

Magdalena Flatscher-Thöni, Caroline Voithofer

Ezellenspende und PID: Offene Fragen des FMedRÄG 2015

Oocyte-donations and PID: Open Questions about the Austrian Artificial Procreation Act 2015

Zusammenfassung

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit dem Prozess des normativen Wandels in Österreich, von einem restriktiven hin zu einem liberal-permissiven Regulierungsregime der medizinisch unterstützten Fortpflanzungsmedizin. Der Fokus liegt auf der Novelle des Fortpflanzungsmedizingesetzes 2015 (FMedRÄG 2015), wobei im Speziellen die Ezellenspende und die Präimplantationsdiagnostik (PID) besprochen werden. Es werden die Motive des Gesetzgebers für diesen legislativen Wandlungsprozess in der Fortpflanzungsmedizin skizziert, um in weiterer Folge die Ezellenspende und PID genauer zu beleuchten und einige daraus resultierende (offene) Fragen ausführlich zu diskutieren.

Schlüsselwörter: Ezellenspende, Präimplantationsdiagnostik (PID), In-Vitro Fertilisation (IVF), FMedRÄG 2015

Abstract

This paper focuses on the regulatory change resulting from the Austrian Artificial Procreation Act in 2015. Due to this amendment, Austria turned from a restrictive to a liberal/permissive regulatory regime concerning medically assisted reproductive techniques. This paper sheds light on the legislative forces that drove this amendment and focuses particularly on the regulations governing oocyte donations and pre-implantation genetic diagnosis (PGD) by critically discussing relevant (but unresolved) legal issues.

Keywords: oocyte donation, pre-implantation genetic diagnosis (PGD), in vitro fertilization (IVF), FMedRÄG 2015

Ass.-Prof. Dr. Magdalena Flatscher-Thöni
Institut für Public Health, Medical Decision
Making & HTA
Private Universität für Gesundheitswissen-
schaften, Medizinische Informatik und Technik
UMIT
Eduard-Wallnöfer-Zentrum 1, A-6060 Hall in Tirol
magdalena.flatscher-thoeni@umit.at

Univ.-Ass. MMag. Dr. Caroline Voithofer
Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
caroline.voithofer@uibk.ac.at

1. Einleitung

Die menschliche Fortpflanzung hat in den vergangenen Jahrzehnten eine starke Technologisierung erfahren, einer der Hauptgründe dafür ist die rasante Entwicklung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung. Der unerfüllte Kinderwunsch, der laut WHO vorliegt, wenn über einen Zeitraum von einem Jahr bei regelmäßigem ungeschützten Geschlechtsverkehr keine Schwangerschaft eintritt, betrifft weltweit etwa jedes 6. Paar.¹ Von diesen Paaren sucht wohl die Mehrzahl nach einem Weg, nicht kinderlos zu bleiben und kommt damit in Kontakt mit der Fortpflanzungsmedizin und den entsprechenden Technologien. Diese Ausprägungsform einer reproduktiven Autonomie kann auch als Überwindung der „Natürlichkeit“ in der menschlichen Fortpflanzung gesehen werden² und lässt Menschen mit unerfülltem Kinderwunsch zum Teil eines Medizinbereichs werden, dem aktuell eine starke Deutungsmacht hinsichtlich der menschlichen Fortpflanzung im Gesundheitswesen zugeschrieben wird. Was ursprünglich noch als „Wunder der Natur“ angesehen wurde, wird heute zu einem wissenschaftlich

konkret erforschten, mittels biotechnologischer Verfahren beeinflussbaren und ein Stück weit auch kontrollierbaren Geschehen.³

Mit anderen Worten: Menschen mit unerfülltem Kinderwunsch werden durch die Inanspruchnahme von Fortpflanzungsmedizin zu Patienten und Teil eines Medizinbereichs, dem ein technologischer Imperativ nicht (mehr) fremd ist.⁴

Diese weltweit beobachtbare Technologisierung der menschlichen Fortpflanzung und die daraus resultierenden gesellschaftspolitischen Veränderungen hinsichtlich Familie und Abstammung stellen eine Herausforderung für deren rechtliche Ausgestaltung dar.⁵ Denn selbst wenn sich die nationalen Gesetzgeber theoretisch auf die Regelungsziele und -positionen einigen können, bleibt die Herausforderung, die (höchstpersönlichen) Bedürfnisse und Interessen der involvierten Personengruppen in der Lebenswirklichkeit zu erkennen und diese in konkrete Regelungen zu übersetzen. Das führt international zu unterschiedlichen Regelungen, was ein Blick in das europäische Ausland verdeutlicht. Tabelle 1 zeigt im Überblick die aktuell auffindbaren regulativen Zugänge für die

Land	IVF	Insemination	Eizellenspende	PID
Österreich	zulässig für Paare	zulässig für Paare	zulässig für Paare	zulässig
Belgien	zulässig	zulässig	zulässig	zulässig
Deutschland	zulässig	zulässig	verboten	zulässig
Frankreich	zulässig	zulässig für heterosexuelle Paare	zulässig für heterosexuelle Paare	zulässig
Griechenland	zulässig	zulässig	zulässig	zulässig
Niederlande	zulässig	zulässig	zulässig	zulässig
Schweiz	zulässig (für verheiratete Paare)	zulässig (für verheiratete Paare)	bis dato verboten, Zulässigkeit wird aber diskutiert	zulässig (ab 2017?)
Spanien	zulässig	zulässig	zulässig	zulässig
Vereinigtes Königreich	zulässig	zulässig	zulässig	zulässig

Tabelle 1: Beispielhafter Überblick der rechtlichen Ausgestaltung der Fortpflanzungsmedizin in Europa

reproduktiven Methoden: In-vitro-Fertilisation (IVF), Insemination, Eizellenspende und Präimplantationsdiagnostik (PID).

Der rechtliche Regelungsbereich tangiert unterschiedliche Personengruppen (hetero- und homosexuelle Paare, Gametenspender oder Medizinerinnen) und referenziert sich auf unterschiedliche Typen staatlicher Regulierung. Idealtypisch spricht Cottier⁶ hier von liberal-permissiven, liberal-regulatorischen und restriktiven Systemen. Während ein liberal-permissiver Zugang die Fortpflanzungsmedizin der Selbstregulierung der medizinischen Professionen überlässt, zeichnet sich das liberal-regulatorische System dadurch aus, dass fortpflanzungsmedizinische Verfahren großzügig zugelassen werden, jedoch einer engen staatlichen Kontrolle und Regulierung unterworfen sind. Der restriktive Ansatz schafft bereits zahlreiche Beschränkungen hinsichtlich der Verfahren, der betroffenen Personengruppen und auch Lebensformen.

Tabelle 1 veranschaulicht, dass eine Vielzahl der genannten europäischen Länder liberal-regulatorische Zugänge gewählt hat und nur einzelne den liberal-permissiven bzw. restriktiven Ansätzen folgen. Diese grundsätzliche Liberalisierung wurde in Europa vor allem in den vergangenen Jahren vorgenommen. Ein aktuelles Beispiel hierfür ist die Gesetzesnovelle durch das Fortpflanzungsmedizinrechtsänderungsgesetz 2015 (FMedRÄG 2015)⁷ in Österreich. Das bis dahin in Österreich geltende FMedG war im europäischen Vergleich restriktiv, da es den Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Maßnahmen nur heterosexuellen (Ehe-)Paaren eröffnete und Eizellenspende sowie heterologe Spermispende für sämtliche Technologien verbot.⁸

Hier setzt der vorliegende Beitrag an und beschäftigt sich mit dem Prozess des normativen Wandels in Österreich von einem restriktiven hin zu einem liberal-permissiven Regulierungstypus. Dabei wird zu Beginn die grundlegende Motivation für diesen Wandlungsprozess skizziert, um in weiterer Folge die für Österreich neu regulierten

Bereiche Eizellenspende und PID genauer zu beleuchten und die daraus resultierenden (offenen) Fragen ausführlich zu diskutieren.

2. Zur Entstehung des FMedRÄG 2015

2015 liberalisierte das FMedRÄG das österreichische Fortpflanzungsmedizinrecht und öffnete damit die Tür für bisher ausgeschlossene Personengruppen und für bis dato in Österreich rechtlich nicht zugelassene Techniken der Reproduktionsmedizin.⁹ Die Ausgangslage der Gesetzesänderung bildete das 1992 in Kraft getretene FMedG, das bis 2015 beinahe unverändert in der Stamfassung in Geltung stand.¹⁰

Die gegenständliche Gesetzesnovelle war durch unterschiedliche (judikative) Triebkräfte, die mittelbar bzw. unmittelbar den österreichischen Gesetzgeber aus seiner bis dahin vorherrschenden „legislativen Trägheit“¹¹ gezwungen haben und einen Paradigmenwechsel veranlassten, motiviert.

