

Zur Zulässigkeit medizinisch unterstützter Fortpflanzung aus rechtlicher Sicht

Peter Barth

I. Begriffsbestimmungen

- A. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung
- B. Entwicklungsfähige Zellen

II. Zulässigkeit

- A. Allgemeines
- B. Materielle Zulässigkeitskriterien
 - 1. Ehe, eingetragene Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft
 - 2. Ultima ratio
 - a) Zur Herbeiführung einer Schwangerschaft wegen Erfolg- oder Aussichtslosigkeit von fertilitätssteigernden Behandlungen
 - b) Zur Herbeiführung einer Schwangerschaft wegen Ansteckungsgefahr beim Geschlechtsverkehr
 - c) Zur Herbeiführung einer Schwangerschaft in gleichgeschlechtlichen Beziehungen
 - d) Zur Durchführung einer PID
 - 3. Geringstmöglicher Eingriff
 - a) Möglichst geringe gesundheitliche Beeinträchtigungen für die beteiligten Personen
 - b) Berücksichtigung des Kindeswohls
 - c) Erzeugung und Einbringung möglichst weniger Entwicklungsfähiger Zellen
 - 4. Vorrang der Verwendung der Eizellen und Samen des Wunscheltern-paars
 - a) Grundregel
 - b) Ausnahmen
- C. Formelle Zulässigkeitskriterien
 - 1. Befugnis
 - a) Wer ist zur Durchführung medizinisch unterstützter Fortpflanzung befugt?
 - b) In welchen Einrichtungen dürfen Methoden medizinisch unterstützter Fortpflanzung angewendet werden?
 - 2. Beratung
 - a) Ärztliche Beratung

- b) Psychologische Beratung
- c) Notarielle Beratung
- 3. Zustimmung
- D. Folgen unzulässiger medizinisch unterstützter Fortpflanzungen
 - 1. Verwaltungsstrafen
 - a) Medizinisch unterstützte Fortpflanzung an alleinstehenden Frauen
 - b) Verletzung des Ultima-ratio-Prinzips
 - c) Sorglosigkeit bei der Wahl des Eingriffs oder Erzeugung überzähliger entwicklungsfähiger Zellen
 - d) Verwendung Keimzellen Dritter
 - e) Mangelnde Befugnis
 - f) Mangelnde Aufklärung und Beratung
 - g) Mangelnde Zustimmung
 - 2. Zivilrechtliche Folgen
 - a) Nichtigkeit vertraglicher Vereinbarungen
 - b) Keine abstammungsrechtlichen Folgen
 - c) Haftungsrechtliche Folgen

III. Übergangsrecht

- A. Inkrafttreten
- B. Anwendbares Recht ab 24.2.2015
- C. Anwendbares Recht von 1.1.2015 bis 24.2.2015

I. Begriffsbestimmungen

A. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung

Medizinisch unterstützte Fortpflanzung iSd FMedG ist nach § 1 Abs 1 FMedG „die Anwendung medizinischer Methoden zur **Herbeiführung einer Schwangerschaft auf andere Weise als durch Geschlechtsverkehr**“. Medizinische Behandlungen, die die Fortpflanzung auf natürlichem Weg, ohne den Einsatz derartiger Methoden, ermöglichen oder erleichtern, sind nicht Regelungsgegenstand des Gesetzes.¹

Beispiele für Behandlungen, die der Herbeiführung der Schwangerschaft „auf natürliche Weise“ dienen: Behandlung der Anovulation (Ausbleiben des monatlichen Eisprunges) mit Clomiphén (ein orales Medikament zum Erreichen von Ovulationen); Vergabe von Schilddrüsenhormonen (eine funktionsgestörte Schilddrüse kann anovulatorische Zyklen mit sich bringen); Hormonersatztherapie bei Testosteronmangel; chirurgische Maßnahmen zur Erhöhung der Eileiterdurchgängigkeit. Näheres siehe Fallbeispiele 1, 2 und 5 im Kapitel Med unterst Fortpfl/ Medizinische Sicht, 58 f, 67.

Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung sind nach Abs 2 Z 1 bis 4 leg cit „insbesondere²

1. das Einbringen von Samen in die Geschlechtsorgane einer Frau,
2. die Vereinigung von Eizellen mit Samenzellen außerhalb des Körpers einer Frau,
3. das Einbringen von Entwicklungsfähigen Zellen in die Gebärmutter oder den Eileiter einer Frau und
4. das Einbringen von Eizellen oder von Eizellen mit Samen in die Gebärmutter oder den Eileiter einer Frau“.

Bei der in Z 1 angesprochenen **Insemination** führt der Arzt instrumentell Samen in die Scheide oder die Gebärmutter der Frau ein.

