

Oberlandesgericht Rostock

7 U 67/09

2 O 111/09 LG NB

Verkündet am:

07.05.2010

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

I. S.

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältin

g e g e n

D. Klinikum D. B. GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführerin

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt

hat der 7. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Rostock
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19.04.2010

für **R e c h t** erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Neubrandenburg vom 12.08.2009 (2 O 111/09) abgeändert und die Beklagte verurteilt, die neun unter dem Namen der Klägerin und ihres verstorbenen Ehemannes S. S. eingelagerten befruchteten kryokonservierten Eizellen an die Klägerin herauszugeben.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung hinsichtlich der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Herausgabe von neun unter ihrem Namen und dem ihres verstorbenen Ehemanns eingelagerten befruchteten kryokonservierten Eizellen.

Wegen des Sachverhalts wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen. Gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO ist zu ergänzen, dass die Klägerin bereits seit 2002 wegen ihres Kinderwunsches bei der Beklagten in Behandlung war. Sehlichster Wunsch ihres verstorbenen Ehemannes war die Herbeiführung einer Schwangerschaft bei der Klägerin mit einem von ihm gezeugten Embryo. Der Ehemann der Klägerin war noch am Leben, als die Eizellen imprägniert worden sind. Dem Schreiben der Beklagten vom

26.11.2008, mit dem sie die Herausgabe der Eizellen verweigerte, ging ein Schriftwechsel der Parteien voraus. Die Beklagte ließ durch die Ärztekammer Mecklenburg-Vorpommern eine gutachterliche Einschätzung vornehmen, die als Anlage B 1 in das Verfahren eingeführt worden ist. Die Beklagte sicherte der Klägerin zu, die Eizellen vorerst nicht zu vernichten. Die Klägerin hatte bereits zwei Wochen nach dem Tod ihres Mannes die Herausgabe der Eizellen erbeten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Klägerin keinen Herausgabeanspruch gegen die Beklagte habe. Die Klägerin sei Eigentümerin der Eizellen, die noch nicht als befruchtet gelten würden. Die Kammer ging davon aus, dass die Samenzelle schon in das Zytoplasma der Eizelle eingedrungen war, aber noch keine Verschmelzung von Samen- und Eizelle stattgefunden habe und folglich noch kein Embryo entstanden sei. Die Herausgabe sei aber wegen § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, weil es sich um eine rechtlich unmögliche Leistung handele. Denn durch die Herausgabe würde die Beklagte gegen ein gesetzliches Verbot aus § 4 Abs. 1 Nr. 3 Embryonenschutzgesetz (ESchG) verstoßen. Die Fortsetzung des eingeleiteten Befruchtungsprozesses wertete die Kammer als wissentliche künstliche Befruchtung einer Eizelle mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tod. Bei den eingelagerten Eizellen der Klägerin handele es sich um imprägnierte Zellen, die noch nicht "fertig" befruchtet seien.

Für die Kammer sei es naheliegend gewesen, § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG dahingehend auszulegen, dass die Befruchtung einer Eizelle erst mit dem nach dem Auftauen stattfindenden, sich dann aber selbstständig fortsetzenden Prozess der Kernverschmelzung erfolgt (vollendet ist). Vom Wortlaut der Vorschrift sei dieses Verständnis "noch" gedeckt. Die Beklagte würde sich wegen § 9 Abs. 2 Satz 2 StGB der Förderung einer Haupttat und damit der Beihilfe (§ 27 StGB i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG) zur postmortalen Befruchtung strafbar machen.

Die Kammer hatte keine durchgreifenden Bedenken an der Verfassungsgemäßheit von § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG.

Wegen der weiteren Begründung wird auf das angefochtene Urteil verwiesen.

Mit ihrer Berufung, für die ihr der Senat Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlung bewilligt hat, verfolgt die Klägerin ihr Herausgabeverlangen weiter. Auf den Inhalt der Berufungsbegründung vom 02.12.2009 wird verwiesen.

