deutschland? 158
aa) Argumente gegen die Zulassung der Leihmutterschaft 159
(1) Kindeswohlgefährdung 159
(2) Menschenwürde 161
bb) Argumente für die Zulassung der Leihmutterschaft 162
(1) Keine Kindeswohlgefährdung ersichtlich 162
(2) Menschenwürde 164
(3) Recht auf reproduktive Selbstbestimmung und Familiengründungsrecht der Wunscheltern 166
e) Fazit zur Leihmutterschaft 166
8. Postmortale Verwendung von Keimzellen oder Embryonen 167
a) Befruchtung post mortem bei der künstlichen Insemination/IVF 167
aa) Begriffsbestimmung und geltende Rechtslage 168
bb) Begründung des Gesetzgebers 168
cc) Weitere Argumente für das Verbot der Befruchtung post mortem 170
dd) Argumente für die Zulassung der Befruchtung post mortem 171
ee) Würdigung und Zwischenfazit 173

b) Weitere reproduktionsmedizinische Maßnahmen post mortem 173
c) Fazit zur postmortalen Verwendung von Keimzellen und Embryonen 174
9. Gesamtergebnis zu den Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung 174
II. Weitere Techniken im Zusammenhang mit den Verfahren der assistierten Reproduktion 175
1. Keimbahnintervention 175
a) Begriffsbestimmung 176
b) Abgrenzung der Keimbahntherapie zur somatischen Gentherapie 177
c) Geltende Rechtslage in Deutschland und internationale Regelungen 178
d) Begründung des Verbots der Keimbahnintervention 180
aa) Gründe für das Verbot der Keimbahnintervention 180
bb) Würdigung der Gründe 181
cc) CRISPR-Cas9-Verfahren 183
dd) Zwischenfazit zur Keimbahnintervention 186
e) Keimbahntherapie als mögliche Ausnahme des Verbots 186
aa) Bedarf für das Verfahren der Keimbahntherapie? 186
bb) Ablehnung der Keimbahntherapie 188
cc) Befürwortung der Keimbahntherapie 189
dd) Stellungnahme 191
f) Gesamtergebnis zur Keimbahnintervention 191
2. Klonen 191
a) Begriffsbestimmungen und die technischen Verfahren des Klonens 192
aa) Der Begriff des Klons 192
bb) Die Unterscheidung zwischen dem reproduktiven und dem therapeutischen Klonen 193
cc) Die technischen Verfahren des Klonens 195
b) Exkurs: Auslegungsproblematik de lege lata 197
aa) § 6 ESchG und seine Schwierigkeiten beim Zellkerntransfer-Verfahren 197
bb) Ablehnung des Embryobegriffs beim Zellkerntransfer-Verfahren 198

cc) Annahme des Embryobegriffs beim Zellkerntransfer-Verfahren 199
dd) Konsequenzen aus diesem Streit 201
c) Reproduktives Klonen 202
aa) Gesetzeslage in Deutschland und internationale Vorgaben 202
bb) Gründe für das Verbot des reproduktiven Klonens 203
(1) Mangelnde Anwendungssicherheit 204
(2) Würde der Gattung Mensch 204
(3) Würde des geklonten Menschen 205
(4) Würde des Klons 206
cc) Fazit zum reproduktiven Klonen 207
d) Therapeutisches Klonen 208
aa) Internationale Vorgaben 208
bb) Gesetzeslage in Deutschland 209
cc) Streit um die Zulässigkeit des therapeutischen Klonens 210
(1) Ablehnung des therapeutischen Klonens 210
(2) Befürwortung des therapeutischen Klonens 211
(3) iPS-Zellen als Alternative? 212
(4) Alternativlosigkeit des therapeutischen Klonens und Konsequenz 214
dd) Fazit zum therapeutischen Klonen 215
e) Zusammenfassung zum reproduktiven und therapeutischen Klonen 215
3. Chimären- und Hybridbildung 216
a) Begriffsbestimmungen 216
b) Derzeitige Rechtslage in Deutschland 217
aa) § 7 ESchG 217
bb) Probleme des § 7 ESchG 218
(1) Auslegungsproblematik entsprechend § 6 Abs. 1 ESchG i.V.m. § 8 Abs. 1 ESchG 219
(2) Zusätzliches Problem: Das Tatbestandsmerkmal des menschlichen Embryos 219
(3) Zwischenfazit zu § 7 ESchG 220
c) Die Chimären- und Hybridbildung zu reproduktiven Zwecken 221
aa) Begründungen für das Verbot 221
bb) Stellungnahme 222

cc) Fazit zur Chimären- und Hybridbildung zu reproduktiven Zwecken 223
d) Die Chimären- und Hybridbildung zu Forschungs- und Therapiezwecken 224
aa) Nutzen 224
bb) Neuere Entwicklungen in Deutschland sowie im Ausland, insbesondere in Großbritannien 225
cc) Konsequenz für Deutschland? 226
(1) Somatische Gentherapie 227
(2) Xenotransplantation 228
(3) Fazit zur Chimären- und Hybridbildung zu Forschungs- und Therapiezwecken 232
e) Gesamtergebnis zur Chimären- und Hybridbildung 232
4. Ergebnis zum geltenden Recht weiterer Techniken im Zusammenhang mit der Reproduktionsmedizin 232

III. Umgang mit für Fortpflanzungszwecke erzeugten Embryonen 233
1. Begriffsbestimmung 234
2. Überblick zur Gesetzeslage zum Umgang mit überzähligen Embryonen 235
3. Kryokonservierung 236
a) Begriffsbestimmung 237
b) Geltende Rechtslage 237
c) Bedarf für eine Regelung und zukünftige Ausgestaltung 238
d) Social Freezing 238
aa) Begriffsbestimmung und Anwendungsbereich 239
bb) Zulassung der Eizellenvorsorge? 240
cc) Fazit zum Social Freezing 243
e) Gesamtergebnis zur Kryokonservierung 243
4. Verwendung überzähliger Embryonen für Fortpflanzungszwecke 244
a) Geltende Rechtslage zur Verwendung überzähliger Embryonen zu Fortpflanzungszwecken 244
aa) Embryonenspende 244
bb) Leihmutterschaft 245
cc) Weitere Vorschriften 245
dd) Fazit zum geltenden Recht zum Umgang mit überzähligen Embryonen zu Fortpflanzungszwecken 246

b) Zulassung der Verwendung überzähliger Embryonen zu Fortpflanzungszwecken 246
aa) Zulassung der Embryonenspende und der Leihmutterschaft 246
bb) Alternative zur Freigabe für Fortpflanzungszwecke 247
cc) Ausnahme der Verwendung überzähliger Embryonen zu Fortpflanzungszwecken 248
c) Fazit zur Verwendung überzähliger Embryonen zu Fortpflanzungszwecken 249
5. Verwendung überzähliger Embryonen für Forschungszwecke 249
a) Geltende Rechtslage zur Verwendung überzähliger Embryonen für die Forschung 250
b) Zulassung der Verwendung überzähliger Embryonen zu Forschungszwecken? 251
aa) Argumente für die Aufrechterhaltung des Forschungsverbots 252
bb) Argumente gegen die Aufrechterhaltung des Forschungsverbots 253
cc) Stellungnahme 254
c) Fazit zur Verwendung überzähliger Embryonen zu Forschungszwecken 256
6. Gesamtergebnis zur Verwendung überzähliger Embryonen 256

D. Vorstellung des Augsburg-Münchner-Entwurfs für ein Fortpflanzungsmedizingesetz 257

I. Entstehungsgeschichte des AME-FMedG 257

II. Verfolgtes Ziel 259

III. Aufbau 261

IV. Nicht berücksichtigte Aspekte 261
1. Pränatale Diagnostik 262
2. Rechtliche Folgefragen 263
a) Familien- und erbrechtliche Folgefragen 264
b) Sozialrechtliche Konsequenzen 266
c) Sonstiger rechtlicher Anpassungsbedarf 267
3. Import embryonaler Stammzellen 268
4. Umsetzung des Anpassungsbedarfs 269

V. Der Status des Embryos in vitro im AME-FMedG 269
1. Lösung des AME-FMedG 269
2. Bewertung dieses Lösungsansatzes 271

E. Das Recht der Fortpflanzungsmedizin de lege ferenda unter besonderer Berücksichtigung des AME-FMedG 273

I. Handlungsform 273
1. Änderung des ESchG 273
2. Berufsrecht 275
3. Fortpflanzungsmedizingesetz 276
4. Fazit zur Handlungsform 278

II. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung 278
1. Allgemeine Vorschriften 278
a) Personenkreis 278
b) Aufklärung und Einwilligung 279
aa) Aufklärung 280
bb) Einwilligung 281
cc) Fazit zu Aufklärung und Einwilligung 281
c) Auskunftsrecht 282
d) Zusammenfassung zu den allgemeinen Vorschriften 285
2. Künstliche Insemination und In-vitro-Fertilisation 286
a) Festlegung der Anzahl der zu befruchtenden Eizellen und Überprüfung der sog. Dreier-Regel 286
aa) § 4 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 AME-FMedG 287
bb) Würdigung des § 4 Abs. 1 Nr. 1 AME-FMedG 287
cc) Würdigung des § 4 Abs. 1 Nr. 2 AME-FMedG 289
dd) Fazit zur Anzahl der zu befruchtenden Eizellen 292
b) Zulässigkeit der Samenzellenspende 293
aa) § 5 AME-FMedG 293
bb) Fazit zu § 5 AME-FMedG 295
c) Mehrfache Verwendung von Sperma desselben Spenders 295
aa) Begrenzung mittels Vorgabe in einer Richtlinie 295
bb) Vorschlag des AME-FMedG 296
cc) Fazit zur mehrfachen Verwendung von Sperma desselben Spenders 297
d) Verwendung von Mischsperma 297
e) Drei-Eltern-IVF 298
aa) Vorschlag des AME-FMedG 298

bb) Bedarf für eine Regelung? 298
f) Zusammenfassendes Ergebnis 299
3. Präimplantationsdiagnostik 300
a) Kritikpunkt: Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und embryopathische Indikation 300
aa) Kritik an § 3a ESchG 300
bb) Lösungsvorschlag: Medizinische Indikation in Anlehnung an die PND und an den Schwangerschaftsabbruch 301
cc) Grundsätzliche Zulassung oder grundsätzliches Verbot? 302
dd) § 4 Abs. 2 AME-FMedG 303
ee) Würdigung der Regelung des § 4 Abs. 2 AME-FMedG 305
b) Kritikpunkt: PID an totipotenten Zellen? 307
c) Kritikpunkt: Keine Regelung im Hinblick auf Nebenbefunde 309
d) Kritikpunkt: Umgang mit den entstehenden überzähligen Embryonen 315
e) Fazit zur Präimplantationsdiagnostik 315
4. Präkonzeptionelle Geschlechtswahl 316
a) Regulierung durch lizenzierte Zentren 316
b) Alternativen zu § 3 Satz 2 ESchG 318
aa) Indikationenliste 318
bb) Votum einer Ethikkommission 319
cc) Lösungsvorschlag des AME-FMedG 320
(1) Widerspruch zur PID? 320
(2) Bewertung der Regelung des § 9 Abs. 2 AME-FMedG 321
(3) Ergebnis zu § 9 AME-FMedG 322
c) Fazit zur präkonzeptionellen Geschlechtswahl 322
5. Eizellspende 323
a) § 6 AME-FMedG und Bewertung der darin enthaltenen Regelungen 323
b) Nachbesserungsbedarf – Altersbegrenzung? 325
aa) Für eine Altersbegrenzung sprechende Argumente 326
bb) Gegen eine Altersbegrenzung sprechende Argumente 326
cc) Fazit zur Altersbegrenzung 328
c) Fazit zur Eizellspende 328

6. Embryonenspende 329
a) § 7 AME-FMedG 329
b) Bewertung des § 7 AME-FMedG 330
c) Nachbesserungsbedarf 332
aa) Überzählige Embryonen 332
bb) Freigabe und Anforderungen an die Wunscheltern 333
d) Fazit zur Embryonenspende 335
7. Leihmutterschaft 335
a) Vorschlag des AME-FMedG 335
aa) Regelungsgehalt des § 8 AME-FMedG 336
bb) Bewertung des § 8 AME-FMedG 337
b) Alternative Lösungsmöglichkeiten 340
aa) Genehmigung durch das Familiengericht/durch eine Kommission 341
bb) Näheverhältnis zwischen Wunscheltern und Leihmutter 342
cc) Unvollkommene Verbindlichkeiten 343
dd) Zwischenfazit zu § 8 AME-FMedG 346
c) Ergebnis zur Regelung der Leihmutterschaft 346
8. Postmortale Verwendung von Keimzellen oder Embryonen 346
a) Lösung des AME-FMedG 347
b) Nachbesserungsbedarf? 347
aa) Postmortale Befruchtung im Falle einer Gametenspende 347
bb) Einwilligung der Keimzellenspender 348
cc) Begrenzung der Zeitspanne nach dem Tod der Keimzellenspender 349
dd) Zwischenergebnis zum Nachbesserungsbedarf 350
c) Fazit zur postmortalen Verwendung von Keimzellen und Embryonen 351
9. Gesamtergebnis zu den Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung 351

III. Weitere Techniken im Zusammenhang mit den Verfahren der assistierten Reproduktion 351
1. Keimbahnintervention 352
a) Regelungsvorschlag des AME-FMedG 352
b) Bewertung des § 10 AME-FMedG 353
aa) Problem: „schwerwiegende Beeinträchtigung“ 353

bb) Alternativen 354
cc) Votum der Fortpflanzungsmedizin-Kommission 355
dd) Abschließende Bewertung des § 10 AME-FMedG 357
c) Fazit zur Regelung der Keimbahnintervention 358
2. Klonen 358
a) Verbot des reproduktiven Klonens 358
aa) Notwendigkeit einer Neuregelung 359
bb) Verbot der asexuellen Vermehrung 359
cc) Regelungsvorschläge des § 11 AME-FMedG 359
dd) Fazit zur Regelung des reproduktiven Klonens 361
b) Mögliche Regelung zum therapeutischen Klonen 361
aa) Notwendigkeit einer (Neu-)Regelung? 361
bb) Regelungsvorschläge des AME-FMedG und der Literatur 362
cc) Explizite Regelung zum therapeutischen Klonen 363
dd) Fazit zur Regelung des therapeutischen Klonens 364
c) Gesamtfazit zur Regelung des Klonens 365
3. Chimären- und Hybridbildung 365
a) Vorschlag des § 12 AME-FMedG 365
b) Würdigung des § 12 AME-FMedG und mögliche Alternativen 366
aa) § 12 Abs. 1 AME-FMedG 366
bb) § 12 Abs. 2 AME-FMedG 368
cc) § 12 Abs. 3 AME-FMedG 368
c) Fazit zur Chimären- und Hybridbildung 369
4. Ergebnis zum zukünftigen Recht weiterer Techniken im Zusammenhang mit der Reproduktionsmedizin 369

IV. Umgang mit überzähligen Embryonen 369
1. Legaldefinition des überzähligen Embryos 370
2. Kryokonservierung 370
a) AME-FMedG 371
b) Gesetzlicher Regelungsbedarf 371
aa) Modalitäten der Aufbewahrung 371
(1) Aufklärung und Einwilligung 372
(2) Aufbewahrungsdauer 372
(3) Zentrales Register 374
bb) Social Freezing 374
c) Ergebnis zur Kryokonservierung 375

3. Verwendung für Fortpflanzungszwecke 375
a) Regelungsvorschlag des § 13 AME-FMedG 375
b) Alternative Möglichkeit 376
c) Ergänzung des § 13 AME-FMedG? 377
d) Fazit zur Normierung der Verwendung überzähliger Embryonen zu Fortpflanzungszwecken 377
4. Verwendung für Forschungszwecke 378
a) Regelungsvorschläge der Literatur und deren Bewertung 378
aa) Regelungsvorschläge 378
bb) Bewertung der Regelungsvorschläge 379
b) Regelungsvorschlag des AME-FMedG 381
aa) Kein Widerspruch der biologischen Eltern 382
bb) Unentgeltlichkeit 384
cc) Verfolgung hochrangiger Forschungszwecke 384
dd) Subsidiaritätsklausel 386
ee) Zwischenfazit zu § 14 AME-FMedG 387
ff) Genehmigungserfordernis des § 15 AME-FMedG 387
gg) Fazit zu §§ 14 ff. AME-FMedG 388
c) Fazit zur Verwendung überzähliger Embryonen zu Forschungszwecken 388
5. Gesamtfazit zum Umgang mit überzähligen Embryonen 389

