

Prof. Dr. Gunnar Duttge

# Wider den prinzipienvergessenen Zeitgeist bei der rechtsethischen Beurteilung der Präimplantationsdiagnostik\*

**Gunnar Duttge:** Geschäftsführender Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht und Stellvertretender Direktor des Zentrums für Medizinrecht der Georg-August-Universität Göttingen

## I. Prolog

Träfe es zu, dass im Kampf mit der Vergeblichkeit am Ende als einzige Waffe nur noch der Humor bliebe<sup>1</sup>, so müsste im Folgenden eine Parodie auf den Lebensschutz menschlicher Existenz (in ihrem frühesten Entwicklungsstadium) dargeboten werden. Denn die Kontroverse um eine Freigabe des Gentests an Embryonen in vitro ist bis auf Weiteres durch demokratisch legitimiertes Mehrheitsvotum entschieden<sup>2</sup>, und die weiteren Debatten werden sich absehbar ganz auf die Frage konzentrieren, ob der gesetzlich festgeschriebene Regel-Ausnahme-Charakter zwischen grundsätzlichem Verbot und vermeintlich eng gefasster Freigabe (einerseits Abs. 1, andererseits Abs. 2, 3 des § 3a ESchG) schon von Beginn an oder erst sukzessive, schleichend, verdeckt an den Realitäten und Eigengesetzlichkeiten der humangenetischen Beratung<sup>3</sup> zerschellen wird. Da die Ideengeber dieser Schlussitzung aber mutmaßlich nicht bloß in pragmatischer Absicht die Folgeprobleme, sondern ebenso den medizinrechtlichen und -ethischen Kern des Ganzen in den Blick nehmen wollten, wird dieser kleine Beitrag die generelle, prinzi-

\* Impulsreferat anlässlich der 35. Strafrechtslehrertagung 2013; Generalthema: „Strafrechtliche Regelung der PID – notwendiger Schutz der Menschenwürde oder hypokritische Gesetzgebung?“.

1 So der deutsche Aphoristiker *Peter Rudl*: „Der Humor ist das Florett im Kampf mit der Vergeblichkeit“.

2 Siehe § 3a ESchG i. d. F. des Gesetzes zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik (Präimplantationsdiagnostikgesetz – PräimpG) vom 21. 11. 2011 (BGBl. I 2228).

3 Siehe die Stellungnahme der *Deutschen Gesellschaft für Humangenetik* vom 23. 09. 2010: „Das ratsuchende Paar ist ergebnisoffen zu den verschiedenen Möglichkeiten der Familienplanung und insbesondere auch zum Ablauf, den begrenzten Erfolgchancen und den Risiken der für die PID notwendigen künstlichen Befruchtung aufzuklären, um dann eine informierte Entscheidung treffen zu können“ ([http://www.gfhev.de/de/leitlinien/LL\\_und\\_Stellungnahmen/2010\\_09\\_23\\_PID.pdf](http://www.gfhev.de/de/leitlinien/LL_und_Stellungnahmen/2010_09_23_PID.pdf), Stand aller Internetquellen: 17. 09. 2013).

piengeleitete Skepsis gegenüber der erfolgten Zulassung nicht gänzlich verschweigen. Den insgesamt drei thesenartig formulierten Einwänden zur Grundfrage nach dem „Ob“ (im Anschluss II.) wird sich eine Kritik des organisatorischen und verfahrensrechtlichen Rahmens anschließen, wie er durch die im Februar 2013 verabschiedete (merkwürdigerweise jedoch erst zum 01. 02. 2014 in Kraft tretende<sup>4</sup>) PID-Verordnung<sup>5</sup> nunmehr vorgegeben ist (sodann III.). Von hier aus gilt es im letzten Teil noch einmal die übergreifenden Zusammenhänge in den Blick zu nehmen und im Lichte der „Einheit der Rechtsordnung“ eine Antwort auf die Frage zu suchen, welche Konsequenzen („Kollateralschäden“) sich aus dem neuen Recht für die bisherigen Verbote des ESchG, den regulatorischen Zugriff auf den Schwangerschaftskonflikt und die Gendiagnostik bei Erwachsenen ergeben könnten (abschließend IV.).

## II. Die Schattenseite der „Fortpflanzungsfreiheit“ per PID

Zur Grundfrage haben die Entwurfsverfasser des am Ende dann auch verabschiedeten § 3a ESchG großen Wert auf die Feststellung gelegt, dass mit einer „eng begrenzten“ Zulassung der PID der individuelle Freiheitsanspruch (also die Fortpflanzungsfreiheit) und „der Schutz allgemeiner Rechtsgüter durch den Staat“ – nur verklausuliert ist damit offenbar die Schutzpflicht zugunsten menschlichen Lebens angesprochen – zu einem „gerechten Ausgleich“ gebracht werden solle<sup>6</sup>. Die gesetzliche Regelung sei das Resultat einer „Abwägung zwischen den Ängsten und Nöten der Betroffenen sowie den ethischen Bedenken wegen Nichtimplantation eines [...] Embryos“<sup>7</sup>. Ein absolutes Verbot der PID verstieße hingegen aufgrund seines grundrechtseingreifenden Charakters gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Von einem Indikationenkatalog mit abschließender Auflistung all jener „schwerwiegenden Erbkrankheiten“, deren „hohes Risiko“ zur Vornahme der PID berechtigen soll (§ 3a Abs. 2 Satz 1 ESchG), habe das Gesetz allerdings bewusst abgesehen; vielmehr soll gelten: „Die Entscheidung, in welchen eng definierten Fällen eine PID durchgeführt werden kann, obliegt dem verantwortlichen [...] Arzt und dem Votum der Ethik-Kommission [...]; über jeden Fall wird

<sup>4</sup> Vgl. § 10 PID-VO.

