

Marie-Theres Merrem

Reformbedürftigkeit des Fortpflanzungsmedizinrechts

**Wissenschaftliche Beiträge
aus dem Tectum Verlag**

Reihe Rechtswissenschaft

Wissenschaftliche Beiträge
aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft

Band 146

Marie-Theres Merrem

**Reformbedürftigkeit
des Fortpflanzungsmedizinrechts**

Tectum Verlag

Marie-Theres Merrem
Reformbedürftigkeit des Fortpflanzungsmedizinrechts

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

Zugl. Diss. Bucerius Law School gGmbH 2020

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

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

Alle Rechte vorbehalten

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

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

Vorwort

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

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

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

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

Hamburg, den 10. Januar 2021

Marie-Theres Merrem

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	1
Teil 1: Grundlagen	7
Kapitel 1: Medizinische Grundlagen	9
I. Fortpflanzungsmedizin/Reproduktionsmedizin	9
II. Sterilität/Infertilität	10
III. Methoden assistierter Reproduktion	11
1. Insemination	11
2. In-vitro-Fertilisation (IVF)/ Intrazytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI)	12
3. Samenspende	14
4. Eizellspende	15
IV. Embryo/Embryonalentwicklung	16
V. Embryonale Stammzellen	17
Kapitel 2: Das Embryonenschutzgesetz (ESchG)	19
I. Entstehungsgeschichte des ESchG	20
1. Rechtslage vor dem Inkrafttreten des ESchG	20
a) Schutz des Embryos durch §§ 218 ff. StGB	21
b) Schutz des Embryos durch §§ 211 ff.; 223 ff. StGB	21
c) Schutz des Embryos durch sonstige Vorschriften des StGB	23
d) Schutz des Embryos durch AMG und LMBG	25
e) Schutz des Embryos durch §§ 13 ff. AdVermiG	26
f) Zusammenfassung	27
2. Motive für den Erlass des ESchG	27

3.	Entwürfe und Diskussionen während des Gesetzgebungsverfahrens	29
4.	Regierungsentwurf und Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens	34
II.	Rechtsnatur und Struktur.....	34
III.	Regelungsinhalte	35
IV.	Sonstige für die Fortpflanzungsmedizin bedeutsame Regelungen	37
1.	Europarechtliche Grundlagen	38
2.	Verfassungsrechtliche Grundlagen.....	41
a)	Gesetzgebungskompetenz zum Zeitpunkt des Gesetzerlasses und heute ...	41
b)	Vorgaben des Grundgesetzes für den Gesetzgeber.....	41
3.	Transplantationsgesetz (TPG)	43
4.	Arzneimittelgesetz (AMG).....	45
5.	Stammzellengesetz (StZG)	47
6.	Samenspenderegistergesetz (SaRegG).....	48
7.	Richtlinien der BÄK.....	49
8.	Zusammenfassung	50

Kapitel 3: Reformbedürftigkeit und warum bisherige Reformbemühungen gescheitert sind 53

I.	Kritik an der bestehenden Rechtslage.....	54
1.	Ausgestaltung als strafrechtliches Nebengesetz	54
2.	Lückenhaftigkeit der bestehenden Regelungen	55
3.	Unklare Terminologie	56
4.	Rechtsunsicherheit aufgrund unklarer Auslegung	58
5.	Fehlende Berücksichtigung des aktuellen Standes der wissenschaftlichen Erkenntnisse.....	60
6.	Wertungswidersprüche	60
7.	Vernachlässigung der Bedürfnisse und Nöte der Betroffenen	64
8.	Zusammenfassung	66
II.	Scheitern bisheriger Reformbemühungen	66
1.	Streit über aufzunehmende Regelungsinhalte.....	67
2.	Dissens über den moralischen und rechtlichen Status des Embryos	68
3.	Spannungsverhältnis zwischen Recht und medizinisch-wissenschaftlichem Fortschritt	70
4.	Zusammenfassung	72