F. Abschließende Bewertung des AME-FMedG 390

G. Thesen und Fazit 393

Anhang AME-FMedG 399

Literaturverzeichnis 413

Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AME-FMedG	Augsburg-Münchner-Entwurf für ein Fortpflanzungsmedizingesetz
ART	Assistierte Reproduktionstechnik
ASRM	American Society for Reproductive Medicine
BÄK	Bundesärztekammer
Begr.	Begründer
BMBF	Bundesministerium für Bildung und Forschung
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BMK	Biomedizinrechtskonvention des Europarates
DÄBl.	Deutsches Ärzteblatt (Zeitschrift)
DGPFG e.V.	Deutsche Gesellschaft für Psychosomatische Frauenheilkunde und Geburtshilfe (eingetragener Verein)
DIMDI	Deutsches Institut für Medizinische Dokumentation und Information
DIR	Deutsches IVF-Register
DNS	Desoxyribonukleinsäure
eDET	elective Double-Embryo-Transfer
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht (Zeitschrift Österreich)
eSET	elective Single-Embryo-Transfer
Ethik Med	Ethik in der Medizin (Zeitschrift)
ETS	European Treaty Series (Veröffentlichungsreihe für Konventionen des Europarates zwischen 1948 und 2004)

EU-GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Europäische Grundrechtecharta)
FMedG/FMG	Fortpflanzungsmedizingesetz
FORSA	Gesellschaft für Sozialforschung und statistische Analysen
GEKO	Gendiagnostik-Kommission
HFEA	Human Fertilisation and Embryology Authority
HFR	Humboldt Forum Recht (Online-Zeitschrift)
hib	Heute im Bundestag
hill	Zeitschrift für Recht und Gesundheit (Zeitschrift Schweiz)
HLA	Humanes Leukozytenantigen
HSTLJ	Hastings Science & Technology Law Journal (Zeitschrift)
ICSI	interzytoplasmatische Spermieninjektion
Int J Surg	International Journal of Surgery (Zeitschrift)
iPS-Zellen	induzierte pluripotente Stammzellen
ISSCR	International Society for Stemm Cell Research
IVF	In-vitro-Fertilisation
J. Fertil. Reprod.	Journal für Fertilität und Reproduktion (Zeitschrift bis 2007)
J. Reproduktionsmed. Endokrinol.	Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie (Zeitschrift ab 2008)
KG	Kammergericht
LMU	Ludwig-Maximilians-Universität München
LPartG	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz)
Muster-ArsRepro	(Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion
NEK	Nationale Ethikkommission (Schweiz) im Bereich Humanmedizin
öFMedG	Fortpflanzungsmedizingesetz der Republik Österreich
ÖGPGG	Österreichische Gesellschaft für Psychosomatik in Gynäkologie und Geburtshilfe

para.	paragraph
PID	Präimplantationsdiagnostik
PND	Pränataldiagnostik
RdM	Recht der Medizin (Zeitschrift)
RNS	Ribonukleinsäure
SAPGG	Schweizer Arbeitsgemeinschaft für Psychosomatische Gynäkologie und Geburtshilfe
SaRegG	Gesetz zur Errichtung eines Samenspenderregisters und zur Regelung der Auskunftserteilung über den Spender nach heterologer Verwendung von Samen (Samenspenderregistergesetz)
SÄZ	Schweizerische Ärztezeitung (Zeitschrift)
schwFMedG	Fortpflanzungsmedizingesetz der Schweiz
TAB	Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag
W-Forum	Wissenschaftsforum der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages
ZES	Zentrale Ethik-Kommission für Stammzellenforschung
ZES V	Verordnung über die Zentrale Ethik-Kommission für Stammzellenforschung und über die zuständige Behörde nach dem Stammzellgesetz
ZfmE	Zeitschrift für medizinische Ethik (Zeitschrift)

Im Übrigen folgen die Abkürzungen:
Kirchner, Hildebert/Böttcher, Eike
Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Aufl., Berlin 2015.

A. Einleitung

„Die höchst umstrittene, der Rechtseinheit nicht genügende Materie bedarf dringend (…) einer durchgreifenden Gesetzgebung. Also: ‚verbreitet das Warten auf ein Fortpflanzungsmedizingesetz'".

– Adolf Laufs[1] –

Mit dieser Aussage brachte der 2014 verstorbene *Adolf Laufs*, der als einer der Doyens des Medizinrechts gilt,[2] die derzeitige Situation des Rechts der Fortpflanzungsmedizin auf den Punkt: Bis heute zeichnet es sich in Deutschland dadurch aus, dass es in verschiedenste Teilregelungen zersplittert und mitunter überhaupt nur fragmentarisch gesetzlich geregelt ist. Es ist zudem inhaltlich lückenhaft und durch den medizinischen Fortschritt längst überholt.[3] Rechtsunsicherheit in weiten Bereichen der Reproduktionsmedizin ist die Folge.[4]

Es erscheint daher naheliegend, die schon seit Längerem bestehenden Bestrebungen nach einem einheitlichen Fortpflanzungsmedizingesetz wieder aufzunehmen.[5] Infolge naturwissenschaftlicher Entwicklungen und der sich daraus ergebenden Möglichkeiten für die Fortpflanzungsmedizin änderten sich im Laufe der letzten Jahrzehnte das Bewusstsein und die Einstellung der Gesellschaft gegenüber der Reproduktionsmedizin.[6] Während in den siebziger Jahren die öffentliche Meinung in Deutschland fortpflanzungsmedizinischen Verfahren noch offen gegenüber stand, schlug das Meinungsbild in den achtziger Jahren ins Gegenteil um. Hintergrund wa-

---

1 *Laufs*, MedR 2014, 74; *ders*. ähnlich bereits in MedR 2011, 568 (569).
2 *Katzenmeier*, MedR 2015, 753.
3 *Rosenau*, RdM 2014, 188; *ders.*, in: Medically Assisted Reproduction: Towards a common European legislation?, S. 25 (26 f.); *Müller-Terpitz*, ZRP 2016, 51; *Löhnig/Plettenberg*, in: Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht, S. 11 (23).
4 *Duttge*, in: Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, S. 235.
5 *Frister*, medstra 2016, 321 (322): „Deutschland braucht ein Fortpflanzungsmedizingesetz"; *Valerius*, medstra 2017, 20 (27).
6 Laufs/Kern/*Laufs*, § 129 Rn. 6 ff.

ren mitunter nicht erfüllte Erwartungen, die an den technisch-naturwissenschaftlichen Fortschritt gestellt wurden. Mit Blick auf den Menschenwürdebegriff des Grundgesetzes (GG)[7] wurden strenge Regelungen und Verbote gefordert.[8] Neben dem 1985 veröffentlichten Bericht der Benda-Kommission[9] erschienen eine Vielzahl von Stellungnahmen und Vorschlägen zu möglichen Regelungen in der Reproduktionsmedizin. Einzelne Bundesländer wie Bayern und Rheinland-Pfalz griffen die Reproduktionsmedizin als Ländersache auf und unternahmen anhand eigener Stellungnahmen Regelungsversuche. Auf Forderung des Bundesrats wurde 1987 daraufhin eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizin" eingesetzt, die ein Gesamtkonzept zur Regulierung der Fortpflanzungsmedizin ausarbeiten sollte. Ihr Abschlussbericht wurde 1988 vorgelegt.[10] Der auf den Arbeiten der Bund-Länder-Arbeitsgruppe aufbauende und von der Regierung beschlossene „Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen" wurde letztlich mit einigen Änderungen verabschiedet,[11] wobei die Bündnis 90/Die Grünen-Abgeordnete *Nickels* und der entsprechende Ministerialbeamte *von Bülow* der CSU das Gesetz maßgeblich beeinflusst hatten. Schließlich trat am 1.1.1991 das bis heute geltende Embryonenschutzgesetz (ESchG)[12] in Kraft. Während sich die Mehrheit der westlichen Länder diesbezüglich eher liberal zeigte, entschied sich Deutschland für einen konservativen Weg. Heterologe Insemination, In-vitro-Fertilisation (IVF), Leihmutterschaft und die Embryonenforschung wurden verboten.[13] Horrorszenarien von der Züchtung von Designerbabys

---

7 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 in der im BGBl. III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung.

8 *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 1048.

9 Die Benda-Kommission war eine 1984 eingerichtete, interministerielle und interdisziplinär besetzte Arbeitsgruppe unter dem Vorsitz des ehemaligen Verfassungsgerichtspräsidenten *Ernst Benda* mit dem Titel „In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie". Sie war maßgeblich an der Vorbereitung von Entscheidungen des Bundestages zum Embryonenschutzgesetz und zum Gentechnikgesetz beteiligt.

