

† Genetische Untersuchung von Embryonen

ESchG §§ 1, 2

Die nach extrakorporaler Befruchtung beabsichtigte Präimplantationsdiagnostik mittels Blastozystenbiopsie und anschließender Untersuchung der entnommenen pluripotenten Trophoblastzellen auf schwere genetische Schäden hin begründet keine Strafbarkeit nach § 1I Nr. 2 ESchG. Deren Durchführung ist keine nach § 2I ESchG strafbare Verwendung menschlicher Embryonen.

BGH, Urteil vom 6. 7. 2010 - 5 StR 386/09 (LG Berlin)

§ 1I Nr. 2 ESchG ist nicht verletzt, weil die künstlichen Befruchtungen auf die Herbeiführung einer 14ff. Schwangerschaft gerichtet waren.

Der Angekl. war bei der Vornahme der Befruchtungen entschlossen, die Eizellen einzupflanzen; diese 16–Absicht wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass er im Fall der Feststellung eines Defekts hiervon 18 absehen wollte.

Die Absicht der Herbeiführung einer Schwangerschaft war dominierend; dass die im Dienste dieses 19–Ziels stehende Untersuchung als selbstständiges Zwischenziel pönalisiert werden sollte, kann weder 21 dem Gesetz noch den Gesetzesmaterialien entnommen werden.

Die Auslegung des *Senats* führt nicht zur Zulässigkeit jeder genetischen Selektion. 29

Die Zellentnahme und die Verwerfung von Embryonen mit positivem Befund verstoßen nicht gegen das 31ff. Verbot des § 2I ESchG.

Die Zellentnahme stellt kein Verwenden i.S.d. Vorschrift dar. 32ff.

Das Verwendungsverbot ist im Lichte des Gesetzeszwecks, der die Instrumentalisierung und die 33–Gefährdung des Embryos unterbinden will, einschränkend zu interpretieren; diese Zwecke werden 36 vorliegend nicht berührt.

Das Absterbenlassen von Embryonen mit positivem Befund ist straflos, weil diese weder gegen den 37, Willen der Frauen transferiert noch unbegrenzt konserviert werden konnten. 38

Zum Sachverhalt:

Der Angekl., ein Frauenarzt mit dem Schwerpunkt Kinderwunschbehandlung, entnahm in mehreren Fällen vor der Einpflanzung extrakorporal gezeugter Embryonen Zellen, um diese auf schwerwiegende Krankheiten zu untersuchen (sog. Präimplantationsdiagnostik-PID). Wurden solche Krankheiten festgestellt, verweigerten die über den Befund aufgeklärten Frauen den Transfer. Die betroffenen Embryonen ließ der Angekl. absterben. Das

LG hat den Angekl. vom Vorwurf der missbräuchlichen Anwendung von Fortpflanzungstechniken und der missbräuchlichen Verwendung menschlicher Embryonen freigesprochen. Die vom GBA nicht vertretene Revision der StA hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

III. Das LG ist im Ergebnis rechtsfehlerfrei zu der Ansicht gelangt, dass sich der Angekl. nicht strafbar gemacht hat.

1. § 1I Nr. 2 ESchG ist nicht verletzt. Eine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift setzt in der hier einschlägigen Variante voraus, dass das Unternehmen der künstlichen Befruchtung nicht auf die Herbeiführung einer Schwangerschaft gerichtet ist. Sie tritt dementsprechend nicht ein, wenn der Handelnde eine Schwangerschaft bewirken will. So lagen die Fälle hier. Das Tun des Angekl. war jeweils von dem Willen getragen, bei den von ihm behandelten Patientinnen – von denen die

14

BGH: † Genetische Untersuchung von Embryonen (NStZ 2010, 579)

580



entnommenen Eizellen auch stammten – eine Schwangerschaft herbeizuführen.

