

Zeitschrift für das gesamte

Familienrecht

FamRZ

Ehe und Familie im privaten
und öffentlichen Recht

1986

33. Jahrgang

| In Verbindung mit der | Inhalt | Seite |
|---|---|---------|
| Wissenschaftlichen Vereinigung für Familienrecht e.V. (Bonn) | | |
| herausgegeben von | A. Abhandlungen | III |
| <i>Professor Dr. Dr. h.c. F. W. Bosch</i> | B. Widmungen – Nachrufe – Dokumentation – Veranstaltungshinweise – Mitteilungen – Schrifttumshinweise | IV |
| <i>Richter am BVerfG a.D. Professor Dr. H. Brox</i> | C. Verfasser von Entscheidungsanmerkungen | IV |
| <i>Professor Dr. H. F. Gaul</i> | D. Besprochenes Schrifttum | V |
| <i>Richter am OLG a.D. Professor Dr. H. Göppinger</i> | E. Stichwortverzeichnis | VIII |
| <i>Professor Dr. Dr. h.c. mult. W. J. Habscheid</i> | F. Gesetzesverzeichnis | XXXIII |
| <i>Professor Dr. D. Henrich</i> | G. Verzeichnis der Gerichtsentscheidungen (geordnet nach Gerichten und Daten) | XXXVIII |
| <i>Richter am BGH a.D. Professor K. Johannsen</i> | H. Systematisches Verzeichnis der im Jahre 1986 veröffentlichten Gerichtsentscheidungen | LXVI |
| <i>Kultusminister a.D. Professor Dr. Dr. h.c. mult. P. Mikat, MdB</i> | I. Druckfehler-Berichtigung | XCVIII |
| <i>Rechtsanwalt Dr. G. Schardey</i> | K. Abkürzungsverzeichnis | IC |
| <i>Rechtsanwalt Dr. R. Schröder</i> | | |
| <i>Professor Dr. D. Schwab</i> | | |
| <i>Bundesminister a.D. Dr. Elis. Schwarzhaupt †</i> | | |
| <i>Senatspräsident a.D. Dr. J. Schwoerer †</i> | | |
| Gesamtschriftleitung | | |
| <i>Professor Dr. D. Henrich</i> | | |
| <i>Professor Dr. D. Schwab</i> | | |
| <i>Maximilianstraße 6^a</i> | | |
| <i>8400 Regensburg</i> | | |
| Weitere Schriftleiter | | |
| <i>Professor Dr. Dr. h.c. F. W. Bosch</i> | | |
| <i>Bad Godesberg, Plittersdorfer Straße 130</i> | | |
| <i>5300 Bonn 2</i> | | |
| <i>Vors. Richter am OLG Dr. G. Kernade</i> | | |
| <i>Moorkamp 76, 3100 Celle</i> | | |
| <i>Richter am OLG H. Luthin</i> | | |
| <i>Schillerstraße 9, 4417 Altenberge</i> | | |
| Verlag | | |
| <i>Ernst und Werner Gieseking</i> | | |
| <i>48 Bielefeld 13 (Bethel), Deckertstr. 30, Postf. 130120</i> | | |

Zeitschrift für das gesamte Familienrecht: Zitiervweise FamRZ - ISSN 0044-2410
Gesamtschriftleitung: Prof. Dr. D. Henrich und Prof. Dr. D. Schwab, Maximilianstraße 6, 2. Stock, 8400 Regensburg, Tel (0941) 54078

Zuständigkeitsverteilung innerhalb der Schriftleitung:

I. Abhandlungen, Berichte, Dokumentation, Buchbesprechungen, Schrifttums-Hinweise (Zeitschriftenliteratur): Professor Dr. Dieter Schwab, Maximilianstraße 6, 2. Stock, 8400 Regensburg.

II. Gerichtsentscheidungen

- a) **Verfahrensrecht, Erbrecht, Recht der Ausbildungsförderung:** Professor Dr. Dr. h. c. F. W. Bosch, Plittersdorfer Straße 130, 5300 Bonn 2 - Bad Godesberg.
- b) **Versorgungsausgleich:** Vors. Richter am OLG Dr. Gerhard Kemnade, Moorkamp 76, 3100 Celle.
- c) **Verwandtschafts- und Vormundschaftsrecht** (außer Kindesunterhalt): Richter am OLG H. Luthin, Schillerstraße 9, 4417 Altenberge.
- d) **Alle übrigen Gebiete:** Professor Dr. Dieter Henrich, Maximilianstraße 6, 2. Stock, 8400 Regensburg.

Manuskripte: Unverlangten Manuskripten, für die keine Haftung übernommen wird, ist Rückporto beizufügen. Beiträge werden nur unter der Voraussetzung angenommen, daß das **ausschließliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung** übertragen wird.

Urheber- und Verlagsrechte sind namentlich auch vorbehalten hinsichtlich des auszugsweisen Nachdrucks, der photomechanischen Vervielfältigung sowie der Auswertung durch Datenbanken und ähnliche Einrichtungen.

Anzeigenverwaltung: Verlag. Es gilt z. Z. Anzeigenpreisliste Nr. 4 vom 1. 4. 1984. Für die Drucklegung werden Filme oder reproduktionsreife Vorlagen benötigt.

Erscheinungsweise: monatlich

Bezugspreise: Einzelheft DM 20,50; bei Abonnement halbjährlich DM 94,-. In diesem Preis ist eine Mehrwertsteuer von 7% = DM 6,15 enthalten. Für Studenten, Referendare und Rechtspfleger-Anwärter DM 63,- halbjährlich. Überweisungen bitten wir stets auf das in den Rechnungen angegebene Konto vorzunehmen.

Bestellungen nehmen jede Buchhandlung und der Verlag entgegen.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Halbjahresende beim Verlag erfolgen.

IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts:

Diese Zeitschrift können FamRZ-Abonnenten zum Vorzugspreis für Studenten - halbjährlich DM 54,- (Normalpreis DM 69,-) - beziehen.

Verlag: Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH, Deckertstraße 30, Postfach 130 120, 4800 Bielefeld 13, Telefon (0521) 1 46 74, Telex 0932-240.