<sup>5</sup> Verordnung zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik (PIDV) vom 21. 02. 2013 (BGBl. I, 323).

<sup>6</sup> BT-Drucks. 17/5451 S. 7.

<sup>7</sup> BT-Drucks. 17/5451 S. 7.

einzelnen entschieden“<sup>8</sup>. Diese Erwägungen und jene weiteren, die im Rahmen der intensiv geführten Debatte des letzten Jahrzehnts von den PID-Befürwortern immer wieder gerne vorgetragen worden sind<sup>9</sup>, werfen eine Reihe von kritischen Rückfragen auf:

1. Wer zwischen Wertbelangen, Rechtsgütern oder wertbezogenen Interessen rational „abwägen“ will, muss zunächst die Wertigkeit der einander gegenüberstehenden Belange transparent und argumentativ plausibel machen. Die im hiesigen Kontext signifikant häufig anzutreffende Strategie, nur die eine Seite – die Fortpflanzungsfreiheit – mit beredten Worten zu illustrieren, die andere Seite hingegen – das menschliche Leben – eher mit Stillschweigen zu bedenken, bringt bloß ein ergebnisgeleitetes Wunschenken zum Ausdruck und decouvriert die Behauptung einer methodengerechten Abwägung als dreiste Lüge. An der sattsam bekannten Statusdebatte<sup>10</sup> ist somit gar nicht vorbeizukommen, weil sich sonst beim besten Willen nicht im Entferntesten erlauben lässt, ob die PID gleichsam „kostenfrei“ oder nur zu einem bestimmten „Preis“ zu haben ist. Gewiss beantwortet sich nun diese Fundamentalfrage nicht durch einen schlichten Verweis auf Naturkausalitäten, hier vor allem auf die Gegebenheiten im Rahmen der Embryonalentwicklung (sog. „Sein-Sollen-Fehlschluss“)<sup>11</sup>. Doch kann der Umstand einer doch unbestreitbar vorliegenden Frühform menschlicher Existenz bei der normativen Zuschreibung einer „Wertigkeit“ nicht einfach ignoriert werden, ohne sich dem Willkürverdacht auszusetzen. Wer also Zäsuren wo auch immer setzen will, ist hierfür stets begründungspflichtig. Dem Leitgedanken der Menschenwürdegarantie wird man dabei aber, ungeachtet aller Unsicherheit über ihr philosophisches Fundament und ihren näheren Bedeutungsgehalt, mit Rücksicht auf den ihr inhärenten Egalitarismus<sup>12</sup> wohl ernstlich kaum bestreitbar entnehmen dürfen, dass lebende Entitäten der menschlichen Species<sup>13</sup> – und zwar unabhängig von ihrer

**8** BT-Drucks. 17/5451 S. 7.

**9** Zum Stand der Debatte vor etwas mehr als zehn bzw. fünf Jahren vgl. statt vieler nur *Duttge*, GA 2002, 241 ff.; *ZRph* 2007, 76 ff., jeweils m. w. N.

**10** Grundlegend die Beiträge in: *Damschen/Schönecker* (Hrsg.), *Der moralische Status menschlicher Embryonen*, 2003. Zum Bedeutungsgehalt des „moralischen Status“ klärend *Düwell*, in: *Joerden/Hilgendorf/Petrillo/Thiele* (Hrsg.), *Menschenwürde und moderne Medizintechnik*, 2011, S. 77, 86: „[...] verstehen wir den Status eines Wesens, dem gegenüber wir direkte Verpflichtungen haben, also Verpflichtungen, die nicht aus Rechtsansprüchen Dritter hergeleitet sind“.

**11** Erhellend *Höffe*, *Medizin ohne Ethik?*, 2002, S. 76 f., wonach dieser Fehlschluss „nicht annähernd so häufig begangen [werde], wie man gern behauptet“.

**12** Siehe etwa *Birnbacher*, in: *Joerden/Hilgendorf/Petrillo/Thiele* (Anm. 10), S. 45 (als „grundlegende Gemeinsamkeit der vielfältigen Verwendungsweisen“).

**13** Ob man auch für nichtmenschliche Lebewesen von „Würde“ sprechen sollte, ist damit noch keineswegs entschieden: Zuletzt dazu eingehend *Odparlik*, in: *Baranzke/Duttge*

lebensweltlichen Befindlichkeit oder Befähigung (man denke etwa auch an Bewusstlose oder Patienten im sog. „persistent vegetative state“<sup>14</sup>) – im Zweifel zu inkludieren, d. h. in den Gewährleistungsgehalt der von ihr konstituierten Menschenrechte einzubeziehen sind<sup>15</sup>.