10 Bundesanzeiger vom 6.1.1989, Nr. 4a.

11 Zur Entstehungsgeschichte siehe ausführlich *Wurzel/Born*, BayVBl. 1991, 705 (707 ff.) sowie *Jofer*, Regulierung der Reproduktionsmedizin, S. 53 ff.

12 Gesetz zum Schutz von Embryonen vom 13.12.1990 (BGBl. I S. 2746), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes vom 21.11.2011 (BGBl. I S. 2228) geändert worden ist.

13 Vgl. die Tabelle von *Koch*, in: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, S. 176 (177).

über die Vorstellung der Frau als Gebärmaschine[14] bis hin zur Reproduktion ganzer Menschen durch das Klonen wurden seit Beginn der fortpflanzungsmedizinischen Forschung durch Medien und Literatur heraufbeschworen.[15]

Galt das ESchG bei seinem Inkrafttreten noch als „eine realistische Einschätzung und eine tolerable Verbindung von Schutz- und Fördergedanke“,[16] taten sich mit dem rasanten Fortschreiten von Wissenschaft und Technik alsbald Lücken im Gesetz auf. Kaum ein Jahrzehnt nach seinem Erlass monierte bereits das Bundesministerium der Justiz im Zusammenwirken mit dem Bundesministerium für Gesundheit dessen Defizite.[17] Gleichwohl sind bislang nennenswerte Gesetzesänderungen ausgeblieben, mit Ausnahme der Einführung des neuen § 3a ESchG zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik (PID).[18] Heute ist das ESchG schlicht überholt, weil es weder die neuen technischen Möglichkeiten der Reproduktionsmedizin noch die gewandelten gesellschaftlichen Wertanschauungen abzubilden vermag.[19] Die Forderung nach einem Fortpflanzungsmedizingesetz wird immer lauter. Erst 2015 haben Gesundheits- und Rechtsexperten, wie Vertreter der Bundesärztekammer oder der Deutschen Gesellschaft für Reproduktionsmedizin, in einer öffentlichen Anhörung des Gesundheitsausschusses des Bundestages der Bundesregierung eine gesetzliche Klarstellung auf dem Gebiet der Reproduktionsmedizin empfohlen.[20] Auch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs (BGH) *Bettina Limperg* betonte beim Bundeskongress des Deutschen Juristinnenbundes 2017, dass sich der Gesetzgeber „schleunigst“ mit offenen Fragen der Re-

---

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

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

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

17 BT-Drs. 13/11263. Konkret ermittelt wurde der gesetzgeberische Handlungsbedarf beim ESchG im Hinblick auf die beim Klonen von Tieren angewandten Techniken und der sich abzeichnenden weiteren Entwicklung.

18 *Riedel*, Vorgeschichte und Stand der Gesetzgebung, in: Reproduktionsmedizin im internationalen Vergleich, S. 11 (12 f.); *Müller-Terpitz*, ZRP 2016, 51; *Valerius*, medstra 2017, 20 (25).

19 *Rosenau*, RdM 2014, 290; *Valerius*, medstra 2017, 20 (25).

20 hib 14.10.2015, Rechtslücken in der Reproduktionsmedizin, https://www.bundestag.de/hib#url=L3ByZXNzZS9oaWIvMjAxNV8xMC8tLzM5MTgxOA==&mod=mod454590, zuletzt abgerufen am 29.6.2017.

produktionsmedizin befassen müsse. Derzeit entscheide vieles der BGH; es sei jedoch Aufgabe des Gesetzgebers, entsprechende Fragen zu klären.[21] Schließlich hat sich im Oktober 2017 die Nationale Akademie der Wissenschaften *Leopoldina* mit einem Diskussionspapier dieser Forderung angeschlossen.[22] Dennoch: Sämtliche Versuche einer Novellierung wurden entweder unterlassen oder scheiterten bislang. Der scheinbar unauflösbare Streit um den Status des Embryos in vitro wurde zum Hemmschuh. Allenfalls punktuell besserte der Gesetzgeber nach. So wurde auch die Frage, ob die PID ein zulässiges Verfahren sei, erst nach ausdrücklicher Aufforderung durch den BGH[23] vom Gesetzgeber in § 3a ESchG geklärt, obschon dieses Problem bereits lange davor in der Rechtswissenschaft intensiv diskutiert worden war.[24]

Mit der Entstehung menschlichen Lebens im Reagenzglas können erhebliche Gefahren verbunden sein, wie etwa die missbräuchliche Verwendung von Embryonen aufgrund ungezügelten Forschungsdrangs.[25] Zudem lassen die in der heutigen Zeit mittlerweile sicheren Möglichkeiten der Empfängnisverhütung sowie die Möglichkeit des Schwangerschaftsabbruchs die Geburtenrate in Deutschland zurückgehen.[26] Dies wird vielfach beklagt.[27] Zugleich steigen die Erwartungen an die moderne Medizin, dass trotz bestehender Infertilität ein gleichwohl bestehender Kinderwunsch durch den Einsatz geeigneter Maßnahmen erfüllt werden kann.[28]

Aufgrund dieser widerstreitenden Interessen, die in einen angemessenen Ausgleich zu bringen sind und der gleichwohl bestehenden gesetzgeberischen Scheu in Deutschland, Themen der Biomedizin anzugehen,[29]

---

21 https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/79469/Bundestag-muss-sich-um-Reproduktionsmedizin-kuemmern, zuletzt abgerufen am 9.10.2017.
22 *Leopoldina*, Ein Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland.
23 BGH, Urt. v. 6.7.2010 – 5 StR 386/09, BGHSt 55, 206 ff. = NJW 2010, 2672 ff.
24 *Rosenau*, RdM 2014, 290; *Valerius*, medstra 2017, 20 (25).
25 *Wurzel/Born*, BayVBl. 1991, 705.
26 *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 1047.
27 *Krones*, in: Umwege zum eigenen Kind, S. 10 f.; hierzu auch *Valerius*, medstra 2017, 20.
28 *Diederich*/*Ludwig*, in: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, S. 32 ff.; *Löhnig/Plettenberg*, in: Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht, S. 11 (24).
29 *Rosenau*, RdM 2014, 290.

untersuchten Anfang des Jahres 2011 je drei Augsburger[30] und Münchner[31] Professoren, welcher biopolitische Konsens bzw. Dissens in Deutschland im Hinblick auf das Recht der Fortpflanzungsmedizin besteht. Gut zwei Jahre wurde zu dieser Frage in Augsburg und München geforscht, diskutiert, ein einschlägiges Symposium veranstaltet[32] und die medizinischen sowie juristischen Entwicklungen kritisch beobachtet. Im Frühjahr 2013 präsentierte die Forschergruppe schließlich das Ergebnis ihrer Arbeit. Sie stellte der Öffentlichkeit einen Gesetzesentwurf für ein mögliches Fortpflanzungsmedizingesetz vor, den sog. Augsburg-Münchner-Entwurf (AME-FMedG). Die Verfasserin der vorliegenden Dissertation war als Nachwuchswissenschaftlerin an dem Entwurf beteiligt.[33]

In dieser Arbeit soll untersucht werden, ob der AME-FMedG ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland bietet. Hierfür wird zunächst das Recht der Reproduktionsmedizin *de lege lata* dargestellt, bevor gefragt wird, wie das Recht *de lege ferenda* aussehen könnte. Nach kurzem Abstecken der internationalen, europa- und verfassungsrechtlichen Vorgaben (B.), wird das geltende Recht der Fortpflanzungsmedizin in Deutschland genauer betrachtet (C.). Dieses wird insbesondere daraufhin analysiert, an welchen Stellen legislativer Handlungsbedarf besteht. Dabei werden für die einzelnen reproduktionsmedizinischen Verfahren jeweils nur die wesentlichen Aspekte angesprochen. Diese sollen die Grundlage für die sich anschließende Frage bilden, wie entsprechende Regelungen der Fortpflanzungsmedizin *de lege ferenda* aussehen könnten. Nach einer knappen Vorstellung des AME-FMedG (D.) werden folglich – spiegelbildlich zu dem unter C. ermittelten Handlungsbedarf – mögliche Lösungswege aufgezeigt (E.). Hierbei wird den im AME-FMedG präsentierten Vorschlägen besondere Aufmerksamkeit geschenkt. Zum Abschluss wird der AME-FMedG insgesamt bewertet (F.) und es werden die wesentlichen Ergebnisse dieser Arbeit zusammengefasst (G.).