Die stärkste judikative Triebkraft war das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs (VfGH) vom 10.12.2013,¹² mit dem der VfGH lesbischen Paaren den Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Techniken eröffnete, in dem er die Wortfolge „von Personen verschiedenen Geschlechts“ in § 2 Abs. 1 a.F. FMedG mit Wirkung 31.12.2014 aufhob und damit indirekt dem Gesetzgeber eine Frist bis 31.12.2014 zur Sanierung der verfassungswidrigen Situation setzte.¹³

Des Weiteren waren die für Österreich direkt bzw. indirekt relevanten Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im Jahr 2011 und 2012 richtungsweisend. Die Große Kammer des EGMR (S. H. et al./Österreich 3.11.2011¹⁴) entschied im Jahr 2011, dass Österreich seinen Ermessensspielraum im Hinblick auf das Verbot von Eizellspenden und das Verbot von heterologen Samenspenden für die In-vitro-Fertilisation im Jahre 1999 (FMedG a.F.) nicht überschritten habe, merkte aber auch gleichzeitig an, dass der Bereich der künstlichen Fortpflanzung von besonders dynamischen wissenschaftlichen und recht-

lichen Entwicklungen geprägt sei und von den Staaten ein Reformbedarf stetig geprüft werden müsse. Der EGMR machte in dieser umstrittenen Entscheidung¹⁵ deutlich, dass Österreich bei erneuter Prüfung des FMedG a.F. durch den EGMR mit einer Verurteilung, basierend auf der Verletzung des Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens), rechnen müsste.

Indirekt hatte auch die EGMR Entscheidung *Costa-Pavan/Italien*¹⁶ im Jahr 2012 hinsichtlich der Zulassung von Präimplantationsdiagnostik (PID) Wirkung auf die österreichische Rechtslage. Der EGMR verurteilte darin Italien aufgrund des dem italienischen Recht immanenten Verbots der PID zur Feststellung einer Erbkrankheit wegen der Verletzung des Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens). Da die österreichische Rechtslage zu diesem Zeitpunkt der Italienischen glich, die der EGMR eben als konventionswidrig erachtete, war das Urteil *Costa-Pavan/Italien* auch für den österreichischen Gesetzgeber von Relevanz.

Parallel zu diesen judikativen Entwicklungen war es auch die österreichische Bioethikkommission (BEK), die sich wiederkehrend zum Thema Fortpflanzungsmedizin äußerte und durch verschiedene Stellungnahmen und Berichte die dynamische Entwicklung in diesem Medizinbereich thematisierte und diskutierte. 2012 wurde die Stellungnahme „Reform des Fortpflanzungs-Medizinrechts“¹⁷ publiziert,¹⁸ motiviert durch das Verfahren *S. H. et al./Österreich vor dem EGMR*. Im gleichen Jahr lud der VfGH die Bioethikkommission ein,¹⁹ sich zur Frage zu äußern, „ob und bejahendenfalls welche Umstände aus dem Blickwinkel der von der Bioethikkommission wahrzunehmenden Belange die derzeitige gesetzliche Beschränkung zulässiger Maßnahmen der Fortpflanzungsmedizin auf – erstens – nicht alleinstehende Partner (bzw. auf Ehegatten) – und zweitens – verschiedenen Geschlechts zu rechtfertigen vermögen.“ Dieser Einladung folgend veröffentlichte die BEK die Stellungnahme „Beschränkung des Anwendungs-

bereiches des Fortpflanzungsmedizingesetzes auf verschiedengeschlechtliche Paare“²⁰.

Abschließend sei auch noch auf den zeitlich etwas zurückliegenden, thematisch aber trotzdem relevanten Bericht „Präimplantationsdiagnostik (PID)“²¹ verwiesen, der bereits im Jahr 2004 die internationalen Diskussionen hinsichtlich Embryonenforschung, der Forschung mit embryonalen Stammzellen sowie des reproduktiven und therapeutischen Klonens thematisierte.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die gegenständliche Novelle des FMedG in Form des FMedRÄG 2015 auf drei relevanten Triebkräften beruht: 1. Die Umsetzung des VfGH Erkenntnisses,²² 2. die Vermeidung einer Verurteilung durch den EGMR, sowie 3. die Umsetzung gesellschaftspolitischer Forderungen, artikuliert durch die österreichische Bioethikkommission.

Die damit motivierte Anpassung des FMedG durch das FMedRÄG 2015 beinhaltet vier wesentliche Aspekte: 1. Die Öffnung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung für miteinander in eingetragener Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft lebende Frauen, 2. die Zulassung der Samenspende für alle Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, 3. die Zulassung der Präimplantationsdiagnostik und 4. die Zulassung der Eizellspende.

Zu erwähnen ist, dass alleinstehende Frauen weiterhin von der Inanspruchnahme der Fortpflanzungsmedizin ausgeschlossen sind und Leihmutterchaft nicht zulässig ist.

3. Eizellenspende

a. Skizze des rechtlichen Rahmens

Die Eizellenspende war in Österreich bis zur Novelle 2015 grundsätzlich verboten, womit der österreichische Gesetzgeber in diesem Regelungsbereich der Fortpflanzungsmedizin dem restriktiven Regulierungstyp zuzuordnen war. Dieses Verbot war an das vorherrschende Argument geknüpft, dass eine Spaltung der (rechtlichen) Mutterchaft

vermieden werden sollte. Demnach sollten keine Familienverhältnisse geschaffen werden, die von den natürlichen abweichen.²³ Das österreichische ABGB bildet dieses Argument auch normativ durch den 1992 – zum Zeitpunkt der Einführung des FMedG – geschaffenen § 143 (vormalig §137 b ABGB) ab, der das Abstammungsprinzip „Mutter ist die Frau, die das Kind geboren hat“ (*mater semper certa est*) festschreibt. Damit ist im Rechtssinn nur jene Frau Mutter, die das Kind geboren hat.

Vor dem Hintergrund der EGMR Entscheidung S. H. et al./Österreich im Jahr 2011, die den österreichischen Gesetzgeber zwar nicht unmittelbar zwang, den restriktiven Ansatz des Verbots der Eizellenspende abzuändern, entschied er sich aus verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Beibehaltung des Verbots. Den Materialien folgend würde „[...] ein weiteres Aufrechterhalten des Verbots der Eizellspende eine sachlich schwer begründbare Ungleichbehandlung gegenüber der zulässigen Samenspende bedeuten.“²⁴ Unterstützt wurde dieser Schritt durch gesellschaftspolitische Bedenken, die auch von der Bioethikkommission in ihrer Stellungnahme aus 2012 thematisiert wurden. In dieser Stellungnahme sprach sich die BEK für die Zulassung der Eizellspende für Frauen mit ovarieller Insuffizienz innerhalb der biologisch-reproduktiven Phase aus.²⁵

Der Zugang für Wunscheltern zur Eizellenspende wurde an die im FMedG immanent gegebene Gebrechlichkeitsorientierung und eine Altersgrenze geknüpft, sodass das Gesetz die Verwendung von Eizellen einer dritten Person für medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur zulässt, wenn die Frau, bei der die Schwangerschaft herbeigeführt werden soll, nicht fortpflanzungsfähig ist und diese Frau zum Zeitpunkt des Behandlungsbeginns das 45. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (vgl. § 3 Abs. 3 FMedG²⁶).

Der bereits erwähnte § 143 ABGB bestimmt im Fall der Eizellenspende die Wunschmutter auch im abstammungsrechtlichen Kontext als Mutter, da sie jene Frau ist, die das Kind gebärt.²⁷ Auch

wenn die Eizellenspenderin genetisch mit dem Kind verwandt ist, so zielt das vorherrschende Abstammungsprinzip auf die Mutterschaft der austragenden Mutter ab.²⁸

Als Eizellenspenderinnen charakterisiert das Gesetz Frauen zwischen dem vollendeten 18. bis zum vollendeten 30. Lebensjahr (§ 2b Abs. 2 FMedG). Um den aus der Entnahme resultierenden Belastungen Rechnung zu tragen, ist eine umfassende Aufklärungs- und Beratungspflicht des die Eizellenentnahme durchführenden Arztes vorgesehen (§ 7 Abs. 1 FMedG).