2. Damit ist noch keineswegs präeterminiert, ob bzw. in welchen Konstellationen aufgrund welcher Gründe menschliches Leben nicht ausnahmsweise doch hintangestellt werden muss. Die Einräumung eines Subjektstatus macht Eingriffe in die prima facie garantierten Entfaltungsfreiheiten (vgl. Art. 1 Abs. 2 GG: „darum“) nicht per se zu Menschenwürdeverletzungen. Ob die Menschenwürdegarantie allerdings eine utilitaristische (d. h. nach Nützlichkeit für fremde Zwecke quantifizierten und daher mit einem relativen, im Modus des „Mehr“ oder „Weniger“ zugemessenen „Wert“ versehenen) Verrechnung von Menschenleben zum Wohle anderer erlaubt, und sei es auch nur in „eng begrenzten“ Ausnahmefällen, ist seit den Debatten um die Rettungsfolter und den Abschuss ziviler Flugzeuge<sup>16</sup> eine offene Frage. Wird dagegen umgekehrt die Menschqualität früher Embryonen in Abrede gestellt, so fragt sich unwillkürlich, um was es sich eigentlich sonst handeln soll: Sind es bloße „Objekte“, denen keine „Würde“, sondern nur ein „Preis“ zuerkannt werden kann<sup>17</sup>, dann lassen sich die Restriktionen des Gesetzes schlechterdings nicht mehr nachvollziehen – wo sonst wäre denn bei Abwendung von Strafe grundsätzlich verboten, Gegenstände des täglichen Lebens nur bei „hohem Risiko“ einer „schwerwiegenden Schädigung“ genauer auf ihre Beschaffenheit zwecks prognostischer Abschätzung ihrer künftigen Funktionalität zu untersuchen, und dies erst nach zustimmendem Votum einer „interdisziplinär zusammengesetzten Ethikkommission“ (§ 3a Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ESchG). Wenn sich allerdings in den Restriktionen des Gesetzes am Ende nichts anderes als der Gedanke ausdrücken sollte, im Zweifel etwas vorsichtiger agieren zu wollen, weil menschliche Embryonen vielleicht doch etwas anderes sein könnten als bloße „Objekte“, dann entpuppt sich die behauptete Irrelevanz der Statusfrage als schöner Schein. Denn diese Redeweise verdeckt in Wahrheit, dass möglicher-

---

(Hrsg.), *Autonomie und Würde. Leitprinzipien in Bioethik und Medizinrecht*, 2013, S. 507 ff. m. w. N.

**14** Dazu statt vieler nur *Jox*, *Fortschritte der Neurologie – Psychiatrie*, 2011, 576 ff. (aus neurologischer Sicht); *Duttge*, *Fortschritte der Neurologie – Psychiatrie*, 2011, 582 ff. (aus rechtlicher Sicht); eingehend die Beiträge in: *Höfling* (Hrsg.), *Das sog. Wachkoma*, 2. Aufl. 2007; *Jox/Kuehlmeier* et al. (Hrsg.), *Vegetative state. A Paradigmatic Problem of Modern Societies*, 2012.

**15** Treffend gegen den Vorwurf des sog. „Speziesismus“: *Düwell* (Anm. 10), S. 77, 88 f.

**16** Erinnerung sei an BVerfG NJW 2006, 751, insbes. 758; ferner überzeugend *Hörnle*, ARSP 2003, 318, 325 ff.

**17** In Anlehnung an *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, in: *Weischedel* (Hrsg.), *Werke*, Bd. 6, 1964, S. 68.

weise eben doch menschliches Leben den (hier: Fortpflanzungs- und eigenen Lebensentfaltungs-)Interessen anderer geopfert wird. Warum dies in Kauf zu nehmen aber erlaubt sein soll, bleibt ebenso ungeklärt wie der Geltungsgrund eines kompensations- und beruhigungshalber angebotenen bloß „objektiven Lebensschutzkonzepts“<sup>18</sup>: Darf menschliches Leben nicht stets auch aus eigenem (subjektiven) Recht und nicht bloß nach Maßgabe gnädiger Rücksichtnahme anderer leben (vgl. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG)? Und was ist ein „objektiver Lebensschutz“ überhaupt noch wert, wenn die betreffende menschliche Entität am Ende dann doch sterben muss? Offenbar ist es nichts, was diesen Namen überhaupt noch verdient!

3. Auffällig und geradezu entlarvend ist, dass sich Gesetzgeber<sup>19</sup> wie Ärzteschaft<sup>20</sup> beharrlich weigern, den Anwendungsbereich der PID durch formellrechtliche Festlegung konkreter Indikationen rechtssicher zu begrenzen. Denn wer es ernst meint mit einer restriktiven Handhabung, um evtl. Ausweitungstendenzen effektiv entgegenzutreten, müsste auf eine solche klare Festlegung geradezu mit Nachdruck dringen, statt ergebnisoffen auf die – als solche im Übrigen ohnehin ganz selbstverständliche – individuelle Bewertung des „Einzelfalls“ zu verweisen<sup>21</sup>. Hierauf zu verzichten und sich mit einem vergleichsweise vagen Beurteilungsmaßstab zu bescheiden wird für gewöhnlich damit begründet, dass eine Positivliste jene, die bereits mit entsprechender erbbedingter Behinderung leben, stigmatisieren würde und im Übrigen der Individualität von Erkrankungen und deren Bewertung zuwiderlaufe<sup>22</sup>. Das erstgenannte Argument offenbart jedoch einen eklatanten Selbstwiderspruch, weil die gezogene Analogie zu behinderten Menschen natürlich die potentielle Menschlichkeit von Embryonen notwendig zur Voraussetzung hat. Im eindeutigen Objektbereich bräuchte sich niemand durch Präferenzentscheidungen diskriminiert fühlen. Ob Behinderte sich tatsächlich so fühlen, ist dabei im Übrigen ganz irrelevant, ebenso wie die

---

**18** In diesem Sinne eingehend *R. Merkel*, Forschungsobjekt Embryo, 2002, S. 142ff., 489ff., 505ff., freilich selbst einräumend, dass diese Kategorie mit dem Grundansatz der eigenen Position eigentlich nicht vereinbar ist (S. 511).