In-vitro-Fertilisation als Heilbehandlung*)

Von Wiss. Mitarbeiter *Christoph Becker*, Köln

1. Die in-vitro-Fertilisation ist Hoffnung vieler bisher kinderlos Gebliebener. Dieser Hoffnung wird erhebliche Ernüchterung folgen, wenn sich die Ansicht durchsetzen sollte, daß die Betroffenen die Maßnahmen selber zu finanzieren haben – drohende Kostenlasten können selbst so elementare Wünsche wie den nach Fortpflanzung unterdrücken. Einen Schritt in diese Richtung tat das *OLG Nürnberg*¹⁾. Es hat einen Anspruch einer privat für Krankheit versicherten verheirateten Patientin gegen ihren Versicherer auf Ersatz von Aufwendungen für eine erfolglose in-vitro-Fertilisation abgelehnt. Das *LG Nürnberg-Fürth*²⁾ hatte als Vorinstanz einen solchen Anspruch bejaht. Nach dem Versicherungsvertrag bot der Versicherer u. a. Versicherungsschutz für Krankheiten und versprach, im Versicherungsfall, d. h. bei medizinisch notwendiger Heilbehandlung wegen Krankheit, Ersatz von Aufwendungen für Heilbehandlung zu gewähren. Als ärztliche Maßnahme war vorgesehen, daß bei der Patientin entnommene Eizellen mit dem Samen des Ehemannes befruchtet und anschließend in die Gebärmutter der Patientin transfertiert wurden.

In der Entscheidung des *OLG Nürnberg* wurde nicht etwa darauf abgestellt, daß die extrakorporale Befruchtung fehlgeschlug; der Erfolg einer Heilbehandlung ist nicht Voraussetzung der Erstattungspflicht.

2. Vielmehr verneinte das *OLG Nürnberg* bereits das Vorliegen einer Heilbehandlung.

a) Zwar wurde zugestanden, daß die bei der Patientin festgestellten Tubenanomalien – nämlich eine inoperable

Verwachsung des rechten und das Fehlen des linken Eileiters, welcher in der Vergangenheit operativ entfernt werden mußte, so daß seither eine natürliche Empfängnis ausgeschlossen ist – eine Krankheit darstellen. Jedoch sei die extrakorporale Befruchtung keine Maßnahme, welche auf die Verbesserung oder Wiederherstellung der Funktion der Eileiter (gemeint war wohl: des verbliebenen Eileiters) ausgerichtet gewesen wäre; vielmehr seien nur unstreitig gesunde Organé, nämlich Eierstöcke und Gebärmutter, betroffen gewesen. Damit liege keine Heilbehandlung vor, also sei der Versicherer nicht erstattungspflichtig.

Dies scheint in sich schlüssig zu sein.

b) Andererseits stelle – so die weitere Argumentation des *OLG* – die „Kinderlosigkeit der Kl. als solche“ keine Krankheit im Sinne eines regelwidrigen körperlichen Zustandes dar, sondern lediglich „eine schicksalhafte Komponente der Lebensumstände“.

*) Anmerkung zum Urteil des *OLG Nürnberg* vom 28. 2. 1984 – 8 U 1812/84, abgedruckt in: *FamRZ* 1986, 60 f. [LS] = *NJW* 1985, 2203 = *MDR* 1985, 768 f. „In-vitro-Fertilisation“ und „extrakorporale Befruchtung“ stehen der Kürze wegen für „In-vitro-Fertilisation und Embryotransfer in die Gebärmutter der Frau, von der die Eizelle stammt“.

1) *OLG Nürnberg* wie oben Fn. *). So auch neuestens *OLG Stuttgart*, *FamRZ* 1986, 677 [LS] = *NJW* 1986, 1553 f.; a. A. *OLG Karlsruhe*, *FamRZ* 1986, 677 [LS] = *NJW* 1986, 1552 f.

2) *LG Nürnberg-Fürth*, Urteil vom 13. 4. 1984 – 10 O 9757/82, *NJW* 1984, 1828 f.

Diese geheimnisvolle Umschreibung ist nun allerdings unbrauchbar: Auch Krankheiten lassen sich durchaus als zu den schicksalhaften Komponenten der Lebensumstände gehörend begreifen. Gemeint war aber offenbar: Es gibt keine Krankheit „Kinderlosigkeit“, weil sonst unzählige Menschen, die etwa (noch) keinen Partner fanden, mit dem sie ein Kind zeugen wollten, oder die sich ohnehin keine Nachkommenschaft wünschen, als „krank“ zu bezeichnen wären. Folglich kann es auch keine Heilbehandlung „extrakorporale Befruchtung“ geben.

Auch dies erscheint als in sich schlüssig.

3. Dennoch befremdet das Ergebnis: Sollte das Urteil des *OLG Nürnberg* Vorbild für weitere Verfahren werden, so könnte die Erfüllung des trotz Funktionsunfähigkeit eines Teils der an der Fortpflanzung beteiligten Organe bestehenden Kinderwunsches in Abhängigkeit von der finanziellen Lage der Betroffenen geraten – die Auflistung der krankenversicherungspflichtigen Personengruppen und der von der Versicherungspflicht Ausgenommenen in §§ 165 ff. RVO bietet jedenfalls keine Gewähr dafür, daß jede privat Versicherte auch in der Lage ist, die kostspieligen und oft lange erfolglosen Versuche einer extrakorporalen Befruchtung zu finanzieren.

Die gleiche Problematik stellt sich für die Sozialgerichte innerhalb des Bereichs der gesetzlichen Krankenversicherung. Zu denken ist etwa an eine Klage des Krankenhausträgers gegen die Krankenkasse auf Übernahme der für in-vitro-Fertilisationen entstandenen Kosten oder an eine Klage der Versicherten gegen die Krankenkasse auf Gewährung einer in-vitro-Fertilisation. Hier käme es darauf an, ob die künstliche Befruchtung als notwendige Krankenpflege im Sinne von § 179 Abs. 1 Nr. 2, § 182 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a und Abs. 2, § 184, § 368 e, gegebenenfalls § 205 Abs. 1 (Familienkrankenhilfe) zu verstehen ist. Als Krankheit im Sinne des Sozialversicherungsrechts ist ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand anzusehen, welcher die Notwendigkeit einer Heilbehandlung (und/oder Arbeitsunfähigkeit) zur Folge hat; hierbei ist vom Leitbild des gesunden Menschen auszugehen; Gesundheit wiederum ist der Zustand, der dem einzelnen die Ausübung der körperlichen Funktionen ermöglicht³⁾. Die Prüfungsmerkmale sind letztlich die gleichen wie bei dem vom *OLG Nürnberg* entschiedenen Fall. Einzelne Sozialgerichte haben bereits die grundsätzliche Verpflichtung der Krankenkasse zur Kostentragung für in-vitro-Fertilisationen bejaht⁴⁾. Jedoch hat sich bisher weder bei den Gerichten noch bei den Kassen eine einheitliche und feststehende Praxis entwickelt, so daß es durchaus noch zu Streitfällen mit für die Versicherten ungünstigem Ausgang kommen kann.

Macht sich die privat oder gesetzlich Versicherte auf die Suche nach weiteren Möglichkeiten, die extrakorporale Befruchtung zu finanzieren, so könnte sie sich zum einen auf § 27 Abs. 1 Nr. 4 a BSHG i. V. m. § 37 b BSHG berufen wollen; wenn dort Unterstützung bei der Familienplanung zugesagt wird, zielt das jedoch genau in die entgegengesetzte Richtung und hilft daher nicht weiter.