Teil 2: Die einzelnen regelungsbedürftigen Punkte	73
Kapitel 1: Untersuchungs- und Regelungsgegenstand	75
Kapitel 2: Der Status des Embryos	77
I. Bestimmung des juristischen Status des Embryos	79
1. Lebensschutz aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	79
a) Mögliche Anknüpfungspunkte für den Beginn menschlichen Lebens	79
b) Nicht überzeugende Anknüpfungspunkte für den Beginn menschlichen Lebens	81
c) Die Kernverschmelzung als Anknüpfungspunkt für den Beginn menschlichen Lebens	81
d) Die Nidation als Anknüpfungspunkt für den Beginn menschlichen Lebens	82
e) Stellungnahme	84
2. Würdeschutz aus Art. 1 Abs. 1 GG	85
a) Von Beginn an voller Würdeschutz	86
b) Stufenweise anwachsender Würdeschutz	87
c) Stellungnahme	88
II. Ergebnis	90
Kapitel 3: Zulässigkeit der Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Maßnahmen	91
I. Begrifflichkeiten	92
II. Bestehende Regelungen	94
III. Recht auf reproduktive Selbstbestimmung	97
1. Herleitung des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung	97
2. Schutzbereich des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung	99
3. Beschränkbarkeit	100
IV. Weitere Voraussetzungen für die Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Maßnahmen	101
1. Voraussetzung eines bestimmten Beziehungsstatus	101
a) Homosexuelle (Ehe-)Paare	102
b) Alleinstehende Personen	105
2. Indikation	106

3. Altersgrenze	108
V. Ergebnis	114
Kapitel 4: Regelungs- und reformbedürftige Probleme/Maßnahmen im Rahmen der assistierten Reproduktion	117
I. Dreierregel versus „deutscher Mittelweg“	118
1. Vertretene Auffassungen	119
a) Sog. Dreierregel	119
b) Sog. deutscher Mittelweg	121
2. Stellungnahme	123
II. Elektiver Single-Embryo-Transfer (eSET)	126
1. Vorteile des eSET im Vergleich zum aktuellen deutschen Vorgehen	127
a) Erhöhung der Schwangerschaftsrate und Minimierung der Wahrscheinlichkeit (höhergradiger) Mehrlings-schwangerschaften	127
b) Realisierbarkeit und Finanzierbarkeit der Kinderwunschbehandlung	131
c) Eindämmung des Reproduktionstourismus und Sicherung guter Behandlungsstandards	132
2. Nachteile des eSET	132
a) Überzählige Embryonen	133
aa) Kryokonservierung	133
bb) Nachträgliche Embryonenspende an andere Kinderwunschaare	135
cc) Nachträgliche Embryonenspende zu Forschungszwecken	141
b) Embryonenselektion	147
3. Abwägung zwischen Vor- und Nachteilen des eSET	149
4. Ergebnis	152
III. Samenspende	153
1. Mögliche Kindeswohlgefährdung durch Samenspende	156
2. Vorwurf eugenischer Selektion	159
3. Probleme durch wiederholte Spenden desselben Spenders	160
4. Ergebnis	164
IV. Eizellspende	164
1. Einwände gegen die Zulässigkeit der Eizellspende	165
a) Kindeswohlgefährdung	165
b) Gesundheitliche Risiken	167
c) Ausbeutung der Eizellspenderin	170

