

Kapitel 1

Einleitung

Bis Ende der 1970er Jahre war die Zeugung eines Kindes durch einen bereits verstorbenen Mann medizinisch nicht möglich. Aufgrund dieser Tatsache musste auch das Recht keine Lösungen für eine solche Situation bereithalten. Nunmehr hat der medizinische Fortschritt vormalige bestehende Grenzen auch im Bereich der menschlichen Reproduktion aufgehoben. Keimzellen verstorbener Männer können konserviert und noch viele Jahre nach dem Tod des Keimzellenträgers verwendet werden.

Besondere Relevanz erlangt das Thema beim frühen Tod eines Mannes, dessen Partnerin sich ein Kind von diesem gewünscht hat und es sich auch nach seinem Tod noch wünscht. Dass es sich hierbei nicht nur um ein rein theoretisches Konstrukt handelt, sondern tatsächlich Frauen die Zeugung eines Kindes mit dem Keimmaterial ihres verstorbenen Partners anstreben, zeigen die Fälle, die die Gerichte weltweit in der jüngeren Vergangenheit beschäftigt haben¹. Auch die deutsche Justiz war unlängst mit der Frage befasst, ob eine Frau nach dem Tod ihres Partners mit dessen Keimmaterial imprägnierte und zu dessen Lebzeiten eingelagerte Eizellen verwenden darf². Selbst wenn ein solcher Wunsch nach einer postmortalen Befruchtung auf wenige Einzelfälle beschränkt bleiben dürfte, zeigen diese Fälle, dass dieses Thema nicht marginalisiert und vom Recht ignoriert werden kann, sondern dass auch für diese Konstellationen eine tragfähige rechtliche Lösung bereitgestellt werden muss.

¹ Vgl. in den USA: *Hecht vs Superior Court*, California Court of Appeal, Second District, Division 7; *Woodward ex rel. Estate of Woodward v. Commissioner of Social Sec.*, 435 Mass. 536, N.E.2d, 2002 WL 4289 (Mass. 2002); in Australien: *Re Floyd* – Atkinson J., Queensland Supreme Court, [2011] QSC 218, 12 July 2011; *Bazley v Wesley Monash IVF Pty Ltd* – White, J Queensland Supreme Court QSC 118, 21 April 2010; *KJR v. Attorney-General for Queensland* – Byrne, SJA Queensland Supreme Court QSC 325, 2 December 2008; *Baker v. Queensland* [2003] QSC 2 (Unreported, Supreme Court of Queensland, Muir J, 6 January 2003); in England: *R v Human Fertilisation and Embryology Authority ex parte Blood* [1997] 2 All ER 687; in Frankreich, *Tribunal de Grande Instance de Creteil* vom 1. 8. 1984, 4225/84, vgl. VersR 1985, 700 (700); in Spanien: *Audiencia Provincial de A Coruña* (Sección 4ª), Auto núm. 82/2000 de 3 noviembre.

² Vgl. *LG Neubrandenburg*, FamRZ 2010, 686 ff.; *OLG Rostock* MedR 2010, 874 ff.

Angesichts der medizinischen Entwicklung ist der deutsche Gesetzgeber nicht untätig geblieben und hat die postmortale Befruchtung als reproduktionsmedizinische Behandlungsmethode einer gesetzlichen Regelung unterworfen. Gemäß § 4 I Nr. 3 Embryonenschutzgesetz (ESchG) ist die Befruchtung einer Eizelle mit dem Keimmaterial eines verstorbenen Mannes in Deutschland ausnahmslos verboten. Zuwiderhandlungen werden mit einer Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren geahndet³. Diese Regelung, ihre Entstehungsgeschichte, ihre Inhalte sowie durch sie aufgeworfene rechtliche Fragen sollen Gegenstand dieser Arbeit sein.

