REPRODUKTIONSMEDIZIN

10 Jahre „deutscher Mittelweg"

Eine patientenfreundliche Auslegung des Embryonenschutzgesetzes

Monika Frommel[1], Christian J. Thaler[2]

Der „deutsche Mittelweg" wird in Deutschland mittlerweile nahezu flächendeckend praktiziert und mehrere aktuelle Entscheidungen deutscher Staatsanwaltschaften und Gerichte stehen in vollem Einklang mit diesem Vorgehen. Wir können heute auf zehn Jahre des interdisziplinären medizinjuristischen Diskurses zurückblicken, der die assistierte Fortpflanzung in Deutschland patientenfreundlicher und sicherer gemacht hat.

Vor zehn Jahren wurde in interdisziplinärer Zusammenarbeit von Reproduktionsmedizinern und Medizinjuristen der „deutsche Mittelweg" definiert. Dieses Vorgehen vermeidet im Rahmen der assistierten Fortpflanzung weitgehend das Entstehen überzähliger Embryonen und stellt gleichzeitig sicher, dass das reproduktionsmedizinische Potenzial des einzelnen Kinderwunschpaares in optimaler Weise genutzt wird. Es gelingt damit, sowohl die Zahl von Behandlungszyklen als auch das Risiko von Mehrlingsschwangerschaften zu reduzieren.

Lange Zeit gab es unter den deutschen Reproduktionsmedizinern und einigen Medizinjuristen unterschiedliche Auffassungen darüber, wie das Embryonenschutzgesetz (1991) auszulegen sei. Bei rein juristischer Betrachtungsweise konnte man auf die Idee kommen, die Regel, dass nur maximal drei („Dreierregel") Embryonen übertragen werden dürfen, auf das ebenfalls im Gesetz enthaltene Verbot der Vorratsbefruchtung zu übertragen und anzunehmen, der Gesetzgeber habe geglaubt, jede imprägnierte Eizelle könnte sich auch zu einem Embryo entwickeln. Auch geisterte damals noch der Gedanke herum, Ärzte dürften Embryonen auf keinen Fall verwerfen und Frauen hätten das zu ertragen. Die doktrinäre Einhaltung dieser Annahme und der „Dreierregel" führte in vielen Fällen dazu, dass bis zu drei Embryonen in die Gebärmutter übertragen wurden, ohne deren Lebensfähigkeit berücksichtigen zu können. Die negativen Konsequenzen dieses Vorgehens – geringe Schwangerschaftsraten bei gleichzeitig hohem Mehrlingsrisiko – führten bei Anhängern dieser Lesart zu lauten Rufen nach einer Reform des Embryonenschutzgesetzes. Gleichzeitig nutzten konkurrierende Kinderwunschzentren in Nachbarländern den Glauben an die „Dreierregel" und die Rede von der umstrittenen rechtlichen Situation in Deutschland aus, um mit Verweis auf die vermeintlich deutlich günstigeren landesspezifischen rechtlichen Rahmenbedingungen deutsche Patientenpaare ins Ausland zu locken.

[1] Rechtswissenschaftliche Fakultät der Christian-Albrechts-Universität Kiel
[2] Hormon und Kinderwunschzentrum im Klinikum der Ludwig-Maximilians-Universität München, Klinik und Frauenklinik für Frauenheilkunde und Geburtshilfe

Das Ende der Legende von der „Dreierregel"

Mitte Juli/Anfang August 2014 erreichten zwei widersprüchliche Meldungen aufmerksame Leser. Die Tageszeitung „Die Welt" berichtete am 16. Juli unter dem Titel „Das lukrative Geschäft mit dem Kinderwunsch", dass ein findiger Kaufmann mit dem Namen O. in München vor Gericht stünde, weil er dem österreichischen Reproduktionsmediziner Prof. Dr. Zech gegen Vermittlungsgebühren deutsche Patienten zugeführt habe. Er gab vor, die angeblich großzügigeren Gesetze in Österreich und Tschechien zu nutzen, um deutschen Paaren die angeblich besseren Behandlungsmethoden zukommen zu lassen. In Wahrheit ging es darum, den deutschen Reproduktionsmedizinern Patienten abzuwerben und ihnen dadurch das Wasser abzugraben. Er rechtfertigte sich vor Gericht mit einer rhetorischen Figur, die alle schon einmal gehört haben: Deutschland hinke mit seinem Embryonenschutzgesetz (ESchG) „der Zeit hinterher".