Bezüglich Überlassung, Untersuchung, Aufbewahrung und Dokumentation der Eizellspende ist das Regime dem der Samenspende nachgebildet (vgl. §§ 9-16 FMedG). Das FMedG garantiert seit dem Inkrafttreten 1992 einen offenen Umgang mit Samenspenden, sodass dieser Ansatz auch für die Eizellenspende Anwendung findet. Demnach ermöglicht § 20 Abs. 2 FMedG den mit den Eizellen einer dritten Person gezeugten Kindern ein Einsichts- und Auskunftsrecht hinsichtlich ihrer Abstammung nach Vollendung des 14. Lebensjahres. Die Zurverfügungstellung von Eizellen für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung darf (auch) nicht Gegenstand eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts sein, da § 16 FMedG ein Kommerzialisierungs-, Vermittlungs-²⁹ und Werbeverbot für Eizellenspenden enthält.

b. Potentielle (Un)Sicherheiten

Bei einer Eizellenspende unterzieht sich die Eizellenspenderin einer (hormonellen) ovariellen Stimulationsbehandlung und einer Follikelpunktion, um die so erhaltenen Eizellen an andere Frauen, respektive die Wunscheltern weiterzugeben. Es handelt sich demnach um einen invasiven Eingriff, der mit gesundheitlichen Risiken für die Eizellenspenderin (u. a. ovarielles Hyperstimulationssyndrom) verbunden sein³⁰ und u. U. auch die persönliche Fertilität der Eizellenspenderin beeinträchtigen kann.³¹

Die gesetzlichen Anforderungen an die Eizellenspenderin sind in Österreich lediglich an das Alter geknüpft und geben ein Mindestalter von 18 Jahren und ein Maximalalter von 30 Jahren vor. Der Gesetzgeber führt in den Erläuterungen diesbezüglich aus, dass „die Eizellen einer Frau [...] auf natürlichem Wege und in einem irreversiblen Prozess ihre Reproduktionsfähigkeit [verlieren]. Demzufolge soll die Eizellenspende nur bis zur Vollendung des dreißigsten Lebensjahres möglich sein.“³² Weitere Argumente für diese konkreten Altersgrenzen lassen sich nicht finden. Auch wenn das Maximalalter von 30 Jahren möglicherweise mit der genetischen Qualität der Eizelle rechtfertigbar wäre, so erscheint diese absolute Altersgrenze aus verfassungsrechtlicher Sicht durchaus fragwürdig.³³

Beweggründe für eine Eizellenspende können stark variieren. Altruismus und das Bedürfnis, Paaren mit Kinderwunsch zu helfen, scheint hier international das stärkste Motiv zu sein,³⁴ nichtsdestotrotz weist auch ein Teil der empirischen Literatur darauf hin, dass ökonomische Anreize für die Entscheidung, Eizellen zu spenden eine wichtige Triebfeder sind.³⁵ Der österreichische Gesetzgeber fokussiert sich ausschließlich auf den altruistischen Ansatz, indem er in § 16 FMedG ein Kommerzialisierungs-, Vermittlungs-, und Werbeverbot verankert. Damit wird festgelegt, dass die Überlassung von Eizellen nicht Gegenstand eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts sein darf.³⁶ Dies erfährt noch eine stärkere Konkretisierung, indem festgehalten wird, dass die Vereinbarung und Annahme einer Aufwandsentschädigung bereits dann als entgeltliches Rechtsgeschäft gilt, wenn und soweit die Aufwandsentschädigung über die nachgewiesenen Barauslagen, die im Zusammenhang mit der medizinischen Behandlung bei der Überlassung der Eizelle getätigt wurden, hinausgeht. Es ist wohl davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diese strikte Bestimmung aus Angst vor ausbeuterischen Praktiken verankert hat. Insofern sollten Situationen vermieden werden, die Frauen

in einer ökonomisch angespannten Situation die Möglichkeit eröffnen, durch Eizellenspenden Geld zu verdienen.³⁷ Damit fokussiert sich der österreichische Gesetzgeber auf Frauen, die aus Nächstenliebe, respektive Altruismus, ihre Eizellen spenden. Stellt man nun die Frage nach anderen, nicht-monetären Anreizen, die das Gesetz bietet, wie beispielsweise die Möglichkeit im Rahmen der Spende auch eigene Eizellenreserven anzulegen, oder die Kostenreduktion bei möglichen zukünftigen eigenen Fertilitätsbehandlungen,³⁸ so wird man nicht fündig. Vielmehr behält der Gesetzgeber auch im Rahmen der Novelle das Verbot des Social Freezing bei, sodass weiterhin keine Eigenspende möglich ist. Die Frauen in der entsprechenden Altersgruppe dürfen also für andere Personen spenden, mögliche Risiken für die persönliche Gesundheit und Fertilität übernehmen, aber gleichzeitig diese reproduktive Maßnahme nicht für sich selbst in Anspruch nehmen.

Dies leitet zum nächsten Aspekt über: Wie schützt der Gesetzgeber das körperliche und psychische Wohlergehen der Eizellenspenderin? Handelt es sich bei der Eizellenspende um eine taugliche Variante der Samenspende?³⁹

Der Gesetzgeber unterstellt die Eizellenspenderin grundsätzlich demselben „Spenderregime“ wie jenen für Spermien und geht davon aus, dass „[...] zwar die Entnahme von Eizellen im Vergleich mit einer Samenspende mit einer größeren Belastung für die Spenderin verbunden [ist]. Dem soll aber – wie auch bei mitunter sehr invasiven Organtransplantationen (§ 8 Abs. 3 Organtransplantationsgesetz) – durch eine umfassende Aufklärungs- und Beratungspflicht des oder der die Eizellenentnahme durchführenden Arztes oder Ärztin Rechnung getragen werden (§ 7 Abs. 1 und § 23 Abs. 1 Z. 1 lit. d) [FMedG].“⁴⁰

Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber unter „Entnahme der Eizelle“ auch die hormonelle Stimulation fasst, sodass sich die hier zentrale Norm, § 7 FMedG auf die ärztliche Aufklärung, psychologische Beratung und Betreuung, sowie recht-

liche Beratung im Sinne des gesamten Prozesses der Eizellenspende bezieht. Demnach obliegt es den Ärzten im Rahmen ihrer medizinischen Aufklärungspflicht, die relevanten Informationen an die Spenderin weiterzugeben, sodass diese darauf basierend eine selbstbestimmte Entscheidung hinsichtlich der Spende treffen kann. Inwieweit diese Aufklärung immer frei von Interessenskonflikten sein kann, wäre zu hinterfragen, weil doch davon ausgegangen werden kann, dass die beratende Ärztin u. U. auch die Wunscheltern behandelt und damit auch ein „anderes“ Interesse an der Eizellenspende haben kann.

Erwähnenswert erscheint in diesem Zusammenhang aber auch die spezielle Berücksichtigung der gesundheitlichen Gefährdung, die u. U. von der Eizellspenderin/Eizelle für die Empfängerin und das Kind ausgehen kann. § 12 FMedG weist explizit auf dieses Schutzinteresse der Empfängerin und des Kindes hin, wenngleich die Eizellenspenderin nicht von einem derartigen expliziten Schutz umfasst wird. Die Gesundheit der Spenderin interessiert also nur insofern, als sie eine Krankheitsquelle sein könnte, es wird aber nicht explizit auf die Gesundheit der Spenderin geachtet und auch kein Hinweis auf eine eventuell nötige Nachbetreuung gegeben (dies ist ein großes Problem in allen Ländern, wo Eizellspende erlaubt ist), womit in der Zusammenschau das körperliche und psychische Wohlergehen der Eizellenspenderin im Gesetz nur einen moderaten Schutz erfährt, vor allem auch, weil die im Organtransplantationsgesetz (OTPG) vorgesehenen Schutzbestimmungen⁴¹ – trotz dezidiert Nennung in den Gesetzesmaterialien – nur unzureichend übernommen wurden.⁴²

Kann sich eine Frau eine Eizellspende unter gegebenen Rahmenbedingungen vorstellen, so liegt es in ihrem Ermessensspielraum zu entscheiden, für wen sie spendet. Demnach kann die Eizellenspende einer Krankenanstalt, einer fremden Person, aber auch Familienmitgliedern bzw. Freunden und Bekannten gegeben werden. Insofern regelt das Gesetz die Frage nach der Spendeempfängerin

nicht abschließend und schließt damit intrafamiliäre Spenden nicht aus, sodass es beispielsweise zu Spenden zwischen Schwestern oder Cousinen kommen kann. Auch wenn eine derartige Spende innerhalb einer Familie aus genetischer Sicht u. U. nachvollziehbar wäre, so weisen wissenschaftliche Arbeiten⁴³ vermehrt auf komplexe innerfamiliäre Psychodynamiken, Identitätsdiffusion und/oder andere Störungen in der Bindungs-, Beziehungs- und Identitätsentwicklung beim betroffenen Kind und der Familie hin.⁴⁴ Auch hier liegt die relevante Aufklärungspflicht beim behandelnden Mediziner (mit den bereits angesprochenen Interessenskonflikten), wobei der Gesundheitsausschuss des Nationalrats davon ausgeht, „[...]“, dass die von einer Eizellspende unmittelbar betroffenen Eltern und Familienmitglieder im Rahmen der Beratung nach § 7 Absatz 1 FMedG über die möglichen Auswirkungen der Eizellspende innerhalb der Familie aufgeklärt werden.“⁴⁵ Der Gesetzgeber hat in seinen Materialien diesbezüglich keine weiteren Informationen bereitgestellt, sodass davon ausgegangen werden kann, dass intrafamiliäre Eizellenspenden für den Gesetzgeber ein gangbarer Weg sind.

