

Schriften zum Strafrecht

Band 351

**Die strafrechtlichen Risiken
des Mediziners im Rahmen von
Präimplantationsdiagnostik und
Pränataldiagnostik**

Von

Katharina Ollech



Duncker & Humblot · Berlin

KATHARINA OLLECH

Die strafrechtlichen Risiken des Mediziners
im Rahmen von Präimplantationsdiagnostik
und Pränataldiagnostik

Schriften zum Strafrecht

Band 351

Die strafrechtlichen Risiken des Mediziners im Rahmen von Präimplantationsdiagnostik und Pränataldiagnostik

Von

Katharina Ollech



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)
hat diese Arbeit im Jahre 2019 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-15879-9 (Print)
ISBN 978-3-428-55879-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde im Juli 2019 von der Juristischen Fakultät der Europa-Universität Viadrina als Dissertation angenommen. Für die vielfältige Unterstützung bei der Anfertigung des Textes möchte ich mich an dieser Stelle bedanken.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Prof. Dr. Dr. h.c. Jan C. Joerden, der diese Arbeit unter seiner Leitung ermöglicht und mich stets mit wertvollen wissenschaftlichen Anregungen begleitet und unterstützt hat. Danken möchte ich auch Prof. Dr. Maciej Małolepszy, der meine Dissertation als Zweitgutachter betreut hat.

Bei meinem Mann, meinen Eltern, Großeltern und engen Freunden möchte ich mich ganz besonders für die liebevolle und vielseitige Stärkung und Motivierung, nicht nur während des Studiums und der Promotion, sondern während meines gesamten bisherigen Lebens, bedanken. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

München, im Januar 2020

Katharina Julia Ollech

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

Einleitung 21

§ 1	Relevanz des Themas und Problemaufriss	22
§ 2	Ziel der Arbeit	26
§ 3	Gang der Untersuchung	27
§ 4	Bedeutung der PID und PND	29

Teil 2

Naturwissenschaftliche Grundlagen für Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik 32

§ 1	Zur Terminologie in Bezug auf die Entwicklungsprozesse des Menschen	32
§ 2	Grundlagen der Humangenetik	35
	A. Aufbau und Funktion der genetischen Information	35
	B. Genexpression: Transkription und Translation	37
	C. Zellzyklus und Zellteilung	37
§ 3	Mutationen	38
	A. Chromosomenaberrationen	38
	I. Numerische Chromosomenaberrationen	39
	II. Strukturelle Chromosomenaberration	41
	B. Genmutationen	42
§ 4	Erbgänge	42
	A. Autosomaler Erbgang	44
	B. Gonosomaler Erbgang	45
§ 5	Epigenetik und X-Chromosom-Inaktivierung	47

Teil 3

Präimplantationsdiagnostik 48

§ 1	Naturwissenschaftliche und medizinische Grundlagen der embryonalen Entwicklung	48
§ 2	Durchführung der PID	51
	A. Zellentnahme während der Embryonalentwicklung <i>in vitro</i>	51
	I. Blastomerengewinnung	51
	II. Trophoblastbiopsie	52

B. Die Zelluntersuchung nach der Zellbiopsie	53
C. Anwendbare Methode der Untersuchung der Zellen und untersuchbare Krankheiten	54
D. Zahl der zu untersuchenden Embryonen	54
E. Nicht anwendbare Methoden der Zelluntersuchung und nicht untersuchbare Krankheiten	55
F. Polkörperdiagnostik	56
§ 3 Empirische Befunde zur PID	58
§ 4 Risiken einer Fehldiagnose im Rahmen der PID	59
A. Mosaikbildungen	60
B. Stellungnahme	62
§ 5 Embryonenauswahl durch die Mutter nach Durchführung der medizinischen Diagnostik	62
§ 6 Internationale Regelungen im Hinblick auf die PID	65
A. EMRK	65
B. Menschenrechtskonvention zur Biomedizin	67
C. EU-Grundrechte-Charta	68
D. Allgemeine Erklärung über das menschliche Genom und Menschenrechte	68
E. Stellungnahme	69
§ 7 Rechtliche Regelung der PID in Europa	69
A. Länder mit gesetzlichem Verbot der PID	69
B. Länder mit gesetzlicher Erlaubnis der PID	70
I. Schweiz	71
II. Österreich	72
III. Großbritannien	73
IV. Belgien	75
V. Frankreich	77
C. Stellungnahme	78
§ 8 Die Neuregelung der PID durch § 3a Embryonenschutzgesetz	79
A. Entstehungsgeschichte des § 3a ESchG	80
B. Das ESchG als strafrechtliches Nebengesetz	80
I. Sinn und Zweck des ESchG	81
1. Schutz von Embryonen als Sinn und Zweck des ESchG?	82
2. Dambruchargumente als Hintergrund der Regelungen des ESchG	84
a) Dambruchargumentation im Rahmen der PID	84
b) Stellungnahme zur Dambruchargumentation im Rahmen der PID	86
II. Kriminalpolitische Hintergründe des ESchG	86
1. Geeignetheit der Strafvorschriften des ESchG	87
2. Erforderlichkeit der Strafvorschriften des ESchG	88
3. Verhältnismäßigkeit der Strafvorschriften des ESchG	89
4. Ergebnis	90