Bereits 1992 – also zur Zeit der Entstehung des FMedG – konnte festgehalten werden, dass diese Methode schon seit Jahrzehnten gebräuchlich und vor allem bei Fertilitätsstörungen des Mannes angezeigt sei. Auch seien die damit für die Frau verbundenen Gefahren und Belastungen gering.³

Bei der **In-vitro-Fertilisation – IVF** (Z 2) werden einer Frau operativ Eizellen entnommen, die außerhalb des Körpers „in einem Glas“ („in vitro“) mit Samen zusammengebracht werden.

Dabei können die Eizellen mit aufbereitetem Samen überschichtet und der „natürlichen Befruchtung“ überlassen werden (IVF ieS) oder – bei männlicher eingeschränkter Zeugungsfähigkeit – mit einer Mikropipette anpunktiert und dabei in jede Eizelle ein einzelnes Spermium injiziert werden (intracytoplasmatische Spermieninjektion – ICSI). Näheres siehe Kapitel Med unterst Fortpfl/Medizinische Sicht, 39 ff bei FN 10.

1 So bereits RV 216 BlgNR 18. GP 10.
 2 Zu den verschiedenen Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung siehe umfassend Kapitel Med unterst Fortpfl/Medizinische Sicht, 39 ff. Vgl auch Holzberger, Arten der künstlichen Befruchtung und ihre rechtliche Problematik, AnwBl 1985, 627; Urdl, Bemerkungen zum state of the art in der Reproduktionsmedizin, in Bernat (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000) 9.
 3 RV 216 BlgNR 18. GP 15.

Die solcherart befruchteten Eizellen werden nach einer Entwicklungszeit vom Arzt mit einem Katheter in die Gebärmutter oder einen Eileiter der Frau eingeführt. Dieser **Transfer der entwicklungsähigen Zellen** iSd Z 3 bildet mit der IVF üblicherweise zeitlich eine einheitliche Behandlung. Werden aber befruchtete Eizellen über längere Zeit tiefgekühlt aufbewahrt („Kryokonservierung“), so fallen die einzelnen Behandlungsschritte zeitlich auseinander.

Die entwicklungsähigen Zellen werden mit einem Kunststoffkatheter in einem Mediumstropfen in die Gebärmutterhöhle übertragen oder mittels eines geeigneten Gefrierverfahrens (durch „slow-freezing“ oder rasche Überführung in ein glasähnliches Stadium, Vitrifikation genannt) gefroren und in der flüssigen oder Gasphase von Flüssigstickstoff bei normalerweise -196°C gelagert. Siehe Kapitel Med unterst Fortpfl/Medizinische Sicht, 43.

Der Frau operativ entnommene Eizellen können auch allein oder zusammen mit Samen in die Gebärmutter oder einen Eileiter eingebracht werden, wo dann die Befruchtung „in natürlicher Umgebung“ vor sich geht (Z 4). Diese Methode medizinisch unterstützter Fortpflanzung wird als „**intratubarer Gametentransfer**“ bezeichnet.

Im Vergleich zur IVF mit anschließendem Transfer von entwicklungsähigen Zellen hat dieses Verfahren den Vorteil, dass das Entstehen „überzähliger“ entwicklungsähiger Zellen verhindert wird.⁴

Unter „**Assistierten Reproduktionstechniken**“ versteht man im Allgemeinen die beiden Formen der extrakorporalen Befruchtung (der Befruchtung außerhalb des weiblichen Körpers): die IVF ieS und die ICSI samt Transfer in die Gebärmutter oder einen Eileiter. ART meint damit nur einen Teilbereich „medizinisch unterstützter Fortpflanzung“, nämlich die in § 1 Abs 2 Z 2 bis 3 FMedG genannten Methoden.

Anders als noch in der Regierungsvorlage (RV) zum FMedG 1992 sind die medizinischen Methoden, für die das Gesetz gelten soll, in den Begriffsbestimmungen nicht taxativ, sondern demonstrativ aufgezählt, damit das Gesetz nicht immer dann angepasst werden muss, wenn der Medizin **weitere Methoden** zur Verfügung stehen. Das FMedG soll vielmehr – so der Justizausschussbericht (JAB) ausdrücklich – „für alle künftigen artifiziellen Verfahren zur Herbeiführung einer Schwangerschaft gelten“.⁵

Methoden der Gewinnung von Samen direkt aus den Hoden oder Nebenhoden mittels Punktion, der hormonellen Stimulation zur Steigerung der Zahl der zu gewinnenden reifen Eizellen, der Unterstützung des sog. „Hatchings“ (= des Schlüpfens des Embryos aus seiner Hülle) mittels mikromanipulatorischer Maßnahmen, der In-vitro-Reifung unreifer Eizellen oder Follikel, der Kryokonservierung von Eizellen („Egg Freezing“) sowie die „Eizellspende“ **bereiten medizinisch unterstützte Fortpflanzung vor**. Weil sie unmittelbar nicht der Herbeiführung einer Schwangerschaft dienen, stellen sie für sich genommen keine Methoden medizinisch unterstützter Fortpflanzung dar.⁶

4 RV 216 BlgNR 18. GP 15.

5 JAB 490 BlgNR 23. GP 3.

6 Näheres zu diesen Techniken im Kapitel Med unterst Fortpfl/Medizinische Sicht, 81 und etwa bei *Urdl*, Bemerkungen zum state of the art in der Reproduktionsmedizin, in *Bernat* (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000) 9 (11–13).

