

Gynäkologische Endokrinologie 2016 · 14:270–275  
DOI 10.1007/s10304-016-0072-4  
Online publiziert: 7. Juli 2016  
© Der/die Autor(en) 2016. Dieser Artikel ist eine Open-Access-Publikation.

Redaktion  
H. Kentenich, Berlin  
W. Küpker, Bühl  
S. Tschudin, Basel  
L. Wildt, Innsbruck



Erwin Bernat

Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht, Karl-Franzens-Universität Graz, Graz, Österreich

# Das österreichische Fortpflanzungsmedizingesetz wurde liberalisiert

## Eckpunkte des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes 2015

**In Reaktion auf ein Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes aus dem Jahr 2013, durch das es lesbischen Paaren freigestellt worden ist, künstliche Insemination und In-vitro-Fertilisation (IVF) in Anspruch zu nehmen, kam es in Österreich zu einem Paradigmenwechsel im Recht der Fortpflanzungsmedizin. Etliche Verbotsvorschriften, die in der Stammfassung des Fortpflanzungsmedizingesetzes 1992 enthalten waren, wurden durch das Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 aufgehoben. Dieses Gesetz erlaubt die Inanspruchnahme von In-vitro-Fertilisation mit Spendersamen und heterologem Embryotransfer nach Eispende ebenso wie von Präimplantationsdiagnostik. Darüber hinaus führte das Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 zu einer Anpassung sowohl des Abstammungsrechts als auch des Rechts der sozialen Sicherheit an die neuen Erlaubnistatbestände.**

### Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs (VfGH) vom 10.12.2013

Auf Antrag des Obersten Gerichtshofs (OGH)<sup>1</sup> und zweier in Wien wohnhaften Frauen, die 2008 in Deutschland eine Lebenspartnerschaft nach deutschem Lebenspartnerschaftsgesetz eingegangen sind, hob der VfGH mit Erkenntnis vom 10.12.2013<sup>2</sup> jene Bestimmungen des Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG) 1992<sup>3</sup> auf, die die Inanspruchnahme von künstlicher Insemination oder In-vitro-Fertilisation (IVF) nur Eheleuten oder Partnern einer heterosexuellen nichtehelichen Lebensgemeinschaft gestatten. Der Ausschluss lesbischer Paare von der Inanspruchnahme der Fortpflanzungsmedizin lässt sich nach Auffassung des VfGH nicht mit guten Gründen rechtfertigen und verstöße daher gegen das in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verankerte Diskriminierungsverbot (Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK).

In Reaktion auf dieses Erkenntnis beschloss die erste Kammer der gesetzgebenden Körperschaft (der Nationalrat) am 21.01.2015 das Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz (FMedRÄG) 2015,<sup>4</sup> das schon am 24.02.2015 in Kraft trat und zu einem sehr weitreichenden Wandel im Recht der Fortpflanzungsmedizin führte.

### Verbotsvorschriften, die das FMedRÄG 2015 beseitigt hat

Das FMedRÄG 2015 öffnete die Fortpflanzungsmedizin nicht bloß für lesbische Paare. Mit Blick auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)<sup>5</sup> hob der Gesetzgeber auch das Verbot des heterologen Embryotransfers nach Eispende sowie der IVF mit (von dritter Seite) gespendetem Samen auf. Des Weiteren legalisierte das FMedRÄG 2015 die Präimplantationsdiagnostik, wenn auch nur in engen Grenzen.

<sup>4</sup> BGBl. I/2015/35.

<sup>5</sup> EGMR (Große Kammer) 3.11.2011 (Appl. 57.813/2000 – S.H. et al. gegen Österreich), EF-Z 2012, 24 m. Anm. v. Bernat; zu dieser Entscheidung einlässlich Bernat, § 3 des österreichischen Fortpflanzungsmedizingesetzes auf dem Prüfstand des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Das Urteil der Großen Kammer in der Rechtssache S.H. et al. gegen Österreich, Der Gynäkologe 45 (2012) 331 ff.

<sup>1</sup> OGH 19.12.2012 – 3 Ob 224/12 f –, RdM 2013, 113 m. Anm. v. Bernat.

<sup>2</sup> VfGH 10.12.2013 – G 16/2013-16, G 44/2013-44 –, EF-Z 2014, 66 = MedR 2014, 567 m. Problemstellung v. Bernat = RdM 2014, 65 m. Anm. v. Kopetzki.

<sup>3</sup> BGBl. 1992/275.

