

Gericht: VGH
Aktenzeichen: 20 B 18.290
Sachgebietsschlüssel: 540

Rechtsquellen:

§ 3a Abs. 1 ESchG
§ 8 Abs. 1 ESchG
Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 LStVG
Art. 36 VwZVG

Hauptpunkte:

Präimplantationsdiagnostik
Murale Trophektodermzellen
Chromosomenscreening
Verbot der Durchführung einer Präimplantationsdiagnostik ohne vorherige Einschaltung der Ethikkommission für Präimplantationsdiagnostik

Leitsätze:

1. „Zellen eines Embryos“ im Sinne von § 3a Abs. 1 ESchG ist jede Art von Zellen, die zum Embryo in seiner im Zeitpunkt der Entnahme (Biopsie) der untersuchten Zellen von der Umgebung des Embryos abgrenzbaren Form gehören. Ob diese Zellen (noch) totipotent, pluripotent oder nicht mehr pluripotent sind, ist im Rahmen des § 3a Abs. 1 ESchG ohne Bedeutung.
2. Welcher Zweck mit einer Präimplantationsdiagnostik verfolgt wird, ist im Rahmen des § 3a Abs. 1 ESchG ohne Bedeutung.

Urteil des 20. Senats vom 30. November 2018

(VG München, Entscheidung vom 7. September 2016, Az.: M 18 K 15.2602 u.a.)

20 B 18.290
M 18 K 15.2602 u.a.

*Großes
Staatswappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

- ***** -

gegen

Landeshauptstadt München,
vertreten durch den Oberbürgermeister,
Referat für Gesundheit und Umwelt
Bayerstr. 28a, 80335 München,

- Beklagte -

beteiligt:

Landesrechtsanwaltschaft Bayern
als Vertreter des öffentlichen Interesses,
Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach,

wegen

Präimplantationsdiagnostik und Zwangsgeld;
hier: Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungs-
gerichts München vom 7. September 2016,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 20. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Kraheberger,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Stadler,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Kokoska-Ruppert

aufgrund mündlicher Verhandlung vom **29. November 2018**
am **30. November 2018**

folgendes

Urteil:

- I. Das Verfahren wird, soweit die Berufung zurückgenommen wurde, eingestellt.
- II. Die Berufung wird im Übrigen zurückgewiesen.
- III. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens. Das Urteil ist insoweit vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der zu vollstreckenden Kosten abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- IV. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin wendet sich gegen einen Bescheid der Beklagten, mit der ihr die Durchführung von Trophektodermbiopsien ohne eine zustimmende Bewertung der Bayerischen Ethikkommission für Präimplantationsdiagnostik (PID) untersagt wurde. Daneben wendet sie sich gegen einen weiteren Bescheid der Beklagten, mit dem ihr für den Fall der Zuwiderhandlung gegen den obigen Bescheid ein (erhöhtes) Zwangsgeld angedroht wurde.

- 2 Die Klägerin betreibt in M***** die Zweigniederlassung s***** *** ***** *****
(im Folgenden: s***** ***) und führte dort in der Vergangenheit
Trophektodermbiopsien durch.
- 3 Mit Schreiben vom 19. Dezember 2014 beantragte das s***** *** die Zulassung als
Präimplantationsdiagnostikzentrum im Sinne von § 3 Präimplantationsdiagnostik-
verordnung (PIDV) beim Bayerischen Staatsministerium für Gesundheit und Pflege
(StMGP).
- 4 Mit Bescheid vom 2. Juni 2015 untersagte die Beklagte der Klägerin nach vorheriger
Anhörung, in der Zweigniederlassung s***** *** Trophektodermbiopsien durchzu-
führen, ohne dass 1. die Bayerische Ethikkommission für Präimplantationsdiagnostik
in jedem Einzelfall eine zustimmende Bewertung abgegeben hat und 2. das s***** ***
***** ***** ***** über eine Zulassung als Zentrum für Präimplantationsdiagnostik
gemäß § 3a Embryonenschutzgesetz (ESchG) durch das Bayerische StMGP verfügt
(Ziff. I). In Ziffer II wurde die sofortige Vollziehung der Ziffer I angeordnet und in
Ziffer III wurde im Falle des Verstoßes gegen Ziffer I für jeden Einzelfall ein
Zwangsgeld in Höhe von 10.000,00 € angedroht.
- 5 Hiergegen ließ die Klägerin fristgerecht Klage zum Bayerischen Verwaltungsgericht
München erheben (M 18 K 15.2602).
- 6 Unter dem 30. Juni 2015 wurde dem s***** *** vom StMPG die beantragte Zulassung
als Zentrum für Präimplantationsdiagnostik erteilt.
- 7 Mit Schreiben der Beklagten vom 10. Februar 2016 wurde das im Bescheid vom
2. Juni 2015 angedrohte Zwangsgeld für fällig erklärt und ein erneutes Zwangsgeld
im Falle des Verstoßes gegen Ziffer I des Bescheides vom 2. Juni 2015 in Höhe von
20.000,00 € angedroht. Das Fälligstellen des Zwangsgelds und die erneute Andro-
hung eines höheren Zwangsgeldes wurde dahingehend begründet, dass ein Paar
von der Bayerischen Ethikkommission für Präimplantationsdiagnostik eine nachträg-
liche Zustimmung zu einer durch die Klägerin bereits durchgeführten
Trophektodermbiopsie habe erlangen wollen. Es habe angegeben, erst durch die
Krankenkasse darauf aufmerksam gemacht worden zu sein, dass eine vorherige
zustimmende Bewertung der Ethikkommission für die bereits vorgenommene Unter-
suchung notwendig gewesen wäre. Es sei dahingehend nicht von der Klägerin auf-

geklärt worden. Die erneute Zwangsgeldandrohung sei bezüglich der Höhe angemessen, da die Wirksamkeit des Zwangsmittels wegen eines erheblichen finanziellen Interesses an der Untersuchung, der Haltung der Klägerin und ihrer finanziellen Situation nur so sichergestellt werden könne.

8 Hiergegen ließ die Klägerin mit am 22. März 2016 beim Verwaltungsgericht München eingegangenen Schriftsatz Klage (M 18 K 16.1370) erheben.

9 Mit Urteil vom 7. September 2016 wies das Verwaltungsgericht die Klagen ab. In der Begründung führte es aus, dass die Klage gegen den Bescheid vom 2. Juni 2015 insoweit unzulässig sei, als sie sich gegen Ziffer I.2 des Bescheids richte, da mit Erteilung der Zulassung als Präimplantationsdiagnostik-Zentrum insoweit das Rechtsschutzbedürfnis entfallen sei. Die Klägerin habe das Anfechtungsbegehren auf den Untersuchungszweck der Feststellung der Entwicklungsfähigkeit von Embryonen begrenzt. Insoweit sei die Klage unbegründet. Auch Trophektodermbiopsien zur Bestimmung der Entwicklungsfähigkeit des Embryos fielen unter den Begriff der PID nach § 3a ESchG. Dass eine genetische Untersuchung in vitro vor dem intrauterinen Transfer vorliege, sei unstrittig. Die Untersuchung an den muralen Trophektodermzellen einer Blastozyste werde auch an Zellen eines Embryos nach § 3a Abs. 1 ESchG vorgenommen. Die Blastozyste, an der die Untersuchung durchgeführt werde, sei ein Embryo im Sinne des § 3a Abs. 1 ESchG. Entgegen der Ansicht der Klägerin sei bezüglich des Merkmals der Entwicklungsfähigkeit nach § 8 Abs. 1 ESchG nicht darauf abzustellen, ob der Embryo sich in die Gebärmutter einnisten könne, oder ob eine Fehl- oder Totgeburt in Zukunft zu erwarten sei. Entwicklungsfähigkeit in diesem Sinne sei die Fähigkeit der befruchteten Eizelle zur Zellteilung (unter Verweis auf BayVGh, B.v. 27.10.2015 – 20 CS 15.1904 – juris Rn. 20). Einerseits ergebe sich das bereits aus der Formulierung des § 8 Abs. 2 ESchG, wonach die befruchtete Eizelle bereits in den ersten 24 Stunden ab dem Zeitpunkt der Kernverschmelzung als Embryo „gelte“, es sei denn, es lasse sich nachweisen, dass die befruchtete Eizelle nicht fähig sei, sich über das Einzellstadium hinaus zu entwickeln. In gesetzessystematischer Hinsicht sei aus § 3a Abs. 2 Satz 2 ESchG ein Rechtfertigungsgrund für eine PID zu entnehmen, die durchgeführt werde, um festzustellen, dass eine schwere Schädigung des Embryos vorliege, die zu einer Tot- oder Fehlgeburt führen werde. Wenn die Annahme der Entwicklungsfähigkeit darauf gestützt werde, dass eine Tot- oder Fehlgeburt zu erwarten sei, läge bereits kein Embryo im Sinne des § 8 Abs. 1 Variante 1 ESchG vor. Dann wäre § 3a Abs. 2

Satz 2 ESchG als eigener Rechtfertigungsgrund aber sinnentleert, da bereits mangels Vorliegen einer tatbestandsmäßigen PID eine Rechtfertigung nicht erforderlich wäre. Die muralen Trophektodermzellen seien auch Zellen eines Embryos im Sinne von § 3a Abs. 1 ESchG. Auch wenn sie bereits weiter ausdifferenziert seien, seien sie dennoch Teil des Embryos im Sinne des § 3a Abs. 1 ESchG, da sie noch eine mit der Zona pellucida begrenzte Einheit darstellten. Zum Embryo im Sinne des § 3a Abs. 1 ESchG gehörten, zumindest im Zustand vor seiner Einpflanzung, auch die Zellen, die für seine spätere Lebenserhaltung relevant seien. Nur weil bereits eine Ausdifferenzierung zwischen den Zellen innerhalb des Embryoblast, die zum zukünftigen Säugling bzw. der zukünftigen Plazenta würden, stattgefunden habe, könne eine Begrenzung der Eigenschaft als Embryo auf diejenigen Zellen, die der spätere Säugling würden, nicht erfolgen. Die missverständliche Formulierung in § 2 Nr. 3 PIDV ändere hieran nichts (unter Verweis auf BayVGH a.a.O., Rn. 21). Auf die Pluripotenz oder Ausdifferenzierung der muralen Trophektodermzellen komme es jedoch nicht maßgeblich an, da entgegen der klägerischen Ansicht eine einengende Konkretisierung des Begriffs „Zelle eines Embryos“ gemäß § 3a Abs. 1 ESchG durch die Verordnung nicht möglich sei. Denn nach der Ermächtigungsgrundlage der Verordnung in § 3a Abs. 3 Satz 3 ESchG habe der Ordnungsgeber nur über die dort geregelten Punkte Entscheidungen treffen dürfen. Eine Konkretisierung der Begriffsdefinition sei in der Ermächtigungsgrundlage nicht enthalten gewesen. Des Weiteren sei auch aus dem Anwendungsbereich nach § 1 PIDV ersichtlich, dass der Ordnungsgeber lediglich die in § 3a Abs. 3 Satz 3 Nrn. 1 bis 4 ESchG benannten Punkte habe regeln und nicht darüber hinaus den Anwendungsbereich des § 3a Abs. 1 ESchG habe einschränken wollen. Die Argumentation, dass lediglich Trophektodermzellen entnommen würden und deshalb das Schutzgut des § 3a Abs. 1 ESchG nicht berührt werde, sei nicht nachvollziehbar. Das wichtigste Schutzgut in Bezug auf Untersuchungen vor einer künstlichen Befruchtung sei die Verhinderung von ungerechtfertigten und nicht überwachten Selektionsentscheidungen zwischen mehreren Embryonen. Dieses Schutzgut werde durch das Anliegen der Klägerin, Trophektodermbiopsien zur Feststellung der Entwicklungsfähigkeit der Embryonen ohne das Einhalten der Anforderungen nach § 3a Abs. 2 und 3 ESchG durchzuführen, unterminiert.

- 10 Die Feststellungsklage bezüglich der Fälligkeit des Zwangsgeldes im Schreiben vom 10. Februar 2016 sei zulässig, jedoch unbegründet. Gleiches gelte für die Anfechtungsklage gegen die Androhung eines weiteren Zwangsgeldes. Für die Rechtmäßigkeit der erneuten Zwangsgeldandrohung komme es nicht maßgeblich auf

die Darlegung des Verstoßes gegen die ursprüngliche Zwangsgeldandrohung an, da das erste Zwangsgeld mit dem Verstoß von Gesetzes wegen fällig werde. Eine erneute Androhung sei nach Art. 36 Abs. 6 Satz 2 BayVwZVG erst zulässig, wenn die vorausgegangene Androhung erfolglos geblieben sei. Dies sei hier der Fall. Auch die Höhe des Zwangsgeldes sei entgegen der Ansicht der Klägerin angemessen. Um den nötigen Nachdruck zu erzielen, solle das Zwangsgeld so bemessen werden, dass der Pflichtige keinen Vorteil aus der Nichterfüllung der Anordnung ziehen könne. Hierbei stehe der Behörde innerhalb des gesetzlichen Rahmens ein weiter Entscheidungsspielraum zu, bei dem die Umstände des Einzelfalls und die persönlichen Verhältnisse des Pflichtigen zu berücksichtigen seien. Eine Begründung für die geschätzte Höhe des wirtschaftlichen Interesses sei regelmäßig nicht erforderlich. Die Verdopplung der Höhe des angedrohten Zwangsgeldes gegenüber einer erfolglos gebliebenen Erstandrohung entspreche üblicher und anerkannter Verwaltungspraxis. Dass die Beklagte das wirtschaftliche Interesse der Klägerin an der Durchführung der Trophektodermbiopsien erheblich höher als von dieser angegeben einschätze, werde nicht beanstandet. Bei einer Untersuchung von sechs Blastozysten verdiene die Klägerin ausweislich der vorgelegten Rechnung des Ehepaares S. über 3.500,00 €. Da die Klägerin eines der wenigen Labore deutschlandweit besitze, die die vorgenannte Untersuchung anböten bzw. angeboten hätten, könne bezweifelt werden, ob lediglich acht derartige Untersuchungen im Jahr von der Klägerin vorgenommen würden bzw. worden seien.

- 11 Der Senat hat die von der Klägerin beantragte Berufung mit Beschluss vom 1. Februar 2018 zugelassen, weil die Rechtssache besondere rechtliche Schwierigkeiten aufweist (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO).
- 12 Zur Begründung der Berufung führt die Klägerin aus, dass sie der Auffassung sei, eine bestimmte Form der genetischen Untersuchung eines Embryos falle nicht unter § 3a ESchG. Dies sei die Trophektodermbiopsie, bei der im Blastozystenstadium (etwa fünf Tage nach der Befruchtung) sogenannte murale Trophektodermzellen (nicht: Trophoblastzellen) entnommen und untersucht würden. Murale Trophektodermzellen seien Zellen, die in der Blastozyste dem Embryoblast gegenüber lägen und selbst die Fähigkeit, sich zu einem Menschen zu entwickeln, verloren hätten. Sie hätten die Funktion, sich zu den künftigen Eihäuten zu entwickeln. Sie seien unstrittig keine pluripotenten Zellen und schon gar keine totipotenten Zellen. Die Untersuchung, die die Klägerin beabsichtige, ziele darauf ab, festzustellen, ob

diese Blastozyste aufgrund des Alters der Mutter nicht mehr entwicklungsfähig sei. Die altersbedingte Entwicklungsschwäche beruhe auf einer numerischen Chromosomenaberration, bei der einzelne Chromosomen zusätzlich zum üblichen Chromosomensatz vorhanden seien oder fehlten. Die Rate fortlaufender Schwangerschaften sinke von ca. 50 % bei Frauen im Alter von weniger als 30 Jahren über 38 % bei Frauen im Alter von 30 bis 35 Jahren und 31 % bei Frauen im Alter von 35 bis 37 Jahren auf 20 % bei Frauen im Alter von 39 bis 41 Jahren. Gleichzeitig steige die Rate der Fehlgeburten von 19 % pro eingetretener Schwangerschaft bei jungen Frauen kontinuierlich auf 36 % bei Frauen im Alter von 37 bis 39 Jahren. Im Rahmen einer künstlichen Befruchtung liege die Fehlgeburtsrate pro Transfer bei 10 % bis 15 %. Bei der Trophektodermbiopsie zur Erkennung einer altersbedingten Entwicklungshemmung würden vereinfacht gesprochen von den muralen Trophektodermzellen die Chromosomen gezählt („Aneuploidie-Screening“ oder „Chromosomen-Screening“). Zur Erkennung des Entwicklungspotentials von Embryonen würden Aneuploidien (numerische Abweichungen von der normalen Chromosomenzahl) überprüft, die mit steigendem mütterlichen Alter immer häufiger würden, und nur Embryonen mit einem normalen Chromosomensatz würden zum Transfer empfohlen. Aneuploidien führten entweder nicht zu einer Implantation, zu Fehl- oder Totgeburten oder mit einer geringen Wahrscheinlichkeit (kleiner als 2 %) – z.B. im Falle einer Trisomie 21 – zur Geburt eines Kindes beispielsweise mit Down-Syndrom. Mit der Untersuchung würde mittels genetischer Untersuchung ein Vorgang fortgesetzt, der bei der künstlichen Befruchtung teilweise auch ohne genetische Untersuchung vorgenommen werde. So würden manche Formen von Entwicklungsunfähigkeit schon ohne genetische Untersuchung erkannt und führten dazu, dass diese Embryonen nicht übertragen würden. Von dieser Untersuchung sei die PID im engeren Sinn zu unterscheiden. Sie bilde ein aufwendiges Verfahren, da zunächst Proben von Familienmitgliedern genommen werden müssten, um dann den genetischen Fingerabdruck des Embryos zu bestimmen, der mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zur Erkrankung führe. Bei der PID im engeren Sinne würden Erbkrankheiten im engeren Sinne offen gelegt, ebenso würde häufig die DNA kontrolliert.