§ 1 Abs 1 und 2 FMedG meint nur Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft. Das ist – medizinisch gesagt – „das Austragen“ eines Kindes durch eine Frau. Verfahren, mit denen befruchtete **Eizellen außerhalb des Körpers** einer Frau zur Entwicklung und **Reifung** gebracht werden sollen, stellen demgemäß keine medizinisch unterstützte Fortpflanzung iSd FMedG dar.⁷

B. Entwicklungsfähige Zellen

Als **entwicklungsfähige Zellen** sind nach § 1 Abs 3 FMedG „befruchtete Eizellen und daraus entwickelte Zellen“ anzusehen.

Im Begutachtungsverfahren zum FMedG 1992 wurde verschiedentlich gefordert, statt des Begriffs „entwicklungsfähige Zellen“ den Ausdruck „Embryo“ zu verwenden. Davon wurde aber Abstand genommen, da – so die ErlRV ausdrücklich – „sowohl die wissenschaftliche Terminologie als auch der allgemeine Sprachgebrauch – entsprechend den unterschiedlichen weltanschaulichen Ansätzen – hier weder eindeutig noch einheitlich sind“.⁸

Der Vorgang der Befruchtung einer Eizelle läuft in mehreren Phasen ab:⁹

Damit eine **Eizelle befruchtungsfähig** ist, muss es innerhalb der letzten 24 Stunden vor dem Zusammentreffen mit dem Spermium zum sog „Follikelsprung“ oder „Eisprung“ gekommen sein. Der ursprünglich doppelte Chromosomensatz der Eizelle wird kurz vor dem Eisprung durch Vollendung der ersten Reifeteilung auf einen einfachen Chromosomensatz reduziert. Ein Chromosomensatz verbleibt in der Eizelle, während der zweite Chromosomensatz unter Bildung des ersten Polkörpers ausgeschleust wird. Der Polkörper haftet an der Eizelle an, nimmt aber an der weiteren Entwicklung nicht teil und wird schließlich abgebaut.

Nach **Eindringen eines Spermiums** folgt die zweite Reifeteilung. Dabei spalten sich die zweifädenigen Chromosomen weiter in Chromatiden (= Teil des Chromosoms) auf und ein Chromatidensatz wird unter Bildung des zweiten Polkörpers ausgeschleust. Wie vorher hat die Eizelle also jetzt nur noch den einfachen Ein-Chromatid-Chromosomensatz. Die männlichen und weiblichen einfachen Ein-Chromatid-Chromosomen ver wandeln sich zu einfachen Zwei-Chromatid-Chromosomen. So bilden sich der männliche und der weibliche Vorkern. Diese vereinigen sich jetzt zu einem vollständigen, zweifachen Zwei-Chromatid-Chromosomensatz.

Damit ist der Vorgang der eigentlichen Zeugung abgeschlossen, es hat sich eine **befruchtete Eizelle** gebildet, die das Erbgut beider Elternteile in sich trägt.

7 JAB 490 BlgNR 23. GP 2 f. Dort findet sich auch der Hinweis, dass solche Methoden gemäß § 9 Abs 1 erster Satz unzulässig sind und unter der Strafandrohung des § 22 Abs 1 Z 3 stehen.

8 Krit zum Begriff „entwicklungsfähige Zellen“ Bernat, Sind geklonte Embryonen „entwicklungsfähige Zellen“ i.S.v. § 1 Abs. 3 FMedG? in Ahrens/von Bar/Fischer/Spickhoff/Taupitz (Hrsg), Medizin und Haftung, FS Erwin Deutsch (2009) 19 (21 f).

9 Siehe zum Folgenden Kapitel Med unterst Fortpfl/Medizinische Sicht, 39 ff.

Während die RV zum FMedG 1992 „entwicklungsfähige Zellen“ erst „ab der Kernverschmelzung“ entstehen ließ,¹⁰ kommt es nach der Fassung des § 1 Abs 3 FMedG, die parlamentarisch verabschiedet wurde und nach wie vor in Geltung ist, nicht auf die Verschmelzung der Zellkerne, sondern ausschließlich auf das **Eindringen der Samenzelle in die Eizelle** an.¹¹ Im JAB wird dies so begründet:

