



JOHANNES KEPLER
UNIVERSITÄT LINZ | JKU

MedAk

Medizinische
Fortbildungs-
Akademie OÖ

Ärztchammer
für Oberösterreich

MASTER THESIS

ZUR ERLANGUNG DES AKADEMISCHEN GRADES
PROFESSIONAL MASTER OF LAW (MEDICAL LAW) – P.LLM

DER EXTRAKORPORALE EMBRYO IM
ÖSTERREICHISCHEN UND DEUTSCHEN RECHT

EINGEREICHT VON:
DR. RAINER KOTZMANN

BETREUER:
ASS.-PROF. MAG. DR. MICHAEL MAYRHOFER

DER EXTRAKORPORALE EMBRYO IM
ÖSTERREICHISCHEN UND DEUTSCHEN RECHT

Dr. Rainer Kotzmann

Erklärung

Ich erkläre an Eides statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt bzw. die wörtlich oder sinngemäß entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe. Die vorliegende Arbeit ist mit dem elektronisch übermittelten Textdokument identisch.

Linz, August 2012

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Dr. Kaius Klu', is positioned to the right of the date.

Zur leichteren Lesbarkeit wurde die männliche Form personenbezogener Hauptwörter gewählt. Frauen und Männer werden jedoch mit den Texten gleichermaßen angesprochen.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	11
I GRUNDLAGEN	13
1 Historischer Rückblick	14
1.1 Die Entwicklung der assistierten Reproduktion.....	14
1.1.1 Die Anfänge der künstlichen Befruchtung beim Menschen	15
1.1.2 Von der Insemination zur ICSI	16
1.2 Bevölkerungsentwicklung in Mitteleuropa.....	17
1.2.1 Demographische Daten für Österreich	18
1.2.2 Demographische Daten für Deutschland.....	18
2 Technische Verfahren	20
2.1 Verfahren zur Eizell- und Spermengewinnung	20
2.2 Verfahren zur in-vitro Befruchtung.....	20
2.3 Verfahren zur Kryokonservierung.....	21
2.4 Verfahren der Präimplantationsdiagnostik	22
II RECHTSVERGLEICH.....	25
1 Historischer Rückblick	26
1.1 Entwicklung der Gesetze in Österreich.....	26
1.2 Entwicklung der Gesetze in Deutschland	27
2 Spezifische Regelungen	29
2.1 Anwendung reproduktionstechnischer Maßnahmen.....	31
2.1.1 Zulässigkeit.....	31
2.1.2 Administrative Voraussetzungen	37
2.2 Erzeugung von extrakorporalen Embryonen	37
2.3 Transfer von extrakorporalen Embryonen	38
2.4 Umgang mit überzähligen Embryonen	42
2.5 Kryokonservierung von extrakorporalen Embryonen.....	43
2.6 Überlassung von Embryonen.....	45
2.6.1 Europarechtliche Sichtweise.....	45
2.6.2 Warenverkehrsfreiheit.....	45
2.6.3 Dienstleistungsfreiheit	47
2.7 Präimplantationsdiagnostik.....	48
2.7.1 PGD in Österreich	50
2.7.2 PGD in Deutschland	50
2.8 Klonen und Stammzellforschung.....	55

2.8.1 Reproduktives Klonen	56
2.8.2 Therapeutisches Klonen	57
3 Strafsanktionen.....	59
3.1 Strafrecht als ultima ratio	59
3.2 Verwaltungsrecht.....	59
III ZUSAMMENFASSUNG.....	61

Abkürzungsverzeichnis

AB	Ausschußbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
A(E)	Selbstständiger Entschließungsantrag
APA	Austria Presse Agentur
APA-OTS	Austria Presse Agentur Orginaltext Service GmbH
ART	Assisted reproductive technology
BÄK	Bundesärztekammer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKA	Bundeskanzleramt
BlgNR	Beilage(-n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
CNR	Cell nuclear replacement
d	deutsch (vor einer anderen Abkürzung)
dh	das heißt
DIR	Deutsches IVF-Register
DNA	Deoxyribonucleic acid
Dtsch Arztebl	Deutsches Ärzteblatt
Dtsch Arztebl PP	Deutsches Ärzteblatt für Psychologische Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EPG	Eingetragene Partnerschaft-Gesetz
Erläut	Erläuterung, -en
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ESchG	Embryonenschutzgesetz
eSET	elektiver single embryo transfer
et al	et alii
EU	Europäische Union
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FISH	Fluoreszenz in situ Hybridisierung

FMedG	Fortpflanzungsmedizingesetz
FMedGNov	Fortpflanzungsmedizingesetznovelle
GenDG	Gendiagnostikgesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GIFT	Gamete intrafallopian transfer
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GnRH	Gonadotropin releasing hormone
GSG	Gewebesicherheitsgesetz
GTG	Gentechnikgesetz
GVO	Gentechnisch veränderter Organismus
hES	Humane embryonale Stammzellen
ICSI	Intrazytoplasmatische Spermieninjektion
ieS	im engeren Sinn
IMSI	Intrazytoplasmatische morphologisch selektierte Spermieninjektion
iSd	im Sinne des/der
iSv	im Sinne von
IUI	Intrauterine Insemination
IVF	In-vitro-Fertilisation
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
JGS	Justizgesetzsammlung
KAP	Katholische Presseagentur Österreich
KG	Kammergericht
KindRVerbG	Kinderrechteverbesserungsgesetz
KK	kaiserlich-königlich
LG	Landgericht
MBO-Ä	(Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte
ME	Ministerialentwurf
MedR	Medizinrecht
MESA	Microsurgical epididymal sperm aspiration
MIST	Microinsemination sperm transfer
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nr	Nummer
ÖBIG	Gesundheit Österreich GmbH
og	oben genannt
ÖGGG	Österreichische Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe
OGH	Oberster Gerichtshof

OHSS	Ovarian hyperstimulation syndrome
PCO	Polyzystisches Ovar-Syndrom
PCR	Polymerase chain reaction
PEP	Primer extension preamplifikation
PICSI	Physiologische intrazytoplasmatische Spermieninjektion
PID	Präimplantationsdiagnostik
PGD	Preimplantation genetic diagnosis
PKD	Polkörperdiagnostik
PN	Pronukleus
PND	Pränataldiagnostik
PräimpG	Präimplantationsdiagnostikgesetz dBGBI 2011/58, 2228
PZD	Partial zona dissection
RGBI	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
SchKG	Schwangerschaftskonfliktgesetz
SCNT	Somatic cell nuclear transfer
SET	Single embryo transfer
SFHÄndG	Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz
SFHG	Schwangeren- und Familienhilfegesetz
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg	Sammlung
SPUC	Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd
SSW	Schwangerschaftswoche
StÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StGG	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger RGBI 1867/142
StZG	Stammzellgesetz
SUZI	Subzonal insemination
TESE	Testicular sperm extraction
ua	und andere
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
zB	zum Beispiel
ZTR	Zeitschrift für Energie- und Technikrecht

Vorwort

Gegenstand der Betrachtungen vorliegender Master-These ist der extrakorporale Embryo und seine Einordnung in das österreichische und deutsche Rechts-System. Der Vergleich der aktuell geltenden Rechtslage in zwei Nachbarländern mit ähnlichen politischen Systemen, ethischen Vorstellungen und religiösen Ansichten lohnt allein deswegen, weil aufgrund der unterschiedlichen Rechtsentwicklung ein sehr junger Teil der Gesetzgebung zu teilweise stark voneinander abweichenden Ergebnissen geführt hat. In beiden Ländern wurden die ersten Schritte einer normativen Kontrolle der Reproduktionsmedizin Anfang der 1990er-Jahre unternommen, begleitet jeweils von erhöhter medialer Aufmerksamkeit und den Bemühungen um interdisziplinäre Expertisen. Es mussten Grundsatzfragen geklärt werden, wie beispielsweise der Zeitpunkt des Beginns menschlichen Lebens und in diesem Zuge auch der Schutz ungeborenen Lebens, insbesondere im Lichte des bereits bestehenden Abtreibungsrechtes. Bislang festgeschriebene Prinzipien des Zivilrechts wurden umgestoßen und mussten neu betrachtet werden: es gab im Abstammungsrecht plötzlich die Möglichkeit einer gespaltenen Mutterschaft. Wie sollte mit Unterhaltsverpflichtungen bei Samenspende umgegangen werden? Welche von den unbeschränkt wirkenden Möglichkeiten der Biomedizin sollten erlaubt, welche verboten werden? Wie würde die noch gar nicht abschätzbare Weiterentwicklung dieser jungen Wissenschaft aussehen? Es war also die schwierige Aufgabe zu lösen, ein vollkommen neues Gebiet in die bestehende Rechtslage so einzubinden, dass es dadurch nicht zu Widersprüchen mit bislang geltenden Regelungen kam und gleichzeitig eine große Akzeptanz bei allen Normadressaten gegeben war, ohne dabei ethische Prinzipien grob zu verletzen. Die Diskussion über einen Fachbereich mit derart vielfältigen Aspekten juristischer, wissenschaftlicher und ethischer sowie religiöser Natur führt naturgemäß zu großen Gegensätzen. Welchen Weg der Gesetzgeber zwischen den äußersten Extremen genommen hat, wird auf den folgenden Seiten abgehandelt. In weiterer Folge war die Legislative auch an übergeordnete Systeme gebunden, wobei die Vorgaben für Europa minimal ausgefallen sind und selbst die EMRK nicht auf Methoden der assistierten Reproduktion eingeht. Einzig im Menschenrechtsübereinkommen des Europarats zur Biomedizin und im entsprechenden Zusatzprotokoll über das Verbot (reproduktiven) Klonens von menschlichen Lebewesen werden grobe Umrisslinien der in Mitteleuropa zumeist viel strenger ausgestalteten Verbote gegeben.

Aufgrund ständig neuer Entwicklungen in der Reproduktionstechnik waren seit Beginn der rechtlichen Regelung einige Novellierungen der Gesetze erforderlich, die in Österreich zum Beispiel der sinnvolleren Begrenzung der Aufbewahrungsfrist

Rechnung trugen oder in Deutschland zuletzt die Möglichkeit der Durchführung von Präimplantationsdiagnostik ermöglichten.

Weitere Entwicklungen – wie zum Beispiel die Überlegungen zur Aufhebung des Verbots der Eizellspende in Österreich, welches zuletzt allerdings in einem richtungsweisenden Urteil des EGMR als zulässig erklärt wurde – werden abzuwarten sein.

I Grundlagen

Als vor mittlerweile über 30 Jahren – am 25.07.1978 – Louise Brown als das erste „Retortenbaby“ in England zur Welt kam¹, ahnte noch niemand, welcher rasanten Fortschritt die Wissenschaft der assistierten Reproduktion bis zum heutigen Tage machen würde.

Österreich gehörte damals auf diesem Gebiet schon zu den führenden Ländern der Erde, schließlich wurde nur knapp vier Jahre später Zlatan Jovanović – das erste hierzulande mittels IVF gezeugte Kind – geboren. Dies machte Österreich zum weltweit vierten Staat, in dem eine künstliche Befruchtung zu einer Schwangerschaft und der Geburt eines gesunden Säuglings geführt hatte und die daran beteiligten Reproduktionsmediziner zu namhaften Experten² bis zum heutigen Tag.

Forschung und Anwendung geschahen damals noch weitestgehend ohne eine im Hintergrund stehende gesetzliche Regelung. Eine solche entwickelte sich erst viele Jahre später vor allem unter dem Druck zunehmender Kritik an den zahlreichen Möglichkeiten medizinischer Technologien und der daraus entstehenden ethischen Kontroverse.

¹) *Steptoe/Edwards*, Birth after the reimplantation of a human embryo, *Lancet* 312 (1978) 366.

²) *Feichtinger et al*, Human in vitro fertilisation and embryotransfer: first results at the 2nd department of obstetrics and gynaecology, University of Vienna, *Geburtshilfe Frauenheilk* 41 (1981) 482.

1 Historischer Rückblick

1.1 Die Entwicklung der assistierten Reproduktion

Die ersten, allerdings erfolglosen Versuche auf dem Experimentierfeld der künstlichen Befruchtung fanden bereits im siebzehnten Jahrhundert statt, bevor der Detmolder Ludwig Jacobi 1767 seine Erfolge mit der künstlichen Befruchtung von Fischen veröffentlichte. Zu Ende des achtzehnten Jahrhunderts unternahm der Priester und Naturforscher Lazzaro Spallanzani erste erfolgreiche Versuche bei der Befruchtung einer Hündin³. Knapp 100 Jahre später – 1878 – war es ausgerechnet ein Österreicher, der die Grundlagen zur in-vitro-Fertilisation legte. Samuel Schenk arbeitete damals mit Eizellen von Kaninchen und Meerschweinchen⁴, auch wenn die Intention seiner Versuche mehr embryologischer Wissensdrang war. Es gelang ihm, die ersten Entwicklungsphasen der befruchteten Eizelle zu beobachten. Obwohl Schenk der erste war, dem die extrakorporale Befruchtung von Säugetiereizellen gelang, beschrieb er seine Versuche nicht als wegweisende neue Entwicklung und sie riefen auch kaum Resonanz hervor.

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts schließlich gelang Gregory Pincus, der später als einer der Väter der Antibabypille zu Weltruhm gelangen sollte, der Durchbruch: Samen und Eizellen von Kaninchen, die im Reagenzglas befruchtet worden waren, wurden einem Tier erfolgreich wieder eingesetzt, das danach Junge warf. Pincus und Enzmann hatten dem Samenleiter eines Kaninchenbocks Spermata entnommen und für zwanzig Minuten mit Eizellen zusammengebracht. Die Eizellen nahmen sie mit einer feinen Pipette auf und transferierten sie mit einer Lösung in den Eileiter eines Kaninchenweibchens, welches durch die Begattung eines sterilen Bocks in eine Scheinschwangerschaft versetzt worden war. Sie schlossen mögliche Einwände wie die unzureichende Sterilisierung des Kaninchenbocks, mit dem die Ovulation ausgelöst worden war, aus und schrieben: „We believe, therefore, that this is the first certain demonstration that mammalian eggs can be fertilized in vitro.“⁵ Dieser Satz wurde umgehend in der New

³) *Spallanzani*, Fecondazione artificiale di una cagna, Opuscoli scelti sulle scienze e sulle arti tratti dagli atti delle accademie, e dalle altri collezioni filosofiche et letterarie, dalle opere piu recenti inglesi, tedesche, francesi, latine e italiane e da manoscritti originali e inediti 4 (1781) 279.

⁴) *Schenk*, Das Säugethierei künstlich befruchtet außerhalb des Mutterleibes, Mitteilungen des Embryologischen Institutes der KK Universität Wien 1 (1878) 107.

⁵) *Pincus/Enzmann*, Can mammalian eggs undergo normal development in vitro?, Proc Natl Acad Sci U S A 20 (1934) 121.

York Times zitiert, die von nun an mehrfach über die Versuche der Physiologen an der Universität Harvard berichtete.⁶

Angeregt durch diese Erfolge wurde alsbald das gewonnene Wissen in Versuchen zur in-vitro-Fertilisation am Menschen eingesetzt. Bis sich in diesem Bereich ein Erfolg abzeichnete, sollte es aber noch ein langer Weg sein.

1.1.1 Die Anfänge der künstlichen Befruchtung beim Menschen

Es wird berichtet, dass der Anatom und Chirurg John Hunter bereits 1776 die erste künstliche Insemination einer Frau durch ihren Ehemann angeleitet haben soll.

Später – um 1870 – setzten sich in der in den 1820er-Jahren entstandenen Gynäkologie als der Wissenschaft vom Weibe zunehmend chirurgische Verfahren durch, zeitgleich avancierte aber auch die Sterilitätsbehandlung zu einem Spezialgebiet der Gynäkologie. Gegenstand dieser „Sterilitätslehre“ war die weibliche Fruchtbarkeit, ihre Kontrolle und medizinische Behandlung.⁷ Die Idee, menschliche Eizellen ausserhalb des Körpers zu befruchten, wurde konkretisiert und erweitert im Gespräch zwischen John Rock, Gregory Pincus und Arthur Hertig, einem gynäkologischen Pathologen. Diese drei Forscher entwarfen ein Projekt, das 1938 unter der Leitung von Rock am Free Hospital⁸ begann und später als „Egg Hunt“ oder „Egg Chase“ bezeichnet wurde. Es basierte auf Eizellen von Patientinnen, denen im Free Hospital die Gebärmutter, die Eileiter oder die Eierstöcke chirurgisch entfernt worden waren.

Als Rock im März 1938 eine Laborangestellte für die Experimente mit menschlichen Eizellen suchte, bewarb sich Miriam Menkin, eine frühere Laborassistentin von Gregory Pincus. Sie war es schließlich auch, die nach vielen Jahren relativ entmutigender Forschungsergebnisse Anfang 1944 die erste ausserhalb des menschlichen Körpers befruchtete Eizelle unter dem Mikroskop betrachten konnte. Und selbst dies wurde nur möglich durch eine rein zufällige Variation eines sonst streng festgelegten Verfahrens.

⁶) *Kaempffert*, Rabbits born in glass, Haldane – Huxley fantasy made real by Harvard biologists, New York Times, 13.05.1934, 6.

⁷) *Pincus*, Wichtige Fragen zur Sterilitätslehre, Archives of Gynecology and Obstetrics 82 (1907) 188.

⁸) Gemeint ist das Brookline Free Hospital for Women, an dem J. Rock eine Infertility Clinic eingerichtet hatte. Als gläubiger Katholik war er überzeugt, dass die Erfüllung einer Ehe in der Geburt von Kindern bestehe. Zugleich engagierte er sich aber auch in der Geburtenkontrolle, obwohl es in Massachusetts zu diesem Zeitpunkt nicht legal war „contraceptive advice“ zu erteilen. Hier sammelte er Erfahrungen mit dem Zyklus von Frauen, die in das Forschungsprojekt eingingen.