d) Unnatürlichkeit der Art der Zeugung	173
e) Dammbbruch	174
f) Entscheidung des EGMR in der Sache S.H. u. a. vs. Österreich	174
g) Zwischenergebnis	176
2. Argumente für die Zulässigkeit der Eizellspende	177
3. Ergebnis	179
V. Social Freezing – Die Eizellspende für sich selbst	179
1. Begriffsbestimmung und Verfahren	179
2. Derzeitige Rechtslage und Regelungsbedarf	181
3. Fazit	193
VI. Anfängliche Embryonenspende	193
VII. Ersatz-/Leihmutterschaft	201
1. Begriffsbestimmung	201
2. Rechtliche Lage in Deutschland	203
3. Zulässigkeit der Ersatz-/Leihmutterschaft?	204
a) Einwände gegen die Zulässigkeit der Ersatz-/Leihmutterschaft	205
aa) Menschenwürdeverletzung des Kindes/Kindeswohlgefährdung	205
bb) Menschenwürdeverletzung der Leihmutter	213
cc) Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG	218
dd) Gesundheitliche Risiken	219
ee) Zwischenergebnis	221
b) Argumente für die Zulässigkeit der Leihmutterschaft	222
c) Ergebnis	224
VIII. Postmortale Befruchtung	225
1. Geltende Rechtslage	225
2. Begründung des Verbots der postmortalen Befruchtung	226
3. Rechtsprechung zu § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG	227
4. Zulässigkeit der postmortalen Befruchtung	227
a) Einwände gegen die Zulässigkeit der postmortalen Befruchtung	228
b) Argumente für die Zulässigkeit der postmortalen Befruchtung	231
c) Zwischenergebnis	231
5. Weitere Fälle der postmortalen Verwendung von Keimzellen und Embryonen ..	232
6. Ergebnis	233

Teil 3: Umgang mit dem festgestellten Regelungs- und Reformbedarf	235
Kapitel 1: Möglichkeiten der Normierung	237
I. Änderung des ESchG.....	237
II. Schaffung eines Fortpflanzungsmedizingesetzes	238
III. Berufsrechtliche Ausgestaltung	241
IV. Ergebnis	242
Kapitel 2: Regelungsvorschlag für ein neu zu schaffendes Fortpflanzungsmedizingesetz	245
I. Aufbau des zu schaffenden Fortpflanzungsmedizingesetzes	245
II. Inhaltliche Ausgestaltung des zu schaffenden Fortpflanzungsmedizingesetzes.....	247
1. Erster Abschnitt: Allgemeiner Teil	247
2. Zweiter Abschnitt: Zulässigkeits-voraussetzungen für die Inanspruchnahme fortpflanzungsmedizinischer Maßnahmen	252
a) Erster Unterabschnitt: Allgemeine Bestimmungen	252
aa) § 3 Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Inanspruchnahme von Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung.....	253
bb) § 4 Arztvorbehalt	255
cc) § 5 Aufklärung und Beratung.....	257
dd) § 6 Einwilligung	262
ee) § 7 Widerruf	266
b) Zweiter Unterabschnitt: Besondere Bestimmungen für die Anwendung der IVF/ICSI	269
c) Dritter Unterabschnitt: Besondere Bestimmungen für die Verwendung von Samen- und Eizellen Dritter	272
aa) § 9 Samenspende.....	272
bb) § 10 Eizellspende	276

d)	Vierter Unterabschnitt: Besondere Bestimmungen für die Verwendung von Embryonen/imprägnierten Eizellen	280
e)	Fünfter Unterabschnitt: Besondere Bestimmungen für die Inanspruchnahme einer Leihmutter	290
f)	Sechster Unterabschnitt: Besondere Bestimmungen für die postmortale Befruchtung	303
3.	Dritter Abschnitt: Rahmenbedingungen	307
a)	§ 14 Kommerzialisierungsverbot	308
b)	§ 15 Aufbewahrung von Keimzellen	310
c)	§ 16 Aufbewahrung von imprägnierten Eizellen und Embryonen	314
4.	Vierter Abschnitt: Umgang mit für Fortpflanzungszwecke erzeugten Embryonen	317
a)	§ 17 Umgang mit für Fortpflanzungszwecke erzeugten Embryonen	317
b)	§ 18 Genehmigung	320
c)	§ 19 Register	323
5.	Fünfter Abschnitt: Dokumentations- und Aufklärungspflichten	324
a)	§ 20 Dokumentation	324
b)	§ 21 Auskunft	328
6.	Sechster Abschnitt: Straf- und Bußgeldvorschriften	331
a)	§ 22 Strafvorschriften	331
b)	§ 23 Bußgeldvorschriften	332
	Thesen und Schlussbemerkung	337
	Literaturverzeichnis	341

Abkürzungsverzeichnis

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

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

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

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

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