C. Urteil des BGH vom 06.07.2010 und die davor bestehende Rechtslage zur PID	90
I. Rechtslage vor dem Urteil des BGH vom 06.07.2010	90
II. Urteil des BGH vom 06.07.2010	93
§ 9 Aufbau des § 3a ESchG	95
A. Strafbarkeit der genetischen Untersuchung von Zellen eines Embryos <i>in vitro</i> vor dem intrauterinen Transfer nach § 3a Abs. 1 ESchG	95
I. Der Begriff „Zellen eines Embryos“ in § 3a Abs. 1 ESchG	96
II. Zulässigkeit der PID auch an totipotenten Zellen?	97
1. Begriffsbestimmungen im Stammzellgesetz und in der PIDV ..	99
2. Teleologische Reduktion des § 3a ESchG	100
3. Verbot der Untersuchung totipotenter Zellen	102
4. Folgen	102
5. Stellungnahme	104
B. Subjektiver Tatbestand	105
C. Rechtliche Hintergründe des § 3a Abs. 2 ESchG	105
I. § 3a Abs. 2 S. 1: Das „hohe Risiko einer schwerwiegenden Erbkrankheit“	106
1. Wertungswidersprüche zu den Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs	106
a) Rechtslage beim Schwangerschaftsabbruch	107
b) Embryopathische Indikation	111
c) Stellungnahme	112
2. Unbestimmte Rechtsbegriffe	113
3. Überprüfbarkeit im Strafverfahren	117
a) Vergleichbarkeit mit der Überprüfbarkeit im Rahmen des § 218a Abs. 2 StGB	118
b) Stellungnahme zur Überprüfbarkeit im Strafverfahren	119
4. Rechtsfolgen fehlerhafter Bewertung	120
5. Zusammenfassung	122
II. Spätmanifestierende Krankheiten	123
1. Fehlender Hinweis auf spätmanifestierende Krankheiten in § 3a ESchG	124
2. Stellungnahme	125
III. Sonderfall der Trisomie 21	127
IV. Unbestimmte Rechtsbegriffe des § 3a Abs. 2 S. 1 ESchG im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 103 Abs. 2 GG	128
1. Schwerwiegende Erbkrankheit	129
2. Hohes Risiko	132
3. Ergebnis	133
V. Schriftliche Einwilligung der Frau	133
1. Verstoß gegen Einwilligungserfordernis als strafrechtliches Unrecht	134