- 13 Der Bescheid vom 2. Juni 2015 sei hinsichtlich der Anordnung I.1 rechtswidrig, da die gesetzlichen Voraussetzungen einer Untersagungsverfügung nicht vorlägen. Die Untersagungsverfügung gemäß Art. 7 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 LStVG sei rechtswidrig, da die Durchführung der Trophektodermbiopsie keiner zustimmenden Bewertung der Ethikkommission für Präimplantationsdiagnostik bedürfe und daher deren Durch-

führung ohne entsprechende Zustimmung keine Ordnungswidrigkeit darstelle und auch keine Gefährdung für Leib oder Leben im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Nr. 3 LStVG bestehe. Die Klägerin weigere sich, freiwillig das Verfahren gemäß § 3a Abs. 2 ESchG durchzuführen nur für Fallgestaltungen, bei denen sie auf murale Trophektodermzellen zwecks Erkennung einer altersbedingten Entwicklungshemmung zugreife. § 3a ESchG sei auf diesen Fall nicht anwendbar, sodass die Untersagungsverfügung rechtswidrig sei.

- 14 § 3a ESchG sei nur auf eine Untersuchung von pluripotenten Zellen und nicht auch auf die Untersuchung von muralen Trophektodermzellen anwendbar. § 3a Abs. 1 ESchG stelle die Untersuchung von „Zellen eines Embryos“ unter Strafe, ohne den Begriff „Zelle“ zu definieren. Nach der Wortlautauslegung ergebe sich, dass mit der Wendung „Zellen eines Embryos“ nicht jede Untersuchung eines Embryos gemeint sei. Vielmehr sei eine Einschränkung beabsichtigt. Die Bezeichnung „Wer Zellen eines Embryos“ untersuche, werde in der Literatur teilweise als eine überflüssige Konkretisierung verstanden, da der Embryo sowieso nur aus Zellen und noch nicht aus Organen bestünde. Eine Auslegung, die den Normteil „Zellen eines Embryos“ aber genauso verstehe, wie wenn dort „Embryo“ stünde, obwohl der Gesetzgeber erkennbar eine bestimmte Form der Untersuchung habe regeln wollen, weil er gemeint habe, eine Gesetzeslücke schließen zu müssen, werde dem Normtext nicht gerecht. Dass der Gesetzgeber mit dieser Passage eine Einschränkung habe vornehmen wollen, könne nicht ernsthaft fraglich sein. Neben § 3a ESchG spreche er auch in § 7 Abs. 1 Nr. 2 ESchG von „Zellen des Embryos“. In beiden Wendungen werde bewusst ein Teil des Embryos rechtlich erfasst, was man schlecht interpretatorisch ignorieren könne. Weiter sei die Wendung „Zellen eines Embryos“ in § 3a Abs. 1 ESchG vor dem Hintergrund gewählt worden, dass eine PID im weiteren Sinne an totipotenten Zellen nach fast einhelliger Ansicht gemäß § 2 ESchG und § 6 ESchG schon immer verboten gewesen sei und daher die totipotenten Zellen bei § 3a Abs. 2 ESchG nicht erfasst würden. Hintergrund dieser Argumentation sei, dass man bei totipotenten Zellen die Rechtfertigungsmöglichkeit gemäß § 3a Abs. 2 ESchG kategorisch ausschließen wolle. In den Augen der Klägerin würde die Frage, ob totipotente Zellen „Zellen eines Embryos“ sein könnten, ein ganz zentrales Argument für die Frage der Auslegung von § 3a ESchG darstellen. Wenn man mit der ganz überwiegenden Ansicht totipotente Zellen vom Anwendungsbereich des § 3a ESchG ausscheide und dazu den Normtext von § 3a Abs. 1 ESchG teleologisch reduziere, sage man der Sache nach, dass die Entscheidung des Gesetzgebers

gemäß § 3a ESchG, eine Untersuchung eines Embryos unter bestimmten Voraussetzungen zuzulassen, nicht für totipotente Zellen gelte, da diese deutlich näher am späteren Menschen dran seien als die pluripotenten Zellen, auf die sich § 3a Abs. 2 ESchG beziehe. Daraus folge konsequenter Weise im Umkehrschluss, dass man aus dem Verbot einer PID an pluripotenten Zellen nicht auf ein Verbot einer PID an muralen Trophektodermzellen schließen könne, weil die muralen Trophektodermzellen nun einmal deutlich weiter vom späteren Menschen entfernt seien als pluripotente Zellen. Systematisch könne man zwar darauf hinweisen, totipotente Zellen könnten von § 3a ESchG nicht erfasst sein, da sie gemäß § 8 ESchG schon als „Embryo“ definiert seien. An dem Argument, dass die Wertung des Ausschlusses der totipotenten Zellen einerseits und von pluripotenten Zellen andererseits aus dem Anwendungsbereich des § 3a ESchG gleich bleibe, ändere dies dennoch nichts. Darüber hinaus sei der Verweis auf § 8 ESchG auch von geringem Gewicht, da das Embryonenschutzgesetz erkennbar totipotente Zellen auch als Zellen des Embryos bezeichne. Ansonsten wäre es erlaubt, entgegen § 7 Abs. 1 Nr. 2 ESchG mit einem menschlichen Embryo eine Zelle zu verbinden, die eine andere Erbinformation als „totipotente Zellen“ des Embryos enthält mit dem Hinweis, totipotente Zellen seien ja keine Zellen, sondern der Embryo selbst. Der Passus „Erbinformation als die Zellen des Embryos“ meine ersichtlich auch Erbinformation einer totipotenten Zelle eines Embryos.

- 15 Dass der Gesetzgeber auf die pluripotenten Zellen abziele werde deutlich, wenn man berücksichtige, dass im Falle des Bundesgerichtshofs eine Untersuchung an pluripotenten Zellen vorgelegen habe. § 3a ESchG solle genau die vom Bundesgerichtshof diagnostizierte Lücke schließen. Das sei am Normtext von § 3a ESchG deutlich zu sehen. Es werde bestätigt durch die Plenardebatte und die Ausschussdebatte. Der Bezug auf pluripotente Zellen liege deshalb nahe, weil zur damaligen Zeit die Technik noch nicht so weit gewesen sei, die Trophektodermbiopsie an muralen Trophektodermzellen durchzuführen. Der Gesetzgeber habe nur die genetische Untersuchung an pluripotenten Zellen gekannt. Nun gebe es die Technik, die an murale Trophektodermzellen anknüpfe. Daran habe der Gesetzgeber im Jahre 2011 noch nicht gedacht.
- 16 Der Gesetzgeber habe eine trennscharfe Regelung treffen und nicht all das, was begrifflich unter PID gefasst werden könne, verbieten wollen. So heiße es in der Gesetzesbegründung: „Die Notwendigkeit, die PID gesetzlich zu regeln, reicht aller-

dings nur insoweit, wie es die Legitimierung des Grundrechtseingriffs gebietet.“ (BT-Drs. 17/5451, S. 7, 2. Spalte oben). Der Gesetzgeber habe in § 3a ESchG nicht einfach „pluripotente Zellen“ geschrieben, weil, wie sich aus § 2 PIDV ergebe, deren Definition für ein Parlamentsgesetz zu lang gewesen wäre. Es sei ohnehin klar gewesen, welche Zellen man gemeint habe, nämlich diejenigen Zellen, die dem Fall des Bundesgerichtshofs zugrunde gelegen hätten. Als Zwischenergebnis sei festzuhalten, dass „Zellen eines Embryos“ im Sinne von § 3a ESchG nur pluripotente Zellen und nicht murale Trophektodermzellen seien. Dieses Ergebnis folge auch aus § 2 PIDV. Dieser wiederhole aber nur, was die systematisch-historische Auslegung des § 3a ESchG selbst ergebe. Die Konkretisierung durch § 2 PIDV sei nicht unbeachtlich. Nach § 2 PIDV sei Präimplantationsdiagnostik nur die genetische Untersuchung pluripotenter Zellen, nicht aber die von totipotenten Zellen und auch nicht von muralen Trophektodermzellen. In der Begründung der Verordnung werde ausgeführt, dass die Begriffsbestimmung für Zellen in Nr. 3 angelehnt sei an die Definition von „pluripotenten Stammzellen“ in § 3 Nr. 1 des Stammzellengesetzes (StZG). Damit sei sichergestellt, dass Untersuchungen an Zellen im Rahmen der Verordnung nur an pluripotenten und nicht an totipotenten Zellen durchgeführt werden dürften. Insoweit werde das bereits nach § 2 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 PIDV bestehende Verbot der missbräuchlichen Verwendung von totipotenten Zellen eines Embryos bekräftigt (BR-Drs. 717/12, S. 16). Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof habe in seinem Beschluss vom 27. Oktober 2015 daraus geschlossen, dass der Verordnungsgeber den Zellbegriff nicht auf pluripotente Zellen habe beschränken wollen, eine Auslegung, die mit dem Text der Begründung nicht richtig zusammenpasse. Sie stehe zudem konträr zu der Entstehungsgeschichte, bei der es um pluripotente Zellen gegangen sei. Die Definition in § 2 PIDV setze sich auch nicht in Widerspruch zu § 8 ESchG. § 2 PIDV beziehe sich auf die Definition der Zelle, § 8 ESchG beziehe sich auf die Definition des Embryos. Entgegen der Einschätzung des Verwaltungsgerichts München überschreite die Definition auch nicht die Verordnungsermächtigung nach § 3a Abs. 3 Satz 3 ESchG. Zwar ermächtige § 3a Abs. 3 ESchG nicht ausdrücklich dazu, den Begriff der Zelle zu definieren, mittelbar aber schon. Gemäß § 3a Abs. 3 Satz 3 Nr. 4 ESchG beziehe sich die Verordnung auf die Anforderungen an die Meldung von im Rahmen der PID durchgeführten Maßnahmen. Für diese Umsetzung müsse klar sein, was genau unter PID zu verstehen sei. Daher erfasse die Ermächtigung gemäß § 3a Abs. 3 Satz 3 ESchG auch eine nähere Begriffsbestimmung der PID selbst. Eindeutig werde dies, wenn man die Motive hinzuziehe. Der Gesetzgeber habe mit der Verordnung § 3a ESchG insgesamt konkretisieren wollen, dies ergebe

sich aus der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 17/5451, S. 8). Bedenken nach Art. 103 Abs. 2 GG bestünden schon deshalb nicht, da die hier relevante Definition im Gegensatz zur Auslegung des Verwaltungsgerichts die Strafbarkeit einschränke und Art. 103 Abs. 2 GG nur die strafbegründeten Normen dem strengen Bestimmtheitsgebot unterwerfe.

- 17 Das angegriffene Urteil, der Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs und die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur wollten den Begriff „Zellen eines Embryos“ dennoch nicht nur auf pluripotente Zellen beziehen. Begründet werde dies damit, dass der Gesetzgeber die PID vollständig habe verbieten wollen, der Fall der Untersuchung an muralen Trophektodermzellen sei mit der Untersuchung an pluripotenten Zellen vergleichbar und ansonsten wäre der Anwendungsbereich stark reduziert. Diese Argumentation überzeuge nicht. Einerseits sei es unfair, wenn die Normen nur zu Lasten der Fortpflanzungsmedizin ausgelegt würden dahingehend, dass „totipotente Zellen“ nicht Zellen eines Embryos im Sinne von § 3a ESchG sein könnten mit der Folge, dass die Ausnahmegründe von § 3a Abs. 2 ESchG auch bei ihnen greifen könnten, andererseits aber murale Trophektodermzellen im Sinne eines weiten Verständnisses des Begriffs unter § 3a ESchG fielen. Daneben habe der Gesetzgeber nicht jede Selektionsentscheidung verbieten wollen. Der Gesetzgeber habe die Entscheidung getroffen, die der Bundesgerichtshof vermisst habe, und die habe sich eindeutig nur auf die Untersuchung von pluripotenten Zellen bezogen. Weiter sei eine so großzügige Auslegung von § 3a ESchG wegen Art. 103 Abs. 2 GG problematisch. Die verwaltungsrechtlichen Folgen des § 3a Abs. 1 ESchG knüpften an die Strafnorm des § 3a ESchG an und müssten daher in der Auslegung den Anforderungen einer Auslegung von Strafnormen genügen. Die Auslegung, dass murale Trophektodermzellen „Zellen eines Embryos“ seien, sei eine klare Ausdehnung der Strafentscheidung, die der Gesetzgeber getroffen habe, zu der weder die Literatur noch die Rechtsprechung richtig legitimiert seien. Der Gesetzgeber habe sich bewusst auf die Situation bezogen, die beim Bundesgerichtshof vorgelegen habe. Die Technik sei nun weiter, die Entscheidung mithin nicht notwendig übertragbar. Das Argument, die Untersuchung an muralen Trophektodermzellen sei mit der Untersuchung an pluripotenten Zellen funktional gleichzusetzen, greife nicht. Der Unterschied zwischen totipotenten Zellen und pluripotenten Zellen einerseits und der zwischen pluripotenten Zellen und muralen Trophektodermzellen andererseits sei so fundamental, dass man eine Regelung, die sich auf pluripotente Zellen beziehe, nicht ohne weiteres auf murale Trophektodermzellen beziehen könne. Es sei offen, ob der

Gesetzgeber die Fälle, um die es bei der Trophektodermbiopsie der Klägerin gehe, wirklich verboten hätte, wenn er sie gekannt hätte. Den Umstand, dass man die rapide Abnahme der Fertilität der Frauen im höheren Alter durch ein Chromosomenscreening ausgleichen und daher die Erfolgsrate der extrakorporalen Befruchtung erhöhen könne, habe der Gesetzgeber nicht vor Augen gehabt. Dies sei an der geführten Debatte klar zu erkennen, bei der es immer nur um vorbelastete Eltern oder eine vergleichbare Erbkrankheit, die ohne Vorbelastung auftreten könne, gegangen sei. Es sei ein völlig anderer Fall, ob man einer „alten“ Frau gestatte, auch ohne Erbkrankheitsveranlagung mittels eines Chromosomenscreenings unter mehreren Embryonen dasjenige auszusuchen, bei dem die größte Chance eines Erfolgs bestehe, oder ob man regeln wolle, unter welchen Bedingungen Eltern prüfen dürften, ob das künftige Kind frei von Erbkrankheiten und eventuell weitergehend „gesund und darüber hinaus auch noch klug“ sein werde. Die Entscheidung des Gesetzgebers in § 3a ESchG sei sowohl vom Anknüpfungspunkt als auch vom Zweck der Untersuchung von den Untersuchungen der Klägerin so weit entfernt, dass dessen Anwendung materiell nicht gerechtfertigt sei.