## a) Künstliche Insemination und IVF zugunsten eines lesbischen Paares

Der Gesetzgeber setzte das Erkenntnis des VfGH vom 10.12.2013<sup>6</sup> sehr konsequent um. Nun haben auch lesbische Paare das Recht, künstliche Insemination oder IVF in Anspruch zu nehmen, um sich den gemeinsamen Kinderwunsch zu erfüllen.<sup>7</sup> Unerheblich ist, ob die beiden Frauen durch eine eingetragene Partnerschaft<sup>8</sup> oder eine bloße Lebensgemeinschaft verbunden sind. Um den Status einer Co-Mutter zu erlangen, muss die eingetragene Partnerin oder Lebensgefährtin der Wunschmutter in die Vornahme der medizinisch unterstützten Fortpflanzung in Form eines Notariatsakts einwilligen.<sup>9</sup> Medizinisch unterstützte Fortpflanzung i. S. des Gesetzes ist allerdings nur die *ärztliche* Zeugungshilfe (§ 1 Abs. 1 FMedG). Für Kinder, die im Wege einer sog. „Becherspende“<sup>10</sup> gezeugt worden sind, gelten die neuen abstammungsrechtlichen Regeln daher nicht.<sup>11</sup>

Liegt eine Einwilligungserklärung in Form eines Notariatsaktes vor, wird die eingetragene Partnerin oder Lebensgefährtin der biologischen Mutter von

Rechts wegen so gestellt, als wäre sie der leibliche Vater des durch den Samen des Spenders gezeugten Kindes.<sup>12</sup> Das Kind des lesbischen Paares hat dann zwar keinen Vater im abstammungsrechtlichen Sinn, dafür aber eine Co-Mutter, die an dessen Stelle tritt. Auf die Co-Mutter, die der Gesetzgeber etwas verschämt als „anderen Elternteil“ bezeichnet, sind alle in der Rechtsordnung verankerten Bestimmungen sinngemäß anzuwenden, die auf den „Vater“ bzw. die „Vaterschaft“ Bezug nehmen. Gelten im Verhältnis der Eltern zu ihrem Kind und im Verhältnis der Eltern zueinander besondere Rechtsregeln, so kommen auch diese Rechtsregeln im Verhältnis biologische Mutter – Co-Mutter – Kind entsprechend zur Anwendung.<sup>13</sup>

### » Die Co-Mutter verdrängt den leiblichen Vater des Kindes

## b) IVF mit (von dritter Seite) gespendetem Samen

Die Verwendung von Samen eines Spenders war nach bislang geltendem Recht nur für eine künstliche Insemination in vivo erlaubt. Die Durchführung einer IVF mit (von dritter Seite) gespendetem Samen war dem Reproduktionsmediziner also ausdrücklich verboten. Die Verwendung von Spendersamen im Rahmen einer IVF unterscheidet sich mit Blick auf ihre sozialen Auswirkungen freilich durch nichts von der heterologen Insemination in vivo: Ist der Eingriff erfolgreich, kommt es in beiden Fällen zur Geburt eines Kindes, das nur von der Wunschmutter, nicht aber vom Wunschvater abstammt. Aus diesem Grund verletzt das Verbot der IVF mit (von dritter Seite) gespendetem Samen den Gleichbehandlungsgrundsatz der

Bundesverfassung (Art. 7 B-VG) ebenso wie das Diskriminierungsverbot der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 14 i. V. m. Art 8 EMRK).<sup>14</sup> Dieser Auffassung schloss sich nun auch der Gesetzgeber an. Das FMedRÄG 2015 erlaubt die Verwendung von Samen eines Spenders, soweit eine medizinische Indikation gegeben ist, ohne zu unterscheiden, ob dieser Samen für eine künstliche Insemination (in vivo) oder eine IVF Verwendung finden soll.<sup>15</sup> Es gilt aber der Subsidiaritätsgrundsatz: Eine IVF mit Spendersamen darf nur dann vorgenommen werden, wenn die Wunschmutter nicht empfangen *und* der Wunschvater aufgrund von impotentia generandi nicht zeugen kann. Bei einem lesbischen Paar ist allein entscheidend, ob die Schwangerschaft nur im Wege einer IVF oder schon durch künstliche Insemination (in vivo) herbeigeführt werden kann.

### » Dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot wird im FMedRÄG 2015 entsprochen

## c) Heterologer Embryotransfer nach Eispende

Im Jahr 1992 hat der Gesetzgeber nicht nur die IVF mit (von dritter Seite) gespendetem Samen, sondern auch den heterologen Embryotransfer nach Eispende verboten. Gegen das Verbot des heterologen Embryotransfers nach Eispende sprechen im Kern die gleichen Argumente wie gegen das Verbot der IVF mit Spendersamen: Wenn es der Gesetzgeber im Fall steriler Männer nicht kategorisch verbietet, auf gespendeten Samen zurückzugreifen, dann führt das

<sup>6</sup> VfGH 10.12.2013 – G 16/2013-16, G 44/2013-44 –, EF-Z 2014, 66 = MedR 2014, 567 m. Problemstellung v. *Bernat* = RdM 2014, 65 m. Anm. v. *Kopetzki*.

<sup>7</sup> Siehe im Einzelnen §§ 2, 3 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>8</sup> Die „eingetragene Partnerschaft“, die im „Eingetragene Partnerschaft-Gesetz“ (BGBl. I 2009/135) geregelt ist, ist das Pendant zur deutschen „Eingetragenen Lebenspartnerschaft“.