**19** Vgl. BT-Drucks. 17/5451 S. 7.

**20** *Bundesärztekammer*, Memorandum zur Präimplantationsdiagnostik (PID) v. 17. 02. 2011, S. 13: „Eine Krankheitsliste ist abzulehnen“ ([http://www.bundesaeztekammer.de/downloads/PID\\_Memorandum.pdf](http://www.bundesaeztekammer.de/downloads/PID_Memorandum.pdf)).

**21** Wie hier bereits *Schockenhoff*, Fortpflanzungsfreiheit und verantwortete Elternschaft. Zur ethischen Problematik der Präimplantationsdiagnostik, 2003 ([http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_3562-544-1-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_3562-544-1-30.pdf)), S. 19; zu den komplexen rechtstheoretischen Implikationen der sog. „Abwägung aller Umstände des Einzelfalls“ jüngst *Riehm*, Rechtswissenschaft 2013, 1ff.

**22** Siehe etwa die eingehenden Erwägungen des *Deutschen Ethikrates* in seiner Stellungnahme zur Präimplantationsdiagnostik, 2011, S. 92ff.

Frage, ob das jeweilige Paar bei seiner Auswahlentscheidung von einer „behinderterfeindlichen Vorstellung“ motiviert sei (was so gut wie niemals der Fall sein dürfte); entscheidend ist allein die normative Entscheidung der Rechtsgemeinschaft, dass bestimmte Krankheitsdispositionen im Unterschied zu anderen von Rechts wegen erlaubtermaßen zum Anlass für die Untersuchung genommen werden dürfen, und dies mit vorprogrammierten (bagatellisierend als „Verwerfung“ bezeichneten) Folgen.

Dass eine klassifikatorische Festlegung womöglich gar nicht angemessen sein könnte, behauptet das zweitgenannte Argument. In der Tat ist genetischen Variationen selbst bei eindeutiger Krankheitsrelevanz mitunter ein weites Spektrum höchst unterschiedlich starker Ausprägungen im jeweiligen Phänotyp immanent wie bekanntlich etwa bei der Trisomie 21 (sog. „Down-Syndrom“). Da die konkreten Auswirkungen im individuellen Fall jedoch zum Zeitpunkt der ärztlichen Beratung gar nicht voraussehbar sind, wird schon allein dies der Präventionslogik folgend das praktische Anwendungsfeld absehbar erweitern. Wie aus der Praxis der Pränataldiagnostik hinlänglich bekannt<sup>23</sup>, lässt der verständliche Wunsch nach einem gesunden Kind die Toleranzschwelle selbst dort rapide sinken, wo mit dem Schwangerschaftsabbruch ein hochgradig belastender Eingriff droht<sup>24</sup>; eine ehrliche Diskussion würde bedingen, diese gesamtgesellschaftliche Dimension nicht auszublenden. Dazu gehört weiterhin, auch die Perspektiven der modernen Humangenetik zu berücksichtigen: Mit Hilfe des sog. „Next Generation Sequencing“ (NGS)<sup>25</sup> kann schon heute das gesamte menschliche Genom zeitnah und immer kostengünstiger nach bestimmten, sich fortlaufend ausweitenden Krankheitsbildern systematisch untersucht werden (auch wenn das Verstehen der Zusammenhänge natürlich den technischen Möglichkeiten deutlich hinterherhinkt). Es liegt auf der Hand, dass es damit in absehbarer Zukunft auch bei Embryonen unschwer möglich sein wird, das gesamte Feld

---

**23** Zur Empirie eingehend *Nippert*, Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie 2007, 758ff.: „Die Praxis der PND zeigt, dass eine Routinisierung und ständige Ausweitung von PND-Verfahren stattgefunden hat und heute nur eine Minderheit von Schwangeren vor (13 %) und nach PND (18 %) eine qualifizierte Beratung in Anspruch nimmt.“

**24** Siehe statt vieler nur *Riha*, in: *Schumann* (Hrsg.), Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen bei embryopathischem Befund, 2008, S. 41, 57: „eine nicht unerhebliche gesellschaftliche Intoleranz gegenüber krankem und behindertem Nachwuchs [...] („das muss doch heute nicht mehr sein“)“.