Die Entwicklung der IVF war also kein zielgerichteter Prozess, dessen erste Versuche das Ergebnis vorwegnahmen. Indem die Experimente durch die verschiedenen sozialen Welten der landwirtschaftlichen Anwendungsforschung, der Physiologie in Harvard und der gynäkologischen Klinik manövriert wurden, verschoben sich die experimentellen Praktiken und Versuchsobjekte, die theoretischen Konzepte sowie die mit den Versuchen verbundenen Anwendungsperspektiven. In dieser heterogenen Kooperation, vermittelt über die „unscharfen Begriffe“ der „artificial insemination“ oder „fertilization“, entwickelte sich der Forschungsgegenstand der In-vitro-Fertilisation, ohne dass es dazu der Steuerung durch eine handlungsleitende Idee bedurft hätte.⁹

1.1.2 Von der Insemination zur ICSI

Als mit Ende der 1970er-Jahre die IVF rasch weltweite Verbreitung fand, wurde dennoch bald deutlich, dass sich mittels konventioneller IVF bei männlich bedingter Sterilität prozentual nur sehr viel weniger Eizellen fertilisieren ließen.¹⁰ Es wurden dann verschiedene Techniken in die assistierte Reproduktion eingeführt, um die Wahrscheinlichkeit der Fertilisierung in vitro zu steigern. Dazu gehörten die „partial zona dissection“ (PZD) und die „subzonal insemination“ (SUZI) – ursprünglich auch als „microinsemination sperm transfer“ (MIST) bezeichnet.¹¹

Bereits 1988 konnten Lanzendorf et al zeigen, dass eine Fertilisierung mittels ICSI prinzipiell möglich war. Bei 5 von 11 Paaren konnte eine Vorkernbildung nach Mikroinjektion von Spermien beobachtet werden.¹² Schließlich konnte Gianpiero Palermo, zu der Zeit Gast im Labor der freien flämischen Universität in Brüssel in der Arbeitsgruppe um Van Steirteghem, gemeinsam mit Hubert Joris, einem medizinisch-technischen Assistenten, 1992 in mehreren Fällen durch ICSI Fertilisierungen und embryonale Entwicklungen erzielen. Die ersten Schwangerschaften und Geburten wurden berichtet.¹³ Somit war die intrazytoplasmatische Spermieninjektion sicherlich

⁹⁾ Schreiber, Natürlich künstliche Befruchtung? Eine Geschichte der In-vitro-Fertilisation von 1878 bis 1950 (2007) 263.

¹⁰⁾ Tournaye/Devroey/Camus et al, Comparison of in-vitro fertilization in male and tubal infertility: a 3 year survey, Hum Reprod 7 (1992) 218.

¹¹⁾ Ng/Sathanathan/Bongso et al, Subzonal transfer of multiple sperm (MIST) into early human embryos, Mol Reprod Dev 26 (1990) 253.

¹²⁾ Lanzendorf/Maloney/Veek et al, A preclinical evaluation of pronuclear formation by microinjection of human spermatozoa into human oocytes, Fertil Steril 49 (1988) 835.

¹³⁾ Palermo/Joris/Devroey/Van Steirteghem, Pregnancies after intracytoplasmic injection of single spermatozoon into an oocyte, Lancet 340 (1992) 17.

die wichtigste Innovation der vergangenen 20 Jahre im Bereich der assistierten Reproduktion.¹⁴

1.2 Bevölkerungsentwicklung in Mitteleuropa

In den letzten hundert Jahren hat sich durch eine starke Wandlung sozialer Gegebenheiten industrialisierter Länder eine drastische Veränderung der Bevölkerungssituation ergeben. Eine Steigerung der Lebenserwartung und damit die Zunahme alter Menschen ist einhergegangen mit einer Abnahme der Geburtenrate und ihrem Verbleib auf einem niedrigen Niveau. Diese Tendenz ist nicht neu, denn in den meisten EU-Ländern blieb die Nachkommenschaft der Nachkriegsgenerationen unter dem Bestanderhaltungsniveau. Neu daran sind hingegen das Tempo des Rückgangs und der dauerhafte Verbleib auf einem niedrigen Fertilitätsniveau.

In ganz Europa haben Frauen eine neue Rolle in Wirtschaft und Gesellschaft übernommen. Auf europäischer Ebene wird der Anteil der Frauen an der erwerbstätigen Bevölkerung voraussichtlich weiter steigen. Dennoch haben Frauen weiterhin Probleme, vor allem mit dem gleichberechtigten Zugang zum Arbeitsmarkt und mit der Vereinbarkeit von Beruf und Familie. Es wird seltener geheiratet und häufig erst in einer späteren Phase des Lebens. In Kombination mit den niedrigen Fertilitätsraten bedeutet dies ein Abgehen vom Familienbild des verheirateten Paares mit Kindern. Die Zahl der kleineren und sich häufiger verändernden Haushalte steigt kontinuierlich.¹⁵

Die Verlangsamung des Bevölkerungswachstums in den EU-27 lässt sich teilweise darauf zurückführen, dass die Menschen im Allgemeinen weniger Kinder bekommen.¹⁶ So sind die Fruchtbarkeitsziffern¹⁷ in der EU in den letzten Jahrzehnten gesunken. Es wird davon ausgegangen, dass das Reproduktionsniveau bei einer Gesamtfruchtbarkeitsziffer von rund 2,1 Kindern je Frau gewährleistet ist. Diese durchschnittliche Kinderzahl je Frau ist also erforderlich, um bei der theoretischen Annahme einer Nullmigration die natürliche Bevölkerung langfristig stabil zu halten. Die Gesamtfruchtbarkeitsziffer in

¹⁴⁾ Ludwig/Diedrich, Zehn Jahre ICSI, Gynäkologische Endokrinologie 1 (2003) 35.

¹⁵⁾ Bagavos/Martin, Sinkende Geburtenraten, Familienstrukturen und politische Reaktionen (2001).

¹⁶⁾ Europe in figures – Eurostat yearbook 2011 (2011) 123.

¹⁷⁾ Die (allgemeine) Fruchtbarkeitsziffer (Fertilitätsrate) wird als Quotient aus der Anzahl der in einem Kalenderjahr (in einer Bevölkerung) Lebendgeborenen geteilt durch den Anfangsbestand fertiler Frauen (15 - <45 J) am Jahresanfang (oder die mittlere Anzahl) errechnet und in der Maßeinheit pro 1000 dargestellt. Die altersspezifische Fruchtbarkeitsrate (Fertilitätsrate) weist diese Proportion für jeweils eine spezielle 1-Jahres-Altersgruppe von Frauen (und deren Lebendgeborene) aus.

den EU-27 ging von fast 2,6 in der ersten Hälfte der 1960er-Jahre auf etwa 1,4 im Zeitraum 1995 bis 2005 zurück. Während die Fruchtbarkeitsziffern bei Frauen unter 30 Jahren seit den 1970er-Jahren gesunken sind, haben sie sich bei den Frauen im Alter von 30 Jahren und darüber seit den 1980er-Jahren erhöht. Somit dürfte der Rückgang der Fruchtbarkeitsziffer zum Teil eine Folge des Geburtenaufschubs sein.¹⁸

1.2.1 Demographische Daten für Österreich

Auch in Österreich ist dieser Trend bemerkbar. Lag das durchschnittliche Gebäralter beim ersten Kind im Jahr 1984 noch bei 23,8 Jahren, so ist es 2010 bereits auf 28,5 Jahre angestiegen.¹⁹ Auch die Gesamtfertilitätsrate liegt aktuell bei 1,44 – die der Inländerinnen gar nur bei 1,33²⁰ und damit zwar höher als zu Zeiten des Tiefstandes im Jahr 2001²¹, dennoch deutlich unter dem Wert Anfang der 90er-Jahre in der Zeit des „Mini-Baby-Booms“. So wurde 1991 und 1992 eine Fertilitätsrate von 1,51 errechnet.²²

Hingegen wurden im vergangenen Jahrzehnt von den österreichischen IVF-Zentren stetig steigende Zahlen an Versuchen künstlicher Befruchtung²³ registriert, 2011 waren es beispielsweise 7.042 Versuche von 5.023 Paaren, wobei aber ein beträchtlicher Teil der Behandlungen, nämlich insgesamt 1.651, in der Altersklasse der über 35-jährigen Frauen lag.²⁴ Damit nimmt die Gruppe der über 35-jährigen den zweiten Platz in der Verteilung ein. Die höchste Schwangerschaftsrate pro Follikelpunktion liegt aber in den Altersklassen darunter, so etwa bei 36,8% in jener der bis 25-Jährigen, während sie bei den 36- bis 40-Jährigen bereits auf 24,5% absinkt.²⁵

1.2.2 Demographische Daten für Deutschland

Ein ähnliches Bild zeichnet sich bei den Nachbarn in Deutschland. Mit Ausnahme stärkerer Schwankungen in den Neuen Ländern (ehemaliges DDR-Staatsgebiet) – einerseits eines Anstieges in den 1970er- und 80er-Jahren, bedingt durch staatliche Förderung, andererseits eines Einbruchs unmittelbar nach der Wende, bedingt durch

¹⁸⁾ Eurostat Jahrbuch 2009 (2009) 149.

¹⁹⁾ Demographisches Jahrbuch 2010 (2011) 172.

²⁰⁾ Demographisches Jahrbuch 26.

²¹⁾ Demographisches Jahrbuch 171.

²²⁾ Demographisches Jahrbuch 170.

²³⁾ IVF-Register Jahresbericht 2011 (2012) 21.

²⁴⁾ IVF-Register Jahresbericht 3.

²⁵⁾ IVF-Register Jahresbericht 14.

massive Abwanderung – liegt die Geburtenziffer in Gesamt-Deutschland seit etwa 3 Jahrzehnten bei 1,3 bis 1,4.²⁶

Wie abhängig die Inanspruchnahme reproduktionstechnologischer Methoden vom Zugang und der Vergütung der Leistungen ist, wird besonders in den Zahlen des Deutschen IVF-Registers (DIR) deutlich.²⁷ Seit dessen Gründung im Jahr 1982 ist es zunächst zu einem kontinuierlichen Anstieg der Behandlungszahlen gekommen, um im Jahr 2003 mit 105.854 Behandlungszyklen ein vorläufiges Maximum zu erreichen. Im Jahr darauf ist ein massiver Rückgang zu verzeichnen, bedingt durch eine Änderung des SGB (V. Buch)²⁸. Im Rahmen dieser Novellierung²⁹ wurde nicht nur eine Kürzung der Kostenübernahme durch die Gesetzliche Krankenversicherung (GKV) auf 50 vH eingeführt, sondern gleichzeitig eine Reduktion der unterstützten Behandlungszyklen von vier auf drei und eine Altersbeschränkung für Frauen auf das 40., für Männer auf das 50. Lebensjahr vorgesehen.

²⁶⁾ Datenreport 2011 – Ein Sozialbericht für die Bundesrepublik Deutschland (2011) 20 f.

²⁷⁾ D.I.R.-Jahrbuch 2010, Modifizierter Nachdruck aus J Reproduktionsmed Endokrinol 2011 14.

²⁸⁾ Art 1 Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen (Gesundheits-Reformgesetz – GRG), dBGBI I 1988/62, 2477.

²⁹⁾ Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG), dBGBI I 2003/55, 2190.

2 Technische Verfahren

„Mit einem fast schwindelerregenden Tempo“ habe sich die Fortpflanzungsmedizin entwickelt und „in Tabuzonen vorgewagt“, konstatierte der Göttinger Reproduktionsmediziner Hans Wilhelm Michelmann. Die Zeugung ebenso wie viele andere Entwicklungsschritte bis zur Geburt sind manipulierbar geworden – die Fortpflanzungstechniker haben die Natur überlistet.³⁰ Einen Überblick über die wichtigsten heutzutage angewendeten Techniken gibt folgende Zusammenstellung.

2.1 Verfahren zur Eizell- und Spermengewinnung

Während sich die Technik der Eizellgewinnung im Laufe der Jahre kaum veränderte und seit jeher als Follikelpunktion nach vorangegangener Stimulation mittels Gonadotropinen unter gleichzeitiger Vermeidung der spontanen Ovulation durch begleitende Therapie mit GnRH-Analoga – entweder laparoskopisch oder sonographisch gezielt – durchgeführt wird, haben sich für die Gewinnung der Spermien verschiedene differenzierte Techniken entwickelt. Nebst der Verwendung von ejakuliertem Sperma war man bei Azoospermie³¹ auf alternative Verfahren angewiesen. So etablierte sich die Technik der „microsurgical epididymal sperm aspiration“ (MESA)³² zur Gewinnung von Samenmaterial bei der obstruktiven Azoospermie, jene der „testicular sperm extraction“ (TESE)³³ bei der nichtobstruktiven Variante.

2.2 Verfahren zur in-vitro Befruchtung

Ziel aller in-vitro Befruchtungs-Verfahren ist die Erzeugung extrakorporaler Embryonen, also – wie der Name schon sagt – die ersten Schritte der Menschwerdung in das Reagenzglas zu verlagern. Im Gegensatz zur intrauterinen Insemination (IUI) und der GIFT (Gamete intrafallopian transfer), einer heute kaum mehr angewandten Methode, bei der die Eizellen mit den Samen im Eileiter der Mutter zusammengebracht werden, findet die Verschmelzung von Oozyt und Spermium bei der „klassischen IVF“ und bei der ICSI unter kontrollierten Bedingungen ausserhalb des Körpers statt.

³⁰) Tun wir den Frauen Gutes?, Der Spiegel 17 (1992), 226.

³¹) Azoospermie bezeichnet das vollständige Fehlen von Spermien im Ejakulat. Bei der obstruktiven Azoospermie liegt dabei meist ein Verschluss der Samenwege vor, bei der nicht-obstruktiven Azoospermie ist die Spermatogenese selbst gestört.

³²) Silber/Nagy/Liu et al, Conventional in-vitro fertilisation versus intracytoplasmic sperm injection for patients requiring microsurgical sperm aspiration, Hum Reprod 9 (1994) 1705.

³³) Devroey/Nagy/Tournaye et al, Outcome of intracytoplasmic sperm injection with testicular spermatozoa in obstructive and non-obstructive azoospermia, Hum Reprod 11 (1996) 1015.

Während es bei der herkömmlichen Variante der assistierten Reproduktion nach Aufbereitung des Sperma (Selektion der mobilen Samenzellen) tatsächlich zu einer spontanen Befruchtung im Brutschrank kommt, wird bei der ICSI eine Samenzelle mittels Glaspipette in eine von Cumulus- und Coronazellen befreite Eizelle injiziert. Eine Verfeinerung dieses Verfahrens ist noch durch spezielle Selektionsmaßnahmen möglich. So finden heute auch die IMSI (Intrazytoplasmatische Morphologisch Selektierte Spermieninjektion)³⁴ und die PICS (Physiologic ICSI) – bei der die Spermienauswahl durch einen Hyaluronan-Bindungs-Test getroffen wird – Anwendung.

2.3 Verfahren zur Kryokonservierung

Die Kryokonservierung ist heute innerhalb der Reproduktionsmedizin ein integriertes Behandlungskonzept. Das Einfrieren so unterschiedlicher Zellen und Gewebe wie Spermatozoen, Eizellen, Embryonen, Hoden- und Eierstockgewebe ist aus kryobiologischer Sicht eine Herausforderung. Entsprechend sind für den jeweiligen Zell- oder Gewebetyp optimierte Strategien und Methoden gefordert. Das herkömmliche langsame Einfrierverfahren hat seit nahezu 20 Jahren einen festen Platz für Standardanwendungen, die trotz leichter Modifikationen nahezu unverändert sind. Neuere Verfahren, wie die Vitrifikation, rücken zusehends in das reproduktionsbiologische und -medizinische Bewusstsein.³⁵

Im Unterschied zur konventionellen, langsamen Kryokonservierung werden bei der Vitrifikation die biologischen Objekte unter Vermeidung der Bildung von Eiskristallen eingefroren.³⁶ Die Proben werden direkt aus dem flüssigen Zustand in einen amorphen, glasartigen Zustand überführt.

Für das Einfrieren von Eizellen im Vorkernstadium und von Embryonen in frühen Teilungsphasen (mit Ausnahme von Blastozysten) stehen bereits gut etablierte Kryokonservierungsprotokolle zur Verfügung, die sämtlich auf der Methode der langsamen Einfriertechnik beruhen. Blastozysten hingegen reagieren ungleich empfindlicher auf die Kryokonservierung. Insbesondere nach dem begonnenen

³⁴⁾ *Berkovitz/Bartoov et al*, How to improve IVF-ICSI outcome by sperm selection, RBM Online 12 (2006) 634.

³⁵⁾ *Montag et al*, Methoden der Kryokonservierung in der Reproduktionsmedizin, in *Felberbaum/Bühler/van der Ven* (Hrsg), Das Deutsche IVF-Register 1996-2006 (2007) 65.

³⁶⁾ *Rall/Fahy*, Ice-free cryopreservation of mouse embryos at -196°C by vitrification, Nature 313 (1985) 573.

oder bereits erfolgten Hatching³⁷ führt das konventionelle slow-cooling-Verfahren nicht zu angemessenen Ergebnissen. Mit Hilfe der Vitrifikation können somit auch in diesem besonders empfindlichen Stadium der Entwicklung nach dem Auftauen Überlebensraten von 90% erreicht werden.

2.4 Verfahren der Präimplantationsdiagnostik

Zweck der Präimplantationsdiagnostik (PGD³⁸) ist der Ausschluss bestimmter genetischer Erkrankungen, von denen die genaue chromosomale Veränderung bekannt ist. Die Liste erkennbarer Erbkrankheiten wird stetig größer und beinhaltet beispielsweise die zystische Fibrose, die Tay-Sachs'sche Erkrankung, Hämophilie A und B, Sichelzellerkrankung, Duchenne'sche Muskeldystrophie und Chorea Huntington, um nur einige zu nennen. Dazu werden ab dem dritten Tag nach Befruchtung ein bis zwei Zellen entnommen und auf das Vorhandensein genetischer Defekte untersucht.

Je nach Indikation werden verschiedene Vorgangsweisen empfohlen. Beispielsweise ist bei X-Chromosom abhängigen Störungen die einfache Fluoreszenz in situ Hybridisierung (FISH-Analyse) des X- und Y-Chromosoms absolut ausreichend. Speziellere Verfahren wie die Polymerasekettenreaktion (PCR) und die „Primer Extension Preamplification“ (PEP) erweitern das Spektrum und die Genauigkeit der Analyse. Bei letzterer handelt es sich um ein völlig neues Verfahren, welches durch eine Art chemische Vergrößerung des Genoms die genaue DNA-Analyse einzelner Zellen ermöglicht.³⁹

In Ländern, in denen aufgrund gesetzlicher Bestimmungen eine PGD am Embryo nicht durchgeführt werden darf, stellt die Polkörperdiagnostik (PKD) die einzige Möglichkeit zur Untersuchung chromosomaler Fehlverteilungen, zB der Chromosomen 13, 16, 18, 21 und 22, in Eizellen dar. Bei der Reifung der Eizelle wird zunächst der diploide

³⁷⁾ Unbefruchtete Eizellen, ebenso wie die sich daraus entwickelnden Embryonen, sind von der Zona pellucida, einer zarten Glashaut, umgeben. Kurz vor der Implantation in die Gebärmutterschleimhaut verlässt der Embryo diese Hülle. Dies wird als Hatching („Schlüpfen“) bezeichnet. Das Ausbleiben der Ruptur der Zona pellucida und das daraus folgende unvollständige oder verspätete Hatching gilt übrigens als einer der Gründe für eine niedrige Implantationsrate von transferierten Embryos. Vgl *Montag/van der Ven*, Gibt es Indikationen für „assisted hatching“, *Der Gynäkologe* 33 (2000) 772.

³⁸⁾ PGD = preimplantation genetic diagnosis; im deutschen Sprachraum wird dafür auch häufig die Abkürzung PID benützt. Es sollte jedoch PGD bevorzugt werden, da einerseits die Abkürzung PID auch für „pelvic inflammatory disease“ steht und andererseits der Hinweis auf „genetic“ eine Eingrenzung des diagnostischen Verfahrens signalisiert. Vgl *Hepp*, Präimplantationsdiagnostik – medizinische, ethische und rechtliche Aspekte, *Dtsch Arztebl* 97 (2000) A1213.