Wie bereits kurz erwähnt, definiert das Gesetz auch hinsichtlich der Eizellenempfängerin (Wunscheltern) nur wenige Anforderungen, denn hier wird primär auf die nicht vorhandene Fortpflanzungsfähigkeit der Empfängerin und ebenso auf das biologische Alter abgestellt. So darf die Eizellenempfängerin das 45. Lebensjahr bei Behandlungsbeginn noch nicht vollendet haben. In den Materialien stützt der GG diese Altersgrenze mit einem inhaltlichen Verweis auf die Stellungnahme der BEK, wonach die Eizellspende für Frauen mit ovarieller Insuffizienz innerhalb der biologisch-reproduktiven Phase zuzulassen sei.⁴⁶ Die BEK gibt in ihrer Stellungnahme allerdings nicht das Alter von 45 Lebensjahren an, sondern referenziert sich primär auf eine „Schwangerschaft jenseits des reproduktiven Alters“ und spricht in diesem Kontext vom 50. Lebensjahr.⁴⁷ Das zeitlich undefinierte Ende der biologisch-reprodu-

tiven Phase als relevanten Abschnitt zu verorten, scheint im Kontext der Empfängerin ein nachvollziehbarer Ansatz zu sein, vor allem vor dem Hintergrund, dass fortpflanzungsmedizinische Maßnahmen bei Frauen weit über dem 45. Lebensjahr noch angewandt werden, insoweit keine fremde Eizelle benötigt wird.⁴⁸ Damit ist die normative Überzeugungskraft dieser gesetzlich verankerten Altersgrenze fraglich, sodass davon ausgegangen werden kann, dass diese einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht Stand halten würde.

Des Weiteren hält der Gesetzgeber hinsichtlich der Gebrechlichkeitsvoraussetzung erläuternd fest: „Die Inanspruchnahme einer Eizellspende mit dem Ziel, Eizellen von besserer Qualität, nämlich von einer jüngeren Spenderin, zu erlangen, scheidet somit aus.“⁴⁹ Diese Zielsetzung wird allerdings durch die vorgesehenen Altersgrenzen konterkariert, sodass faktisch doch von einer potenziellen „Verjüngung“ durch die Eizellspende ausgegangen werden kann, man denke beispielsweise an die Eizellspende einer zwanzigjährigen für eine vierzigjährige Frau.⁵⁰

Als letzter Diskussionspunkt sei noch auf das durch Eizellspende entstandene Kind eingegangen. Wenngleich auch ein Auskunftsrecht ab dem 14. Lebensjahr besteht, so gibt es keine gesetzliche Verpflichtung für die Wunscheltern, dem Kind mitzuteilen, dass es mit Hilfe einer Eizellspende entstanden ist. Damit können diese Kinder ihr Recht auf Kenntnis der Abstammung nicht geltend machen. Eine aktuelle englische Studie geht davon aus, dass nur knapp die Hälfte der betroffenen Eltern ihren Kindern die Wahrheit über ihre Entstehung offenbart.⁵¹ Zudem besteht hier eine faktische Ungleichheit zwischen verschiedenen und gleichgeschlechtlichen Paaren, da Kinder von gleichgeschlechtlichen Paaren zumeist vermuten werden, dass sie mittels Fortpflanzungsmedizin gezeugt wurden und so erleichtert von ihrem Auskunftsrecht Gebrauch machen werden können.

Die exemplarisch skizzierten (offenen) Fragen machen ersichtlich, dass die Novelle des FMedG

die Eizellspende nur in groben Zügen regelt. Dies lässt den Eindruck entstehen, dass der Gesetzgeber im Rahmen der verfassungsrechtlich „erzwungenen“ Sanierung hinsichtlich der Berücksichtigung gleichgeschlechtliche Frauenpaare im Gesetz nun auch proaktiv das Thema Eizellspende liberalisieren wollte, um potenziellen Gerichtsentscheidungen vorzubauen, wenngleich auch kein akuter legislativer Handlungsbedarf gegeben war.

Durch dieses – unserer Meinung nach – übereilte Vorgehen, war es sichtlich nicht möglich, empirische Evidenz und rechtsvergleichende Erkenntnisse aus dem europäischen Ausland der österreichischen Regelung zugrunde zu legen, sodass das eingeführte System als ein erster Kompromiss gedeutet werden kann, der den auf europäischer Ebene vorherrschenden Liberalisierungstendenzen (gestützt durch die EGMR-Entscheidungen) entgegenkommt. Ein Blick in die relevante Literatur bzw. Gesetzgebung macht allerdings auch deutlich, dass durchaus detaillierte Spendesysteme für Eizellen (Gameten) existieren, die bereits erprobt und evaluiert wurden.⁵²

Es wäre wünschenswert, ein umfassendes und gleichzeitig differenziertes Konzept für die Regelung der Eizellspende in Österreich zu erarbeiten, um so den involvierten Personengruppen ein höheres Maß an gesetzlichem Schutz und Rechtssicherheit zukommen zu lassen.

4. Präimplantationsdiagnostik (PID)

a. Skizze des rechtlichen Rahmens

Die PID war in Österreich bis zur Novelle 2015 nicht explizit geregelt. Die herrschende Lehre leitete aus § 9 a.F. FMedG ein weitgehendes Verbot der PID ab, da § 9 a.F. FMedG bestimmte, dass entwicklungsfähige Zellen nur für fortpflanzungsmedizinische Maßnahmen verwendet und nur in dem Ausmaß untersucht werden dürften, als es für die Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich ist.⁵³ Infolgedessen herrschte Rechtsunsicherheit darüber,

welche Untersuchungen mit § 9 FMedG vereinbar waren,⁵⁴ sodass eine Regelung der PID durch das FMedRÄG 2015 grundsätzlich als begrüßenswert zu bezeichnen ist. Auch in Bezug auf die PID lässt sich festhalten, dass die alte Rechtslage dem restriktiven Regelungstyp zuzuordnen war und nunmehr als liberal-regulatorisch bezeichnet werden kann.

