

# Die kriminalstrafrechtliche Sanktionierung der Eizellspende – Schutz christlicher Moralvorstellungen im säkularen Staat am Beispiel des ESchG

von Julia Lisa Engelbert\*

## Abstract

Der Beitrag untersucht die Legitimität des in § 1 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 2 ESchG strafrechtlich sanktionierten Verbots der Eizellspende. Ausgehend von der Entscheidung des BayObLG vom 04.11.2020, welche eine 2-PN-Spende als strafbare Eizellspende einordnet, wird dargelegt, welchen Anforderungen eine Strafnorm genügen muss, um als legitim zu gelten und inwiefern diese im vorliegenden Fall durch die Reproduktionsfreiheit beeinflusst werden. Die Rechtfertigungsversuche für das Eizellspendeverbot – Schutz der Spenderin, Schutz des Kindeswohls, Schutz bestimmter Wertvorstellungen – werden dargelegt und anhand der Maßstäbe für legitimes Strafrecht wird erläutert, warum jene diesen Maßstäben nicht genügen. Daraus folgt ein dringender kriminalpolitischer Appell an den Strafgesetzgeber.

The article examines the legitimacy of the legislative decision in § 1 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 2 ESchG to prohibit egg donation by criminal law. Starting from the BayObLG's ruling on 4th November 2020 deeming the donation of cells in the pronucleus stage to be punishable as the criminal offence of an egg donation, the article elaborates on the requirements for a criminal norm to be viewed as legitimate and how they are influenced in this case by reproductive freedom. The attempts to justify the prohibition of egg donation are described – donor protection, child protection and the protection of specific moral values – and why they do not meet the requirements for legitimate criminal law. This leads to an urgent appeal to the legislator for changes in criminal policy.

## I. Aktualität und Einführung in grundsätzliche Fragen

Im Dezember 2020 sorgte das BayObLG mit einer strafrechtlichen Verurteilung wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 1 Nr. 2 Embryonenschutzgesetz (ESchG) für Aufsehen.<sup>1</sup> Gegen Mitglieder des Vereins Netzwerk Embryonenspende wurde in insgesamt 33 Fällen aus den Jahren 2014 und 2015 Anklage erhoben. Nach Freisprüchen in erster<sup>2</sup> und zweiter<sup>3</sup> Instanz gab das BayObLG der Revision der Staatsanwaltschaft statt und ordnete die Tätigkeit der Ärzte in 17 Fällen als Durchführung einer Eizellspende

ein – die im Gegensatz zur Embryonenspende u.a. in § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist. Grund dafür ist, dass den Medizinerinnen nicht nur die Implantation von Blastozysten (Embryonen ca. 5–6 Tage nach der Befruchtung mit bereits mehrfacher Zellteilung), bei denen das BayObLG eine Strafbarkeit ablehnte,<sup>4</sup> nachgewiesen werden konnte, sondern auch von Zellen, die sich noch im sog. 2-PN-Stadium befinden. Zur Erklärung dieser Dichotomie ist ein kurzer Blick auf den biologischen Befruchtungsvorgang zu werfen.

Die Entwicklung des Embryos durchschreitet ab der Imprägnation, dem Eindringen der Samen- in die Eizelle, mehrere Stadien. So bilden sich zunächst zwei Vorkerne (die sog. Pronuclei, daher der Begriff 2-PN-Stadium) aus je einer der Gameten, bei denen es erst nach einigen Stunden zur Konjugation – zur Kernverschmelzung – kommt. Dieser eine Kern bildet die Grundlage für die darauffolgende Zellteilung, die bis zur vollständigen Entwicklung zum überlebensfähigen Fötus im Laufe der Schwangerschaft weiter fortschreitet. Als Embryo i.S.d. ESchG gilt nach der Legaldefinition des § 8 Abs. 1 ESchG eine menschliche Keimzelle ab dem Zeitpunkt der Kernverschmelzung. Dessen Kryokonservierung und Freigabe zur Implantation in eine genetisch fremde Frau – mit Einverständnis der genetischen Eltern, die die nach Abschluss der eigenen Reproduktionsbehandlung verbleibenden Embryonen ‚spenden‘ wollen – stellt eine von den strafrechtlichen Verboten des ESchG nicht erfasste und daher straflose Embryonenspende dar.<sup>5</sup> Nach dem Wortlaut des § 8 Abs. 1 ESchG ist ab dem Zeitpunkt der Kernverschmelzung eindeutig von einer befruchteten Eizelle auszugehen, sodass deren Auftauen unstrittig kein Unternehmen der Befruchtung i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG darstellen kann. Streitig hingegen ist die Rechtslage hinsichtlich der 2-PN-Zelle, die keine ‚bloße‘ Eizelle mehr ist, da es bereits zur Imprägnation und Bildung der Pronuclei gekommen ist; eine Konjugation dieser Vorkerne und damit eine ‚vollständige‘ Befruchtung hat jedoch auch nicht stattgefunden. Ob die 2-PN-Zelle deshalb i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG noch ‚befruchtet‘ werden kann, indem die imprägnierte und kryokonservierte Zelle aufgetaut und der Entwicklungsprozess der Zelle wieder in Gang gesetzt

\* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität zu Köln. Sie erzielte mit ihrem Beitrag den ersten Platz des KriPoZ-Aufsatzwettbewerbs 2022.

<sup>1</sup> BayObLG, Urteil v. 4.11.2020 – 206 St RR 1459/19-1461/19 = MedR 2021, 460.

<sup>2</sup> AG Dillingen a.d. Donau, Ur. v. 20.03.2018 – 306 Cs 202 Js 143548/17.

<sup>3</sup> LG Augsburg, Ur. v. 13.12.2018 – 16 Ns 202 Js 143548/14 = MedR 2019, 483.

<sup>4</sup> BayObLG, Ur. v. 04.11.2020 – 206 St RR 1459/19-1461/19, juris Rn. 67.

<sup>5</sup> Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. (2018), § 1 ESchG Rn. 8.