<sup>9</sup> § 8 Abs. 1 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015 i. V. m. § 144 Abs. 2 und 3 ABGB i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>10</sup> Von einer sog. „Becherspende“ oder „Heiminsemination“ spricht man, wenn Samenspende und künstliche Insemination im privaten Bereich der Wunschmutter (also nicht in einer gem. §§ 4f. FMedG zugelassenen Krankenanstalt) stattfinden. In Amerika ist von „turkey baster babies“ die Rede. Dazu aufschlussreich *D. Wikler/N.J. Wikler, Turkey baster babies: The demedicalization of artificial insemination*, *The Milbank Quarterly* 69 (1991) 5 ff.; BGH 15.05.2013 – XII ZR 49/11 –, BGHZ 197, 242; *Arnold*, Zur Bedeutung von Verfassungsrecht und Rechtslehre im Familienrecht – Die Vaterschaftsanfechtung des nicht anonymen Samenspenders, *JR* 2015, 235 ff.

<sup>11</sup> Kritik bei *Bernat*, Gleichgeschlechtliche Eltern, EF-Z 2015, 60 (61).

<sup>12</sup> Vgl. weiterführend § 144 Abs. 2 ABGB i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>13</sup> § 144 Abs. 3 ABGB i.d.F. FMedRÄG 2015; vgl. dazu *Voithofer/Flatscher-Thöni*, Öffnung der Fortpflanzungsmedizin für Frauenelternpaare. Welche gesetzlichen Bestimmungen über Mutter und/oder Vater sind nun auch für Frauenelternpaare anwendbar?, *iFamZ* 2015, 9.

<sup>14</sup> Vgl. dazu schon EGMR 01.04.2010 (Appl. 57.813/2000 – S.H. et al. gegen Österreich), RdM 2010, 85 m. Anm. v. *Bernat* sowie zu dieser Entscheidung genauer *Bernat*, Neue Maßstäbe für die Fortpflanzungsmedizin, *Der Gynäkologe* 44 (2011) 230 ff.

<sup>15</sup> Siehe im Einzelnen §§ 2, 3 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

(ausnahmslose) Verbot des heterologen Embryotransfers nach Eispende zu einer eklatanten Diskriminierung jener Klasse von Frauen, die auf eine Eispende angewiesen sind, um sich den Kinderwunsch zu erfüllen. Das Verbot des heterologen Embryotransfers nach Eispende ist daher – auch aufgrund massiver Kritik der Bioethikkommission<sup>16</sup> – durch das FMedRÄG 2015 aufgehoben worden.

Eizellen einer Spenderin dürfen allerdings nur dann verwendet werden, wenn die Rezipientin der Eizellen nicht fortpflanzungsfähig ist und bei Beginn der Behandlung das 45. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.<sup>17</sup> Die Spenderin muss eigenberechtigt sein. Nach Vollendung des 30. Lebensjahres dürfen sich Frauen als Eizellenspenderinnen nicht mehr zur Verfügung stellen.<sup>18</sup>

Das Gesetz lässt die Frage offen, ob gespendete Eizellen auch von Frauen stammen dürfen, die selbst Patientinnen des Reproduktionsmediziners sind (sog. „egg-sharing“), oder ob Eizellen, die gespendet werden sollen, nur einer Frau entnommen werden dürfen, die, wie ein Samenspender, gar nicht den Wunsch hat, im Wege der Reproduktionsmedizin ein Kind zu bekommen. Da das FMedRÄG 2015 das „egg-sharing“ nicht verbietet, ist es wohl grundsätzlich erlaubt.

#### d) Präimplantationsdiagnostik

Nach der Stammfassung des FMedG dürfen Embryonen in vitro nur insoweit untersucht werden, „als dies nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung zur Herbeiführung ei-

ner Schwangerschaft erforderlich ist.“<sup>19</sup> Diese Norm wurde als kategorisches Verbot der Präimplantationsdiagnostik (PID) interpretiert.<sup>20</sup> § 2a FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015 erlaubt die PID nun in sehr engen Grenzen. Dieses diagnostische Verfahren darf in Österreich von Wunscheltern in Anspruch genommen werden, wenn „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“.<sup>21</sup> Eine „*Erbkrankheit* des Kindes“ i. S. dieser Gesetzesbestimmung liegt allerdings nur vor, wenn das Kind

- während der Schwangerschaft oder nach der Geburt so schwer erkrankt, dass es nur durch intensivmedizinische Behandlungen oder sonst durch Hilfsmittel am Leben erhalten werden kann, die einen hohen medizinischen oder pflegerischen Aufwand erfordern und die Lebensführung des Kindes stark beeinträchtigen<sup>22</sup> oder
- schwerste Hirnschädigungen aufweist<sup>23</sup> oder
- dauerhaft an nicht behandelbaren schwersten Schmerzen leiden wird<sup>24</sup>

und darüber hinaus die Ursache dieser Krankheit nicht behandelt werden kann.