2.	Zur Konnexität zwischen Aufklärung und Einwilligung	134	
3.	Aufklärung und Einwilligung zur Übertragung des Embryos in den Uterus	136	
4.	Einpflanzen eines erkrankten Embryos	136	
	a) Übertragung des Embryos bei falsch-negativem PID-Ergebnis	137	
	b) Übertragung eines erkrankten Embryos auf Wunsch der Frau	139	
5.	Einwilligung des Mannes zur Durchführung der PID	140	
6.	Mutmaßliche Einwilligung zur Durchführung der PID	141	
	a) Schriftformerfordernis	141	
	b) Stellungnahme zur mutmaßlichen Einwilligung zur Durch- führung der PID	142	
7.	Aufklärung und Beratung als ergänzende verfahrensmäßige Anforderungen	143	
8.	Inhalte von Aufklärung und Beratung	144	
9.	Vergleich mit § 9 GenDG	145	
10.	Aufzuklärende und zu beratende Person und Aufklärungs- verzicht	146	
VI.	§ 3a Abs. 2 S. 2 ESchG: PID zur Feststellung einer schwerwiegen- den Schädigung des Embryos, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Tot- oder Fehlgeburt führt	148	
	1. Objektiver Tatbestand	148	
		a) Aneuploidie-Screening	152
		b) Stellungnahme	154
	2. Umgang mit Überschussinformationen	155	
		a) Vorliegen von Überschussinformationen	155
		b) Verstoß gegen § 3a Abs. 1 ESchG	156
	3. Einwilligung und Aufklärung	156	
	4. Mitteilungsverbot von Überschussinformationen	157	
		a) Mitteilungsverbot bei vorgeburtlichen Untersuchungen	157
		b) Mitteilungsverbot nach § 3a ESchG	158
		c) Stellungnahme	160
	5. Ziel der Herbeiführung einer Schwangerschaft	161	
	6. Subjektiver Tatbestand	162	
	7. Unbestimmte Rechtsbegriffe des § 3a Abs. 2 S. 2 ESchG im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 103 Abs. 2 GG	162	
		a) Hohe Wahrscheinlichkeit einer Tot- oder Fehlgeburt	162
		b) Notwendigkeit eines Attests mit medizinischer Indikation	163
		c) Aneuploidie-Screening	164
		d) Ergebnis zu § 3a Abs. 2 ESchG im Lichte der Recht- sprechung des BVerfG zu Art. 103 Abs. 2 GG	166
D.	Die Anwendbarkeit der <i>Dreier-Regel</i> im Rahmen der PID	166	

I.	Keine Regelung in § 3a ESchG	167
II.	Stellungnahme	169
E.	Stellungnahme zu den unbestimmten Tatbestandsvoraussetzungen des § 3a Abs. 2 ESchG	170
F.	Ergänzende verfahrensrechtliche Anforderungen	171
I.	Aufklärungs- und Beratungspflicht gemäß § 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 1 ESchG	172
II.	Zustimmendes Votum der Ethikkommission gemäß § 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ESchG	173
III.	Qualifikations- und Zulassungserfordernis, § 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ESchG	177
G.	Strafrahmenvergleich als weiterer Risikoindikator	177
I.	Unterschiedliche Strafrahmenwahl bei § 218a StGB und § 3a ESchG	178
II.	Ursachen der divergierenden Strafrahmenwahl	178
III.	Stellungnahme	181
§ 10	Gesetzgeberisches Schweigen zum Umgang mit nicht transferierten Embryonen	181
A.	Aktuelle Rechtslage zum Umgang mit nicht transferierten Embryonen	182
B.	Spende eines überzähligen Embryos	183
I.	Embryonenspende eines bereits vorhandenen Embryos	183
II.	Embryonenspende eines sich bereits im Körper der Frau befindenden Embryos	185
III.	Befruchtung einer Eizelle zum Zwecke der Embryonenspende	185
1.	Auftauen und Weiterkultivieren zuvor kryokonservierter Eizellen im Vorkernstadium zum Zwecke der Embryonenspende ..	186
2.	Wortlaut § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG	187
3.	Gesetzessystematik	188
4.	Telos des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG	189
5.	Ergebnis	190
IV.	PID zur Vorbereitung der Übertragung des gespendeten Embryos auf die Empfängermutter	191
V.	Zusammenfassung zur Zulässigkeit der Embryonenspende	192
VI.	Bedürfnis einer gesetzlichen Regelung und Wahrung des Bestimm- theitsgebotes im Hinblick auf die bestehenden Regelungen	192
§ 11	Teilnahme an einer Auslandstat	195
A.	Entscheidung des LG Berlin vom 25.11.2008 – 15 O 146/08	196
B.	Stellungnahme	199
§ 12	Ergebnis zur PID	201