³⁹⁾ *Feichtinger*, Über die Präimplantationsdiagnostik (PID) beim Menschen aus klinischer Sicht, *Wien Med Wochenschr* 153 (2003) 485.

Chromosomensatz der Eizelle auf einen haploiden Chromosomensatz reduziert (1. Reifeteilung). Der überzählige wird unter Bildung des ersten Polkörperchens ausgeschleust. Durch das Eindringen eines Spermiums in die Eizelle wird die zweite meiotische Reifeteilung ausgelöst. Wiederum erfolgt die Ausschleusung der überzähligen Chromosomen in den sogenannten zweiten Polkörper. Diese beiden Polkörper verhalten sich zur Eizelle wie Bild und Spiegelbild. Wenn daher ein Chromosom bzw eine Chromatide im jeweiligen Polkörperchen fehlt, muss es bei der vorausgegangenen Reifeteilung in der Eizelle verblieben sein, so dass diese folglich für das entsprechende Chromosom nach der Befruchtung durch das Spermium eine Trisomie aufweist. Entsprechend liegt in der befruchteten Eizelle eine Monosomie vor, wenn in den Polkörperchen ein Chromosom zuviel angetroffen wird. Diese sogenannten Aneuploidie-Untersuchungen werden insbesondere bei Frauen über 35 Jahren angeboten, da ab diesem Alter das Risiko für eine Chromosomen-Fehlverteilung in der Eizelle nachweislich ansteigt.⁴⁰

⁴⁰⁾ *Pellestor et al*, Maternal aging and chromosomal abnormalities: new data drawn from in vitro unfertilized human oocytes, Hum Gen 112 (2003) 195.

II Rechtsvergleich

Durch die sich rasch entwickelnde junge Wissenschaft der assistierten Reproduktion war der Gesetzgeber gezwungen, sich mit Fragestellungen auseinanderzusetzen, mit denen er zuvor noch nie konfrontiert worden war. Es mussten vielfältige Aspekte beachtet werden. Die Normen sollten sich einerseits in vorhandene verfassungsgesetzliche Strukturen einbinden, zudem sollten aber auch neue ethisch-rechtliche Maßstäbe berücksichtigt werden.

An der Vielfalt der insgesamt in Europa vorliegenden Regelungen mit teilweise voneinander sehr stark abweichenden Verboten ist die Schwierigkeit dieser Aufgabe zu erkennen. Selbst in Staaten mit ähnlicher Rechtsstruktur und vergleichbaren Grundwerten wie Deutschland und Österreich sind die Gesetze unterschiedlich ausgefallen. Dies beruht zum Großteil auf präexistenten Strukturen im Verfassungs- und Zivilrecht, aber teilweise auch auf Unterschieden in den jeweiligen Kompetenzgrundlagen, wie das Beispiel des viel stärker auf dem föderalistischen Prinzip aufgebaute Ärzte-Berufsrecht in Deutschland veranschaulicht.

Die Analyse und Diskussion dieser zahlreichen Unterschiede – bezogen auf den Regelungsgegenstand extrakorporaler Embryo – soll das Kernstück dieser Arbeit bilden.

1 Historischer Rückblick

Innerhalb weniger Jahre nach 1978, als erstmals eine künstliche Befruchtung beim Menschen erfolgreich verlief, wurde IVF in vielen Ländern erfolgreich eingeführt. Mit der rasch steigenden Zahl an „Retortenbabies“ mehrten sich auch die Stimmen, die eine entsprechende gesetzliche Regelung der neuen Praktiken forderten.

1.1 Entwicklung der Gesetze in Österreich

Als 1992 in Österreich das Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)⁴¹ in Kraft trat, war seit Beginn der politischen Auseinandersetzung mit den assistierten Reproduktionstechnologien ein Jahrzehnt von zum Teil kontroversen politischen Debatten vergangen. Worum es dabei im Wesentlichen ging, war, inwieweit gesellschaftlich zulässig sein soll, was reproduktionsmedizinisch machbar ist.⁴²

Die Entstehung der österreichischen Regelungen zur Fortpflanzungsmedizin war ein langwieriger, vor allem politischer Prozess, der 1984 mit der Konstituierung der „Arbeitsgruppe/Projektteam Biotechnologie und Gentechnik“ im Wissenschaftsministerium begann, seinen Höhepunkt mit der Erstellung des Gutachtens der „IVF-Kommission“⁴³ erreichte und schließlich sein Ende im Beschluss des FMedG am 14. Mai 1992 durch den Nationalrat fand.

Erst Jahre später folgte auf Basis eines Entschließungsantrages⁴⁴ ein weiteres Gesetz⁴⁵, das die Finanzierung der, für die betroffenen Paare nicht unbeträchtliche Kosten verursachenden, IVF regelte. Dadurch ist es heute möglich, dass bei Vorliegen bestimmter Anspruchsvoraussetzungen ein beim (damaligen) Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales eingerichteter Fonds 70% der Kosten für maximal 4 Versuche pro angestrebter Schwangerschaft übernimmt.

⁴¹) Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen (Fortpflanzungsmedizingesetz – FMedG) sowie das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz und die Jurisdiktionsnorm geändert werden, BGBl 1992/275.

⁴²) *Hadolt*, Reproduktionstechnologiepolitik in Österreich: Die Genese des Fortpflanzungsmedizingesetzes 1992 und die Rolle von ExpertInnen (2005).

⁴³) Eigentlich „Kommission für In-vitro-Fertilisation“ der Österreichischen Rektorenkonferenz unter dem Vorsitz von Franz Bydlinki, Ordinarius für Zivilrecht an der Universität Wien.

⁴⁴) Entschließungsantrag der Abgeordneten Dr. Elisabeth Pittermann, Dr. Erwin Rasinger und Genossen betreffend In-vitro-Fertilisation (1171/A(E), 20. GP) vom 18. Juni 1999; zuvor auch schon Antrag 776/A(E), 20. GP der Abgeordneten Dr. Brigitte Povysil und Genossen betreffend Kostenübernahme für In-Vitro-Fertilisation; vgl. auch AB 2009 BlgNR, 20. GP und AB 2010 BlgNR, 20. GP.

⁴⁵) Bundesgesetz, mit dem ein Fonds zur Finanzierung der In-vitro-Fertilisation eingerichtet wird (IVF-Fonds-Gesetz), BGBl I 1999/180.

1.2 Entwicklung der Gesetze in Deutschland

Auch in Deutschland beschäftigte sich zunächst eine Expertenkonferenz mit dem Thema in-vitro-Fertilisation. Die auch als „Benda-Bericht“ bekannten Empfehlungen⁴⁶ wurden im Oktober 1985 der Öffentlichkeit vorgelegt und führten in weiterer Folge zur Erlassung des Embryonenschutzgesetzes⁴⁷.

Im Gegensatz zu Österreich musste allerdings auf die Zugrundelegung einer strafgesetzlichen Basis zurückgegriffen werden, da zu diesem Zeitpunkt im Grundgesetz (GG)⁴⁸ keine Bundeskompetenz für alle gesundheitsrechtlichen Regelungen bestand. Diese Lücke wurde erst 1994⁴⁹ geschlossen, als in den Art 74 Abs 1 GG die Nummer 26 eingefügt wurde, mit der dem Bund im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung⁵⁰ Kompetenzen für „die künstliche Befruchtung beim Menschen, die Untersuchung und die künstliche Veränderung von Erbinformationen sowie Regelungen zur Transplantation von Organen und Geweben“ zugesprochen wurden. 2006 erfolgte schließlich nochmals eine Neufassung⁵¹, sodass nun die Rede ist von „medizinisch unterstützter Erzeugung menschlichen Lebens“. Damit wurde klargestellt, dass dem Bund die Gesetzgebungskompetenz nicht nur für die Erzeugung menschlichen Lebens durch künstliche Befruchtung, sondern auch für andere Verfahren der künstlichen Erzeugung menschlichen Lebens zusteht.⁵²

Eine umfassende Regelung reproduktionstechnischer Möglichkeiten nach dem Vorbild des österreichischen oder schweizerischen Fortpflanzungsmedizingesetzes gibt es in Deutschland nicht. Aus diesem Grund wurde zusätzlich zum ESchG⁵³ vom wissenschaftlichen Beirat der Bundesärztekammer (BÄK) eine (Muster-)Richtlinie zur

⁴⁶⁾ Gentechnologie - Chancen und Risiken VI: In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Genterapie. Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für Forschung und Technologie und des Bundesministers der Justiz (1985).

⁴⁷⁾ dBGBI I 1990/69, 2746.

⁴⁸⁾ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, dBGBI I 1949/1, 1 idF dBGBI I 2012/32, 1478.

⁴⁹⁾ dBGBI I 1994/75, 3146.

⁵⁰⁾ Vgl Art 72 Abs 2 GG: Auf den Gebieten des Artikels 74 Abs 1 Nr 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 und 26 hat der Bund das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.

⁵¹⁾ dBGBI I 2006/41, 2034.

⁵²⁾ *Riedel*, Vorgeschichte und Stand der Gesetzgebung, in *Diedrich/Felberbaum/Griesinger et al* (Hrsg), Reproduktionsmedizin im internationalen Vergleich (2008) 11 (13).

⁵³⁾ Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz), dBGBI I 1990/69, 2746 idF dBGBI I 2011/58, 2228.

Durchführung der assistierten Reproduktion⁵⁴ formuliert, welche als Teil der (Muster-) Berufsordnung⁵⁵ auf standesrechtlicher Ebene Gesetzescharakter entfaltet.

⁵⁴) *Hoppe/Scriba*, (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Dtsch Arztebl 103 (2006) A1392.

⁵⁵) § 13 (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – MBO-Ä 1997 idF der Beschlüsse des 114. Deutschen Ärztetages 2011 in Kiel.

2 Spezifische Regelungen

Im Folgenden sollen die einzelnen Aspekte des extrakorporalen Embryos – von der Erzeugung bis zur Implantation – im Lichte der jeweiligen Normen betrachtet werden.

Vorauszuschicken ist, dass für das Subjekt des „extrakorporalen Embryos“ unterschiedliche Legaldefinitionen existieren. So wird zum Beispiel im österreichischen Recht auf die Verwendung des Begriffes „Embryo“ komplett verzichtet, man spricht hier von „entwicklungsfähigen Zellen“ und meint damit „befruchtete Eizellen und daraus entwickelte Zellen“.⁵⁶ Die Definition des ESchG hingegen spricht von „befruchteten entwicklungsfähigen menschlichen Eizellen“, allerdings erst „vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an“. Gleichsam fällt unter diese Begriffsbestimmung aber „jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle, die sich bei Vorliegen der dafür erforderlichen weiteren Voraussetzungen zu teilen und zu einem Individuum zu entwickeln vermag“.⁵⁷

Zum besseren Verständnis der Rechtsfolgen dieser Begriffe sei zunächst ein Blick auf deren Bedeutung geworfen.

Aus der Entwicklungsfähigkeit der Zelle wird abgeleitet, dass es sich ab dem Vorhandensein dieser Eigenschaft um werdendes menschliches Leben handelt.

Die Meinung über den Zeitpunkt des Beginns menschlichen Lebens ist allerdings uneinheitlich. Weder Naturwissenschaftler, noch Theologen, Philosophen oder Rechtswissenschaftler können eine übereinstimmende Antwort auf diese Frage geben. Vom naturwissenschaftlichen Standpunkt aus sind verschiedene Zeitpunkte des Lebensbeginns denkbar, abhängig vom Entwicklungsgrad des Embryo.⁵⁸ Als frühestes biologisches Kriterium wird die genetische Individualität gesehen, welches mit der Bildung der Zygote (und somit dem Vorgang der Befruchtung) erfüllt ist. Einen weiteren markanten Punkt in der Entstehung menschlichen Lebens stellt der Zeitpunkt der Einnistung (Nidation) dar, mit der der Beginn einer (intakten) Schwangerschaft assoziiert ist. Andere vertreten die Auffassung, das „individuelle Leben“ beginne erst mit dem Verlust der Teilungsfähigkeit (um den 13./14. Tag nach Befruchtung) oder gar erst mit dem Beginn der extrauterinen Lebensfähigkeit (etwa 24. Schwangerschaftswoche).

⁵⁶⁾ § 1 Abs 3 FMedG

⁵⁷⁾ § 8 Abs 1 ESchG

⁵⁸⁾ Hößle, Der Embryo – Mensch von Anfang an?, in *Albrecht/Dierken/Freese/Hößle* (Hrsg), Stammzellforschung – Debatte zwischen Ethik, Politik und Geschäft (2003) 43 (48).

Der Zeitpunkt der Befruchtung ist ein genau definierter Vorgang, nämlich jener der Vereinigung von Samen- und Eizelle. Im Gegensatz zu in-vivo-Bedingungen ist dieser bei der IVF auch genau bestimmbar, weil unter dem Mikroskop mitzuverfolgen oder sogar aktiv vom Reproduktionsmediziner durchgeführt (bei der ICSI).

Auch die Bezeichnung „Embryo“ ist in der Naturwissenschaft relativ klar umrissen und umfasst nach allgemein gültiger Lehre jene Zeit der Menschwerdung bis zum Abschluss der Organogenese.⁵⁹ Keinesfalls deckungsgleich ist diese Interpretation mit dem Embryonenbegriff in den Rechtsvorschriften. Letztere leiten aus dem Begriff eine prinzipielle Schutzwürdigkeit ab, verbunden mit einer daraus resultierenden strengen Grenze zwischen „Erlaubtem“ und „Verbotenem“.

Zentrales Anliegen der folgenden Seiten ist ein Vergleich der direkt auf die assistierte Reproduktion zugeschnittenen Regelungswerke in Österreich und Deutschland. Dass auch andere Grundregeln der Rechtsgebiete – wie Verfassungsrecht, Bürgerliches Recht und Strafrecht – eine bedeutende Rolle spielen, ist klar. Da Literatur zu diesem Bereich allerdings bereits erschöpfend vorhanden ist, soll vorweg dazu nur eine kurze Übersicht gegeben werden.

Exkurs: Zivilrecht, Verfassungsrecht und Strafrecht

Zum zivilrechtlichen Status ist bereits hinreichend festgelegt, dass es sich beim extrakorporalen Embryo – trotz fehlender expliziter Feststellung in den einschlägigen Normen⁶⁰ – bereits um werdendes menschliches Leben handelt und keinesfalls um eine Sache.⁶¹ Daraus leitet sich ab, dass ein entsprechender Schutz gewährleistet sein muss.⁶²

Zur verfassungsrechtlichen Seite sei bemerkt, dass hier eine Diskrepanz zwischen österreichischer und deutscher Rechtslage vorliegt. Während in Deutschland sowohl die Würde des Menschen (Art 1 Abs 1 GG), als auch das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art 2 Abs 2 GG) festgeschrieben sind, findet sich hierzulande keine derartige Verankerung. Dennoch wird davon ausgegangen, dass beide Grundsätze auch hierzulande Gültigkeit haben.⁶³

⁵⁹⁾ Vgl *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch (2010) 556: Embryogenese: Entwicklung des Embryoblasten (iwS der Zygote) zum Embryo, die zwischen 16. und 60. Gestationstag stattfindet.

⁶⁰⁾ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), JGS 1811/946 idF BGBl I 2012/68; Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), dBGB I 2002/2, 42 idF BGBl I 2012/21, 1084.

⁶¹⁾ *Peichl*, Der Embryo in vitro (2004) 33 ff mwN; Gentechnologie VI 8.

⁶²⁾ §§ 22 und 285 ABGB; vgl auch Bericht des Bundesministers für Wissenschaft und Forschung an den Nationalrat (1986) 24.

⁶³⁾ *Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht (2003), 111 ff mwN.

Strafrechtlicher Schutz des ungeborenen Lebens besteht in Österreich erst ab dem Zeitpunkt der Nidation (§§ 96 ff StGB⁶⁴), nicht jedoch für Embryonen in vitro. Im Gegensatz zu Deutschland, wo die durchaus auch kritisierte Erscheinungsform einer strafrechtlichen Ausgestaltung des ESchG verwirklicht wurde,⁶⁵ hat man in Österreich bei der Erstellung des FMedG bewusst darauf verzichtet, weil – so heißt es bereits im Gutachten der Österreichischen Rektorenkonferenz⁶⁶ – „gerichtliche Strafdrohungen [...] nur gegen Verhaltensweisen aufgestellt werden [sollen], die das Zusammenleben in der Gesellschaft schwer beeinträchtigen und die deshalb jedermann als strafwürdig erkennen kann“. Da der Hintergrund für das FMedG auch vielmehr eine Regelung der Zulässigkeit medizinisch unterstützter Fortpflanzung war, mache dies „die Schaffung spezieller gerichtlicher Strafdrohungen [...] nicht erforderlich“.

2.1 Anwendung reproduktionstechnischer Maßnahmen

Ziel der rechtlichen Regelung von Verfahren zur assistierten Reproduktion muss die Vermeidung von Missbrauch sein. Dies lässt sich am einfachsten durch die Schaffung von Anwendungsbeschränkungen verwirklichen. Wie diese in Österreich und Deutschland ausgefallen sind, wird auf den nächsten Seiten zusammengefasst.

2.1.1 Zulässigkeit

Statusrechtliche Voraussetzungen

Unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung eines sozialadäquaten Heranwachsens des mit künstlicher Befruchtung gezeugten Kindes wurden in beiden Ländern statusrechtliche Voraussetzungen für die Durchführung einer assistierten Reproduktion geschaffen.

So heißt es in § 2 Abs 1 FMedG etwa: „Eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung ist nur in einer Ehe oder Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts zulässig.“ Diese Formulierung ersetzt seit dem In-Kraft-Treten des EPG⁶⁷ die

⁶⁴) Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB), BGBl 1974/60 idF BGBl I 2012/61.

⁶⁵) Wie bereits zuvor angeführt, hatte dies vor allem eine kompetenzrechtliche Ursache.

⁶⁶) Bericht des Bundesministers 29.

⁶⁷) Eingetragene Partnerschaft-Gesetz, BGBl I 2009/135 idF BGBl 2010/29.

zuvor gebräuchliche, aber häufig kritisierte Formulierung der „eheähnlichen Lebensgemeinschaft“⁶⁸.

In der deutschen Richtlinie ist festgeschrieben, dass „Methoden der assistierten Reproduktion [...] unter Beachtung des Kindeswohls grundsätzlich nur bei Ehepaaren angewandt werden“ sollen. Und weiter: „Methoden der assistierten Reproduktion können auch bei einer nicht verheirateten Frau angewandt werden. Dies gilt nur, wenn die behandelnde Ärztin/der behandelnde Arzt zu der Einschätzung gelangt, dass die Frau mit einem nicht verheirateten Mann in einer festgefügt Partnerschaft zusammenlebt und dieser Mann die Vaterschaft an dem so gezeugten Kind anerkennen wird.“

Vorliegende Regelungen sollen garantieren, dass bei alleinlebenden Frauen oder gleichgeschlechtlich zusammenlebenden Frauen⁶⁹ Methoden der assistierten Reproduktion nicht zur Anwendung kommen können.