Vergleicht man die Regelung des § 2a Abs. 2 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015 mit der Regelung des Schwangerschaftsabbruchs wegen embryopathischer Indikation, so tun sich Wertungsinkongruenzen auf, deren Legitimität sehr frag-

würdig ist. Ein Schwangerschaftsabbruch aufgrund embryopathischer Indikation darf – bis zur Geburt – vorgenommen werden, wenn „eine ernste Gefahr besteht, dass das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein werde“ (§ 97 Abs. 1 Ziff. 2 Fall 2 StGB).<sup>25</sup> Hingegen erfasst die in § 2a Abs. 2 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015 verankerte Definition des Begriffs „*Erbkrankheit* des Kindes“ bei Weitem nicht alle Fälle geistiger oder körperlicher Leiden, die zum Schwangerschaftsabbruch aufgrund embryopathischer Indikation berechtigen. Wunscheltern sind auch völlig frei zu entscheiden, ob sie eine Pränataldiagnose in vivo (PND) zur Feststellung einer embryopathischen Indikation vornehmen lassen wollen. Die Vornahme einer PND ist also nicht erst dann zulässig, wenn auf Grund der genetischen Disposition zumindest eines Wunschelternteils für die Nachkommenschaft ein hohes Risiko einer *Erbkrankheit* besteht.

Italien wurde 2012 vom EGMR wegen Verletzung des Art. 8 EMRK verurteilt, weil die PID – bei gleichzeitigem Erlaubtsein der PND und des Schwangerschaftsabbruchs aufgrund embryopathischer Indikation – verboten war.<sup>26</sup> In casu ging es um die Gefahr, dass ein Kind, dessen Zeugung von den Beschwerdeführern geplant war, an Mukoviszidose erkranken könnte. Die Symptome dieser derzeit nicht heilbaren Stoffwechselstörung treten nicht schon *nach* der Geburt auf, sondern führen erst im Kindesalter zu körperlichen Beeinträchtigungen, die in ihrer Schwere zwar § 97 Abs. 1 Ziff. 2 Fall 2 StGB, wohl aber nicht § 2a Abs. 2 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015 entsprechen. Es ist daher auch nach Ver-

<sup>16</sup> Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt, Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts. Stellungnahme (2012) 23 ff.

<sup>17</sup> § 3 Abs. 3 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015; massive Kritik an dieser Einschränkung bei Bernat, S.H. et al. gegen Österreich: Ein Schritt vorwärts, ein Schritt zurück, in: Österreichische Juristenkommission (Hrsg.), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit (2013) 163 (192 f.) sowie zuletzt bei Wendehorst, Neuerungen im österreichischen Fortpflanzungsmedizinrecht durch das FMedRÄG 2015. Anpassungen an europaweite Entwicklungen, iFamZ 2015, 4 (7).

<sup>18</sup> § 2b Abs. 2 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>19</sup> § 9 Abs. 1 FMedG i.d.F. BGBl. 1992/275.

<sup>20</sup> Vgl. nur Bernat, Schutz vor genetischer Diskriminierung und Schutzlosigkeit wegen genetischer Defekte: die Genanalyse am Menschen und das österreichische Recht, Jahrbuch für Recht und Ethik 10 (2002) 183 (208 ff.); Kopetzki, Neues und Altes zur Präimplantationsdiagnostik, Journal für Rechtspolitik 2012, 317 ff.; Bruckmüller, Präimplantationsdiagnostik: Bedarf Österreich einer ausdrücklichen Regelung nach deutschem Vorbild?, Jahrbuch Gesundheitsrecht 2012, 109 ff.

<sup>21</sup> § 2a Abs. 1 Ziff. 3 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015; siehe auch § 2a Abs. 1 Ziff. 1 und 2 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>22</sup> § 2a Abs. 2 Ziff. 1 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>23</sup> § 2a Abs. 2 Ziff. 2 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>24</sup> § 2a Abs. 2 Ziff. 3 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>25</sup> § 97 Abs. 1 Ziff. 2 Fall 2 StGB ist als Rechtfertigungsgrund und nicht als bloßer Ausschluss des Tatbestandes der Strafnorm (§ 96 StGB) zu begreifen; vgl. dazu nur OGH 25.5.1999 – 1 Ob 91/99k –, SZ 72/91 = JBl 1999, 593 (596) = RdM 1999, 177 (181) m. Anm. v. Kopetzki; zu dieser Entscheidung einlässlich Bernat, Unerwünschtes Leben, unerwünschte Geburt und Arzthaftung: der österreichische „case of first impression“ vor dem Hintergrund der anglo-amerikanischen Rechtsentwicklung, in: Festschrift f. Krejci (2001) 1041 ff.

<sup>26</sup> EGMR 28.08.2012 (Costa und Pavan gegen Italien – Appl. 54.270/2010), RdM 2013, 195 m. Anm. v. Kopetzki.

abschiedung des FMedRÄG 2015 mehr als fraglich, ob die unterschiedliche Behandlung von PID und PND i.V.m. der Regelung des Schwangerschaftsabbruchs aufgrund embryopathischer Indikation im Lichte des Art. 8 EMRK gerechtfertigt werden kann.