Zum anderen stößt man auf den in § 10 Nr. 1 SGB-AT aufgestellten Programmsatz, wonach notwendige Hilfe zur Milderung der Folgen einer körperlichen Behinderung zu gewähren ist. Hierzu führt § 29 Abs. 1 Nr. 1 SGB-AT medizinische Leistungen an; §§ 29 Abs. 1 Nr. 3 SGB-AT, 27 Abs. 1 Nr. 6 und 39 Abs. 1 BSHG bieten Eingliederungshilfe für wesentlich Behinderte. Voraussetzung wäre aber das Vorliegen einer Behinderung im Sinne des Sozialrechts. Gleich, ob man darunter eine seelische, geistige oder körperliche Störung versteht, welche die Eingliederung in die Gesellschaft erheblich beeinträchtigt, oder eine solche, welche die Leistungsfähigkeit (im Sinne einer Erwerbstätigkeit) nicht nur vorübergehend deutlich einschränkt⁵⁾ – solange aus der Empfängnisunfähigkeit keine erheblichen seelischen Störungen gefolgt sind, ist eine Behinderung nicht gegeben.

Zu denken bleibt an den Versuch, unmittelbar aus Art. 6 Abs. 1 GG (oder aus Art. 2 Abs. 1 GG), gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG, einen Anspruch der

Eheleute (oder der unverheirateten, auf natürlichem Wege empfängnisunfähigen Frau und gegebenenfalls ihres Partners) gegen den Staat auf Gewährung oder Finanzierung einer zur ehelichen Familiengründung (oder zur außerehelichen Fortpflanzung) notwendigen extrakorporalen Befruchtung herzuleiten. § 31 SGB-AT stünde dem nicht entgegen, weil vorausgesetzt wird, daß es sich gerade nicht um eine Leistung in einem der Sozialleistungsbereiche des Sozialgesetzbuchs handelt.

Voraussetzung für Ansprüche unmittelbar aus einem Freiheitsgrundrecht ist jedoch, daß die begehrte und der Behörde mögliche Leistung zum Schutz des grundrechtlich gesicherten Freiheitsraumes unerlässlich ist⁶⁾. Nun ist zwar eine in-vitro-Fertilisation bei auf natürlichem Wege Empfängnisunfähigen unerlässlich zur ehelichen Familiengründung (oder zur außerehelichen Fortpflanzung); aber es ist nicht unerlässlich, sie gerade von seiten des Staates zu gewähren.

Allenfalls könnte sich noch in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip oder aus diesem allein ein Anspruch ergeben. Jedoch lehnt es die Rechtsprechung ab, über die bloße Feststellung einer allgemeinen Verpflichtung des Staates zur Schaffung bestimmter Umstände hinaus dem einzelnen einen konkreten Anspruch unmittelbar aus Art. 20 Abs. 1 GG (allein oder in Verbindung mit einem Freiheitsgrundrecht) zuzubilligen; es soll der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit überlassen bleiben zu entscheiden, in welcher Weise das jeweilige Ziel zu erreichen ist⁷⁾.

Die Möglichkeit, im Wege extrakorporaler Befruchtung zu Nachkommenschaft zu gelangen, hinge folglich von den finanziellen Möglichkeiten der Betroffenen ab.

Allein diese Aussicht bietet indes keine Handhabe, doch den privaten Krankenversicherer oder die Krankenkasse heranzuziehen. Weder der private Krankenversicherungsvertrag noch die gesetzliche Krankenversicherung dienen der gleichmäßigen Befriedigung beliebiger Bedürfnisse aller, insbesondere des Fortpflanzungswunsches an sich. Geboten

³⁾ BSG, Urteil vom 28. 4. 1967 – 3 RK 12/65, BSGE 26, 240/242; Urteil vom 23. 11. 1971 – 3 RK 26/70, BSGE 33,202/203; Urteil vom 20. 10. 1972 – 3 RK 93/71, BSGE 35,10/12, jeweils mit weiteren Nachweisen.

⁴⁾ So *SozG Gelsenkirchen*, Urteil vom 8. 9. 1983 – S 17 Kr 25/83, NJW 1984, 1839 f., wo auf den Einfluß von Art. 6 Abs. 1 GG als Gegengewicht zur Regelung der §§ 200 e ff. RVO hingewiesen wird; *SozG Hildesheim*, Urteil vom 19. 10. 1983 – S 2 Kr 17/83, in: *Breithaupt* (Sammlung von Entscheidungen aus dem Sozialrecht) 73 (1984), 364 ff.

⁵⁾ Im ersten Sinne *W. Schellhorn*, in: *Burdenski/v. Maydell/Schellhorn*, Gemeinschaftskomentar zum Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil (Neuwied/Darmstadt 1981), § 10 Rz. 14. Im zweiten Sinne *H. Peters*, Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil (Loseblatt, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, Stand 1. 2. 1985), § 10 Anm. 3. Beides zusammenfassend *G. Wälder*, in: *Jahn*, Kommentar zum Sozialgesetzbuch (Loseblatt, Freiburg i. Br., Stand Aug. 1985), § 10 SGB-AT Rz. 2. Ausdrücklichen Verzicht auf eine Definition übt dagegen *W. Wertenbruch*, in: *Bochumer Kommentar zum Sozialgesetzbuch, Allgemeiner Teil* (Berlin/New York 1979), § 10 Rz. 13.

⁶⁾ *BVerwG*, Urteil vom 14. 7. 1959 – *BVerwG I C 170.56*, *BVerwGE* 9,78/80 f.; Urteil vom 22. 9. 1967 – *BVerwG VII C 71.66*, *BVerwGE* 27,360/362; *BVerfG*, Urteil vom 29. 5. 1973 – 1 BvR 424/71 und 325/72, *BVerfGE* 35,79/116; *BVerwG*, Urteil vom 16. 9. 1980 – *BVerwG I C 52.75*, *BVerwGE* 61, 15/19. Siehe auch *P. Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, in: *VVDStRL 30* (1972), 69 ff.; *Ch. Starck*, Die Grundrechte des Grundgesetzes, in: *JuS* 1981, 237/241 f.; *E. Stein*, Staatsrecht, 8. Aufl., Tübingen 1982, § 24 I (S. 250 ff.).