wird,<sup>6</sup> wurde deshalb selbst nach der Entscheidung des *BayObLG* breit diskutiert. Den Wortlaut<sup>7</sup> und die Systematik<sup>8</sup> beanspruchen beide Positionen als Argumentationshilfen für die jeweils eigene Ansicht. An der Verfassungskonformität der Entscheidung lässt letztlich der Blick auf die betroffenen grundrechtlichen Positionen zweifeln. Der Schutz des Lebens nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG könnte dafür sprechen, die 2-PN-Spende nicht unter das strafrechtliche Verbot des ESchG einzuordnen, um dem potenziellen Leben eine legale Chance zur Entfaltung zu gewähren. Schutz wird jedoch frühestens ab der Befruchtung gewährt,<sup>9</sup> die hier aber gerade Streitgegenstand ist. Die Einbeziehung des Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG verhindert eine tautologische Argumentation. Sachliche Gründe dafür, die Spende von 2-PN-Zellen mit Freiheitsstrafe zu bedrohen, die Embryonenspende jedoch nicht, lassen sich nicht benennen.<sup>10</sup> In beiden Fällen ist der Befruchtungsvorgang durch die Imprägnation bereits in Gang gesetzt und wurde nur zu unterschiedlichen Zeitpunkten unterbrochen. Hinzu kommt das Bestimmungsrecht der Spender über ihre Gameten, die ein legitimes Interesse daran haben, dass auf die überzählige Zelle nicht nur das Schicksal des Verwerfens oder der dauerhaften Kryokonservierung wartet, sondern eine weitere Option in Form der Freigabe zur Adoption.<sup>11</sup> Letztlich besteht der Verdacht, dass das *BayObLG*, konfrontiert mit zwei plausiblen Auslegungsvarianten des „Befruchtens“, bestehende Zweifel an der Eindeutigkeit seines Ergebnisses unterschlagen und somit eine strafrechtliche Norm zu Lasten des Täters interpretiert hat.<sup>12</sup> Teilweise wird dem *BayObLG* nicht nur vorgeworfen, in dubio contra reo entschieden,<sup>13</sup> sondern die Wortlautgrenze überschritten zu haben.<sup>14</sup> Auch die Regierungsparteien formulieren in ihrem Koalitionsvertrag auf S. 116: „Wir stellen klar, dass Embryonenspenden im Vorkernstadium legal sind [...]“<sup>15</sup>; gehen somit also von einer falschen Gesetzesinterpretation durch das *BayObLG* aus.<sup>16</sup>

Das eigentliche Problem, das mit dem Urteil zu Tage tritt, ist jedoch, dass überhaupt eine Auslegungsmöglichkeit besteht, die zur Strafbarkeit von Reproduktionsmedizinern führt. Das *BayObLG* konnte eine Strafe nur verhängen, weil das ESchG die Eizellspende in § 1 Abs. 1 Nr. 1,

Nr. 2 sowie Abs. 2 unter Strafe stellt. Die Trennung zwischen Strafbarkeit und Strafflosigkeit an dem Zeitpunkt der Befruchtung der Eizelle festzumachen, erscheint unter den dargelegten Gesichtspunkten bereits willkürlich. Weitergehend muss nun die Frage gestellt werden, warum die Sphäre des strafbaren Handelns spätestens bei der Imprägnation der Eizelle mit dem Ziel, die Schwangerschaft einer anderen Frau herbeizuführen, erreicht sein soll; m.a.W., ob die Eizellspende überhaupt strafbar sein sollte. Trotz des langjährigen Bestehens des ESchG bedeutet ein kritischer Blick auf die Eizellspende nicht, ein bereits hinreichend diskutiertes Thema erneut auszubreiten,<sup>17</sup> bei dem wegen der festgefahrenen Positionen keine Dynamik zu erwarten ist. Angesichts der Ankündigung großer Veränderungen im Fortpflanzungsrecht mit dem Koalitionsvertrag von November 2021 scheint eine Reform seit Jahrzehnten erstmals in greifbarer Nähe.<sup>18</sup> Diese Realisierungschance für eine Entkriminalisierung sowie die erst kürzlich ergangene Verurteilung auf Grundlage des ESchG, die vor Augen führt, dass Bürgern für die Durchführung einer Eizellspende Freiheitsentzug droht, rechtfertigen einen erneuten Blick auf die Frage, welche Zwecke das Strafrecht im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung verfolgen darf und ob das strafrechtliche Verbot der Eizellspende diese Zwecke erfüllt.

## II. Die Legitimität des Eizellspendeverbots

### 1. Legitimes Strafrecht

Die Legitimität von Strafnormen bestimmt sich nach der Aufgabe des Strafrechts in der jeweiligen Rechtsordnung. Damit ist nicht primär die Frage gemeint, zu welchen Zwecken auf den Täter eingewirkt werden darf, sondern die vorgeordnete Frage, wegen welcher Verhaltensweisen Strafen verhängt werden dürfen, m.a.W., welches Verhalten „strafwürdig“ ist.<sup>19</sup> Während nach einem positivistischen Ansatz all jene Tätigkeiten strafwürdig sein sollen, die der Gesetzgeber durch den Erlass von Strafgesetzen als solche bezeichnet, sind dem Gesetzgeber nach einem kritischeren Ansatz inhaltliche Grenzen gesetzt, deren Überschreiten zu illegitimen Strafnormen führt.<sup>20</sup> Ob

<sup>6</sup> Bejahend das *BayObLG*, Urt. v. 4.11.2020 – 206 St RR 1469/19-1461/19, juris Rn. 31–33.

<sup>7</sup> Pro „Befruchten“: *Gassner/Ruf*, MedR 2021, 429 (431).

<sup>8</sup> Contra „Befruchten“: *BayObLG*, Urt. v. 4.11.2020 – 206 St RR 1469/19-1461/19, juris Rn. 40; *Frister*, JRE 2015, 42 (54); *Taupitz/Hermes*, NJW 2015, 1802 (1805); Pro „Befruchten“: *Dorneck*, medstra 2018, 259 (261); *Dorneck*, Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda, 2018, S. 94 f.; *Kudlich*, NJW 2021, S. 359 (360).

<sup>9</sup> *Kersten*, NVwZ 2018, 1248 (1250) unter Verweis auf BVerfGE 88, 203 (251) in Fn. 15; *Müller-Terpitz*, Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 223 ff.; *Rixen*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. (2021), Art. 2 Rn. 145; a.A. zur Rspr. des BVerfG: *Dreier*, GG, 3. Aufl. (2013), Rn. 82; Schutz erst ab der Nidation: *Dorneck* (Fn. 8), S. 61 f.

<sup>10</sup> *Dorneck*, medstra 2018, 259 (261); *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Aufl. (2020), Rn. 1009; so bereits Landtag Baden-Württemberg, LT-Drs. 10/831, Anlage, S. 48 f.

<sup>11</sup> *Dorneck*, ZfL 2019, 139 (148 f.); *Gassner/Ruf*, MedR 2021, 429 (431); zur psychischen Belastung infolge der Verwerfung vgl. *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 76.

<sup>12</sup> *Frommel*, Gutachten Netzwerk Embryonenspende, 2011, i.d.F. von 2014, S. 2 (abrufbar unter: <https://www.netzwerk-embryonenspende.de/recht/Gutachten-Prof-Dr-Frommel.pdf>, zuletzt abgerufen am 1.9.2022); *Hufen*, JRE 2015, 42 (54); *Kudlich*, NJW 2021, 359 (360).

<sup>13</sup> *Dorneck*, medstra 2018, 259 (263); a.A.: *Taupitz/Hermes*, NJW 2015, 1802 (1807).

<sup>14</sup> *Gaede*, medstra 2019, 252 (254 f.); *Gassner/Ruf*, MedR 2021, 429 (430 f.; 439); *Kudlich*, NJW 2021, 359 (360 f.).

<sup>15</sup> Koalitionsvertrag, 2021, S. 116 (abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800>, zuletzt abgerufen am 1.9.2022).

<sup>16</sup> *Helling-Plahr*, medstra 2022, 137 (138).

<sup>17</sup> Zum umfassenden Schrifttum pars pro toto *Taupitz*, in: Günther/Kaiser/Taupitz, Embryonenschutzgesetz, 2. Aufl. (2014), § 1 Abs. 1 Nr. 1, Vor Rn. 1 m.w.N.