- 18 Darüber hinaus bestehe schon deshalb kein Grund, § 3a ESchG weit auszulegen, weil die Norm massiv in Grundrechte eingreife und schon von daher eng auszulegen sei. Für all die Frauen, die in höherem Alter eine künstliche Befruchtung anstrebten und denen nur eine genetische Untersuchung an pluripotenten Zellen zur Verfügung stehe, sei die Einhaltung des Verfahrens nach § 3a Abs. 2 ESchG eine Zumutung, der Vorbehalt der Ethikkommission nicht passend. Denn bei einem Chromosomenscreening könne die Kommission gar keine Entscheidung über den Einzelfall treffen. Sie könne nur entscheiden, ob Chromosomenscreenings generell bei Frauen ab einem gewissen Alter zulässig sein sollen oder nicht. Eine ethisch schwierige Einzelfallentscheidung liege hier gar nicht vor. Es sei allenfalls eine generelle ethische Frage, ob man Chromosomenscreenings zulassen möchte oder nicht. Für die Beantwortung allgemeiner ethischer Fragen sei aber der Gesetzgeber zuständig und nicht die Ethikkommission. Dies folge schon aus der Wesentlichkeitstheorie. Schließlich komme noch hinzu, dass es durchaus offen sei, ob einer älteren Frau ohne genetische Vorbelastung überhaupt eine zustimmende Bewilligung nach § 3a Abs. 2 ESchG erteilt werden könne. § 3a Abs. 2 Satz 2 ESchG greife nur, wenn man erstens für diese Bestimmung keinen Anlass für die Untersuchung außer dem Alter verlange und eine Chromosomenanomalie, die allein durch das Alter bedingt ist, als „Schädigung“ des Embryos zu verstehen ist. Dies werde in der Literatur nur von einer

Mindermeinung vertreten (Taupitz in Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, 2. Aufl. 2014, § 3a, Rn. 45; im Ergebnis wohl auch Scheffler, ZVL 2011, 9, 12 mit Fußnote 34). Die überwiegende Ansicht verlange aber konkrete Anhaltspunkte oder Indikationen und würde einer „alten“ Frau ohne Erbbelastung allein wegen ihres Alters keinen Ausnahmegrund im Sinne von § 3a Abs. 2 ESchG gestatten, mit der Folge, dass man die Frau dazu zwingt, eine unsinnige Schwangerschaft auf gut Glück auszuprobieren und das geringe Zeitfenster, das sie noch habe, sich dann auch noch zu schließen drohe. Auch der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass es verfassungsrechtlich bedenklich wäre, einschlägig vorbelasteten Paaren es praktisch unmöglich zu machen, eigene genetisch gesunde Kinder zu bekommen (BT-Drs. 17/5451, S. 3). Dies könne für nicht genetisch vorbelastete Eltern nicht anders sein. Für die Ärzte sei die Norm eine enorme Einschränkung ihrer aus ärztlicher Sicht richtig empfundenen Behandlungsmöglichkeiten. Für die Eltern sei es ein massiver Eingriff in ihr Grundrecht, die auf einfache Weise erreichbaren Informationen über ihr gezeugtes Embryo zu erhalten. Es sei wertungswidersprüchlich, eine Untersuchung, die isoliert an der Eizelle und am Embryo im Mutterleib rechtlich fraglos zulässig sei, an einem Reagenzglasembryo massiv einzuschränken. Die Behauptung, die Polkörperdiagnostik sei mit der hier relevanten Trophektodermbiopsie nicht zu vergleichen, weil eine Eizelle und nicht eine Zelle eines Embryos untersucht würde, sei formal richtig, materiell aber nicht. Sie übersehe, dass es auch bei der Polkörperdiagnostik um eine Selektionsentscheidung – bezogen auf schon existente Embryos – und nicht nur um Eizellen gehe. Das Schutzgut sei der Sache nach der Schutz von entwicklungsfähigen Embryonen. Bei § 8 ESchG fließe die Frage der Entwicklungsfähigkeit in die Definition der Embryonen ein und bei § 3a Abs. 2 ESchG dadurch, dass er bei den nicht entwicklungsfähigen Embryonen einen Ausnahmetatbestand schaffe. Bei der Trophektodermbiopsie zwecks Erkennung einer altersbedingten Entwicklungshemmung gehe es gerade um die Feststellung der Entwicklungsfähigkeit, aber in einer Form, die § 3a Abs. 1 ESchG wegen des technischen Fortschritts nicht mehr erfasse.

- 19 Sofern der Verwaltungsakt vom 2. Juni 2015 rechtswidrig sei, sei er aufzuheben. Damit entfielen auch die Gegenstände für die sofortige Vollziehung und für die Zwangsmittellandrohung gemäß Ziffer III. Aus dem gleichen Grund sei dann auch der Bescheid vom 10. Februar 2016, mit dem ein weiteres Zwangsgeld angedroht wurde, aufzuheben.

20 Die Klägerin beantragt zuletzt:

21 Das Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 7. September 2016 wird geändert. Der Bescheid der Beklagten vom 2. Juni 2015 wird in Ziffer I. 1 aufgehoben. Der Bescheid der Beklagten vom 10. Februar 2016 wird aufgehoben.

22 Mit Schriftsatz vom 2. Mai 2018 nahm die Landesrechtsanwaltschaft Bayern als Vertreter des öffentlichen Interesses zur Berufungsbegründung im Wesentlichen dahingehend Stellung, dass diese die von der Klägerin beabsichtigte Technik nach dem zu gewinnenden Untersuchungsobjekt und nach dem Untersuchungszweck beschreibe. Sie präge den Begriff der Trophektodermbiopsie auch unter Beachtung des von der Klägerin damit verfolgten Zwecks. Aus biologischer bzw. medizinischer Sicht stelle der Begriff der Trophektodermbiopsie nur darauf ab, in welchem Entwicklungsstadium und an welcher Position einem Embryo Zellen entnommen würden, um diese anschließend zu untersuchen und nicht darauf, worauf und wie die entnommenen Zellen untersucht würden. Der Begriff der Trophektodermbiopsie schließe also andere Untersuchungszwecke als das Feststellen von (häufig) durch das mütterliche Alter bedingten Chromosomenstörungen nicht aus. § 3a Abs. 1 ESchG differenziere jedenfalls seinem Wortlaut nach nicht zwischen dem Präimplantation Genetic Screening und einer PID im engeren Sinne, vielmehr definiere das Gesetz beide Techniken als PID. Die dafür vorausgesetzte genetische Untersuchung sei nicht im Embryonenschutzgesetz definiert, allerdings sei wohl die Definition des Gendiagnostikgesetzes (GenDG) verwendbar, die bei der genetischen Analyse als einer Form der genetischen Untersuchung (§ 3 Nr. 1 GenDG) sowohl am Chromosom ansetzt (§ 3 Nr. 2 Buchst. a GenDG) als auch an der DNA (§ 3 Nr. 2 Buchst. b GenDG).

23 Nach der Darstellung der Entstehungsgeschichte des § 3a ESchG in der Berufungsbegründung habe der Gesetzgeber mit § 3a ESchG allein die Situation geregelt, die der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zugrunde gelegen habe. Diese als „Sachverhalt“ überschriebene Wertung sei nicht unbedingt zu übernehmen. Der Angeklagte der vom Bundesgerichtshof entschiedenen drei Fälle, habe für Präimplantationsdiagnostiken jeweils „pluripotente, d.h. nicht zu einem lebensfähigen Organismus entwicklungsfähige Trophoblastzellen“ (BGH, a.a.O., Rn. 4) verwendet. Der Bundesgerichtshof habe zwischen solchen Zellen und totipotenten Zellen unterschieden, wobei er davon ausgegangen sei, dass Hintergrund der Strafbarkeit einer PID an totipotenten Zellen sei, dass ihre Entnahme oder Untersuchung den Embryo

schädigen könnte (BGH a.a.O., Rn. 22 ff.). Der Bundesgerichtshof habe angenommen, der Angeklagte habe Zellen entnommen, die in einem späteren Stadium die Placenta bilden würden, weswegen der Embryo(-blast) selbst nicht betroffen sei (BGH a.a.O., Rn. 23). Von einer gewissen Spezialisierung sei er also trotz der festgestellten Pluripotenz der betroffenen Zellen ausgegangen. Der Angeklagte der vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fälle habe Zellen von Embryonen untersucht, bei denen bei einem Elternteil eine (balancierte) Translokation vorgelegen habe. Deren Vererbung habe die Gefahr der Entstehung von Chromosomenaberrationen beinhaltet. Diese seien „Erbkrankheiten“, denen der Gesetzgeber mit einer bedingten Erlaubnis der PID habe gestatten wollen, vorzubeugen. Mit der Einfügung des § 3a ESchG habe der Gesetzgeber nach Auffassung der Landesrechtsanwaltschaft eine Grundsatzentscheidung treffen und nicht nur einen einzelnen Fall regeln oder eine vom Bundesgerichtshof festgestellte Strafbarkeitslücke füllen wollen.

- 24 Es sei fraglich, ob man mit der Berufungsbegründung sagen könne, dass murale Trophektodermzellen „deutlich weiter vom späteren Menschen entfernt“ seien als pluripotente Zellen. Denn im zeitlichen Ablauf der Entwicklung einer totipotenten Zelle zum Menschen sei das Stadium, in dem bereits murale Trophektodermzellen vorhanden seien, dem späteren Menschen näher. Zu der Argumentation, es scheine nicht fair zu sein, im Zusammenhang mit einer strafbegründenden Interpretation unter Zellen eines Embryos alle, auch murale Zellen, zu verstehen, im Rahmen eines Rechtfertigungsgrundes den gleichen Begriff dann aber einschränkend auszulegen und totipotente Zellen hier auszunehmen, sei zu sagen, dass eine einschränkende Auslegung im Rahmen eines Rechtfertigungsgrundes gar nicht nötig sei, weil eine Untersuchung totipotenter Zellen bereits nach § 2 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 ESchG nicht erlaubt wäre. Die Abspaltung einer totipotenten Zelle zum Zweck einer Diagnostik bedeute zudem ein nach § 6 Abs. 1 ESchG verbotenes Klonen (vgl. BGH, Urteil v. 6.7.2010 – 5 StR 386/09 – juris Rn. 22). Totipotente Zellen würden vom Anwendungsbereich des § 3a Abs. 1 ESchG nicht ausgenommen, um eine teleologische Reduktion zu erreichen, sondern um sie strengeren Vorschriften des Embryonenschutzgesetzes ohne Rechtfertigungsmöglichkeit zu unterwerfen bzw. um klarzustellen, dass sie diesen strengeren Vorschriften unterworfen seien. Der Wortlaut „Zellen eines Embryos“ erscheine vollkommen eindeutig auch auf murale Trophektodermzellen bezogen.

25 Soweit argumentiert werde, dass der Gesetzgeber nur eine vom Bundesgerichtshof diagnostizierte Gesetzeslücke habe schließen wollen, und an eine Technik, die an muralen Trophektodermzellen ansetze, 2011 gar nicht gedacht habe, werde angemerkt, dass eben weil 2011 die Biopsie und Untersuchung muraler Trophektodermzellen noch nicht bekannt gewesen sei, als Ansatzpunkt der PID notwendigerweise nur pluripotente Zellen genannt werden konnten. Es sei stets um eine Abgrenzung in Richtung totipotenter Zellen und nicht um eine Abgrenzung in Richtung weiter ausdifferenzierter Zellen gegangen, weil die Untersuchung nach dem damaligen Stand der medizinischen Technik nicht an letzteren habe durchgeführt werden können. Diese Umstände aus der Historie widerlegten, dass es dem Gesetzgeber allein auf eine bestimmte Art von Zellen angekommen sei. Daneben sei der Gesetzgeber bis zu der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu einem großen Teil der Ansicht gewesen, dass die PID im ESchG mitgeregelt, nämlich als Fall des § 2 Abs. 1 ESchG, verboten sei. Er habe daher eine Grundsatzentscheidung treffen wollen. Soweit in der Berufungsbegründung auf den Zweck einer trennscharfen Regelung, die das Präimplantationsdiagnostikgesetz habe bieten wollen, verwiesen werde, sei festzustellen, dass auf eine Trennschärfe, wie sie insbesondere durch eine Indikationenliste hätte erreicht werden können, ausdrücklich verzichtet worden sei. Der Gesetzgeber habe vielmehr Begriffe mit erst noch in der Rechtsanwendung zu präzisierenden oder auch verschiebbaren Grenzen wie „schwerwiegende Erbkrankheit“ oder „schwerwiegende Schädigung“ bevorzugt. Auch dies dürfte vor dem Hintergrund geschehen sein, eine Grundsatzentscheidung zu treffen, die nicht ständiger Überarbeitung bedürfe. Die Textpassage aus der Gesetzesbegründung „die Notwendigkeit die PID gesetzlich zu regeln, reiche allerdings nur insoweit, wie es die Legitimierung des Grundrechtseingriffs gebiete“ (BT-Drs. 17/5451, S. 7 (II.)) sei kein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber nicht all das, was begrifflich unter PID gefasst werden könne, habe regeln wollen. Sie sei vielmehr in Bezug auf die zuvor erwähnten Grundrechtspositionen Beteiligter zu verstehen, mit denen die zukünftigen Eltern gemeint sein dürften, aber auch, wie sich aus den folgenden Sätzen ergebe, Ärzte, die In-vitro-Fertilisationen durchführten. Deren Gewissensentscheidung, einen geschädigten Embryo nicht zu implantieren bzw. sich überhaupt erst in eine Situation zu begeben, die eine dahingehende Entscheidung erfordere, habe der Gesetzgeber nicht unterbinden wollen. Er betone daher die Freiwilligkeit der PID. Ein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber nicht jede denkbare Form der PID habe in die Regelung einbeziehen wollen, finde sich in diesem Kontext nicht.

- 26 Soweit die Rechtsauffassung der Klägerin sekundär auch auf § 2 Nr. 3 PIDV gestützt werde, sei angemerkt, dass diese Definition § 3 Nr. 1 StZG entnommen sei. Sie habe nur sicherstellen sollen, dass Untersuchungen an Zellen im Rahmen der Verordnung nur an pluripotenten und nicht an totipotenten Zellen durchgeführt werden dürften (BR-Drs. 717/12, S. 16). Es sei nicht erkennbar, inwiefern man dem Ordnungsgeber eine Einschränkungsabsicht unterstellen könne. In § 3a Abs. 3 Satz 3 Nrn. 1 bis 4 ESchG sei ausgeführt, was näher vom Ordnungsgeber zu bestimmen sei. Eine Definition der Zellen eines Embryos gehöre nicht dazu. Auch mit den Anforderungen an die Meldung in § 3a Abs. 3 Satz 3 Nr. 4 PIDV habe nicht erst definiert werden müssen, was unter PID selbst zu verstehen sei. Der Gesetzgeber habe dies vielmehr in § 3a Abs. 1 ESchG unmittelbar geregelt. Dies unterstelle auch die von der Berufungsbegründung zitierte Passage aus der Bundestagsdrucksache.
- 27 Totipotente Zellen seien an sich Zellen eines Embryos im Sinne von § 3a ESchG. Die Ausnahme vom Verbot bzw. von der Strafbarkeit der PID könne bei totipotenten Zellen schon wegen § 2 Abs. 1 ESchG und § 6 Abs. 1 ESchG nicht zur Anwendung kommen. Daher sei es kein weites oder extensives Verständnis des Begriffs der Zellen eines Embryos, wenn totipotente Zellen vom Anwendungsbereich des § 3a ESchG insgesamt ausgenommen würden. Dem Argument, die Technik sei seit dem BGH-Urteil fortgeschritten, sei entgegen zu halten, dass der Gesetzgeber mit dem Präimplantationsdiagnostikgesetz nicht auf eine bestimmte Technik oder ein bestimmtes Entwicklungsstadium des Embryos abstelle, sondern auf eine bestimmte Situation – die anstehende Selektionsentscheidung –, die bei der einen wie der anderen Technik vorliege. Die Selektionssituation sei einer der zentralen Aspekte der Bundestagsdebatten zur Präimplantationsdiagnostik gewesen.
- 28 Der Gesetzgeber habe die Überlegung, die Abnahme der Fertilität von Frauen in höherem Alter könne durch ein Chromosomenscreening ausgeglichen und so die Erfolgsrate der extrakorporalen Befruchtung erhöht werden, durchaus vor Augen gehabt. Der Entwurf eines Präimplantationsdiagnostikgesetzes, der schließlich im Wesentlichen Gesetz wurde, weise auf (neu entstandene) Chromosomenanomalien als häufigste Ursache einer Fehl- oder Totgeburt hin (BT-Drs. 17/5451, S. 8). Das statistisch höhere Risiko älterer Frauen, ein Kind mit einer Chromosomenaberration (insbesondere Trisomie 21) zu bekommen, sei allgemein bekannt gewesen, desgleichen ihr höheres Fehlgeburtsrisiko (unter Verweis auf Günther/Taupitz/Kaiser,

ESchG, 2. Aufl. 2014, A.IV. Rn. 199). Der Gesetzgeber habe auch für diese Situation die PID in § 3a Abs. 2 Satz 2 ESchG grundsätzlich vorgesehen, aber eben unter den gleichen Voraussetzungen wie bei Risiken aufgrund der genetischen Disposition eines oder beider Elternteile. Was er nicht gewollt habe, sei gewesen, dass Frauen ab einem bestimmten Alter bei Kinderwunsch zu einer In-vitro-Fertilisation mit PID verpflichtet oder auch nur indirekt aufgefordert würden. Darauf laufe allerdings die Argumentation der Berufungsbegründung hinaus, wenn sie unter anderem meine, eine Regelung, die Ärzte dazu zwingt, Patientinnen zu einer Ethikkommission zu schicken, die ein gewisses Alter überschritten hätten, sei fragwürdig. Auch hier, wo die Berufungsbegründung die Notwendigkeit einer restriktiven Interpretation des § 3a ESchG dahingehend sieht, ihn gar nicht anzuwenden, sei die Einzelfallentscheidung einer Ethikkommission vorgesehen und möglich. Zu den Umständen des jeweiligen Einzelfalls gehörten etwa das konkrete Alter der Frau und ihr Gesundheitszustand, ob sie schon Kinder habe und inwieweit diese gesund seien, ob sie Fehlgeburten oder fehlgeschlagene In-vitro-Fertilisationsversuche hinter sich habe, die Dringlichkeit des Kinderwunsches und die Partnerschaft, in der sie lebe. Der Berufungsbegründung sei an diesem Punkt darin zuzustimmen, dass für die Beantwortung allgemeiner ethischer Fragen der Gesetzgeber zuständig sei. Mit § 3a Abs. 2 Satz 2 ESchG habe der Gesetzgeber jedoch die Entscheidung getroffen, auch in den Fällen, dass eine Frau über 38 Jahre sich ein Kind nur nach PID wünsche, die Zulässigkeit der PID von der zustimmenden Bewertung einer Ethikkommission abhängig gemacht werde. Mit der PID werde eine von der Berufungsbegründung kritisch gesehene „Schwangerschaft auf Probe“ vermieden zugunsten einer „Fertilisierung auf Probe“, die ihrerseits Belastungen bedeute.

