

Berlin, im März 2011
Stellungnahme Nr. 12/2011

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Medizinrechtsausschuss

zu

den Gesetzentwürfen zur Präimplantationsdiagnostik

- der Abgeordneten Ulrike Flach, Peter Hintze, Dr. Carola Reimann, Jerzy Montag, Dr. Petra Sitte, Heinz Lanfermann vom 15.12.2010
- der Abgeordneten René Röspel, Priska Hinz (Herborn), Patrick Meinhardt, Dr. Norbert Lammert
- der Abgeordneten Birgitt Bender, Pascal Kober, Dr. Günter Krings, Ulla Schmidt, Johannes Singhammer, Kathrin Vogler, Dorothee Bär, Steffen Bilger, Elke Ferner, Ingrid Fischbach, Dr. Maria Flachsbarth, Katrin Göring-Eckardt, Rudolf Henke, Ansgar Heveling, Markus Kurth, Andrea Nahles, Wolfgang Nešković, Dr. Stefan Ruppert, Dr. Patrick Sensburg, Dr. Harald Terpe, Andrea Voßhoff, Peter Weiß
und
- zum Forderungskatalog des Deutschen Ethikrates vom 8.3.2011

Mitglieder des Medizinrechtsausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Rudolf Ratzel, München (Vorsitzender u. Berichterstatter)
Rechtsanwältin Dr. Ulrike Brucklacher, Reutlingen
Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Franz-Josef Dahm, Essen
Rechtsanwältin Anke Harney, Münster
Rechtsanwalt Dr. Karl-Heinz Möller, Düsseldorf
Rechtsanwalt Reinhold Preißler, Fürth
Rechtsanwalt Arno Schubach, Koblenz
Rechtsanwalt Christoph Stegers, Berlin

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Angelika Rüstow, Berlin

Verteiler:

- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium für Gesundheit
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Gesundheit(des Deutschen Bundestags)
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
- Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion die Linke im Deutschen Bundestag
- Rechtsausschuss des Bundesrates
- Ministerien für Gesundheit und Soziales der Länder
- Bundesärztekammer
- NJW
- MedizinRecht.de
- Gesundheitsrecht (Zeitschrift von Otto Schmidt)
- MedR - Medizinrecht
- Bundesverband der Freien Berufe
- Bundesgerichtshof, Bibliothek
- Vorstand und Geschäftsführung des DAV
- Landesverbände des DAV
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht
- Arbeitskreis Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Steuerberaterverband
- Vorsitzende des FORUMs Junge Anwaltschaft
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Deutscher Juristinnenbund
- Kassenärztliche Bundesvereinigung
- Deutscher Ärztinnenbund
- Bundesvereinigung Deutscher Ärzteverbände (BDÄ)
- Hartmannbund Verband der Ärzte Deutschlands e. V.
- Deutscher Kassenarztverband e. V.
- Bundesverband der Knappschaftsärzte e. V.
- Marburger Bund
- ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Bund und Länder, Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 68.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Das gesellschaftspolitische Umfeld

Wie nicht anders zu erwarten, hat die Entscheidung des BGH vom 6.7.2010 – 5 StR 386/09 ein sehr unterschiedliches Echo gefunden. Dies ist angesichts des Themas und den damit verbundenen oftmals sehr konträren weltanschaulichen Ausgangspositionen auch kein Wunder. Wer die seit über 20 Jahren um diese Thematik geführte Diskussion verfolgt hat, durfte eigentlich überhaupt nicht überrascht sein. Seit Jahren gab es nämlich namhafte Stimmen, die die PID, wie jetzt der BGH, auch unter gegenwärtiger Gesetzeslage für zulässig hielten. Nach einem Richtlinienentwurf der Bundesärztekammer zur Präimplantationsdiagnostik v. 3.3.2000 (DÄ 2000 (C), 423 ff.) bekam diese Diskussion einen neuen Anstoß. Darin wurde wie schon zuvor die Ethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz¹ - prinzipiell von einer Zulässigkeit der Methode ausgegangen², wenn bestimmte klar definierte Indikationen vorliegen und ein strenges Prüfverfahren gewährleistet ist. Ein von der FDP in der 15. Legislaturperiode vorgelegter Regelungsvorschlag³ war damals nicht mehrheitsfähig. In eine ähnliche Richtung ging ein (Mehrheits-) Votum des Nationalen Ethikrates.⁴ Dies wird in der Historie zum Vorschlag der Abgeordneten Bender, Kober; Krings u.a. bedauerlicherweise nicht erwähnt und im Entwurf der Abgeordneten Röspel, Hinz, Meinhardt u.a. sogar falsch im umgekehrten Sinne (sic!) zitiert.