<sup>18</sup> Koalitionsvertrag, S. 116; *Helling-Plahr*, medstra 2022, 137 ff.

<sup>19</sup> *Awart*, Strafwürdiges Versuchen, 1982, S. 24; *Karsten*, Die Strafbarkeit von Fahrlässigkeitsdelikten, 1969, S. 23 u. 26 ff.; *Sax*, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Grundrechte III.2 (1959), S. 923 ff.

<sup>20</sup> *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 342; *Engländer*, ZStW 127, 616 (620 f.) m.w.N.

diese Grenzen bestehen (sollten) und wie genau sie beschaffen sind, ist Gegenstand einer jahrhundertalten Debatte, die mit dem *ius puniendi* begann,<sup>21</sup> über die Rechts-<sup>22</sup> und Rechtsgutsverletzung<sup>23</sup> fortgeführt wurde und heute unter Einfluss des Grundgesetzes andauert. Im Wesentlichen konkurrieren zwei Ansätze miteinander.

Auf der einen Seite sollen nach der (systemkritischen) Rechtsgutslehre nur solche Straftatbestände legitim sein, die schützenswerte Rechtsgüter vor Angriffen bewahren.<sup>24</sup> Auf der anderen Seite wird die Rechtsgutslehre u.a. mit den Vorwürfen der Inhaltsleere<sup>25</sup> und Demokratiefeindlichkeit<sup>26</sup> abgelehnt und ein rein verfassungsrechtlicher Ansatz verfolgt, der den grundrechtsdogmatischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anwendet.<sup>27</sup> Danach kann der Gesetzgeber die Rechte der Bürger durch den Erlass von Strafgesetzen einschränken, wenn er mit der strafrechtlichen Sanktionierung auf geeignete, erforderliche und angemessene Weise einen legitimen Zweck verfolgt. Spätestens seit den Entscheidungen zum Cannabisverbot<sup>28</sup> und Geschwisterinzeß<sup>29</sup> – letztere wird als Ablehnung der Rechtsgutslehre gelesen –<sup>30</sup> wird dem *BVerfG* diese Position zugeschrieben.<sup>31</sup> Inwiefern sich diese Ansätze im Ergebnis unterscheiden, hängt insbesondere davon ab, wie das schützenswerte Rechtsgut und der legitime Zweck definiert werden. Ein vermittelnder Ansatz will die Rechtsgutslehre verfassungsrechtlich implementieren, indem ein Zweck nur dann als legitim anzusehen ist, wenn ein i.S.d. Rechtsgutslehre schützenswertes Rechtsgut geschützt werden soll.<sup>32</sup> In der Grundrechtsdogmatik wird der legitime Zweck traditionell sehr weit verstanden, sodass dem Gesetzgeber nur bei offensichtlich verfassungswidrigen Zwecken ein Einschreiten versagt wird.<sup>33</sup> Bei der kritischen Überprüfung der strafgesetzgeberischen Tätigkeit spricht jedoch einiges dafür, höhere Hürden zu setzen.<sup>34</sup> So wird die Kriminalstrafe wegen ihrer weitreichenden Konsequenzen – Möglichkeit des totalen Freiheitsentzugs sowie das sozialetische Unwerturteil,<sup>35</sup> das mit einer Verurteilung einhergeht, – als besonders schweres Eingriffsmittel des Gesetzgebers angesehen, das nur als *ultima ratio* anzuwenden ist.<sup>36</sup> Dane-

ben könnten sich höhere Anforderungen aus den jeweils spezifisch betroffenen Grundrechten ergeben. In diese greift die Strafnorm auf der Ebene der Verbots- und der Sanktionsnorm ein.<sup>37</sup> Das implizit in der Strafnorm enthaltene Handlungsverbot beschränkt jedenfalls die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG sowie je nach Fall spezifischere Grundrechte.<sup>38</sup> Mit der kriminalstrafrechtlichen Sanktionierung erfolgt ein Eingriff in die Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 GG<sup>39</sup> sowie wegen des sozialetischen Unwerturteils, das mit einer staatlicherseits verhängten Kriminalstrafe einhergeht, in das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>40</sup> Anders als der Eingriff in die Freiheit der Person liegt letzterer mittelbar auch bezüglich der rechtlichen Mutter vor, obwohl ihr § 1 Abs. 3 ESchG Straffreiheit gewährt und nur die Person strafrechtlich verurteilt werden kann, die die Eizellspende durchführt. Indem der Staat für die Eizellspende eine Kriminalstrafe androht, bringt er das sozialetische Unwerturteil der Gesellschaft bezüglich dieses Verhaltens zum Ausdruck. Diese Missbilligung schlägt mittelbar auch auf die Frau durch, die die Eizellspende in Anspruch nehmen will.<sup>41</sup>

## 2. Das Recht auf Reproduktion

Als spezifisches, durch das Verbot betroffenes Grundrecht kommt bei der Eizellspende die Reproduktionsfreiheit in Betracht. Sie umfasst die Entscheidung für und gegen die eigene Fortpflanzung; jedoch nicht als Leistungsrecht, sondern allein in der abwehrrechtlichen Dimension, sodass Schutz gegen Eingriffe in dieses Recht gewährt wird.<sup>42</sup> Dass dazu auch die Freiheit gehört, moderne Reproduktionstechniken in Anspruch zu nehmen und in dieser Entscheidung nicht durch staatliche Verbote gehindert zu werden, ist heute nahezu unumstritten.<sup>43</sup> Ein Verbot der Eizellspende stellt somit einen Eingriff in das Reproduktionsrecht von Eltern dar,<sup>44</sup> die nur mit einer Eizellspende ein Kind bekommen können. Dieses ist für die Mutter zwar genetisch fremd, wird von ihr aber ausgetragen und geboren, sodass es nach § 1591 BGB rechtlich deren Kind ist und zumindest vom Vater auch genetisch abstammen

<sup>21</sup> Klose, ZStW 86, 51 m.w.N.

<sup>22</sup> Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl. (1832), S. 20, § 21.

<sup>23</sup> Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 1872, S. 189; Birnbaum, Archiv des Criminalrechts, N.F. 1834, S. 149 (150).

<sup>24</sup> Roxin/Greco, Strafrecht AT I, 5. Aufl. (2020), § 2 Rn. 7 ff.; Schünemann, ZIS 2016, 654 (662 ff.); Sternberg-Lieben, in: FS Paeffgen, 2015, S. 33 ff.; Zur „mittlerweile kaum noch zu überschauenden Anzahl von Definitionsvorschlägen“ m.w.N. Engländer, ZStW 127, 616 (619 f.); Roxin/Greco, § 2 Rn. 3.

<sup>25</sup> Hassemer/Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB 5. Aufl. (2017), Vor § 1 Rn. 122 ff.; Stuckenberg, GA 2011, 653 (656 f.); a.A.: Schünemann, ZIS 2016, 654 (662 f.).

<sup>26</sup> Appel, S. 388 ff.; Gärditz, JZ 2016, 641 (647 f.); Stuckenberg, GA 2011, 653 (658 f.); a.A.: Schünemann, ZIS 2016, 654 (659).

<sup>27</sup> Appel, S. 390; Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 139 ff.; Stuckenberg, GA 2011, 653 ff.