---

30 Prof. Dr. *Ulrich Gassner*, Prof. Dr. *Josef Franz Lindner*, Prof. Dr. *Henning Rosenau* (bis 2015) der Universität Augsburg.

31 Prof. Dr. *Jens Kersten*, Prof. Dr. *Matthias Krüger*, Prof. Dr. *Ulrich Schroth* der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU).

32 Die Beiträge dieses Symposiums sind gesammelt in: *Rosenau* (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland.

33 Ferner hat als Nachwuchswissenschaftlerin *Eva von Wietersheim* (München) mitgewirkt.

Die Arbeit maßt sich nicht an, die optimale Lösung für alle Probleme finden zu können. Primär soll mit ihr ein Beitrag zur Schaffung eines deutschen Fortpflanzungsmedizingesetzes oder zumindest für eine grundlegende Reform des geltenden ESchG geleistet werden, indem versucht wird, die juristische und politische Diskussion im Bereich der Reproduktionsmedizin weiter voranzutreiben. Daher sind die in dieser Arbeit vertretenen Vorschläge bewusst liberal – wenn nicht teilweise die Diskussion sogar absichtlich herausfordernd – gewählt.

B. Rechtliche Rahmenbedingungen für das Recht der Fortpflanzungsmedizin

Bevor die Analyse im Hinblick auf einen potentiellen Handlungsbedarf sowie hinsichtlich möglicher Lösungswege begonnen werden kann, ist es unerlässlich, den für das Recht der Reproduktionsmedizin maßgeblichen höherrangigen Rechtsrahmen abzustecken.

Im folgenden Abschnitt werden daher die internationalen, europa- und verfassungsrechtlichen Vorgaben beleuchtet. Ebenso werden die zu berücksichtigenden Rechtsgüter dargestellt. In einem Exkurs wird dem Status des Embryos in vitro nachgegangen, wenngleich die Statusfrage in vielen Bereichen der Fortpflanzungsmedizin keine entscheidende Rolle spielt. Weshalb dem so ist, wird an späterer Stelle erläutert.[34]

I. Gesetzgebungskompetenz und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Das für die Fortpflanzungsmedizin bis heute maßgebliche Gesetz, das ESchG, wurde 1990 in der Form eines strafrechtlichen Nebengesetzes erlassen.[35] Hintergrund ist, dass dem Gesetzgeber zum damaligen Zeitpunkt noch keine Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Reproduktionsmedizin zustand. Diese wurde erst durch eine Verfassungsänderung im Jahre 1994 begründet.[36] In Art. 74 GG wurde eine neue Nr. 26 eingefügt, welche unter anderem die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die „medizinisch unterstützte Erzeugung menschlichen Lebens“ enthält.[37] Diese Gesetzgebungskompetenz ist als umfassend anzusehen. In der Gesetzesbegründung wurde hierzu ausgeführt, dass die Formulierung „medizinisch unterstütze Erzeugung menschlichen Lebens“ *alle* Bereiche der

---

34 Vgl. D. V.

35 Daneben wurden die §§ 27a und 121a in das SGB V eingefügt und der Bundesausschuss für Ärzte und Krankenkassen setzte in einer Richtlinie die Voraussetzungen für Kassenleistungen im Rahmen einer medizinisch unterstützt herbeigeführten Schwangerschaft fest, vgl. Laufs/Kern/*Laufs*, § 129 Rn. 11.

36 *Lindner*, ZfL 2015, 10.

37 *Lindner*, in: Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, S. 127 (128 f.); *Valerius*, medstra 2017, 20 (25).

Fortpflanzungsmedizin erfassen soll, also sowohl die assistierte natürliche als auch die assistierte künstliche Befruchtung.[38] Demzufolge legt auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG)[39] den Kompetenztitel richtigerweise weit aus. Eingeschränkt ist dieser allein durch die sog. Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG, wonach eine bundeseinheitliche Regelung nur dann erlassen werden darf, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich ist.[40] Im Hinblick auf eine Normierung der Fortpflanzungsmedizin bestehen an der Erforderlichkeit keine Zweifel. Schon aus praktischer Sicht würde ein „Flickenteppich" mit 16 Landes-Fortpflanzungsmedizingesetzen auf erhebliche Probleme stoßen. Zudem wäre es grundrechtlich ein untragbarer Zustand, wenn die Möglichkeit der Inanspruchnahme einer Kinderwunschbehandlung vom Wohnort abhängt. So ist denkbar, dass einige Bundesländer eher restriktive Vorschriften hinsichtlich des Zugangs zu reproduktionsmedizinischen Maßnahmen vorsehen. Personen, die in diesen Bundesländern leben, könnten daher abgehalten werden, ihr Recht auf sexuelle Selbstbestimmung wahrzunehmen oder sie müssten hierfür zum Teil erhebliche Wege und Kosten in Kauf nehmen. Vor allem aber macht in einem so sensiblen Lebenssachverhalt wie der Fortpflanzungsmedizin die Wahrung der Rechtseinheit eine bundesgesetzliche Regelung im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich.[41] Die immer stärker werdende Ambivalenz zwischen dem Verlangen nach Erfüllung eines unerfüllten Kinderwunsches und der ethischen, juristischen und naturwissenschaftlichen Diskussion über die Vertretbarkeit und Möglichkeiten der Reproduktionsmedizin ist in einem bundesweit geltenden Gesetz zu regulieren. Österreich[42] hat daher bereits 1992 ein umfassendes Fortpflanzungsmedi-

38 BT-Drs. 16/813, S. 14; *Jungfleisch*, Fortpflanzungsmedizin als Gegenstand des Strafrechts?, S. 38 f.

39 Wenn auch zum Gentechnikgesetz und somit zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 Alt. 2 GG, vgl. BVerfG, Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, BVerfGE 128, 1 = NVwZ 2011, 94.

40 Jarass/Pieroth/*Pieroth*, Art. 72 Rn. 15 ff.

41 So zu Recht *Lindner*, in: Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, S. 127 (129).

42 Zum Recht der Fortpflanzungsmedizin in Österreich siehe *Ferrari*, in: Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht, S. 182 ff. sowie *Wendehorst*, RdM 2014, 302.

zingesetz erlassen, welches 2015 weitreichend reformiert wurde.[43] Die Schweiz[44] folgte 2001.[45]

Mit der heute bestehenden Gesetzgebungskompetenz wäre auch für Deutschland der Weg für ein umfassendes[46] Fortpflanzungsmedizingesetz bereitet.[47] Zu beachten ist allerdings, dass hierbei dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zusteht, der nur in seltenen Fällen zu einer bestimmten Maßnahme zwingt.[48] Nach Ansicht des BVerfG ist es „regelmäßig eine höchst komplexe Frage, wie eine Wertentscheidung durch aktive Maßnahmen des Gesetzgebers zu verwirklichen sei".[49] Auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) steht den einzelnen Vertragsstaaten bei der Auslegung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)[50], auf die an späterer Stelle noch eingegangen wird,[51] regelmäßig ein weiter Beurteilungsspielraum (sog. *margin of appreciation*) zu.

Dies gilt gerade im Bereich der Reproduktionsmedizin, weil hier nicht nur rechtliche Fragen eine Rolle spielen, sondern auch Moral und Ethik. Unter Moral werden in dieser Arbeit alle Verbindlichkeiten verstanden, die für das menschliche Verhalten unter dem Gesichtspunkt der Sittlichkeit von normativer Bedeutung sind; mithin nur solches menschliche Verhalten, das aus einem eigenmächtigen Urteil hervorgeht und für das sich um des Guten willens entschieden wurde. Ethik ist die Reflexion dieses Handelns.[52] Obschon moralisch und ethisch sensible Fragen fast immer um-

---

43 Zu dieser Reform *Bernat*, in: FS Eccher, S. 43 ff.

44 Zum Recht der Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz siehe *Aebi-Müller/Dörr*, in: Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht, S. 151 ff.

45 *Leopoldina*, Ein Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, S. 9. Einen prägnanten Überblick über das Recht der Fortpflanzungsmedizin in den europäischen Ländern bietet *Henrich*, in: Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht, S. 371 ff.

46 D.h. ein Gesetz, das auch alle die mit einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung zusammenhängenden Fragen regelt.

47 *Leopoldina*, Ein Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, S. 9; Jarass/Pieroth/*Pieroth*, Art. 74 Rn. 72; *Lindner*, in: Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, S. 127 (128 f.).