Das strafrechtliche Verbot allein reicht indes nicht dazu, alle rechtlichen Facetten der postmortalen Befruchtung zu regulieren. Wird das Verbot im In- oder Ausland umgangen, stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen eine solche postmortale Befruchtung nach sich zieht. Von besonderer Wichtigkeit ist hier die Rechtsstellung des Kindes, welche im Rahmen dieser Arbeit ebenfalls näher untersucht werden soll. Vor dem Hintergrund, dass die Reproduktionsmedizin ein internationales Phänomen darstellt und Paaren die Möglichkeit offensteht, angestrebte Behandlungen im Ausland realisieren zu lassen um restriktive Regelungen im deutschen Recht zu umgehen, wird überdies eine ausländische Rechtsordnung – das spanische Recht, das eine ausdrückliche Regelung dieser Materie enthält – im Hinblick auf die postmortale Befruchtung einer genauen Betrachtung unterzogen.

Einleitend bedarf es aufgrund des für Juristen überwiegend unbekannten Hintergrundes einer Einführung in die medizinischen Fachtermini, um das notwendige medizinische Grundverständnis zu schaffen (2. Kapitel). Insbesondere soll zunächst eine Darstellung der Verfahren, die zu einer postmortalen Insemination führen können, erfolgen. Dies erscheint schon deshalb als notwendig, weil die verschiedenen Verfahren der Reproduktionsmedizin gerade im Hinblick auf § 4 I Nr. 3 ESchG unterschiedliches Konfliktpotential aufweisen. So kann es von erheblicher Bedeutung sein, ob allein männliche Spermien konserviert wurden oder ob es sich um eine weibliche Eizelle handelt, in die bereits eine männliche Keimzelle eingedrungen ist.

Das 3. Kapitel widmet sich der Betrachtung des mit der postmortalen Befruchtung in Zusammenhang stehenden deutschen Rechts. Ausgangspunkt ist § 4 I Nr. 3 ESchG, der ein absolutes Verbot der postmortalen Befruchtung beinhaltet und somit die (Un-)Zulässigkeit der Technik als solche grundlegend regelt. Erstes Ziel der Arbeit ist eine Analyse der Schutzrichtung des Verbotes, seiner systematischen Verortung im ESchG und die genaue Bestimmung seiner Tatbestandsmerkmale sowie der inkriminierten Verhaltensweisen (Teil A).

Im nächsten Abschnitt (Teil B) erfolgt eine verfassungsrechtliche Überprüfung des absoluten Verbotes anhand der Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG und des Art. 6 GG. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift erfolgte in den mehr als 20 Jahren seit ihrem Inkrafttreten nur punktuell im Schrift-

³ Die Zeugung eines Kindes mit Eizellen einer verstorbenen Frau kann nur mittels einer Leihmutter realisiert werden. Hierbei handelt es sich um ein nach § 1 I ESchG verbotenes Handeln, welches nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein soll. Die Untersuchungen sind allein auf die posthume Verwendung von männlichen Keimzellen beschränkt.

tum⁴, obgleich das absolute Verbot, wie im Laufe der Arbeit noch aufzuzeigen ist, grundrechtlich geschützte Positionen der potentiellen Eltern tangiert. Diesen Interessen der Eltern könnte das Kindeswohl des posthum gezeugten Kindes als Rechtsgut von Verfassungsrang entgegenstehen, wenn die postmortale Befruchtung Risiken für die gedeihliche Entwicklung des Kindes birgt. Besonderheit der verfassungsrechtlichen Prüfung ist der Umstand, dass ein Beteiligter (der Vater) nicht mehr, ein anderer Beteiligter (das Kind) indes noch nicht lebt. Angestrebt wird eine Bewertung, ob ein absolutes strafrechtliches Verbot der postmortalen Insemination tatsächlich die zulässige und gebotene Lösung des medizinisch-ethischen Dilemmas darstellt.