<sup>28</sup> BVerfGE 90, 145.

<sup>29</sup> BVerfGE 120, 224.

<sup>30</sup> Gärditz, JZ 2016, 641 (643); a.A.: Greco, ZIS 2008, 234 (238); Sternberg-Lieben, in: FS Paeffgen, 2015, S. 31 (37).

<sup>31</sup> Schünemann, ZIS 2016, 654 (660); Vogel, StV 1996, 110 (112 ff.).

<sup>32</sup> Freund, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2020), Vor § 13 Rn. 61 f.; Stächel, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, S. 163 f.; ablehnend: Stuckenberg, GA 2011, 653 (656).

<sup>33</sup> Lagodny, S. 138 ff.; BVerfGE 80, 182 (186); Manssen, Staatsrecht II, 18. Aufl. (2021), Rn. 215.

<sup>34</sup> Greco, ZIS 2008, 234 ff.; Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 40; Sternberg-Lieben, in: FS Paeffgen, 2015, S. 31 (38).

<sup>35</sup> BVerfGE 25, 269 (286).

<sup>36</sup> BVerfGE 6, 389 (433); 39, 1 (47); 88, 203 (258); 90, 145 (172); Schünemann, ZIS 2016, 654 (658 ff.); a.A., ohne die grundsätzliche Eingriffsschwere zu verneinen: Frisch, NSZ 2016, 16 (23 f.); Gärditz, JZ 2016, 641 (644 ff.).

<sup>37</sup> Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, S. 112 ff. m.w.N.; Lagodny, S. 77 ff.

<sup>38</sup> Appel, S. 570; Lagodny, S. 89 ff.; Stächel, S. 107 f.

<sup>39</sup> BVerfGE 90, 145 (172); Lagodny, S. 122 ff.

<sup>40</sup> Appel, S. 574 f.; Lagodny, S. 96 ff.; Stächel, S. 113 f.

<sup>41</sup> Günther, in: Günther/Kaiser/Taupitz, Embryonenschutzgesetz, 2. Aufl. (2014), Rn. B 59, 61, 94.

<sup>42</sup> Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Art. 6 GG Rn. 3 f.

<sup>43</sup> Dorneck (Fn. 8), S. 69 m. Fn. 251 f.; a.A.: Hüppe, ZRP 2015, 126.

<sup>44</sup> Gassner, ZRP 2015, 126.

kann. Uneinigkeit besteht bezüglich der grundgesetzlichen Verankerung in Art. 6 Abs. 1 GG<sup>45</sup> oder dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht<sup>46</sup>. Für eine Herleitung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG spricht neben der Nähe des Fortpflanzungs- zum Sexualakt,<sup>47</sup> der eindeutig durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt wird,<sup>48</sup> vor allem der starke Würdebezug der reproduktiven Selbstbestimmung.<sup>49</sup> Das Reproduktionsrecht ist deshalb als spezielle Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzusehen, dessen Schutzniveau durch Art. 6 Abs. 1 GG allenfalls ergänzt wird.<sup>50</sup> Folgt man nicht dem Konzept einer starren Trennung zwischen Intim-, Privat- und Sozialsphäre hinsichtlich des Schutzniveaus,<sup>51</sup> sondern ordnet man das Reproduktionsrecht auf einer Skala ein, die vom Kernbereich der engsten Intimsphäre bis zum Randbereich der öffentlichen Sozialsphäre reicht,<sup>52</sup> gelangt man aufgrund des starken Würdebezugs der Reproduktion und der großen Bedeutung, die die Fortpflanzung für die eigene Identitätsentwicklung und Gestaltung des persönlichen Lebensweges hat,<sup>53</sup> zu einer Einordnung in den sehr stark geschützten Kernbereich, ohne Unantastbarkeit zu erreichen.<sup>54</sup> Damit geht ein hohes Schutzniveau einher.<sup>55</sup> Somit ergeben sich sowohl aus dem Eizellspende-Verbot, das in die Intimsphäre des allgemeinen Persönlichkeitsrecht der potenziellen Eltern eingreift, als auch aus der strafrechtlichen Sanktionierung in § 1 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 u. Abs. 2 ESchG, die über die Eltern mittelbar ein sozialetisches Unwerturteil fällt und somit in anderer Gestalt in deren allgemeines Persönlichkeitsrecht eingreift, hohe Anforderungen an die Rechtfertigung dieser Eingriffe.

### 3. Rechtfertigungsansätze im konkreten Fall

Gerechtfertigt werden sollen das Eizellspende-Verbot und dessen strafrechtliche Sanktionierung zuvorderst mit dem Schutz der Spenderin und dem Kindeswohl.<sup>56</sup>

#### a) Spenderschutz

Anders als bei einer Samenspende ist für die Entnahme von Eizellen ein medizinischer Eingriff erforderlich. Nach hormoneller Stimulation, die zur Reifung mehrerer Eizellen innerhalb eines Zyklus führt, werden diese operativ

entnommen. Erfolgt dies ohne Einwilligung der Spenderin, liegt bereits eine Körperverletzung vor, sodass das Eizellspende-Verbot zum Schutz der körperlichen Integrität nicht erforderlich ist. Bei der Spende von überzähligen Eizellen fehlt es an einem körperlichen Eingriff, zu dem die Spenderin durch eine Zwangslage gedrängt worden sein könnte. Da das Verbot nicht zwischen der primären Spende und derjenigen überzähliger Eizellen unterscheidet sowie die Entnahme von Eizellen im homologen System gestattet ist, liegt es nahe, den Schutzzweck in einer beiden Fällen gemeinen Lage zu sehen.<sup>57</sup> Hier kommt der Schutz der Spenderin vor den psychischen Belastungen in Betracht, die mit der Freigabe ihrer Eizellen in einer Drucksituation einhergehen, nämlich gegen ihren ‚eigentlichen‘ Willen genetische Mutter von rechtlich fremden Kindern zu werden. Ein Verbot, das sich über die freie Entscheidung der Spenderin hinwegsetzt, ist eine paternalistische Regelung, die mit dem Menschenbild des Grundgesetzes als selbstbestimmt und eigenverantwortlich handelndes Individuum bricht.<sup>58</sup> Der Staat kann jedoch – ähnlich wie bei der Organspende, §§ 8, 17 Transplantationsgesetz (TPG),<sup>59</sup> – sicherstellen, dass die Spenderin ihre Einwilligung nicht infolge einer wirtschaftlichen Notlage gibt, um bspw. eine finanzielle Entschädigung zu erhalten.<sup>60</sup> Mangels positiven Saldos bietet der bloße Nachteilsausgleich keinen finanziellen Anreiz. Er wird bei der Organspende seit langem akzeptiert und verhindert die Kommerzialisierung der Spende.<sup>61</sup> Eine legale Spendemöglichkeit bedeutet somit auch für Frauen in finanzieller Notlage keine Drucksituation, wenn der Gesetzgeber ein altruistisches, auf bloßen Nachteilsausgleich gerichtetes Modell wählt,<sup>62</sup> wie es beispielsweise in Österreich mit § 16 Fortpflanzungsmedizinengesetz (öFMedG) gilt.