„Der eigentliche Vorgang der Befruchtung erstreckt sich nach Auskunft der vom Ausschuss beigezogenen Fachleute über mehrere Stunden. Die Kernverschmelzung, zu der es erst einige Zeit nach dem Eindringen der Samenzelle in die Eizelle kommt, stellt einen unerlässlichen Schritt in diesem Prozess dar. In der medizinischen Terminologie wird aber dennoch bereits ab der Durchstoßung der Eizellenmembran durch die Samenzelle von einer befruchteten Eizelle gesprochen. Dieser Vorgang lässt sich auch verlässlich feststellen. Damit ist sichergestellt, dass bereits in diesem Zeitpunkt der Schutz, den entwicklungsfähige Zellen nach dem Gesetzesvorhaben in besonderer Weise genießen sollen, einsetzt.“

Bei der Legaldefinition der entwicklungsfähigen Zellen nach § 1 Abs. 3 soll daher nicht die Verschmelzung der Zellkerne, sondern die Befruchtung der Eizelle durch die eindringende Samenzelle den Ausschlag geben.“¹²

Als befruchtet gelten Eizellen im Verständnis des § 1 Abs 3 FMedG also bereits ab dem Moment des Eindringens des Samens in die Eizelle.

Bei dem Gebilde nach der in vitro vorgenommenen Vereinigung von Ei- und Samenzellen wird es sich wohl um einen **Nasciturus iSd § 22 ABGB** handeln.¹³

Kryokonservierte Spermien oder Eizellen dagegen sind – weil nicht befruchtet – weder entwicklungsfähige Zellen iSd § 1 Abs 3 FMedG noch ungeborene Kinder iSd § 22 ABGB. Sind im Zeitpunkt des Todes des Verstorbenen lediglich dessen Samenzellen tiefgefroren gelagert, verbietet sich also eine Kuratorbestellung gem §§ 22, 274 ABGB.¹⁴

Da § 1 Abs 3 FMedG nicht nur die befruchteten Eizellen, sondern auch „**die daraus entwickelten Zellen**“ umfasst, stellt sich nun die Frage, ob darunter jede Körperzelle zu verstehen ist (wofür allenfalls der Wortlaut des Gesetzes spricht) oder ob – mit *Kopetzki*¹⁵ – im Sinn einer teleologisch begründeten restriktiven Interpretation nur solche Zellen ge-

10 In diesem Sinn auch § 8 Abs 1 des deutschen Embryonenschutzgesetzes (ESchG): „Als Embryo im Sinne dieses Gesetzes gilt bereits die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an ...“.

11 Siehe *Bernat*, Sind geklonte Embryonen „entwicklungsfähige Zellen“ i.S.v. § 1 Abs. 3 FMedG? in *Ahrens/von Bar/Fischer/Spickhoff/Taupitz* (Hrsg), Medizin und Haftung, FS Erwin Deutsch (2009) 19 (21).

12 Für die Legaldefinition der PID wird dagegen nicht auf das Eindringen der Samenzelle, sondern auf den Abschluss der Befruchtung abgestellt. Siehe dazu Kapitel PID/Rechtliche Sicht, 133 (passim).

13 Dafür *Steiner*, Rechtsfragen der In-vitro-Fertilisation, JBl 1984, 175 (passim); *ders*, Ausgewählte Rechtsfragen der Insemination und Fertilisation, ÖJZ 1987, 513 (passim); *Peichl*, Der Embryo in vitro – seine rechtliche Qualifikation und die Alternative der „Embryoannahme“, ÖJZ 2003/32 (passim); dagegen *Bernat*, Künstliche Zeugungshilfe – eine Herausforderung für den Gesetzgeber, JBl 1985, 720 (passim).

14 So OGH 16. 12. 1996, 1 Ob 2259/96d RdM 1997/25.

15 *Kopetzki*, Zur Lage der embryonalen Stammzellen in Österreich, in *Ahrens/von Bar/Fischer/Spickhoff, Taupitz* (Hrsg), Medizin und Haftung, FS Erwin Deutsch (2009) 297 (300); *ders*, Altes und Neues zur Präimplantationsdiagnostik, JRP 2012, 317 (319); ihm folgend *Bruckmüller*, Präimplantationsdiagnostik. Bedarf Österreich einer ausdrücklichen Regelung nach deutschem Vorbild?, in *Wenda/Kierein/Lanske* (Hrsg), Jahrbuch Gesundheitsrecht 2012 (2012) 109 (113) und offenbar auch *Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt*, Präimplantationsdiagnostik (2004) 19.

meint sind, die sich zu einem ganzen Individuum entwickeln können (sog. „totipotente“ Zellen).