a) § 1I Nr. 2 ESchG verlangt nach allgemeiner Meinung (vgl. *Günther in Günther/Taupitz/Kaiser ESchG* 2008, vor § 1 Rn 38, § 1 I Nr. 2 Rn 18 mwN) Absicht im Sinne eines auf den Erfolg ausgerichteten dolus directus ersten Grades (vgl. BGHSt 9, 142, 146; 18, 151, 155f.; 29, 68, 72f.). Kommt es dem Täter auf den Erfolgseintritt an, so stehen der Annahme des Absichtserfordernisses weitere Beweggründe bzw. Nebenzwecke nicht entgegen (BGHSt 18, 151, 156). Gleichfalls ist die Absicht – wie der Vorsatz allgemein – nicht „bedingungsfeindlich“; anerkanntermaßen kann der Täter sein Handeln vom Eintritt objektiver Bedingungen abhängig machen, ohne dass an der Endgültigkeit seines Tatentschlusses zu zweifeln wäre (BGHSt 12, 306, 309f.).

15

b) Der Angekl. war im Zeitpunkt der Befruchtungen entschlossen, die jeweils befruchtete einzelne Eizelle auf seine Patientinnen zu übertragen und auf diese Weise eine Schwangerschaft herbeizuführen. Allerdings wollte er die Schwangerschaft nur mit einem gesunden Embryo bewirken. Für den – nicht erhofften, aber befürchteten – Fall eines positiven Befundes wollte er von der Übertragung absehen.

16

Letzteres stellt seinen bereits endgültig gefassten Handlungsentschluss in Richtung auf Herbeiführung der Schwangerschaft jedoch nicht in Frage. Nicht etwa war die genetische Untersuchung der eigentliche (und mit § 1I Nr. 2 ESchG unverträgliche) Zweck der Befruchtung (a.M. *Beckmann ZfL* 2009, 125, 127ff.). Der negative Befund war nach der gebotenen natürlichen Betrachtungsweise vielmehr objektive Bedingung der Übertragung (vgl. *Günther aaO*, § 1 I Nr. 2 Rn 21; *Schneider MedR* 2000, 360, 362; *Schroth NStZ* 2009, 233, 234). Für den Fall ihres Eintritts sollte der Embryo nach dem Vorstellungsbild des Angekl. übertragen werden, wobei er nach Lage der Dinge auch mit dem Einverständnis der Patientinnen rechnen durfte. Dass die Patientinnen vor der Übertragung des Embryos in die Gebärmutter nochmals aufgeklärt und um ihr Einverständnis gebeten wurden,

17

entspricht üblichem ärztlichen Vorgehen. Wie bei anderen mehraktigen Behandlungen auch muss es der Patient in der Hand haben, deren Fortführung jederzeit autonom zu beenden. Der Behandlungsablauf liefert deshalb kein Zeugnis dafür, dass die Entscheidung über die Herbeiführung der Schwangerschaft erst nach Abschluss der Untersuchung fallen sollte (a.M. *Beckmann* aaO, 128f.).

18

c) Der Wille des Angekl. die PID durchzuführen, und der Wille, den einzelnen Embryo bei positivem Befund nicht zu übertragen, können nicht als alternative, zur Annahme der Strafbarkeit führende Absichten i.S.v. § 1I Nr. 2 ESchG angesehen werden.

19

aa) Der Angekl. wollte die Untersuchung allerdings „unbedingt“ durchführen und hat sie in diesem Sinne „beabsichtigt“. Das ändert jedoch nichts daran, dass der gesamte, die Patientinnen außerordentlich belastende Vorgang der extrakorporalen Befruchtung von dem Willen getragen war, eine Schwangerschaft herbeizuführen. Die Untersuchung war in diesem Gesamtvorgang unselbstständiges Zwischenziel. Sie wäre nicht durchgeführt worden, wenn nicht die Absicht der Herbeiführung der Schwangerschaft bestanden hätte.