Teil 4

	Pränataldiagnostik	206
§ 1	Untersuchungsmethoden	206
	A. Nicht invasive Methoden	207
	I. Ultraschalluntersuchungen	207
	II. Ersttrimesterscreening	210
	III. Triple-Test	213
	B. Invasive Methoden	213
	I. Amniozentese	214
	II. Kordozentese	214
	III. Chorionzottenbiopsie	215
§ 2	Intrauterine fetale Chirurgie	216
§ 3	Empirische Befunde	218
	A. Die Inanspruchnahme der PND in Deutschland	218
	B. Die Statistik der Schwangerschaftsabbrüche in Deutschland	220
	C. Schlussfolgerungen aus den empirischen Befunden	223
§ 4	Diagnosen nach Durchführung invasiver pränataler Untersuchungen	224
§ 5	Risiken invasiver Untersuchungsmethoden	225
§ 6	Rechtliche Würdigung der Pränataldiagnostik	225
	A. Gesetzliche Rahmenbedingungen der PND im Ausland	225
	B. Vergleich zwischen Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik	226
	C. Handlungsoptionen nach pränataldiagnostischen Untersuchungen	227
	I. Pränatale und postnatale Therapie	228
	II. Schwangerschaftsabbruch	230
	1. Medikamentöser Schwangerschaftsabbruch	230
	2. Operativer Schwangerschaftsabbruch	231
	3. Mehrlingsreduktion	231
	D. Strafbarkeitsrisiken pränataler Untersuchungen für den Mediziner	233
	I. Strafbarkeit nach dem StGB	234
	1. Strafbarkeit des Mediziners bei ärztlichen Diagnose- oder Behandlungsfehlern im Rahmen der PND zu Lasten des Embryos bzw. Fötus	234
	a) Anwendbarkeit der Tötungstatbestände der §§ 211, 212, 222 StGB auf den Embryo bzw. Fötus	235
	b) Anwendbarkeit der Körperverletzungstatbestände der §§ 223 ff. StGB auf den Embryo bzw. Fötus	238
	c) Auswirkung des Körperverletzungserfolges am geborenen Menschen	239
	d) Stellungnahme zur Anwendbarkeit der Tötungs- und der Körperverletzungstatbestände auf das ungeborene menschliche Leben	243
	2. Straftaten zu Lasten der Schwangeren	245

a)	Strafbarkeit einer Gesundheitsschädigung zu Lasten der Mutter durch pränatale Untersuchungen	245
aa)	Vergleich mit ärztlichen Heileingriffen	245
bb)	Stellungnahme	246
b)	Pränatale Einwirkungen auf den Embryo als Körperverletzung zu Lasten der Schwangeren	247
aa)	Überblick über den Meinungsstand	248
bb)	Stellungnahme	249
3.	Unterlassen pränataldiagnostischer Untersuchungen und Therapien	250
a)	Unterlassen zu Lasten der Mutter	251
b)	Stellungnahme	252
4.	Unterlassene Hilfeleistung bei pränataldiagnostischen Untersuchungen, § 323c StGB	252
5.	Verletzung von Privatgeheimnissen	254
a)	Verhältnis des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu § 25 GenDG	255
b)	Stellungnahme	256
6.	§§ 44, 43 Abs. 2 BDSG	256
7.	Ergebnis	257
II.	Strafbarkeit nach den Nebengesetzen	259
1.	Gendiagnostikgesetz	259
a)	§ 25 GenDG	260
aa)	Bestimmtheitsgebot und Gesetzlichkeitsprinzip	260
bb)	Objektiver Tatbestand des § 25 Abs. 1 GenDG	261
cc)	§ 25 Abs. 1 Nr. 1 GenDG	262
b)	Die Einwilligung nach § 8 GenDG	263
aa)	Mutmaßliche Einwilligung bei genetischen Untersuchungen	264
(1)	Mutmaßliche Einwilligung zur genetischen Untersuchung bzw. Analyse	265
(2)	Stellungnahme zur mutmaßlichen Einwilligung bei genetischen Untersuchungen und Analysen	265
bb)	Mutmaßliche Einwilligung bei Mitteilung des Ergebnisses der genetischen Untersuchung	267
cc)	§ 8 Abs. 1 GenDG	268
dd)	§ 8 Abs. 2 GenDG	269
c)	§ 9 GenDG: Aufklärung als Grundlage der wirksamen Einwilligung	269
aa)	Aufklärender und Zeitpunkt der Aufklärung	270
bb)	Form der Aufklärung	271
cc)	Aufklärungsverzicht	272
dd)	Inhalt der Aufklärung	273
d)	Stellungnahme zum Strafbarkeitsrisiko	275