Die Klägerin stellt insbesondere darauf ab, dass es sich bei der Eizelle um keine fertig befruchtete Eizelle handele, die allerdings auch nicht als "unbefruchtet" angesehen werden

könne. Sie verweist insofern auf § 9 Nr. 3 ESchG. Gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG sei nur die Zusammenführung einer Eizelle mit den Spermien eines Verstorbenen verboten. Das Auftauen sei keine künstliche Befruchtung im Sinne von § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG. Ebenso sei die Verwendung eines Embryos nach dem Tod des Samengebers straffrei. Dies müsse auch hier gelten. Sollte die Rechtsauffassung des Landgerichts zur Reichweite des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG zutreffen, wiederholt die Klägerin ihre Auffassung zur Verfassungswidrigkeit der Norm.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils der 2. Zivilkammer des Landgerichts Neubrandenburg vom 12.08.2009 die Beklagte zu verurteilen, die neun unter ihrem und dem Namen ihres verstorbenen Ehemannes eingelagerten befruchteten kryokonservierten Eizellen an sie herauszugeben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und wiederholt ihren erstinstanzlichen Vortrag. Insbesondere bezieht sie sich auf einen Vergleich des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG mit den Verbotsnormen in § 1 Abs. 1 Nr. 2 und § 1 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ESchG.

II.

Die zulässige Berufung ist begründet. Denn die Beklagte ist nicht berechtigt, die Herausgabe der Eizellen zu verweigern. Sie war deshalb in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zur Herausgabe zu verurteilen.

1. Die Klägerin hat einen gesetzlichen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB.

Die Klägerin ist Eigentümerin ihrer mit dem Samen ihres verstorbenen Mannes imprägnierten und kryokonservierten Eizellen. Auf die zutreffenden Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung wird insoweit verwiesen.

2. Die Beklagte ist Besitzerin der imprägnierten Eizellen.

3. Die Beklagte hat weder ein Recht zum weiteren Besitz noch ist ihr die Herausgabe tatsächlich oder rechtlich unmöglich.

Die Herausgabepflicht der Beklagten entfällt insbesondere nicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB. Ein Fall der rechtlichen Unmöglichkeit (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 275 Rdn. 16 m.w.N.) liegt nicht vor. Die Beklagte wird nicht zur Herbeiführung eines Rechtserfolgs, den die Rechtsordnung nicht anerkennt, verpflichtet. Dies wäre der Fall, wenn die Beklagte zur Erfüllung ihrer Verpflichtung gegen ein Strafgesetz verstoßen müsste. Dies ist hier nicht der Fall.

Das Landgericht hat im angefochtenen Urteil mit einer sehr ausführlichen Begründung einen solchen Verstoß der für die Beklagte Handelnden gegen § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG i.V.m. § 9 Abs. 2 Satz 2 und § 27 StGB angenommen.

Diese Rechtsauffassung teilt der Senat nicht. Die für die Beklagte Handelnden verstoßen nicht gegen § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG, wenn sie die bereits mit Samenzellen imprägnierten Eizellen an die Klägerin übergeben. Denn durch die Herausgabe der Eizellen im vorhandenen Zustand wird keine Beihilfe zur Erfüllung der objektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG geleistet.

Danach ist es strafbar, wissentlich eine Eizelle mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tode künstlich zu befruchten.

a. Weder das Embryonenschutzgesetz noch ein allgemeineres oder spezielleres (Straf-) Gesetz enthält eine Legaldefinition des (künstlichen) Befruchtens. Vom Embryonenschutzgesetz erfasst sind sowohl unbefruchtete als auch befruchtete Eizellen. Als Zwischenstadium ist auch das Bewirken des Eindringens einer menschlichen Samenzelle in eine menschliche Eizelle (z.B. in § 1 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ESchG) erwähnt. In § 8 Abs. 3 ESchG wird die Keimbahnzelle legal definiert. Insbesondere gehört eine Eizelle vom Einbringen oder Eindringen der Samenzelle an bis zu der mit der Kernverschmelzung abgeschlossenen Befruchtung zu den Keimbahnzellen, deren künstliche Veränderung in § 5 ESchG besonders unter Strafe gestellt wird.