Beachtenswert ist die dort wie da bestehende Beschränkung auf das homologe⁷⁰ System. Diese wird in Österreich nur von der Erlaubnis der heterologen Insemination durchbrochen. Die Verwendung von Spendersamen für IVF und ICSI blieb trotz verschiedenster Versuche der Reproduktionsmediziner, dies zu ändern⁷¹, genauso wie die Eizellspende verboten. Das von betroffenen Patientinnen vorgebrachte Argument des Verstoßes gegen Art 8 und 12 EMRK und einer Verletzung des Gleichheitssatzes⁷² wurde vom VfGH mit dem Hinweis auf den Gesetzesvorbehalt des Art 8 EMRK und

⁶⁸) ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 16; vgl *Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht 54.

⁶⁹) Die Frage nach der Zulässigkeit der Methoden bei alleinlebenden oder gleichgeschlechtlich zusammenlebenden Männern stellt sich aufgrund des bisher noch gültigen Verbotes der Eizellspende nicht.

⁷⁰) Die Begriffe „homolog“ und „heterolog“ werden im juristischen Sprachgebrauch in diesem Zusammenhang mit dem Ursprung der Ei- und Samenzelle verwendet. Stammen sowohl väterliches als auch mütterliches Erbmateriale von den Ehepartnern oder den Partnern einer Lebensgemeinschaft im Sinne des FMedG, so wird der Begriff homolog verwendet. Wird ein Spender in den Vorgang der assistierten Reproduktion miteinbezogen, so spricht man von einer heterologen Technik. Diese allerdings nur im deutschen Sprachraum gängige Formulierung ist dennoch unklar, da dieses Adjektiv im biologischen Sinne „artfremd“ bedeutet und somit im englisch-sprachigen Raum zu Missverständnissen führen könnte. Vorgeschlagen wird daher stattdessen die Verwendung des Begriffs „donogen“. Vgl dazu auch *Katzorke*, Sprachlicher Fehler, Dtsch Arztebl 103 (2006) A2032.

⁷¹) Vgl beispielsweise Stellungnahme der Österreichischen IVF-Gesellschaft zur Änderung des Fortpflanzungsmedizingesetzes 2004: *Fischl*, Stellungnahme zum Entwurf zum Bundesgesetz, mit dem das Fortpflanzungsmedizingesetz geändert wird (Fortpflanzungsmedizingesetz-Novelle 2004 – FMedGNov 2004), http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/ME/ME_00131_05/index.shtml (Stand 01.08.2012).

⁷²) Art 7 B-VG, Art 2 StGG 1867.

auf die Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung der Methoden IUI und IVF abgewiesen.⁷³

Eine bedeutende Wendung dieser bislang geltenden Regelung brachte kürzlich eine Entscheidung des EGMR⁷⁴. Ein österreichisches Paar hatte mit der Begründung, dass ihr Recht auf Gleichbehandlung (Inhalt des Art 14 der Konvention) sowie das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Inhalt des Art 8 der Konvention) durch das Verbot der Eizellspende verletzt werde, beim EGMR Beschwerde eingereicht und Recht bekommen. In der Begründung hieß es unter anderem, das vom VfGH zur Aufrechterhaltung des geltenden Verbots vorgebrachte Argument der „Schaffung ungewöhnlicher persönlicher Beziehungen“ sei insofern nicht gültig, als dass familiäre Strukturen, die nicht auf einer typischen Eltern-Kind-Beziehung – im Sinne einer direkten biologischen Verbindung – aufbauten, nichts Neues darstellten. Des weiteren stelle es auch kein unüberwindbares Hindernis dar, die familiären Beziehungen, die sich aus der erfolgreichen Anwendung der Techniken der assistierten Reproduktion ergäben, entsprechend in das Regelwerk des Familienrechts einzubinden.⁷⁵

Ebenso wurde für ein zweites Paar im Hinblick auf die Samenspende entschieden. In diesem Fall wurde Beschwerde erhoben mit der Begründung, dass die Verwendung von Spendersamen für die Insemination sehr wohl zulässig sei, für die extrakorporale Befruchtung jedoch nicht. Der Gerichtshof führte aus, dass die ungleiche Behandlung eines Paares, das zur Erfüllung seines Kinderwunsches nur auf eine Samenspende für eine in vitro-Befruchtung zurückgreifen könne und eines Paares, das rechtmäßig eine in vivo-Fertilisation durchführe, im Hinblick auf die Wichtigkeit des Kinderwunsches und dem vorgebrachten Argument einer Zulässigkeit der heterologen Insemination wegen schlechter Kontrollierbarkeit eines theoretischen Verbots, schlicht unverhältnismäßig sei.

Während die österreichische Bioethikkommission nach Publikation des og Urteils eine grundlegende Reform des Fortpflanzungsrechtes forderte⁷⁶, entschloss sich die Bundesregierung zur Anfechtung⁷⁷. Da es sich um eine „schwerwiegende Frage

⁷³⁾ VfSlg 15.632/1999.

⁷⁴⁾ EGMR U 01.04.2010, Appl. Nr. 57813/00, SH ua/Österreich (= ÖJZ 2010, 684).

⁷⁵⁾ Das umfassende Verbot der Eizellspende dient auch der Aufrechterhaltung der Definition der Mutterschaft gemäß § 137b ABGB und § 1591 BGB, vgl. auch *Bals-Pratsch/Dittrich/Frommel*, Wandel in der Implementation des Deutschen Embryonenschutzgesetzes, J Reproduktionsmed Endokrinol 7 (2010) 87 (94).

⁷⁶⁾ *Bundeskanzleramt Österreich*, Bioethikkommission fordert grundlegende Reform des Fortpflanzungsrechtes, Pressemitteilung vom 13.04.2010, http://www.bka.gv.at/site/cob__39208/mode__ft/3460/default.aspx (Stand 01.08.2012).

⁷⁷⁾ *Stranzl*, EU muss Urteil zur Eizellspende prüfen, Wiener Zeitung, 01.07.2010, 9.

von allgemeiner Bedeutung und um eine schwerwiegende Frage der Auslegung und Anwendung der Europäischen Menschenrechtskommission“ handle, wurde die Verweisung der Sache an die große Kammer des EGMR beantragt.⁷⁸

In seinem endgültigen Urteil vom 03.11.2011⁷⁹ stellte der Europäische Gerichtshof mit Stimmenmehrheit (13 von 17 Richtern) fest, dass keine Verletzung des Artikel 8 EMRK vorläge. Die Prüfung der Beschwerde einer möglichen Verletzung des Artikel 14 iVm Artikel 8 wurde angesichts dieser Schlussfolgerungen nicht vorgenommen.

Die Große Kammer hat mit dieser Entscheidung nunmehr dem nationalen Gesetzgeber bei der Regelung der Reproduktionsmedizin wiederum einen Beurteilungsspielraum zugestanden⁸⁰ und festgestellt, dass es nicht Aufgabe des Gerichtshofs sei, die einschlägige Gesetzgebung oder die Praxis in abstracto zu beurteilen. Die „margin of apprication“ kann weit gefasst werden, da bislang in Bezug auf die in der Beschwerde aufgeworfenen Fragen kein Konsensus der Mitgliedstaaten bestehe. Es war nach Auffassung der GK auch nicht zu prüfen, ob das Verbot der Samen- und Eizellspende heute nach der EMRK gerechtfertigt wäre oder nicht, sondern es war zu klären, ob diese Verbote gerechtfertigt waren, als sie vom VfGH geprüft wurden. Angesichts des langen Zeitraums zwischen der letztinstanzlichen staatlichen Entscheidung und dem Urteil des EGMR in einem Bereich, der solch dynamischen wissenschaftlichen Entwicklungen unterworfen ist, wird angemerkt, dass es nun in der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten den klaren Trend gibt, die Keimzellspende zum Zweck der in-vitro-Fertilisation zu erlauben, was einen sich entwickelnden europäischen Konsens widerspiegelt. Damit in Zusammenhang steht auch die Aufforderung des GH an die Vertragsstaaten, eine ständige Überprüfung der Rechtslage durchzuführen.

Für Aufsehen hat die Begründung des Urteils gesorgt, insbesondere jener Teil, in dem erwähnt wird, dass es nach österreichischem Recht nicht verboten sei, sich im Ausland einer Fruchtbarkeitsbehandlung unter Verwendung von Methoden der künstlichen Befruchtung zu unterziehen, die in Österreich nicht erlaubt sind.⁸¹ Damit wird nämlich die Aufforderung zum Reproduktionsmedizintourismus ausgesprochen, einer

⁷⁸⁾ Eizellspende: Österreich beruft gegen Urteil des EGMR, APA-Meldung, 20.07.2010.

⁷⁹⁾ EGMR U (GK) 03.11.2011, Appl. Nr. 57813/00, SH ua/Österreich (= ZTR 2012, 60).

⁸⁰⁾ Vgl dazu *Gärtner/Mayrhofer*, Verbot heterologer Techniken der Reproduktionsmedizin mit EMRK vereinbar, ZTR (2012) 60 (63).

⁸¹⁾ Vgl *Simoner*, Samen und Eizellen: Spendenverbot bleibt, *Der Standard*, 04.11.2011, 10; *Weiser*, Eizellspende ist kein Menschenrecht, *Die Presse*, 04.11.2011, 5; *Escher*, Künstliche Befruchtung: Kein Verstoß Österreichs, *Salzburger Nachrichten*, 04.11.2011, 6. Auch in den deutschen Medien ortet man ein ähnliches Echo, „Die Zeit“ spricht sogar von einer Doppelmoral. Vgl *Spiewak*, Doppelmoral, *Die Zeit* 46 (2011) 39.

unerwünschten und medizinisch und ethisch sicherlich bedenklichen Methode, zum Wunschkind zu kommen, wie auch ein tragischer Fall von Leihmutterchaft beweist.⁸²

In Deutschland ist seit der Novelle der (Muster-)Richtlinie⁸³ die Verwendung von Spendersamen sowohl für die Insemination als auch für IVF und ICSI erlaubt, unterliegt hier allerdings auch spezifischen Regelungen in Form einer Richtlinie⁸⁴. Da die (Muster-)Richtlinie allerdings die Insemination vom Umfang der Regelungen ausklammert, fällt dafür auch die Vorschrift der Ehe oder festgefügt Partnerschaft weg. Dies ermöglicht in weiterer Folge die Anwendung einer Insemination mit Spendersamen an gleichgeschlechtlich zusammenlebenden Frauen mit daraus resultierender brisanter juristischer Konsequenz einer fehlenden sozialen Vaterschaft.

In Deutschland wie in Österreich wird dem Kind ein Recht auf Kenntnis seiner Abstammung⁸⁵ eingeräumt, woraus sich die logische Konsequenz einer Dokumentation der Daten des Samenspenders ergibt, die hierzulande⁸⁶ klar umrissen vorgeschrieben ist. In Deutschland fehlt zwar eine gesetzliche Bestimmung, entsprechende Empfehlungen werden allerdings in der (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion⁸⁷ und auch in den Richtlinien des Arbeitskreises für Donogene Insemination abgegeben.

Ein normatives Defizit ortet man in Deutschland auch im Bereich des Unterhalts- und Erbrechts. Unabhängig von der Tatsache, dass jedes Kind Kenntnis über seinen biologischen Vater erlangen darf, kann in Österreich der Samenspender nicht als Vater festgestellt werden⁸⁸. Im BGB wird dem Kind jedoch auch im Falle einer künstlichen

⁸²⁾ *Spiewak*, Verbotene Kinder, Die Zeit 17 (2010) 35.

⁸³⁾ *Hoppe*, Dtsch Arztebl 103 (2006) A1394.

⁸⁴⁾ *Hammel et al*, Richtlinien des Arbeitskreises für Donogene Insemination zur Qualitätssicherung der Behandlung mit Spendersamen in Deutschland in der Fassung vom 8. Februar 2006, J Reproduktionsmed Endokrinol 3 (2006) 166.

⁸⁵⁾ Vgl § 163b ABGB als gesetzliche Grundlage in Österreich, des weiteren vgl Art 2 Abs 1 iVm Art 1 Abs 1 GG bzw § 1598a BGB als Grundlage in Deutschland; laut gültiger Rechtsprechung (BVerfG FamRZ 1989, 147; FamRZ 1989, 255; FamRZ 1994, 881 oder FamRZ 1997, 869) wird hier das Persönlichkeitsrecht zu Hilfe genommen, um daraus das Recht auf Kenntnis der Abstammung abzuleiten.

⁸⁶⁾ Vgl § 18 Abs 3 FMedG, es wird hier nicht nur die Verpflichtung zur Dokumentation gesetzlich verankert, sondern auch eine 30-jährige Aufbewahrung in der Ordinationsstätte und sogar eine unbefristete Aufbewahrung durch die öffentliche Hand (Landeshauptmann) vorgeschrieben.

⁸⁷⁾ Die Empfehlungen müssen ohne verbindlichen Charakter bleiben, da sie nur in den Kommentar der (Muster-)Richtlinie eingefügt wurden.

⁸⁸⁾ § 157 iVm § 163 Abs 3 und 4 ABGB.

Befruchtung mit Samenspende ein Anfechtungsrecht⁸⁹ der anerkannten sozialen Vaterschaft eingeräumt. Wird davon Gebrauch gemacht, so besteht danach keine Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 oder 2. Dies ermöglicht die gerichtliche Feststellung des Samenspenders als rechtlichen Vater und das Entstehen unterhalts- und erbrechtlicher Ansprüche des Kindes gegenüber dem biologischen Vater.

Es existiert aus diesem Grund die Möglichkeit zur Schaffung eines Passus im Vertrag zwischen Samenbank und Wunscheltern, der sogenannten Freistellungserklärung⁹⁰. Auch diese bedeutet allerdings nur, dass Wunscheltern gegebenenfalls dem Samenspender einen vermögensrechtlichen Schaden, der durch eventuell später gerichtlich festgestellte Unterhaltsverpflichtungen gegenüber dem Kind entsteht, zu erstatten haben.

Medizinische Voraussetzungen

Nebst dieser statusrechtlichen Voraussetzungen sind sowohl im FMedG als auch in der (Muster-)Richtlinie der BÄK Zulässigkeitsbedingungen verankert, die die Anwendung reproduktionsmedizinischer Techniken auf jene Paare beschränken, die aufgrund gewisser medizinischer Indikationen ungewollt kinderlos geblieben sind. Das heißt also, dass – wie der österreichische Gesetzgeber es zutreffend ausdrückt – alle anderen und zumutbaren Behandlungen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft durch Geschlechtsverkehr erfolglos geblieben oder aussichtslos sind⁹¹. Konkretisiert wird diese Angabe dann durch das IVF-Fonds-Gesetz: In § 4 Abs 1 wird festgelegt, dass die Sterilität der Frau tubaren, durch Endometriose oder durch PCO⁹² bedingten Ursprungs sein muss, die männliche Sterilität wird nicht nach Ursachen eingeschränkt. Etwas genauer ist die deutsche Richtlinie⁹³. Diese zählt für jede der Methoden – angefangen bei der Insemination bis hin zur IVF und ICSI – eine Liste der Indikationen auf.

⁸⁹⁾ § 1600 Abs 5 BGB, ein Passus, der erst 2002 durch das Kinderrechteverbesserungsgesetz – KindRVerbG, dBGBl I 2002/23, 1239 eingefügt wurde. Schon zuvor wurde im Rahmen der Neufassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (dBGBl I 2002/2, 42) durch eine Änderung des § 1594 die Möglichkeit zur Anerkennung der Vaterschaft bereits vor der Geburt des Kindes geschaffen.

⁹⁰⁾ Freistellungserklärung im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter iSd § 328 Abs 1 BGB.

⁹¹⁾ § 2 Abs 2 FMedG.

⁹²⁾ Polyzystisches Ovar-Syndrom: Bei dieser Erkrankung führt eine Störung im Hormonhaushalt (panzyklisch erhöhte Östrogenproduktion) über Feedbackmechanismen zur Störung der Follikelreifung und letztendlich zum Ausbleiben der Ovulation; vgl *Pfleiderer/Breckwoldt/Martius* (Hrsg), Gynäkologie und Geburtshilfe (2001) 70.

⁹³⁾ *Hoppe/Scriba*, A1392 (A1394)

2.1.2 Administrative Voraussetzungen

Sinnvollerweise finden sich in beiden Regelwerken⁹⁴ Vorschriften über Aufklärung und Einwilligung sowie Beratung auch hinsichtlich psychosozialer Aspekte der Anwendung von Methoden der assistierten Reproduktion.

In jedem Fall wird die Beurteilung, ob vorweg genannte Voraussetzungen vorliegen, dem die ART durchführenden Gynäkologen übertragen. Dies scheint insofern schlüssig, als die gesamte Materie der Fortpflanzungsmedizin unter einen Facharztvorbehalt gestellt ist. Normadressat des FMedG ist also – das wird insbesondere aus den (verwaltungs-) strafrechtlichen Sanktionen klar – der Facharzt für Gynäkologie und Geburtshilfe. Noch klarer ist die Zuordnung in Deutschland, wo sich die (Muster-)Richtlinie direkt an den behandelnden Arzt wendet.⁹⁵

Im selben Zug sind aber auch in Anlehnung an ähnlich lautende Regeln zum Schwangerschaftsabbruch jeweils die Freiwilligkeit an der Mitwirkung⁹⁶ bzw ein Benachteiligungsverbot⁹⁷ festgeschrieben.

2.2 Erzeugung von extrakorporalen Embryonen

Um einer missbräuchlichen Verwendung extrakorporal gezeugten Lebens vorzubeugen, haben sowohl der österreichische als auch der deutsche Gesetzgeber Regelungen getroffen, die die Herstellung entwicklungsfähiger Zellen anzahlmäßig beschränken.

So heißt es im § 10 FMedG etwa: Es „... dürfen nur so viele Eizellen befruchtet werden, wie nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung innerhalb eines Zyklus für eine aussichtsreiche und zumutbare medizinisch unterstützte Fortpflanzung notwendig sind.“ Durch diese Bestimmung soll die Entstehung überzähliger Embryonen verhindert werden. Gleichzeitig wird aber auch durch die Bedingung der

⁹⁴⁾ § 7 FMedG und Abschnitt 3.2. der (Muster-)Richtlinie.

⁹⁵⁾ Während sich in Österreich noch eine weitere Beschränkung findet, die nämlich die Herstellung extrakorporaler Embryonen und auch den Transfer dieser nur in eigens dafür zugelassenen Krankenanstalten vorsieht, bleibt die deutsche (Muster-)Richtlinie abstrakter und fordert für diese Methoden eine ständig einsatzbereite interdisziplinäre Arbeitsgruppe und ständig einsatzbereite bzw. verfügbare technische Einrichtungen, was aber in weiterer Folge wohl auf das selbe Ergebnis hinausläuft, da ein solcher Umfang an Ressourcen wahrscheinlich in den meisten Fällen nur von einer Krankenanstalt gestellt werden kann.