Der Gesetzgeber des FMedRÄG 2015 hat sich in dieser bis dato offenen Frage immerhin in den Erläut¹⁶ zu einer Meinung durchringen können: Demnach sollen „unter den Begriff der ‚entwicklungsähnlichen Zellen‘ **nur totipotente Zellen** fallen, die sich noch zu einem ganzen Individuum entwickeln können“. Und weiter: „Nicht dazu sollen jedoch pluripotente Zellen gehören, deren Entwicklungspotenzial auf die Fähigkeit zur Ausbildung unterschiedlicher Gewebstypen etc. beschränkt ist.“

Wichtige Schlussfolgerung aus diesem Befund ist, dass die sog. „**Polkörper**“ nicht als entwicklungsähnliche Zellen zu bezeichnen sind, weil sie sich nicht zu einem ganzen Individuum entwickeln können. Dies gilt sowohl für den ersten wie auch für den zweiten Polkörper. Siehe näher dazu Kapitel PID/Rechtliche Sicht.

In § 1 Abs 4 zweiter Satz FMedG werden allerdings zusätzlich zu den entwicklungsähnlichen Zellen, also der befruchteten Eizelle und den daraus entwickelten totipotenten Zellen, auch „**andere nach Abschluss der Befruchtung der Eizelle entstehende Zellen**“ dem für die PID geltenden Regime des § 2a FMedG unterworfen. Hier sollen also – nach der eindeutigen Absicht des Gesetzgebers¹⁷ – auch pluripotente Zellen erfasst sein, allerdings nur solche, „die nach Abschluss des Befruchtungsvorgangs im Zuge der Entwicklung der befruchteten Eizelle entstehen, also medizinisch ausgedrückt, ab dem Zeitpunkt, in dem sich die Chromosomenpaare in der Metaphasenebene anordnen“.

Da auch das **zweite Polkörperchen** entsteht, bevor sich die Chromosomenpaare in der Metaphasenebene anordnen, ist auch dieses von § 1 Abs 4 FMedG nicht erfasst.

II. Zulässigkeit

A. Allgemeines

Das **Gewebesicherheitsgesetz** (GSG idF BGBl I 2008/49) regelt die Gewinnung von menschlichen Zellen und Geweben zur Verwendung beim Menschen sowie unter anderem deren Verarbeitung, Lagerung und Verteilung (im Sinn von Transport und Abgabe einschließlich der Ausfuhr in Drittstaaten). Samen, Eizellen sowie Hoden- und Eierstockgewebe unterliegen damit auch dem Regime dieses Gesetzes.¹⁸ Regelungen des GSG, die den im Folgenden geschilderten Zulässigkeitsvoraussetzungen des FMedG widersprechen, wird von diesen – als *leges speciales*¹⁹ – derogiert; nur innerhalb der vom

16 RV 445 BlgNR 25. GP 4.

17 Vgl RV 445 BlgNR 25. GP 4: „Der Trophoblast ist nicht totipotent, somit keine entwicklungsähnliche Zelle. Um diese – und allenfalls andere sich erst entwickelnde Methoden – zuzulassen und dem Regime der Präimplantationsdiagnostik im FMedG zu unterstellen, sollen in Abs. 4 mit dem zweiten Satz auch andere Zellen, die nach Abschluss des Befruchtungsvorgangs im Zuge der Entwicklung der befruchteten Eizelle entstehen, [...], von der Definition der Präimplantationsdiagnostik mit erfasst werden.“

18 So ausdrücklich RV 445 BlgNR 25. GP 10.

19 Nicht das FMedG an sich ist *lex specialis* zum GSG, aber einzelne Vorschriften des FMedG können *leges speciales* sein im Verhältnis zu bestimmten Vorschriften des GSG. Vgl *Zeinhofen*, Anwendungsbereich des Gewebesicherheitsgesetzes, in *Kopetzki* (Hrsg), *Gewebesicherheitsrecht* (2009) 98 (140).

FMedG gezogenen Grenzen kommen Bestimmungen des GSG als zusätzliche gesetzliche Bedingungen zur Anwendung.²⁰

Gegen dieses Regelungskonzept ist aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht nichts einzuwenden: Art 4 Abs 2 und 3 Gewebe-RL²¹ gestattet es den Mitgliedstaaten nämlich, die Verwendung bestimmter Arten von Zellen oder Geweben, einschließlich Keimzellen, auszuschließen bzw. strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten.²²

B. Materielle Zulässigkeitskriterien

1. Ehe, eingetragene Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft

Eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung ist nach § 2 Abs 1 FMedG nur bei Paaren zulässig, die in einer Ehe, in einer eingetragenen Partnerschaft oder in einer Lebensgemeinschaft leben.

Als „Ehe“ gilt nicht die kirchliche – sei es etwa die katholische oder islamische – Ehe, sondern die vor dem Standesamt (bzw im Ausland vor einer vergleichbaren staatlichen Stelle) geschlossene Ehe.