Einen Anstoß für die Regelung der PID bildete die EGMR-Entscheidung Costa-Pavan/Italien, in der der EGMR einen Wertungswiderspruch in der italienischen Rechtsordnung feststellte. Während nämlich der Schwangerschaftsabbruch im Rahmen der Fristenlösung in Italien rechtlich erlaubt war, war die PID verboten. Damit wurde Frauen zwar die Möglichkeit geboten, „auf Probe“ schwanger zu werden, ihnen aber gleichzeitig die Möglichkeit verwehrt, durch genetische Untersuchungen des Embryos *in vitro* eine Entscheidung für oder gegen die Transplantation des Embryos zu fällen. Ein Embryo *in vivo* genoss damit einen höheren Lebensschutz als ein Embryo *in vitro*. Und genau darin sah der EGMR einen nicht gerechtfertigten Wertungswiderspruch und verurteilte Italien wegen der Verletzung des Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens). Die österreichische Rechtslage teilte bis zum FMedRÄG 2015 diesen Wertungswiderspruch mit der italienischen, sodass der Gesetzgeber bemüht war, diese EMRK-Widrigkeit zu sanieren und sich für die Lösung entschied, die PID unter den im Gesetz angeführten Bedingungen zu erlauben.⁵⁵

Was rechtlich unter PID zu verstehen ist, wird seither in § 1 Abs. 4 FMedG definiert. Demnach ist PID „jede Methode zur genetischen Untersuchungentwicklungsfähiger Zellen vor deren Einbringen in den Körper einer Frau sowie zur genetischen Untersuchung anderer nach Abschluss der Befruchtung der Eizelle entstehender Zellen.“ Damit setzt PID logisch immer eine IVF voraus. PID und die Untersuchung „entwicklungsfähiger Zellen“ (§ 9 Abs. 2 FMedG) sind gemäß § 2a Abs. 1 FMedG „nur zulässig, wenn nach drei oder mehr Übertragungen entwicklungsfähiger Zel-

len keine Schwangerschaft herbeigeführt werden konnte und Grund zur Annahme besteht, dass dies auf die genetische Disposition der entwicklungsfähigen Zellen und nicht auf andere Ursachen zurückzuführen ist, oder 2. zumindest drei ärztlich nachgewiesene Fehl- oder Totgeburten spontan eintraten und diese mit hoher Wahrscheinlichkeit ihre Ursache in der genetischen Disposition des Kindes hatten oder 3. auf Grund der genetischen Disposition zumindest eines Elternteils die ernste Gefahr besteht, dass es zu einer Fehl- oder Totgeburt oder zu einer Erbkrankheit des Kindes kommt.“ Dabei dürfen lediglich die „unbedingt erforderlichen“ Untersuchungen (Abs. 4) [...] durchgeführt sowie jene Methoden angewendet werden, die am wenigsten invasiv sind oder „in einem früheren Stadium ansetz[en].“ (Abs. 3).

Zudem sind die Untersuchungen ausschließlich in nach dem Gentechnikgesetz dafür zugelassenen Einrichtungen (§ 2a Abs. 5 FMedG), die zudem gemäß § 4 Abs. 3 FMedG von der Einrichtung, in der die fortpflanzungsmedizinischen Maßnahmen vorgenommen werden, unabhängig sein müssen, durchzuführen.

b. Potentielle (Un)Sicherheiten

Durch PID werden genetische Untersuchungen vorgenommen, die „der Feststellung einer Prädisposition für eine Krankheit, insbesondere der Veranlagung für eine möglicherweise zukünftig ausbrechende genetisch bedingte Erkrankung oder Feststellung eines Überträgerstatus, für welche nach dem Stand von Wissenschaft und Technik keine Prophylaxe oder Therapie möglich sind“,⁵⁶ dient.⁵⁷ Die PID unterscheidet sich von anderen genetischen Untersuchungen im Rahmen des GTG insbesondere darin, dass hier gemäß § 1 Abs. 4 FMedG Zellen untersucht werden, die nicht mehr nur von einer Person stammen und dass an die Untersuchungsergebnisse die Entscheidung für oder gegen die Transplantation des Embryos und damit für oder gegen das Weiterbestehen der untersuchten Zellen geknüpft sein wird.⁵⁸

An den statuierten Zulässigkeitsvoraussetzungen der PID im FMedG ist stark zu kritisieren, dass die geforderte Anzahl von mindestens drei fehlgeschlagenen Übertragungen von entwicklungsfähigen Zellen oder mindestens drei Fehl- oder Totgeburten nicht näher begründet wurde und damit nicht nachvollziehbar ist, weshalb z.B. etwa nicht auch 2 fehlgeschlagene Übertragungen und 1 Totgeburt für die PID ausreichen, um eine PID durchzuführen.⁵⁹

Eine Hauptunsicherheit, die der Gesetzestext verursacht, liegt bei der Frage, wann eine „Erbkrankheit“ vorliegt. Abgesehen davon, dass sich der Gesetzgeber damit eines nationalsozialistisch-ideologisch stark vorbelasteten Begriffs⁶⁰ bedient, bleibt „die Erbkrankheit“ trotz der näheren Präzisierung in § 2a Abs. 2 FMedG nicht hinreichend definiert.⁶¹ § 2a Abs. 2 FMedG bestimmt: „Eine Erbkrankheit [...] liegt vor, wenn das Kind während der Schwangerschaft oder nach der Geburt derart erkrankt, dass es 1. nur durch den ständigen Einsatz moderner Medizintechnik oder den ständigen Einsatz anderer, seine Lebensführung stark beeinträchtigender medizinischer oder pflegerischer Hilfsmittel am Leben erhalten werden kann oder 2. schwerste Hirnschädigungen aufweist oder 3. auf Dauer an nicht wirksam behandelbaren schwersten Schmerzen leiden wird und darüber hinaus die Ursache dieser Krankheit nicht behandelt werden kann.“

Bernat bemängelt ebenso die in dieser Bestimmung enthaltenen Unschärfen und hält es für fraglich, ob die Krankheit Mukoviszidose, die dem Paar im eingangs skizzierten EGMR-Fall Costa-Pavan/Italien, der für die Regelung der PID im FMedRÄG ausschlaggebend war, unter den Begriff der „Erbkrankheit“ iSd FMedG fällt.⁶²

Eine Präzisierung des Begriffs im Gesetz selbst oder in Form eines beigefügten Krankheitskatalogs wäre daher wünschenswert gewesen. Mit der derzeitigen Regelung wird nämlich verschleiert, welche potentiellen Krankheiten mittels PID genau identifiziert werden können. Damit wird zugleich

die Entscheidungslast, nach welchen Krankheiten die genetische Analyse suchen soll, vom Gesetzgeber auf die Mediziner verlagert.⁶³ Diese Krankheiten werden also nicht explizit gemacht. Dadurch wird eine Kritik an der „Auswahl“ der Krankheiten in der breiten Öffentlichkeit – etwa durch selbst von dieser Krankheit Betroffene⁶⁴ – erheblich erschwert.

Die Ausführungen in den Gesetzesmaterialien sind auch nicht geeignet, diese Kritikpunkte zu entschärfen, da sie sich erneut vager Begriffe bedienen. Als Beispiel sei etwa angeführt: „Schwerste Hirnschädigungen liegen vor, wenn das Kind zwar allein lebensfähig ist, aber gravierend beeinträchtigt ist; bei bloßen Körperbehinderungen oder nicht schwersten geistigen Beeinträchtigungen sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt.“⁶⁵ Der vage Begriff „schwerste Hirnschädigung“ wird über andere vage Begriffe, nämlich „gravierende Beeinträchtigung“ und „schwerste geistige Beeinträchtigung“ konkretisiert. Dass dieser „Konkretisierung“ Skepsis entgegengebracht wird, muss wohl nicht näher erörtert werden.

Gerade in so einem sensiblen Regelungsbereich wie der PID wäre es wünschenswert gewesen, wenn der Gesetzgeber von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hätte, in den Materialien seine normativen Setzungen, denen ja Entscheidungs- und damit Wertungsprozesse vorangegangen sein müssen, ausführlich und nachvollziehbar zu begründen. Dies würde nicht nur die Rechtsanwendung erleichtern und im Sinne eines demokratischen Prozesses eine Diskussion über die Regelungen erleichtern, sondern schlicht auch eine Basis für das Nachvollziehen der gesetzgeberischen Wertungen schaffen.

So bleibt Vieles im Unklaren. Die PID ermöglicht es, Leben auf Basis der durch die PID gewonnenen Informationen zu selektieren. Dem ist unvermeidbar eine Wertung inhärent, was als lebenswertes Leben und was als lebensunwertes Leben gilt. Diese Wertung nicht explizit – etwa über einen Krankheitskatalog für die PID – zu machen, löst das Wertungsproblem nicht, sondern verschleiert es.

Die potentiellen Erbkrankheiten selbst werden vom Gesetzgeber durch das mit der PID eingeführte Statistikwesen (§ 21 FMedG) in den Vordergrund gerückt. Demnach ist zu erfassen, wie viele Paare aufgrund welches Zulässigkeitsstatbestandes eine PID durchführen ließen und welche „Erbkrankheiten“ dabei festgestellt wurden. Dies kann als Ausdruck staatlicher biopolitischer Überwachung gelesen werden.