⁹⁶⁾ Vgl § 97 Abs 2 StGB und § 12 Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (Schwangerschaftskonfliktgesetz – SchKG), dBGBI I 1992/37, 1398 idF BGBI I 2011/70, 2975.

⁹⁷⁾ Dieses ausdrücklich nur in Österreich: § 6 Abs 2 FMedG in Anlehnung an § 97 Abs 3 StGB.

Zumutbarkeit eine gesundheitliche Schranke gesetzt, die sich aber nicht nur auf die Anzahl der später zu transferierenden entwicklungsfähigen Zellen bezieht, sondern auch auf die Gewinnung der hierfür notwendigen Eizellen.

Würde bloß auf die Verhinderung der Entstehung überzähliger Embryonen abgestellt, so müsste das in weiterer Folge dazu führen, dass man der Mutter alle im Rahmen eines Zyklus entnommenen (und befruchteten) Eizellen zurücktransferiert oder wahlweise nur eine begrenzte Anzahl von Eizellen entnimmt. Erstere Version führt zu dem Risiko der Entstehung höhergradiger Mehrlingsschwangerschaften mit allen noch zu nennenden Komplikationen oder auch der gesundheitlich bedenklichen Notwendigkeit eines selektiven Fetozids⁹⁸; zweite Version – die man übrigens im ESchG verwirklicht findet⁹⁹ – zu in letzter Konsequenz Befruchtung von nur drei Eizellen.¹⁰⁰ Da die Ergebnisse der Kryokonservierung unbefruchteter Eizellen bisher hauptsächlich enttäuschend verliefen¹⁰¹, hat man in Deutschland die Variante der Kryokonservierung sogenannter PN-Stadien¹⁰² gewählt, da diese im Sinne des Gesetzes als noch nicht befruchtet gelten.

2.3 Transfer von extrakorporalen Embryonen

Nach erfolgreicher Befruchtung werden die solcherart hergestellten Embryonen in die Gebärmutter transferiert.

Da die Schwangerschaftsrate von der Anzahl implantierter Embryonen abhängig ist, führte dies dazu, dass teilweise 4 – in Einzelfällen und vor allem in privaten Zentren bis zu 6 – befruchtete Eizellen¹⁰³ transferiert wurden. Durch verbesserte Methoden konnte diese Zahl jedoch zunehmend verringert werden und beläuft sich derzeit österreichweit auf durchschnittlich 1,7¹⁰⁴. Die Einfügung einer normativen Höchstgrenze für entnommene bzw befruchtete Eizellen wurde bei der Entstehung des FMedG als nicht

⁹⁸) Das Abtöten intrauterin überzähliger Embryonen verhindert zwar eine höhergradige Mehrlingsschwangerschaft, ist aber für die Mutter und auch die intakte Schwangerschaftsanlage mit einem erheblichen Komplikationsrisiko behaftet.

⁹⁹) § 1 Abs 1 Z 3 iVm § 1 Abs 1 Z 5 ESchG

¹⁰⁰) Dies impliziert auch die Notwendigkeit einer eventuell neuerlichen Stimulationstherapie mit erheblichen gesundheitlichen Risiken bei Versagen des Befruchtungsvorganges.

¹⁰¹) *Schleyer/Würfel/Krüsmann/Suttner/Fiedler/von Hertwig*, Kryopreservation unbefruchteter Eizellen, *J Fertil Reprod* 15 (2005) 7.

¹⁰²) Unmittelbar vor der Verschmelzung der Kerne von Ei- und Samenzelle spricht man vom sogenannten Pronukleus (Vorkern)-Stadium. Zu diesem Zeitpunkt liegt das Erbmaterial zwar bereits in der selben Zelle, jedoch noch voneinander getrennt vor.

¹⁰³) IVF-Register Jahresbericht 2004 (2005).

¹⁰⁴) IVF-Register Jahresbericht 2011 (2012) 10.

tunlich erachtet, da diese Frage nur im Einzelfall gelöst werden könne.¹⁰⁵ Mittlerweile liegt dem Gesundheitsausschuss aber ein Entschließungsantrag vor, in dem die Festlegung einer Höchstzahl der im Rahmen einer IVF zu transferierenden Embryonen gefordert wird.¹⁰⁶

Gänzlich anders liegt die Situation in Deutschland, wo schon das Gesetz eine Beschränkung auf 3 Embryonen festlegt. Aus bereits genannten Gründen wird auch hier ein Transfer von zumindest 2 Embryonen bevorzugt.

Zunächst aber zu der medizinischen Seite des Transfers: Hauptanwendung findet nach wie vor der sogenannte „klassische Transfer“, bei dem die befruchteten Eizellen etwa zwei bis drei Tage nach der Kernverschmelzung (im 8-Zell- bzw Morula-Stadium) eingesetzt werden.

Eine etwas mehr den physiologischen Gegebenheiten angepasste Methode – die Nidation findet gewöhnlich im Stadium der Blastozyste statt – ist die des Blastozystentransfers, das heißt am etwa 5. Tag nach Kernverschmelzung. Diese impliziert aber auch einen um vieles höheren Aufwand, da zum Beispiel die Kulturmedien wesentlich komplexer¹⁰⁷ sind. Im Gegenzug eröffnet diese Methode deutlich höhere Implantationsraten und somit auch die Möglichkeit einer Reduktion transferierter Embryonen¹⁰⁸.

Denn eine höhere Anzahl übertragener Embryonen führt zwangsläufig auch zu einer höheren Rate an Mehrlingsschwangerschaften. Diese bedeutet aber nicht nur ein höheres Gesundheitsrisiko für Mutter und Kind, sondern zieht auch massiv erhöhte Kosten nach sich.

Auf maternaler Seite ist eine erhöhte Inzidenz für Hyperemesis gravidarum, Hypertonie und Präeklampsie beschrieben. Außerdem treten diese schwangerschaftsinduzierten Gesundheitsstörungen signifikant häufiger und früher auf und verlaufen meist komplizierter als bei normaler Konzeption.¹⁰⁹

Einer Analyse an der Landesfrauenklinik Linz zufolge ist IVF/ICSI für etwa 2% aller geborenen Kinder verantwortlich, jedoch für 7% des Belages an der neonatologischen

¹⁰⁵) ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 20.

¹⁰⁶) Entschließungsantrag 1534/A(E) 24. GP vom 29.04.2011.

¹⁰⁷) *Stecher et al*, Embryonalentwicklung in sequentiellen Kulturmedien, J Fertil Reprod 3 (1999) 7.

¹⁰⁸) *Gardner/Vella/Lane et al*, Culture and transfer of human blastocysts increases implantation rates and reduces the need for multiple embryo transfers, Fertil Steril 69 (1998) 84.

¹⁰⁹) *Kowalcek*, Akzeptanz von Mehrlingsschwangerschaften bei unerfülltem Kinderwunsch, J Fertil Reprod 14 (2004) 13.

Intensivstation¹¹⁰. Nimmt man die Daten des DIR her, so ist nach IVF die Frühgeburtlichkeit schon beim Einling gegenüber dem Normalkollektiv leicht erhöht, während das Geburtsgewicht etwas unter dem Median liegt. Deutliche Abweichungen werden für Zwillinge und Drillinge geschildert, fast 100% der Drillinge kommen als Frühgeborene zur Welt. Die Mortalität bei Drillingen wird auf 3 bis 6 % geschätzt¹¹¹. Ausserdem nimmt man an, dass ein Viertel bis ein Drittel aller überlebenden Drillingskindern von schweren Behinderungen gezeichnet ist¹¹².

Die logische Folge daraus ist die zunehmende Forderung nach vermehrter Anwendung des Einzelembryotransfers (single embryo transfer, kurz SET). Dass diese Methode einstweilen noch mit Zurückhaltung praktiziert wird, liegt nicht zuletzt am Gesetzgeber. Vor allem aufgrund der zur Qualitätssicherung geforderten Schwangerschaftsrate von 18% pro Follikelpunktion¹¹³ sind manche Institute nicht gewillt, das Risiko einer geringeren Schwangerschaftsrate einzugehen, um den Vertrag mit dem IVF-Fonds nicht zu verlieren¹¹⁴. Zudem läßt eine erhöhte Erwartungshaltung der Patientinnen viele ein solches Risiko der Mehrlingsschwangerschaft eingehen, umso mehr wenn frustrane Sterilitätsbehandlungen vorausgegangen sind¹¹⁵.

Eine weitere Verfeinerung bietet die Methode des eSET (elektiver single embryo transfer). Dabei wird aus mehreren bis zum Blastozystenstadium herangereiften Embryonen der – nach morphologischen Gesichtspunkten – für eine Implantation beste transferiert. Gardner und Schoolcraft¹¹⁶ haben dazu eine Reihe von Kriterien, wie Blastozystenexpansion, innere Zellmasse und Entwicklung des Trophoektoderm festgelegt, nach denen eine Selektion möglich ist. Ein außerdem einigermaßen verlässlicher prognostischer Faktor ist die Geschwindigkeit, mit der sich die befruchtete Eizelle zu einem 2-Zeller teilt. Diese Entwicklungsgeschwindigkeit zusammen mit der Fähigkeit, während einer 5-tägigen Kultur das Blastozystenstadium zu erreichen, erlaubt eine Aussage über das Implantationspotential des Embryos.

¹¹⁰⁾ Tews, Mehrlingsdaten aus dem IVF-Fonds, Daten und Schlussfolgerungen, Vortrag im Rahmen der ÖGGG-Jahrestagung, 16.06.2006.

¹¹¹⁾ Hepp, Höhergradige Mehrlingsschwangerschaft – klinische und ethische Aspekte, Frauenarzt 48 (2007) 440.

¹¹²⁾ Griesinger/Diedrich, Prävention von Mehrlingsgeburten nach IVF in Deutschland, Gynäkologe 41 (2008) 200.

¹¹³⁾ § 5 Abs 3 Z 3 iVm § 5 Abs 4 IVF-Fonds-Gesetz; die jeweils gültigen Bedingungen (Schwangerschaftsrate pro Follikelpunktion) sind in den entsprechenden Jahresberichten des IVF-Fonds, herausgegeben vom ÖBIG, veröffentlicht.

¹¹⁴⁾ Tews et al, Beeinflusst die IVF-Gesetzgebung unser ärztliches Handeln? Wien Klin Wochenschr 120 (2008) 184 (186).

¹¹⁵⁾ Kowalcek, J Fertil Reprod 15.

¹¹⁶⁾ Gardner/Schoolcraft, In vitro culture of human blastocyst in Jansen/Mortimer (Hrsg), Towards reproductive certainty: infertility and genetics beyond 1999 (1999) 378.

Ob der eSET nach geltendem deutschen Recht erlaubt ist oder nicht, ist nach wie vor strittig. Die sogenannte „Dreierregel“ des ESchG stellt nämlich denjenigen unter Strafe, der „es unternimmt, innerhalb eines Zyklus mehr als drei Embryonen auf eine Frau zu übertragen“, gleichsam wie denjenigen, der „es unternimmt, mehr Eizellen einer Frau zu befruchten, als ihr innerhalb eines Zyklus übertragen werden sollen“. Eine Befruchtung auf Vorrat ist also gesetzeswidrig und auch in der (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion heißt es, der eSET sei zur Zeit in der Bundesrepublik „nicht statthaft“. Da aber auch die Kryokonservierung von Embryonen nur in Ausnahmefällen zulässig ist, ergibt sich in weiterer Folge das Dilemma, was mit den überzähligen Embryonen zu geschehen habe. Obwohl das Absterbenlassen dieser Embryonen derzeit nicht gesetzeswidrig ist, da sie unbeabsichtigt anfallen und das Absterbenlassen keine fremdnützige Verwendung darstellt, wirft dies ethische und verfassungsrechtliche Fragen auf¹¹⁷.

Aus genannten Gründen wird verständlich, warum von Seiten der Reproduktionsmediziner auf breiter Basis die Einführung bzw. Zulassung dieser Methoden gefordert wird. Nach schwedischem, finnischem oder belgischem Vorbild, wo bereits Regelungen zur verpflichtenden Anwendung des Einzelembryonentransfers bestehen, könnten dann vor allem bei jungen Frauen (unter dem 36. Lebensjahr) beim ersten Behandlungszyklus und im Falle des Vorhandenseins einer ausreichenden Anzahl an befruchteten Eizellen deutlich höhere Implantations- (Blastozystentransfer 50,5% gegenüber 30,1% beim Tag-3-Transfer¹¹⁸) und Schwangerschafts- bzw. Geburtenraten (41,7% versus 33,5%¹¹⁹) bei gleichzeitiger Reduktion der Mehrlingsschwangerschaften erreicht werden. So wurde beispielsweise in Schweden seit Einführung des eSET eine Reduktion der Mehrlingsgeburten von 19,4% im Jahr 2002 auf lediglich 5,7% im Jahr 2004 festgestellt¹²⁰.

Dafür wären allerdings vor allem in Deutschland umfassende Änderungen der Gesetzeslage erforderlich, die Forderung nach Beschluss eines Fortpflanzungsmedizingesetzes nach österreichischem oder schweizer Vorbild wird von Seiten der Reproduktionsmediziner¹²¹ immer wieder laut.

¹¹⁷⁾ *Siegmund-Schultze*, Vom Zeugen und Absterbenlassen, Dtsch Arztebl 105 (2008) A2261.

¹¹⁸⁾ *Gardner/Schoolcraft/Wagley et al*, A prospective randomized trial of blastocyst culture and transfer in in-vitro fertilization, Hum Reprod 13 (1998) 3434.

¹¹⁹⁾ *Papanikolaou et al*, In vitro fertilization with single blastocyst-stage versus single cleavage-stage embryos, N Engl J Med 354 (2006) 1139.

¹²⁰⁾ *Klinkhammer*, Gesetzliche Regelung gefordert, Dtsch Arztebl PP 9 (2008), 400.

¹²¹⁾ *Diedrich*, Die Notwendigkeit eines Fortpflanzungsmedizingesetzes – Abstract zur Diskussionsveranstaltung „Kinderwunsch in der Krise“ am 28. Juni 2005 in Berlin, <http://www.dggg.de/downloads/fortpflanzungsmedizingesetz> (Stand 01.08.2012); zuletzt auch *Diedrich*, Embryonenschutzgesetz – Brauchen wir eine Änderung? Der Gynäkologe 43 (2010) 612.

Für Österreich wird ein Umdenken vor allem im Bereich der Qualitätskontrolle ein Umdenken gefordert. Pro futuro soll nicht die Erfolgsquote an klinischen Schwangerschaften gemessen werden, sondern vielmehr der SET gefördert werden.¹²²

Bevor ich zum Kapitel der Aufbewahrung, also der Rechtslage für die Kryokonservierung komme, muss abschließend noch die Frage geklärt werden, was generell mit überzähligen Embryonen zu geschehen habe. Vor allem auch in Zusammenhang mit der vermehrten Anwendung der Embryonenselektion für den SET wird diese Problematik besonders in Deutschland aufgrund einer etwas unglücklichen Gesetzeslage zunehmend brisant.

2.4 Umgang mit überzähligen Embryonen

Wie bereits im Kapitel 2.2 angeführt, ist eine Befruchtung auf Vorrat weder im FMedG (§ 10) noch im ESchG (§ 1 Abs 1 Nr. 5) vorgesehen. Der Tatbestand einer Entstehung überzähliger Embryonen sollte sich daher gar nicht verwirklichen können. Zum Vorgang des Embryotransfers findet sich aber übereinstimmend in beiden Gesetzeswerken auch die Bedingung einer Zustimmung der Frau, auf die der Embryo übertragen werden soll. Wird diese nach erfolgter Befruchtung widerrufen, so findet man sich mit diesem Tatbestand dennoch konfrontiert.

Insbesondere vor dem Hintergrund zunehmender schadenersatzrechtlicher Forderungen beim Eintreten ungewollter Mehrlingsschwangerschaften muss vermehrt auf die Reduktion transferierter entwicklungsfähiger Zellen (zum SET siehe Kapitel 2.3) zurückgegriffen werden. Zwar gilt in Österreich die Geburt eines gesunden, wenn auch unerwünschten Kindes nicht als Schaden¹²³, es bleibt jedoch abzuwarten, ob gesundheitliche Probleme, die eine höhergradige Mehrlingsschwangerschaft bei der Mutter auslösen, als solcher gesehen werden könnten.

Dazu kommt, dass der Vorgang der Stimulation ein für die Frau sehr belastender und nicht ganz risikoarmer Eingriff¹²⁴ in den Hormonregelhaushalt des Körpers ist. Soll eine extrakorporale Befruchtung von Eizellen vorgenommen werden, kommt nämlich zur Gewinnung einer möglichst großen Zahl von Oozyten das Verfahren der kontrollierten ovariellen Überstimulation¹²⁵ zur Anwendung.

¹²²⁾ Tews, Wien Klin Wochenschr 120 (2008) 184 (186).

¹²³⁾ OGH 07.08.2008, 6 Ob 148/08 w.

¹²⁴⁾ Sander/Borcard, Das ovarielle Überstimulationssyndrom (OHSS), J Gynäkol Endokrinol 21 (2011) 12.

¹²⁵⁾ Schmidt-Matthiesen/Wallwiener (Hrsg), Gynäkologie und Geburtshilfe (2005) 141.

Nach erfolgter Befruchtung werden die vielversprechendsten Embryonen transferiert. Um eine Selektion zu ermöglichen, müssen aber in praxi zumeist mehr Eizellen befruchtet werden, als auf die Frau übertragen werden können. Darüberhinaus hat die Erfahrung – wie bereits erwähnt – gezeigt, dass kryokonservierte Eizellen in einem Folgezyklus deutlich schlechtere Schwangerschaftsraten nach sich ziehen als kryokonservierte Embryonen.

Diese aus wissenschaftlicher Sicht vernünftige Vorgehensweise führt aber zwangsläufig zur Entstehung überzähliger extrakorporaler Embryonen, für die jedoch nur teilweise und eingeschränkt rechtliche Rahmenbedingungen geschaffen wurden.

Unbestreitbar ist die Tatsache, dass sowohl das FMedG als auch das ESchG mit der primären Intention einer Regelung der Herbeiführung einer Schwangerschaft bei ansonsten ungewollt kinderlosen Paaren beschlossen wurden, dabei aber auch lebensschutzrechtliche Überlegungen miteinbezogen werden mussten. Zweiterer Aspekt kommt im ESchG vor allem aufgrund der rechtshistorischen Entwicklung deutlich stärker zum Ausdruck. Dies führt jedoch dazu, dass in dieser Norm einige relevante Situationen, die sich heute bei der Anwendung moderner reproduktionstechnischer Verfahren ergeben, vom Regelungsinhalt nicht erfasst werden. Es ergibt sich daher ein Interpretationsspielraum, wobei nach hM eine liberale Leseweise bevorzugt wird.

Klar umrissen sind die Verbote einer künstlichen Veränderung menschlicher Keimbahnzellen, im ESchG zusätzlich auch die des Klonens und der Chimären- bzw Hybridbildung.