1 Bericht vom 20.7.1999; so auch die Bioethik-Kommission der Bayerischen Staatsregierung zur Präimplantationsdiagnostik vom Juli 2003.

2 Diskussionsentwurf zu einer Richtlinie zur Präimplantationsdiagnostik, DÄ 2000 (C), 423 ff. .v. 3.3.2000

3 Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik, BT-Drucks. 15/1234 vom 25.6.2003.

4 Veröffentlicht im Januar 2003, abrufbar über die homepage des Ethikrats; siehe auch Enquete –Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin vom 14.5.2002, BT-Drucks. 14/9020, 86.

Ihren vorläufigen Schlusspunkt hatten diese Diskussionen im neuen Gendiagnostikgesetz⁵ gefunden. Gemäß § 15 Abs. 1 GenDG dürfen vorgeburtliche genetische Untersuchungen nur zu medizinischen Zwecken und nur dann vorgenommen werden, soweit die genetische Untersuchung auf bestimmte genetische Eigenschaften des Fötus abzielt, die nach dem allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft und Technik seine Gesundheit während der Schwangerschaft oder nach der Geburt beeinträchtigen. Gleiches gilt, wenn eine Behandlung des Embryos oder Fötus mit einem Arzneimittel vorgesehen ist, dessen Wirkung durch bestimmte genetische Eigenschaften beeinflusst wird. Beide Untersuchungsvarianten sind von der Erfüllung umfangreicher Aufklärungs- und Beratungspflichten (§ 15 Abs. 2 GenDG i.V.m. §§ 9, 10 GenDG) sowie förmlichen Einwilligungserfordernissen (§ 8 GenDG) abhängig. Nach der Gesetzesbegründung zählen zu den genetischen Untersuchungen, die dem GenDG unterliegen nicht nur die invasiven Verfahren wie die Amniozentese und die Chorionzottenbiopsie, sondern auch der Triple-Test sowie die sonographische Bestimmung der Nackenfalte. Die PID ist ausdrücklich nicht vom GenDG erfasst (§ 2 Abs. 1 GenDG).

II. Verfassungsrechtliche Ebene

Zunehmend wurde die Diskussion um die PID mit verfassungsrechtlichen Argumenten geführt. Selbst wenn man unter Auslegung einfachen Rechts zu einer Zulässigkeit der PID gelangen könne, bleibe letztlich der verfassungsrechtliche Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), der auch dem Embryo von Anfang an, und nicht erst nach Nidation, zustehe⁶. Die gegenteilige Auffassung könne sich nicht auf die Entscheidungen des BVerfG zu § 218 StGB berufen, da dort nur die Phase ab Nidation zur Entscheidung anstand. Kritiker⁷ verweisen demgegenüber darauf, dass es keine absolute Unantastbarkeit gebe. Dies zeigen nicht nur die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zur Reform des § 218 StGB, wo gerade der Anspruch der einen Existenz gegenüber der anderen relativiert werde

5 Gesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (Gendiagnostikgesetz – GenDG) v. 31.7.2009, BGBl. I 2009, 2529 (3672); s. auch BT-Drucks. 16/10532; der Bundesrat hat am 15.5.2009 darauf verzichtet, den Vermittlungsausschuss anzurufen.

6 Stellvertretend für andere *Benda*, Verständnisversuche über die Würde des Menschen, NJW 2001, 2147, 2148, unter Bezugnahme auf die beiden Entscheidungen des BVerfG, Ur. v. 25.2.1975 – 1 BvF 1/74 – 6/74, BVerfGE 39, 1 ff. und 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 4/92, 5/92, BVerfGE 88, 203 ff. zu § 218a StGB; *Middel*, Verfassungsrechtliche Fragen der Präimplantationsdiagnostik und des therapeutischen Klonens, 2005; *Böckenförde-Wunderlich*, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, 2002; a. A. R. *Merkel*, DIE ZEIT, Nr. 25/2001 S. 42; im Ergebnis ähnlich *Sendler*, Menschenwürde, PID und Schwangerschaftsabbruch, NJW 2001, 2148 ff.

7 *Sendler* a. a. O.; H.-G. Koch, Zum Status des Embryos in vitro aus rechtlicher und rechtsvergleichender Sicht, 1. Österreichische Bioethik-Konferenz, Wien 13.7.2001.