**25** Sehr verständlicher Überblick bei *Zibat/Shoukier/Schwaibold*, in: *Duttge/Engel/Zoll* (Hrsg.), Genetische Individualität im Recht, 2012, S. 99ff.; siehe auch die Stellungnahme der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften vom April 2013: „Neue Sequenzierungstechniken: Konsequenzen für die genetische Krankenversorgung“ ([http://www.bbaw.de/startseite\\_da teien/stellungnahme-sequenzierungstechniken](http://www.bbaw.de/startseite_da teien/stellungnahme-sequenzierungstechniken)).

potentieller genetischer Auffälligkeiten abzudecken. Sollten wir dann ernstlich daran glauben, dass Paare bei ihrer Familienplanung auf eine weiterreichende Inanspruchnahme freiwillig verzichten oder Reproduktionsmediziner im Rahmen eines vertrauensvollen Arzt-Patienten-Verhältnisses dahingehende Wünsche zurückweisen, weil es sich nach ärztlicher Einschätzung leider nicht um Risiken für eine „*schwerwiegende* Erbkrankheit“ handle? Ein Blick zu unseren europäischen Nachbarn, die teilweise schon seit Jahren über praktische Erfahrungen verfügen, sollte vor solchen Ammenmärchen eigentlich bewahren: So umfasst etwa die Liste der britischen *Human Fertilisation and Embryology Authority* (HFEA) mittlerweile deutlich mehr als 100 „lizenzierte“ Krankheitsbilder, darunter durchaus auch solche, die als „schwerwiegend“ zu bewerten vermutlich nicht jeder teilen würde, und jedes Zentrum kann beantragen, dass weitere in die Liste aufgenommen werden<sup>26</sup>.

Die Freigabe der PID öffnet somit absehbar den Raum für ein regelhaftes Angebot der Reproduktionsmedizin an alle sonst nicht fortpflanzungsfähigen Paare<sup>27</sup>, sich durch „Zeugung auf Probe“<sup>28</sup> die Hoffnung auf Wunschkinder (d. h. auf solche, die von erblichen Schadensdispositionen soweit irgend möglich frei sind) zu erfüllen. Die Inanspruchnahme dieser neuen Möglichkeit fällt de facto in die Entscheidungsmacht der Nachfragenden; die gesetzliche Fixierung eines hohen Schweregrades ist dagegen ein Etikettenschwindel, was sich übrigens auch dem *Augsburg-Münchner-Entwurf* entnehmen lässt, der auf eine solche Schwelle nämlich wohlweislich verzichtet und sich stattdessen an die medizinisch-soziale Indikation des Abtreibungsrechts anlehnt<sup>29</sup> – als ob zwischen der nicht anders mehr auflösbaren Entscheidung in einer bereits entstandenen individuellen Notlage und der standardmäßigen Zubilligung eines Verfügungsrechts keinerlei Unterschied bestünde<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Vgl. <http://www.hfea.gov.uk/cps/hfea/gen/pgd-screening.htm>.

<sup>27</sup> Dass der Adressatenkreis überschaubar bleiben wird, steht der Annahme eines Regelangebots für alle Bedürftigen nicht entgegen, was das Mehrheitsvotum des *Deutschen Ethikrates* (Anm. 22), S. 103, übersieht. Richtig dagegen *Laufs*, *ZfL* 2010, 128, 130: „am Horizont sich andeutende Massenscreening, bei dem die PID als Methode ihren Ausnahmecharakter verlieren müsste“.

<sup>28</sup> Mit Recht abl. *Maio*, *Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin*, 2012, S. 232ff.

<sup>29</sup> Siehe *Gassner/Kersten/Krüger/Lindner/Rosenau/Schroth* (Hrsg.), *Fortpflanzungsmedizinengesetz*, 2013, S. 3f. (Gesetzesvorschlag) sowie S. 51ff. (Begründung).

<sup>30</sup> Vgl. BGHSt. 55, 206, 215: „Der Senat betont, dass die in § 218 a Abs. 2 StGB normierte ‚medizinisch-soziale‘ Indikation entgegen im Schrifttum gebrauchten Bezeichnungen (...) keine gesetzlichen Legitimierung einer ‚Schwangerschaft auf Probe‘ bedeutet“.

### III. Legitimation durch Verfahren?

Damit sind freilich schon die organisatorischen Rahmenbedingungen in den Blick genommen, so wie sie § 3a Abs. 3 ESchG und die auf dieser Grundlage erlassene Verordnung<sup>31</sup> jetzt vorsehen: Die einzige Institution, die den eigentlich doch intendierten Ausnahmecharakter der PID noch sicherstellen könnte, ist die jeweils zuständige unabhängige Ethikkommission. Die ihr zugeordnete Kontrollfunktion zeigt sich aber bei näherem Hinsehen bereits dadurch geschwächt, dass sie ihr Votum auf der Grundlage eines mit dem Antrag einzureichenden ärztlich-humangenetischen Befundes erstattet, der das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen bereits positiv bescheinigt (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 PID-VO). Verfahrenspsychologisch liegt die Begründungslast somit auf jener Seite, die davon abweichen will, also bei der Ethikkommission; ansonsten hat sie zuzustimmen, denn § 6 Abs. 4 Satz 1 PID-VO sieht in ihrem Votum keine Ermessens-, sondern eine gebundene Entscheidung. Da es für eine zustimmende Bewertung lediglich einer Zweidrittelmehrheit bedarf (§ 6 Abs. 4 Satz 2 PID-VO), können des Weiteren die beiden jeweils vorgesehenen Vertreter aus Recht und Ethik durch die vier Vertreter der Medizin und den Patientenvertreter jederzeit überstimmt werden (zur Besetzung vgl. § 4 Abs. 1 Satz 3 PID-VO) – obgleich die Aufgabe doch eigentlich darin besteht, die Einhaltung der rechtlichen Zulassungsvoraussetzungen nach § 3a Abs. 2 ESchG festzustellen (vgl. § 3a Abs. 3 Nr. 2 ESchG, § 5 Abs. 1 PID-VO).