Neben wirtschaftlichem ist auch sozialer Druck zur Spende denkbar,<sup>63</sup> für den bislang aber keine Anhaltspunkte bestehen. Außerhalb eines paternalistischen Modells kann den Bürgern zudem durchaus zugestanden werden, einem solchen Druck in Selbstbehauptung zu widerstehen – so, wie der Gesetzgeber es auch für die Organspende angenommen hat. Diese ist in den Fällen des § 3 Abs. 1 S. 2 TPG sogar ausschließlich bei nahestehenden Personen erlaubt, die einem solchen Druck in besonders hohem Maße ausgesetzt sind.

<sup>45</sup> Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Rn. 117; Grziwotz, NZFam 2014, 1065 (1068); Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Art. 6 GG Rn. 2; Reinert, MedR 2021, 444 f.; Reinke, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, S. 194 f.

<sup>46</sup> BGH, NJW 1986, 2043 (2045); Dorneck (Fn. 8), S. 69; Gassner, ZRP 2015, 126.

<sup>47</sup> Hieb, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, 2005, S. 22.

<sup>48</sup> BVerfGE 47, 46 (73).

<sup>49</sup> Gassner, ZRP 2015, 126; Gassner/Kersten/Krüger/Lindner/Rosenau/Schroth, Fortpflanzungsmedizinengesetz, 2013, S. 32; a.A.: Gärditz, ZfL 2014, 42 (50).

<sup>50</sup> Hieb, S. 20 ff.; Schächinger, Menschenwürde und Menschheitswürde, 2014, S. 137 f.; Taupitz, ESchG, § 1 Abs. 1 Rn. 7; Velte, Die postmortale Befruchtung im deutschen und spanischen Recht, 2015, S. 46–50; a.A.: Gärditz, ZfL 2014, 42 (50).

<sup>51</sup> BVerfGE 27, 1 (6); 32, 373 (378f.); 33, 367 (376 f.).

<sup>52</sup> Dreier, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 93.

<sup>53</sup> Dorneck (Fn. 8), S. 69; Gassner et al., (Fn. 49), S. 31 f.; Velte, S. 49 f.

<sup>54</sup> Balz, Heterologe künstliche Samenübertragung beim Menschen, 1980, S. 20; Gassner et al., (Fn. 49), S. 31 f.; Heun, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst, Umwege zum eigenen Kind, 2008, S. 49 (51); Hieb, S. 22 ff.; Klein, Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls, 2019, S. 85; Schächinger, S. 137 f.

<sup>55</sup> Dreier, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 93.

<sup>56</sup> BT-Drs. 22/5460, S. 6 f.; Müller-Terpitz, in: Spickhoff, § 1 ESchG, Rn. 6.

<sup>57</sup> EGMR, Urt. v. 1.4.2010 – Nr. 57813/00, Rn. 78.

<sup>58</sup> Fink, Selbstbestimmung und Selbsttötung, 1992, S. 190; Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1991, S. 114–121; Kersten, NVwZ 2018, 1248 (1253); Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 97 f. u. S. 177 f.; Reinert, MedR 2021, 444 (447 m. Fn. 48); BVerfG, NJW 2011, 2113 (2116 Rn. 55) m.w.N.

<sup>59</sup> Scholz/Middel, in: Spickhoff, § 17 TPG Rn. 1; Taupitz, ESchG, § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 7.

<sup>60</sup> BT-Drs. 14/9020, S. 37; BVerfGE 153, 182 (271) Rn. 235.

<sup>61</sup> König, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, TPG, 2005, Vor § 17 Rn. 6.

<sup>62</sup> Müller-Terpitz, in: Spickhoff, § 1 ESchG Rn. 7.

<sup>63</sup> BT-Drs. 14/9020, S. 37.

Hinzu kommt, dass der aufgedrängte Schutz vor psychischen Belastungen im Widerspruch zur Legalität der Embryonenspende steht. Diese Belastungen müssten, da die Entwicklung zum überlebendigen Fötus aus den eigenen Gameten bereits angestoßen ist, sogar größer sein, sodass mit dem Verbot der Eizellspende eine sachwidrige Differenzierung entgegen Art. 3 Abs. 1 GG vorliegt.

Damit scheidet der Schutz der Spenderin als Motiv für die Strafnorm aus – soweit finanzielle Drucksituationen mit einem altruistischen Modell ausgeschlossen werden.<sup>64</sup>

### b) Kindeswohlgefährdung

Das auch in den Gesetzesmaterialien zentrale Motiv für ein Verbot der Eizellspende bleibt jedoch das Kindeswohl.<sup>65</sup> Befürchtet wird dessen Gefährdung in Gestalt psychischer Probleme und einer gestörten Beziehung zur Mutter, wenn das Kind erfährt, dass es genetisch nicht von der leiblichen Mutter abstammt. Es lägen „keine Erkenntnisse darüber vor, wie junge Menschen [...] seelisch den Umstand verarbeiten vermögen [...]“<sup>66</sup>. Das künftige Leid des Kindes kann nicht gegen seine Nichtexistenz abgewogen werden, deshalb verbietet sich die Anwendung dieses Arguments per se.<sup>67</sup> Selbst, wenn über dieses Paradox hinweggesehen wird, ist die Kindeswohlgefährdung nicht mehr als eine diffuse Befürchtung, eine „raunende[...] Spekulation[...]“<sup>68</sup>, die der Gesetzgeber seit mehreren Jahrzehnten anführt, obwohl sie nicht nur nicht bestätigt, sondern durch empirische Studien sogar widerlegt werden konnte.<sup>69</sup> Es zeigt sich wiederholt, dass für das psychische Wohlergehen des Kindes eine stabile, vertrauensvolle Eltern-Kind-Beziehung maßgeblich ist,<sup>70</sup> unabhängig vom Grad der genetischen Verwandtschaft.<sup>71</sup> Da es sich bei Kindern infolge von Eizellspenden um Wunschkinder handelt, ist die Prognose für eine gesunde Beziehung oftmals sogar besser.<sup>72</sup> Grundsätzlich ist dem Gesetzgeber ein großer Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Einschätzung von Gefahren und der Wahl der Mittel zu ihrer Bekämpfung zuzugestehen.<sup>73</sup> Sorgen angesichts der neuen Reproduktionsmethoden mussten aber bereits im Jahre 1990 in der Realität wurzeln und nicht vollkommen spekulativ sein.<sup>74</sup>