e) Irrtum im Rahmen des § 25 Abs. 1 Nr. 1 GenDG	276
f) § 25 Abs. 1 Nr. 2 GenDG	276
g) § 25 Abs. 1 Nr. 3 GenDG	277
aa) Vorgeburtliche genetische Untersuchung entgegen § 15 Abs. 1 Nr. 1 GenDG	277
bb) Stellungnahme	279
h) § 15 GenDG	280
aa) § 15 Abs. 1 GenDG	280
(1) Rhesus-Inkompatibilität	284
(2) Geschlecht des Kindes	285
bb) Stellungnahme	287
cc) § 15 Abs. 2 GenDG	288
(1) Chorea Huntington	289
(2) Genetischer Brustkrebs	290
(3) Stellungnahme	291
i) § 25 Abs. 1 Nr. 4 und 5 GenDG	292
j) § 25 Abs. 2 GenDG	292
k) Strafraumen	292
2. Ergebnis zu den Nebengesetzen	292
III. Handlungsoptionen nach pränataldiagnostischen Untersuchungen . .	294
1. Schwangerschaftsabbruch	294
2. Schwangerschaftsabbruch durch Mehrlingsreduktion	294
a) Verwechslung der Feten und Fehlgehen der Tat bei selektiver Mehrlingsreduktion	295
b) Tatbestandsausschluss nach § 218a Abs. 1 StGB	296
c) Rechtfertigung der Mehrlingsreduktion durch medizinisch- soziale Indikation, § 218a Abs. 2 StGB	297
aa) Lebensgefahr oder Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen Gesundheitszustandes	297
bb) Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des seelischen Gesundheitszustandes	298
cc) Stellungnahme	298
d) Gesamtabbruch statt Mehrlingsreduktion beim selektiven Feto- zid nach PND	299
aa) § 218a Abs. 2 StGB als Rechtfertigungsgrund	299
bb) Stellungnahme	301
e) Spätabbrüche der Schwangerschaft	302
aa) Zeitliche Begrenzung	303
bb) Stellungnahme	305
cc) Spätabbrüche beim selektiven Feto- zid	305
f) Anforderungen durch das Schwangerschaftskonfliktgesetz . .	306
aa) Voraussetzungen des SchKG	306
bb) Stellungnahme	307

g)	Auswirkungen des Verwechselns der Embryonen bzw. Feten auf Rechtfertigungsebene	308
aa)	Überblick über den Meinungsstand	308
bb)	Stellungnahme	309
§ 7	Regelungen zur PND im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 103 Abs. 2 GG	309
A.	Strafbarkeit der PND nach dem StGB im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 103 Abs. 2 GG	310
B.	Contergan-Entscheidung des LG Aachen als Verstoß gegen Art 103 Abs. 2 GG	311
C.	Strafbarkeit der PND nach Nebengesetzen im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 103 Abs. 2 GG	314
D.	Ergebnis zu den Regelungen der PND im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 103 Abs. 2 GG	314
§ 8	Ergebnis PND	315

Teil 5

**Beurteilung eines Entwurfes
des Fortpflanzungsmedizingesetzes** 321

§ 1	Bedürfnis nach einem Fortpflanzungsmedizingesetz	321
A.	Überblick über den Meinungsstand	322
B.	Stellungnahme	322
§ 2	Augsburg-Münchner Entwurf	323
A.	Aufbau des AME-FMedG	324
B.	§ 4 AME-FMedG	324
C.	Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten im Rahmen des AME-FMedG	329
D.	Stellungnahme zur Regelung der PID in § 4 AME-FMedG	329
E.	Verzicht auf ein strafbewehrtes Verbot der PID in § 4 AME-FMedG	331
F.	Zur Zulassung der PID an totipotenten Zellen in § 4 AME-FMedG	332
G.	§ 4 Abs. 2 Nr. 3a AME-FMedG	333
I.	§ 4 Abs. 2 Nr. 3b AME-FMedG	334
II.	§ 4 Abs. 2 Nr. 3c AME-FMedG	335
§ 3	Zusammenfassende Stellungnahme zur Regelung der PID im Rahmen des AME-FMedG	336