⁷⁾ *BVerfG*, Beschluß vom 19. 12. 1951 – 1 BvR 220/51, *BVerfGE* 1,97/105; *BSG*, Urteil vom 23. 6. 1959 – 2 RU 257/57, *BSGE* 10,97/100; *BSG*, Urteil vom 9. 4. 1963 – 10 RV 1059/60, *BSGE* 19,88/92; *BVerfG*, Beschluß vom 3. 12. 1969 – 1 BvR 624/56, *BVerfGE* 27,253/283; *BVerfG*, Beschluß vom 9. 4. 1975 – 2 BvR 879/73, *BVerfGE* 39,302/315; *BVerfG*, Beschluß vom 6. 5. 1975 – 1 BvR 332/72, *BVerfGE* 39,316/326; *BVerwG*, Beschluß vom 19. 10. 1977 – VII B 31.76, *DÖV* 1978, 615/616.

Siehe ferner *D. Wiegand*, Sozialstaatsklausel und soziale Teilhaberechte, in: *DVB1* 1974,657 ff.; *Chr. Gusy*, Der Freiheitsschutz des Grundgesetzes, in: *JA* 1980,78 ff.; *R. Herzog*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Band II (Loseblatt, München), Art. 20 (1980), Abschnitt VIII, Rz. 28; *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Aufl., München 1984, § 21 III 3 (S. 915 f.) und § 21 IV 4 g (S. 929).

wird lediglich Krankenbehandlung; nur mittelbar wird der Versicherte dadurch in die Lage versetzt, seinen Bedürfnissen nachgehen zu können.

Folglich muß versucht werden, in der Prüfung der Merkmale „Krankheit“ und „notwendige Heilbehandlung“ durch das *OLG Nürnberg* eine Lücke zu entdecken.

4. Bei dem ersten Ansatz⁸⁾ wurde die Krankheit, nur auf das fehlende oder funktionsuntüchtige Organ bezogen, so eng umschrieben („Tubenanomalien“), daß die ärztliche Maßnahme sie nicht mehr betraf.

Bei dem zweiten Ansatz⁹⁾ wurde der Sachverhalt zwar weit genug umschrieben, um die in Frage stehende ärztliche Maßnahme als darauf bezogen bezeichnen zu können; jedoch war diese Umschreibung („Kinderlosigkeit“) nun zu weit, als daß mit ihr ein Krankheitsbild gegeben wäre.

Das *OLG Nürnberg* hätte noch eine dritte, dazwischenliegende Möglichkeit überprüfen müssen: Krankheit ist die *Empfängnisunfähigkeit aufgrund der Tubenanomalien*, nicht also nur die Tubenanomalien, auch nicht das bloße Fehlen von Nachkommen trotz Wunsches nach Nachkommenschaft (und erst recht nicht die gewollte Kinderlosigkeit¹⁰⁾).

5. a) „Empfängnisunfähigkeit infolge von Tubenanomalien“ läßt sich zunächst ohne weiteres als „regelwidriger körperlicher Zustand“, wie das *OLG Nürnberg* selbst definiert, einordnen.

b) Es muß aber auch das Vorliegen einer Heilbehandlung gezeigt werden. Der zu engen ersten Umschreibung der Krankheit der Klägerin¹¹⁾ entsprach ein zu enges, wiederum nur auf das funktionsunfähige Organ bezogenes Therapieverständnis.

Wollte man immer den Maßstab des *OLG Nürnberg* anlegen, wonach nur solche Maßnahmen Heilbehandlungen darstellen, welche darauf abzielen, ein funktionsuntüchtiges Organ wieder funktionsfähig zu machen, nicht dagegen solche Maßnahmen, welche auf gesunde Organe gerichtet sind, so würde mancher lebensrettende Eingriff zum kosmetischen, nicht ersatzfähigen Luxus des Versicherten: Zum einen wäre keine Entfernung oder Stilllegung unheilbar kranker und den übrigen, noch gesunden Organismus gefährdender Organe Heilbehandlung; wird doch hier sogar gesundes Gewebe beeinträchtigt. In Wahrheit liegt aber Heilbehandlung vor, da der restliche gesunde Organismus nunmehr funktionieren kann, abgesehen von etwaigen Folgen des Organfortfalls, welche ihrerseits zu behandeln wären.

Zum anderen heilt keine Insulingabe die versagende Bauchspeicheldrüse. Keine Hämodialyse (Blutwäsche) setzt die ausgefallenen Nieren wieder in Gang. Die künstliche Beatmung verbessert in keiner Weise den Zustand des für die Atmungssteuerung zuständigen, irreparabel beschädigten Teiles des Zentralnervensystems.

Der Sinn solcher unzweifelhaft als Heilbehandlung anzusehenden Maßnahmen liegt gerade in der Umgehung und Ersetzung des ausgefallenen Organs, nicht in seiner aussichtslosen Behandlung. Der übrige Organismus soll so funktionieren, wie es bei Funktionsfähigkeit des „überbrückten“ Organs geschähe; die Behandlung ist deshalb gerade auf die gesunden Organe gerichtet.

Nichts anderes geschieht bei der in-vitro-Fertilisation: Der (die) funktionsunfähige(n) Eileiter wird (werden) dadurch umgangen¹²⁾, daß die Befruchtung nicht, wie es bei Funktionsfähigkeit geschieht, in ihm (ihnen) stattfindet, sondern reife Eizellen werden noch am Eierstock entnommen und nach Befruchtung in die Gebärmutter gegeben. Die gesunden Organe können ihre Aufgabe so erfüllen, wie es bei Funktionsfähigkeit des kranken Organs geschähe.

Hierzu ist allerdings – die im vorliegenden Falle erfüllte – Voraussetzung, daß einerseits nur Eizellen der Patientin verwendet werden, da nur dies der natürlichen Funktionsweise entspricht, und daß andererseits kein beliebiges, vom Arzt oder Krankenhaus beschafftes und von der Patientin oder gar vom Arzt nach körperlichen, geistigen und seeli-

chen Merkmalen des anonymen Spenders ausgewähltes Spermium zugeführt wird, sondern dasjenige des Mannes, mit dem die Frau und welcher mit ihr ein Kind haben will. Das ist in der Regel der Ehemann, kann aber auch der Partner in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sein; ebenso kann der Wunsch der Patientin und eines nicht gemeinsam mit ihr lebenden Mannes bestehen, ein Kind zu zeugen. Nur die Verwendung des von jeweils diesem Mann gespendeten Samens führt zu dem Zustand, welcher bei Funktionsfähigkeit der Organe gegeben wäre¹³⁾. Dieser Einschränkung mag man entgegenhalten wollen, daß die Ausübung der körperlichen Funktion „Fortpflanzung“ bei Gesundheit durch Zeugung mit einem beliebigen Partner erreicht werden kann, d. h. theoretisch der ausschließlichen Zuordnung eines bestimmten Zeugungspartners unzugänglich ist. Die Einschränkung ist aber notwendig, um zu vermeiden, daß mehr als die Angleichung an den körperlichen Zustand bei Gesundheit geschieht. Heilbehandlung ist nur der Umweg um das kranke Organ; dazu gehört nicht, daß Samen „geliefert“ wird; vielmehr hat die Patientin den Samenspender vorzustellen¹⁴⁾. Dies ergibt sich unabhängig von der rechtsethischen Problematik der in-vitro-Fertilisation, welche für die Frage, ob „Heilbehandlung“ vorliegt, irrelevant ist.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Die Kriterien des *OLG Nürnberg* erweisen sich als unbrauchbar; eine Heilbehandlung ist gegeben.