48 *Zimmermann*, Reproduktionsmedizin und Gesetzgebung, S. 42 f.

49 BVerfG, Urt. v. 25.2.1975 – 1 BvF 1-6/74, BVerfGE 39, 1 (71 f.).

50 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (BGBl. 1952 II S. 685).

51 Vgl. B. II. 5.

52 Definitionen nach *Wallner*, Ethik im Gesundheitssystem, S. 24, 27.

stritten sind, hindert dies den Gesetzgeber nicht, diese normativ zu regeln und damit einen (demokratisch legitimierten) Standpunkt einzunehmen. Im Gegenteil: Sensible Fragen erfordern vielfach sogar eine normative Orientierungshilfe.[53]

Für den Bereich der assistierten Reproduktion existiert eine eindeutige normative Orientierungshilfe bislang nicht. Das ESchG war aufgrund seines strafrechtlichen Charakters schon immer fragmentarisch. Es ist zudem aufgrund des Voranschreitens von Wissenschaft und Technik mittlerweile längst überholt und veraltet.[54] Darüber hinaus ist das ESchG nicht das einzige Gesetz, das es in der Fortpflanzungsmedizin zu beachten gilt. Die für die assistierte Reproduktion relevanten Rechtsquellen sind vielschichtig:[55] Ausgangspunkt ist neben internationalen und europarechtlichen Vorgaben freilich das Verfassungsrecht, das den äußeren Rahmen vorgibt und an dem sich alle nachfolgenden gesetzgeberischen Entscheidungen halten müssen. Das Verfassungsrecht prägt folglich alles ihm nachrangige Recht.[56] Für Ärzte kann bei der Durchführung reproduktionsmedizinischer Maßnahmen neben dem ESchG ferner das Gesetzesrecht der Länder[57] sowie das Satzungsrecht der Ärztekammern aufgrund der dort geregelten berufsständischen Pflichten eine Rolle spielen.[58] Von wichtiger Bedeutung für die Tätigkeit von Reproduktionsmedizinern sind außerdem – wenngleich ohne Rechtsnormqualität – die von den medizinischen Fachgesellschaften herausgegebenen Leitlinien und Stellungnahmen.[59]

II. Europarechtliche und internationale Vorgaben

Sofern sich der Gesetzgeber dazu entscheidet, das ESchG zu reformieren bzw. gar ein neues Fortpflanzungsmedizingesetz zu erlassen, muss das Europarecht beachtet werden. Dieses ist von wichtiger Bedeutung, zumal der Gesetzgeber die normativen Herausforderungen im Bereich der Biomedi-

---

53 *Gärditz*, ZfL 2014, 42 (43 f.).
54 *Leopoldina*, Ein Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, S. 6.
55 Laufs/Kern/*Laufs*, § 129 Rn. 3; *Hübner/Pühler*, MedR 2017, 929 (933 ff.).
56 *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 1049.
57 Aufgrund der Kammergesetze für die Heilberufe.
58 *Zimmermann*, Reproduktionsmedizin und Gesetzgebung, S. 57 f.; *Schumann*, MedR 2014, 736 (736 f.).
59 *Beitz*, Zur Reformbedürftigkeit des Embryonenschutzgesetzes, S. 97.

zin „nicht im nationalen Alleingang“ erledigen sollte.[60] Im Folgenden gilt es zu untersuchen, welche europarechtlichen Vorgaben Einfluss auf das deutsche Recht der Fortpflanzungsmedizin nehmen.

1. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union

Der deutsche Gesetzgeber wäre am Erlass eines nationalen Fortpflanzungsmedizingesetzes gehindert, wenn eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union (EU) bestünde (vgl. Art. 4 Abs. 1 des Vertrages über die Europäische Union [EUV],[61] Art. 2 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV])[62] *und* die EU von dieser Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hätte.

Primärrechtlich enthält der EUV als Grundlagenvertrag keine eigenen Kompetenzzuweisungen, sondern regelt in Art. 5 EUV lediglich die Bedingungen und Schranken einer Unionskompetenz. Die verschiedenen, eine Kompetenz verleihenden Titel werden im AEUV (Art. 2 ff. AEUV) konkretisiert.[63] Innerhalb dieser Titel findet sich jedoch weder eine ausschließliche (Art. 3 AEUV), noch eine geteilte Zuständigkeit (Art. 4 AEUV) der EU zur Regelung der Reproduktionsmedizin.[64] Das Recht der Fortpflanzungsmedizin könnte allenfalls unter Art. 6 lit. a AEUV subsumiert werden, der Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen zum Schutz und zur Verbesserung der menschlichen Gesundheit zulässt. Doch auch die in Art. 6 AEUV aufgezählten Politikbereiche beziehen sich jeweils auf andere Kompetenznormen des AEUV, die ihrerseits dann erst eine Zuständigkeit begründen.[65] Ein Kompetenztitel der EU ergibt sich daher nicht aus Art. 6 lit. a AEUV. Zur Begründung einer Kompetenz käme letztlich nur noch

---

60 *Kopetzki*, in: Embryonenschutz – Hemmschuh für die Biomedizin?, S. 51 (72).

61 Vertrag über die Europäische Union, in der Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon, Amtsblatt der Europäischen Union 2010/C 83/01.

62 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, in der Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon, Amtsblatt der Europäischen Union 2010/C 83/01.

63 Streinz/*Streinz*, Art. 5 EUV Rn. 1.

64 *Rosenau*, in: Medically Assisted Reproduction: Towards a common European legislation?, S. 25 (30).

65 Streinz/*Streinz*, Art. 6 AEUV Rn. 8.

Art. 168 AEUV in Betracht, der eine ausführliche Bestimmung zu den Kompetenzen der EU im Gesundheitswesen statuiert.[66] Sinn und Zweck der Norm ist, wie Art. 168 Abs. 1 AEUV leitmotivisch feststellt, den Unionsbürgern ein hohes Gesundheitsschutzniveau zu bieten. Allerdings werden zur Realisierung dieses Ziels im Wesentlichen nur Befugnisse zu ergänzenden (Abs. 1 UAbs. 2 und 3), fördernden (Abs. 1 und 3) und koordinierenden (Abs. 2 UAbs. 2) Maßnahmen gewährt.[67] Primär hat Art. 168 AEUV damit eine reine Ergänzungsfunktion, womit die EU grundsätzlich nicht berechtigt ist, auf der Grundlage des Art. 168 AEUV eine eigene Gesundheitspolitik zu betreiben. Autonome Rechtsetzungsbefugnisse stehen ihr lediglich im Rahmen der Absätze 4 und 5 zu.[68] Es handelt sich dabei um eine sog. geteilte Zuständigkeit, was bedeutet, dass sowohl Union als auch die Mitgliedstaaten für diesen Bereich verbindlich legislativ tätig werden dürfen. Jedoch dürfen die Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeit nur wahrnehmen, wenn und soweit nicht die Union ihre Zuständigkeit wahrgenommen hat. Damit läuft die geteilte Zuständigkeit auf eine Vorranggesetzgebung der Union hinaus.[69] Diese Vorranggesetzgebung gilt allerdings nur für die in Absatz 4 explizit genannten Bereiche. Für die Fortpflanzungsmedizin könnte allein der Kompetenztitel aus lit. a einschlägig sein, wonach die Union „Maßnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Organe und Substanzen menschlichen Ursprungs (…)“ treffen darf. Unter den Begriff der Substanzen menschlichen Ursprungs lassen sich alle Arten von menschlichen Geweben und Zellen, einschließlich embryonaler Stammzellen sowie Ei- und Samenzellen fassen, weil der Anwendungsbereich nicht auf Zellen postnatalen Ursprungs begrenzt ist.[70] Dennoch lässt sich ein Kompetenztitel zur Regelung der Fortpflanzungsmedizin hierauf nicht stützen. Die Befugnis nach lit. a bezieht sich lediglich auf die Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards im Hinblick auf die Beschaffenheit der Substanz. Eine Kompetenz zur Regelung ethischer Grundsätze der Spende oder zum Schutz der Rechte des Spenders statuiert sie hingegen nicht. Auch kann sie nicht als Grundlage zur Regelung anderer Gewinnungsarten als durch eine Spende

66 Spickhoff/*Müller-Terpitz*, AEUV Rn. 4.
67 Spickhoff/*Müller-Terpitz*, AEUV Rn. 5; Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 168 AEUV Rn. 4.
68 Vedder/Heintschel von Heinegg/*Vedder*, Art. 168 Rn. 6.
69 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Schmidt am Busch*, Art. 168 AEUV Rn. 42; Spickhoff/*Müller-Terpitz*, AEUV Rn. 8.
70 Spickhoff/*Müller-Terpitz*, AEUV Rn. 12.