Mangels einer gesetzlichen Definition ist daher auf den allgemeinen Wortlaut des künstlichen Befruchtens i.S.d. § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG abzustellen. Demnach ist der Vorgang der (künstlichen) Befruchtung einer Eizelle ein etwa 24 Stunden andauernder Prozess. Er beginnt mit dem Zusammentreffen der Spermien und der Eizelle und endet mit der Vereinigung der Chromosomensätze der Vorkerne (vgl. Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, 2008, Einf. A Rdn. 35 ff.). Diese Definition der Befruchtung ist vom Landgericht zutreffend angenommen worden. Die Befruchtung der klägerischen Eizellen ist noch nicht vollendet, weil die Befruchtung durch die von der Beklagten vorgenommene Konservierung

unterbrochen worden ist (vgl. Krüger, Das Verbot der post-mortem-Befruchtung, Schriftenreihe Medizin-Ethik-Recht, 2010, S. 4 f.).

b. Die Vollendung einer künstlichen Befruchtung, nachdem die Eizelle mit dem Samen des Mannes zu dessen Lebzeiten bereits imprägniert ist, ist vom Tatbestand des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG jedoch nicht erfasst. Dies ergibt sich aus der Auslegung dieser Vorschrift.

aa. Das Grundgesetz (Art. 103 Abs. 2) enthält nicht nur ein Rückwirkungsverbot für Strafvorschriften. Die Regelung verpflichtet den Gesetzgeber auch, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Anwendungsbereich und Tragweite der Straftatbestände sich aus dem Wortlaut ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen (BVerfG NJW 2007, 1666). Für die Rechtsprechung folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung. Ausgeschlossen ist danach jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Da Gegenstand der Auslegung gesetzlicher Bestimmungen immer nur der Gesetzestext sein kann, erweist dieser sich als maßgebendes Kriterium: Der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation. Der Gesetzgeber hat also zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich und notwendig erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen will. Den Gerichten ist es verwehrt, seine Entscheidung zu korrigieren (BVerfG, a.a.O.).

Der Wortlaut der Vorschrift lässt eine Auslegung des Wortes "befruchten" sowohl im Sinne eines Tätigwerdens durch Imprägnieren mit Samen als auch eines dauernden Vorgangs vom Imprägnieren mit Samen bis zur Entstehung des Embryos zu.

Der Gesetzgeber hat mit der Einführung von § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG aber keine Entscheidung getroffen, die Fortsetzung und Vollendung der künstlichen Befruchtung, nachdem die weibliche Eizelle bereits mit dem männlichen Samen imprägniert war, unter Strafe zu stellen, wenn der Mann, dessen Samen verwendet worden ist, verstorben ist. Die Abänderung des angefochtenen Urteils stellt deshalb keine Korrektur der gesetzlichen Entscheidung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dar, sondern die Anwendung des durch Auslegung ermittelten gesetzlichen Verbots.

bb. Im Entwurf der Bundesregierung zu einem "Gesetz zum Schutz von Embryonen" vom 25.10.1989 (BT-Drs. 11/5460) ist das hier einschlägige sogenannte "Verbot der post-mortem-Befruchtung" nicht angesprochen worden, ebenso wenig in der Unterrichtung der Bundesregierung "zur künstlichen Befruchtung bei Menschen" vom 23.02.1988 (BT-Drs. 11/1856), auf die das Embryonenschutzgesetz zurückgeht. Der Gesetzentwurf hebt den

Abschluss der Befruchtung hervor, da er davon ausgeht, dass durch die Kernverschmelzung innerhalb der befruchteten Eizelle das menschliche Leben entsteht. Diese Auffassung steht im Einklang mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung (BVerfG 88, 203 [251]).

Erstmals in den Beratungen im Rechtsausschuss des deutschen Bundestages wurde das "Verbot der post-mortem-Befruchtung" in das Gesetzgebungsverfahren eingeführt. In der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses vom 08.10.1990 (BT-Drs. 11/8057) findet sich die dann mit dem Embryonenschutzgesetz in Kraft getretene Vorschrift des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG. Der gegenüber dem Gesetzentwurf der Bundesregierung geänderte § 4 ESchG stand allerdings nicht im Mittelpunkt des Gesetzgebungsverfahrens, wie sich schon aus der Darstellung zum "Inhalt des Gesetzentwurfs" (BT-Drs. 11/8057, S. 12) ergibt. Denn die Aufzählung berücksichtigt einige der durch die Beschlussempfehlung in den Gesetzentwurf eingefügten Veränderungen, z.B. den neu eingeführten Arztvorbehalt und eine geänderte Umschreibung des Inhalts des § 6, nicht aber § 4 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 ESchG.