c) Ein Argument gegen eine Erstattungspflicht hätte sich allerdings aus dem im Versicherungsvertrag aufgestellten Erfordernis der „medizinisch notwendigen“ Heilbehandlung ergeben können. Ohne die medizinische Notwendigkeit anzusprechen, hatte das *LG Nürnberg-Fürth*¹⁵⁾ dafür aber bereits vorgedacht, indem es auf die Möglichkeit seelischer Auswirkungen der körperlich bedingten Empfängnisunfähigkeit, also auf die Gefahr einer Folgeerkrankung hinwies, welche sich durch extrakorporale Befruchtung vermeiden ließe¹⁶⁾.

6. Gleichwohl könnte der Krankenversicherungsvertrag doch keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten für Maßnahmen der in-vitro-Fertilisation begründen, wenn deren Durchführung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstieße: Dann könnte der Vertrag insoweit, als er allgemein Kostenerstattung für jede notwendige Heilbehandlung (und damit auch für in-vitro-Fertilisation) verspricht, gemäß § 134 BGB oder § 138 Abs. 1 BGB nichtig oder zur Vermeidung der Nichtigkeit gemäß §§ 133, 157 BGB ergänzend dahin auszulegen sein, daß solche Maßnahmen nicht erfaßt werden.

⁸⁾ Siehe oben 2.a).

⁹⁾ Siehe oben 2.b).

¹⁰⁾ Näher an dieser Sicht stand bereits das *LG Nürnberg-Fürth*, NJW 1984, 1828, wenn es formulierte, sowohl die Sterilität der Kl. als auch die hierdurch bedingte Kinderlosigkeit stellen einen regelwidrigen Körperzustand und damit eine Krankheit dar; jedoch wurde auch hier und vor allem in den weiteren Ausführungen auf die „Kinderlosigkeit“ als solche abgestellt, was die Argumentation angreifbar werden ließ.

¹¹⁾ Siehe oben 2.a).

¹²⁾ Die Umgehung des kranken Organs meint offenbar auch das *SozG Hildesheim* [Fn. 4], S. 365. Vgl. jetzt *OLG Karlsruhe* [Fn. 1].

¹³⁾ Immerhin besteht theoretisch auch die Möglichkeit, daß die Patientin einen Mann zur Samenspende bewegt, mit dem sie und der mit ihr bei Gesundheit auf natürlichem Wege nie ein Kind hätte zeugen wollen; Mißbrauchsmöglichkeiten bietet aber jedes Recht. Eine generelle Verpflichtung des Krankenversicherers oder der Krankenkasse kann daher insoweit nicht bestritten werden.

¹⁴⁾ Nicht einmal bei Verwendung von Samen eines (unbekannten) dritten Spenders wegen einer zur Empfängnisunfähigkeit der Patientin hinzutretenden Fertilitätsstörung des eigentlich zum Vater Gewünschten läge Heilbehandlung vor: Weder die Störungen selbst werden behoben noch wird ein Umweg eingeschlagen. Das gleiche gilt für den Fall der Fertilitätsstörung nur beim Mann.

¹⁵⁾ *LG Nürnberg-Fürth*, a.a.O. [Fn. 2]. Vgl. jetzt *OLG Karlsruhe* [Fn. 1].

¹⁶⁾ Die in-vitro-Fertilisation wird dadurch aber nicht zur bloßen nicht-erstattungsfähigen bzw. nicht von der Kasse zu gewährenden Vorbeugemaßnahme, denn es wird ja eine bereits bestehende Krankheit behandelt. Dies verkennen *LG München I*, Urteil vom 19. 9. 1984 – 25 0 7548/84, NJW 1984, 2631/2632, und *OLG Stuttgart* [Fn. 1].

Ein ausdrückliches Verbot der in-vitro-Fertilisation besteht zwar nicht. Verbote im Sinne des § 134 BGB können sich jedoch auch aus einem Normgefüge¹⁷⁾, insbesondere aus dem Wertsystem des Grundgesetzes¹⁸⁾ und damit u. a. aus den Grundrechten ergeben. Ebenso geben im Rahmen von § 138 Abs. 1 BGB die Grundrechte Maßstäbe bei der Beantwortung der Frage, was gegen das „Rechts- und Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verstößt¹⁹⁾. Parallel dazu gilt im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung: Gesetzliche Ansprüche auf soziale Leistungen kann es nur da geben, wo die Leistung nicht gegen die Rechtsordnung, insbesondere nicht gegen das Grundgesetz verstößt²⁰⁾. Gegebenenfalls müßten zur Vermeidung der Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz die Regelungen der RVO über Gewährung notwendiger Heilbehandlung verfassungskonform ergänzend dahin ausgelegt werden, daß Maßnahmen der in-vitro-Fertilisation ausgeschlossen sind.

a) In Frage kommt eine Verletzung der von Art. 1 Abs. 1 GG geschützten menschlichen Würde: Zwar verstößt die Zeugung eines Menschen in vitro statt in vivo, d. h. die Technisierung der Zeugung, nicht von vorneherein gegen die Menschenwürde, denn der Embryo ist bei seiner Entstehung in vitro nicht in höherem Maße „Objekt“ der Entscheidungsfreiheit anderer als bei der natürlichen Zeugung²¹⁾; insbesondere hängt es auch in vitro letztlich vom Zufall ab, ob männliche und weibliche Keimzelle sich vereinigen. Es entsteht nicht anders als bei natürlicher Zeugung ein genetisch einzigartiger Embryo, so daß auch die individuelle Identität als Element der menschlichen Würde gewahrt ist²²⁾.

Jedoch wird bei Befruchtung von Eizellen mit anderem Samen als dem des Ehemannes (heterologe Befruchtung: Die Frau kann verheiratet oder unverheiratet sein, in ehelicher oder in nichtehelicher Lebensgemeinschaft oder allein leben) eine Gefahr für die Menschenwürde dann gesehen, wenn es – insbesondere bei Auswahl des Samens durch einen Dritten, z. B. den behandelnden Arzt – zu einer anonymen, gegebenenfalls massenhaften Züchtung und einem regelrechten Handel mit Samen kommen kann; ebenso wird eine Entleerung des aus Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG abgeleiteten Rechts des Kindes auf Kenntnis beider Eltern befürchtet²³⁾. Diese Gefahren bestehen hier aber nicht: Es wurde für die Heilbehandlung vorausgesetzt, daß die Patientin den Samenspender vorstellt; er wird also nicht von einem Dritten oder von der Patientin lediglich nach seinen körperlichen, geistigen und seelischen Merkmalen als Anonymus bestimmt, sondern ist bekannt²⁴⁾. Es verstößt aber nicht schon an sich gegen die menschliche Würde des Kindes, im Bewußtsein gezeugt zu werden, daß es nichtehelich geboren wird²⁵⁾. Insoweit ist es auch nicht von Belang, ob der Samenspender die Vaterschaft anerkennt oder nicht²⁶⁾.