## Verbotsvorschriften, die das FMedRÄG 2015 aufrechterhalten hat

### a) Subsidiaritätsprinzip – Reproduktionsmedizinische Eingriffe als Ultima Ratio

Das FMedRÄG 2015 hat am Subsidiaritätsprinzip prinzipiell festgehalten. Künstliche Insemination (in vivo) und IVF dürfen grundsätzlich nur im Fall von medizinischer Indikation durchgeführt werden. Stehen nach dem Stand von medizinischer Wissenschaft und Erfahrung mehrere aussichtsreiche und zumutbare Behandlungen zur Auswahl, darf der Reproduktionsmediziner zunächst nur diejenige anwenden, „die mit geringeren gesundheitlichen Beeinträchtigungen und Gefahren für die beteiligten Personen verbunden ist und bei der weniger entwicklungsfähige Zellen entstehen. Das Kindeswohl ist dabei zu berücksichtigen.“<sup>27</sup>

Neben der medizinischen Indikation i. e. S. (Zeugungsunfähigkeit des Mannes/Sterilität der Frau)<sup>28</sup> anerkennt das FMedG eine weitere Indikation für die Befruchtung in der Retorte bzw. die künstliche Insemination in vivo: die Unzumutbarkeit der koitalen Fortpflanzung wegen Bestehens einer „ernsten Gefahr der Übertragung einer schweren Infektionskrankheit“.<sup>29</sup> Durch diese Regelung, die durch eine Gesetzesnovelle aus dem Jahr 2004 Anerkennung fand,<sup>30</sup> wurde es insbesondere HIV-infizierten Wunscheltern, die an sich fortpflanzungsfähig sind, ermöglicht,

die Methoden der Fortpflanzungsmedizin in Anspruch zu nehmen.<sup>31</sup>

Das Subsidiaritätsprinzip wurde im Zuge der Umsetzung des Erkenntnisses des VfGH vom 10.12.2013<sup>32</sup> zugunsten von lesbischen Paaren mit Kinderwunsch, nicht hingegen zugunsten alleinstehender Frauen durchbrochen.<sup>33</sup> Eine weitere Durchbrechung erfuhr das Subsidiaritätsprinzip durch die Zulassung der PID.

### b) Spenderremuneration, Vermittlung von Keimzellen und entwicklungsfähigen Zellen

Das FMedRÄG 2015 hat das Verbot, den Spender zu remunerieren, präzisiert: Selbst eine Aufwandsentschädigung gilt als verbotene Remuneration, „wenn und soweit [sie] über die nachgewiesenen Barauslagen, die im Zusammenhang mit der medizinischen Behandlung bei der Überlassung von Samen [...] getätigt wurden, hinausgeht.“<sup>34</sup> Das Remunervationsverbot gilt auch für die Eizellspende. Die Kosten der Eizellentnahme und einer allfälligen Nachbehandlung der Spenderin sind vom Remunervationsverbot des § 16 Abs. 1 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015 freilich nicht erfasst. Diese Kosten können folglich auf die Rezipientin der Eizelle überwält werden.

Neben der Vermittlung von Samen, Eizellen und entwicklungsfähigen Zellen verbietet das FMedG auch die „Werbung für die Überlassung oder Vermittlung von Samen, Eizellen oder entwicklungsfähigen Zellen.“<sup>35</sup>

### c) Heterologer Embryotransfer nach „Embryonenspende“

Zwar gestattet der Gesetzgeber die kumulative Anwendung von Eispende und Samenspende, wenn beides medizinisch indiziert ist (paradigmatisch: die Wunschmutter leidet an Gonadendysgenesie, der Wunschvater an impotentia generandi), die „Spende“ eines schon vorhandenen, weil im Zuge einer IVF planwidrig „übriggebliebenen“ Embryos an ein Paar, das mit einem „doppelten Handicap“ zu kämpfen hat, bleibt aber nach wie vor verboten. Die Unterscheidung zwischen einem noch nicht und einem schon vorhandenen Embryo ist freilich alles andere als nachvollziehbar und daher sachlich nicht zu rechtfertigen.<sup>36</sup> Das Verbot des heterologen Embryotransfer nach „Embryonenspende“ verstößt somit gegen den Gleichheitsgrundsatz der Bundesverfassung (Art. 7 B-VG).

### d) Das Einfrieren von Ei- und Samenzellen ohne medizinische Indikation

Samen, Eizellen sowie Hoden- und Eierstockgewebe dürfen „vorsorglich“ nur dann kryokonserviert werden, wenn „ein körperliches Leiden oder dessen dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung entsprechende Behandlung eine ernste Gefahr bewirkt, dass eine Schwangerschaft nicht mehr durch Geschlechtsverkehr herbeigeführt werden kann.“<sup>37</sup> Die Kryokonservierung von reproduktiven Zellen ist nach dieser Regelung nur erlaubt, wenn eine medizinische Indikation für die spätere Verwendung dieser Zellen vorliegt; etwa im Fall einer Krebserkrankung, die eine Strahlentherapie notwendig macht. Aus dieser Regelung folgt im Umkehrschluss das Verbot des sog. „social egg freezing“. Darunter versteht man das Einfrieren von Eizellen in jungen Jahren, um diese „jungen“ Eizellen für eine Wunschschwangerschaft in einem späteren Lebensabschnitt zur Verfügung zu haben. Es ist mehr als fragwürdig,

<sup>27</sup> § 2 Abs. 3 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>28</sup> Siehe dazu genauer § 2 Abs. 2 Ziff. 1 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>29</sup> § 2 Abs. 2 Ziff. 2 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>30</sup> Fortpflanzungsmedizinengesetz-Novelle 2004, BGBl. I 2004/163.