(im Indikationenmodell), sondern auch die arzneimittel- und medizinproduktrechtliche Zulassung nidationshemmender Mittel. Wenn auf die Vollkommenheit des genetischen Codes mit Abschluss der Befruchtung und damit den Beginn des Menschseins abgestellt werde, vergisst man, dass diese Würde erst richtig „mit Leben“ erfüllt wird, wenn die Nidation gelingt. Ohne Nidation bleibt alles Stückwerk, dem absoluten Schutz der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG zum Trotz.

III. Die Entscheidung des BGH⁸ v. 6. 7. 2010

Der BGH hat diese Position im Ergebnis bestätigt und den angeklagten Frauenarzt, wie schon zuvor das Landgericht Berlin, freigesprochen⁹. In der zu dieser Entscheidung veröffentlichten Pressemitteilung (Nr. 137/2010) hieß es (auszugsweise): „Der Senat ist in Übereinstimmung mit dem Landgericht zu der Auffassung gelangt, dass der Angeklagte § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG (missbräuchliche Anwendung von Fortpflanzungsmedizintechniken) und § 2 Abs. 1 ESchG (missbräuchliche Verwendung menschlicher Embryonen) nicht verletzt hat. Aus den genannten Strafbestimmungen kann nicht mit der im Strafrecht erforderlichen Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) ein Verbot der bei Erlass des Embryonenschutzgesetzes im Jahr 1990 erst im Ausland entwickelten PID abgeleitet werden, die den Embryo nach derzeitigem medizinisch-naturwissenschaftlichen Kenntnisstand überdies nicht schädigt.“ Der BGH hat im Ergebnis keineswegs einer „Beliebigkeitsdiagnostik“ das Wort geredet – im Gegenteil.

Die Entscheidung des BGH ist ein mutiger Schritt zur Entideologisierung der Diskussion. Sie ist im Ergebnis richtig, auch wenn die ein oder andere Kritik an der dogmatischen Herleitung verständlich ist. Der BGH hat zurecht der Einzelfallgerechtigkeit Vorrang eingeräumt und damit einer offenen Diskussion mit Augenmaß den Weg geebnet.

IV. Vorschläge für eine gesetzliche Neuregelung

⁸ BGH, Urt. v. 6.7.2010 – 5 StR 386/09, GesR 2010, 540.

⁹ a.A. KG Berlin, Beschl.v. 9.10.2008 - 1 AR 678/06 – 3 Ws 139/08, GesR 2009, 191; das LG Berlin hatte die Anklage der Staatsanwaltschaft nicht zugelassen. Die dagegen eingelegte Beschwerde hatte Erfolg. Das KG sieht in der PID eine Verletzung von § 1 Abs. 1 Nr.2, § 2 Nr. 1 ESchG; im anschließenden Hauptverfahren hat das LG Berlin den angeklagten Frauenarzt dennoch freigesprochen, LG Berlin, Urt. v. 14.5.2009, (512) 1 Kap Js 1424/06 KLs (26/08), bestätigt durch BGH, Urt. v. 6.7.2010 – 5 StR 386/09, GesR 2010, 540.

Die erste Frage müsste lauten: Brauchen wir überhaupt eine gesetzliche Neuregelung? Im Prinzip nein! Es ist kein novum, dass Richterrecht Fakten und damit Klarheit schafft. Wer deswegen ein Störgefühl entwickelt, unterschätzt möglicherweise das Gewicht der Justiz im Rahmen der Gewaltenteilung. Die öffentliche Berichterstattung in den Medien verstärkt diese Irritationen, wenn Meldungen kursieren, der BGH habe die PID erlaubt, obwohl sie doch gesetzlich verboten sei, deshalb müsse eine gesetzliche Klarstellung erfolgen. Gegenwärtig gibt es drei Gesetzentwürfe, die von einem strikten Verbot der PID (Krings; Singhammer, u.a.) bis hin zu einer begrenzten Zulassung der PID bei Verdacht auf ein schwerwiegendes genetisches Risiko der Eltern oder eines Elternteils reichen.