Allerdings gibt es die Befürchtung, bei extrakorporaler Befruchtung von Eizellen einer alleinstehenden oder in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebenden unverheirateten Frau sei das Wohl des Kindes in Gestalt seines Persönlichkeitsrechts in einer gegen Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG verstoßenden Weise gefährdet und es liege ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 GG als Normierung des Elternrechts als Elternverantwortung vor, weil das Kind von vorneherein in dem Bewußtsein gezeugt werde, daß es auf einen durch Ehe soziale Verantwortung übernehmenden Vater und auf eine durch Ehe rechtlich gesicherte Elterngemeinschaft verzichten muß²⁷⁾. Dieses Bedenken kann aber nicht bedeuten, daß heterologe in-vitro-Fertilisationen nicht durchgeführt werden dürfen²⁸⁾: Es ist nicht erwiesen, daß nichteheliche Väter sich nach einer in-vitro-Fertilisation jeder Verantwortung entziehen; notfalls besteht die Möglichkeit der gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft gemäß § 1600 n BGB. Die natürliche Zeugung durch nicht miteinander Verheiratete müßte ebenso untersagt sein – auch hier besteht die Möglichkeit, daß das oben geschilderte Bewußtsein vorliegt; dies wäre aber wiederum mit dem von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Recht auf Fortpflanzung außerhalb einer Ehe²⁹⁾ unvereinbar. Vor allem aber ist es nicht einzusehen, daß es dem Wohl

eines Kindes mehr entspricht, nicht zu existieren, als mit einem verantwortungslosen Vater zu leben.

Angesichts der geringen Zahl der in Frage kommenden Fälle von Heilbehandlungen ist ferner weder durch Krankenversicherungsverträge, welche auch die heterologe in-vitro-Fertilisation als ersatzfähige Heilbehandlung erfassen, noch durch entsprechende Gewährung seitens der Krankenkassen ein Unterlaufen des in Art. 6 Abs. 1 GG gewährleisteten besonderen Schutzes gerade der ehelichen Familie gegeben.

Vielmehr ist zu sagen: Die Zeugung eines Kindes kann niemals, weder nach dem Maßstab des Grundgesetzes noch außerhalb dessen, verbots- oder sittenwidrig sein allein wegen fehlender Ehelichkeit und wegen Fehlens einer rechtlich gesicherten Elterngemeinschaft.

¹⁷⁾ BGH, Urteil vom 19. 2. 1968 – VII ZR 83 und 84/66, BGHZ 51,255/262.

¹⁸⁾ H. Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin/New York 1985, Rz. 488; Th. Mayer-Maly, in: MünchKommB, Band 1, 2. Aufl., München 1984, § 134 BGB Rz. 31.

¹⁹⁾ H. Hübner [Fn. 18.], Rz. 494.

²⁰⁾ Vgl. BVerfG, Urteil vom 25. 2. 1975 – 1 BvF 1,2,3,4,5,6/74, BVerfGE 39,1/54 = FamRZ 1975,262/267.

²¹⁾ E. Benda, Humangenetik und Recht – eine Zwischenbilanz, NJW 1985, 1732; H. Ostendorf, Juristische Aspekte der extrakorporalen Befruchtung und des Embryotransfers, in: U. Jüdes (Hg.), In-vitro-Fertilisation und Embryotransfer, Stuttgart 1983, S. 186. Vgl. auch G. Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Band I (Loseblatt, München), Art. 1 Abs. 1 (1958), Rz. 39 für die homologe künstliche Insemination.

²²⁾ W. Graf Vitzthum, Gentechnologie und Menschenwürde, MedR 1985, 252.

²³⁾ E. Benda [Fn. 21], S. 1732; Der Bundesminister für Forschung und Technologie (Hg.), In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie – Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für Forschung und Technologie und des Bundesministers der Justiz, München 1985 [im folgenden: Bericht], S. 13 f., 26 f.; H. Ostendorf [Fn. 21]; vgl. G. Dürig [Fn. 21] für die heterologe künstliche Insemination bei Eheleuten, der unabhängig davon, ob den Eheleuten der Samenspender bekannt ist, darauf abstellt, daß der Ehemann „austauschbar“ und „ersetzbar“ werde; D. Coester-Waltjen, Befruchtungs- und Gentechnologie bei Menschen – rechtliche Probleme von morgen?, FamRZ 1984, 235, bezeichnet einen auf heterologe in-vitro-Fertilisation gerichteten Behandlungsvertrag als sittenwidrig, wenn die Maßnahmen auf Menschenzüchtung hinauslaufen.

²⁴⁾ Auch der Bericht [Fn. 23], S. 14, hält die heterologe in-vitro-Fertilisation bei einer verheirateten Frau für nicht allgemein gegen die Menschenwürde verstoßend, sofern der Samenspender nicht anonym bleibt. Die Möglichkeit, daß die Eheleute dem Kind seine blutmäßige Abstammung verschweigen, sei hinzunehmen. Dem ist zu folgen, da auch bei natürlicher Zeugung die „Verschweigungsmöglichkeit“ besteht, ohne daß sie deshalb menschenunwürdig wäre. Der Arzt und das Krankenhaus sollten jedenfalls in den Krankenakten der Patientin auch die Person des Samenspenders festhalten. Siehe auch die Forderung des Berichts [a.a.O.], sicherzustellen, daß das Kind später seine Abstammung ermitteln kann.

²⁵⁾ Die Nichtehelichkeit ergibt sich wegen § 1591 Abs. 1 S. 2 BGB nicht nur bei der unverheirateten, sondern auch bei der verheirateten Frau, die sich wegen Empfängnisunfähigkeit einer heterologen in-vitro-Fertilisation unterzogen hat.

²⁶⁾ Das Ständesrecht der Ärzte sieht zwar vor, daß wegen befürchteter sozialer Nachteile des Kindes eine in-vitro-Fertilisation bei unverheiratet Zusammenlebenden nur in Ausnahmefällen nach Zustimmung einer Kommission bei der Landesärztekammer und Sicherstellung des Vaterschaftsanerkenntnisses, ferner bei alleinstehenden Frauen gar nicht durchgeführt werden darf (Richtlinien zur Durchführung von In-vitro-Fertilisationen [IVF] und Embryotransfer [ET] als Behandlungsmethode der menschlichen Sterilität vom 15. 5. 1985, veröffentlicht als: Sonderdruck zu: Deutsches Ärzteblatt, Heft 22 vom 29. 5. 1985, Nr. 3.2.2 und Anhang I.1. und 2.). Als besonderes Berufsrecht bindet es jedoch nicht den Außenstehenden und begründet keinen allgemeingültigen Maßstab für Sittenwidrigkeit, Verbotswidrigkeit oder Menschenwürde.