Teil 6

Resümee und Ausblick	337
§ 1 Resümee	337
§ 2 Ergebnisse zu PID und PND in Thesen	338
A. Thesen zur PID	338
B. Thesen zur PND	340
§ 3 Schlussbetrachtung und Ausblick	343
Literaturverzeichnis	348
Stichwortverzeichnis	364

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
abgedr.	abgedruckt
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
AEMR	Allgemeine Erklärung über das Genom und Menschenrechte
a. F.	alte Fassung
AFP-Test	α -Feto-Protein-Test
AGS	Adrenogenitales Syndrom
Alt.	Alternative
AME-FMedG	Augsburger-Münchener-Entwurf eines Fortpflanzungsmedizin-gesetzes
Anh.	Anhang
Art.	Artikel
ArztR	ArztRecht
Bd.	Band
Besch.	Beschluss
Bespr.	Besprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
Bl.	Blatt
BoÄ	Berufsordnung für Ärzte
BRCA	Breast Cancer
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
CGH	vergleichende Genomhybridisierung
CRISPR	Clustered regularly interspaced short palindromic repeat
DÄBl.	Deutsches Ärzteblatt
ders.	derselbe
DGKED	Deutsche Gesellschaft für Kinderendokrinologie und -diabeto-logie
DNA	Desoxyribonucleic Acid
DSGVO	Datenschutzgrundverordnung

EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ESchG	Embryonenschutzgesetz
ESHRE	European Society of Reproduction and Embryology
et al.	et alia
EUGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f./ff.	folgende/fortfolgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FISH	Fluoreszenzhybridisierung
FMedG	Fortpflanzungsmedizingesetz
FMedV	Fortpflanzungsmedizinverordnung
Fn.	Fußnote
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GEKO	Gendiagnostikkommission
GenDG	Gendiagnostikgesetz
GesR	GesundheitsRecht
GG	Grundgesetz
GuP	Gesundheit und Pflege
HCG	humanes Choriongonadotropin
HFEA	Human Fertilization and Embryology Authority
HLA-Typisierung	Human Leukozyte Antigen Typisierung
h. M.	herrschende Meinung
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
HS.	Halbsatz
Hum. Reprod.	Human Reproduktion
ICSI	Intrazytoplasmatische Spermieninjektion
i. d. F.	in der Fassung
i. E.	im Ergebnis
IVF	in vitro Fertilisation
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristische Zeitung
KJ	Kritische Justiz
LG	Landgericht

Lit.	littera
m. Anm.	mit Anmerkung
MedR	Zeitschrift Medizinrecht
mRNA	messenger Ribonucleic Acid
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NIPT	nicht-invasiver Pränatal-Test
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Woche
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht
PAPP-A	Pregnancy-associated plasma protein
PCR	Polymerase Chain Reaction
PGS	Preimplantation Genetic Screening
PID	Präimplantationsdiagnostik
PIDV	Präimplantationsdiagnostikverordnung
PND	Pränataldiagnostik
Rn.	Randnummer
RNA	Ribonucleic Acid
s.	siehe
S.	Seite
SchKG	Schwangerschaftskonfliktgesetz
SFHÄndG	Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz
sog.	sogenannt
SSL	Scheitel-Steiß-Länge
SSW	Schwangerschaftswoche
str.	strittig
StPO	Strafprozessordnung
StR	Revisionen in Strafsachen
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StudZR	Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft
StZG	Stammzellgesetz
TTTS	twin-to-twin transfusions syndrome
u. a.	unter anderem
Unesco	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
Urt.	Urteil

UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Var.	Variante
VersR	Zeitschrift Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zutr.	zutreffend

Teil 1

Einleitung

„Nichts geschieht ohne Risiko, aber ohne Risiko geschieht auch nichts.“
(Walter Scheel)

„Was wäre das Leben, hätten wir nicht den Mut etwas zu riskieren?“
(Vincent van Gogh)