20

(1) In Rechtsprechung und Schrifttum ist anerkannt, dass – ungeachtet seines Haupt- bzw. Endziels – vom Täter verfolgte Zwischenziele eine tatbestandsrelevante Absicht ausmachen können, sofern es ihm auf deren Erreichung ankommt (BGHSt 18, 246, 252f.; 35, 325, 326f.; S/S-Cramer/Sternberg-Lieben 27. Aufl., § 15 Rn 66 mwN). Indessen führt nicht jedes Zwischenziel zwingend zur Tatbestandserfüllung. Ob der Absicht eine den Deliktstypus prägende Bedeutung beizumessen ist, muss vielmehr durch Auslegung des jeweiligen Tatbestandes ermittelt werden (FS-Cramer/Sternberg-Lieben aaO). Für das „Alternativabsichtsdelikt“ (*Schroeder* in FS Lenckner, 1998, S. 333, 341) des § 1I Nr. 2 ESchG liegt die Notwendigkeit einer differenzierenden Betrachtung in besonderem Maße auf der Hand. Es wäre widersinnig, wenn beispielsweise die stets mitverfolgte Gewinnerzielungsabsicht des Arztes (vgl. *Renzikowski* NJW 2001, 2753, 2755) oder auch sein Wille, in der Fachwelt und bei seinen Patienten Anerkennung zu finden, als „Alternativabsichten“ eine Strafbarkeit nach § 1I Nr. 2 ESchG begründen würden. Ein Gebot, dass die extra-korporale Befruchtung ausschließlich der Herbeiführung der Schwangerschaft dienen muss, ist durch die Vorschrift dementsprechend auch nicht normiert (vgl. *Duttge* GA 2002, 241, 247f.).

21

(2) Dem Sinn des § 1I Nr. 2 ESchG ist zu entnehmen, dass die Herbeiführung der Schwangerschaft – wie vorliegend gegeben – jedenfalls „handlungsleitend“ bzw. „bewusstseinsdominant“ (*Schroth* aaO, 235) sein muss. Entgegen im Schrifttum vertretener Meinungen (*Schneider* aaO; *Schroth* aaO) ist der Senat dabei der Auffassung, dass Alternativabsichten denkbar sind, die trotz einer „Bewusstseinsdominanz“ der Primärabsicht zur Strafbarkeit führen. Die Absicht, pluripotente Zellen auf schwerwiegende genetische Belastungen hin zu untersuchen, rechnet jedoch nicht hierher. Ein gesetzliches Verdikt gegen eine solche Untersuchung lässt sich mit hinreichender Bestimmtheit (Art. 103II GG; vgl. auch *Duttge* aaO, 248) weder aus § 1I Nr. 2 ESchG in seiner Einbettung in den Gesamtzusammenhang des Embryonenschutzgesetzes noch aus einem sich in der Entstehungsgeschichte des Embryonenschutzgesetzes abbildenden diesbezüglichen Willen des Gesetzgebers herleiten. (*Wird ausgeführt.*)

29

(3) Die durch den Senat vorgenommene Interpretation führt nicht zur Zulässigkeit einer „unbegrenzten Selektion anhand genetischer Merkmale“ (vgl. *Middel* Verfassungsrechtliche Fragen der Präimplantationsdiagnostik und des therapeutischen Klonens, 2006, S. 45 mwN).

Entscheidungsgegenstand ist der Wille zur Durchführung der Untersuchung auf schwerwiegende genetische Schäden zur Verminderung der genannten gewichtigen Gefahren im Rahmen der PID. Diese Zwecksetzung stellt keine die Strafbarkeit begründende Alternativabsicht dar. Beispielsweise für die Absicht der Selektion von Embryonen zum Zwecke der Geschlechtswahl gilt dies aber nicht. Die Geschlechtswahl wird vom Embryonenschutzgesetz – ausgenommen die in § 3 S. 2 ESchG bezeichneten Fälle – eindeutig verurteilt (§ 3 S. 1 ESchG). Dies muss auf die Auslegung des § 1I Nr. 2 ESchG durchschlagen. Entsprechendes gälte etwa für eine gezielte Zeugung von Embryonen mit bestimmten Immunitätsmustern (vgl. *Kaiser in Günther/Taupitz/Kaiser ESchG*, 2008 Einf Rn A 199; *Steinke/Rahner in Steinke/Rahner/Middel/Schräer Präimplantationsdiagnostik*, 2009, S. 30). Ob angesichts der Wertung des – nicht auf die PID anwendbaren (s. oben) – § 15II GenDG das Gleiche für die Absicht gälte, genetische Eigenschaften des Embryos für eine Erkrankung festzustellen, die nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik erst nach Vollendung des 18. Lebensjahres ausbricht, hat der *Senat* nicht zu entscheiden. Dies lässt unberührt, dass eine eindeutige gesetzliche Regelung der Materie wünschenswert wäre ...