Noch weit grundsätzlicher stellt sich jedoch die Frage, ob der mittlerweile außerordentlich beliebte Rückgriff auf Ethikkommissionen nicht generell illusorisch ist: Aus der mittlerweile mehrere Jahrzehnte währenden Praxis der Forschungskommissionen<sup>32</sup> wissen wir doch zur Genüge, dass der solchen Gremien zugeordnete Vorzug einer erhöhten Richtigkeitschance aufgrund diskursiven Zusammenwirkens fachlich wie kommunikativ hochkompetenter und williger Sachverständiger in den Niederungen des Kampfes kollidierender Interessen und divergierender Weltanschauungen vergleichsweise selten sichtbar wird. Das ist um so mehr zu erwarten, wenn es wie im hiesigen Kontext an klaren Beurteilungsmaßstäben fehlt (vgl. § 6 Abs. 4 PID-VO: „psychische, soziale und ethische Gesichtspunkte“) und der Umstand, dass überhaupt nochmals eine Ethikkommission angerufen werden muss, von der Ärzteschaft ohnehin als Akt der Bevormun-

<sup>31</sup> Oben Anm. 5.

<sup>32</sup> Vgl. § 15 Abs. 1 MBO-Ä, Nr. 15 der Deklaration von Helsinki (Fassung Seoul 2008), für den Bereich des Arzneimittelrechts: §§ 40–42a AMG, §§ 7, 8 GCP-VO, Art. 3 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie 2001/20/EG.

dung aufgefasst wird<sup>33</sup>. Da nicht eine einzige, also zentrale, sondern eine Mehrzahl von Ethik-Kommissionen in den einzelnen Bundesländern vorgesehen ist (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1, 2 PID-VO), wird sich des Weiteren alsbald das Problem einer uneinheitlichen, wenn nicht sogar widersprüchlichen Spruchpraxis einstellen, das sich auch durch eine verstärkte Kooperation zwischen den einzelnen Ethikkommissionen nur mühsam wird abmildern lassen<sup>34</sup>. Zu befürchten ist zudem ein „Kommissions-Hopping“<sup>35</sup> je nach erworbenem Ruf als strenges oder weniger strenges Entscheidungsgremium, wie das ebenfalls aus dem Bereich der Forschungskommissionen schon bekannt ist, und ein daraus resultierender Druck auf die strenger votierenden Kommissionen, sich doch dem niedrigeren Niveau der anderen anzupassen und – *horribile dictu* – keine „Sonderwege“ zu beschreiten. Wenn man im Ganzen also von einer „Legitimation durch Verfahren“ sprechen will, dann allenfalls im rein funktionalistischen Sinne, ohne jeden Bezug zu einer übergreifenden Vernünftigkeit und Richtigkeit.

## IV. Zu den „Kollateralschäden“ für die Rechtsordnung

Wie schon angedeutet kann die Freigabe der PID innerhalb der Gesamtrechtsordnung kaum folgenlos bleiben; dies gilt insbesondere für benachbarte Sachgestaltungen, soweit diese allgemein den Umgang mit Embryonen oder die Vornahme genetischer Untersuchungen zum Gegenstand haben. Es wäre daher eine arg verkürzte Betrachtungsweise, diese Implikationen gänzlich auszublenden und eine Art von „Insellösung“ zu imaginieren. Dabei drängt sich als erstes natürlich auf, dass die Neuregelung erhebliche Auswirkungen auf die bisherigen Eckpfeiler des Embryonenschutzes zeitigen dürfte. Denn mit dem pränidativen

---

**33** Siehe *Kentenich/Griesinger/Diedrich*, *Gynäkologische Endokrinologie* 2013, 138, 139: „Grundsätzlich ist zu hinterfragen, ob in einer persönlichen Entscheidung, die nur die Patientin, das Paar und das Arzt-Patienten-Verhältnis betrifft [!], [...] eine dritte Person oder Kommission das Recht hat, Entscheidungen zu treffen“.

**34** Dies zeigen die langjährigen Erfahrungen auf dem Gebiet der Forschungskommissionen, die selbst durch aufwendige Bemühungen des „Arbeitskreises Medizinischer Ethikkommissionen“ nur mühsam zu einer einheitlichen Spruchpraxis motiviert werden können. Und dies mit Recht: Sollte eine Ethikkommission denn sehenden Auges eine Spruchpraxis tolerieren, die sie mit ihrem eigenen Selbstverständnis nicht akzeptieren kann? In Bezug auf multizentrische Arzneimittelstudien konzentriert sich die Kontroverse auf die Deutung des „Benehmens“-Erfordernisses im Sinne des § 8 Abs. 5 Satz 1 GCP-VO.