- 29 Die Berufungsbegründung kennzeichne als Schutzgut des Embryonenschutzgesetzes entwicklungsfähige Embryonen. § 3a Abs. 2 Satz 2 ESchG definiere jedoch nicht das Schutzgut des Embryonenschutzgesetzes, sondern setze es voraus. Diese Bestimmung spreche im Gegensatz zur Berufungsbegründung nicht von nicht entwicklungsfähigen Embryonen, sondern von der Wahrscheinlichkeit einer Tot- oder Fehlgeburt, setze eine gewisse Entwicklung also gerade voraus. Das Abstellen auf die Entwicklungsfähigkeit in der Berufungsbegründung ähnele eher dem Entwurf eines Gesetzes zur begrenzten Zulassung der Präimplantationsdiagnostik (BT-Drs. 17/5452), der nicht Gesetz geworden sei.

30 Die Beklagte beantragt,

31 die Berufung zurückzuweisen.

32 Sie schließt sich vollumfänglich den Ausführungen der Landesrechtsanwaltschaft Bayern als Vertreterin des öffentlichen Interesses an und verweist auf ihre Äußerungen im Berufungszulassungsverfahren. Dort hatte sie ausgeführt, dass der Gesetzgeber eine Grundsatzentscheidung bezüglich der PID habe treffen und nicht lediglich den vom BGH entschiedenen Fall regeln wollen. Das wesentliche ethische und rechtliche Problem, das der Gesetzgeber habe regeln wollen, sei, dass ein Embryo nach einer PID möglicherweise nicht implantiert werde und absterbe. Da es für die Frage der Implantation/Nichtimplantation nicht darauf ankomme, welche Zellen entnommen würden, sondern nur auf das Untersuchungsergebnis, habe sich durch die Weiterentwicklung der Untersuchungstechnik auch nichts an dem grundlegenden ethischen Problem geändert. Der Wortlaut des § 3a Abs. 1 ESchG lasse keine Einschränkung auf pluripotente Zellen erkennen. Schließlich liege auch bei „älteren Frauen“ kein „völlig anderer Fall“ vor, da es auch hier zu einer Selektion von Embryonen komme. Eine einschränkende Auslegung von „Zellen eines Embryos“ könne auch nicht aus Sinn und Zweck der Vorschrift gefolgert werden. Denn auch wenn ein Aneuploidiescreening negativ ausfalle, werde der Embryo verworfen. Selbst wenn nur euploide Embryonen entnommen seien, bedeute dies nicht, dass andere nicht dem Schutz des ESchG unterstünden. Denn § 3a Abs. 2 Satz 2 ESchG sehe gerade für solche Fälle eine Indikation vor.

33 Mit Schreiben vom 22. Juni 2018 bat der Senat die Landesrechtsanwaltschaft Bayern um Einholung einer Stellungnahme der Bayerischen Ethikkommission für Präimplantationsdiagnostik zu der Frage, ob diese die Tatbestandsvoraussetzungen des § 3a Abs. 2 Satz 2 ESchG für erfüllt ansieht, wenn aufgrund des Alters der Frau bzw. deren Eizelle ein erhöhtes Risiko für eine Tot- oder Fehlgeburt besteht oder ob ihrer Auffassung nach darüber hinaus auch eine medizinische Indikation für eine Tot- oder Fehlgeburt bestehen muss, wie zum Beispiel etwa eine bereits einmal erfolgte Tot- oder Fehlgeburt. Wenn möglich wurde auch um eine Stellungnahme dazu gebeten, ob die anderen in Deutschland eingerichteten Ethikkommissionen diese Frage gleich oder abweichend beurteilen. Außerdem wurde darum gebeten mitzuteilen, ob der Ethikkommission in der Vergangenheit bereits Fälle zur Entscheidung vorgelegen haben, in denen eine PID nur zur Erkennung einer altersbedingten Entwicklungs-

hemmung der befruchteten Eizelle beantragt wurde und wie die Ethikkommission in diesen Fällen entschieden hat.

- 34 Die Bayerische Ethikkommission für Präimplantationsdiagnostik nahm mit Schriftsatz vom 6. August 2018 dahingehend Stellung, dass sie für die Ermittlung der hohen Wahrscheinlichkeit im Sinne des § 3a Abs. 2 Satz 2 ESchG auf die individuelle Wahrscheinlichkeit für den Eintritt einer Tot- oder Fehlgeburt im Vergleich zur gleichaltrigen weiblichen Durchschnittsbevölkerung abstelle. Diese Wahrscheinlichkeit müsse im konkreten Einzelfall signifikant erhöht sein. Allein das Alter der Frau, von der die Eizelle stamme, reiche nicht aus. Auch bei Satz 2 müssten für die Annahme der hohen Wahrscheinlichkeit bereits vor der Untersuchung konkrete individualisierbare Anhaltspunkte für einen Schwangerschaftsverlauf im Sinne des § 3a Abs. 2 Satz 2 ESchG vorliegen. Dies könnten unter anderem Reifestörungen der Keimzelle oder auch bereits erlittene Tot- oder Fehlgeburten sein. Häufigste Ursache einer Tot- oder Fehlgeburt seien spontan entstehende chromosomale Fehlverteilungen in den elterlichen Keimzellen. In den meisten Fällen liege eine Aneuploidie der Eizelle vor. Bei jüngeren Frauen werde eine Aneuploidierate der Eizellen von 20 % bis 40 % angenommen. Mit zunehmendem mütterlichem Alter steige die Wahrscheinlichkeit einer Aneuploidie der Eizelle. In der Regel führten diese Chromosomenstörungen zu einem Frühabort. Vor allem aber Embryonen mit einer Trisomie 13, 18 oder 21 oder einer zahlenmäßigen Auffälligkeit der Geschlechtschromosomen könnten sich auch über die 12. Schwangerschaftswoche hinaus weiterentwickeln. In diesen Fällen ende die Schwangerschaft nicht zwangsläufig in einer Fehlgeburt, wenngleich auch die Wahrscheinlichkeit hierfür erhöht sei. Die mit erhöhtem mütterlichem Alter steigende Aneuploidierate führe ferner dazu, dass sich aus einer befruchteten Eizelle immer seltener überhaupt eine Schwangerschaft entwickeln könne. Es werde darauf hingewiesen, dass gemäß § 6 Abs. 4 Satz 1 PIDV bei jeder Entscheidung alle im konkreten Einzelfall maßgeblichen psychischen, sozialen oder ethischen Gesichtspunkte berücksichtigt würden, sodass auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen § 3a Abs. 2 Satz 2 ESchG als erfüllt angesehen werde, keine allgemein gültige Antwort gegeben werden könne. Ergänzend teilte die Landesrechtsanwaltschaft Bayern mit Schreiben vom 6. August 2018 mit, dass bei der Bayerischen Ethikkommission für Präimplantationsdiagnostik bisher rund 110 Anträge eingingen, welche auf die Indikation des § 3a Abs. 2 Satz 2 ESchG gestützt worden seien. Viele davon seien von Frauen mit erhöhtem mütterlichem Alter gestellt worden, bei Weitem aber nicht alle. Die PID allein zur Erkennung einer altersbedingten Entwicklungshemmung der befruchteten

Eizelle sei nur in wenigen Fällen so explizit beantragt worden, auch wenn dieser Hintergrund bei mehreren Anträgen durchaus angeklungen habe.

- 35 Auf die daneben beim Senat eingegangenen Stellungnahmen der übrigen Ethikkommissionen für PID wird Bezug genommen.
- 36 Die Klägerin nahm hierzu dahingehend Stellung, dass aus der Stellungnahme der Ethikkommission hervorgehe, dass es bei dem vorliegenden Rechtsstreit nicht mehr darum gehe, ob die Klägerin die Ethikkommission zu beteiligen habe oder nicht, sondern darum, ob es generell in Deutschland erlaubt oder verboten sei, bei älteren Frauen ohne signifikante Auffälligkeiten eine ausreichende Anzahl von Blastozysten zu erzeugen und zu untersuchen mit dem Ziel, ob eine schwangerschaftstaugliche Blastozyste vorliege oder nicht. Bei dieser Auslegung bewirke § 3a Abs. 1, Abs. 2 ESchG einen erheblichen Grundrechtseingriff. Der Wunsch, Kinder zu bekommen, sei grundrechtlich geschützt (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG). Die Entscheidung, bestehende medizinische Möglichkeiten zur Realisierung dieses Wunsches heranzuziehen, sei ebenfalls grundrechtlich geschützt. Ein generelles Verbot des Aneuploidiescreenings in Form der Trophektodermbiopsie im Zusammenhang mit dem ovariellen Altern bilde einen Grundrechtseingriff. Das Gewicht dieses Grundrechtseingriffs sei enorm hoch. Das Verbot bewirke eine nachhaltige Verschlechterung der Realisierungschancen einer Schwangerschaft für eine Vielzahl von Grundrechtsträgern. In einer großen Zahl von Fallgestaltungen führe dies beim gegenwärtigen medizinischen Stand zum vollständigen Verlust der Möglichkeit der Herbeiführung einer Schwangerschaft im relevanten Alter. Die zur Rechtfertigung herangezogenen Gemeinwohlgründe müssten ein erhebliches Gewicht besitzen, was aber nicht der Fall sei. Denn die Untersuchung berühre nicht in besonderer Weise Gemeinwohlbelange, insbesondere nicht erheblich den objektiven Gehalt anderer Grundrechte. Blastozysten, die nicht fähig seien, eine Schwangerschaft herbeizuführen, seien je nach dogmatischer Position eventuell noch vom objektiven Gehalt der Grundrechte von Art. 1 Abs. 1 GG oder Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG bzw. eventuell von Art. 2 Abs. 2 GG erfasst. Das Rechtfertigungsgewicht des Schutzgutes „nicht schwangerschaftsg geeignete Blastozysten“ sei aber gering. Ein substantieller Grundrechtsschutz setze zwar vermutlich noch nicht die Einnistung, aber doch zumindest die Fähigkeit zur Einnistung voraus. Es fehle daher an einem ausreichenden Gemeinwohlgrund zur Rechtfertigung dieses Eingriffs. Es liege daher nahe, im Rahmen des verfassungskonformen bzw. verfassungsfreundlichen Auslegens den

§ 3a Abs. 1 ESchG so zu interpretieren, dass die Trophektodermbiopsie im Zusammenhang mit dem ovariellen Altern nicht erfasst werde. Der Gesetzgeber selbst habe die PID nur soweit beschränken wollen, wie es die Legitimation des Grundrechtseingriffs gebiete. Darüber hinaus sei der Grundrechtseingriff zu schwergewichtig, als dass das eingreifende Gesetz hinreichend bestimmt sein müsste, um diesen zu rechtfertigen. Dies sei bei § 3a ESchG nicht der Fall. Das Ergebnis sei auch gesetzessystematisch in sich unsinnig. Der Gesetzgeber habe mit § 3 Abs. 2 Satz 2 ESchG Blastozysten, die nicht lebensfähig seien, in gewisser Weise für weniger schutzwürdig erklärt, als Blastozysten, die lebensfähige Schwangerschaften nach sich zögen. Daher würde es sehr überraschen, wenn der Gesetzgeber in den Fallgestaltungen, in denen die Blastozysten nicht einmal zu einer Schwangerschaft führen könnten, nun einen noch höheren Schutz vorsehen würde. Niste sich eine Blastozyste nicht ein, liege weder eine Fehl- noch eine Totgeburt nach der in der Gesetzesbegründung enthaltenen Definition (BT-Drs. 17/5451, S. 8) vor. Eine nicht erfolgreich verlaufende Schwangerschaft und eine nicht zustande kommende Schwangerschaft seien daher zwei deutlich unterschiedliche Ereignisse.

- 37 Es gebe jedoch eine winzige Teilmenge, bei der es um die Fallgestaltung einer ethischen Entscheidung im weiteren Sinne gehe und bei der die Situation im Zusammenhang mit ovariellen Altern äußerlich betrachtet ähnlich aussehe wie die Fälle mit einer erblichen Belastung. Diese spiele in der Praxis jedoch keine sehr große Rolle. Die verantwortliche Ärztin der Klägerin könne sich nicht entsinnen, einen solchen Fall in ihrer bisherigen Praxis schon einmal gesehen zu haben. Es handele sich um den Fall der Trisomie 21. Es gebe eine statistisch seltene, aber vorkommende erbliche Belastung mit einer Trisomie 21, die in aller Regel zu einer Totgeburt führe, aber in wenigen Fällen auch zu einer Lebendgeburt führen könne. Eltern mit Translokationen, auch einer Translokation, an der das Chromosom 21 beteiligt sei, hätten ein exorbitant hohes Risiko für Fehlgeburten und ein erhöhtes Risiko für ein Kind mit einer T21 und gehörten zu den eindeutigen PID-Fällen mit einer elterlichen Vorerkrankung i.S.v. § 3a Abs. 2 Satz 1 ESchG (und auch des Satzes 2). Andererseits sei auch denkbar, dass im Rahmen eines ovariellen Alterns ebenfalls eine Trisomie 21 erzeugt werde (freie T21). In der Regel trete nicht nur eine Trisomie auf, sodass die Blastozyste in der Regel nicht schwangerschaftstauglich sei. Es sei aber nicht ausgeschlossen, dass im Zusammenhang mit dem ovariellen Altern eine isolierte Trisomie 21 auftrete, bei der zumindest die Schwangerschaft möglich sei und auch eine Lebendgeburt erwartet werden könne. Die betroffenen

Blastozysten sähen in beiden Fällen vergleichbar aus, die behandelnde Ärztin wisse aber aufgrund des Verfahrens und den vorausgehenden Untersuchungen, ob es sich um eine erblich bedingte Trisomie 21 handele. Überspitzt formuliert werde im erblich belasteten Fall die Blastozyste mit der Trisomie 21 gesucht, um sie nicht einzusetzen, bei der Trophektodermbiopsie im Zusammenhang mit dem ovariellen Altern werde sie gesucht, weil sie zu der Gruppe der Blastozysten gehöre, die wenigstens zu einer Schwangerschaft führen könnte.

38 Nehme man an, es würde der Klägerin gelingen, bei einer 40-jährigen Frau 50 Eizellen zu stimulieren und sie zu zehn Blastozysten werden zu lassen (in der Praxis sei die Zahl in der Regel geringer) und würde sie nun alle zehn untersuchen und käme zu dem Ergebnis, dass acht Blastozysten nicht zu einer Schwangerschaft führen würden, eine mit einer Trisomie 21 belastet wäre, die aller Wahrscheinlichkeit nach zu einer Fehl- oder Totgeburt oder vielleicht auch zu einer Lebendgeburt mit einem behinderten Leben führen würde, und bei einer Blastozyste mit einer Lebendgeburt ohne Behinderung zu rechnen wäre. In diesem Fallbeispiel hätte die Untersuchung mit dem Zweck, die acht Blastozysten von den zwei anderen zu unterscheiden nach Ansicht der Klägerin nichts mit dem zu tun, was § 3a Abs. 1 ESchG verbieten möchte. Von den dann bestehenden Wahlmöglichkeiten habe nur die Wahlmöglichkeit, nur die Blastozyste einzusetzen, die die begründete Hoffnung in sich trage, unbelastetes Leben zu erzeugen, mit der Auswahlentscheidung zu tun, die der Gesetzgeber mit § 3a ESchG habe regulieren wollen. Denn nur hier würde zwischen möglichen Schwangerschaften unterschieden und ein wenig Gott gespielt. Würde man diese Auswahlentscheidung an eine Entscheidung der Ethikkommission binden oder sie der Klägerin untersagen, wäre der Gesetzeszweck von § 3a Abs. 1 ESchG auf jeden Fall erreicht, ohne dass der Klägerin die eigentliche Trophektodermbiopsie im Zusammenhang mit dem ovariellen Altern wirklich eingeschränkt wäre. In der Praxis spiele diese Frage keine relevante Rolle.