Darüber hinaus liegt eine sachwidrige Ungleichbehandlung zur zulässigen Samenspende nahe.<sup>75</sup> Der Beziehung zur Mutter soll eine höhere Bedeutung zukommen, weswegen eine gespaltene Mutterschaft stärker das Kindeswohl beeinträchtigt als eine gespaltene Vaterschaft.<sup>76</sup> Diese Zuschreibung weist eine verdächtige Nähe zu solchen Rechtfertigungen für Ungleichbehandlungen auf, die das *BVerfG* zu Recht als nicht in den natürlichen Unterschieden der Geschlechter begründet angesehen hat, sondern die infolge von Stereotypen zugeschrieben werden.<sup>77</sup> Daneben tritt die Argumentation mit der ‚Natürlichkeit‘ der Einheit von genetischer und biologischer Mutterschaft, der zufolge eine Aufspaltung zwischen Weitergabe des genetischen Materials und Austragen des Kindes während der Schwangerschaft erstmals durch die Eizellspende (und Leihmutterschaft) ermöglicht wird und nicht auf ‚natürliche Weise‘ vorkommt.<sup>78</sup> Bei der Samenspende hingegen kommt es allein zu einer Aufteilung von genetischer und rechtlicher Vaterschaft, die infolge wechselnder Partnerschaft oder der Adoption bereits erprobt ist, sodass mit deren Legalisierung keine ‚unnatürliche‘ Eltern-Kind-Beziehung geschaffen wird.<sup>79</sup> Solchen Natürlichkeitsargumenten ist im Medizinrecht mit Vorsicht zu begegnen.<sup>80</sup> Insbesondere die katholische Kirche verweist regelmäßig auf die Unnatürlichkeit eines Verfahrens, um dessen Moralwidrigkeit zu belegen. Unnatürlichkeit wird dann mit Sündhaftigkeit gleichgesetzt, da der Mensch gegen die von Gott geschaffene Ordnung verstößt und sich dessen Position anmaßt, wie es bei der Ablehnung der In-Vitro-Fertilisation deutlich wird.<sup>81</sup> Dann kann aber kaum ein noch als natürlich zu bezeichnendes medizinisches Verfahren gefunden werden, von der Gabe von Schmerzmitteln über Krebstherapien bis hin zu Organtransplantationen.<sup>82</sup> Eine konsequente Argumentation ist letztlich nur möglich, wenn die Trennung zwischen ‚natürlich‘ und ‚künstlich‘ selbst als eine künstliche erkannt wird und der Verweis auf die angebliche Unnatürlichkeit einer Tätigkeit alleine nicht für die Rechtfertigung eines Verbots ausreicht.

### c) Schutz gesellschaftlicher Moralvorstellungen

An dieser Stelle sind erneut die Maßstäbe für eine legitime strafrechtliche Sanktionierung in den Blick zu nehmen, und ob das Eizellspendeverbot des ESchG diesen genügt.

<sup>64</sup> a.A.: Hüppe, ZRP 2015, 126.

<sup>65</sup> BT-Drs. 11/5460, S. 7; BT-Drs. 14/9020, S. 35 ff.; vor Erlass des ESchG bereits Lanz-Zumstein, in: Lanz-Zumstein, Embryonenschutz und Befruchtungstechnik, 1986, S. 93, 110.

<sup>66</sup> BT-Drs. 11/5460, S. 7.

<sup>67</sup> Gutmann, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45 (57); Hieb, S. 188 f.; Müller-Terpitz, in: Frister/Olzen, Reproduktionsmedizin – Rechtliche Fragestellungen, 2010, S. 20; Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizinrecht, 2020, S. 342 f.; Seibert, in: Lanz-Zumstein, S. 62, 66–69; a.A.: Kersten, NVwZ 2018, 1248 (1250); Taupitz, ESchG, § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 8.

<sup>68</sup> Gutmann, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, S. 45 (54 Fn. 41).

<sup>69</sup> Blake et al., Reproductive Biomedicine Online 2012, 678 (680 f.); Golombok et al., Developmental Psychology 2017, Vol. 53 (10), S. 1966 f.; siehe zu den einzelnen Phasen der Studie (Ergebnisse nach 1, 2, 3, 7, 10 und 14 Jahren seit Geburt) die Auflistung der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages, WD 9 – 3000 – 039/18, S. 16 f.; ähnliche Diskussion in Österreich, vgl. Spranger, Recht und Bioethik, 2010, S. 351 f. m.w.N.

<sup>70</sup> BVerfGE 96, 375 (402 f.).

<sup>71</sup> Leopoldina, S. 70.

<sup>72</sup> Höffe, Kritik der Freiheit, 2015, S. 79 f.; Reinert, MedR 2021, 444 (450).

<sup>73</sup> BVerfGE 109, 279 (336); 152, 68 (130 f.); zuletzt BVerfG, NJW 2022, 139 Rn. 171 u. 185.

<sup>74</sup> Reinke, S. 156–160.; Rüttsche/Wildhaber, AJP/PJA 2010, 803 (807).

<sup>75</sup> Heun, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst, S. 49 (61); Khosravi, Die Strafbarkeit nach dem Embryonenschutzgesetz und Stammzellgesetz, 2017, S. 35; Müller-Terpitz, ZRP 2016, 51 (53).

<sup>76</sup> Ablehnend Reitter, S. 357 ff.

<sup>77</sup> BVerfGE 57, 335 (344); 84, 9 (18); 85, 191 (207 ff.); Heun, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst, S. 49 (61).

<sup>78</sup> Keller, in: FS Tröndle, 1989, S. 705 (720).

<sup>79</sup> Günther, ESchG, Rn. B 90; Landtag Baden-Württemberg, LT-Drs. 10/831, Anlage, S. 51.

<sup>80</sup> Reinke, S. 196 f.; Rostalski, Das Natürlichkeitsargument bei biotechnologischen Maßnahmen, 2019, S. 45 ff.

<sup>81</sup> Kongregation für die Glaubenslehre, Instruktion Donum Vitae, 5. Aufl. (2000), S. 23.

<sup>82</sup> Reinke, S. 197; Spranger, S. 352.

Hier wird nun die Frage relevant, was ein schützenswertes Rechtsgut bzw. ein legitimer Zweck sein kann. Die Betrachtung der Gesetzesbegründung hat gezeigt, dass weder die Gesundheit der Spenderinnen noch das Kindeswohl als Rechtfertigungsgründe in Betracht kommen. Die Spenderinnen sind schlicht nicht schutzbedürftig; der Prognose für ein erhöhtes Risiko an Kindeswohlgefährdungen fehlt es an Evidenz. Hält der Gesetzgeber weiterhin an Ängsten fest, die dem Stand der Wissenschaft widersprechen bzw. für die es keine tatsächlichen Indizien gibt, überschreitet er den ihm grundsätzlich zustehenden Prognose- und Beurteilungsspielraum und verletzt die ihn treffende Nachbesserungspflicht.<sup>83</sup> Zu diesen Ängsten hinzu tritt die Vorstellung einer ‚natürlichen‘ Mutterschaft, die als schützenswert angesehen wird, ohne dass dafür ein Grund genannt werden könnte, der über Tradition und Religion hinausgeht.<sup>84</sup> Dieses Festhalten verdeutlicht, dass es bei dem Eizellspende-Verbot tatsächlich nicht um evidenzbasierten (Rechtsgüter-)Schutz geht, sondern dass bestimmte Wertvorstellungen bewahrt werden sollen, die jedenfalls bei Erlass des ESchG im Jahre 1990 vorherrschten. Die wesentliche Frage im Hinblick auf die Eizellspende ist somit, ob allein moralische Wertvorstellungen ein strafrechtliches Verbot rechtfertigen können,<sup>85</sup> ob sie ein schützenswertes Rechtsgut darstellen oder einen legitimen Zweck i.S.d. Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes begründen.