Auch der Umgang mit den Ergebnissen der PID ist im Gesetz nicht hinreichend geregelt. Der Gesetzgeber geht zwar in seinen Gesetzesmaterialien davon aus,⁶⁶ dass die Aufklärungs- und Beratungsbestimmungen des GTG zur Anwendung kommen, verweist aber im FMedG selbst nicht auf die maßgebliche Bestimmung im GTG, ließ die Bestimmung im GTG im Zuge des FMedRÄG 2015 auch unverändert und statuierte umgekehrt in § 27 Abs. 2 FMedG, dass das GTG durch das FMedG „nicht berührt“ werde. Der Wortlaut des maßgeblichen § 69 GTG ist jedoch nicht ohne weiteres auf PID anzuwenden. So bezieht sich § 69 GTG zwar auf solche genetische Analysen, die auch PID-Maßnahmen erfassen, jedoch bezieht sich § 69 GTG ausschließlich auf die „zu untersuchende Person“. Deren schriftliche Bestätigung über die erfolgte Aufklärung durch eine Fachärztin wird als Zulässigkeitsvoraussetzung für die genetischen Analysen gefordert. Sie ist aufzuklären und zu beraten. Für die Beratung und Aufklärung dieser Person bestimmt § 69 GTG ausführlich, wie sie zu erfolgen hat, um eine selbstbestimmte Entscheidung zu garantieren. So bestimmt etwa Abs. 5, dass die Beratungen vor und nach der genetischen Analyse nicht direktiv erfolgen dürften und dass die Person auch nach erfolgter genetischer Analyse die Ergebnisse nicht erfahren müsse, wenn sie das nicht wolle. Die Anwendung dieser Bestimmung auch auf die potentiellen Eltern, die eine PID durchführen lassen, wäre inhaltlich also mehr als wünschenswert. Vom personalen Anwendungsbereich des GTG sind sie jedoch nicht eindeutig erfasst. Da der

Embryo in vitro rechtlich auch nicht als Person anzusehen ist, scheidet seine Zustimmung, Aufklärung und Beratung ebenso wie die gesetzliche Vertretung der Eltern für ihre unmündigen, minderjährigen Kinder aus, weil ein Embryo in vitro eben noch nicht als unmündiges, minderjähriges Kind anzusehen ist. Da der Gesetzgeber jedoch in den Materialien eindeutig davon ausgeht, dass die Zustimmungs-, Aufklärungs- und Beratungserfordernisse des GTG⁶⁷ bei der PID anzuwenden sind, ist von einer planwidrigen Lücke auszugehen,⁶⁸ die mittels Analogieschlusses zu schließen ist. Zumindest bei der homologen PID bereitet der Analogieschluss keine Probleme, so dass für sie § 69 GTG analog angewendet werden kann. Kommt jedoch eine IVF mit gespendeten Samen oder Eizellen in Betracht, müssten ob der Höchstpersönlichkeit der Zustimmung jeweils die Spenderinnen von § 69 GTG erfasst sein. Dies scheint auch mit der Intention des Gesetzgebers vereinbar, wenn er in § 27 FMedG bestimmt, dass das GTG nicht berührt werde. Beim Verfahrensablauf, wann jedoch die Zustimmung, Aufklärung und Beratung nach § 69 GTG analog bei den Spendern passiert, ob die Zustimmung der Spender zu den Untersuchungen im Rahmen einer PID von § 13 FMedG bereits erfasst ist, muss an dieser Stelle offen gelassen werden. Wichtig scheint es uns hier nur, darauf hinzuweisen, dass die analoge Anwendung des GTG hier einige Auslegungsfragen aufwirft, die näherer Analyse bedürfen und die der Gesetzgeber durch eine Anpassung von § 69 GTG oder durch eine Regelung im FMedG leicht hätte vermeiden können.

Zudem wären vermutlich doch einige Ergänzungen im GTG vorzusehen, die auf die spezielle Situation von potentiellen Eltern Rücksicht nehmen. Dabei wären die Fragen in den Vordergrund zu rücken, wie sichergestellt werden könne, dass die Ergebnisse der genetischen Analyse als bloße Wahrscheinlichkeiten für bestimmte Krankheiten dargestellt werden, diese Information auch so verarbeitet wird und eine möglichst selbstbestimmte

Entscheidung darüber, was die Information für die potentiellen Eltern und den Embryo bedeuten, und ob die Informationen einer PID überhaupt notwendig und nützlich sind.

Zu überlegen ist auch, ob die Entscheidungsfreiheit der Frau, ein oder kein Kind zu bekommen, die in den §§ 96f StGB zum Schwangerschaftsabbruch geregelt wird, so weit gehen soll, dass sie sich gegen/für ein Kind mit bestimmten via PID oder PND zulässigerweise ermittelten Eigenschaften entscheiden kann. Der Entscheidungsfreiheit und Selbstbestimmung über den eigenen Körper schiene auch ausreichend Genüge getan, wenn diese Entscheidung nur unabhängig von den potentiellen Eigenschaften des potentiellen Kindes getroffen würde. Kummer hätte in diesem Zusammenhang aus Sicht des potentiellen Kindes auch angeregt, über ein Recht ungetestet ins Leben zu treten, nachzudenken.⁶⁹ Diesen Ideen scheint der Gesetzgeber nunmehr jedoch durch die Regelung der PID die allgemeine Überzeugungskraft versagt und in ihrer Relevanz nur noch auf die Ebene der einzelnen Personen verschoben zu haben.

Die exemplarisch skizzierten (offenen) Fragen machen deutlich, dass die PID nur sehr vage geregelt ist. Es wäre wünschenswert gewesen, wenn sich der Gesetzgeber mehr Zeit gegönnt hätte, um den ethisch sensiblen Regelungsbereich der PID so zu regeln, dass möglichst wenig Rechtsunsicherheit damit verbunden ist. So drängt sich die Vermutung auf, dass der Gesetzgeber „die legistische Sekunde“ nutzen wollte, um überhaupt eine Regelung der PID einzuführen. Ein akuter legistischer Handlungsbedarf bestand auch vor dem Hintergrund der EGMR-Entscheidung *Costa-Pavan/Italien* nicht und hätte daher nicht übereilt vorgenommen werden müssen.

5. Ausblick

Durch die skizzierte Darstellung des FMedRÄG 2015 mit dem Fokus auf Eizellspende und PID wollten wir die relevanten Regelungen präsentieren und offene (Un)Sicherheiten andiskutieren,

damit deutlich wird, wie komplex es ist, einen so höchstpersönlichen Bereich wie die (medizinisch unterstützte) menschliche Fortpflanzung gesetzlich zu fassen. Der Staat in Form des Gesetzgebers verfolgt hier die Zielsetzung, einen privaten und an sich selbstbestimmten Entscheidungsraum der Bürger regulativ zu steuern, und interveniert damit im Sinne Foucaults biopolitisch.⁷⁰

Dabei stehen dem Staat unterschiedliche Regulierungsformen zur Verfügung, die sich faktisch (im internationalen Vergleich) in einer Vielzahl an nationalen Regelungsregimen hinsichtlich dem Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, die damit verbundenen Technologien sowie die familien-, abstammungs- und sozialversicherungsrechtlichen Folgen äußern. Diese legislative Heterogenität führt in der Lebenswirklichkeit u. a. dazu, dass Personengruppen, denen in ihrem Heimatland der Zugang zur Fortpflanzungsmedizin verwehrt ist, grenzüberschreitende Fortpflanzungsmedizin in Anspruch nehmen.⁷¹ Damit sind aber sowohl rechtliche als auch ethische Herausforderungen verbunden. Genannt werden sollen hier beispielhaft die Kollision von staatsbürgerschaftlichen sowie abstammungsrechtlichen Regelungen bei im Ausland mittels Fortpflanzungsmedizin gezeugten Kindern. Auf ethischer Ebene liegt eine der Hauptschwierigkeiten in der ungleichen Möglichkeit, ausländische, fortpflanzungsmedizinische Angebote wahrzunehmen, wobei die Ungleichheit auf Seiten der Wunscheltern auch durch faktische ökonomische Ungleichheiten mitverursacht ist.⁷² Bei heterologen Techniken kommt verschärfend hinzu, dass die Bereitstellung von Eizellen und Leihgebären oft von ökonomisch Schwächeren erfolgt, was zu einer Verstärkung globaler ökonomischer Ungleichheiten führt.