Ob die Wunscheltern verheiratet bzw verpartnernt sind oder in einer Lebensgemeinschaft leben, hat der **Arzt festzustellen**. Dabei wird es ausreichen, wenn er die Angaben der Wunscheltern in oder vor dem ärztlichen Beratungsgespräch (vgl 7 Abs 1 FMedG) durch entsprechende schriftliche Nachweise (Heirats- bzw Partnerschaftsurkunde, bei Lebensgefährten Vorlage von Meldezetteln, Mietverträgen uÄ) überprüft.²³

In § 2 Abs 1 FMedG wurde ursprünglich das Vorliegen einer „**eheähnlichen Lebensgemeinschaft**“ gefordert. Das Wort „eheähnlich“ sollte klarstellen, „dass die Lebensgefährten nicht in einem Verwandtschaftsverhältnis stehen dürfen, das die Eingehung einer Ehe gem § 6 Ehegesetz hindert (Blutsverwandtschaft in gerader Linie oder zwischen – voll- oder halbbürtigen – Geschwistern)“²⁴ Dass neben den – damals bloß – Eheleuten auch Lebensgefährten Nutznießer der Fortpflanzungsmedizin sein sollten, wurde 1992 im Begutachtungsverfahren besonders kritisiert. Die Möglichkeit der formlosen Beendigung der Lebensgemeinschaft widerspreche dem Ziel des Entwurfs, dem Wunschkind eine dauerhafte Beziehung zu beiden Elternteilen zu sichern.²⁵ Um diesen Vorbehalten Rechnung zu tragen, wurde in der RV noch vorgeschlagen, dass die Lebensgemeinschaft im Zeitpunkt der künstlichen Befruchtung seit mindestens drei Jahren bestanden haben muss. In das Gesetz fand diese Einschränkung jedoch keine Aufnahme.

2009 – im Begutachtungsverfahren zum EPG – wurde eine Klarstellung im Gesetz gefordert, dass nach dem FMedG medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur in einer Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts zulässig ist. Dementsprechend wurde der Begriff „eheähnliche Lebensgemeinschaft“ durch „**Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts**“ ersetzt.

20 So überzeugend *Leischner*, Die Gewinnung von Keimzellen zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung, RdM 2009/87 (141).

21 Richtlinie 2004/23/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004.

22 *Leischner*, Die Gewinnung von Keimzellen zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung, RdM 2009/87 (140).

23 So schon RV 216 BlgNR 18. GP 16.

24 RV 216 BlgNR 18. GP 16.

25 RV 485 BlgNR 24. GP 17.

Ursprünglich waren also **homosexuelle Paare** von den Möglichkeiten der Fortpflanzungsmedizin ausgeschlossen. Begründet hat dies der Gesetzgeber 1992 so: „Alleinstehenden Frauen oder gleichgeschlechtlichen Paaren sollen dagegen wegen der damit verbundenen Missbrauchsgefahr („Leihmutterhaft“) keine medizinisch assistierten Zeugungshilfen geleistet werden.“²⁶

Ausgehend von einem Gesetzesprüfungsantrag des OGH und einem Antrag zweier Frauen in gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaft hob der **VfGH** in seinem Erkenntnis vom 10.12.2012, G 16/2013, G 44/2013, in § 2 Abs 1 FMedG die Wortfolge „von Personen verschiedenen Geschlechts“ sowie § 2 Abs 2 und § 3 Abs 1 und 2 FMedG als verfassungswidrig auf. Damit legte der VfGH fest, dass es verfassungswidrig ist, wenn Frauen, die in einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft leben, von der Erfüllung eines Kinderwunsches durch künstliche Fortpflanzung mittels Samenspende ausgeschlossen werden.²⁷

§ 3 Abs 3 FMedG wurde vom VfGH nicht angetastet, sodass sich am Verbot der Eizellenspende und der **Leihmutterhaft** nichts änderte. Daher hatte die Entscheidung des VfGH auch keine Konsequenzen für Männer, die in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft leben und nur durch Leihmutterhaft Kinder bekommen könnten. Da nach dem verbliebenen Wortlaut des § 2 Abs 1 FMedG eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung zumindest eine **Lebensgemeinschaft** voraussetzte, konnte aus dem Erkenntnis auch keine Notwendigkeit zur Öffnung des FMedG für alleinstehende Frauen abgeleitet werden.