**35** Vgl. *Fritzen*, in: *F.A.Z.* vom 02. 02. 2013.

Gentest bleiben unausweichlich vermehrt Embryonen ohne Entwicklungsperspektive zurück, die – sei es aufgrund eines positiven Befundes oder schlicht wegen ihrer Überzähligkeit – nicht mehr implantiert werden. Zudem müssen jetzt deutlich mehr Embryonen als benötigt „produziert“ werden, um die Erfolgsrate mittels PID zu erhöhen<sup>36</sup>. Das geltende ESchG verbietet jedoch eine von vornherein absehbare Überproduktion und will überzählige Embryonen gerade verhindern (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 5), um sie vor jedweder Zweckentfremdung (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG: „anderer Zweck [...] als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen“), insbesondere zu Forschungszwecken<sup>37</sup> oder zur Gewebetypisierung zugunsten eines schon geborenen Geschwisterkindes (als sog. „Retter-Geschwisterkind“)<sup>38</sup>, zu schützen. Die Forschung mit embryonalen Stammzellen unterliegt in Deutschland bekanntlich hohen Beschränkungen: Sie ist nur dann ausnahmsweise erlaubt, wenn sie keine Embryontötung verursacht (arg. § 2 Abs. 1 ESchG: „missbräuchliche Verwendung“, § 4 Abs. 2 Nr. 1a StZG: „Stichtagsregelung“) und die zu diesem Zweck importierten Stammzelllinien nachweislich (qua Feststellung durch die Zentrale Ethik-Kommission für Stammzellforschung, vgl. §§ 8f. StZG) „hochrangigen Forschungszielen für den wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn im Rahmen der Grundlagenforschung oder für die Erweiterung medizinischer Kenntnisse bei der Entwicklung diagnostischer, präventiver oder therapeutischer Verfahren zur Anwendung bei Menschen dienen“ (§ 5 Nr. 1 StZG). Es liegt auf der Hand, dass der Stammzellforschung mit der Freigabe der PID unverhofft neue Zugriffsmöglichkeiten erwachsen, die sie aus ihrer Abhängigkeit von (u. U. veralteten)<sup>39</sup> Stammzelllinien aus dem Ausland befreien würde. Man darf gespannt sein, wie lange die Politik der schlagenden Logik zugunsten einer Verwendung der „übriggebliebenen“ Embryonen zu Forschungszwecken<sup>40</sup> noch tapfer widersprechen und diese Brandmauer ebenso wie die weiteren ohnehin schon seit längerem angefochtenen lebensschützenden Verbotsregelungen noch aufrechterhalten wird – und wenn das Verbot der fremdnützigen Verwendung

---

**36** Bei strikter Einhaltung der „Dreierregel“ liegt die statistische Schwangerschaftsrate bei ca. 15 bis maximal 30 % (vgl. *Deutscher Ethikrat* [Anm. 22], S. 32f.: durchschnittlich 27 %).

**37** Vgl. BT-Drucks. 11/5460 S. 6, 10.

**38** Wie in Großbritannien, Schweden, Spanien und den USA bereits praktiziert. Dazu näher *Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin*, Präimplantationsdiagnostik II: Spezielle Fragen zur gesetzlichen Regelung und zur HLA-Typisierung, Stellungnahme Nr. 14 (2007); *Robertson*, Ethical issues in new uses of preimplantation genetic diagnosis, *Human Reproduction* 2003, 465ff.; *Rehmann-Sutter*, Embryoselektion zur Gewebespende?, *Ethica* 15 (2007), S. 115ff.

**39** Dies war bekanntlich der tragende Grund für die Verschiebung des „Stichtages“ auf das Jahr 2007.

**40** Paradigmatisch *Schreiber*, in: *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen* (Geilen-Symposium), 2003, S. 157, 167.

dann einst gefallen sein wird, dürfte die Grundmauer des ESchG schließlich so sehr erschüttert sein, dass eigentlich nur noch seine ersatzlose Streichung bleibt<sup>41</sup>.

Zweitens müsste mit der Freigabe der PID nun konsequenterweise im Recht des Schwangerschaftsabbruchs wieder die embryopathische Indikation eingeführt werden (tendenziell bereits § 2a Abs. 1 SchKG), obgleich ihre Streichung 1995 (vgl. § 218 Abs. 2 Nr. 1 StGB a.F.) noch durch die Sorge motiviert war, dem „Missverständnis“ entgegenzutreten, wonach sich die Rechtfertigung aus einer geringeren Achtung des Lebensrechts eines geschädigten Kindes ergäbe. Die Gesetzesmaterialien von damals<sup>42</sup> lesen sich aus heutiger Sicht geradezu treuherzig-naiv, wenn es dort heißt, dass „eine Behinderung niemals zu einer Minderung des Lebensschutzes führen“ könne. Drittens steht eine zielgerichtete Suche nach erbbedingten Schadensanlagen, die nicht durch den „informed consent“ des Betroffenen legitimiert ist, in einem eklatanten Wertungswiderspruch zum Gendiagnostikgesetz<sup>43</sup>, das bekanntlich aufgrund der exzeptionellen Bedeutung genetischer Daten<sup>44</sup> vom Geist der „biogenetischen Selbstbestimmung“<sup>45</sup> geprägt ist (vgl. §§ 8ff. GenDG). Gewiss hat das GenDG die geltende Rechtslage zum Schutz (oder Nichtschutz) des ungeborenen Lebens nicht ändern wollen; aber es hat dort, wo die Lebenssituation der Mutter nicht unmittelbar beeinträchtigt werden kann, nämlich bei sog. „spätmanifestierenden Erkrankungen“, die Durchführung genetischer Untersuchungen untersagt (vgl. § 15 Abs. 2)<sup>46</sup>. Hier ist es also dem Anlagenträger überantwortet, in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts (nach Eintritt in das Volljährigkeitsalter) das Wissen zu erlangen oder von seinem „Recht auf Nichtwissen“ Gebrauch zu machen<sup>47</sup>. Von einer so verstandenen „Liberalität“, die nicht auf einem Auge blind ist, sondern alle