Vor dem Hintergrund dieser (exemplarischen) Dimensionen lässt sich fragen, ob Gesetze – wie das FMedG – eine adäquate Regelungsform sind, um (medizinisch unterstützte) menschliche Fortpflanzung zu steuern. Wären alternative Regelungsregime, wie beispielsweise ein liberal-permis-

sives sinnvoller und zielführender oder sollte sich staatliche Regulierung nicht vermehrt den strukturellen Aspekten der Familienpolitik, wie beispielsweise der gesellschaftlichen Arbeitsteilung widmen? Das Durchschnittsalter von Frauen bei der Geburt des ersten Kindes lag in Österreich 2014 bei 29 Jahren.⁷³ Die Gründe hierfür sind mannigfaltig. Es lässt sich allerdings systematisch beobachten, dass das weibliche Bildungsniveau steigt, immer mehr Frauen am Erwerbsleben teilnehmen und der Arbeitsmarkt nach höher qualifiziertem Personal verlangt. Damit verlängert sich die Ausbildungsphase von Frauen, der Berufseinstieg verspätet sich und eine finanzielle Selbständigkeit wird erst später erreicht. Angesichts dieser gesellschaftlichen Situation reagieren der Gesetzgeber und die politischen Entscheidungsträgerinnen nur langsam auf die damit einhergehenden strukturellen Herausforderungen. Alternative Arbeitszeitmodelle, flächendeckende Kinderbetreuungseinrichtungen für sämtliche Altersklassen, positive Anreize für von zwei Elternteilen gleichermaßen in Anspruch genommene Elternkarenz sollten mehr gesellschaftspolitische und damit in Konsequenz auch legislative Aufmerksamkeit erhalten. Der Anstieg des Alters der erstgebärenden Mütter in Österreich von 24 (1984) auf 29 Jahre (2014)⁷⁴ kann bestimmt nicht (nur) auf ein verbessertes Angebot von Fortpflanzungsmedizin und den damit immanent gegebenen technologischen Imperativ zurückgeführt werden. Demnach gilt es davor zu warnen, aus biopolitischer und gesellschaftlicher Sicht in der Fortpflanzungsmedizin eine Lösung von Vereinbarkeitsproblemen zu sehen.

Referenzen

- 1 WHO, *Infertility definitions and terminology*, <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/> (letzter Zugriff am 15.12.2016)
- 2 vgl. Djerassi C., 2003 *Erasmus Lecture Sex and reproduction: ready for divorce?* *European Review* (2004); 3: 3-17
- 3 Cottier M., *Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie: Leihmutterchaft, Eizellen- und Embryonenspende im Rechtsvergleich*, in: Schwenzer I., Büchler A. und Fankhauser R., *Siebte Schweizer Familienrecht Tage, Schriftenreihe zum Familienrecht* (2014); 22: 4-38
- 4 vgl. zur grundlegenden Kritik daran: Young I. M., *On Female Body Experience: "Throwing Like A Girl" And Other Essays*, Oxford University Press, Oxford et al. (2005), S. 58ff.
- 5 Dickens B. M., Cook R. J., *Some ethical and legal issues in assisted reproductive technology*, *International Journal of Gynecology & Obstetrics* (1999); 66: 55-61
- 6 Cottier M., siehe Ref. 3, S. 10f.
- 7 FMedRÄG BGBl. I 2015/35
- 8 vgl. exemplarisch zur alten Rechtslage: Bernat E., *Fortpflanzungsfreiheit, Privatleben und die EMRK. Anmerkungen zu VfGH 14.10.1999*, *juridikum* (2000); 114-118; Eder-Rieder M. A., *Die rechtlichen Grundlagen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung*, JAP (1998/1999); 165-172; Memmer M., *Eheähnliche Lebensgemeinschaften und Reproduktionsmedizin*, JBl (1993); 297-308; Steininger M., *Reproduktionsmedizin und Abstammung*, Verlag Jan Srnaek, Wien (2014); Voithofer C., Thöni M., *Let's go sperm shopping. Rechtliche Beschränkungen und faktische Möglichkeiten*, *juridikum* (2011); 244-260
- 9 Zur Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts siehe etwa: Barth P., *Das FMedRÄG 2015 auf dem Prüfstand von Ethik und Grundrechten*, iFamZ (2015); 1; Barth P., Erlebach M., *Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts*, Verlag Linde, Wien (2015); Bernat E., *Das Österreichische Fortpflanzungsmedizinrecht wurde liberalisiert – Eckpunkte des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015*, *Gynäkologische Endokrinologie* (2016); 14: 270-275; Bernat E., *Das Recht der Fortpflanzungsmedizin im Wandel. Eckpunkte des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes 2015*, JAP (2015/2016); 45-50; Eder-Rieder M. A., *Medizinisch unterstützte Fortpflanzung nach dem FMedRÄG 2015*, EF-Z (2016); 3: 58; Erlebach M., *Wo steht Österreich vor und nach der Reform des FMedG? Ein europäischer Rechtsvergleich*, iFamZ (2015); 10-12; Mauernböck M., *FMedRÄG 2015: Zur Reform des Fortpflanzungsmedizinrechtsgesetzes*, ZTR (2015); 107-119; Merckens S., *FMedRÄG 2015: Zur Reform des Fortpflanzungsmedizinrechtsgesetzes*, *Recht der Medizin* (2016); 43: 54 ff.; Wendehorst C., *Neuerungen im österreichischen Fortpflanzungsmedizinrecht durch das FMedRÄG, Anpassung an europaweite Entwicklungen*, iFamZ (2015); 4-8; Flatscher-Thöni M., Voithofer C., Werner-Felmayer G., *Fortpflanzungsmedizinrechtsgesetz 2015: Lang ersehnte Liberalisierung ohne unerwünschte Nebenwirkungen?* *juridikum* (2015); 26-34
- 10 Die substantiellste Novellierung erfolgte im Jahr 2004 und fokussierte sich hauptsächlich auf HIV- und onkologische Patienten (FMedG BGBl. I 163/2004).

- 11 Wendehorst spricht von einem „legislatorischen Trägheitsprinzip“: Wendehorst C., *Das legislatorische Trägheitsprinzip und das FMedG*. Christian Kopetzki zum 60. Geburtstag, RdM (2014); 302-303 (302)
- 12 VfGH 10.12.2013, G16/2013
- 13 vgl. Voithofer C., Flatscher-Thöni M., *VfGH vereinfacht Zugang zur Fortpflanzungsmedizin. Was passiert, wenn nichts passiert?* iFamZ (2014); 54-56
- 14 EGMR 3.11.2011, 57813/2000 (Große Kammer)
- 15 u. a. Kete D., *The Case of S. H. and Others v. Austria: Practical Concern over Individual Rights*, 36 B.C. International & Comparative Law Review (2014); 36: 48-60; Van Hoof W., Pennings G., *The consequences of S. H. and Others v. Austria for legislation on gamete donation in Europe: an ethical analysis of the European Court of Human Rights judgments*, Reproductive BioMedicine Online (2012); 25: 665-669
- 16 EGMR 28.8.2012, 54270/2010
- 17 Bioethikkommission am Bundeskanzleramt, *Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts, Stellungnahme v. 2.7.2012*, <http://archiv.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=48791> (letzter Zugriff am 15.12.2016)
- 18 In dieser Stellungnahme wurde der Dissens innerhalb der Bioethikkommission hinsichtlich der diskutierten reproduktionsmedizinische Verfahren und Themen deutlich, zur Stellungnahme wurden zwei verschiedene Voten veröffentlicht, unterzeichnet von 15 (vgl. S. 45 ff.) bzw. 6 Mitgliedern (vgl. S. 48 ff.) der BEK.
- 19 VfGH (2012) Gesetzesprüfungsverfahren G 47/11 betreffend die Beschränkung des Anwendungsbereiches des Fortpflanzungsmedizingesetzes auf verschiedengeschlechtliche Paare
- 20 Bioethikkommission am Bundeskanzleramt, *Zur Beschränkung des Anwendungsbereiches des Fortpflanzungsmedizingesetzes auf Partner verschiedenen Geschlechts, Stellungnahme v. 16.4.2012*
- 21 Bioethikkommission am Bundeskanzleramt, *Präimplantationsdiagnostik (PID)*, Bericht v. Juli 2004
- 22 VfGH 10.12.2013, siehe Ref. 12
- 23 Cottier M., siehe Ref. 3
- 24 ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 2f.
- 25 Bioethikkommission am Bundeskanzleramt, *Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts, Stellungnahme v. 2.7.2012*, S. 45
- 26 FMedG BGBl. I 35/2015
- 27 Zu Abstammungs- und erbrechtlichen Folgen siehe u. a. Eder-Rieder M. A., siehe Ref. 9; Steininger M., siehe Ref. 8, S. 161 ff. Hinsichtlich der Rechte des Kindes nach Samen- und Eizellenspende siehe Erlebach M., *Rechte des Kindes nach Samen und Eizellenspende*, in: Barth P., Erlebach M., siehe Ref. 9, S. 243-260
- 28 Cottier M., siehe Ref. 3
- 29 vgl. auch § 879 Abs. 2 Z. 1a ABGB
- 30 Maxwell K. N. et al., *The incidence of both serious and minor complications in young women undergoing oocyte donation*, Fertility and Sterility (2008); 90(6): 2165-2171
- 31 Langzeitstudien über die gesundheitlichen Auswirkungen auf die Spenderin fehlen, weswegen es fraglich bleibt, inwiefern die derzeit nötige Aufklärung eine informierte Entscheidung tatsächlich ermöglicht, vgl. Boutelle A. L., *Donor motivations, associated risks, and ethical considerations of oocyte donation*, Nursing for Women's Health (2014); 112: 112-121
- 32 ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 6
- 33 hierzu u. a. Wendehorst C., siehe Ref. 9
- 34 Purewal S., van den Akker O. B. A., *Systematic review of oocyte donation: investigating attitudes, motivations and experiences*, Human Reproduction Update (2009); 1-17
- 35 u. a. Kalfoglou A. L., Gittelsohn J., *A qualitative follow-up of women's experiences with oocyte donation*, Hum Reprod (2000); 15: 798-805, Patrick M., Smith A. L., Meyer W. R., Bashford R. A., *Anonymous oocyte donation: a follow up questionnaire*, Fertil Steril (2001); 75: 1034-1036 oder Nüssli A. R. et al., *Rahmenbedingungen für die Bereitschaft junger Schweizer Frauen zur Spende von Eizellen*, Schweizerische Ärztezeitung (2014); 263-267
- 36 vgl. dazu auch § 879 Abs. 2 Z. 1a ABGB
- 37 so auch Wendehorst C., siehe Ref. 9
- 38 Für einen theoretischen Überblick Pennings G., *Game donation in a system of need-adjusted reciprocity*, Human Reproduction (2005); 20(11): 2990-2993 oder für empirische Evidenz, Nüssli A. R. et al., siehe Ref. 35
- 39 Flatscher-Thöni M., Voithofer C., Werner-Felmayer G., siehe Ref. 9
- 40 ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 2
- 41 v. a. § 8 Abs. 5 und § 9 OTPG BGBl. I 108/2012
- 42 siehe auch Flatscher-Thöni M., Voithofer C., Werner-Felmayer G., siehe Ref. 9
- 43 ESHRE Task Force on Ethics and Law, *Intrafamilial medically assisted reproduction*, Human Reproduction 2010; 1-6
- 44 so auch der Gesundheitsausschuss des NR http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2014/PK1241/ (letzter Zugriff am 15.12.2016)
- 45 ebd.
- 46 Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt, *Stellungnahme „Reform des Fortpflanzungsmedizinrecht“ (2012)*
- 47 ebd., S. 45
- 48 so auch Wendehorst C., siehe Ref. 9
- 49 ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 7
- 50 so auch Flatscher-Thöni M., Voithofer C., Werner-Fel-