Es ist klar, dass ein Gericht mit diesem Hinweis nicht produktiv umgehen kann. Umso erfreulicher ist es, dass dieselbe Staatsanwältin, welche auch diesen Fall bearbeitet, in einem anderen Fall Engagement zeigte und in Übereinstimmung mit dem Justizministerium das ESchG liberal auslegte und der Vorarbeit der interdisziplinären Arbeitsgruppen folgte, welche Embryologie und Jurisprudenz zueinander in Beziehung gesetzt hatten, um das ESchG sinnvoll auszulegen.

Daher konnte dieselbe Zeitung am 5. August darüber berichten, dass ein Ermittlungsverfahren gegen ein Münchner Kinderwunschzentrum aus Rechtsgründen eingestellt worden sei, weil das ESchG doch nicht so streng sei wie so oft behauptet: „Justiz vereinfacht Kinderwunsch-Behandlung". Die Rede von der angeblich so rückständigen „Dreierregel" sei falsch. Nach allen Regeln der Auslegungskunst betont der Einstellungs-

beschluss, dass das ESchG vom Wortlaut, der Systematik und seinem Zweck her bestens geeignet sei, eine angemessene Behandlung selbst in schwierigen Fällen zu ermöglichen. In den Medien stehen beide Verfahren nebeneinander und lösen Fragen aus, denn der Widerspruch beider Meldungen kann nur plausibel gemacht werden, wenn man die Hintergründe kennt. Die Überschrift in der „Welt" vom 5. August: „Bisher galten dafür strenge Vorgaben" klingt denn auch so, als habe die Münchner Staatsanwaltschaft in zwei Wochen eine aufsehenerregende Kehrtwendung vollzogen. Dies ist aber nicht der Fall, wie im Folgenden gezeigt wird.

Drei unterschiedliche Ebenen der Debatte um das ESchG

1990 konnte man die Entwicklungsfähigkeit von Vorkernstadien weder morphologisch noch mittels anderer Methoden beurteilen. Auch waren Blastozystenkulturen weitgehend unbekannt. Dennoch wurde vom Gesetzgeber eine „Dreierregel" nie unterstellt. Derartige Einengungen kamen später. Aus den Materialien ergibt sich vielmehr, dass man 1990 davon ausging, dass aus vier befruchteten Eizellen maximal zwei oder drei Embryonen entstehen, die dann transferiert werden können. Selbstverständlich darf die Patientin verlangen, nur einen Embryo zurückgesetzt zu bekommen. Wieso bildete sich dann eine so bizarre Doktrin und wieso zweifelten die Ärzte so lange daran, dass man Gesetze sinnvoll auslegen und dadurch Rechtssicherheit schaffen könne?

Es bleibt das Geheimnis der Bundesärztekammer, wieso sie 1998 eine – im Übrigen nicht bindende – Richtlinie formuliert hat, die so etwas wie ein Auswahlverbot enthielt (ein Gedanke, der nur Lebensschützern plausibel erscheint), und damit die ART-Behandlung zum Roulette-Spiel machte. Noch unverständlicher ist es, dass sie nach 2004 ihre Richtlinie nicht änderte. Denn mit den Fortschritten der Reproduktionsbiologie und -medizin begann eine interdisziplinäre Arbeitsgruppe um Franz Geisthövel damit, das ESchG sinnvoll auszulegen und mit Blick auf international vergleichbare Standards einen Algorithmus zu entwerfen. Die innerhalb des Fachs geführte Debatte führte in der Folgezeit zu einer Betrachtungsweise, die nicht an den Gesetzgeber, sondern an die eigene Vernunft appellierte: Wie kann man das ESchG so auslegen, dass eine sinnvolle Praxis auf der Basis des geltenden Rechts möglich wird. Die Anfänge liegen bereits im Jahr 2002 (1).

Patientenfreundliche Auslegung des ESchG

Die Implementation des Deutschen Mittelwegs ging schnell voran. Zunächst wurden die Ergebnisse einer interdisziplinären Arbeitsgruppe im Jahre 2004 (2) der Bayerischen Ärztekammer vorgestellt, die das Justizministerium informierte. Der damals gefundene Kompromiss lautete: Kein Arzt darf vorab planen, Eizellen auf Vorrat zu befruchten, um dann optimal entwicklungsfähige Embryonen auswählen. Ein eSET (elektiver Single-Embryo Transfer) war eindeutig, so jedenfalls die Ansicht des bayerischen Justizministeriums, mit § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG nicht vereinbar. Ärzte dürfen aber nach dem Deutschen Mittelweg, der dann noch einmal 2007 präzisiert wurde (3), verfahren und alle verfügbaren Eizellen imprägnieren, um eine individuell festgelegte Zahl der entstandenen Vorkernstadien (2-PN-Stadien) weiter zu kultivieren und die überzähligen der Kryokonservierung zuzuführen.