dienen, wie etwa für ein Verbot der Verwendung menschlicher Zellen eines geklonten menschlichen Embryos oder von Hybridembryonen.[71] Unter dem Deckmantel von Sicherheitsaspekten erlässt die Union gleichwohl auf der Grundlage von Art. 168 Abs. 4 lit. a AEUV Maßnahmen hinsichtlich der Verwendung solcher Zellen,[72] womit darüber hinweggetäuscht werden soll, dass ihre Verwendung allein aus ethischen Gesichtspunkten heraus abgelehnt wird.[73] Das Recht der Fortpflanzungsmedizin ist jedoch breiter gefächert als die Verwendung menschlicher Embryonen aus geklonten Embryonen oder Hybridembryonen und betrifft nicht allein Sicherheits- und Qualitätsaspekte, sondern auch ethische Aspekte der Spende und des Schutzes der Beteiligten. Die Union kann damit aus Art. 168 Abs. 4 AEUV ohne einen unmittelbaren Sicherheitsbezug eine Kompetenz nicht herleiten. Es bleibt folglich dabei, dass sie im Bereich der Reproduktionsmedizin die Mitgliedstaaten in ihren Tätigkeiten allenfalls unterstützen und ergänzen dürfte.[74] Doch selbst eine solche Unterstützungsfunktion ist für das Recht der Fortpflanzungsmedizin abzulehnen. Zwar sind die in Art. 168 Abs. 1 AEUV beschriebenen Handlungsfelder nicht als abschließend (vgl. Abs. 1 UAbs. 2 „Sie umfasst…", „außerdem umfasst sie…") zu verstehen. Dennoch ist der Anwendungsbereich des Art. 168 AEUV nicht eröffnet, weil es sich bei der Legalisierung fortpflanzungsmedizinischer Maßnahmen um gesellschaftspolitische Entscheidungen handelt und nicht primär gesundheitliche Aspekte im Vordergrund stehen.[75]

---

71 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Schmidt am Busch*, Art. 168 AEUV Rn. 48; Streinz/*Lurger*, Art. 168 AEUV Rn. 21.

72 Vgl. die Begründung des Europäischen Parlaments zum Änderungsantrag 8 im Hinblick auf Erwägungsgrund 7 in seinem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Spende, Beschaffung, Testung, Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen (KOM (2002) 319 – C5-0302/2002 – 2002/0128(COD)); abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2003-0103+0+DOC+XML+V0//DE#title2, zuletzt abgerufen am 29.6.2017.

73 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Schmidt am Busch*, Art. 168 AEUV Rn. 48.

74 Quaas/Zuck/*Zuck*, § 3 Rn. 19 f.

75 Spickhoff/*Müller-Terpitz*, AEUV Rn. 12. Mit dieser Argumentation den Anwendungsbereich des Art. 168 AEUV für das in seinen ethischen Fragen ähnlich gelagerte Recht der Schwangerschaftsabbrüche verneinend Streinz/*Lurger*, Art. 168 AEUV Rn. 13; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Schmidt am Busch*, Art. 168 AEUV Rn. 23.

Es ist damit festzuhalten, dass eine primärrechtliche EU-Kompetenz zur Normierung der Reproduktionsmedizin nicht besteht.[76]

2. Sekundärrecht

Wenngleich eine primärrechtliche EU-Grundlage nicht gegeben ist, wären dennoch auf Art. 168 AEUV erlassene Sekundärrechtsakte zu beachten, sofern sie das Recht der Reproduktionsmedizin berühren.

So ist insbesondere an das Gewebegesetz (GewebeG)[77] zu denken, welches die Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Spende, Beschaffung, Testung, Verarbeitung, Konservierung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen regelt. Es dient der Umsetzung der Geweberichtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates.[78] In der Begründung des Gesetzesentwurfs zum GewebeG heißt es: „Das Gewebegesetz erfasst unterschiedliche humanbiologische Materialien […]. Zu diesen Materialien zählen z.B. […] Stammzellen und Keimzellen sowie embryonale und fötale Gewebe […]".[79] Wird zudem die Legaldefinition des § 1a Nr. 4 Transplantationsgesetz (TPG)[80] herangezogen, wonach Gewebe alle aus Zellen bestehenden Bestandteile des menschlichen Körpers sind, die keine Organe sind, einschließlich menschlicher Zellen, so umfasst die Definition des Gewebes auch menschliche (befruchtete) Eizellen und Embryonen.[81] Insofern könnte das europarechtlich geprägte GewebeG für das nationale Recht der Fortpflanzungsmedizin von Bedeutung sein. Allerdings ist zu beachten, dass Regelungsgegenstand des GewebeG primär die regenerative Medizin sowie die Abwehr von Gefahren für die menschliche Gesundheit ist, die von der Entnahme und Ver-

76 *Rosenau*, in: Medically Assisted Reproduction: Towards a common European legislation?, S. 25 (30).

77 Gesetz über Qualität und Sicherheit von menschlichen Geweben und Zellen vom 20.7.2007 (BGBl. I S. 1574).

78 Geweberichtline 2004/23/EG vom 31.3.2004. Zudem änderte diese Richtlinie das TPG und das AMG, vgl. *Riedel*, Vorgeschichte und Stand der Gesetzgebung, in: Reproduktionsmedizin im internationalen Vergleich, S. 11 (16).

79 BT-Drs. 16/3146, S. 21.

80 Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben in der Fassung der Bekanntmachung vom 4.9.2007 (BGBl. I S. 2206).

81 *Riedel*, Vorgeschichte und Stand der Gesetzgebung, in: Reproduktionsmedizin im internationalen Vergleich, S. 11 (17).

wendung des entnommenen oder übertragenen Gewebes in der medizinischen Behandlung oder in der Arzneimittelherstellung ausgehen können.[82] Darüber hinaus lässt auch § 22 TPG die Vorschriften des ESchG und des Stammzellgesetzes (StZG)[83] ausdrücklich unberührt. Weder das GewebeG noch das TPG sind somit für die Fortpflanzungsmedizin im engeren Sinne relevant.[84]

Da weitere EU-Sekundärrechtsakte, die auf das Recht der assistierten Reproduktion Einfluss nehmen könnten, nicht ersichtlich sind, lässt sich konstatieren, dass der deutsche Gesetzgeber aufgrund europarechtlichen Sekundärrechts nicht am Erlass eines nationalen Fortpflanzungsmedizingesetzes gehindert wäre.[85]

3. Europäische Grundrechtecharta

Der deutsche Gesetzgeber könnte jedoch bei der Schaffung eines Fortpflanzungsmedizingesetzes an die Europäische Grundrechtecharta (EU-GRCh)[86] gebunden sein. Die Mitgliedstaaten haben diese bei der *Durchführung* des Unionsrechts zu beachten, vgl. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 EU-GRCh.

Gem. Art. 6 Abs. 1 EUV erkennt die Union die in der EU-GRCh enthaltenen Freiheiten, Rechte und Grundsätze als den Verträgen gleichrangig an. Die EU-GRCh dürfte damit fortan zur maßgeblichen Grundrechtsquelle der Union avancieren.[87] Folglich wäre Art. 3 Abs. 2 EU-GRCh für den deutschen Gesetzgeber zu beachten, der explizite Vorgaben für den Bereich der Medizin und Biologie aufstellt. So haben die Mitgliedstaaten insbesondere das Gebot der Aufklärung und Einwilligung, das Verbot eugeni-

---

82 *Riedel*, Vorgeschichte und Stand der Gesetzgebung, in: Reproduktionsmedizin im internationalen Vergleich, S. 11 (20).

83 Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen vom 28.6.2002 (BGBl. I S. 2277).

84 Spickhoff/*Müller-Terpitz*, AEUV Rn. 12.

85 *Rosenau*, in: Medically Assisted Reproduction: Towards a common European legislation?, S. 25 (30).

86 Europäische Grundrechtecharta, in der Fassung der am 7.12.2000 proklamierten und ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Vertrags von Lissabon ersetzten Charta, Amtsblatt der Europäischen Union 2010/C 83/02.