In Bezug auf die Aufbewahrung unbeabsichtigt entstandener befruchteter Eizellen, die nicht übertragen werden können, unterscheiden sich das österreichische und das deutsche Regelwerk jedoch deutlich.

2.5 Kryokonservierung von extrakorporalen Embryonen

Für die sinnvolle Durchführung reproduktionstechnischer Maßnahmen ist heutzutage die Anwendung kryokonservativer Verfahren unerlässlich.

Der österreichische Gesetzgeber hat diese Situation erkannt und bereits in der ursprünglichen Fassung des FMedG aus dem Jahr 1992 die Möglichkeit der Aufbewahrung geregelt. Die zunächst auf ein Jahr bemessene Dauer wurde schließlich

als zu kurz erkannt¹²⁶ und im Rahmen einer Gesetzesnovelle¹²⁷ 2004 auf 10 Jahre angehoben.

Im ESchG finden sich hingegen bis auf die beiläufige Erwähnung im § 9 (Arztvorbehalt) gar keine Angaben über derartige Verfahren. Kaum genauere Angaben macht auch die (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion. In letzterer wird nur ausgeführt, was sich aus den Verboten des ESchG ableiten lässt, nämlich, dass die Kryokonservierung von Embryonen nur in Ausnahmefällen zulässig ist, wenn die im Behandlungszyklus vorgesehene Übertragung nicht möglich ist. Alternativ träte sonst an diese Stelle die Möglichkeit des Absterben-Lassens.

Ebenso vermisst man in den deutschen Normen eine zeitliche Begrenzung im Sinne einer Maximaldauer der Kryokonservierung, eine Kann-Bestimmung über die vertragliche Befristung ist lediglich im Kommentar der (Muster-)Richtlinie erwähnt, auch diese bezieht sich allerdings nur auf Eizellen im Vorkernstadium.

Dies kann aber in letzter Konsequenz dazu führen, dass sogenannte „verwaiste Embryonen“ entstehen. Als verwaist gilt ein Embryo, wenn eine Übertragung auf die Frau nicht möglich ist oder ihr nicht zugemutet werden kann.¹²⁸

Während hingegen kryokonservierte Keimzellen und verwaiste 2-PN-Stadien nach dem Tod der Person, von der die Gamete oder ein Teil der Erbinformation aus der imprägnierten Eizelle¹²⁹ stammt, verworfen werden müssen, gilt dies für verwaiste Embryonen nicht. Somit kann mangels Verbot im ESchG ein Embryotransfer nach dem Tod des Samengebers und sogar nach dem Tod der Eizellgeberin auf eine andere Frau stattfinden, sofern für beide Handlungen eine zu Lebzeiten geäußerte Einwilligung des jeweiligen Gametengebers vorliegt und im Falle des Todes der Eizellgeberin die Embryonenspende nicht von vornherein geplant war. Dies kann aber in weiterer Folge auch zu nicht unerheblichen sozialen und familienrechtlichen Folgeproblemen führen, die umso gravierender sind, je weiter der Zeitpunkt zwischen Kryokonservierung und Übertragung auseinanderliegt.

¹²⁶⁾ Antrag 1002/A 20. GP vom 20.01.1999; AB 1990 BlgNR 20. GP; AB 741 BlgNR 22. GP.

¹²⁷⁾ RV 678 BlgNR 22. GP; Bundesgesetz, mit dem das Fortpflanzungsmedizingesetz geändert wird (Fortpflanzungsmedizingesetz-Novelle 2004 – FMedGNov 2004), BGBl I 2004/163.

¹²⁸⁾ *Frommel/Taupitz/Ochsner/Geisthövel*, Rechtslage der Reproduktionsmedizin in Deutschland, J Reproduktionsmed Endokrinol 7 (2010) 96 (101).

¹²⁹⁾ Der Begriff der Imprägnation bezeichnet das Eindringen des Spermium in die Eizelle und wird im Zusammenhang mit der ART als Vorstadium zur Befruchtung, bei der man von einer bereits stattgefundenen Kernverschmelzung ausgeht, gesehen.

2.6 Überlassung von Embryonen

Mit der FMedGNov 2004 wurde Raum geschaffen für die Möglichkeit einer deutlich verlängerten Aufbewahrungsfrist von entwicklungsfähigen Zellen, der maximale Zeitraum wurde von einem auf zehn Jahre angehoben. Es wurde davon ausgegangen, dass es dadurch auch zu einem häufigeren Wechsel des Vertrauensarztes käme.¹³⁰ Um diesem Wunsch Rechnung tragen zu können, wurde das bis dahin geltende Verbot der Überlassung aufgehoben. Nun ist die Weitergabe an eine nach § 5 Abs 2 FMedG zugelassene Krankenanstalt möglich. In Deutschland ist eine Überlassung gar nicht berücksichtigt, da genau genommen die Entstehung überzähliger befruchteter Eizellen nicht vorkommen sollte.

2.6.1 Europarechtliche Sichtweise

Aus der gesetzlich festgelegten Beschränkung der Überlassung von Embryonen resultiert eine europarechtlich interessante Situation. Eine in Österreich begonnene Fertilitätsbehandlung mit anschließender Kryokonservierung von entwicklungsfähigen Zellen könnte demgemäß nicht fortgesetzt werden, wenn sich das Paar dazu entschließt, nach Deutschland auszuwandern, um dort ihren neuen Lebensmittelpunkt zu begründen. Bereits eingefrorene Embryonen könnten einer deutschen Kinderwunsch-Klinik nicht überlassen werden, da diese keine Zulassung nach § 5 Abs 2 FMedG besitzt.

2.6.2 Warenverkehrsfreiheit

Damit wären Grundfreiheiten des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV¹³¹) verletzt. Dazu gehört zum Beispiel die Freiheit des Warenverkehrs, deren Grundlagen neben der Zollunion auch die Beseitigung von Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sowie von Maßnahmen gleicher Wirkung im Handel zwischen den Mitgliedstaaten¹³² umfasst. Der sachliche Schutzbereich kommt zur Anwendung, wenn Waren betroffen sind. Der Begriff der Ware ist im AEUV nicht definiert. Ursprünglich ging die Kommission davon aus, das Feten und Fetalgewebe nicht unter den Begriff der Ware einzuordnen seien.¹³³ Allerdings hat die Stellungnahme

¹³⁰) ErläutRV 678 BlgNR 22. GP 3.

¹³¹) Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl 2008 C 115 S 47.

¹³²) Art 28 bis Art 36 AEUV.

¹³³) Schriftliche Anfrage Nr 442/85 an die Kommission der Europäischen Gemeinschaft, ABl 1985 C 263 S 19.

der Kommission keinen rechtsverbindlichen Charakter. Zudem differenziert der Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit nicht nach der Art der zu handelnden Ware, nur ausnahmsweise wird der Warenbegriff durch rechtliche Aspekte modifiziert, wie dies für Falschgeld und Rauschgift zutrifft.¹³⁴ Ansonsten sind Waren alle Erzeugnisse, die Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.¹³⁵ Selbst ein Geldwert ist für die Einordnung als Ware nicht erforderlich, denn es komme allein darauf an, ob es sich um Gegenstände handelt, die „im Hinblick auf Handelsgeschäfte über eine Grenze verbracht werden“.¹³⁶ Der EuGH stellte darüber hinaus wenige Jahre später klar, dass die ethisch-moralische Dimension eines Verkehrsgeschäftes für die Anwendbarkeit der europäischen Grundfreiheiten nicht von Bedeutung sein kann.¹³⁷ Dem muss aber entgegengehalten werden, dass der Mensch Subjekt ist, nicht Objekt im Sinne einer Ware und aus diesem Grunde der menschliche Körper eine *res extra commercium*, also nicht handelbar. Immanuel Kant unterscheidet zwischen Dingen, die einen Preis haben und solchen, denen Würde zukommt. Damit ist der Mensch, soweit er Träger menschlicher Würde ist, nicht handelbar.¹³⁸ Allerdings erstreckt sich der Menschenwürdeschutz zumindest auf Ebene der EU nicht auf den Embryo *in vitro*¹³⁹, womit dieser nicht aus dem Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit ausgenommen werden kann.

Man geht also davon aus, dass auch Embryonen unter den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit fallen. Für Deutschland wurde am Beispiel humaner embryonaler Stammzellen (hES) allerdings gezeigt, dass einschränkende Vorschriften durchaus zulässig sind.¹⁴⁰ Als Rechtfertigungsgrund dafür wird ein umfassender Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Pflanzen und Tieren genannt, als Tatbestandsmerkmale außerdem die öffentliche Sittlichkeit und Ordnung ins Treffen geführt.

¹³⁴⁾ EuGH 26.10.1982, Rs 240/81, Einberger, Slg 1982, 3699; EuGH 06.12.1990, Rs 343/89, Witzemann, Slg 1990, 4477.

¹³⁵⁾ EuGH 10.12.1968, Rs 7/68, Kommission/Italien, Slg 1968, 634.

¹³⁶⁾ EuGH 09.07.1992, Rs-C 2/90, Kommission/Belgien, Slg 1992 I-4431.

¹³⁷⁾ EuGH 04.10.1991, Rs-C 159/90, SPUC, Slg 1991, I-4685 (= NJW 1993, 776).

¹³⁸⁾ Vgl Art 3 Abs 2 lit c der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl 2010 C 83 S 392.

¹³⁹⁾ *Vöneki/Petersen*, Der rechtliche Status des extrakorporalen Embryos: Das Recht der Europäischen Union, EuR (2006) 340 (343 ff).

¹⁴⁰⁾ *Vöneki/Petersen*, EuR (2006) 340 (367 ff).

2.6.3 Dienstleistungsfreiheit

Ob sich diese Argumentation genauso wie für die embryonalen Stammzellen – denen ein gewisser Handelswert im Sinne einer auf Gewinnerzielung ausgerichteten Forschungstätigkeit nicht in Abrede gestellt werden kann – auch für befruchtete Eizellen umsetzen lässt, die zur Herbeiführung einer Schwangerschaft verwendet werden sollen, muss offen bleiben. Da diese entwicklungsfähigen Zellen vielmehr Teile einer medizinischen Behandlung darstellen, ergeben sich Schwierigkeiten mit der Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit. Diese Grundfreiheit wurde mit dem Zweck einer Auffangfunktion für alle wirtschaftlichen Tätigkeiten im Binnenmarkt geschaffen, die nicht bereits dem freien Waren-, Personen- oder Kapitalverkehr unterliegen.¹⁴¹ Neben der positiven Dienstleistungsfreiheit als Standardfall, bei welcher der Dienstleistungserbringer eine Grenze zu einem anderen Mitgliedstaat überschreitet, um dort gegenüber dem Dienstleistungsempfänger eine Dienstleistung zu erbringen, ist auch die umgekehrte Variante denkbar (negative Dienstleistungsfreiheit), bei der sich der Dienstleistungsnehmer zum Dienstleistungserbringer begibt.¹⁴² Dienstleistung ist in diesem Fall jede selbstständige Leistung nicht-körperlicher Art, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird.¹⁴³ Dies trifft typischerweise auf ärztliche Leistungen zu.¹⁴⁴ Demnach sind auch sämtliche Maßnahmen der Reproduktionsmedizin darin inkludiert. Eine Beschränkung der Weitergabe entwicklungsfähiger Zellen an inländische Krankenhäuser stellte somit einen Eingriff in den sachlichen Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit dar. Der Gesetzgeber hatte mit der Beschränkung reproduktionstechnischer Maßnahmen und in weiterer Folge des Umgangs mit Embryonen auf speziell zugelassene Krankenanstalten allerdings unter anderem die Intention der Vermeidung missbräuchlicher Verwendung.¹⁴⁵ Dies legt den Schluss nahe, dass der Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zur Anwendung kommen kann. Leistungen, die aufgrund ethischer, religiöser, moralischer oder gesellschaftlicher Gründe lediglich in einigen oder einzelnen Mitgliedsstaaten einer strengen Kontrolle unterliegen oder gänzlich untersagt sind, werden von vornherein von der Grundfreiheit ausgenommen. Insofern hat der EuGH entschieden, dass es nicht Sache des Gerichtshofs sei, die Beurteilung, die der Gesetzgeber in den Mitgliedsstaaten vorgenommen hat, in denen diese Tätigkeit rechtmäßig ausgeübt wird durch seine eigene Beurteilung zu ersetzen.¹⁴⁶ Neben den ausdrücklich genannten Rechtfertigungsgründen hat der EuGH

¹⁴¹) EuGH 03.10.2006, Rs C-452/04, Fidium Finanz, Slg 2006 I-9521 Rz 32.

¹⁴²) *Schroeder*, Grundkurs Europarecht (2009) 288.

¹⁴³) *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht⁸ (2012) 468 Rz 961.

¹⁴⁴) RL 93/16/EWG, ABI 1993 L 165 S 1 ff idF ABI 2006 L 363 S 141 ff

¹⁴⁵) ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 17.

¹⁴⁶) EuGH 24.03.1994, Rs C-275/92, Schindler, Slg. 1994 I-1039 Rz 32.

jedoch auch für nicht nach der Staatsangehörigkeit unterscheidende Maßnahmen ungeschriebene Rechtfertigungsgründe, die sogenannten zwingenden Gründe des Allgemeininteresses anerkannt. So stellt das Ziel, die Qualität der durchgeführten Arbeiten zu sichern und deren Abnehmer vor Schäden zu bewahren, einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar, der eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen kann. Übertragen auf das Verbot des Exports entwicklungsfähiger Zellen ist davon auszugehen, dass die in § 5 Abs 2 FMedG festgelegten Voraussetzungen zur Wahrung der Qualität reproduktionstechnischer Maßnahmen und zur Vermeidung missbräuchlicher Verwendung einen ebensolchen Rechtfertigungsgrund darstellen.

2.7 Präimplantationsdiagnostik

Der Wunsch nach gesunden Nachkommen ist so alt wie die Menschheit selbst. Mit der fortschreitenden medizinischen Entwicklung wurde im Laufe des 20. Jahrhunderts auch die Möglichkeit einer Diagnostik am ungeborenen Leben geschaffen. Zunächst nur indirekt – durch Entdeckung und Weiterentwicklung des Ultraschalls als bildgebendes Verfahren – konnten alsbald auch invasive Verfahren Anhaltspunkte für genetische Defekte der Leibesfrucht geben. Als Steele und Breg¹⁴⁷ im Jahr 1966 erstmals eine Chromosomenanalyse im Fruchtwasser beschrieben, war das nur der Beginn einer sich rasch entwickelnden Fülle von Verfahren zur Pränataldiagnostik (PND).

In diesem Zusammenhang ist auch die Entstehung der strafrechtlichen Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs und die in diesem Zuge immer wieder geführte Abtreibungs-Debatte zu sehen. In Österreich wurden im Zuge der Strafrechtsreform 1975 die §§ 96 bis 98 in das StGB aufgenommen, die den Schwangerschaftsabbruch als rechtswidrig erkennen, ihn unter besonderen Umständen allerdings straffrei stellen. In einer Kombination aus Fristen- und Indikationenlösung¹⁴⁸ ist eine nicht sanktionierte Unterbrechung einer Schwangerschaft möglich. Ähnlich lautende Regeln sind im deutschen Strafgesetzbuch aufgelistet; die §§ 218 und 219 dStGB¹⁴⁹ beschäftigen sich mit der Rechtswidrigkeit und Strafbewehrung der Interruptio. Bemerkenswert ist hier, dass in der geltenden Fassung auf die Erwähnung einer embryopathischen (oder eugenischen) Indikation vom deutschen Gesetzgeber absichtlich verzichtet wurde.

¹⁴⁷⁾ Steele/Breg, Chromosome analysis of human amniotic-fluid cells, *Lancet* 287 (1966) 383.

¹⁴⁸⁾ Bis zum 3. Monat kann die Schwangerschaft auf Verlangen der Frau nach ärztlicher Beratung abgebrochen werden, danach nur zur Abwendung einer anders nicht abwendbaren ernststen Gefahr für das Leben oder eines schweren Schadens für die körperliche oder seelische Gesundheit der Schwangeren; ebenso aber, wenn eine ernste Gefahr besteht, dass das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein werde.

¹⁴⁹⁾ Deutsches Strafgesetzbuch (dStGB), dBGBI 1998/75, 3322 idF dBGBI 2012/28, 1374.

Bestand eine solche zwar seit 1976¹⁵⁰ und wurde sie 1992 bei der Anpassung des Strafgesetzbuches¹⁵¹ anlässlich der Wiedervereinigung Deutschlands fortgeschrieben, wurde sie bei einer erneuten Novelle 1995¹⁵² entfernt. Eine Anpassung des deutschen Strafgesetzbuches war deswegen notwendig geworden, da gegen die Formulierung aus dem SFHG 1992, die Fristenlösung sei unter genannten Voraussetzungen nicht rechtswidrig, von der Bayrischen Staatsregierung Normenkontrollklage beim BVerfG erhoben wurde und in dessen Entscheidung 1993¹⁵³ diese Regelung als verfassungswidrig aufgehoben wurde. Somit unterscheidet das Gesetz mittlerweile zwischen dem bloßen Tatbestandausschluss und indikationsgebundenen Rechtfertigungsgründen. Obwohl vom BVerfG nicht beanstandet, wurde auch die Formulierung der embryopathischen Indikation bei dieser Novelle entfernt, wohl um sich von politischer Seite der Eugenik-Diskussion zu entziehen.¹⁵⁴

Das macht verständlich, warum die Präimplantationsdiagnostik-Diskussion nach wie vor höchst kontroversiell geführt wird.

Der technische Aufwand, einem extrakorporal entstandenen Embryo eine Zelle zu diagnostischen Zwecken zu entnehmen, ist minimal. Die genetischen Veränderungen der häufigsten Erbkrankheiten sind bekannt. Entsprechend fragt der besorgte Betrachter: „Dürfen wir, was wir können?“ Pro und Contra wurden in den vergangenen Monaten besonders in Deutschland vor dem Hintergrund des Freispruchs¹⁵⁵ eines Berliner Gynäkologen, der zwischen 2005 und 2006 in 3 Fällen PGD angewandt – und sich schließlich zur Schaffung einer Rechtsklarheit selbst angezeigt – hatte, wieder verstärkt abgewogen.

In den folgenden Absätzen werde ich die Rechtslage in Österreich und Deutschland darstellen, wobei vorauszuschicken ist, dass bis zu jenem aufsehenerregenden Urteil in beiden Ländern nach einhelliger Meinung – wenn auch nicht nach herrschender Lehre – davon ausgegangen wurde, dass die PGD verboten ist. Interessant und diskussionswürdig sind aber die Berührungspunkte der PGD und der PND, die sich

¹⁵⁰⁾ 15. Strafrechtsänderungsgesetz (StÄG) vom 18.05.1976, dBGBI I 1976/56, 1213. Von der Norm umfasst waren die medizinische, embryopathische, kriminologische und die allgemeine Notlagen-Indikation (§ 218a dStGB).

¹⁵¹⁾ Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlicheren Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs (Schwangeren- und Familienhilfegesetz – SFHG), dBGBI I 1992/37, 1398.