#### 4. Grenzen des legitimen Strafrechts im konkreten Fall

Dies ist mit der Rechtsgutslehre zu bejahen, sofern ein stärker gesellschaftsbezogener Ansatz vertreten wird, wie er sich bei *Amelung* findet.<sup>86</sup> Ähnliche Leitgedanken entwickelt *Jakobs*, der nicht auf den Rechtsgüterschutz, sondern die Normgeltung abstellt.<sup>87</sup> Danach sind auch Vorstellungen und Prinzipien schützenswert, die die Gesellschaft für ihren Fortbestand als konstitutiv und für ein friedliches Zusammenleben als unabdingbar betrachtet. Die personale Rechtsgutslehre hingegen betont, dass ein Individuum substantiell in solchen Rechtsgütern betroffen sein muss, die ihm persönlich zugeordnet sind und seine Freiheitsausübung beeinträchtigen.<sup>88</sup> Strafbarkeitserweiterungen durch gesellschaftsbezogene „Scheinrechtsgüter“ werden abgelehnt.<sup>89</sup> Da bei der (altruistischen) Eizellspende weder das Wohl des Kindes noch der Spenderin

beeinträchtigt werden, sondern allein eine bestimmte Vorstellung bezüglich der Merkmale einer ‚natürlichen‘ Mutterschaft, fehlt es bei der Eizellspende an einer solchen personalen, substantiellen Rechtsgutsverletzung. Aus dem verstärkt gesellschaftsbezogenen Ansatz heraus ließe sich hingegen ähnlich wie auch beim strafrechtlichen Verbot der Tierquälerei oder § 130 Abs. 4 StGB argumentieren,<sup>90</sup> dass bestimmte Verhaltensweisen – unabhängig von ihrem Übergreifen in die personale Freiheitssphäre Dritter – das friedliche Zusammenleben in einer Gesellschaft stören und deshalb auch strafrechtlich sanktioniert werden können.<sup>91</sup> *Jakobs* greift hier *Durkheims* Konzept des „Minimum[s] an Ähnlichkeiten“<sup>92</sup> auf, das die Voraussetzung für ein gesellschaftliches Miteinander bilden soll.<sup>93</sup> Auch nach der personalen Rechtsgutslehre sind gesellschaftsbezogene Güter nicht per se schutzwürdig.<sup>94</sup> Es ist aber eine Rückbeziehung auf schützenswerte Individualinteressen erforderlich.<sup>95</sup> Eine zunehmende Zahl an Fällen ‚unnatürlicher‘ Mutterschaft würde nicht zu einer solchen Erosion des gesellschaftlichen Zusammenhalts führen, dass ein friedliches Zusammenleben nicht mehr möglich wäre und der Einzelne um sein persönliches Wohl fürchten müsste; niemand würde an seiner personalen Entfaltung gehindert.<sup>96</sup> Der gesellschaftsbezogene Ansatz droht zudem die mühsam erkämpfte Trennung<sup>97</sup> von Recht und Moral wieder aufzuheben und birgt die Gefahr, Wertvorstellungen von Minderheiten mit der ultima ratio des Strafrechts zu unterdrücken.<sup>98</sup> Hier besteht eine Ergebnissnähe zu dem rein verfassungsrechtlichen Ansatz, der Pönalisierungen dann als legitimiert betrachtet, wenn sie auf einer demokratischen Mehrheitsentscheidung beruhen.<sup>99</sup> Im Fall der Eizellspende spricht einiges dafür, dass allein die demokratische Mehrheit für das ESchG im Jahr 1990 das strafrechtliche Verbot nicht rechtfertigen kann. Mit dem Schutz moralischer Wertvorstellungen liegt nämlich ein Verstoß gegen die staatliche Neutralitätspflicht nahe.<sup>100</sup> Nach der Konzeption *Husters* muss sich der Staat religiös/weltanschaulich fundierter Begründungen vollkommen enthalten.<sup>101</sup> Eingriffe sind nur mit Begründungen möglich, die von allen gesellschaftlichen Gruppen anerkannt werden können, weil sie sich beispielsweise auf wissenschaftliche Erkenntnisse stützen.<sup>102</sup> Eine Begründung, die sich darauf beschränkt, auf die Geltung von Prinzipien eines ethischen Liberalismus oder einer religiösen Moraltheologie zu verweisen, genügt dem nicht, da

<sup>83</sup> BVerfGE 143, 216 (245) Rn. 71; 132, 334 (358) Rn. 67 m.w.N. zur st. Rspr.; 110, 141, 158; zuletzt *BVerfG*, NJW 2022, 139 Rn. 186; *Gutmann*, in: *Arnold/Bernat/Kopetzki*, S. 54; *Kersten*, NVwZ 2018, 1248 (1251); *Klein*, S. 222; *Sarafi*, Das Rechtsgut als legitimer Zweck bei der Kriminalisierung im Rechtsstaat und die staatliche Pflicht einer Entkriminalisierung, 2019, S. 83 f.

<sup>84</sup> *EKD*, Zur Achtung vor dem Leben, 1987, S. 5; *Keller*, in: FS Tröndle, 1989, S. 705 (720); *Kongregation für die Glaubenslehre*, S. 12 u. 26; *Taupitz*, ESchG, § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 7.

<sup>85</sup> Zweifelnd: *EGMR*, NJW 2012, 207 (211) Rn. 100; laut *Greco*, ZIS 2008, 234 (235) schreibt das *BVerfG* seit BVerfGE 120, 224 dem Strafrecht diese Aufgabe zu.

<sup>86</sup> *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 394.

<sup>87</sup> *Jakobs*, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012, S. 20 ff.

<sup>88</sup> *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S. 231 ff.; *Roxin*, GA 2013, 433 (435); i.E. ähnlich dem Mill'schen

Schadensprinzip, vgl. *Mill*, On Liberty, 2012, S. 21 f.; dazu *Hoers-ter*, ZStW 82, 538 (544 ff.); *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 123 ff.

<sup>89</sup> *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 10 f.

<sup>90</sup> *Jakobs*, S. 29 ff.

<sup>91</sup> *Jakobs*, S. 23 ff. u. 27.

<sup>92</sup> *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung, 2. Aufl. (1988), S. 157.

<sup>93</sup> *Jakobs*, S. 34; vgl. *Kongregation für die Glaubenslehre*, S. 25–27 u. insb. S. 37 als Beispiel für eine solche Annahme.

<sup>94</sup> *Sternberg-Lieben*, in: FS Paeffgen, 2015, S. 31 (33 f.).

<sup>95</sup> *Hassemer*, S. 233.

<sup>96</sup> Ähnlich zu § 177 StGB a.F., § 173 Abs. 2 StGB: *Roxin*, GA 2013, 433 (437 f.).

<sup>97</sup> *Hart*, Recht und Moral, 1971, S. 20 f. u. 46 ff.

<sup>98</sup> BVerfGE 153, 182 (271) Rn. 234; *Greco*, ZIS 2008, 234 (237); *Hörnle*, S. 82; *Roxin*, GA 2013, 433 (446).

<sup>99</sup> *Gärditz*, JZ 2016, 641 (649); *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (658).

<sup>100</sup> *Sternberg-Lieben*, FS Paeffgen, 2015, S. 31 (41).

<sup>101</sup> *Huster*, ZPhF 55, 258 (271 ff.).