Zu § 4 enthält der Bericht des Rechtsausschusses des deutschen Bundestages die einzigen Motive des Gesetzgebers zu § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG. Demnach sollte die Norm die "Frage künstlicher Befruchtung mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tod" regeln. Es sollte "nicht Samen eines Mannes verwendet" werden, der bereits verstorben ist (BT-Drs. 11/8057, S. 16). Nach eingehender Erörterung sei die Strafbarkeit dessen in den Gesetzentwurf eingeführt worden, der "wissentlich" eine Eizelle mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tode künstlich befruchte.

Anlass, das "Verbot der post-mortem-Befruchtung" in die Beschlussempfehlung aufzunehmen, war ein während der Beratungen zum Embryonenschutzgesetz eingebrachter Entwurf der SPD-Fraktion zu einem "Gesetz zur Regelung von Problemen der künstlichen Befruchtung beim Menschen und bei Eingriffen in menschliche Keimzellen" (BT-Drs. 11/5710). Dessen Artikel 1 sah ein Fortpflanzungsmedizingesetz vor, in dem es als Ordnungswidrigkeit - weil zwar zu verbieten, aber nicht strafwürdig - geahndet werden sollte, wenn bei der künstlichen Befruchtung Samen des verstorbenen (Ehe-) Mannes verwendet werden sollte. Begründet wurde dies mit Kindeswohlinteressen. Bei der Identitätsfindung des Kindes könnte sich die Vorstellung belastend auswirken, von einem zur Zeit der Zeugung bereits Gestorbenen abzustammen. Demgegenüber müsse das Interesse des Mannes, dass sein Sperma noch nach seinem Tod verwendet werden kann, zurücktreten (BT-Drs. 11/5710, S. 10).

cc. Demnach ergibt sich aus dem Gesetzgebungsverfahren, dass nur die Verwendung des Samens eines Mannes nach dessen Tode bestraft werden sollte. Soweit der Samen eines lebenden Mannes bereits verwendet worden ist, z.B. indem eine Eizelle mit diesem Samen

imprägniert worden ist, ist der Tatbestand des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG gerade nicht erfüllt. Denn gesetzgeberisches Ziel war es, "Grenzen der neuen Techniken der Fortpflanzungsmethoden, vor allem der in-vitro-Fertilisation zu ziehen, um Missbräuche mit Hilfe dieser Methode zu verhindern" (BT-Drs. 11/8057, S. 12). Im Mittelpunkt des Gesetzes stand somit die Verhinderung von Missbräuchen im Bereich der Reproduktionsmedizin und Humangenetik (vgl. Günther/Taupitz/ Kaiser, a.a.O., Einf. B Rdn. 21).

Der fragmentarische Charakter des Embryonenschutzgesetzes beruht auf der fehlenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für eine umfassendere Regelung der Fortpflanzungsmedizin zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens (vgl. Zuck in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 75 Rdn. 98). Der Rechtsausschuss des Bundestages hatte in der Beschlussempfehlung zum Embryonenschutzgesetz festgestellt, dass eine "Gesamtkonzeption zur Regelung aller ... im Zusammenhang mit den neuen Fortpflanzungstechniken entstandenen ... Problemen" an der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes scheitere (BT-Drs. 11/8057, S. 3). Die Lückenhaftigkeit der Vorschriften wurde vom Gesetzgeber in Kauf genommen (vgl. Neidert, ZRP 2002, 467 ff.).

Der Bundestag hat von der dann 1994 eingeführten Kompetenz in Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG bisher keinen Gebrauch gemacht. Anders als z.B. in Österreich gibt es in Deutschland noch kein Fortpflanzungsmedizingesetz (zum österreichischen Fortpflanzungsmedizingesetz vgl. EGMR, Urteil vom 01.04.2010 in Sachen S.H. u.a. gegen Österreich, Az. 57813/00).