<sup>31</sup> Siehe die amtlichen Erläuterungen zur Regierungsvorlage der Fortpflanzungsmedizin-gesetz-Novelle 2004 (BGBl. I 2004/163), 678 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates, 22. Gesetzgebungsperiode, 4.

<sup>32</sup> VfGH 10.12.2013 – G 16/2013-16, G 44/2013-44 –, EF-Z 2014, 66 = MedR 2014, 567 m. Problemstellung v. Bernat = RdM 2014, 65 m. Anm. v. Kopetzki.

<sup>33</sup> Siehe Wendehorst, iFamZ 2015, 4.

<sup>34</sup> § 16 Abs. 1 Satz 2 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>35</sup> § 16 Abs. 2 Satz 2 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>36</sup> Kritisch auch Wendehorst, iFamZ 2015, 4 (7).

<sup>37</sup> § 2b Abs. 1 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

ob sich das Verbot des sog. „social egg freezing“ noch als legitimer Eingriff in das von der Verfassung anerkannte Recht, die Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung in Anspruch zu nehmen,<sup>38</sup> begreifen lässt.<sup>39</sup> Ebenso fragwürdig ist das Verbot des vorsorglichen Einfrierens von Samenzellen ohne medizinische Indikation.

### e) Leihmutterschaft

Aus dem Subsidiaritätsprinzip wird auch das Verbot der sog. Leihmutterschaft abgeleitet: Da Leihmütter fähig sein müssen, eine Schwangerschaft auszutragen, verstößt der Reproduktionsmediziner gegen § 2 Abs. 2 Ziff. 1 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015, wenn er einer Frau einen Embryo überträgt, der aus den Keimzellen der Wunscheltern entstanden ist („full surrogacy“). Dieses Verbot gilt allerdings nur in Österreich. Daher stellt sich die Frage nach dem familienrechtlichen Status von Kindern, die von einem Österreicher und einer Österreicherin abstammen, aber von einer ausländischen Leihmutter im Ausland ausgetragen und geboren worden sind. Müssen die österreichischen Behörden die Entscheidung einer ausländischen Behörde anerkennen, die das von einer ausländischen Leihmutter geborene Kind seinen genetischen Eltern zuweist? Der österreichische VfGH hatte schon vor Verabschiedung des FMedRÄG 2015 entschieden, dass die Leihmutterschaft ungeachtet des im FMedG verankerten Verbots „nicht mit den Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung unvereinbar“ sei und dass ausländische Rechtsakte, die die Wunscheltern als Eltern im Rechtssinn des von einer Leihmutter geborenen Kindes ausweisen, grund-

sätzlich anerkennungsfähig seien.<sup>40</sup> Diese – im Einzelnen freilich heftig umstrittene – Rechtsauffassung<sup>41</sup> deckt sich im Kern mit der Rechtsauffassung des deutschen Bundesgerichtshofs.<sup>42</sup>

### Einwilligung und Aufklärung der Wunscheltern und Keimzellenspender

a) Der Arzt muss die Wunscheltern spätestens vierzehn Tage vor Behandlungsbeginn „in einer für medizinische Laien verständlichen Sprache“ über diverse mit dem Eingriff verbundene Umstände aufklären und beraten. Der Inhalt dieses Aufklärungs- und Beratungsgesprächs wird vom Gesetzgeber in sieben Punkten sehr genau umrissen. Unter anderem ist der Arzt nunmehr ausdrücklich auch dazu verpflichtet, die Wunscheltern über „die mit dem Eingriff zusammenhängenden Kosten einschließlich zu erwartender Folgekosten“ aufzuklären.<sup>43</sup> Des Weiteren hat der Arzt sowohl den Wunscheltern als auch den Keimzellenspendern „eine psychologische Beratung oder eine psychotherapeutische Betreuung vorzuschlagen und sie auf die Möglichkeit

hinzuweisen, andere unabhängige Beratungseinrichtungen zu konsultieren.“<sup>44</sup>

Keimzellenspender dürfen ihren Samen bzw. ihre Eizellen nur einer einzigen Krankenanstalt zur Verfügung stellen. Darauf müssen sie von der Krankenanstalt, der sie spenden, besonders hingewiesen werden.<sup>45</sup> Die Ratio dieser Bestimmung hängt mit § 14 Abs. 2 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015 zusammen. Nach § 14 Abs. 2 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015 dürfen Keimzellenspenden für höchstens drei Wunschelternpaare verwendet werden.

b) Die Wunscheltern müssen vor Behandlungsbeginn von einem Notar eingehend über die abstammungsrechtlichen Folgen ihrer Zustimmung zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung aufgeklärt werden. Bei verheirateten Wunscheltern gilt diese Regel allerdings nur bei Verwendung gespendeter Samen- oder Eizellen.<sup>46</sup> Im Kern geht es dabei um Zweierlei: Der Ehemann oder nichteheliche Lebensgefährte der Wunschmutter, der einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit Samen eines Spenders zustimmt, muss darüber aufgeklärt werden, dass er im Fall der Geburt eines Kindes an die Stelle des biologischen Vaters tritt und daher familien- und erbrechtlich so gestellt sein wird, als hätte er das Kind gezeugt.<sup>47</sup> Und die Wunschmutter, die dem Transfer eines aus einer gespendeten Eizelle gezeugten Embryos zustimmt, muss darüber aufgeklärt werden, dass sie – und nicht die Eizellspenderin – im Fall der Geburt eines Kindes von Rechts wegen die Mutter ist.<sup>48</sup>

c) Diese abstammungsrechtlichen Folgen treten bei Verwendung gespendeten Samens allerdings nur ein, wenn der Wunschvater der medizinisch unterstützten Fortpflanzung in Form eines Notariatsakts zugestimmt hat.<sup>49</sup> Zum