39 Zur Frage der von der Klägerin eingesetzten Technik wurde ausgeführt, dass sich diese von der in dem vom BGH entschiedenen Fall eingesetzten Technik unterscheidet. Dort seien pluripotente Zellen herangezogen und mithilfe der Fluoreszenz-in-situ-Hybridisierung (FISH) untersucht worden. Bei der Klägerin würden murale Trophektodermzellen mittels des Next Generation Sequencing (NGS) untersucht. In den letzten Jahren habe sie eine Comparative Genomic Hybridisation (CGH) herangezogen. Die eingesetzte Technik unterscheidet nicht zwingend danach, ob es um ein Chromosomenscreening zwecks Auffindung von Blastozysten, die zu Tot- oder

Fehlgeburten führen oder um eine Trophektodermbiopsie im Zusammenhang mit dem ovariellen Altern gehe. Dennoch sei es eine andere Technik als die im BGH-Fall eingesetzte.

- 40 Die Landesadvokatur Bayern führte hierzu aus, bei einem Aneuploidiescreening würde sich auch zeigen, ob grundsätzlich einer Weiterentwicklung zugängliche und damit schwangerschaftstaugliche Embryonen mit der Trisomie 13, der Trisomie 16, der Trisomie 18, der Trisomie 21 oder einer Monosomie X vorlägen. Blastozysten mit einem derartigen Befund würden von der Klägerin wohl kaum zur Übertragung vorgeschlagen werden bzw. würden die Frauen, die sich in einer Kinderwunschbehandlung befänden, den Transfer ablehnen. Sie bezweifle, dass allein der von der Klägerin als „völlig untergeordnet“ dargestellte Fall zu Auswahlentscheidungen führen würde.
- 41 Die Klägerin erwiderte darauf unter Vertiefung ihres Standpunktes, dass mit einem Trisomie 21 belastete Blastozysten eine Geburtswahrscheinlichkeit von 2 % besäßen. Bei den Trisomien 13 und 18 liege die Wahrscheinlichkeit bei 0,5 %, bei den Trisomien 23 und 16 werde kein Kind geboren.
- 42 Hinsichtlich weiterer Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze, die Akten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens sowie die Behördenakten und die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 29. November 2018 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

- 43 Gegenstand des Berufungsverfahrens ist, aufgrund der Konkretisierung des Zulassungsantrags in der Antragsbegründung, die Anfechtungsklage gegen den Bescheid der Beklagten vom 2. Juni 2015 (M 18 K 15.2602) und die Anfechtungsklage gegen die Androhung eines weiteren Zwangsgeldes im Bescheid vom 10. Februar 2016 (M 18 K 16.1370). Die erstinstanzlich noch unter dem letztgenannten Aktenzeichen des Verwaltungsgerichts München erhobene Feststellungsklage auf Feststellung, dass das im Bescheid vom 2. Juni 2015 unter Ziffer III angedrohte Zwangsgeld nicht fällig geworden sei, wurde bereits im Zulassungsverfahren ausweislich der Begründung des Zulassungsantrags nicht weiter verfolgt und war damit nicht mehr Gegenstand des Zulassungs- wie des Berufungsverfahrens.

- 44 In der Berufungsbegründung vom 15. Februar 2018 hat die Klägerin zudem ausgeführt, dass das Urteil des Verwaltungsgerichts insoweit nicht angegriffen werde, als dieses die Klage für unzulässig erklärt habe. Dies betraf die Anfechtungsklage gegen die Ziffer I.2 des Bescheids vom 2. Juni 2015. Nachdem in der Begründung des Zulassungsantrags die Anfechtungsklage gegen den Bescheid der Beklagten vom 2. Juni 2015 noch vollständig zum Gegenstand des Verfahrens gemacht worden war, stellt diese Einschränkung eine Rücknahme der Berufung dar. Diese war nach § 126 VwGO ohne die Zustimmung der Beklagten möglich, da die Anträge noch nicht gestellt waren. Insoweit war das Verfahren daher nach § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO analog einzustellen und nach § 126 Abs. 3 Satz 2 VwGO über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden.
- 45 Im Übrigen, also soweit sich die Berufung gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts über die Anfechtungsklage gegen Ziffer I.1 des Bescheids vom 2. Juni 2015 und gegen die Entscheidung über die Anfechtungsklage gegen den Bescheid vom 10. Februar 2016 (Androhung eines weiteren Zwangsgelds) richtet, ist die Berufung zulässig, aber unbegründet.
- 1.
- 46 Ziffer I.1 des Bescheids der Beklagten vom 2. Juni 2015 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Darin wurde der Klägerin untersagt, in ihrer Münchner Zweigniederlassung Trophektodermbiopsien durchzuführen und dieses Verbot wurde unter die auflösende Bedingung gestellt, dass die bayerische Ethikkommission für Präimplantationsdiagnostik in jedem Einzelfall eine zustimmende Bewertung abgegeben hat.
- 47 Dabei versteht der Bescheid den Begriff „Trophektodermbiopsie“ über den eigentlichen Wortsinn von „Biopsie“ (vgl. Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 259. Aufl. 2002, Stichwort: Biopsie) hinaus dahin, dass damit nicht nur die Entnahme einer Zelle des Trophektoderms, sondern auch deren genetische Untersuchung gemeint ist. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass der Bescheid nebeneinander und ohne erkennbare Differenzierung von „Trophektodermbiopsie“ und „Trophektoderm Diagnostik“ spricht und ist zwischen den Beteiligten auch unstrittig.

- 48 Die Untersagung findet ihre Rechtsgrundlage in Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 des Bayerischen Landesstraf- und Verordnungsgesetzes (LStVG) in Verbindung mit § 3a Abs. 4 des Embryonenschutzgesetzes (ESchG). Danach können die Sicherheitsbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben für den Einzelfall Anordnungen treffen, um rechtswidrige Taten, die den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit verwirklichen, zu unterbinden. Die Landeshauptstadt München ist nach Art. 6 LStVG örtlich zuständige Sicherheitsbehörde. Die Durchführung einer Präimplantationsdiagnostik im Sinne von § 3a Abs. 1 ESchG entgegen § 3a Abs. 3 Satz 1 ESchG ist nach § 3a Abs. 4 ESchG eine Ordnungswidrigkeit, die mit einer Geldbuße bis zu 50.000,00 € geahndet werden kann. Verstöße gegen formelle Rechtmäßigkeitsbestimmungen sind weder vorgetragen noch ersichtlich.
- 49 Entgegen der Argumentation der Klägerin ist die Anordnung auch materiell rechtmäßig. Die von der Klägerin beabsichtigte Untersuchung muraler Trophektodermzellen ist unabhängig vom mit der Untersuchung verfolgten Zweck eine Untersuchung der Zellen eines Embryos im Sinne von § 3a Abs. 1 ESchG. Damit sind die Tatbestandsvoraussetzungen einer PID nach § 3a Abs. 1 ESchG erfüllt. Da die Klägerin diese Untersuchungen ohne vorherige zustimmende Bewertung der Bayerischen Ethikkommission für Präimplantationsdiagnostik durchführen will, liegt auch ein Verstoß gegen § 3a Abs. 3 Satz 1 (konkret Nr. 2) ESchG vor, sodass der Tatbestand der Ordnungswidrigkeit des § 3a Abs. 4 ESchG erfüllt wird.
- 50 a) Zunächst ist festzuhalten, dass die Blastozysten, denen die zu untersuchenden Zellen entnommen werden, bereits Embryonen im Sinne von § 8 Abs. 1 ESchG darstellen. Was unter einem Embryo im Sinne des Embryonenschutzgesetzes zu verstehen ist, regelt § 8 Abs. 1 ESchG. Danach gilt als Embryo einerseits die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an (1. Alt.), andererseits aber auch jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle (2. Alt.). Der Gesetzgeber hat sich mit dieser Legaldefinition für einen sehr früh einsetzenden strafrechtlichen Schutz des Embryos entschieden (Müller-Terpitz in Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 8 ESchG Rn. 1), der bereits mit dem Zeitpunkt der Kernverschmelzung beginnt. Dieses Stadium haben die von der Klägerin ins Auge gefassten Blastozysten offensichtlich bereits überschritten. Ob die jeweilige Blastozyste fähig ist, sich in die Gebärmutter einzunisten, ist insoweit unerheblich. Denn, wie das Verwaltungsgericht in seinem Urteil (S. 12, unter Verweis auf den Beschluss des Senats vom 27.10.2015 – 20 CS 15.1904 – juris Rn. 20) überzeugend

ausgeführt hat, ist Entwicklungsfähigkeit im Sinne des § 8 Abs. 1 Var. 1 ESchG (nur die Fähigkeit der befruchteten Eizelle zur Zellteilung (vgl. auch Taupitz in Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 21)). Hat die befruchtete Eizelle ihre Fähigkeit zur Zellteilung bereits dadurch eindrucksvoll unter Beweis gestellt, dass sie das Blastozystenstadium (vgl. Deutscher Ethikrat, Stellungnahme, BT-Drs. 17/5210, S. 4) erreicht hat, so ist sie unabhängig von ihrer Fähigkeit zur Einnistung in die Gebärmutter oder zur Herbeiführung einer Schwangerschaft jedenfalls Embryo im Sinne von § 8 ESchG.

51 b) Entgegen der Argumentation der Klägerin sind „Zellen eines Embryo“ im Sinne von § 3a Abs. 1 ESchG nicht nur pluripotente Zellen (ebenso Taupitz in Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, 2. Aufl. 2014, § 3a, Rn. 17). Vielmehr umfasst § 3a Abs. 1 ESchG jede Art von Zellen, die zum Embryo in seiner im Zeitpunkt der Entnahme (Biopsie) der untersuchten Zellen von der Umgebung des Embryos abgrenzbaren Form gehören. Bei einer Biopsie im Blastozystenstadium, wie sie die Klägerin beabsichtigt, gehören daher zu den „Zellen eines Embryos“ im Sinne von § 3a Abs. 1 ESchG alle Zellen dieser Blastozyste. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat (S. 12/13 seines Urteils) sind auch murale Trophektodermzellen – unabhängig vom Grad ihrer Ausdifferenzierung – im Zeitpunkt der von der Klägerin vorgesehenen Biopsie noch Teil des Embryos im Sinne von § 3a Abs. 1 ESchG, da sie noch Teil der von der Zona pellicuda begrenzten Einheit sind. Zum Embryo in diesem Sinn gehören im hier interessierenden Zustand vor dem intrauterinen Transfer auch die Zellen des Trophektoderms, die für seine spätere Lebenserhaltung relevant sind und später zu einem Teil der Plazenta oder zu den Eihäuten werden. Ob diese Zellen (noch) totipotent, pluripotent oder nicht mehr pluripotent sind, ist im Rahmen des § 3a Abs. 1 ESchG ohne Bedeutung.

52 Dies ergibt die Auslegung des § 3a Abs. 1 ESchG. Die Auslegung hat grundsätzlich nach den anerkannten Auslegungsmethoden (Wortlaut, Historie, Systematik, Telos) zu erfolgen, wobei der Wortlaut der Norm Ausgangspunkt und Grenze der Auslegung markiert (allgemeine Meinung, vgl. BVerwG, U.v. 29.06.1992 – 6 C 11/92 – NVwZ 1993, 270, 271; U.v. 28.6.2018 – 2 C 14/17 – juris Rn. 20 m.w.N.).

53 aa) Die Klägerin will aus dem Wortlaut des § 3a Abs. 1 ESchG, der von der Untersuchung der „Zellen eines Embryos“ spricht, schließen, dass damit eine Einschränkung auf bestimmte Zellen verbunden sei. Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Denn,

da ein Embryo im Sinne von § 8 Abs. 1 ESchG aus Zellen besteht, ist eine genetische Untersuchung im Sinne des § 3a Abs. 1 ESchG immer die Untersuchung der „Zellen eines Embryos“. Der Senat kann daher aus der Verwendung des Begriffs „Zellen eines Embryos“ in § 3a Abs. 1 ESchG entgegen der Argumentation der Klägerin schon keine einschränkende Absicht des Gesetzgebers hin auf bestimmte Zellen erkennen.

- 54 Der Zusatz „Zellen eines Embryos“ dient in § 3a Abs. 1 ESchG tatsächlich allein der Umschreibung des Objekts der genetischen Untersuchung, die vom Gesetzgeber in § 3a Abs. 1 ESchG als Präimplantationsdiagnostik definiert wird. Gegenstand dieser genetischen Untersuchung sind eben die Zellen eines Embryos und nicht der gesamte Embryo, denn bei der genetischen Untersuchung werden die untersuchten Zellen zerstört (vgl. auch Deutscher Ethikrat, Stellungnahme, BT-Drs. 17/5210, S. 4). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der in der Berufungsbegründung gezogenen Parallele mit § 7 Abs. 1 Nr. 2 ESchG. Zwar ist dort ähnlich wie in § 3a Abs. 1 ESchG, wo der Terminus „Zellen eines Embryos“ verwendet wird, von den „Zellen des Embryos“ die Rede. Diese Formulierung dient dort aber allein der sprachlichen Klarstellung, dass es sich bei der in der mit dem menschlichen Embryo verbundenen Zelle enthaltenen Erbinformation um eine andere handelt, als in den Zellen dieses Embryos vorhanden ist. Inwiefern dies für die Auslegung des § 3a Abs. 1 ESchG von Bedeutung sein kann, leuchtet nicht ein und wird in der Berufungsbegründung auch nicht näher dargelegt.
- 55 Eine andere Wortlautauslegung lässt sich entgegen der Berufungsbegründung auch nicht damit begründen, dass die Formulierung „Zellen eines Embryo“ deshalb gewählt worden sei, weil eine Untersuchung totipotenter Zellen „nach fast einhelliger Ansicht“ gemäß § 2 und § 6 ESchG schon immer verboten gewesen sei und diese daher bei § 3a Abs. 1 ESchG nicht erfasst würden. Hintergrund dessen sei, bei totipotenten Zellen die Rechtfertigungsmöglichkeit gemäß § 3a Abs. 2 ESchG kategorisch auszuschließen. Zu diesem Zweck werde der Normtext des § 3a Abs. 1 ESchG teleologisch reduziert. Diese Argumentation lässt einerseits außer Acht, dass der Wortlaut des § 3a Abs. 1 ESchG keinen Ansatzpunkt für eine einschränkende Auslegung von „Zellen eines Embryos“ gibt. Aus ihm lassen sich keine Hinweise dafür ableiten, dass eine bestimmte Art von Zellen nicht „Zellen eines Embryos“ sind. Daneben ergibt sich das Ergebnis, dass die Untersuchung von totipotenten Zellen ungeachtet des Rechtfertigungsgrunds des § 3a Abs. 2 ESchG strafbar ist, auch

ohne eine solche teleologische Reduktion. Denn schon aufgrund seiner systematischen Stellung in dem allein die Strafbarkeit der PID regelnden § 3a ESchG verbietet sich eine Anwendung des Rechtfertigungsgrundes nach § 3a Abs. 2 ESchG auf die bei einer Entnahme bzw. Untersuchung totipotenter Zellen einschlägigen §§ 2 und 6 ESchG. Eine teleologische Reduktion des § 3a Abs. 1 ESchG ist dafür nicht notwendig. Letztlich kann dies aber dahingestellt bleiben. Denn die Frage, ob die Entnahme und/oder Untersuchung totipotenter Zellen nach anderen Bestimmungen des ESchG strafbar ist, kann keine Bedeutung für die Auslegung des Begriffs „Zellen eines Embryos“ in § 3a Abs. 1 ESchG haben. Auch die Frage, ob § 3a Abs. 2 ESchG auch bei anderen Straftatbeständen des ESchG auf der Rechtfertigungsebene Berücksichtigung finden kann, ist für die Auslegung des § 3a Abs. 1 ESchG ohne Bedeutung.