Nach den allgemeinen Zielen des Embryonenschutzgesetzes soll die extrakorporale Befruchtung auf Fortpflanzungszwecke beschränkt, die Entstehung überzähliger Embryonen ebenso verhindert werden wie die Verwendung der extrakorporal verfügbaren Embryonen zu anderen als zu Fortpflanzungszwecken und der Einstieg in eugenische Maßnahmen (Zuck, a.a.O., Rdn. 88 m.w.N.). Dieses Ziel wird durch die vorgenommene Auslegung erreicht. Eine Ausdehnung der Strafbarkeit über die vom Gesetzgeber abgelehnte Verwendung von Samen eines verstorbenen Mannes hinaus ist zur Verwirklichung der Ziele des Embryonenschutzgesetzes nicht erforderlich. Eine Strafbarkeitslücke entsteht nicht.

Von einer "Verwendung" des Samens kann nicht mehr gesprochen werden, wenn die Eizelle bereits zu Lebzeiten des Mannes mit dessen Samen imprägniert worden ist. Dann ist der Samen bereits verwendet worden. Dies ergibt sich auch daraus, dass der Samen mit der Eizelle eine "innige Verbindung" eingeht. Weitere Spermien können nicht mehr eindringen, das eingedrungene Spermium aber auch nicht mehr isoliert werden (Günther/Taupitz/Kaiser, a.a.O., Einf. A Rdn. 36). Der Samen ist im vorliegenden Fall zu Lebzeiten des Mannes der Klägerin bereits verwendet worden.

dd. Auch weitere Gesichtspunkte bestätigen die Auslegung, wonach nur die Verwendung des Samens eines Toten strafbar ist.

Wie bereits dargestellt ist die Vorschrift des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG erst durch die Empfehlung des Bundestagsrechtsausschusses in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht worden. Die Vorschrift passt somit nicht in den Zusammenhang des § 4. Denn sie soll andere Rechtsgüter als § 4 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 schützen (Günther/Taupitz/Kaiser, a.a.O., § 4 Rdn. 31).

Wegen der geschilderten historischen Entwicklung der Vorschrift sowie aus noch darzustellenden Gründen kann auch nicht aus anderen Vorschriften auf eine Strafbarkeit wegen eines Verstoßes gegen § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG geschlossen werden. So wird mit § 8 Abs. 3 ESchG nur die Vorschrift des § 5 präzisiert (Günther/Taupitz/Kaiser, a.a.O., § 8 Rdn. 64). Demnach soll durch die Vorschrift klargestellt werden, dass auch die Eizelle vom Eindringen oder Einbringen der Samenzelle an bis zu der mit der Kernverschmelzung abgeschlossenen Befruchtung als Keimbahnzelle anzusehen ist. Auf die Tatbestandvoraussetzung "mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tode künstlich befruchtet" im Sinne von § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG wirkt sich diese Definition nicht aus.

Auch der Rückgriff auf § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, nach dem die künstliche Befruchtung unter bestimmten Voraussetzungen strafbar ist, und § 1 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ESchG, nach denen das Eindringen oder die Verbringung einer Samenzelle in eine Eizelle bestraft wird, führt zu keinem anderen Ergebnis.

Denn die Vorschriften haben eine andere Zielrichtung. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG soll die künstliche Befruchtung zu jedem anderen Zweck als dem der Herbeiführung der Schwangerschaft sowie eine sogenannte gespaltene Mutterschaft verbieten (Günther/Taupitz/Kaiser, a.a.O., § 1 Abs. 1 Nr. 2 Rdn. 1). § 1 Abs. 2 ESchG verfolgt als konkretes Gefährdungsdelikt die gleiche doppelte Schutzrichtung wie § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG. Den besonderen Missbrauchsgefahren, denen eine kryokonservierte imprägnierte Eizelle ausgesetzt ist, sollte begegnet werden. Den Fall, dass die kryokonservierte imprägnierte Eizelle der Frau eingesetzt werden könnte, von der die Eizelle stammt, hat der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang nicht gemeint (vgl. Günther/Taupitz/Kaiser, a.a.O., § 1 Abs. 2 Rdn. 3 ff.), sondern den Embryonentransfer unter Strafe gestellt. In diesem Zusammenhang ist auch der Arztvorbehalt des § 9 Abs. 3 ESchG zu sehen.