- mayer G., siehe Ref. 9
- 51 Jadva V., *Surrogacy families 10 years on: relationship with the surrogate, decisions over disclosure and children's understanding of their surrogacy origins*, *Human Reproduction* (2012); 27(10): 3008-3014
- 52 u. a., Ferrarretti A. P. et al., *Semen donor recruitment in an oocyte donation programme*, *Human Reproduction* (2006); 21(10): 2482-2485; Pennings G., siehe Ref. 38; Blyth E., *Patient experiences of an 'egg sharing' programme*, *Human Fertility* (2004); 7: 157-162; Kolibianakis E. M. et al., *Outcome for donors and recipients in two egg-sharing policies*, *Fertility Sterility* (2003); 79: 69-73
- 53 vgl. etwa Bruckmüller K., *Präimplantationsdiagnostik: Bedarf Österreich einer ausdrücklichen Regelung nach deutschem Vorbild?* *Jahrbuch Gesundheitsrecht* (2012); 109-123; Kopetzki C., *Altes und Neues zur Präimplantationsdiagnostik*, *JRP* (2012); 317; Mauernböck M., siehe Ref. 9, S. 110; Voithofer C., *Unerwünschte Körper? Zur Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik in Österreich im Lichte des UN-Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen*, *juridikum* (2014); 200-204
- 54 vgl. etwa Erlebach M., *Zur Zulässigkeit der Präimplantationsdiagnostik aus rechtlicher Sicht*, in: Barth P., Erlebach M., siehe Ref. 9, S. 138; Kopetzki C., *Zur Lage der embryonalen Stammzellen in Österreich*, in: Ahrens H.-J. et al., *Medizin und Haftung: Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag*, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg (2009), S. 297-315 (298 ff.); Mauernböck M., siehe Ref. 9, S. 111-112
- 55 vgl. ErlRV 445 Bglnr 25. GP ff.
- 56 § 65 Abs. 1 Z. 4 GTG BGBl. 1994/510 i.d.F. BGBl. I 2015/92
- 57 vgl. ErlRV 445 Bglnr 25 GP Zu § 2a FMedG 6
- 58 detailliert zur Frage, welche Zellen untersucht werden: Mauernböck M., siehe Ref. 9, S. 110-114; Speicher M., Duba H.-C., Maurer M., *Einige Fragen der Präimplantationsdiagnostik aus medizinischer Sicht*, in: Barth P., Erlebach M., siehe Ref. 9, S. 165-172
- 59 vgl. exemplarisch: Mauernböck M., siehe Ref. 9, S. 117
- 60 vgl. etwa Schmitz-Berning C., *Vokabular des Nationalsozialismus*, Walter de Gruyter, Berlin (2007²), S. 199 f.
- 61 vgl. exemplarisch: Flatscher-Thöni M., Voithofer C., Werner-Felmayer G., siehe Ref. 9, S. 28-29; Mauernböck M., siehe Ref. 9, S. 117-119; Wendehorst C., siehe Ref. 9, S. 5 f.
- 62 Bernat E. (2015/2016), siehe Ref. 9, S. 47
- 63 Zugleich statuiert § 6 FMedG eine Art „Gewissensfreiheitsklausel“ und Benachteiligungsverbot, wonach kein Arzt und kein Angehöriger eines Gesundheitsberufs verpflichtet werden kann, an einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung oder einer PID mitzuwirken. Die Mitwirkung an einer zulässigen medizinisch unterstützten Fortpflanzung oder PID sowie die Weigerung daran mitzuwirken darf kein Grund für eine Benachteiligung sein. Vgl. hiezu Barth P., *Zur Zulässigkeit medizinisch unterstützter Fortpflanzung aus rechtlicher Sicht*, in: Barth P., Erlebach M., siehe Ref. 9, S. 3-37 (22)
- 64 Deren Würde kann als potentiell durch die Regelung berührt erachtet werden.
- 65 ErlRV 445 Bglnr 25 GP Zu § 2a FMedG 6
- 66 vgl. ErlRV 445 Bglnr 25. GP 2. So auch ohne auf die Unklarheiten im Wortlaut des GTG einzugehen: Satzinger G., Gmach M., *Beratungs- und Dokumentationspflichten bei Durchführung einer Präimplantationsdiagnostik*, in: Barth P., Erlebach M., siehe Ref. 9, S. 189-195 (191).
- 67 ErlRV 445 Bglnr 25. GP 2, 6, 8
- 68 vgl. Bydlinski F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Springer Verlag, Wien/New York (2011²), S. 475-476
- 69 Kummer S., *Das Recht, ungetestet ins Leben zu treten*, *SoSi* (2012); 460-465
- 70 Foucault M., *Die Maschen der Macht* (1981/1985), in: Defert D., Ewald F. (Hrsg.), *Analytik der Macht*, Verlag Suhrkamp, Frankfurt a. M. (2005), S. 230 ff.
- 71 Zur empirischen Analyse des Themas „Fortpflanzungstourismus“ bzw. Cross Border Reproductive Care siehe u. a. Shenfield F. et al., *Cross border reproductive care in six European countries*, *Human Reproduction* (2010); 25(6): 1361-1368
- 72 vgl. Flatscher-Thöni M., Voithofer C., *Should Reproductive Medicine be harmonized within Europe?* *European Journal of Health Law* (2015); 22: 61-74
- 73 Gartner G., Hametner M., Minkin C., *Erstes Kind: Wann Familien gegründet werden*, *Der Standard*, 30.7.2016, <http://derstandard.at/2000041919152/Wann-und-ob-Menschen-wie-Sie-eine-Familie-gruenden> (letzter Zugriff am 15.12.2016)
- 74 ebd.