31

2. Die Zellentnahmen zum Zweck der Untersuchung der entnommenen Zellen und das „Stehenlassen“ der Embryonen mit positivem Befund verletzen nicht das Verbot des § 2I ESchG, einen extrakorporal erzeugten menschlichen Embryo zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck zu verwenden.

32

a) Die durch den Angekl. vollführten Zellentnahmen stellten kein „Verwenden“ der Embryonen dar. Verwendet wurden – zum Zweck der Untersuchung und vom Embryonenschutzgesetz erlaubt – die entnommenen pluripotenten Trophoblastzellen.

33

aa) Das Merkmal des Verwendens ist in § 2I ESchG – wie im Rahmen anderer Strafvorschriften auch (vgl. zu § 250 StGBBGHNStZ 2004, 556; 2008, 687; Beschl. v. 18. 2. 2010 – 3 StR 556/09) – als zweckgerichteter Gebrauch zu verstehen. Das Verwendungsverbot kann dabei nicht als umfassender Auffangtatbestand gedeutet werden, der die in der

BGH: † Genetische Untersuchung von Embryonen (NStZ 2010, 579)

581



Vorschrift weiter aufgeführten Tatvarianten beinhaltet (a.M. *Günther* aaO, § 2 Rn 30); insbesondere der Erwerb ist offensichtlich kein Unterfall des Verwendens. Davon bleibt unberührt, dass das Merkmal seinem Wortlaut und Wortsinn nach eine breite Palette von Handlungen beim Umgang mit dem Embryo erfasst. Um mit dem Übermaßverbot staatlichen Strafens unvereinbare und vom Gesetzgeber gewiss nicht beabsichtigte Strafbarkeiten zu vermeiden, bedarf es der Eingrenzung (insoweit zust. auch *Günther* aaO, § 2 Rn 32). Diese kann nicht allein mit dem in der Vorschrift weiter vorausgesetzten Alternativzweck der Nichterhaltung des Embryos geleistet werden (a.M. *Günther* aaO). Im Hinblick darauf, dass „Verwenden“ keine Einwirkung auf die Substanz des betreffenden Embryos verlangt, wäre beispielsweise die Beobachtung (sog. „Embryoscoring“) und damit „Verwendung“ des Embryos zu Lern- oder Lehrzwecken tatbestandsmäßig und strafbar; das Gleiche gälte für die Betrachtung des Embryos unter dem Lichtmikroskop (hierzu *Griesinger/Felberbaum/Hepp/Diedrich* in *Reproduktionsmedizin im internationalen Vergleich*, 2008, S. 22, 28ff.), um morphologisch schwer geschädigte Embryonen zu identifizieren (a.M. *Günther* aaO, § 2 Rn 31). Die Eingrenzung hat anhand des mit der Vorschrift verfolgten Zwecks und der sonstigen durch das Embryonenschutzgesetz getroffenen Entscheidungen zu

erfolgen.

34

(1) Mit dem Verbot des § 2I ESchG wollte der Gesetzgeber ausweislich der amtlichen Überschrift der missbräuchlichen Verwendung von Embryonen entgegenwirken. Die Vorschrift soll gewährleisten, dass „menschliches Leben grundsätzlich nicht zum Objekt fremdnütziger Zwecke gemacht werden darf“ (RegE, BT-Dr 11/5460, S. 10). Vorrangig gedacht war an die Embryonenforschung (vgl. Kabinettsbericht BT-Dr 11/1856, S. 8 unter c; s. auch den Vorschlag des Bundesrates unter Nr. 4a und die Stellungnahme der BReg. hierzu in RegE, aaO, S. 14, 18). Ferner sollte die Abspaltung totipotenter Zellen zum Zweck der Diagnostik untersagt werden, „weil sich eine Schädigung des nach der Abspaltung verbleibenden und zum Embryo-Transfer bestimmten Embryos bisher nicht mit Sicherheit ausschließen“ lasse (vgl. Kabinettsbericht, aaO, S. 8 unter d; ähnlich RegE, aaO, S. 11f.).