Die Verfahren der Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik¹ erfahren heutzutage immer größere Beliebtheit. Es können mit den verschiedensten gendiagnostischen Untersuchungen sowohl im Mutterleib als auch außerhalb des Körpers bei einer befruchteten Eizelle oder noch vor deren Befruchtung diverse Krankheiten diagnostiziert werden. Dies eröffnet für viele Eltern die Möglichkeit, sich den Wunsch nach einem gesunden Kind erfüllen zu können. Doch gerade wegen der sich ständig erweiternden Perspektiven, die sich aus der medizinischen Weiterentwicklung ergeben, ist Tür und Tor für den Missbrauch dieser Möglichkeiten eröffnet. Es ist daher unabdingbar, dass die rechtlichen Voraussetzungen dieser Methoden geregelt werden und dass bei Verstößen gegen diese Regelungen strafrechtliche Sanktionen erfolgen. Dies ist zum Schutz des ungeborenen Menschen und der ethischen Werte wichtig. Nur mit wirksamen strafrechtlichen Regelungen kann sichergestellt werden, dass Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik auf die richtige Art und Weise eingesetzt werden. Es muss bei den strafrechtlichen Regelungen sowohl der medizinische und naturwissenschaftliche Fortschritt und der daraus zu ziehende Vorteil als auch der Schutz von Mutter und ungeborenem Kind berücksichtigt werden. Adressat dieser Strafnormen sind die Mediziner, welche die Präimplantationsdiagnostik sowie Pränataldiagnostik durchführen. Diese dürfen bei ihrer Tätigkeit allerdings auch keinen unangemessenen und unvermeidbaren Strafbarkeitsrisiken ausgesetzt sein. Der deutsche Gesetzgeber hat aus diesem Grund die Aufgabe, einerseits das Bedürfnis nach strafrechtlicher Sanktionierung auf einem ethisch sehr sensiblen Gebiet zu regeln, andererseits aber auch Rechtssicherheit für die die Untersuchungen durchführenden Ärzte zu gewährleisten. Es muss dem Arzt ein pflichtgemäßes Verhalten im Rahmen der strafrechtlichen Normen und ohne Gefahr durch unverhältnismäßige Strafbarkeitsrisiken möglich sein.

¹ Nachfolgend werden „Pränataldiagnostik“ auch als „PND“ sowie „Präimplantationsdiagnostik“ auch als „PID“ bezeichnet.

§ 1 Relevanz des Themas und Problemaufriss

Die vorliegende Arbeit behandelt die Präimplantationsdiagnostik und die Pränataldiagnostik aus strafrechtlicher Perspektive. Es soll einerseits eine umfangreiche Würdigung der strafrechtlichen Relevanz dieser Methoden nach dem StGB und den Nebengesetzen erfolgen. Im Mittelpunkt der Ausführungen stehen jedoch auch die rechtlichen Risiken des Arztes, der pränataldiagnostische oder präimplantationsdiagnostische Maßnahmen durchführt. Es wird dabei die Frage untersucht, ob der Mediziner im Rahmen von Präimplantationsdiagnostik und Pränataldiagnostik *de lege lata* unzumutbaren und unverhältnismäßigen Strafbarkeitsrisiken ausgesetzt ist, oder ob die Risiken dem durchschnittlichen Berufsrisiko eines Mediziners entsprechen. Dies wäre dann der Fall, wenn der Arzt durch pflichtgemäßes, zumutbares Verhalten sämtliche Strafbarkeitsrisiken vermeiden kann.