<sup>38</sup> Zur Begründung dieses Rechts siehe EGMR (Große Kammer) 10.04.2007 (Appl. 6339/2005 – Evans gegen Vereinigtes Königreich), NJW 2008, 2013; EGMR (Große Kammer) 03.11.2011 (Appl. 57.813/2000 – S.H. et al. gegen Österreich), EF-Z 2012, 24 m. Anm. v. *Bernat*; vgl. *Bernat*, Über Umfang und Grenzen des Rechts auf Fortpflanzung/Der Fall Evans vor dem EGMR, EuGRZ 2006, 398 ff.

<sup>39</sup> Ebenso *Kopetzki*, „Social Egg Freezing“, RdM 2014, 309.

<sup>40</sup> VfGH 14.12.2011 – B 13/11-10 –, RdM 2012, 104 m. Anm. v. *Bernat* (Beschluss eines Gerichts des amerikanischen Gliedstaates Georgia); VfGH 11.10.2012 – B 99/12 –, RdM 2013, 38 m. Anm. v. *Bernat* (Eintragung im ukrainischen Geburtenbuch); vgl. zum Problemkreis der Anerkennungsfähigkeit ausländischer Abstammungsentscheidungen jetzt auch OGH 27.11.2014 – 2 Ob 238/13 h –, iFamZ 2015, 86.

<sup>41</sup> Vgl. *Lurger*, Das österreichische IPR bei Leihmutterschaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterschaftsverbot, IPRax 2013, 282 ff.; *Herndl*, Die Abstammung des Kindes einer Leihmutter und ihre Auswirkungen im internationalen Erbrecht, NZ 2014, 253 ff.; *Aspöck*, Anerkennung der Leihmutterschaft in Österreich?, Zak 2013, 371 ff.; *Heiderhoff*, Rechtliche Abstammung im Ausland geborener Leihmütterkinder, NJW 2014, 2673 (2678 Fn. 37).

<sup>42</sup> BGH 10.12.2014 – XII ZB 463/13 –, NZFam 2015, 112 m. Anm. v. *Zwißler* = NJW 2015, 479 m. Anm. v. *Heiderhoff* = FamRZ 2015, 240. Zu dieser Entscheidung auch *Suhr*, Ausländische Leihmutterschaft: Eintragung homosexueller Lebenspartner als rechtliche Eltern in das Geburtenregister, Der Gynäkologe 48 (2015) 473 ff.

<sup>43</sup> § 7 Abs. 1 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>44</sup> § 7 Abs. 2 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>45</sup> § 14 Abs. 1 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>46</sup> § 7 Abs. 4 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>47</sup> § 148 Abs. 3, § 152 ABGB; für die eingetragene Partnerin oder Lebensgefährtin der Wunschmutter gilt das entsprechend, § 144 Abs. 2 i. V. m. § 144 Abs. 3 ABGB; siehe dazu schon oben im Fließtext bei Fn. 3 ff.

<sup>48</sup> § 143 ABGB.

<sup>49</sup> Siehe nochmals FN 47.

Zeitpunkt der künstlichen Insemination in vivo bzw. des Embryotransfers darf die Zustimmungserklärung der Wunscheltern nicht älter als zwei Jahre sein.<sup>50</sup> Sie darf von jedem Wunschelternteil bis zur Vornahme der künstlichen Insemination in vivo bzw. des Embryotransfers gegenüber dem Arzt ohne Angabe von Gründen formfrei widerrufen werden.<sup>51</sup>

d) Die Krankenanstalt, die für die Durchführung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit Spendersamen zugelassen ist, darf den Samen eines Spenders nur verwenden, wenn sich dieser schriftlich (§ 886 ABGB) damit einverstanden erklärt, dass jedem mit seinem Samen gezeugten Kind ab Vollendung des 14. Lebensjahres auf Verlangen Einsicht in die Spenderdokumentation gewährt und daraus Auskunft erteilt wird.<sup>52</sup> Hat das Kind entsprechend Auskunft bekommen, kann es mit seinem leiblichen Vater in Kontakt treten. Abstammungsrechtlich bleibt es freilich auch dann, wenn es von diesem Recht Gebrauch macht, jenem Mann zugeordnet, der der Verwendung des gespendeten Samens in Notariatsaktsform zugestimmt hat.

Das soeben Gesagte gilt im Fall des heterologen Embryotransfers nach Eispende entsprechend: Eispenderin und Kind sind rechtlich nicht miteinander verwandt, das Kind hat aber ab Vollendung des 14. Lebensjahres das Recht, in Erfahrung zu bringen, wer seine genetische Mutter ist, und kann nach Erhalt der entsprechenden Information mit ihr in Kontakt treten.