Mit dem FMedRÄG 2015 hat der Gesetzgeber die vom VfGH gewünschte Rechtslage – mit etwas Verspätung²⁸ – hergestellt und medizinisch unterstützte Fortpflanzung in einer Ehe, in einer eingetragenen Partnerschaft oder in einer gleich- oder verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaft zugelassen. Da die Leihmutterhaft weiterhin unzulässig ist, profitieren nur miteinander in eingetragener Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft lebende **Frauen** von der Fortpflanzungsmedizin. Von einer Öffnung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung für **alleinstehende Frauen** hat der Gesetzgeber ebenfalls abgesehen, „weil Kindern nicht von vornherein nur ein Elternteil zur Verfügung stehen soll“.²⁹

Die Beschränkung der Zulässigkeit auf **aufrechte** Ehen, eingetragene Partnerschaften und Lebensgemeinschaften bedeutet auch, dass medizinisch unterstützte Fortpflanzungen **nach dem Tod** des Ehegatten, eingetragenen Partners oder Lebensgefährten nicht durchgeführt werden dürfen. Hiedurch sollen – so die Erläuterungen 1992 ausdrücklich

26 RV 216 BlgNR 18. GP 11. Diese als Hauptmotiv der Gesetzgebung angegebene Gefahr des Missbrauchs in Form der Leihmutterhaft spielt aber in Wahrheit bei der künstlichen heterologen Insemination in gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften von Frauen gerade keine Rolle. Dies hat der VfGH in seinem Erkenntnis vom 10.12.2012, G 16/2013, G 44/2013, Rz 50–52, sehr deutlich gemacht. Siehe dazu sogleich.

27 Die Entscheidung wurde vielfach kommentiert; siehe VfGH iFamZ 2014/3 (*Meinl*); *Kopetzki*, Fortpflanzungsmedizinrecht im Umbruch, RdM 2014/1; *Fischer-Czernak*, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung für lesbische Paare, EF-Z 2014/35; *Voithofer/Flatscher-Thöni*, VfGH vereinfacht Zugang zur Fortpflanzungsmedizin – Was passiert, wenn nichts passiert?, iFamZ 2014, 54.

28 Die Aufhebung der Wortfolge „von Personen verschiedenen Geschlechts“ in § 2 Abs 1 FMedG und der § 2 Abs 2 und § 3 Abs 1 und 2 FMedG erfolgte mit Wirkung ab 1.1.2015. Das FMedRÄG 2015 trat mit 24.2.2015 in Kraft.

29 RV 445 BlgNR 25. GP 1.

– „insbesondere unnatürlich lange zeitliche Abstände zwischen dem Tod des als Vater in Betracht kommenden Mannes und der Geburt des Kindes („Generationensprünge“) vermieden werden“.³⁰

2. Ultima ratio

Durch die Aufhebung des § 2 Abs 2 FMedG durch den VfGH stand die Fortpflanzungsmedizin (mit Wirkung ab 1.1.2015) den in § 2 Abs 1 FMedG Genannten ohne weitere Zulassungsvoraussetzungen zur Verfügung.³¹ Dem Gesetzgeber des FMedRÄG 2015 war es ein wichtiges Anliegen, das Prinzip der „**Subsidiarität**“ – das von Anbeginn an ein wesentliches Charakteristikum des österreichischen Fortpflanzungsmedizinrechts war – wieder einzuführen.³² In der RV 1992 ist in diesem Zusammenhang auch vom „unbedingten Vorrang“ der natürlichen Fortpflanzung die Rede:³³

„Überhaupt stellt sich unter dem Gesichtspunkt der Menschenwürde die Frage, ob medizinische Verfahren, die sich **wegen des hohen technischen Aufwandes und der Schaffung ungewöhnlicher persönlicher Beziehungen** („Doppelmutterschaft“) von den Bedingungen und Folgen der natürlichen Fortpflanzung weit entfernen, vertretbar und wünschenswert sind; diesen Überlegungen entspricht es, der natürlichen Fortpflanzung den unbedingten Vorrang einzuräumen und die modernen Techniken nur in eingeschränktem Ausmaß zuzulassen.“

a) Zur Herbeiführung einer Schwangerschaft wegen Erfolg- oder Aussichtslosigkeit von fertilitätssteigernden Behandlungen

Eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung ist nach § 2 Abs 2 Z 1 FMedG ferner nur zulässig, wenn „nach dem Stand der Wissenschaft und Erfahrung alle anderen möglichen und den Ehegatten oder Lebensgefährten zumutbaren Behandlungen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft durch Geschlechtsverkehr **erfolglos** gewesen oder [ergänze: von vornherein und daher ohne dass es erfolgloser Versuche bedürfte]“³⁴ **aussichtslos** sind“. Den Vorrang haben also medizinische Behandlungen, die die Fortpflanzung auf natürlichem Weg, also ohne den Einsatz von Methoden künstlicher Fortpflanzung iSd § 1 Abs 2 FMedG, ermöglichen oder erleichtern.³⁵

Nach den Erläuterungen zur RV des FMedG 1992³⁶ soll der Einsatz der Mittel medizinisch unterstützter Fortpflanzung „letzter Ausweg“, also „ultima ratio“ sein. Begründet wird dies damit, dass so dazu beigetragen werden soll, „den Beteiligten von vornherein unnötige und medizinisch nicht angezeigte Eingriffe zu ersparen“³⁷ und „die betroffenen Partner, vor allem die Frau, vor **unnötigen Belastungen** zu bewahren“.³⁸ Darüber hinaus sei es „ein aus der **menschlichen Würde** erfließender Grundsatz, dass die natürliche und die künstliche Fortpflanzung nicht

30 RV 216 BlgNR 18. GP 11.

31 Siehe nur *Voithofer/Flatscher-Thöni*, VfGH vereinfacht Zugang zur Fortpflanzungsmedizin – Was passiert, wenn nichts passiert?, iFamZ 2014, 54 (54).