¹⁵²⁾ Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz (SFHÄndG), dBGBI I 1995/44, 1050.

¹⁵³⁾ BVerfGE 88, 203.

¹⁵⁴⁾ *Berg*, Die Problematik der „eugenischen Indikation“ als Rechtfertigungsgrund iSv § 218a II StGB nF, insbesondere im Vergleich mit den entsprechenden Regelungen in Tschechien und Ungarn (2003) 38.

¹⁵⁵⁾ BGH, 06.07.2010 – 5 StR 386/09.

daraus teils ergebenden Wertungswidersprüche und die notwendigen Anpassungen der Regelung der Präimplantationsdiagnostik.

2.7.1 PGD in Österreich

Es ist in § 9 Abs 1 FMedG recht klar dargelegt, dass entwicklungsfähige Zellen nur insoweit untersucht und behandelt werden dürfen, als dies zur Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich ist. Weil die Entnahme von Zellen zur genetischen Analyse nicht der Herbeiführung der Schwangerschaft ieS dient, gilt die PGD in Österreich verboten. Man kann natürlich argumentieren, dass es Veränderungen gibt, die mit dem Eintritt der Schwangerschaft nicht vereinbar sind und daraus eine Zulässigkeit der präimplantativen Untersuchung ableiten. Dennoch wird hierzulande lediglich die Polkörperdiagnostik angewandt.

Unbestritten ist, dass der Durchführung einer Präimplantationsdiagnostik eine IVF vorangehen muss. Daraus ergibt sich ein weiteres Dilemma: Würde die PGD in einer zukünftigen Gesetzesnovelle beispielsweise für Paare mit erhöhtem Risiko für Erbkrankheiten zugelassen, müsste dies zwangsläufig auch eine korrespondierende Erweiterung der Indikationen für die IVF nach sich ziehen.¹⁵⁶

2.7.2 PGD in Deutschland

Wenn man auch davon ausgehen kann, dass gleichwohl der österreichische¹⁵⁷ als auch der deutsche¹⁵⁸ Gesetzgeber mit Einführung gewisser Bestimmungen verhindern wollte, dass Embryonen mit dem primären Ziel einer Forschung an befruchteten menschlichen Eizellen erzeugt werden, so hat trotzdem das jüngst Aufsehen erregende Urteil des BGH¹⁵⁹ zur Erörterung interessanter Details geführt, die ich im Folgenden erläutern möchte.

Da das ESchG denjenigen unter Strafe stellt, der es unternimmt, eine Eizelle künstlich zu befruchten, ohne eine Schwangerschaft der Frau herbeiführen zu wollen, von der

¹⁵⁶⁾ Ansonsten könnte die PGD nur vorgenommen werden, wenn zufällig auch eine Infertilität vorliegt, was zu einer gleichheitswidrigen Privilegierung infertiler Paare führen würde; vgl auch: Präimplantationsdiagnostik (PID) – Bericht der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt (2004).

¹⁵⁷⁾ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 19 f; Bericht des Bundesministers für Wissenschaft und Forschung an den Nationalrat (1986).

¹⁵⁸⁾ Gentechnologie VI, 28.

¹⁵⁹⁾ BGH, 06.07.2010 – 5 StR 386/09

die Eizelle stammt¹⁶⁰, ist zunächst zu klären, ob die Durchführung einer PGD unter diesen Straftatbestand zu subsumieren ist. Es wird angenommen, dass im Falle des Nachweises einer Erbkrankheit die Absicht besteht, die befruchtete Eizelle zu verwerfen. Im Beschluss des Kammergerichts Berlin¹⁶¹ heißt es hierzu, dass derjenige mit einer solchen Absicht handle, dem es auf diesen zumindest als möglich vorgestellten Erfolg ankommt. Der rechtlich relevante Erfolg könne somit auch ein Zwischenziel sein, sofern es dem Täter auch auf dieses ankommt, mag er auch ein anderes Haupt- oder Endziel verfolgen.

Im Gegenzug wird behauptet, dass § 1 Abs 1 Nr 2 ESchG Absicht im Sinne eines auf den Erfolg ausgerichteten dolus directus ersten Grades verlange. Gleichfalls sei die Absicht nicht bedingungsfeindlich und der Täter könne sein Handeln vom Eintritt objektiver Bedingungen abhängig machen, ohne dass an der Endgültigkeit seines Tatentschlusses zu zweifeln wäre.¹⁶²

Zu beachten bei vorliegender Diskussion ist zudem, dass im ESchG auch mit Strafe bedroht ist, einen Embryo auf eine Frau ohne deren Einwilligung zu übertragen. So könnte man argumentieren, dass die Frau die Zustimmung zur Übertragung nach Bekanntwerden des pathologischen Ergebnisses der Präimplantationsdiagnostik nicht gegeben habe, genauso wie sie das aber bei jeder anderen befruchteten Eizelle tun könne, auch wenn keine PGD durchgeführt wurde.

Der BGH führt weiters dazu aus, dass der historische Gesetzgeber mit Einführung des § 1 Abs 1 Nr 2 vor allem die verbrauchende Embryonenforschung und gespaltene Mutterschaften verbieten wollte. Demgemäß ist die PGD in der derzeit durchgeführten Form (Entnahme von pluripotenten Zellen) im Sinne einer Blastozystenbiopsie nicht davon erfasst, während hingegen die Präimplantationsdiagnostik an totipotenten Zellen auch wegen des Verstoßes gegen das Klonverbot¹⁶³ mit Strafe bedroht bleiben wird.

Zu befassen hatten sich die Richter auch mit dem Verdachtsmoment eines Verstoßes des Angeklagten gegen § 2 Abs 1 ESchG, eine Bestimmung, die denjenigen unter Strafe stellt, der „einen extrakorporal erzeugten [...] menschlichen Embryo veräußert oder zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck abgibt, erwirbt oder verwendet“. Das Stehenlassen oder Wegschütten der Embryonen, bei denen ein genetischer Defekt festgestellt worden ist, stelle laut Anklagevertretung einen nicht der Erhaltung

¹⁶⁰) § 1 Abs 1 Nr 2 ESchG.

¹⁶¹) KG Berlin, 09.10.2008 – 1 AR 678/06 - 3 Ws 139/08.

¹⁶²) BGH, 06.07.2010 – 5 StR 386/09 Rz 15.

¹⁶³) § 6 Abs 1 ESchG.

dienenden Zweck dar. Dieser Punkt ist in der Literatur mehrfach äußerst kontrovers diskutiert worden.

In der Beweisführung der ersten Instanz (LG Berlin) hieß es dazu, dass nach dem Wortlaut der Vorschrift das Vernichten des Embryos kein „Verwenden“ darstelle, da nach dem allgemeinen Sprachgebrauch unter „Verwenden“ ein zweckgerichteter Umgang mit dem Embryo zu verstehen sei, dessen Nutzung erst dann zu einer Verschlechterung seines Gesundheitszustandes führe. Die Embryos seien gerade deswegen „weggeschüttet oder weggeworfen“ worden, weil der Angeklagte keine „Verwendung“ mehr für sie gesehen habe. Dies sei demzufolge als Vernichtung und nicht als missbräuchliche Verwendung zu sehen. Dieser Ansicht wurde entgegengehalten, dass Verwenden im Sinne der Vorschrift weiter nichts bedeute, als mit dem Embryo etwas in einer Absicht zu tun, die nicht seiner Erhaltung diene.¹⁶⁴

Zur Unterstreichung der Tatsache, dass Vernichtung eben nicht in den Bereich der Verwendung gehöre, wurden sogar Vergleiche mit den Urkundsdelikten gezogen.¹⁶⁵ Somit könne das Verwendungsverbot nicht als umfassender Auffangtatbestand gedeutet werden.

Noch einmal abgeschwächt würde der Vorwurf beim Vorgang des Absterben-Lassens eines Embryos, da das Unterlassen lebenserhaltender Maßnahmen in seinem Unrechtsgehalt nicht einer aktiv-missbräuchlichen Verwendung entspräche. Diese Argumentationslinie wird zwar kritisiert, da es sich strafrechtsdogmatisch konsequent bei diesem Vorgehen um eine absehbare und gewollte „Vernichtung durch Zeitablauf“ handle.¹⁶⁶ Möchte man hier in Anlehnung an § 13 Abs 1 dStGB positives Tun und Unterlassen gleichsetzen, so setzt dies allerdings das Bestehen einer Garantenpflicht voraus.

Dies kann man unter Anwendung des Konstruktes eines Behandlungsvertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter tun.¹⁶⁷ Ebenso könnte den Arzt eine Garantenpflicht aus vorangegangenem gefährlichen Tun (Ingerenz) treffen. Man stellt in diesem Fall auf das Vorverhalten ab, das aber auch nur dann pflichtbegründend wirkt, wenn es die

¹⁶⁴) Vgl *Tschernoster*, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik, MedR 28 (2010) 36 (38) mwN.

¹⁶⁵) Die Vernichtung einer Urkunde ist in einem eigenen Paragraph (§ 274 dStGB) unter Strafe gestellt und könne daher nicht unter den Tatbestand des § 267 dStGB subsumiert werden.

¹⁶⁶) Vgl *Spranger*, Anmerkung zu: *Tschernoster*, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik MedR 28 (2010) 41.

¹⁶⁷) *Böcher*, Präimplantationsdiagnostik und Embryonenschutz (2004) 106 ff mwN.

nahe adäquate Gefahr des Erfolgseintrittes verursacht hat und objektiv pflichtwidrig war.

Beleuchtet man die Schritte von der Befruchtung bis zur Implantation unter diesen Gesichtspunkten, so ergibt sich daraus, dass der Vorgang der IVF selbst als gefährliches Tun in Betracht kommt und bei bestehender Absicht der Durchführung einer Präimplantationsdiagnostik bzw. der Übertragung nur bei unauffälligem Befund auch als objektiv pflichtwidrig zu gelten hat, jedoch keine Gefährdung für das Leben oder die Gesundheit des Embryos darstellt, da dieser zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht existiert.

Die Biopsie des Embryos – geht man davon aus, dass nicht totipotente, sondern jedenfalls bereits weiter differenzierte Zellen entnommen werden – ist nicht einmal pflichtwidrig.

Schließlich wird noch der Vorgang der genetischen Untersuchung selbst zum gefährlichen Vorverhalten gezählt, das eine Ingerenz nach sich ziehen könnte. Indirekt beeinflusst dieser Prozess auch die Gesundheit bzw. das Leben des Embryos, da im Falle eines Ergebnisses mit Krankheitswert die Vernichtung der extrakorporalen Frucht droht. Die Vernichtung der untersuchten Zelle selbst ist hingegen nicht objektiv pflichtwidrig und somit könnte eine Ingerenz nur unter Annahme eines rechtmäßigen Vorverhaltens gegeben sein¹⁶⁸, was nach hM abzulehnen ist.

In diesem Zusammenhang muss man sich auch die Frage des Alternativverhaltens stellen. Nämlich selbst im Falle einer bewußten Übertragung eines genetisch geschädigten Embryos ist dessen Überleben damit nicht gesichert. Das liegt einerseits darin begründet, dass eine natürliche Selektion besteht, die dazu führt, dass es bei nicht überlebensfähigen Embryonen meist gar nicht zur Implantation kommt, andererseits, dass der Mutter nach wie vor das Recht der Pränataldiagnostik mit anschließender Abtreibung zusteht.

Bleibt noch die Kryokonservierung, die als Standardverfahren eigentlich genauso wenig zugelassen ist, in Ausnahmefällen als Lebensschutzmaßnahme aber angewendet werden kann. Eine Mitwirkungspflicht ist dafür freilich nicht festgeschrieben, eine schrankenlose Berufung auf das Weigerungsrecht soll aber insofern nicht in Betracht kommen, als eine widersprüchliche Handlung des Arztes – also etwa die

¹⁶⁸) Vgl *Schneider*, Auf dem Weg zur gezielten Selektion – Strafrechtliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik, MedR 18 (2000) 363.

Durchführung einer künstlichen Befruchtung ohne Vornahme der nachgelagerten Kryokonservierung – eine Grenze des Weigerungsrechts darstellen muss.¹⁶⁹

Vor dem Hintergrund der Entstehung beschriebener Konflikte musste sich der deutsche Bundestag daher am 7. Juli 2011 mit dem Verbot bzw. der begrenzten Zulassung einer Präimplantationsdiagnostik beschäftigen.

Zuvor waren von den Abgeordneten drei verschiedene Anträge¹⁷⁰ eingebracht worden. Der erste Entwurf sah ein umfassendes Verbot der PGD durch Abänderung des GenDG¹⁷¹ vor, der zweite eine begrenzte Zulassung, die Fälle von hoher Wahrscheinlichkeit einer schwerwiegenden Erbkrankheit auf Grund genetischer Disposition der Eltern bzw. Untersuchungen bei Verdacht auf schwere Schädigung des Embryos, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Fehl- oder Totgeburt führen würde, umfasste. Ein dritter Antrag wollte die Präimplantationsdiagnostik nur zulassen, wenn aufgrund einer genetischen Disposition eine hohe Wahrscheinlichkeit für eine Fehl- oder Totgeburt gegeben wäre oder mit dem Tod des Kindes innerhalb des ersten Lebensjahres zu rechnen wäre.

Die Entwürfe wurden sodann zur federführenden Beratung an den Ausschuss für Gesundheit überwiesen und schließlich wurde am 7. Juli 2011 der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik¹⁷², das Änderungen im ESchG vorsieht, beschlossen.

Somit ist in Deutschland nun die PGD zugelassen, unterliegt aber strengen Auflagen. So hat vor Einholung der Einwilligung eine Aufklärung und Beratung zu den medizinischen, psychischen und sozialen Folgen der von der Frau gewünschten Untersuchung zu erfolgen. Außerdem muss eine interdisziplinär zusammengesetzte Ethikkommission an den zugelassenen Zentren die Einhaltung der Voraussetzungen für jeden Fall gesondert überprüfen. Eine Präimplantationsdiagnostik darf daher auch nur im Falle einer zustimmenden Bewertung durch die Ethikkommission erfolgen. Schließlich ist noch ein Arztvorbehalt festgeschrieben, wobei die erforderliche Qualifikation der solcherart tätigen Ärzte durch Verordnung der Bundesregierung bestimmt wird.

¹⁶⁹⁾ Vgl. *Spranger*, MedR 41.

¹⁷⁰⁾ Drucksache 17/5450, 17/5451 und 17/5452 des Bundestages.

¹⁷¹⁾ Gesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (Gendiagnostikgesetz – GenDG), dBGBI I 2009/50, 2529 idF dBGBI I 2009/71, 3672.

¹⁷²⁾ Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik (Präimplantationsdiagnostikgesetz – PräimpG), dBGBI 2011/58, 2228.

2.8 Klonen und Stammzellforschung

Der Vorgang des Klonens umfasst die Herstellung genetisch identer Kopien eines Individuums. Dabei kommen die Verfahren des sogenannten Embryosplittings oder auch des somatischen Kerntransfers (SCNT = somatic cell nuclear transfer, CNR = cell nuclear replacement) zur Anwendung. Nach dem Ziel unterscheidet man zwischen dem Klonen zu Fortpflanzungszwecken (reproduktives Klonen) und dem Klonen zu biomedizinischen Forschungszwecken (therapeutisches oder auch experimentelles Klonen).

Exkurs: Embryologie

Zum besseren Verständnis der nachfolgend gebrauchten Fachbegriffe sei hier kurz ein Grundriss der Embryogenese gegeben:

Die befruchtete Eizelle, die auch als Zygote bezeichnet wird, erreicht nach etwa 30 Stunden das Zweizellenstadium, das Vierzellenstadium etwa 40 Stunden danach, das Zwölf- und Sechzehnzellenstadium nach etwa 3 Tagen. Die Zellen werden dabei mit jeder Furchungsteilung kleiner und heißen Blastomeren, das daraus entstehende Gebilde Morula¹⁷³.

Man weiß, dass bis zum Erreichen des Achtzellenstadiums jede Zelle totipotent ist, das heißt, dass sie sich im Falle geeigneter Voraussetzungen (wie sie beispielsweise in einer Gebärmutter herrschen) zu einem eigenständigen Individuum zu entwickeln vermag. Danach findet bereits eine Differenzierung statt, im 12- bis 16-Zellenstadium kann eine innere Zellmasse von einer äußeren Zellschicht unterschieden werden. Die Morulazellen sehen noch gleich aus, im Verlauf der weiteren Entwicklung wird die innere Zellmasse¹⁷⁴ jedoch den Embryo bilden, während sich die äußere Zellschicht zum Trophoblast entwickelt, aus dem die Plazenta hervorgeht. Man bezeichnet die Zellen nun als pluripotent. Findet zu diesem Zeitpunkt eine Durchschnürung der Zygote statt, so entstehen eineiige Zwillinge, die sich jedoch eine Plazenta und eine Chorionhöhle teilen.

¹⁷³⁾ Morula: Maulbeerkeim, von lat. morum: die Maulbeere.

¹⁷⁴⁾ Aus dieser inneren Zellmasse stammen auch die embryonalen Stammzellen (hES), diese sind in der Lage, sich in Zellen aller drei Keimblätter (Ento-, Ekto- und Mesoderm) sowie in Zellen der Keimbahn zu differenzieren.

2.8.1 Reproduktives Klonen

Ein explizit ausformuliertes Klonverbot sucht man in den österreichischen Normen vergeblich. Dennoch geht die hM davon aus, dass die Techniken des reproduktiven Klonens hierzulande verboten sind. Obwohl im Entwurf zur FMedGNov 2004¹⁷⁵ noch enthalten, wurde letztendlich in der RV auf das ausdrückliche Verbot wieder verzichtet. Da Österreich bis heute auch die Biomedizin-Konvention¹⁷⁶ des Europarates weder unterzeichnet noch ratifiziert hat, kommt damit auch das Zusatzprotokoll über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen¹⁷⁷ nicht zur Anwendung.

Das geltende Verbot reproduktiven Klonens kann nach allgemeiner Ansicht aus dem FMedG ausreichend abgeleitet werden. Gemäß § 9 Abs 1 ist das Verfahren des Embryosplitting genauso wie der Vorgang des somatischen Kerntransfers in eine Eizelle nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung nämlich nicht zur Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich. Ob CNR auch einen Verstoß gegen § 9 Abs 2 darstellt, wird strittig diskutiert, da es ja hierbei nicht zu einer Manipulation am menschlichen Erbgut kommt.¹⁷⁸

Stellt man sich die Frage, ob es sich bei den Verfahren des Klonens um Eingriffe gentechnischer Art handeln könnte, so ist zu prüfen, ob diese unter den Anwendungsbereich des GTG¹⁷⁹ zu subsumieren sind. In § 1 Abs 1 leg cit wird als Ziel festgelegt, die Gesundheit des Menschen einschließlich seiner Nachkommenschaft vor Schäden zu schützen, die unmittelbar durch Eingriffe am menschlichen Genom, durch genetische Analysen am Menschen oder durch Auswirkungen gentechnisch veränderter Organismen auf den Menschen oder mittelbar durch Auswirkungen gentechnisch veränderter Organismen auf die Umwelt entstehen können. Auch der Begriff der GVO, unter dem nach der Legaldefinition gemäß § 4 Z 3 solche Organismen zu verstehen sind, deren genetisches Material derart verändert worden ist, wie dies unter natürlichen Bedingungen weder durch Kreuzung, natürliche Rekombination

¹⁷⁵⁾ 131/ME 22. GP.