- 56 Da die Wortlautauslegung keinen Anhaltspunkt für den Ausschluss von totipotenten Zellen aus dem Begriff der „Zellen eines Embryos“ i.S.v. § 3a Abs. 1 ESchG gibt, geht die weitergehende Argumentation der Klägerin, dass aus dem Ausschluss der totipotenten Zellen aus dem Anwendungsbereich des § 3a ESchG geschlossen werden müsse, dass nicht mehr pluripotente Zellen nicht „Zellen eines Embryos“ seien, ins Leere. Daneben ist eine solche Auslegung mit dem Wortlaut der Bestimmung nicht vereinbar, da dieser (wie bereits ausgeführt) keinerlei Ansatzpunkt dafür enthält, dass eine bestimmte Art von Zellen nicht „Zellen eines Embryos“ sind. Es ist vielmehr eindeutig, dass auch die hier in Frage stehenden muralen Trophektodermzellen – ungeachtet der Frage, ob sie tatsächlich, wie von der Klägerin vertreten, nicht mehr pluripotent sind, was von der Beklagten und der Landesadvokatur Bayern bezweifelt wird (vgl. die Niederschrift über die mündliche Verhandlung v. 29. November 2018) – jedenfalls „Zellen eines Embryos“ sind.
- 57 Die Wortlautauslegung hat damit zum Ergebnis, dass nach ihr die Untersuchung einer Zelle des Embryos, egal welcher Art, für das Vorliegen einer PID nach § 3a Abs. 1 ESchG ausreichend ist. Pluripotente Zellen werden weder in § 3a Abs. 1 noch in § 8 Abs. 1 ESchG erwähnt. Für die Wortlautauslegung sind diese daher in keiner Weise relevant.
- 58 bb) Aber auch die historische Gesetzesauslegung gibt für die von der Klägerin behauptete Begrenzung des Begriffs der „Zellen eines Embryos“ auf pluripotente Zellen nichts her. Insbesondere lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen,

dass mit dem mit Wirkung vom 8. Dezember 2011 in das Embryonenschutzgesetz eingefügten § 3a ESchG allein der im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 6. Juli 2010 (5 StR 386/09) entschiedene und für nicht strafbar erkannte Sachverhalt einer Regelung zugeführt werden sollte. Im Gegenteil lässt sich aus der Gesetzesbegründung klar ableiten, dass es dem Gesetzgeber darum ging, eine über den vom BGH entschiedenen Fall hinausgehende grundsätzliche Regelung der PID zu treffen.

- 59 Einerseits führt die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 17/5451, S. 2, unter „A. Problem“) aus, dass der BGH mit seinem Urteil vom 6.7.2010 festgestellt habe, dass die PID „unter bestimmten Voraussetzungen“ straffrei sei. Damit stehe fest, dass die PID in der vom BGH zu entscheidenden Konstellation nicht strafbar sei. Eine eindeutige gesetzgeberische Grundentscheidung, ob und inwieweit die PID in Deutschland Anwendung finden solle, stehe jedoch aus. Der Gesetzentwurf weist also bereits eingangs darauf hin, dass eine Grundsatzentscheidung „ausstehe“. Auch in den weiteren Ausführungen (A Allgemeiner Teil, I., BT-Drs. 17/5451, S. 7) wird zwar auf das BGH-Urteil verwiesen, es findet sich aber wiederum keine Aussage, dass gerade dieser Fall geregelt werden sollte. Im Gegenteil wird unter II. ausgeführt, dass es nur in bestimmten Fällen medizinisch vertretbar sei, künstlich gezeugte Embryonen (...) zu untersuchen. Der Gesetzgeber sei gehalten, Rechtssicherheit zu schaffen. Weiter unten führt die Gesetzesbegründung unter III. aus, dass der Entwurf dem Ziel diene, durch eine ausdrückliche Bestimmung im Embryonenschutzgesetz die gesetzliche Grundlage für eine eng begrenzte Anwendung der PID zu schaffen (BT-Drs. 17/5451, S. 7).
- 60 Zielrichtung des Gesetzentwurfs war also die Schaffung von Rechtssicherheit im Sinne einer Grundsatzentscheidung; eine Begrenzung auf den vom BGH entschiedenen Fall lässt sich nicht erkennen. Das Urteil des BGH hat, auch wenn es letztlich der Auslöser für das Tätigwerden des Gesetzgebers war, über den Wortlaut der Gesetzesbegründung hinaus keine Bedeutung.
- 61 Die nach der Auffassung der Klägerin allein von § 3a Abs. 1 ESchG erfassten pluripotenten Zellen werden zudem (ebenso wie in der Bestimmung selbst) in der Begründung des Gesetzentwurfs nicht erwähnt. Dies deutet darauf hin, dass die Frage, ob die im Rahmen einer PID untersuchten Zellen pluripotent oder nicht (mehr) sind, für den historischen Gesetzgeber nicht von Bedeutung war. Dementsprechend ist es auch für die historische Auslegung der Bestimmung nicht relevant, ob der

Gesetzgeber bei der Beschlussfassung über den Gesetzentwurf daran gedacht hat, dass präimplantationsdiagnostische Untersuchungen zu diesem Zeitpunkt oder künftig auch an nicht mehr pluripotenten Zellen vorgenommen werden könnten.

- 62 Nicht nachvollziehbar ist insbesondere das Argument der Klägerin, eine Erwähnung der pluripotenten Zellen sei nur unterblieben, weil deren Definition, wie § 2 PIDV zeige, zu lang für ein Parlamentsgesetz gewesen wäre. Tatsächlich zeigt der Blick auf § 2 Nr. 3 PIDV, dass die dort formulierte (im Übrigen für die Auslegung des § 3a Abs. 1 ESchG schon aus Gründen der Normhierarchie nicht relevante) Definition der Zellen i. S. d. § 2 Nr. 1 und 2 PIDV keine besondere Länge hat. Insbesondere im Vergleich zu anderen Legaldefinitionen ist nicht erkennbar, dass eine derartige Definition, wäre sie denn vom Gesetzgeber gewollt gewesen, nicht auch im Gesetz hätte erfolgen können.
- 63 cc) Aus der Systematik des Embryonenschutzgesetzes lässt sich nichts für die Position der Klägerin, dass nur pluripotente Zellen Gegenstand einer PID nach § 3a Abs. 1 ESchG sein können, ableiten. Insbesondere kann die Klägerin, wie bereits das Verwaltungsgericht in seinem Urteil überzeugend ausgeführt hat (vgl. VG München, U.v. 7.9.2016 – M 18 K 15.2602 und M 18 K 16.1370 – juris Rn. 46), sich nicht auf § 2 Nr. 3 PIDV berufen. Dieser definiert die Zellen im Sinne von § 2 Nr. 1 und 2 PIDV als Stammzellen, die (a) einem in vitro erzeugten Embryo entnommen worden sind und die die Fähigkeit besitzen, sich in entsprechender Umgebung selbst durch Zellteilung zu vermehren und die (b) sich selbst oder deren Tochterzellen sich unter geeigneten Bedingungen zu Zellen unterschiedlicher Spezialisierung, jedoch nicht zu einem Individuum zu entwickeln vermögen. Die Formulierung entspricht (bis auf die Untergliederung in (a) und (b)) wörtlich der Definition der pluripotenten Stammzellen in § 3 Nr. 1 StZG, wiederholt aber diesen Begriff nicht.
- 64 (1) Die Bestimmung nimmt durch die Formulierung im 2. HS von Nr. 3 lit. b), dass die Zellen sich nicht zu einem Individuum zu entwickeln vermögen, einerseits (insoweit zwischen den Beteiligten unstreitig) eine Abgrenzung von den totipotenten Zellen vor und stellt für die PIDV klar, dass totipotente Zellen keine Zellen eines Embryos im Sinne von § 2 Nr. 1 PIDV sind (Müller-Terpitz in Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 3a ESchG, Rn. 6; Plesse/Spegele, Bayerisches Ärzteblatt 2015, 182; BR-Drs. 717/12, 16). Aus der Wortlautidentität mit § 3 Nr. 1 StZG leitet ein Teil der Literatur daneben eine Begrenzung auf die dort legaldefinierten pluripotenten

(Stamm-)Zellen ab (Müller-Terpitz in Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 3a ESchG, Rn. 6; Frommel, JZ 2013, 488, 489f; Frommel et al., JRE 2013, 6, 12ff.), womit nicht mehr pluripotente Trophektodermzellen (geht man mit der Klägerin davon aus, dass diese bereits ihre Pluripotenz verloren haben) von der Begriffsbestimmung ausgenommen wären. Gegen diese Auffassung spricht schon, dass in § 2 Nr. 3 PIDV – anders als in § 3 Nr. 1 StZG – von pluripotenten Zellen nicht die Rede ist. Für sich genommen stellt § 2 Nr. 3 lit. b), 2. HS PIDV nur klar, dass totipotente Zellen nicht von § 2 Nr. 1 und 2 PIDV erfasst sind. Im Übrigen verlangt § 2 Nr. 3 PIDV nur, dass die Fähigkeit, sich unter geeigneten Bedingungen zu Zellen unterschiedlicher Spezialisierung zu entwickeln, bestehen muss. Dass damit murale Trophektodermzellen, die sich ausgehend vom Blastozystenstadium, in dem sie entnommen werden, wohl auch noch weiter ausdifferenzieren, wenn auch vielleicht nicht mehr in so unterschiedlicher Weise wie pluripotente Zellen, ausgeschlossen wären, erscheint jedenfalls fraglich. Hierfür spricht im Übrigen auch, dass auch die Begründung der PIDV nur davon spricht, § 2 PIDV „in Anlehnung“ an § 3 Nr. 1 StZG zu formulieren. Insbesondere bei fehlender Wortlautidentität bedeutet eine „Anlehnung“ an eine andere Norm aber nicht, dass beide Bestimmungen den gleichen Inhalt haben.

65 Ungeachtet der Tatsache, dass die Begründung einer Verordnung für die Auslegung der ihr zugrunde liegenden Ermächtigungsnorm schon aus systematischen Gründen keine Bedeutung haben kann, ergibt sich aber entgegen der Klägerin aus dieser nicht, dass eine Einschränkung des Begriffs der Zellen eines Embryos im Sinne des § 3a Abs. 1 ESchG überhaupt vom Ordnungsgeber beabsichtigt war. Denn die Verordnungsbegründung spricht nur davon, dass mit der Formulierung sichergestellt sei, dass die Untersuchung an pluripotenten und nicht an totipotenten Zellen durchgeführt werde (BR-Drs. 717/12, 16). Sie dient daher nach der Vorstellung des Ordnungsgebers der Abgrenzung gegenüber der Untersuchung totipotenter Zellen. Eine Einschränkung bezüglich nicht mehr pluripotenter Zellen war vom Ordnungsgeber hingegen nicht vorgesehen (ebenso BayVGH, B.v. 27.10.2015 – 20 CS 15.1904 – juris, Rn. 21).

66 (2) Letztlich kann dies aber dahingestellt bleiben, da der Ordnungsgeber der PIDV zu einer so verstandenen Definition der Zellen eines Embryos im Sinne des § 3a Abs. 1 ESchG durch das ESchG gar nicht ermächtigt war. § 2 Nr. 3 lit. b) PIDV geht, sieht man darin eine Einschränkung des Begriffs „Zellen eines Embryos“ nach § 3a

Abs. 1 ESchG, über die in § 3a Abs. 3 Satz 3 ESchG erteilte Ermächtigung hinaus und wäre daher insoweit unwirksam. Er kann daher für die Auslegung des § 3a ESchG keine Bedeutung haben. Denn § 3a Abs. 3 Satz 3 ESchG ermächtigt den Verordnungsgeber nur zur Regelung des Näheren bzgl. der Zulassung der PID-Zentren (Nr. 1), der verfahrensmäßigen Anforderungen an das Verfahren vor den Ethikkommissionen (Nr. 2), hinsichtlich der Einrichtung und Ausgestaltung der Zentralstelle (Nr. 3) und zu den Anforderungen an die Meldung der im Rahmen der Präimplantationsdiagnostik durchgeführten Maßnahmen (Nr. 4). Über diese abschließend genannten und klar abgrenzbaren Bereiche hinaus erlaubt § 3a Abs. 3 Satz 3 ESchG dem Verordnungsgeber eine Regelung nicht. Eine Ermächtigung zu einer Definition des Begriffs der Präimplantationsdiagnostik oder der „Zellen eines Embryos“ im Sinne von § 3a Abs. 1 ESchG ist damit nicht verbunden.

67 Weiter lässt sich eine Verordnungsermächtigung zur Definition des Begriffs „Zellen eines Embryos“ entgegen der Argumentation der Klägerin im Berufungsverfahren nicht aus § 3a Abs. 3 Satz 3 Nr. 4 ESchG (Anforderungen an die Meldung von im Rahmen der PID durchgeführten Maßnahmen) ableiten. Denn nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG muss eine Verordnungsermächtigung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt sein (vgl. Mann in Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 80, Rn. 23 ff; Uhle in Beck-OK GG, 39. Edition Stand 15.11.2018, Art. 80, Rn. 19). Dass mit den Anforderungen an die Meldung von im Rahmen der Präimplantationsdiagnostik durchgeführten Maßnahmen auch eine Definition der Zellen eines Embryos, die überhaupt Gegenstand einer PID sein können, verbunden ist, geht aus § 3a Abs. 3 Satz 3 Nr. 4 ESchG nicht, geschweige denn hinreichend klar hervor. Die Argumentation der Klägerin berücksichtigt den Wortlaut der Ermächtigungsnorm nicht und missachtet dessen Inhalt.

68 Soweit die Klägerin argumentiert, aus der Gesetzesbegründung gehe hervor, dass nach den Vorstellungen des Gesetzgebers mit der Verordnung nach § 3a Abs. 3 Satz 3 ESchG der § 3a ESchG allgemein konkretisiert werden sollte, übersieht sie, dass die von ihr zitierte Begründung (BT-Drs. 17/5451, S. 8) nicht die Fassung des § 3a Abs. 3 Satz 3 ESchG betrifft, die Gesetz geworden ist, sondern die ursprünglich im Gesetzentwurf enthaltene Fassung, die nur lautete: „Das Nähere wird durch Verordnung der Bundesregierung geregelt.“ Erst in der Ausschussberatung erhielt § 3a Abs. 3 Satz 3 ESchG die dann Gesetz gewordene Fassung (vgl. BT-Drs. 17/6400), dies insbesondere deshalb, um dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot zu

genügen (a.a.O. S. 14). Von einem Auftrag zur allgemeinen Konkretisierung des § 3a ESchG an den Ordnungsgeber kann daher auch nach der Gesetzesbegründung nicht die Rede sein.

69 (3) Dessen ungeachtet würde eine Verordnungsermächtigung, die dem Ordnungsgeber überließe zu definieren, was unter den „Zellen eines Embryos“ im Sinne von § 3a Abs. 1 ESchG zu verstehen ist, gegen die Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, B.v. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 – BVerfGE 83, 130, 142 [juris Rn. 39 m.w.N.], vgl. Kirchhof in Maunz/Dürig, GG, 84. EL August 2018, Art. 83, Rn. 33ff; Mann in Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 21 f m.w.N.) verstoßen. Danach verpflichten Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen und diese nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive zu überlassen. Wie weit der Gesetzgeber die für den fraglichen Lebensbereich erforderlichen Leitlinien selbst bestimmen muss, richtet sich maßgeblich nach dessen Grundrechtsbezug. Eine Pflicht dazu besteht, wenn miteinander konkurrierende grundrechtliche Freiheitsrechte aufeinandertreffen und deren jeweilige Grenzen fließend und nur schwer auszumachen sind. Bei der Präimplantationsdiagnostik treffen das Lebensrecht und der Menschenwürdeschutz des in vitro erzeugten Embryos und die allgemeine Handlungsfreiheit der Mutter bzw. der Eltern sowie die Berufsfreiheit der Präimplantationsdiagnostiken durchführenden Ärzte bzw. Labors aufeinander (vgl. hierzu weiter unten). Die Regelung der PID erfolgt daher in einem Bereich, in dem konkurrierende Freiheitsrechte aufeinandertreffen. Die Frage, welcher Art die im Rahmen der PID zu untersuchenden Zellen sein können, stellt eine für deren Anwendungsbereich und für die Reichweite des strafrechtlichen Verbotes des § 3a Abs. 1 ESchG grundlegende Frage dar, sodass sie im Sinne der dargestellten Rechtsprechung als „wesentlich“ anzusehen ist (ebenso Plesse/Spegele, Bayerisches Ärzteblatt 2015, 182). Eine weitergehende Vertiefung erübrigt sich, da es hierauf für den vorliegenden Rechtsstreit nicht entscheidungserheblich ankommt, da § 3a Abs. 3 Satz 3 ESchG dem Ordnungsgeber, wie oben dargestellt, bereits eine solche Ermächtigung nicht erteilt.

70 dd) Schließlich widersprechen auch Sinn und Zweck der Regelung einer Auslegung von „Zellen eines Embryos“ dahingehend, dass nicht mehr pluripotente Trophektodermzellen aus dem Anwendungsbereich des § 3a Abs. 1 ESchG ausgenommen wären.