ee. Das gefundene Auslegungsergebnis wird auch durch andere Erkenntnisse gestützt. Der Schlussbericht der vom Bundestag eingesetzten Enquete-Kommission "Recht und Ethik der modernen Medizin" vom 14.05.2002 (BT-Drs. 14/9020, S. 32; im folgenden: Schlussbericht)

stellt fest, dass entsprechend § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG "eine postmortale Verwendung von Keimmaterial ausgeschlossen ist" (Schlussbericht S. 35). Der Schlussbericht geht dabei nicht davon aus, dass die bereits mit dem Samen imprägnierte Eizelle vernichtet werden müsse, wenn der Mann, von dem der Samen stammt, verstirbt. Im Zusammenhang mit Empfehlungen zu gesetzlichen Regelungen der assistierten Reproduktion merkt der Schlussbericht vielmehr an, dass im Umgang mit Vorkernstadien darauf abgestellt werden sollte, ob die genetischen "Eltern" weiterhin einen Kinderwunsch oder aber kein Interesse mehr geltend machen, beispielsweise weil sich ihre Partnerschaftssituation verändert hat oder einer der beiden genetischen "Eltern" verstorben ist (Schlussbericht S. 64). Diese Frage stellte sich nicht, wenn die Verwendung der Vorkernstadien, also die Vollendung der Befruchtung nach dem Tode des Mannes, dessen Samen zu Lebzeiten verwendet worden ist, strafbar wäre. Die an gleicher Stelle im Schlussbericht angesprochene Frage, ob die Lagerungsdauer kryokonservierter Vorkernstadien befristet werden sollte, ist - leider - vom Gesetzgeber trotz der sich im vorliegenden Fall zeigenden Bedeutung nach wie vor nicht beantwortet worden.

Auch der Bericht der Enquete-Kommission trägt das gefundene Auslegungsergebnis, wonach § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG nur verbietet, den Samen eines toten Mannes zu verwenden. Fälle, bei denen der Samen durch die Imprägnierung bereits verwendet worden ist, sollten nicht erfasst werden.

ff. Nach dem Sinn und Zweck des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG ist nur der konservierte Samen erfasst. Entsprechend behandeln die einschlägigen Kommentare die Norm auch unter dem Gesichtspunkt der "Zeugungsvorsorge" und thematisieren in erster Linie die Kryokonservierung des Samens, nicht aber die konservierte imprägnierte Eizelle (z.B.: Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl., § 7 Rdn. 358b; Günther/Taupitz/Kaiser, a.a.O., § 4 Rdn. 22 sowie bereits Keller/Günther/Kaiser, Embryonenschutzgesetz (1992), § 4 Rdn. 28, das durch das Werk Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz (2008) grundlegend neu bearbeitet worden ist).

Im Zusammenhang mit § 4 ESchG wird die kyrokonservierte Eizelle und deren Befruchtung nur nach dem Tod der Frau, von der die Eizelle stammt, behandelt. Dies ist bereits nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG verboten (vgl. Günther/Taupitz/Kaiser, a.a.O., § 4 Rdn. 32). Demnach kann im vorliegenden Fall nicht von einer künstlichen Befruchtung "mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tode" gesprochen werden, weil der Samen vor dem Tod des Mannes verwendet worden ist.

gg. Der Schutz des Kindeswohls steht dem Auslegungsergebnis nicht entgegen. Dieser Gesichtspunkt ist von der Bundesregierung im Gesetzentwurf zum Embryonenschutzgesetz nur in der Art und Weise angeführt worden, als Gefahren für die Entwicklung des Kindes

entgegengewirkt werden soll, die zumindest dann nicht ausgeschlossen werden könnten, wenn seine Erzeugung in einer dem Willen der Beteiligten nicht entsprechenden Weise erfolgt ist (BT-Drs. 11/5460, S. 10 zu § 4 ESchG). Im vorliegenden Fall ist es aber gerade ausdrücklich Wille des nunmehr verstorbenen Ehemannes der Klägerin gewesen, dass sie durch eine der mit seinem Samen bereits zu Lebzeiten imprägnierten Eizelle schwanger werden solle. Die zur Annahme einer Strafwürdigkeit führenden Überlegungen des Gesetzgebers sind im vorliegenden Fall gerade nicht betroffen.