35

(2) Keiner der genannten Hauptzwecke des Gesetzgebers trifft auf die hier zu beurteilende Blastozystenbiopsie zu. Weder wird dadurch der Embryo zu Zwecken außerhalb des Gesamtvorgangs der extrakorporalen Befruchtung instrumentalisiert, noch wird er, wie ausgeführt, durch den Eingriff maßgeblich gefährdet; die Möglichkeit der Biopsie pluripotenter Zellen ohne Beeinträchtigung des Embryos hatte der Gesetzgeber vielmehr nicht im Blick (dazu schon oben III. 1c aa) (2). Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass er sie andernfalls verboten hätte, sind nicht vorhanden. Die Einzelbegründung des Regierungsentwurfs zu § 6 ESchG geht im Gegenteil dahin, dass wegen der mit der Abspaltung totipotenter Zellen verbundenen Gefahren „derzeit“ kein Anlass bestehe, Ausnahmen vom strafrechtlichen Verbot des § 6 ESchG „etwa mit Blick auf die Präimplantationsdiagnostik“ in Erwägung zu ziehen (RegE, aaO, S. 12).

36

bb) Die Frage muss demnach unter Einbeziehung der mit dem Embryonenschutzgesetz insgesamt verfolgten Ziele beantwortet werden. Wie schon bei der Auslegung des § 1I Nr. 2 ESchG zieht der *Senat* maßgebend die in § 3 S. 2 ESchG getroffene Wertentscheidung des Gesetzgebers heran. Danach kann nicht angenommen werden, dass die den Embryo selbst unberührt lassende Entnahme von Trophoblastzellen zur Vermeidung einer Konfliktslage für die Eltern bis hin zu einem real drohenden Schwangerschaftsabbruch vom Embryonenschutzgesetz als „missbräuchliche Verwendung“ angesehen wird. Davon ausgehend ist das weite Merkmal des Verwendens um die hier zu beurteilende Blastozystenbiopsie zu reduzieren.

37

b) Der Angekl. hat die Embryonen mit positivem Befund nicht weiter kultiviert, weswegen sie in der Folge abstarben und verworfen wurden. Gegen § 2I ESchG hat er dadurch nicht verstoßen.

38

Das Verhalten des Angekl. ist als Unterlassen erhaltender Maßnahmen zu werten. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt darin, dass die Zellen nicht weiter versorgt wurden; ihre abschließende „aktive“ Vernichtung, die im Übrigen nicht als „Verwenden“ i.S.d. § 2I ESchG angesehen werden könnte, vermag daran nichts zu ändern (*Schroth* aaO, 236f. *ders.* in *Roxin/Schroth* [Hrsg.], Hdb. des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., S. 530, 553). Dahingestellt bleiben kann dabei – was jeweils äußerst zweifelhaft erscheint –, ob dem Arzt eine Garantenstellung gegenüber dem Embryo obliegt (dazu *Böcher* Präimplantationsdiagnostik und Embryonenschutz, 2004, S. 106ff.) und ob die Entsprechensklausel nach § 13I StGB erfüllt ist (vgl. *Günther* aaO, § 2 Rn 36). Jedenfalls war es dem Angekl. weder möglich noch zumutbar, die Embryonen gegen den Willen seiner Patientinnen in deren Gebärmutter zu übertragen und sich dadurch unter anderem nach § 4I Nr. 2 ESchG und § 223 StGB strafbar zu machen (vgl. *Günther* aaO; *Böcher* aaO, S. 110f.; *Böckenförde-Wunderlich*

Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, 2002, S. 138; *Middel* aaO, S. 49; *Duttge* aaO, 247). Gleichfalls lässt sich aus dem Embryonenschutzgesetz keine Pflicht zur unbegrenzten Kryokonservierung ableiten (*Günther* aaO, § 2 Rn 37; *Schroeder* aaO, S. 337).