32 RV 445 BlgNR 25. GP 4.

33 RV 216 BlgNR 18. GP 11.

34 So RV 216 BlgNR 18. GP 11.

35 Siehe die Bspw. oben bei FN 1.

36 So RV 216 BlgNR 18. GP 11.

37 RV 216 BlgNR 18. GP 11.

38 RV 216 BlgNR 18. GP 16.

gleichrangig zur Wahl stehen“.³⁹ Durch die Ultima-ratio-Klausel solle schließlich sichergestellt werden, „dass die modernen Techniken nur für Fertilitätsbehandlungen und **nicht für andere Zwecke** (etwa die Auswahl von Kindern nach bestimmten Merkmalen) eingesetzt werden“.⁴⁰

Bei der **Beurteilung der Zumutbarkeit** einer konventionellen Behandlung kommt es – unter Bedachtnahme auf den Stand der medizinischen Wissenschaft – besonders auf die damit verbundenen Beeinträchtigungen der behandelten Personen an. Dabei sind – jedenfalls nach den Vorstellungen des Gesetzgebers 1992⁴¹ – nicht nur die mit einem operativen Eingriff verbundenen Risiken oder die mit einer medikamentösen Behandlung einhergehenden Nebenwirkungen, sondern auch die seelische Belastung durch die Behandlung zu berücksichtigen.

b) Zur Herbeiführung einer Schwangerschaft wegen Ansteckungsgefahr beim Geschlechtsverkehr

Eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung ist nach § 2 Abs 2 Z 2 FMedG auch dann zulässig, „wenn ein Geschlechtsverkehr zur Herbeiführung einer Schwangerschaft den Ehegatten oder Lebensgefährten wegen der ernsten Gefahr der **Übertragung einer schweren Infektionskrankheit** auf Dauer nicht zumutbar ist“. Eingetragene Partner sind hier (weiterhin) nicht erwähnt, weil sich das Risiko der Übertragung einer Krankheit in gleichgeschlechtlichen Beziehungen nicht als Reproduktionshemmnis darstellt. Zur ratio dieser – im Zuge der Fortpflanzungsmedizingesetz-Novelle 2004 eingeführten – Bestimmung ist den Erläut⁴² Folgendes zu entnehmen (Hervorhebungen stammen vom Autor):

„Die §§ 2 und 3, welche die Zulässigkeit einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung regeln, gehen davon aus, dass eine solche nur als **ultima ratio** bei einer bereits bestehenden Fortpflanzungsunfähigkeit und bei einem aktuellen Kinderwunsch eines Paares vorgenommen werden soll. In § 2 Abs. 1 ist festgelegt, dass eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur in einer Ehe oder eheähnlichen Lebensgemeinschaft zulässig ist. Nach dem bisherigen Wortlaut des § 2 Abs. 2 darf darüber hinaus eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung auch nur dann vorgenommen werden, wenn eine Herbeiführung einer Schwangerschaft durch Geschlechtsverkehr bisher erfolglos gewesen und aktuell aussichtslos ist. Dies gilt auch bereits für die Entnahme und Aufbewahrung von Samen und Eizellen, sofern diese für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung verwendet werden sollen. Das geltende Recht hat also den Fall im Auge, in dem ein Paar, das auf natürlichem Weg keine Kinder bekommen kann, die Möglichkeiten der Fortpflanzungsmedizin in Anspruch nehmen will, um seinen Kinderwunsch möglichst rasch zu erfüllen. Dabei müssen die Voraussetzungen des § 2 während der gesamten Behandlungszeit vorliegen.“

Patienten, die an einer schweren Infektionskrankheit leiden, die entweder derzeit unheilbar ist oder bei der eine geringe Chance auf vollständige Ausheilung besteht (etwa HIV oder Hepatitis C), könnten zwar durch ungeschützten Geschlechtsverkehr Kinder zeugen oder empfangen, die hohe Gefahr der Ansteckung des Partners / der Partnerin oder des Kindes mit der Krankheit macht die Herbeiführung einer Schwangerschaft auf natürlichem Weg jedoch unzumutbar. Angesichts der verlängerten Lebenserwartung von HIV-positiven Personen ist auch eine lang-

39 RV 216 BlgNR 18. GP 11.

40 RV 216 BlgNR 18. GP 16.

41 RV 216 BlgNR 18. GP 16.

42 RV 678 BlgNR 22. GP 4.