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, neben weiteren im Verlauf der Arbeit darzustellenden Gesichtspunkten, Art. 103 Abs. 2 GG, dessen Bestimmtheitsgebot verfassungsrechtlich gewährleisten soll, dass eine Tat nur dann bestraft werden kann, wenn ihre Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.² Das im Grundgesetz verankerte Analogieverbot, das aus dem Grundsatz „*nulla poena sine lege*“ abgeleitet wird und das in der Zeit des Nationalsozialismus aufgehoben und nach dem Ende des Dritten Reichs wiedereingeführt wurde, ist ein wichtiger Rechtsgrundsatz unseres Strafsystems. Das Analogieverbot findet auch in den Nebenstrafgesetzen Anwendung. Aus diesem Grund sollen vorab die Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an eine Strafnorm im Lichte des Art. 103 Abs. 2 GG erläutert werden. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG enthält Art. 103 Abs. 2 GG korrespondierend zu dem Bestimmtheitsgebot auch ein an die Rechtsprechung gerichtetes Verbot strafbegründender Analogie.³ Damit ist es der Rechtsprechung verwehrt, die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung selbstständig zu bestimmen.⁴ Auch soll jedermann, das heißt im vorliegenden Fall der Arzt, der die Präimplantationsdiagnostik, bzw. Pränataldiagnostik anwendet, voraussehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist.⁵ Damit ergibt sich aus Art. 103 Abs. 2 GG für den Gesetzgeber die Verpflichtung, „die Voraussetzungen der Strafbarkeit so kon-

² BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 105/09, Rn. 68. Es handelt sich hierbei um eine Entscheidung des BVerfG, die sich mit der Frage beschäftigt, ob der Untreuetatbestand des § 266 Abs. 1 StGB mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zu vereinbaren ist.

³ StRspr., vgl. BVerfGE 14, 174 185; 73, 206, 234; 75, 329, 340.

⁴ Vgl. BVerfGE 75, 329, 341 m. w. N.

⁵ Vgl. BVerfGE 75, 329, 341 m. w. N.

kret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen.“⁶ Weiter heißt es, dass das Bestimmtheitsgebot verlange, „den Wortlaut von Strafnormen so zu fassen, dass die Normadressaten im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht.“⁷ Dennoch ist es wegen der gebotenen Allgemeinheit von Strafnormen unvermeidbar, dass es in Einzelfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten unter den gesetzlichen Tatbestand fällt. Die Verfassung schließt daher die Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Begrifflichkeiten und auch die Verwendung von Generalklauseln nicht von vornherein aus.⁸

Es kann jedoch nicht allgemein festgelegt werden, welchen Grad an Bestimmtheit der einzelne Straftatbestand gewährleisten muss⁹, so dass im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung und unter Berücksichtigung möglicher Alternativen entschieden werden muss, ob der Gesetzgeber seinen Verpflichtungen nach Art. 103 Abs. 2 GG entsprochen hat.¹⁰ Bei dieser Überprüfung sind die Besonderheiten des jeweiligen Straftatbestandes sowie die Umstände, die zu der entsprechenden gesetzlichen Regelung geführt haben, maßgeblich.¹¹ Nach Ansicht des BVerfG ist der Gesetzgeber verpflichtet, die Strafbarkeitsvoraussetzungen umso konkreter festzulegen je schwerer die mit der Strafnorm verbundene Strafandrohung ist.¹² Hierbei ist auch der Kreis der Normadressaten des Straftatbestandes,¹³ das heißt im Fall der Präimplantationsdiagnostik und der Pränataldiagnostik, die die Untersuchungen durchführenden Ärzte, zu berücksichtigen. Das BVerfG führt weiter aus, dass es nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG in Grenzfällen ausreichend sein kann, dass zumindest das Risiko einer Bestrafung erkennbar ist.¹⁴ Dies soll den unvermeidlichen Randunschärfen gesetzlicher Formulierungen Rechnung tragen.¹⁵ Es sei dann möglich, dass verfassungsrechtliche Beden-

⁶ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 105/09, Rn. 71, vgl. BVerfGE 75, 329, 340 f.

⁷ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 105/09, Rn. 71, BVerfGE 48, 48, 56 f.; 92, 1, 12.

⁸ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 105/09, Rn. 73, vgl. BVerfGE 48, 48, 56 f.; 92, 1, 12 sowie ferner BVerfGE 75, 329, 341.

⁹ BVerfGE 28, 175, 183.

¹⁰ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 105/09, Rn. 74.

¹¹ Vgl. BVerfGE 28, 175, 183.

¹² Vgl. BVerfGE 75, 329, 342.

¹³ Vgl. BVerfGE 48, 48, 57.

¹⁴ Siehe hierzu BVerfGE 48, 48, 56 f.; 92, 1, 12.

¹⁵ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 23. Juni 2010 – 2 BvR 105/09, Rn. 75.