---

**41** Treffend *Bauer*, ZfL 2007, 40, 43 mit Kurzskeizze des naheliegenden „Dominoeffekts“.

**42** BT-Drucks. 13/1850, S. 25f.

**43** Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (GenDG) vom 31. 07. 2009 (BGBl. I 2529).

**44** Zur kontroversen Debatte näher *Damm/König*, MedR 2008, 62ff.; *Duttge*, in: *Hakeri/Rosenau* (Hrsg.), Gendiagnostik und Recht, 2013 (im Erscheinen).

**45** Dazu etwa *Steinmüller*, Genetisches Selbstbestimmungsrecht, 1993; siehe auch *Halász*, Das Recht auf bio-materielle Selbstbestimmung, 2004, insbes. S. 85f.

**46** Hiergegen insbesondere – aber vor allem mit Blick auf Abgrenzungsprobleme – die Stellungnahme der *Deutschen Akademie der Naturforscher Leopoldina*: Prädiktive genetische Diagnostik als Instrument der Krankheitsprävention, 2010, S. 63.

**47** BT-Drucks. 16/12713 S. 30f. – zum „Recht auf Nichtwissen“ grundlegend *Taupitz*, in: Festschrift für *Wiese*, 1998, S. 583ff.; siehe auch *Duttge*, DuD 2010, 34ff.; *Stockter*, in: *Duttge/Engel/Zoll* (Hrsg.), Das Gendiagnostikgesetz im Spannungsfeld von Humangenetik und Recht, 2011, S. 27ff.

Betroffenen in gleicher Weise in den Blick zu nehmen sucht, lässt das neue Recht zur PID nichts mehr erkennen.

Der Ausblick fällt deshalb ernüchternd aus: Was wir erleben, ist der Traum von einer „schönen neuen Welt“<sup>48</sup> – einer Welt, in der es keine Behinderung mehr gibt, weil wir in der Lage sind, vorzusorgen und den „normgerechten Menschen“ schöpferisch zu produzieren<sup>49</sup>. Welche Auswirkungen diese „Entzauberung“ menschlichen Lebens für unser so auf- und abgeklärtes Dasein sonst noch haben wird, lässt sich heute noch nicht absehen. Dass aber der simplifizierende Pragmatismus, der allein auf die angenehmeren Folgen der PID im Vergleich zur später drohenden Abtreibung für die bereits Geborenen blickt, keinen Fortschritt in der Theorieentwicklung ethischer Bewertung darstellt, ist evident. Eine differenziertere ethische Bewertung hätte alle Urteilkriterien einzubeziehen, also nicht etwa nur die erwartbaren Folgen für sämtliche (!) potentiell Betroffenen, sondern auch die angestrebten Ziele und die in den Einzelschritten jeweils gewählten Mittel. Dass die Lebensperspektiven bereits erzeugter Embryonen dabei hinter dem elterlichen Wunsch nach einem gesunden Kind zurücktreten müssen und die sonst so nachdrücklich betonte elterliche Verantwortung sich insoweit verflüchtigt<sup>50</sup>, ist alles andere als selbstverständlich. Eine Rechtspolitik, die sich gegenüber diesen Grundfragen menschlichen Daseins taub stellt, um die Wünsche der glücklicherweise Artikulationsfähigen zu erfüllen, steht im Verdacht, das Leitbild einer „menschengerechten Ordnung“ für alle Mitglieder der menschlichen Gemeinschaft zu verfehlen. Gewiss erscheint es heute wie eine noch weit fernere Utopie, dass die Mehrheit dieses Selbstverständnis einst auch wieder auf menschliche Embryonen beziehen könnte. Mag es deshalb auch wie ein Kampf gegen Windmühlen wirken, so verliert es dennoch nichts von seiner Wahrheit, was schon *Hillgruber* perspektivisch in Aussicht genommen hat: „Der verfassungsrechtlich gebundene [...] Gesetzgeber beweist seine Stärke nicht dadurch, dass er unbeirrt einen einmal eingeschlagenen Weg fortsetzt, obwohl er sich damit immer weiter von einem verfassungsgemäßen Zustand entfernt; er beweist seine Stärke vielmehr dadurch, dass er sich als zur Einsicht und Selbstkorrektur fähig erweist und sich des Schutzes der schwächsten Glieder der Gesellschaft annimmt“<sup>51</sup>. Auch und gerade der Schwache ist „Zweck an sich selbst“ und darf deshalb niemals „bloß zum Mittel eines Stärkeren“ gebraucht werden!<sup>52</sup>

---

48 *Aldous Huxley*, *Brave new world*, 1932.

49 Grundlegende Kritik am „Herstellungsdenken“ der modernen Reproduktionsmedizin: *Maio*, *ZfL* 2012, 34 ff.

50 Zu diesem Aspekt näher *Hillgruber*, *ZfL* 2011, 47, 49 f.

51 *Hillgruber*, *ZfL* 2011, 47, 51.

52 Im hiesigen Kontext wie hier *Höffe* (Anm. 11), S. 96.