Es dürfen also wegen des Verbots der Vorratsbefruchtung in § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG nicht alle Vorkernstadien zu Embryonen weiter kultiviert werden, wie das bei dem im Ausland praktizierten eSET der Fall ist, sondern es muss individuell prognostiziert werden, wie viele Embryonen im Einzelfall wohl tatsächlich benötigt werden, um einerseits eine optimale Schwangerschaftsrate zu erzielen, andererseits aber höhergradige Mehrlingsschwangerschaften zu vermeiden. Der Grund für die Restriktion ist der, dass keine überzähligen Embryonen ohne Not generiert werden sollen.

Im Jahr 2014 betont die zuständige Staatsanwaltschaft in ihrem Einstellungsbeschluss vom 28.07.2014, dass es in Einzelfällen durchaus akzeptabel sein kann, dass eine größere Zahl von Vorkernen weiter kultiviert wird, um eine oder zwei Blastozysten zu gewinnen, weswegen es eben juristisch falsch sei, dem ESchG entnehmen zu wollen, dass nur drei Eizellen befruchtet werden dürften. Dies entspreche auch der gängigen Kommentierung (4) und der von anderen Medizinrechtler geteilten Auffassung (5). Nicht legal ist hingegen der von einigen Reproduktionsmedizinern geforderte eSET, da bei dieser Methode von vornherein geplant wird, einen Embryo auszuwählen, es wird also bewusst auf Vorrat befruchtet (6).

Ein zweiter Aspekt wird oft unterschlagen. Der deutsche Mittelweg zwingt zu einer präzisen Aufklärung der Patientin, denn sie entscheidet über den Transfer. Es muss ihr also auch mitgeteilt werden, dass kryokonservierte Vorkernstadien im nächsten Zyklus aufgetaut und wieder verwendet werden können. Geschieht das nicht, kann sie nicht wirksam zustimmen. Dies kann nachteilige Rechtsfolgen für den Arzt haben. Der deutsche Mittelweg ist also auch deswegen patientenfreundlich, weil es keines weiteren Eingriffs mehr bedarf und weil keine weiteren kostspieligen Stimulierungen mehr nötig sind, solange kryokonservierte Vorkernstadien vorhanden sind. Insgesamt gesehen senkt diese Vorgehensweise also auch noch die Kosten einer Kinderwunschbehandlung.

In Süddeutschland und insbesondere in Bayern wird seit etwa 2004–2006 der Mittelweg praktiziert. Die dort praktizierenden Ärzte folgen nicht

der rechtspolitischen Perspektive einiger norddeutscher Kollegen über das ESchG, sondern legen es angemessen aus.

Die wechselvolle Geschichte der Debatte

Im zurückliegenden Jahrzehnt führte offenbar vor allem der Konkurrenzkampf unter Reproduktionsmediziner dazu, dass sich die Debatten zunehmend polarisierten. Dies ist wohl auch der Grund, weswegen keine Legislaturperiode verging, in der nicht die jeweilige Regierung (2004 noch eine rot-grüne, später eine schwarzgelbe und nun die Große Koalition) aufgefordert wurde und wird, das angeblich so veraltete ESchG zu ändern.

In der Folgezeit hat sich zwar die Praxis der Reproduktionsmedizin in Deutschland erheblich verändert, aber nicht durch neue Gesetze, auch nicht durch den neuen § 3a ESchG im Jahre 2011/2012 (Präimplantationsdiagnostik), sondern durch eine konstruktive interdisziplinäre Zusammenarbeit zwischen Reproduktionsmedizinern und einer an den Patientenrechten orientierten juristischen Betrachtungsweise. Bemerkenswert ist aber nicht nur diese erfolgreiche Zusammenarbeit, sondern insbesondere auch der Widerstand dagegen. Dieser kam weder von der Politik noch der Justiz, sondern ausgerechnet von einigen berufsständischen Vertretern der Reproduktionsmediziner selbst. Diese unterstützten den immanenten Weg nicht, wollten also nicht Fortschritte in der Medizin durch bessere Nutzung des geltenden Rechts erzielen, sondern öffneten sich diesem allenfalls zögerlich und nicht als geschlossene Berufsgruppe.