Das Verbot des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG richtet sich (aber nur) gegen jede Art der Befruchtung, die post mortem begonnen wird (Stichwort: "Zeugungsvorsorge", vgl. Günther/Taupitz/Kaiser, a.a.O., § 4 Rdn. 25 unter Hinweis auf einige Beispiele, z.B. Soldat im Kriegseinsatz, Kranker vor Strahlentherapie). Anders als dort diente die Imprägnierung der Eizellen der Klägerin hier der Behebung von Fruchtbarkeitsproblemen und eine künstliche Befruchtung war in jedem Falle - auch ohne den unerwarteten Tod des Ehemannes der Klägerin - notwendig, um eine Schwangerschaft zu erreichen.

Bei der von der Klägerin geplanten Einpflanzung bereits imprägnierter Eizellen kann nicht mehr davon gesprochen werden, dass sie "mit dem Samen eines toten Mannes" künstlich befruchtet werden (so aber der Wortlaut des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG). Denn zum Zeitpunkt der Imprägnierung handelte es sich um Samen eines lebenden Mannes.

hh. Nach Auffassung des Senats berücksichtigt diese Auslegung des § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG angemessen das Recht der Frau, ihre Eizelle für sich zu verwenden und damit ihren Wunsch nach Mutterschaft zu erfüllen. Dass der Gesetzgeber (auch) die Weiterverwendung der imprägnierten Eizelle zu Zwecken der Herbeiführung einer Schwangerschaft bei der Frau, von der die Eizelle stammt, hatte verbieten wollen, wenn der Ehemann verstirbt, ergibt sich weder aus dem Gesetz, noch den Materialien, noch den Normen des ESchG im Zusammenhang. Der Gesetzgeber wollte mit dem Verbot (lediglich) verhindern, dass Spermien eines Verstorbenen verwendet werden. Im vorliegenden Fall sind sie aber bereits zu Lebzeiten des Mannes verwendet worden.

c. Nach alledem machen sich die für die Beklagte Handelnden nicht wegen einer Beihilfe zu einer Straftat strafbar. Bei der begehrten Herausgabe der Eizellen handelt es sich nicht um eine rechtlich unmögliche Leistung, so dass die Beklagte gemäß § 985 BGB zur Herausgabe verpflichtet ist.

4. Ob sich der Herausgabeanspruch auch aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag zur Verwahrung der Eizellen ergeben könnte, konnte der Senat nicht prüfen. Denn die Parteien haben den Inhalt des Vertrages nicht vorgetragen.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO, die zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Abwendungsbefugnis richtet sich nur nach den vollstreckbaren Kosten, da der Beklagten kein darüber hinausgehender Vollstreckungsschaden entstehen kann.

6. Die Revision war zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts geboten erscheinen lässt (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO).

7. In Übereinstimmung mit der erstinstanzlichen Entscheidung wird der Streitwert auf € 10.000,- festgesetzt.

Dokumententitel: Herausgabe von imprägnierten Eizellen nach dem Tode des Mannes

Leitsätze:

1. Konservierte Eizellen sind das Eigentum der Frau, von der sie stammen.
2. Wird eine Eizelle mit dem Samen eines Mannes imprägniert und stirbt der Mann vor vollendeter Befruchtung der Eizelle, so macht sich eine Klinik nicht wegen Beihilfe strafbar, wenn die Eizelle an die Frau herausgegeben wird.
3. § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG verbietet die Verwendung des Samens eines Mannes nach dessen Tode. War die Eizelle bereits mit dem Samen imprägniert, ist dieser Samen bereits verwendet und es liegt kein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG vor, wenn die imprägnierte Eizelle aufgetaut und der Befruchtungsvorgang vollendet wird.
4. Dass der Gesetzgeber (auch) die Weiterverwendung der imprägnierten Eizelle zu Zwecken der Herbeiführung einer Schwangerschaft bei der Frau, von der die Eizelle stammt, hatte verbieten wollen, wenn der Ehemann verstirbt, ergibt sich weder aus dem Gesetz, noch den Materialien, noch den Normen des ESchG im Zusammenhang. Der Gesetzgeber wollte mit dem Verbot (lediglich) verhindern, dass Spermien eines Verstorbenen verwendet werden.
5. Der Schutz des Kindeswohl steht der Vollendung der Befruchtung nicht entgegen, wenn der zwischenzeitlich verstorbene "genetische" Vater ausdrücklich den Kinderwunsch seiner Ehefrau geteilt hat.