- 71 Die Klägerin will die Untersuchung nicht mehr pluripotenter Trophektodermzellen aus dem Anwendungsbereich des § 3a Abs. 1 ESchG ausnehmen, da diese sich von den dem Gesetzgeber vorschwebenden pluripotenten Zellen fundamental unterschieden, sodass eine Anwendung des § 3a ESchG nach dem Zweck der Regelung nicht gerechtfertigt sei. Dies trifft aber nicht zu.
- 72 Denn Zweck des durch § 3a ESchG geschaffenen Verbots der PID mit „eng begrenzten Ausnahmen“ (BT-Drs. 17/5451, S. 8, linke Spalte) ist der Schutz des Embryos in vitro vor einer Nichtimplantation aufgrund einer genetischen Untersuchung und dem darauffolgenden Absterben lassen (Verwerfung) (BT-Drs. 17/5451, S. 7 und 8). Dafür spielt es aber keine Rolle, ob die Verwerfung aufgrund der Untersuchung einer totipotenten, pluripotenten oder nicht mehr pluripotenten Zelle erfolgt. Denn in allen diesen Fällen ist das Ergebnis für das betroffene Schutzgut gleich, nämlich dass der Embryo nicht eingepflanzt wird und abstirbt (Taupitz in Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, 2. Aufl. 2014, § 3a Rn. 17). Dementsprechend weist die Beklagte zutreffend darauf hin, dass die grundlegende ethische Frage, ob der jeweilige Embryo nach der Untersuchung wegen deren Ergebnis implantiert wird oder nicht, sich unabhängig von der Art der untersuchten Zellen stellt.
- 73 Dass es bei den von der Klägerin geplanten/durchgeführten Untersuchungen, die diese nach ihrem Vortrag sowohl im verwaltungsgerichtlichen Verfahren als auch im Berufungsverfahren allein auf den Zweck der Feststellung der Entwicklungsfähigkeit des Embryos aufgrund des ovariellen Alterns bzw. des Alters der Frau, von der die Eizelle stammt, beschränken will, zu derartigen Selektionsentscheidungen kommen kann, steht zur Überzeugung des Senats fest. Die Klägerin versucht zwar, dies mit der Argumentation, sie suche nach einer entwicklungsfähigen, euploiden Zelle, und die nicht ausgewählten Embryonen wären ja ohnehin nicht entwicklungsfähig bzw. würden zu einer Tot- oder Fehlgeburt führen, zu widerlegen. Jedoch kann es auch nach ihrem eigenen Vortrag zu Selektionsentscheidungen kommen.
- 74 Denn die von der Klägerin geplanten genetischen Untersuchungen des Chromosomenmaterials der entnommenen muralen Trophektodermzellen zielen auf die Feststellung von bei ihnen vorhandenen Chromosomenaberrationen, von Aneuploidien. Diese führen neben der mit einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit vorliegenden fehlenden Entwicklungsfähigkeit in Einzelfällen aber auch zu einer grundsätzlich, wenn

auch mit einer geringen statistischen Wahrscheinlichkeit positiv verlaufenden Schwangerschaft, die jedoch zu einem behinderten Kind führt. Das wird von der Klägerin ausdrücklich zugestanden für den Fall einer isolierten, „freien“ Trisomie 21 (vgl. die Angaben in der mündlichen Verhandlung vom 29. November 2018). Ähnliches gilt (wenn auch zum Teil mit einer noch geringeren Wahrscheinlichkeit) für die ebenfalls mit der von der Klägerin durchzuführenden Methode feststellbaren Trisomien 8, 13 und 18 und für Veränderungen für Geschlechtschromosomen wie dem Klinefelter-Syndrom oder der Monosomie X (Grüber/de Gruisbourne/Pömsl, Präimplantationsdiagnostik in Deutschland, Handreichung des Instituts Mensch, Ethik und Wissenschaft gGmbH, verfügbar unter: www.imew.de, zuletzt recherchiert am 10.1.2019, S. 9 und 32/33), die jedoch regelmäßig mit vergleichsweise schweren Behinderungen einhergehen. Alle diese Fehlverteilungen von Chromosomen können mit der Untersuchungsmethode der Klägerin festgestellt werden. Wird eine derartige Fehlverteilung festgestellt, kann diese Anlass zu einer Verwerfung des Embryos aus diesem Grunde geben. Ob diese von dem durchführenden Labor wie der Klägerin oder von dem Labor auf ausdrückliche Anweisung der Mutter bzw. der Eltern des in vitro erzeugten Embryos durchgeführt wird, ist insoweit unerheblich. Daher kommt es auch nicht darauf an, dass die Klägerin, wie sie in der mündlichen Verhandlung angab, die Entscheidung über die Einpflanzung bzw. Nichteinpflanzung eines Embryos, bei dem eine Aneuploidie festgestellt worden ist, der Mutter überlässt. Mit dem Anlass für eine Selektion wird gerade die in der Begründung des Gesetzentwurfs unter Ziffer A III. genannte Konstellation relevant (BT-Drs. 17/5451, S. 7, rechte Spalte): „Bei der Abwägung zwischen den Ängsten und Nöten der Betroffenen und ethischen Bedenken gegen die Nichtimplantation eines schwer geschädigten Embryos trifft dieser Gesetzentwurf eine Entscheidung zugunsten der betroffenen Frau. (...) Über die Durchführung der PID ist jedoch in jedem Einzelfall gesondert zu entscheiden.“ Die Wahrscheinlichkeit oder Häufigkeit, in der es bei den von der Klägerin geplanten Untersuchungen zu einer solchen möglichen Selektionsentscheidung kommt, ist dabei unerheblich. Maßgeblich ist allein, dass diese Möglichkeit aufgrund der Untersuchung besteht. Gerade diese Selektionsentscheidung wollte der Gesetzgeber aber von einer im Einzelfall zu treffenden Entscheidung der Ethikkommission abhängig machen.

75 Dass die von der Klägerin vertretene Auslegung des § 3a Abs. 1 ESchG zu mit dem Gesetzeszweck keinesfalls vereinbaren Ergebnissen führen würde, zeigt auch die folgende Überlegung: Würden nämlich nicht mehr pluripotente Zellen, die einer

Blastozyste entnommen werden, schon keine „Zellen eines Embryos“ i.S.v. § 3a Abs. 1 ESchG sein, dann wäre die genetische Untersuchung dieser Zellen nicht nach dieser Bestimmung verboten und müsste auch nicht erst durch eine Ethikkommission für Präimplantationsdiagnostik erlaubt werden. Damit wären genetische Untersuchungen dieser Zellen auch über die eng begrenzten Rechtfertigungsgründe des § 3 Abs. 2 ESchG hinaus erlaubt. Die Klägerin könnte an diesen Zellen alle möglichen genetischen Untersuchungen und nicht nur die nach ihrem Vortrag bezweckten bzgl. des ovariellen Alterns vornehmen, ohne dabei an die Rechtfertigungsgründe des § 3a Abs. 2 ESchG oder eine Entscheidung einer Ethikkommission gebunden zu sein. Auch die nach § 3a Abs. 3 Satz 2 ESchG zu befolgenden Melde- und Dokumentationspflichten würden hierfür dann nicht anwendbar sein. Einer Selektion von Embryonen, die der Gesetzgeber auf wenige Fälle begrenzen wollte, wäre damit Tür und Tor geöffnet.

76 c) Rechtlich unerheblich ist, dass die Klägerin die von ihr entnommenen muralen Trophektodermzellen allein mit dem Ziel untersuchen will festzustellen, ob die jeweiligen Embryonen die Fähigkeit haben, sich in der Gebärmutter einzunisten und eine Schwangerschaft herbeizuführen. Denn die Legaldefinition der PID in § 3a Abs. 1 ESchG differenziert nicht nach den mit ihr verfolgten Zwecken. Vielmehr definiert sie die PID allein nach ihrem Objekt (Zellen eines Embryos vor seinem intrauterinen Transfer) und der Methode der Untersuchung (genetische Untersuchung). Damit besteht auch kein Einfallstor für eine Auslegung nach dem Zweck der Untersuchung mit der Folge, dass auch für eine verfassungskonforme Auslegung kein Raum ist. Denn das Gebot der verfassungskonformen Auslegung verlangt (nur), dass von mehreren möglichen Normdeutungen, die teils zu verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führen, diejenige vorzuziehen, die mit dem Grundgesetz im Einklang steht. Diese muss jedoch durch den Wortlaut des Gesetzes gedeckt sein (BVerwG, U.v. 28.6.2018 – 2 C 14/17 – juris Rn. 20 m.w.N.), was hier bei der von der Klägerin vertretenen Auslegung gerade nicht der Fall ist.

77 Daneben sprechen aber auch Sinn und Zweck des § 3a ESchG dagegen, die Untersuchung von Zellen eines Embryos mit dem Ziel, die Fähigkeit dieser Embryonen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft aus der Regelung auszunehmen. Denn würde man § 3a Abs. 1 ESchG abhängig vom Zweck der jeweiligen Untersuchung unterschiedlich auslegen, würden die „freigestellten“ Untersuchungen, die nicht dem Anwendungsbereich des § 3a Abs. 1 ESchG unterfielen, keinerlei rechtlichen Anfor-

derungen unterliegen. Damit wären auch die vom Gesetzgeber vorgesehenen „flankierenden“ Maßnahmen, wie insbesondere die Melde- und Dokumentationspflichten nach § 3a Abs. 3 Satz 2 ESchG nicht anwendbar. Diese Untersuchungen wären dann in keiner Weise im Embryonenschutzgesetz geregelt. Insbesondere würde auch nicht bundesweit dokumentiert, wie viele derartige Untersuchungen stattfänden. Eine Kontrolle, ob diese Vorgaben eingehalten werden oder ob die Untersuchungen auf andere Zwecke ausgedehnt wurden, wäre nicht möglich. Hinzu käme, dass auch „Zufallsfunde“, die bei der vorgenommenen Untersuchung bekannt würden, nach denen aber gar nicht gesucht worden sei, nicht geregelt wären (vgl. hierzu Taupitz in Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, 2. Aufl. 2014, § 3a Rn. 57 ff.).

78 d) Die von der Klägerin an den biopsierten muralen Trophektodermzellen geplanten bzw. durchgeführten Untersuchungen sind genetische Untersuchungen im Sinne von § 3a Abs. 1 ESchG.

79 Unter genetischen Untersuchungen werden allgemein sowohl molekulargenetische als auch zytogenetische (chromosomale) Untersuchungen verstanden (vgl. zu den Einzelheiten Deutscher Ethikrat, Stellungnahme zur Präimplantationsdiagnostik, BT-Drs. 17/5210, S. 7f; auch Taupitz in Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, 2. Aufl. 2014, § 3a, Rn. 18, der die Definition in § GenDG für „im wesentlichen“ auf § 3a übertragbar hält). Die von der Klägerin angewandten Untersuchungsverfahren „Next Generation Sequencing“ bzw. „array Comparative Genomic Hybridisation“ (aCGH) (vgl. zu letzterem Deutscher Ethikrat, BT-Drs. 17/5210, S. 7) dienen der Feststellung chromosomaler Fehlverteilungen, stellen zytogenetische Verfahren dar und sind daher genetische Untersuchungen im Sinne von § 3a Abs. 1 ESchG (Müller-Terpitz in Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 3a ESchG, Rn. 9). Dies ist zwischen den Beteiligten unstreitig.

80 e) Die dargestellte Auslegung des § 3a Abs. 1 ESchG widerspricht nicht dem Verfassungsrecht. Sie verstößt nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG und ist im Einklang mit den betroffenen Grundrechten.

81 aa) Art. 103 Abs. 2 GG enthält ein an den Gesetzgeber gerichtetes Bestimmtheitsgebot. Dieser ist gehalten, Strafgesetze so genau zu formulieren, dass sich für den Bürger die Grenze des straffreien Raums möglichst schon aus dem Gesetz ergibt (BVerfG, U.v. 5.2.2004 – 2 BvR 2029/01 – NJW 2004, 739). Er hat die Voraus-

setzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Anwendungsbereich und Tragweite der Tatbestände sich aus dem Wortlaut ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen (BVerfG, B.v. 2.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. – BVerfGE 126, 170, 196).

- 82 Ein Verstoß gegen dieses Gebot durch § 3a Abs. 1 ESchG ist nicht erkennbar. Was „Zellen eines Embryos“ in diesem Sinne sind, ergibt sich nach einer Auslegung anhand der anerkannten Auslegungsmethoden eindeutig aus dem Gesetz (s.o.). Entgegen der Argumentation in der Berufungsbegründung kann auch keine Rede davon sein, dass die von der Beklagten vorgenommene (zutreffende) Auslegung des Gesetzes zu einer Ausweitung der Strafbarkeit führt.
- 83 bb) Die Entscheidung eines Paares, von den Möglichkeiten der Fortpflanzungsmedizin Gebrauch zu machen und neben einer in-vitro-Fertilisation auch eine Präimplantationsdiagnostik an den in vitro erzeugten Embryonen durchführen zu lassen, stellt ein grundrechtlich geschütztes Verhalten dar. Es fällt, wie die Klägerin zutreffend anmerkt, in den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG (vgl. zu den verschiedenen dogmatischen Ansätzen, unter welches Grundrecht dieses Handeln zu fassen ist: Müller-Terpitz in Spickhoff, Medizinrecht, Art. 6 Rn. 1 m.w.N.), und zwar in ihrer abwehrrechtlichen Komponente. Die Grundrechtsträger haben im Rahmen ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit ein grundsätzliches Recht auf Wahrnehmung der nicht verbotenen, medizinisch angebotenen Möglichkeiten der Fortpflanzungsmedizin.
- 84 Durch das Verbot der PID in § 3a Abs. 1 ESchG wird in das Grundrecht eingegriffen, indem den potentiellen Eltern verboten wird, bei einer in vitro Fertilisation von der medizinischen Möglichkeit einer PID Gebrauch zu machen.
- 85 Dieser Eingriff ist jedoch gerechtfertigt. Ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit kann nach Art. 2 Abs. 1 GG durch die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz gerechtfertigt sein. Zur verfassungsmäßigen Ordnung gehören nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts alle Rechtsnormen, die formell und materiell mit der Verfassung im Einklang stehen (st. Rspr., vgl. nur BVerfG, B.v. 25. 1. 2011 – 1 BvR 918/10 - BVerfGE 128, 193, 206).

- 86 § 3a Abs. 1 ESchG gehört zur verfassungsmäßigen Ordnung. Das Verbot der PID ist formell (hierzu (1)) und materiell verfassungsgemäß. Es ist durch das Recht des Embryos auf Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (hierzu (2)) und den Schutz seiner Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG (hierzu (3)) gerechtfertigt. Das Verbot aus diesen Gründen stellt sich auch als verhältnismäßig dar (hierzu (4)).
- 87 (1) § 3a Abs. 1 ESchG ist formell verfassungsgemäß. Die Gesetzgebungskompetenz hierfür ergibt sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 (Strafrecht) und Nr. 26 (medizinisch unterstützte Erzeugung menschlichen Lebens, Untersuchung von Erbinformationen). Verstöße gegen formelle Bestimmungen des Gesetzgebungsverfahrens sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.
- 88 Die Bestimmung ist auch materiell verfassungsgemäß. Das strafbewehrte Verbot der PID dient dem Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit des Embryos in vitro und dem Schutz seiner Menschenwürde und ist auch verhältnismäßig.
- 89 (2) Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG wird durch eine PID nur berührt, wenn der Schutz dieser Bestimmung sich bereits auf den Embryo in vitro, also vor der Nidation, bezieht. Das Bundesverfassungsgericht hat sich hierzu – sieht man von den beiden die vorliegende Problematik nicht unmittelbar betreffenden Entscheidungen zum Abtreibungsrecht (U.v. 25.2.1975 – 1 BvF 1/74 u.a. – BVerfGE 39, 1 ff; U.v. 28.9.1993 – 2 BvF 2/90 – BVerfGE 88, 203 ff) ab – bislang nicht geäußert. Im Rahmen der äußerst umfangreichen (vgl. die Nachweise bei Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, 2. Aufl. 2014, B.IV Rn. 42, Fn. 275 und Rn. 50; Müller-Terpitz in Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 2 GG Rn. 19 ff.; Böckenförde-Wunderlich, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, Tübingen 2002, S. 156 ff.; Rohrer, Menschenwürde am Lebensanfang und am Lebensende und strafrechtlicher Lebensschutz, Berlin 2012, S. 88 ff.; Weschka, Präimplantationsdiagnostik, Stammzellforschung und therapeutisches Klonen: Status und Schutz des menschlichen Embryos vor den Herausforderungen der modernen Biomedizin, Berlin 2010, S. 151 ff., jeweils m.w.N.) Diskussion der Frage, ob sich der Schutz des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG bereits auf den Embryo in vitro bezieht und dieser mithin bereits als lebend in diesem Sinne zu sehen ist, wird zentral mit den Begriffen der Potentialität, Identität, Kontinuität und dem sogenannten Speziesargument argumentiert (vgl. die Stellungnahme des Deutschen Ethikrates zur