<sup>102</sup> *Huster*, ZPhF 55, 258 (271 ff.).

diese für Anhänger anderer Weltanschauungen als Okzroyieren einer für sie nicht tragbaren Weltanschauung empfunden werden.<sup>103</sup> Wie gesehen, kann das Verbot der Eizellspende nur mit einem diffusen Gemenge aus Wertvorstellungen und theologisch instrumentalisierten Natürlichkeitsargumenten begründet werden, aber nicht mit einer wissenschaftlich fundierten Prognose für Kindeswohlgefährdungen. Mangels einer weltanschaulich neutralen Begründung muss dieser staatliche Eingriff konsequenterweise unterbleiben.

Hinzu tritt der bereits oben dargelegte schwere Eingriff in die Intimsphäre der Betroffenen. In diesem Kernbereich der Intimsphäre, in dem es um höchstpersönliche Entscheidungen der Sexualität und Fortpflanzung geht, sollte der Gesetzgeber auf eine Verurteilung einer bestimmten Lebensweise grundsätzlich verzichten.<sup>104</sup> Das gilt natürlich nur, soweit keine personalen Rechtsgüter Dritter in substantieller Weise betroffen sind, wie bei der Eizellspende – und z.B. nicht bei einem für die persönliche Lebensführung als essentiell empfundenen Verlangen, Dritte körperlich zu verletzen.<sup>105</sup> Der bereits in anderen Teilaspekten vollständig vollzogene Wertewandel bei Entscheidungen der höchstpersönlichen Lebensführung – sei es die homosexuelle Partnerschaft, das Aufziehen unehelicher Kinder oder die Samenspende, für die lange Zeit ein strafrechtliches Verbot gefordert wurde<sup>106</sup> – verdeutlicht,<sup>107</sup> dass mit dem Instrument des Strafrechts in diesem Intimbereich, der innerhalb weniger Jahrzehnte Veränderungen der gesellschaftlichen Wertvorstellungen unterworfen ist, besonders zurückhaltend agiert werden sollte. Die im ESchG verwirklichte Entscheidung, Moralvorstellungen einer gesellschaftlichen Gruppe mit dem Instrument des Strafrechts Verbindlichkeit zu verleihen, verstößt mithin gegen die staatliche Neutralitätspflicht, stellt einen un gerechtfertigten Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der betroffenen Wunscheitern dar und sanktioniert ein nicht strafwürdiges Verhalten.

### III. Fazit

Die Frage, ob und wie die Straftatbestände des ESchG zu reformieren sind, ist aktueller denn je. Dass das *BayObLG* Ärzte verurteilte, die nicht unzweifelhaft eine explizit verbotene Eizellspende vornahmen, sondern das Verfahren der an sich straflosen Embryonenspende minimal variierten, verdeutlicht die schweren Konsequenzen der §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 2 ESchG. Infolge der Rechtsprechung des *BayObLG* werden Verhaltensweisen strafrechtlich verurteilt, deren Strafwürdigkeit mehr als zweifelhaft ist – allen voran das zugrundeliegende Eizellspendeverbot.

Ein Verbot der Eizellspende, das strafrechtlich sanktioniert wird, lässt sich mit keiner der in der Diskussion genannten Gründe rechtfertigen. Dies gilt sowohl für den

Fall, dass der Maßstab der personalen Rechtsgutslehre angewandt wird, als auch für eine verfassungsrechtliche Überprüfung unter Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Unter Berücksichtigung der besonderen Schwere der kriminalstrafrechtlichen Sanktion und dem Eindringen in den höchstpersönlichen Bereich der privaten Lebensführung ist dieses zu modifizieren, sodass besonders hohe Anforderungen an eine verfassungskonforme strafrechtliche Sanktionierung zu stellen sind. Diesen kann keiner der für das Verbot diskutierten Gründe genügen. Unter dem Schutz der Eizellspenderin lässt sich – wenn nicht von einem unzulässigen paternalistischen Ansatz ausgegangen wird – nur die Gewährleistung ihrer Selbstbestimmungsfreiheit verstehen. Hierfür ist ein absolutes Verbot aber nicht erforderlich. Eine Entscheidung ohne unzulässigen Druck ist – in Anlehnung an die Regelungen des TPG und § 16 öFMedG – auch in einem altruistischen Modell sichergestellt. Die insbesondere in den Gesetzesmaterialien befürchteten Kindeswohlgefährdungen entbehren nach der aktuellen Studien- und Forschungslage noch stärker jeder Grundlage als bereits 1990. Die Sorge um negative Auswirkungen auf die Entwicklung der betroffenen Kinder muss als Ablehnung abweichender Lebensentwürfe und als Festhalten an religiös motivierten Natürlichkeitsvorstellungen gelesen werden, nicht als faktenbasierte Risikoprognose. Als Grundlage für ein Verbot der Eizellspende verbleiben allein moralische Wertvorstellungen. Dass diese ein (unbenanntes) Motiv des Gesetzgebers bei Erlass des ESchG im Jahre 1990 darstellten, liegt angesichts des Inhalts der Stellungnahmen verschiedener kirchlicher Vertreter und der vorangegangenen Diskussionen sowie der Formulierungen in den Gesetzgebungsmaterialien nahe. Solche Wertvorstellungen dürfen jedoch, selbst bei starker Verbreitung in der Bevölkerung, nicht als einziger Grund für eine strafrechtliche Sanktionierung herangezogen werden. Ausgehend von einem weltanschaulich-religiös neutral konzipierten Staat ist der Gesetzgeber vielmehr gehalten, eine neutrale Begründung für Verbote zu finden, sodass diese nicht auf religiösen oder moralischen Grundvorstellungen aufbauen muss. Das gelingt im Falle der Eizellspende nicht.

Das strafrechtliche Verbot der Eizellspende ist folglich als illegitim anzusehen,<sup>108</sup> was den dringenden Reformbedarf im Fortpflanzungsrecht verdeutlicht. Die Umsetzung der angekündigten Modernisierungen bedeutet für die Koalition aus SPD, Grünen und FDP somit eine große Chance, dem Ideal einer liberalen und pluralistischen Gesellschaft unter Berücksichtigung der grundgesetzlichen Anforderungen an eine religiös und weltanschaulich neutrale Gesetzgebung zu entsprechen, indem das Strafrecht mit der Legalisierung der Eizellspende eine weitere Entmoralisierung erfährt.

<sup>103</sup> Huster, ZPhF 55, 258 (265 ff. u. 274).

<sup>104</sup> Greco, ZIS 2008, 234 (237 f.); Roxin/Greco, § 2 Rn. 17a u. 19a.

<sup>105</sup> Dorneck (Fn. 8), S. 70 f.

<sup>106</sup> Jofe, Regulierung der Reproduktionsmedizin, 2014, S. 65 m. Fn. 101; Keller, in: FS Tröndle, 1989, S. 705 (712).

<sup>107</sup> Bernat, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, S. 9 (37); Keller, in: FS Tröndle, S. 705 (719).

<sup>108</sup> So u.a. schon Gassner, ZRP 2015, 126; Müller-Terpitz, ZRP 2016, 51 (54); Reinke, S. 114; Reitter, S. 363.