## Änderungen im IVF-Fonds-Gesetz 1999

In Österreich trägt der IVF-Fonds 70 % der Kosten der IVF (nicht aber der künstlichen Insemination in vivo), wenn diese in Vertragskrankenanstalten durchgeführt wird und die Behandlung aufgrund von Sterilität der Frau oder des Mannes

indiziert ist.<sup>53</sup> Den Wunscheltern werden 70 % der Kosten von bis zu vier Versuchen ersetzt. Sofern einer dieser Versuche zu einer Schwangerschaft führt, besteht ab diesem Versuch ein Anspruch auf Kostentragung für vier weitere Versuche.<sup>54</sup> Anspruchsvoraussetzung ist unter anderem, dass zum Zeitpunkt des Beginns einer IVF die Wunschmutter das 40. Lebensjahr und der Wunschvater das 50. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.<sup>55</sup> Diese Regelung gilt ab Inkrafttreten des FMedRÄG 2015 entsprechend für lesbische Paare mit Kinderwunsch, sofern die Frau, bei der die Schwangerschaft herbeigeführt werden soll, an Sterilität leidet. Sie darf das 40., ihre eingetragene Partnerin oder Lebensgefährtin das 50. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.<sup>56</sup>

## Korrespondenzadresse



**Prof. Dr. iur. E. Bernat**  
 Institut für Zivilrecht,  
 Ausländisches und  
 Internationales Privatrecht,  
 Karl-Franzens-Universität  
 Graz  
 Universitätsstraße 15/D4,  
 8010 Graz, Österreich  
 erwin.bernat@uni-graz.at

## Einhaltung ethischer Richtlinien

**Interessenkonflikt.** E. Bernat gibt an, dass kein Interessenkonflikt besteht.

Dieser Beitrag beinhaltet keine Studien an Menschen oder Tieren.

**Open Access.** Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

<sup>53</sup> Siehe dazu § 1, § 2 Abs. 2 IVF-Fonds-Gesetz, BGBl. I 1999/180, i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>54</sup> § 4 Abs. 2 IVF-Fonds-Gesetz i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>55</sup> § 4 Abs. 4 Ziff. 1 IVF-Fonds-Gesetz i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>56</sup> Siehe nochmals § 4 Abs. 4 Ziff. 1 IVF-Fonds-Gesetz i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>50</sup> § 8 Abs. 5 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>51</sup> § 8 Abs. 4 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

<sup>52</sup> § 13 Abs. 1 i. V. m. § 20 Abs. 2 FMedG i.d.F. FMedRÄG 2015.

## Folsäure-Anreicherung kann angeborene Fehlbildungen deutlich senken

Auf 10.000 Schwangerschaften kommen in Europa etwa 9 FÄlle mit Neuralrohrdefekten. Allein in Deutschland gibt es schätzungsweise bis zu 1.000 Fälle pro Jahr. Als Grund nennen Wissenschaftler die noch immer unzureichende Folatversorgung werdender Mütter. Wenigstens die Hälfte aller Neuralrohrdefekte ließe sich durch eine ausreichende Versorgung mit dem B-Vitamin Folat (Folsäure) verhindern. Die Kombination aus gesunder Ernährung, Einnahme von Folsäure-Präparaten bei Frauen mit Kinderwunsch und Verwendung von mit Folsäure angereicherten Grundnahrungsmitteln, wie z.B. bestimmte Speisesalze, kann die Versorgung effektiv verbessern, erläutert Prof. Dr. Berthold Koletzko, Sprecher des Arbeitskreises Folsäure & Gesundheit (AKF).

Wissenschaftler sprechen mit Blick auf Europa von einer Epidemie verglichen mit Ländern wie den USA, wo einige Mehlsorten obligatorisch mit Folsäure angereichert werden. Neuralrohrdefekte treten dort nur etwa halb so häufig auf. Die Fehlbildungen entstehen, wenn sich das embryonale Neuralrohr im Frühstadium, zwischen dem 22. und 28. Tag einer Schwangerschaft, nicht richtig schließt. Die beiden Hauptformen sind Spina bifida („offener Rücken“) und Anenzephalie, bei der große Teile des Gehirns fehlen.

Schon Frauen, die schwanger werden wollen, sollten täglich ein Folsäure-Präparat mit mindestens 400 µg Folsäure einnehmen. Koletzko zufolge wird diese Empfehlung jedoch nach wie vor nur unzureichend umgesetzt.

Die Sicherheit von Folsäure wurde darüber hinaus in groß angelegten kontrollierten Studien bestätigt, zum Teil mit sehr hoher Dosierung von 2,5 mg Folsäure pro Tag. Negative Effekte wurden nicht beobachtet, das Krebsrisiko blieb unverändert. Insgesamt kann die angestrebte höhere Versorgung der Bevölkerung mit Folsäure auch über geeignete, angereicherte Grundnahrungsmittel für alle Altersgruppen als unbedenklich gelten.

**Quelle: Arbeitskreis Foläure & Gesundheit, [www.ak-folsaeure.de](http://www.ak-folsaeure.de)**