Unabhängig von dem Ergebnis der Verfassungsmäßigkeitsprüfung muss auch der Frage nachgegangen werden, welche Folgen eine (verbotswidrige) postmortale Befruchtung im deutschen Zivilrecht nach sich zieht, denn weltweit gibt es eine Vielzahl von Ländern, die das Verfahren ausdrücklich legalisiert haben oder es jedenfalls billigen und nicht unter Strafe stellen⁵. Dieser Umstand kann dazu führen, dass gut informierte Paare Vorkehrungen treffen, um eine solche reproduktionsmedizinische Maßnahme gegebenenfalls im Ausland vornehmen lassen zu können. Gelingt dort die Befruchtung nach dem Tod des Mannes, wird ein Kind geboren, dessen gewöhnlicher Aufenthalt in Deutschland liegt und dessen abstammungsrechtlicher Status sich somit nach dem EGBGB und damit auch materiellrechtlich nach deutschem Recht richtet⁶. Die maßgeblichen Normen des Abstammungs-, Erb- und Sozialrechts wurden jedoch überwiegend zu einer Zeit verfasst, als die postmortale Befruchtung noch gänzlich undenkbar war, weshalb eine Überprüfung geboten ist, ob die geltenden Vorschriften in solchen Konstellationen das Wohl und die Rechte des betroffenen Kindes hinreichend berücksichtigen.

Im 4. Kapitel wird das spanische Recht einer umfassenden Analyse unterzogen und es werden die mit der dort gesetzlich vorgesehenen permissiveren Regelung der postmortalen Befruchtung einhergehenden familienrechtlichen und erbrechtlichen Folgeprobleme erörtert. Das spanische Recht bietet sich aus verschiedenen Gründen für einen Vergleich an: Zum einen zeigt es, dass ein absolutes Verbot nicht der einzige gangbare Weg ist und dass auch innerhalb Europas die Bewertung der Zulässigkeit der postmortalen Befruchtung nicht einheitlich erfolgt. Zum anderen teilt der spanische Código Civil die römisch-rechtlichen Wurzeln des BGB, sodass die Ergebnisse einer Analyse der im spanischen Zivilrecht für die postmortale Befruchtung vorgesehenen Rechtsfolgen – die Existenz solcher Regelungen vorausgesetzt – ohne größere systematische Schwierigkeiten auf das deutsche Recht übertragbar sein könnten. Gleichfalls könnten Probleme und Ungenauigkeiten, die sich in der Anwendung des spanischen Rechts gezeigt haben, im Rahmen einer künftigen Modifikation des deutschen Rechts vermieden werden.

⁴ Vgl. dazu *Prehn*, MedR 2011, 559 ff.; *Krüger*, Das Verbot der post-mortem-Befruchtung, S. 8 ff.

⁵ Vgl. Art. 1457 Griechisches ZGB; in Spanien Art. 9 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

⁶ Vgl. Art. 19 I S. 1 EGBGB.

Im anschließenden 5. Kapitel werden unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Prüfung des deutschen und des spanischen Rechts in den Kapiteln 3 und 4 sodann mögliche Alternativregelungen eruiert: dies sowohl hinsichtlich der Regelung der Befruchtung *post mortem* als solcher wie auch – davon unabhängig – hinsichtlich des rechtlichen Status eines posthum gezeugten Kindes. Einer möglichen Alternativregelung der Befruchtung *post mortem* sind die rechtliche Qualifizierung des eingelagerten Keimmaterials und die an ihm bestehenden Rechte nach dem Tode des Keimzellenträgers zu Grunde zu legen, weshalb diese zunächst umfassend erörtert werden. Die daran anschließende Entwicklung eines möglichen alternativen Regelungsansatzes für das deutsche Recht erfolgt unter besonderer Berücksichtigung der spanischen Rechtsordnung, welche eine postmortale Befruchtung in begrenztem Umfang zulässt. Auch im Hinblick auf die sich anschließende Erörterung einer möglichen Anpassung abstammungsrechtlicher und erbrechtlicher Vorschriften zu Gunsten des Kindes, die unabhängig von der Frage der Regelung der postmortalen Befruchtung selbst zu erfolgen hat, wird auf das spanische Recht vergleichend zurückgegriffen, um dort gewonnene Erkenntnisse gegebenenfalls für die künftige deutsche Regelung nutzbar zu machen. Insgesamt bleibt der Gegenstand der Untersuchung auf die Verwendung des Keimmaterials durch die Partnerin des Verstorbenen beschränkt. Die Verwendung von Keimmaterial nach dem Tod des Samenspenders wird nicht untersucht.

Die postmortale Befruchtung im deutschen und
spanischen Recht

Velte, G.

2015, XXIII, 304 S., Softcover

ISBN: 978-3-662-44553-2