1. Der DAV kann sich mit dem Vorschlag Bender, Kober, Krings u.a. nicht anfreunden. Insbesondere scheinen uns die Bedrohungsszenarien, die in dem Entwurf entwickelt werden, durchaus unrealistisch: Der DAV jedenfalls findet in entwickelten Gesundheitssystemen westlicher Prägung keine Belege hierfür. Die Erfahrung in anderen Ländern z.B. Großbritannien zeigt, wie man der Gefahr der „schiefen Ebene“ (slippery sloap) wirksam begegnen kann.¹⁰ Ein ausnahmsloses Verbot der PID ist frauenfeindlich und treibt Eltern in verzweifelte Zwangssituationen, die in nicht wenigen Fällen in Einrichtungen unmittelbarer Nachbarstaaten gelöst werden. Dies ist keine klarstellende Regelung, sondern ein eindeutiger Rückschritt. Die angegebene Hilfsbegründung des Vorschlags, eine Abgrenzung von Fall zu Fall sei nicht möglich, lässt die schon heute vorhandenen Möglichkeiten humangenetischer Untersuchungstechniken außer Betracht. Auch in anderen Rechtsmaterien müssen derartige Abgrenzungskriterien abgearbeitet werden. Ein rationaler Gesetzgeber darf die Wahrung von (Schein-)Idealen nicht vor die Verwirklichung existentieller Bürgerrechte von Frauen, Eltern und Familien stellen.
2. Der Vorschlag Flach, Hintze, Reimann, Montag u.a. weißt viele dieser Schwächen nicht auf. Struktur und systematischer Aufbau des neuen § 3 a ESchG-E ist grundsätzlich zu begrüßen. Folgende Fragen bleiben jedoch zu diskutieren:
 - a. Warum soll die PID nur bei solchen Erbkrankheiten zulässig sein, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Tot- oder Fehlgeburt führen? Es gibt vergleichbare schwere erblich übertragbare Krankheiten, die zwar nicht unmittelbar zu einer

¹⁰ Böckenförde-Wunderlich, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, Mohr Siebeck 2002, S. 77 ff., 82 ff. zurückhaltende Genehmigungspraxis der HFEA (Human Fertilisation and Embryology Authority) derzeit nur fünf Kliniken zugelassen; Anzahl durchgeführter PID's eher gering.

Totgeburt führen, aber einen letalen Ausgang unter schrecklichen Leiden (z.B. Erstickungskrämpfen) erwarten lassen. In der Begründung scheint diese Variante durchaus angedacht worden zu sein, im Text findet sie sich allerdings nicht wieder. Hier sollte in der Systematik der Empfehlung des Mehrheitsvotums des Deutschen Ethikrats vom 8.3.2011 gefolgt werden.

b. Der Vorschlag, die Entscheidung von einer Ethikkommission prüfen und „genehmigen“ zu lassen, findet sich auch im Memorandum der Bundesärztekammer. Der Vorschlag ist verständlich, aber ungeeignet. Auch beim Schwangerschaftsabbruch wird eine derartige Hürde nicht verlangt. Vielmehr genügt die nach ärztlicher Erkenntnis gestellte Indikation und Überzeugung von ihrer Richtigkeit. Es gibt bereits Erfahrungen mit derartigen Kommissionen, als z.B. die heterologe Befruchtung in vielen Landesärztekammern noch von solchen Kommissionen geprüft und zugelassen werden musste. Diese Kommissionen wurden – soweit ersichtlich – bundesweit wieder abgeschafft, weil sie die an sie gestellte Aufgabe, nämlich eine Prognoseentscheidung für oder gegen das Kindeswohl treffen zu müssen, nicht erfüllen konnten. Ähnlich liegt der Fall hier. Man traut den eigentlich Verantwortlichen, den Eltern und der zertifizierten Einrichtung, die richtige „moralische“ Bewertung nicht zu und will die Last der Entscheidung auf mehrere Schultern verteilen. Dies führt regelmäßig nicht zu einer Verbesserung der Entscheidungsqualität.

3. Der Vorschlag Röspel, Hinz, Meinhardt, Lammert u.a. ähnelt dem Vorschlag Flach u.a., greift aber die von uns geäußerten Bedenken zum Erfordernis der Tot- oder Fehlgeburt auf. Die als Lösung angebotene Ein-Jahres-Grenze scheint uns jedoch kein tauglicher Prognosefaktor zu sein. Das zur Ethikkommission Gesagte gilt hier gleichermaßen.
4. Nach Auffassung des Medizinrechtsausschusses sollten die Entwürfe Flach, Hintze u.a. und Röspel, Hinz u.a. unter Verzicht auf das Erfordernis der Tot- oder Fehlgeburt harmonisiert werden. Die Überprüfung durch eine Ethikkommission ist überflüssig. Diskussionswürdig ist demgegenüber der Forderungskatalog im Mehrheitsvotum des Deutschen Ethikrats vom 8. 3. 2011. Transparenz fördert Entscheidungsqualität und beugt Missbrauch vor.