Eigentlich war die Entscheidung der Staatsanwaltschaft München vom 5.08.2014 vorhersehbar; denn es gab genügend Unterlagen bei der Landesärztekammer und dem Justizministerium, die für die seit 2004 praktizierte Lösung sprachen. Tatsächlich hatte der bayerische Berufsverband der Reproduktionsmediziner über Jahre hinweg eine intensive Vorarbeit geleistet, um Rechtssicherheit zu erzielen. Hätte man nicht schon vor einem Jahrzehnt das Bayerische Justizministerium über die liberale Auslegung des ESchG informiert, wäre die Legende von der sog. „Dreierregel" womöglich aufrechterhalten worden und die Verteidigung hätte einen langen Rechtsweg beschreiten müssen.

Das Geschäftsmodell mit dem Abwerben deutscher Patientenpaare

Bis zu den beiden oben genannten Ermittlungsverfahren musste man die rechtliche Lage der deutschen Reproduktionsmedizin als hochgradig problematisch bezeichnen. So fanden sich Werbekampagnen eines österreichischen Zentrums in ganz Deutschland und diese behaupteten, dass dort doppelt so hohe Schwangerschaftsraten erzielt würden als bei deutschen Reproduktionsmedizinern. Die „Dreierregel" diente also Werbezwecken.

Dies geschah wider besseres Wissen, da bereits seit 2002 (1) in Fachkreisen bekannt war, dass die solcher Legendenbildung zugrundeliegende Richtlinie der Bundesärztekammer aus den späten 1990er Jahren mittlerweile gegenstandslos ist und dass seit 2008 der deutsche Mittelweg die herrschende juristische Meinung darstellt. Denn wäre diese Fehlinterpretation der Bundesärztekammer bestehen geblieben, dann hätten in Deutschland praktisch die Fortschritte in der Reproduktionsmedizin wie Blastozystentransfer oder auch die seit 2009 praktizierte Trophoblastenbiopsie (die vom BGH 2010 erlaubte und mittlerweile gesetzliche geregelte Form der Präimplantationsdiagnostik) nicht im Interesse der Kinderwunschpaare umgesetzt werden können.

Wegen solcher wahrheitswidriger Äußerungen kam es in München und Berlin zu Konkurrentenklagen. Das Kammergericht Berlin verurteilte den österreichischen Reproduktionsmediziner 2013 dazu, derartige Äußerungen künftig zu unterlassen. Die Beschwerde des Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision ist abgewiesen. Entsprechende Unterlassungsklagen hatten auch in München vor dem Landgericht Erfolg.

Der interdisziplinäre medizin-juristische Diskurs des zurückliegenden Jahrzehnts hat die assistierte Fortpflanzung in Deutschland patientenfreundlicher und sicherer gemacht. Gleichzeitig finden sich deutsche Kinderwunschzentren und unsere Patientinnen endlich geschützt vor Falschaussagen und unlauterer Werbung ausländischer Konkurrenten. Mit dem deutschen Mittelweg befindet sich die Kinderwunschbehandlung in der Bundesrepublik auf einem guten, patientenfreundlichen Weg.

Literatur

1. Geisthövel F, Montag M, van der Ven H, Frommel M: Das Recht der Fortpflanzungsmedizin im 21. Jahrhundert (Sonderheft). Reproduktionsmedizin 4 (2002):144ff und 158 ff.
2. Frommel M: Auslegungsspielräume des ESchG. Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2 (2004):104–111.
3. Frommel M: Deutscher Mittelweg in der Anwendung des EchG. Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 4 (2004):27–33.
4. Günther H-L, Taupitz J, Kaiser P: ESchG (2008), Neuauflage 2014, zu § 1 Abs. 1 Nr. 5 (Günther).
5. Frister H: Die „Dreierregel" im Embryonenschutzgesetz. Gesundheit und Pflege (2012):10–11.
6. Diedrich K, Griesinger G: Reproduktionsmedizin, Springer Verlag 2012.

Für die Autoren

Prof. Dr.
Monika Frommel
Feldstr. 65
24105 Kiel
mfrommel@hotmail.de