87 Spickhoff/*Müller-Terpitz*, AEUV Rn. 47.

scher Praktiken, das Verbot der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers und das Verbot des reproduktiven Klonens einzuhalten.[88] Allerdings stellen Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 EUV und ihm korrespondierend Art. 51 Abs. 2 GRCh ausdrücklich klar, dass durch die Bestimmungen der EU-GRCh die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union in keiner Weise erweitert werden. Konkret bedeutet dies, dass aus der Verpflichtung der Union zur Beachtung bestimmter Grundrechtspositionen noch keine Befugnis folgt, die von den Grundrechten berührten Lebensbereiche normativ auszugestalten.[89] Da die Fortpflanzungsmedizin, wie soeben gezeigt, in den einzelstaatlichen Zuständigkeitsbereich fällt, würden sich Debatten um deren Grenzen am Maßstab der Unionsgrundrechte folglich verbieten.[90] Dennoch prägte der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seinem Leiturteil *Åkerberg Fransson* zur Anwendbarkeit der EU-GRCh den Grundsatz, dass ‚wo Unionsrecht hinreicht, die Unionsgrundrechte gelten'.[91] In dieser Entscheidung ging es in der Sache um ein Strafverfahren und eine nationale Strafrechtsnorm wegen Steuerhinterziehung. Die Vorschrift war zwar nicht in Umsetzung der Mehrwertsteuerrichtlinie erlassen worden; sie konnte aber dennoch zum Schutze der finanziellen Interessen der EU auch zur Bekämpfung der Mehrwertsteuerhinterziehung angewendet werden.[92] Der EuGH interpretiert damit den Begriff der „Durchführung des Rechts der Union" in einem weiten Sinne und sieht sogar die Anwendung einer rein national geformten, aber Unionsinteressen dienenden Norm als eine Durchführung nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 EU-GRCh an. Im Wege eines Erst-Recht-Schlusses legt dies die Folgerung nahe, dass nationale Gesetze, die *auch* in Umsetzung einer Richtlinie erlassen wurden, durchgeführtes Unionsrecht darstellen. Die Charta wäre damit umfassend anwendbar und eine gerichtliche Überprüfung durch das Verfassungsgericht wäre insoweit von vornherein ausgeschlossen.[93] Demgegenüber beharrt das BVerfG darauf, dass national ausgefüllte und somit nicht unionsrechtlich vorbestimmte Umsetzungsspielräume in EU-Sekun-

88 Günther/Taupitz/Kaiser/*Taupitz*, B. II. Rn. 16a; *Steinweg*, Der universelle Schutz des menschlichen Embryos in vitro, S. 107 ff.; *Mayer*, RdM 2014, 279.
89 Spickhoff/*Müller-Terpitz*, AEUV Rn. 47.
90 Streinz/*Streinz/Michl*, Art. 51 EU-GRCh Rn. 7.
91 EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10, EuZW 2013, 302 (303) – *Åkerberg Fransson*; Bergmann/*Bergmann*, Åkerberg Fransson-Urteil.
92 Bergmann/*Bergmann*, Åkerberg Fransson-Urteil; *Ohler*, NVwZ 2013, 1433 (1436); *Safferling*, NStZ 2014, 545 (547 f.).
93 Bergmann/*Bergmann*, Åkerberg Fransson-Urteil.

därrechtsakten allein am Grundgesetz zu messen seien und demgemäß dem BVerfG die Letztentscheidungskompetenz zukomme.[94]

Der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta ist in der Rechtswissenschaft ebenso umstritten wie zwischen den Gerichten. Ein Teil des Schrifttums folgt der weiten Auslegung des EuGH, weil dem Wortlaut nach eine Durchführung auch dann vorliege, wenn Unionsrecht lediglich den rechtlichen Rahmen vorgebe oder nur einzelne Aspekte eines umfangreichen Rechtsproblems regle.[95] Dies überzeugt jedoch nicht. Mit den kritischen Stimmen des Schrifttums gegen diese EuGH-Rechtsprechung ist der Passus der „Durchführung des Rechts der Union" enger auszulegen.[96] Die Argumentation des EuGH wirkt konstruiert und beruht auf einer Entformalisierung der Frage der „Durchführung" i.S.d. Art. 51 EU-GRCh.[97] Insbesondere aber missachtet eine solche Auslegung das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 3 EUV und berührt damit ein wesentliches Strukturprinzip der Union.[98]

Für den deutschen Gesetzgeber bedeutet dies, dass bei Erlass eines Fortpflanzungsmedizingesetzes allein das Grundgesetz und nicht die EU-GRCh den Rahmen vorgibt. Weder stellt der Erlass des Gesetzes eine Durchführung von Europarecht i.S.d. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 EU-GRCh dar, noch besteht eine europarechtliche Steuerung der Fortpflanzungsmedizin, bei deren Durchführung die Charta zu berücksichtigen wäre. Da damit der Sachbereich der Reproduktionsmedizin allein in die Kompetenz der einzelnen Mitgliedstaaten fällt, sind die Unionsgrundrechte nicht der Maßstab, an welchem das Gesetz zu messen wäre.[99]

---

94 BVerfG, Urt. v. 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, 277 (315 f.).

95 *Ohler*, NVwZ 2013, 1433 (1436 f.); Jarass/Pieroth/*Jarass*, Art. 51 Rn. 20a; für weitere Nachweise siehe *Eckstein*, ZIS 2013, 220 (223).

96 Eine Analysierung und Systematisierung der Interpretationsvorschläge zu Art. 51 EU-GRCh bietet *Nusser*, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte, S. 40 ff.; zusammenfassend *Eckstein*, ZIS 2013, 220 (223).

97 *Safferling,* NStZ 2014, 545 (548).

98 *Safferling,* NStZ 2014, 545 (548); Bergmann/*Bergmann*, Åkerberg Fransson-Urteil; *Eckstein*, ZIS 2013, 220 (224 f.).

99 Spickhoff/*Müller-Terpitz*, AEUV Rn. 47.

4. EU-Grundfreiheiten

Etwas anderes gilt für die EU-Grundfreiheiten. Der deutsche Gesetzgeber hat diese auch beim Erlass rein nationaler Vorschriften zu beachten.[100]

Im Bereich der Fortpflanzungsmedizin können – sofern ein grenzüberschreitender Sachverhalt gegeben ist – insbesondere die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) sowie die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) relevant werden. Die Niederlassungsfreiheit betrifft vor allem die Betreiber von Fortpflanzungsmedizinzentren,[101] die Dienstleistungsfreiheit alle Personen, die entweder Verfahren der assistierten Reproduktion anbieten oder aber in Anspruch nehmen wollen. Allerdings können nationale Vorschriften, die diese Grundfreiheiten beschränken, nach der *Cassis-de-Dijon*-Rechtsprechung[102] des EuGH gerechtfertigt sein,[103] wenn sie unterschiedslos gelten und aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls erforderlich sind.[104] Dieses Rechtfertigungserfordernis hätte der deutsche Gesetzgeber bei Erlass von Beschränkungen im Bereich der Reproduktionsmedizin zu beachten.[105] Gleichwohl stehen die Grundfreiheiten dem Erlass eines Fortpflanzungsmedizingesetzes nicht entgegen.

5. Europäische Menschenrechtskonvention

Neben den EU-Grundfreiheiten hätte der Gesetzgeber die EMRK zu berücksichtigen. Die EMRK ist ein von den Mitgliedstaaten des Europarates ausgearbeiteter, völkerrechtlicher Vertrag, der mit Ratifizierung für die Vertragsstaaten verbindlich wurde.[106] Den Vertragsstaaten ist es dabei jedoch selbst überlassen, wie sie ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der Konvention erfüllen. Sie sind lediglich verpflichtet, dafür zu sorgen, dass das nationale Recht mit der EMRK vereinbar ist,[107] so dass die Be-

---

100 Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 17.
101 Im Volksmund häufig „Kinderwunschzentren" genannt.
102 Vgl. EuGH, Rs. 120/78, *Cassis de Dijon,* Slg. 1979, 649 Rn. 8.
103 Der EuGH hat die *Cassis-de-Dijon*-Rechtsprechung mittlerweile mit lediglich terminologischen Abweichungen auf alle Grundfreiheiten übertragen.
104 Calliess/Ruffert/*Kingreen*, Art. 34-36 AEUV Rn. 80.
105 Spickhoff/*Müller-Terpitz*, AEUV Rn. 77 ff.
106 Meyer-Ladewig/Nettesheim/v.Raumer/*Meyer-Ladewig/Nettesheim*, Einl. Rn. 14 f.
107 EGMR, Urt. v. 17.2.2004 – 39748/98, Slg. 04-I Nr. 47 – *Maestri/Italien*.