²⁷⁾ E. Benda [Fn. 21], S. 1732; Bericht [Fn. 23], S. 26 f. Die gleichen Einwände müßten wegen § 1591 Abs. 1 S. 2 BGB (siehe oben Fn. 25) auch zur heterologen Befruchtung von Eizellen einer verheirateten Frau erhoben werden.

²⁸⁾ Vgl. Bericht [Fn. 23], S. 27: Man müsse die Entscheidung der Eltern, nicht zu heiraten, respektieren. Allerdings wird die in-vitro-Fertilisation bei alleinstehenden Frauen für unverwertbar gehalten, da hier das Persönlichkeitsrecht des Kindes Vorrang habe.

²⁹⁾ Vgl. Bericht [Fn. 23], S. 27.

b) Weiterhin steht nicht fest, daß ein in vitro gezeugtes Kind unabhängig von der Frage der Ehelichkeit in seiner körperlichen, geistigen oder seelischen Entwicklung so gefährdet ist, daß seine Zeugung in vitro nicht mit dem Grundgesetz vereinbar wäre³⁰⁾.

c) Wohl aber sind in-vitro-Fertilisationen verbots- und sittenwidrig, wenn bewußt mehr Eizellen mit Spermien zusammengeführt werden, als Embryonen zu einer Zeit transferiert werden sollen; sei es von vorneherein in der Absicht, sie ausschließlich zu Experimenten zu verwenden, bei denen sie verletzt oder gar abgetötet werden können, sei es zunächst nur zur Erhöhung der Befruchtungs- und Implantationschancen, wobei die beim ersten Transfer nicht verwendeten überzähligen Embryonen kryokonserviert (tiefgekühlt) werden, um gegebenenfalls in einem späteren Zyklus der Patientin implantiert zu werden, dann aber, wenn sie wegen bereits eingetretener Schwangerschaft (und mangels Wunsches nach einer späteren erneuten Schwangerschaft) nicht mehr zum Transfer benötigt werden, in Experimenten verwendet oder auf unabsehbare Zeit ohne Aussicht auf Transfer weiter konserviert oder schlicht vernichtet werden: Zwar genießt der in vitro gezeugte Embryo vor dem Transfer mangels Nidation (noch)³¹⁾ keinen strafrechtlichen Schutz. Jedoch liegt mit ihm menschliches Leben vor – und zwar vom Augenblick der Befruchtung an³²⁾. Denn zum einen gibt das Kriterium der Nidation in vitro keinen Sinn. Zum anderen kann man auch nicht auf das zum gewöhnlichen Nidationszeitpunkt normalerweise erreichte Wachstumsstadium abstellen, weil es (abgesehen von der Fragwürdigkeit der zu treffenden Entscheidung, ob der Beginn, der – nur ungenau – um den 7. Tag angenommen wird, ob der Abschluß, der – ebenso ungenau – um den 10. Tag angenommen wird, oder ob der späteste Termin, zu dem sie als abgeschlossen gilt, der 14. Tag, maßgeblich sein soll) schon an sich ein Unding ist, menschliches Leben nach der Anzahl der Zellen zu bestimmen; jede Quantifizierung wäre reine Willkür. Vielmehr ist die Befruchtung entscheidend, da mit ihr das Individuum genetisch festgelegt ist. Liegt aber menschliches Leben vor, so ist es zu jedem Zeitpunkt zu schützen und nicht etwa erst nach einer bestimmten Frist³³⁾. Diesen Schutz genießt der Embryo aufgrund von Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG als „Vorstufe“ des „fertigen Lebens“; der Staat darf nicht nur nicht unmittelbar in dieses Leben eingreifen, sondern muß sich auch schützend und fördernd vor dieses Leben stellen³⁴⁾. Damit ist unvereinbar, daß die – vom Staat bereitgestellte – Rechtsordnung die vorsätzliche Verletzung oder Vernichtung von in vitro gezeugten Embryonen innerhalb oder außerhalb von Experimenten zuließe oder auch nur die extrakorporale Befruchtung, wenn diese Vorgänge untrennbar mit jeder einzelnen Fertilisation verbunden sind oder auch nur jeder einzelnen Fertilisation potentiell innewohnen³⁵⁾. Vielmehr bedeutet die Bedrohung der Menschenwürde, des menschlichen Lebens und der körperlichen Integrität in ihrem Widerspruch zur Wertordnung der Grundrechte, daß auch ohne ausdrückliche Normierung schon die Fertilisation als verboten und gegen das Rechts- und Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßend einzustufen ist. Das gleiche gilt bezüglich der Kryokonservierung auf unabsehbare Zeit: Es verletzt die dem gezeugten Embryo zukommende menschliche Würde, ihn an seiner körperlichen, geistigen und seelischen Entwicklung zu hindern, indem man ihn ohne sichere Chance auf Transfer einfriert; zugleich liegt damit ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG vor, aber auch eine Verletzung des Lebensrechts, denn der kryokonservierte Embryo lebt nicht, da alle biochemischen Vorgänge ruhen. Wie zuvor wäre schon die Zeugung von Embryonen, die nicht die uneingeschränkte Aussicht auf Verwendung zum Transfer haben, grundrechtswidrig. Auch insoweit ist die in-vitro-Fertilisation verbots- und sittenwidrig.

Der diesbezügliche ärztliche Behandlungsvertrag ist nichtig gemäß § 134 BGB und § 138 Abs. 1 BGB. Das gleiche gilt für den Krankenversicherungsvertrag insofern, als er Finanzierung auch von in-vitro-Fertilisationen mit den dar-

gestellten Gefahren verspricht; er ist gegebenenfalls dahin auszulegen, daß solche Maßnahmen nicht einbezogen sind. Die Krankenkasse darf solche extrakorporalen Befruchtungen nicht gewähren.