Präimplantationsdiagnostik, BT-Drs. 17/5210, S. 13 ff., SKIP-Kriterien, vgl. Bundesärztekammer, Memorandum zur PID, 17.2.2011, S. 6). Dabei bedeutet das Speziesargument, dass dem Embryo bereits deshalb Lebensschutz zukommt, weil er von der genetischen Ausstattung her der menschlichen Spezies zugehörig ist (vgl. die Nachweise bei Weschka, Präimplantationsdiagnostik, S. 191). Unter dem Gesichtspunkt der Kontinuität wird argumentiert, dass der Entwicklungsprozess hin zum Menschen ein kontinuierlicher Vorgang sei, der keine scharfen Einschnitte aufweise und eine genaue Abgrenzung von verschiedenen Entwicklungsstufen des menschlichen Lebens nicht zulasse. Er sei auch nicht mit der Geburt beendet, da die für die menschliche Persönlichkeit spezifischen Bewusstseinsphänomene zum Teil erst längere Zeit nach der Geburt aufträten (BVerfG, U.v. 25.2.1975 – 1 BvR 1/74 u.a. – BVerfGE 39, 1, 37 [juris Rn. 136]; vgl. dazu die weitergehenden Nachweise bei Weschka, a.a.O., S. 193). Mit dem Identitätsargument wird umschrieben, dass der Embryo bereits im frühesten Stadium identisch mit dem Menschen sei, aus dem er sich entwickle, und daher ebenso wie dieser zu schützen sei (vgl. Weschka, a.a.O., S. 200 m.w.N.). Und schließlich wird unter dem Potentialitätsargument darauf hingewiesen, dass bereits die befruchtete Eizelle ab dem Zeitpunkt der Kernverschmelzung alles enthalte, was für die Entwicklung zum vollständigen Menschen notwendig sei (vgl. Weschka, a.a.O., S. 196 m.w.N.). Zwar wird in der Diskussion hinsichtlich des Embryos in vitro darauf hingewiesen, dass das Kontinuitätsargument scheinbar nicht greife, da für die weitere Entwicklung die Einpflanzung in die Gebärmutter und damit ein Tätigwerden eines Menschen notwendig sei. Ein geringerer Schutz des Embryos in vitro kann jedoch daraus bereits aus dem Grunde nicht abgeleitet werden, da ansonsten der verfassungsrechtliche Lebensschutz zur Disposition des Implantierenden stehen würde (Rohrer, Menschenwürde, S. 110). Im Ergebnis geht daher die wohl überwiegende Meinung in der Literatur davon aus, dass auch der Embryo in vitro von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt ist (vgl. u.a. Müller-Terpitz, a.a.O., Art. 2 GG, Rn. 21 f, insbesondere 22; Hillgruber, Präimplantationsdiagnostik, in Spieker/Hillgruber/Gärditz, Die Würde des Embryos, Paderborn 2012, S. 62; Rohrer, Menschenwürde, S. 105, 110, 126).

- 90 Das strafbewehrte Verbot des § 3a Abs. 1 ESchG dient dem Schutz des Lebens des Embryos in vitro, da es eine mögliche Verwerfung des Embryos infolge einer PID verhindert.

- 91 (3) Auch die Frage, ob der Embryo in vitro bereits Träger des Menschenwürdegrundrechts ist, ist aus den im wesentlichen gleichen Gründen, wie sie zum Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ausgeführt wurden, umstritten. Auch insoweit ist aber richtigerweise davon auszugehen, dass er bereits Grundrechtsträger ist.
- 92 Hinzu kommt hier als weiteres Argument, dass, auch wenn man davon ausginge, dass ein Embryo erst ab der Nidation, also ab der erfolgreichen Einpflanzung in der Gebärmutter Grundrechtsträger sein könne, für seinen Schutz die objektiv-rechtliche Dimension des Menschenwürdegrundrechts nach Art. 1 Abs. 1 GG streiten würde: Denn, wenn die öffentliche Gewalt humanes Leben zu schützen verpflichtet ist, ohne dass dieses Leben eigene, subjektive Lebensrechte besitzt, so kann dies nur über den objektiven Gewährleistungsgehalt des Art. 1 Abs. 1 GG erfolgen. Objektiv-rechtliche Vorfelder und Nachwirkungen des subjektiven Lebensschutzes sind grundsätzlich anerkannt (vgl. Di Fabio in Maunz/Dürig, GG, 43. Ergänzungslieferung, Februar 2004, Art. 2 Abs. 2 GG, Rn. 28; ähnlich Zippelius in Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 73. Ergänzungslieferung 1995, Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2, Rn. 29).
- 93 Das Verbot des § 3a ESchG dient damit auch dem Schutz der Menschenwürde der nach Durchführung einer PID von einer Verwerfung bedrohten Embryonen in vitro.
- 94 (4) § 3a Abs. 1 ESchG stellt verwaltungsrechtlich ein repressives Verbot mit einem in Absatz 2 geregelten Befreiungsvorbehalt dar. Bei einem solchen verbietet der Gesetzgeber generell ein bestimmtes Verhalten als unerwünscht, gestattet aber, dass in besonders gelagerten Ausnahmefällen eine Befreiung von diesem Verbot erteilt wird. Abzugrenzen ist es von der präventiven Kontrollerlaubnis. Dort verbietet der Gesetzgeber ein bestimmtes Verhalten nicht, weil es generell unterbleiben soll, sondern um vorweg prüfen zu können, ob die einzelnen materiellen Anforderungen eingehalten werden (vgl. zum Ganzen: Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 9 Rn. 51 ff, insb. 55).
- 95 Aus der Gesetzesbegründung zu § 3a ESchG lässt sich ablesen, dass die PID vom Gesetzgeber nur in eng begrenzten Ausnahmefällen erlaubt werden sollte (BT-Drs. 17/5451, S. 3, 7 und 8). Daneben wird darin ausgeführt, dass ein absolutes Verbot gegen die Verhältnismäßigkeit verstoßen würde. Weiterhin wird auf den Eingriff in Grundrechtspositionen verwiesen (BT-Drs. 17/5451, S. 7). Damit hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass er grundsätzlich die PID verbieten und nur in eng

begrenzten Ausnahmefällen zulassen wollte. Das Verständnis als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt entspricht auch der gesetzlichen Regelungssystematik. § 3a ESchG spricht in seinem Absatz 1 zunächst die Strafbarkeit der PID aus. Im Anschluss daran werden in Absatz 2 zwei eng begrenzte Möglichkeiten genannt, in denen diese Strafbarkeit wieder entfällt. Allerdings wird nicht die Tatbestandsmäßigkeit der Straftat ausgeschlossen, sondern nur die nachrangige Rechtswidrigkeit beseitigt. Auch wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 3a Abs. 2 ESchG vorliegen, stellt die durchgeführte PID eine tatbestandsmäßige Straftat dar.

96 Dieses Verbot mit Befreiungsvorbehalt ist verhältnismäßig. Das Bundesverwaltungsgericht hat zu den insoweit zu beachtenden Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit ausgeführt, dass, während bei einer an sich erlaubten Tätigkeit die Voraussetzungen für Vorbehalte ganz allgemein enger zu ziehen sind, der Gesetzgeber bei Gefahr bringenden Betätigungen freier gestellt sei. Gemessen an Art und Bedeutung des zu schützenden Rechtsguts und dem Grad seiner Gefährdung müsse der Eingriff in die Betätigungsfreiheit geeignet und erforderlich sein, das in Betracht stehende öffentliche Interesse zu fördern oder zu schützen und dürfe als Mittel zum Zweck nicht schlechthin außer Verhältnis stehen (BVerwG, U.v. 3.10.1972 – I C 36.68 – BVerwGE 41, 1 [juris Rn. 28]).

97 Das grundsätzliche Verbot der PID in § 3a Abs. 1 ESchG dient dem Schutz des Lebens und der Menschenwürde des in vitro befruchteten Embryos. Dabei handelt es sich wie bei Leben und Menschenwürde immer um ein sehr hochrangiges Schutzgut. Daran ändert auch die Argumentation der Klägerin, der Gesetzgeber habe mit § 3a Abs. 2 Satz 2 ESchG deutlich gemacht, dass er die Lebensfähigkeit von Blastozysten für nicht irrelevant halte und nicht lebensfähige Blastozysten in gewisser Weise für weniger schutzwürdig erklärt, nichts. Denn vorliegend geht es allein um die Frage, ob vor der Durchführung einer PID die Ethikkommission für Präimplantationsdiagnostik beteiligt werden muss. § 3a Abs. 2 ESchG ist allein im Rahmen dieser Entscheidung von Bedeutung. Dementsprechend kann aus dieser Bestimmung auch kein Argument dafür abgeleitet werden, die Entscheidung über die genetische Untersuchung bestimmter Embryonen unabhängig von der Entscheidung der Ethikkommission zuzulassen und die Entscheidung über die Durchführung der PID gerade nicht mehr vom Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 3a Abs. 2 Satz 1 oder 2 ESchG abhängig zu machen. Das Verbot zielt darauf ab, den in vitro erzeugten Embryo nicht der Gefahr, aufgrund einer durchgeführten PID ver-

worfen zu werden, auszusetzen. Hierzu ist es auch grundsätzlich geeignet. Ein milderer, ebenso effektives Mittel als das Verbot mit Befreiungsvorbehalt ist nicht ersichtlich. Daran ändert auch die Argumentation der Klägerin nichts, dass mit der Untersuchung ja nur festgestellt werden solle, ob die jeweilige in vitro befruchtete Eizelle die Fähigkeit zur Einnistung in die Gebärmutter und zur Herbeiführung einer Schwangerschaft hat; bei den aufgrund dieser Untersuchung zu verwerfenden Eizellen würde ja gerade keine Schwangerschaft entstehen bzw. eine Fehlgeburt erfolgen. Denn die Untersuchung zielt primär auf die Feststellung von Chromosomenaberrationen ab. Festgestellt werden können auch solche Chromosomenaberrationen, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eine Schwangerschaft und nachfolgend ein lebensfähiges Kind mit einer Trisomie auslösen, wie die Klägerin selbst für den (von ihr allerdings als selten eingestuft) Fall einer freien Trisomie 21 zugesteht. Aus ihrem eigenen Vortrag ergibt sich zudem, dass eine solche Möglichkeit (wenn auch in erheblich geringerem Maße) auch für den Fall einer Trisomie 13 oder 18 besteht. In diesen mehr oder weniger häufigen Fällen bestünde die Gefahr einer Verwerfung aufgrund des Untersuchungsergebnisses. Ein milderer Mittel als das grundsätzliche Verbot mit Befreiungsvorbehalt für diese Gruppe ist nicht ersichtlich. Eine nachträgliche Antragstellung im Fall eines derartigen Untersuchungsergebnisses, wie sie die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 4. September 2018 anreißt, wäre dagegen nicht praktikabel. Schließlich ist der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit der potentiellen Eltern auch angemessen. Denn in § 3a Abs. 2 ESchG ist eine Befreiungsmöglichkeit in den dort geregelten Fällen nach einer im Einzelfall erfolgenden positiven Bewertung der Ethikkommission gerade vorgesehen.

- 98 cc) § 3a Abs. 1 ESchG verletzt auch nicht die Berufsfreiheit der auf dem Gebiet der PID tätigen Ärzte oder von Laboren wie der Klägerin (zur Grundrechtsträgerschaft von juristischen Personen des Privatrechts vgl. Mann in Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 37ff.). Zwar führt das Verbot der PID zu einem Eingriff in den einheitlichen Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG, da die Durchführung von Präimplantationsdiagnostiken nicht bzw. nicht in dem Umfang, wie es ohne § 3a Abs. 1 ESchG möglich wäre, zum Gegenstand einer beruflichen Tätigkeit gemacht werden kann. Dieser Eingriff ist aber jedenfalls gerechtfertigt. Der Regelungsvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG erfasst das gesamte Grundrecht der Berufsfreiheit (Ruffert in Beck-OK GG, 39. Edition Stand 15.11.2018, Art. 12 Rn. 73 m.w.N.). Die gesetzliche Regelung des Art. 3a Abs. 1 GG ist auch verhältnismäßig. Ob sie nach der 3-Stufen-Lehre des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfG, U.v. 11.6.1958 - 1 BvR 596/56 -. BVerfGE

7, 377) als Berufsausübungsregelung oder objektive Berufswahlregelung anzusehen ist, kann letztlich dahin gestellt bleiben. Betrachtet man sie nämlich als Berufsausübungsregelung, so kommt sie von ihren Auswirkungen her einem Eingriff in die Berufswahlfreiheit nahe (BVerfG, Urteil vom 23. 3. 1960 – 1 BvR 216/51 – BVerfGE 11, 33, 44) und ist daher nur gerechtfertigt, wenn Allgemeininteressen von solchem Gewicht bestehen, dass sie Vorrang vor der beruflichen Beeinträchtigung haben. Dies ist nach den obigen Ausführungen aufgrund der Bedeutung für den Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit sowie der Würde des Embryos in vitro der Fall.

- 99 Ob diese Möglichkeit insbesondere im Hinblick auf die betroffenen Grundrechte der potentiellen Eltern richtig wahrgenommen wird, ist im vorliegenden Fall jedoch nicht entscheidungserheblich, da es hier nur um das Verbot, Präimplantationsdiagnostiken ohne vorherige Beteiligung der Ethikkommission durchzuführen, geht. Dementsprechend kommt es vorliegend auch nicht auf die klägerseits geltend gemachten Schwierigkeiten bei der Auslegung des § 3a Abs. 2 ESchG an.
- 100 Im Ergebnis ist die von der Beklagten ausgesprochene Untersagung in Ziffer I.1 des Bescheids vom 2. Juni 2015 rechtmäßig und verletzt die Klägerin daher nicht in eigenen Rechten. Die Abweisung der Klage durch das Verwaltungsgericht ist somit nicht zu beanstanden und die Berufung insoweit zurückzuweisen.
- 2.
- 101 Auch die Anfechtungsklage gegen den Bescheid der Beklagten vom 10. Februar 2016, mit dem der Klägerin ein weiteres, höheres Zwangsgeld angedroht wurde ist zulässig, aber unbegründet.
- 102 Der Grundverwaltungsakt, die Untersagung vom 2. Juni 2015, war aufgrund des Beschlusses des Senats vom 27. Oktober 2015 (20 CS 15.1904 – juris) sofort vollziehbar und im Übrigen auch rechtmäßig (s. oben). Nach Art. 36 Abs. 6 Satz 2 BayVwZVG ist eine erneute Androhung eines Zwangsgeldes nur dann zulässig, wenn die vorausgegangene Androhung erfolglos geblieben ist. Hier war die Zuwiderhandlung der Klägerin gegen den Grundverwaltungsakt am 4. November 2015 nachgewiesen. Ergänzend wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen des verwaltungsgerichtlichen Urteils verwiesen.

- 103 Damit war die Berufung auch insoweit zurückzuweisen.
- 104 Die Kostenentscheidung ergibt sich hinsichtlich der zurückgenommenen Berufung aus § 155 Abs. 2 VwGO, im Übrigen aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO, §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.
- 105 Die Revision war nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zuzulassen, da die Frage, ob eine Präimplantationsdiagnostik zu dem Zweck, die Fähigkeit eines Embryos zur Einnistung in die Gebärmutter aufgrund des ovariellen Alterns der Eizelle festzustellen, von § 3a Abs. 1 ESchG erfasst ist, grundsätzliche Bedeutung hat.

Rechtsmittelbelehrung

- 106 Nach § 139 VwGO kann die Revision innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) schriftlich eingelegt werden. Die Revision muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. Sie ist spätestens innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist beim Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig (Postfachanschrift: Postfach 10 08 54, 04008 Leipzig), einzureichen. Die Revisionsbegründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben.
- 107 Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen. Für die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Angelegenheiten (u.a. Verfahren mit Bezügen zu Dienst- und Arbeitsverhältnissen) sind auch die dort bezeichneten Organisationen und juristischen Personen als

Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

108 Kraheberger Dr. Stadler Kokoska-Ruppert

109 **Beschluss:**

110 Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 40.000,-- Euro festgesetzt.

111 **Gründe:**

112 Der Senat geht hinsichtlich der Anfechtungsklage gegen den Bescheid vom 2. Juni 2015 wie das Verwaltungsgericht nach § 52 Abs. 1 GKG von einem Streitwert von 30.000,00 € aus. Bezüglich der Anfechtungsklage gegen den Bescheid vom 10. Februar 2016 beträgt der Streitwert nach Ziffer 1.7.1, Satz 2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit den halben Wert des angedrohten Zwangsgeldes, mithin 10.000,00 €. Beide Werte waren zu addieren, § 39 Abs. 1, § 47 GKG.

113 Dieser Beschluss ist unanfechtbar, § 68 Abs. 1 Satz 5, § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG.

114 Kraheberger Dr. Stadler Kokoska-Ruppert