d) Entscheidend ist aber, daß das Verfahren der extrakorporalen Befruchtung sich so gestalten läßt, daß nur so viele Embryonen gezeugt werden, wie auch einzeitig bei der Patientin implantiert werden sollen³⁶⁾. Die oben geschilderten Gefahren sind dann ausgeschlossen; nicht allerdings die Möglichkeit von unbeabsichtigten Verletzungen bzw. Vernichtungen der Embryonen in vitro und der Untergang des großen Teils der transferierten Embryonen, weil ihnen die Nidation nicht gelingt. Mit ungewollter Beeinträchtigung menschlichen Lebens ist aber bei vielen ärztlichen Maßnahmen zu rechnen, ohne daß sie deswegen von vorneherein verbots- oder sittenwidrig wären; man denke an die lebensgefährliche Operation oder an die Heilung eines Eileiters, wodurch eine natürliche Empfängnis ermöglicht wird mit der Folge, daß voraussehbar menschliches Leben untergehen wird, da auch bei der Befruchtung in vivo nur einem Teil der Embryonen die Einnistung gelingt. Wenn der Erzeugung menschlichen Lebens in vitro die Absicht des Austragens durch die Frau, von der die Eizellen stammen, zugrundeliegt, bestehen daher keine Bedenken³⁷⁾. Der ärztliche Behandlungsvertrag ist weder verbots- noch sittenwidrig. Das gleiche gilt für den Krankenversicherungsvertrag, der Finanzierung jeder notwendigen Heilbehandlung und damit auch einer in-vitro-Fertilisation verspricht, sofern keine überzähligen Embryonen gezeugt werden, wohin er mangels ausdrücklicher Bestimmung ergänzend auszulegen ist³⁸⁾. Entsprechend ist die Krankenkasse nicht gehindert, als Heilbe-

³⁰⁾ Bericht [Fn. 23], S. 6 f.

³¹⁾ De lege ferenda siehe H. Ostendorf [Fn. 21], S. 194 f., und: Experimente mit dem ‚Retortenbaby‘ auf dem rechtlichen Prüfstand, in: JZ 1984, 599 f.

³²⁾ Bericht [Fn. 23], S. 4, 6, 7; A. Eser, Rechtliche und rechtspolitische Aspekte zu ‚Überlegungen zur Anwendung gentechnischer Methoden am Menschen‘, in: *Der Bundesminister für Forschung und Technologie (Hg.)*, Ethische und rechtliche Probleme der Anwendung zellbiologischer und gentechnischer Methoden am Menschen – Dokumentation eines Fachgesprächs im Bundesministerium für Forschung und Technologie, München 1984, S. 29 f. und im Wortprotokoll des Fachgesprächs, S. 72 desselben Bandes; W. Graf Vizihum [Fn. 22], S. 252 f.; H. Ostendorf [Fn. 21], S. 184 f.; [Fn. 31], S. 598 f.

³³⁾ BVerfGE 39, 1 ff. = FamRZ 1975, 262 ff.; ferner die oben Fn. 32 benannten Nachweise. Unbrauchbar ist die von D. Coester-Waltjen [Fn. 23], S. 235, vorgeschlagene Kategorie vom „latentem menschlichen Leben“.

³⁴⁾ BVerfGE 39, 36 ff., 42 ff. = FamRZ 1975, 263 ff., für den im Mutterleib befindlichen Embryo.

³⁵⁾ Vgl. Bericht [Fn. 23], S. 6, 28. Dabei ist es unerheblich, daß die Verletzung oder Abtötung nur erfolgt, weil bereits anderen Embryonen die Nidation glückte oder weil die in Experimenten gewonnenen Erkenntnisse die gesundheitlichen und Lebenschancen der transferierten Embryonen erhöhen: Leben wiegt nicht mehr als Leben (A. Laufs, Die Entwicklung des Arztrechts 1984/85, NJW 1985, 1362), auch zahlenmäßiges Überwiegen ist irrelevant (BVerfGE 39, 59 = FamRZ 1975, 268). Gerade das ist Ausdruck der jedem Individuum für sich zustehenden Rechte.

³⁶⁾ Eine solche Gestaltung fordert „nach Möglichkeit“ auch der Kommentar zu Nr. 3.2 der Richtlinien zur Forschung an frühen menschlichen Embryonen der Bundesärztekammer vom 4. 10. 1985, veröffentlicht mit Kommentar und Anhang als Sonderdruck zu: Deutsches Ärzteblatt 1985, Heft 50. An der Universitäts-Frauenklinik Köln z. B. verzichtet man auf die Möglichkeit der Kryokonservierung von Embryonen zur etwaigen Verwendung in einem späteren Zyklus der Patientin.

³⁷⁾ Bericht [Fn. 23], S. 6. Auch sonstige entfernte Gefahren für den Embryo können nicht in der generellen Bewertung Berücksichtigung finden: so etwa die Möglichkeit, daß die Patientin nach der Befruchtung in vitro ihre weitere Mitwirkung verweigert oder daß ein Embryo Abnormalitäten aufweist und deshalb nicht transferiert werden soll.

³⁸⁾ Das bedeutet nicht, daß nach einem erfolglosen Transfer die Patientin sich stets von neuem der Prozedur der Eientnahme mit vorangehender Hormonbehandlung zur Erlangung von mehr als einer reifen Eizelle unterziehen muß: Der Konservierung von unbefruchteten Eizellen (und von Sperma) mit der Absicht der Verwendung nach Scheitern des ersten Transfers und der Vernichtung nach dessen Gelingen steht nichts entgegen.

handlung eine solche in-vitro-Fertilisation zu gewähren; dann aber ist sie auch dazu verpflichtet.

7. Daraus ergibt sich, daß die wegen Empfängnisunfähigkeit infolge von unheilbaren Tubenanomalien³⁹⁾ vorgenommene extrakorporale Befruchtung (bzw. deren Versuch), bei der Eizellen der Patientin mit Samen des Mannes, mit dem sie und welcher mit ihr ein Kind haben möchte, befruchtet und in ihre Gebärmutter implantiert werden, notwendige Heilbehandlung ist. Die privat Krankenversicherte kann daher vom Versicherer Aufwendungsersatz verlangen; die gesetzlich Versicherte hat Anspruch auf Gewährung der in-vitro-Fertilisation. Es steht zu hoffen, daß im vorliegenden Falle der *BGH* in diesem Sinne über die vom *OLG Nürnberg*

zugelassene und von der Patientin eingelegte Revision⁴⁰⁾ entscheiden wird.

³⁹⁾ Anders dagegen bei der Fertilitätsstörung des Mannes: Zwar gilt entsprechend auch hier wegen der Vorstellung vom „Umweg“, daß die in-vitro-Fertilisation Heilbehandlung ist; jedoch ist sie wegen ihres hohen Aufwandes nicht notwendig, wenn ein Erfolg auch mit der künstlichen Insemination erzielt werden kann. Das gleiche gilt für Fertilitätsstörungen der Frau, die mit der künstlichen Insemination therapiert werden können. Immer dann, wenn die künstliche Insemination aussichtslos ist, wird dagegen die in-vitro-Fertilisation notwendig.

⁴⁰⁾ Az. IV a ZR 78/85 (siehe MDR 1985, 769: Anmerkung der Schriftleitung).