¹⁷⁶⁾ Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, 04.04.1997 SEV 164.

¹⁷⁷⁾ Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen, 12.01.1998 SEV 168.

¹⁷⁸⁾ Vgl *Miklos*, Einige rechtliche Überlegungen zum Klonen menschlicher Zellen unter besonderer Berücksichtigung embryonaler Stammzellen, in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), *Biotechnologie und Recht* (2002) 119 (150).

¹⁷⁹⁾ Bundesgesetz, mit dem Arbeiten mit gentechnisch veränderten Organismen, das Freisetzen und Inverkehrbringen von gentechnisch veränderten Organismen und die Anwendung von Genanalyse und Genterapie am Menschen geregelt werden (Gentechnikgesetz - GTG), BGBl 1994/510 idF BGBl I 2006/13.

oder andere herkömmliche Züchtungsverfahren vorkommt, ist auf die Klone nicht anzuwenden.

Demgemäß kann davon ausgegangen werden, dass es sich bei vorliegenden Verfahren des reproduktiven Klonens – also sowohl des Embryo-Splittings als auch des Kerntransfers (zumal hier der gesamte Zellkern ausgetauscht wird und somit kein Eingriff in die menschliche Keimzellbahn erfolgt) – grundsätzlich nicht um Gentechnik im Sinne des GTG handelt.

Unmissverständlich deutlicher formuliert das ESchG zu dieser Thematik, laut § 6 wird bestraft, wer künstlich bewirkt, dass ein menschlicher Embryo mit der gleichen Erbinformation wie ein anderer Embryo, ein Fötus, ein Mensch oder ein Verstorbener entsteht, genauso wie derjenige, der einen solchen Embryo auf eine Frau überträgt.

Diskutiert wurde an dieser Formulierung nur der Begriff der „gleichen Erbinformation“, da beim somatischen Zellkerntransfer die Erbinformation des Klons ja nur zu 99% der Erbinformation der Somazelle entspricht. Mit dem Argument der gewählten Formulierung und da es sich eben nicht um „die selbe“ Erbinformation handeln müsse, wurde festgehalten, dass eine völlige Identität ohnehin nicht gefordert war.¹⁸⁰

2.8.2 Therapeutisches Klonen

Von der technischen Seite ergibt sich beim „Forschungsklonen“ kein Unterschied zum „Fortpflanzungsklonen“, die Verfahren sind die selben. Die Zielsetzung ist jedoch eine andere: Abgestellt wird beim therapeutischen Klonen nicht auf die Erzeugung neuen Lebens, sondern auf das Arbeiten mit und an embryonalen Stammzellen zum Zwecke einer möglichen zukünftigen regenerativ-therapeutischen Anwendung.

Dementsprechend ist auch die darum geführte Ethik-Diskussion und die rechtliche Einordnung eine andere. Während das reproduktive Klonen im Allgemeinen – von wenigen Ausnahmen (Severino Antinori, Panayiotis Zavos) abgesehen¹⁸¹ – als bedenklich eingestuft wird, ist die Akzeptanz des therapeutischen Klonens etwas höher. Das mag an der Wortwahl selbst liegen, die Hoffnung auf Heilung bislang nicht behandelbarer Erkrankungen impliziert, auch wenn Erfolge noch ausgeblieben sind.

¹⁸⁰⁾ Bernat, Der menschliche Keim als Objekt des Forschers: rechtsethische und rechtsvergleichende Überlegungen, J Fertil Reprod 9 (1999) 7 (11).

¹⁸¹⁾ Graumann/Poltermann, Immer wieder Streit ums Klonen, Heinrich-Böll-Stiftung (2004), <http://www.wissensgesellschaft.org/themen/biopolitik/klonstreit.pdf> (Stand 01.08.2012)

Genauso wie beim reproduktiven Klonen ist die Entnahme von toti- oder pluripotenten Stammzellen aus einer „entwicklungsfähigen Zelle“ gemäß FMedG untersagt. Da die Erzeugung humaner embryonaler Stammzellen (hES) mittels Zellkerntransfer im Falle des therapeutischen Klonens aber nicht auf die Herbeiführung einer Schwangerschaft abzielt, wird sie vom FMedG nicht erfasst. Das Manipulationsverbot an sämtlichen Keimzellen kommt nämlich nur dann zum Tragen, sofern diese Zellen „für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen verwendet werden sollen“. Dazu kommt, dass das Verbot von Eingriffen an entwicklungsfähigen Zellen nicht greift, da gemäß Legaldefinition darunter nur „befruchtete Eizellen und daraus entwickelte Zellen“ zu verstehen sind. Dies trifft aber mangels Befruchtung bei der Methode des Kerntransfers von vornherein nicht zu.¹⁸²

In Deutschland hat man zur Regelung der Materie zu einem eigenen Gesetz gegriffen, ohne deswegen die Verbote des ESchG abändern zu müssen. Laut § 1 ESchG ist es nämlich untersagt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. § 1 Abs 1 Nr 2 iVm § 6 ESchG machen es also unmöglich, in Deutschland embryonale Stammzellen zu Forschungszwecken zu erzeugen.

Abhilfe schafft hier das StZG¹⁸³, das unter besonderen Voraussetzungen die Einfuhr und Verwendung embryonaler Stammzellen erlaubt, wobei diese im Herkunftsland zum Zwecke der Herbeiführung einer Schwangerschaft erzeugt und in Übereinstimmung mit der Rechtslage vor einem gewissen Stichtag¹⁸⁴ gewonnen werden mussten.

¹⁸²⁾ *Kopetzki*, Grundrechtliche Aspekte der Biotechnologie am Beispiel des „therapeutischen Klonens“, in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), Biotechnologie und Recht (2002) 15 (15).

¹⁸³⁾ Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz – StZG), dBGBI I 2002/42, 2277 idF dBGBI I 2008/37, 1708.

¹⁸⁴⁾ In der ursprünglichen Fassung des StZG war dieser Tag mit 01.01.2002 festgelegt worden, in einer Novelle wurde er auf 01.05.2007 verschoben.

3 Strafsanktionen

In Deutschland und Österreich wurden auch verschiedene Rechtsmaterien in der Ausgestaltung der Regelung der assistierten Reproduktion bemüht.

3.1 Strafrecht als ultima ratio

Was den deutschen Gesetzgeber so hat er mit dem ESchG den Weg des Strafrechts gewählt. Dies mag gerechtfertigt erscheinen, da die darin geregelten Tatbestände dem im Strafgesetzbuch geregelten Schwangerschaftsabbruch nahe verwandt sind.¹⁸⁵ Dennoch führte am ehesten – wie in Kapitel II 1.2 bereits erläutert – eine Unzulänglichkeit der Kompetenzverteilung für gesundheitsrechtliche Regelungen zu vorliegendem Ergebnis: bei dem als eigenständiges Gesetz konstruierten ESchG handelt es sich der Sache nach um einen Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs. Das Strafmaß reicht bei zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren, eine Ausnahme bildet lediglich ein Verstoß gegen § 7 ESchG (Chimären- und Hybridbildung), der mit einer Höchststrafe von fünf Jahren Freiheitsentzug geahndet werden kann.

Näher als das Strafrecht ist für Reproduktionsmediziner allerdings das Berufsrecht. Ärztliches Handeln wird also im Wesentlichen nicht strafrechtlich kontrolliert. Strafrecht wird also „vielmehr durch ein Netz von präventiven berufsrechtlichen Regelungen gefiltert“.¹⁸⁶ Die Vorgabe des Standesrechts, die (Muster-)Richtlinie der BÄK, ist aber so gefasst, dass kaum Auslegungsspielräume in der Interpretation des ESchG gegeben werden. Mittlerweile hat sich allerdings eine liberalere Auslegung des ESchG durchgesetzt, zuletzt bestätigt vom Gerichtsurteil zur Durchführung von PGD, das mit einem Freispruch endete.¹⁸⁷

3.2 Verwaltungsrecht

Dem durchaus zu befürwortenden Trend einer Entkriminalisierung folgend, hat sich der österreichische Gesetzgeber auf Empfehlung der „Kommission zur Ausarbeitung einer gutachterlichen Stellungnahme zum Problem der in-vitro-Fertilisation“ dazu entschlossen, ohne diese „schärfste Sanktion, die der Rechtsordnung zur Verfügung steht“ auszukommen und „mit gelinderen Mitteln das Auslangen zu finden“. Als Art

¹⁸⁵) Eser, Rechtliche Fragen im Rahmen des Embryonenschutzgesetzes in *Grünwaldt/Hahn*, Was darf der Mensch? – Neue Herausforderungen durch Gentechnik und Biomedizin (2001) 86 (88).

¹⁸⁶) Bals-Pratsch/Dittrich/Frommel, J Reproduktionsmed Endokrinol 7 (2010) 87 (89)

¹⁸⁷) BGH, 06.07.2010 – 5 StR 386/09.

der Sanktionierung wurde die Variante der Verwaltungsstrafdrohung beschlossen.¹⁸⁸ Die Kriminalisierungserfordernisse wurden allein in einem kleinen Teilbereich – der Erzeugung eines Embryos mit der vorgefassten Absicht, diesen nicht einer Frau zu implantieren – gesehen. Demgemäß sind in der vom Nationalrat beschlossenen Variante des FMedG Verstöße gegen die Bestimmungen nur mehr Verwaltungsübertretungen mit einer Höchststrafe von 36.000 € oder einer Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Tagen.

¹⁸⁸) Bericht des Bundesministers 29.

III Zusammenfassung

Abschließend soll ein vergleichender Überblick über die einzelnen rechtlichen Regelungen in tabellarischer Form gegeben werden

	Österreich	Deutschland
Inanspruchnahme	Ehe oder Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts	Ehe oder nicht verheiratete Frau, die mit einem nicht verheirateten Mann in einer festgefügt Partnerschaft zusammenlebt
Indikation	Tubarer Faktor, Endometriose, PCO, männlicher Faktor	Abhängig von der gewählten Methode und teils gegliedert in uneingeschränkte und eingeschränkte Indikationen, im Wesentlichen aber auch Follikelreifungsstörungen, Eileiterverschluss und Endometriose sowie die männliche Unfruchtbarkeit umfassend
Durchführungsvoraussetzung	Arztvorbehalt, zugelassene Krankenanstalten	Arzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe oder ständig einsatzbereite interdisziplinäre Arbeitsgruppe, abhängig von der Methode
Samenspende	Für IUI erlaubt, für die Anwendung im Rahmen anderer reproduktionstechnischer Maßnahmen verboten	Erlaubt
Eizellspende	Verboten	Verboten
Erzeugung extrakorporaler Embryonen	Soviel für eine aussichtsreiche und zumutbare medizinisch unterstützte Fortpflanzung notwendig sind	Maximal drei / Zyklus.

	Österreich	Deutschland
Kryokonservierung	Samen, Eizellen, Hoden- und Eierstockgewebe, Befristung bis zum Widerruf oder Tod der Person, von der sie stammen; entwicklungsfähige Zellen bis zum Widerruf der Frau, von der die Eizelle stammt oder bis zum Tod eines der beiden Ehepartner, längstens 10 Jahre	Samen, Eizellen, Hoden- und Eierstockgewebe; Eizellen im PN-Stadium; ausnahmsweise erlaubt: befruchtete Eizellen.
Präimplantationsdiagnostik	PKD erlaubt	Mit strengen Auflagen (bei hohem Risiko einer schwerwiegenden Erbkrankheit aufgrund genetischer Disposition und zur Feststellung einer schwerwiegenden Schädigung des Embryo, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Tod- oder Fehlgeburt führen kann)
Klonen	Verboten, abgeleitet aus FMedG; dezidierte Regelung fehlt	Verboten

Literaturverzeichnis

Monographien und Beiträge in Monographien:

Berg, Die Problematik der „eugenischen Indikation“ als Rechtfertigungsgrund iSv § 218a II StGB nF, insbesondere im Vergleich mit den entsprechenden Regelungen in Tschechien und Ungarn (2003).

Böcher, Präimplantationsdiagnostik und Embryonenschutz (2004).

Fischl, Stellungnahme zum Entwurf zum Bundesgesetz, mit dem das Fortpflanzungsmedizingesetz geändert wird (Fortpflanzungsmedizingesetz-Novelle 2004 – FMedGNov 2004).

Hadolt, Reproduktionstechnologiepolitik in Österreich: Die Genese des Fortpflanzungsmedizingesetzes 1992 und die Rolle von ExpertInnen (2005).

Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht⁸ (2012).

Gardner/Schoolcraft, In vitro culture of human blastocyst in *Jansen/Mortimer* (Hrsg), Towards reproductive certainty: infertility and genetics beyond 1999 (1999) 378.

Gentechnologie - Chancen und Risiken VI: In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie. Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für Forschung und Technologie und des Bundesministers der Justiz (1985).

Höbke, Der Embryo – Mensch von Anfang an?, in *Albrecht/Dierken/Freese/Höbke* (Hrsg), Stammzellforschung – Debatte zwischen Ethik, Politik und Geschäft (2003) 43.

Kopetzki, Grundrechtliche Aspekte der Biotechnologie am Beispiel des „therapeutischen Klonens“, in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), Biotechnologie und Recht (2002) 15.

Mayrhofer, Reproduktionsmedizinrecht (2003).

Miklos, Einige rechtliche Überlegungen zum Klonen menschlicher Zellen unter besonderer Berücksichtigung embryonaler Stammzellen, in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), Biotechnologie und Recht (2002) 119.

Montag et al, Methoden der Kryokonservierung in der Reproduktionsmedizin, in *Felberbaum/Bühler/van der Ven* (Hrsg), Das Deutsche IVF-Register 1996-2006 (2007) 65.

Peichl, Der Embryo in vitro (2004).

Pfleiderer/Breckwoldt/Martius (Hrsg), Gynäkologie und Geburtshilfe (2001).

Riedel, Vorgeschichte und Stand der Gesetzgebung, in *Diedrich/Felberbaum/Griesinger et al* (Hrsg), Reproduktionsmedizin im internationalen Vergleich (2008) 11.

Schmidt-Matthiesen/Wallwiener (Hrsg), Gynäkologie und Geburtshilfe (2005).

Schreiber, Natürlich künstliche Befruchtung? Eine Geschichte der In-vitro-Fertilisation von 1878 bis 1950 (2007).

Schroeder, Grundkurs Europarecht (2009).

Spranger/Dederer/Herdegen/Terpitz, Recht der Lebenswissenschaften I: Aktuelle Herausforderungen der Life Sciences (2010).

Periodika:

Bals-Pratsch/Dittrich/Frommel, Wandel in der Implementation des Deutschen Embryonenschutzgesetzes, *J Reproduktionsmed Endokrinol* 7 (2010) 87.

Berkovitz/Bartoov et al, How to improve IVF-ICSI outcome by sperm selection, *RBM Online* 12 (2006) 634.

Bernat, Der menschliche Keim als Objekt des Forschers: rechtsethische und rechtsvergleichende Überlegungen, *J Fertil Reprod* 9 (1999) 7.

Devroey/Nagy/Tournaye et al, Outcome of intracytoplasmatic sperm injection with testicular spermatozoa in obstructive and non-obstructive azoospermia, *Hum Reprod* 11 (1996) 1015.

Diedrich, Embryonenschutzgesetz – Brauchen wir eine Änderung? *Der Gynäkologe* 43 (2010) 612.

Escher, Künstliche Befruchtung: Kein Verstoß Österreichs, *Salzburger Nachrichten*, 04.11.2011, 6.

Feichtinger, Über die Präimplantationsdiagnostik (PID) beim Menschen aus klinischer Sicht, *Wien Med Wochenschr* 153 (2003) 485.

Feichtinger et al, Human in vitro fertilisation and embryo transfer: first results at the 2nd department of obstetrics and gynaecology, University of Vienna, *Geburtshilfe Frauenheilk* 41 (1981) 482.

Frommel/Taupitz/Ochsner/Geisthövel, Rechtslage der Reproduktionsmedizin in Deutschland, *J Reproduktionsmed Endokrinol* 7 (2010) 96.

Gardner/Schoolcraft/Wagley et al, A prospective randomized trial of blastocyst culture and transfer in in-vitro fertilization, *Hum Reprod* 13 (1998) 3434.

Gardner/Vella/Lane et al, Culture and transfer of human blastocysts increases implantation rates and reduces the need for multiple embryo transfers, *Fertil Steril* 69 (1998) 84.

Gärtner/Mayrhofer, Verbot heterologer Techniken der Reproduktionsmedizin mit EMRK vereinbar, *ZTR* (2012) 60.

Griesinger/Diedrich, Prävention von Mehrlingsgeburten nach IVF in Deutschland, *Gynäkologie* 41 (2008) 200.

Hammel et al, Richtlinien des Arbeitskreises für Donogene Insemination zur Qualitätssicherung der Behandlung mit Spendersamen in Deutschland in der Fassung vom 8. Februar 2006, *J Reproduktionsmed Endokrinol* 3 (2006) 166.

Hepp, Höhergradige Mehrlingsschwangerschaft – klinische und ethische Aspekte, *Frauenarzt* 48 (2007) 440.

Hepp, Präimplantationsdiagnostik – medizinische, ethische und rechtliche Aspekte, *Dtsch Arztebl* 97 (2000) A1213.

Hoppe/Scriba, (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, *Dtsch Arztebl* 103 (2006) A1392.

Kaempffert, Rabbits born in glass, Haldane – Huxley fantasy made real by Harvard biologists, *New York Times*, 13.05.1934, 6.

Katzorke, Sprachlicher Fehler, *Dtsch Arztebl* 103 (2006) A2032.

Klinkhammer, Gesetzliche Regelung gefordert, *Dtsch Arztebl* PP 9 (2008), 400.

Kowalcek, Akzeptanz von Mehrlingsschwangerschaften bei unerfülltem Kinderwunsch, *J Fertil Reprod* 14 (2004) 13.

Lanzendorf/Maloney/Veek et al, A preclinical evaluation of pronuclear formation by microinjection of human spermatozoa into human oocytes, *Fertil Steril* 49 (1988) 835.

Ludwig/Diedrich, Zehn Jahre ICSI, *Gynäkologische Endokrinologie* 1 (2003) 35.

Montag/van der Ven, Gibt es Indikationen für „assisted hatching“, *Der Gynäkologe* 33 (2000) 772.

Ng/Sathanathan/Bongso et al, Subzonal transfer of multiple sperm (MIST) into early human embryos, *Mol Reprod Dev* 26 (1990) 253.

Palermo/Joris/Devroey/Van Steirteghem, Pregnancies after intracytoplasmic injection of single spermatozoon into an oocyte, *Lancet* 340 (1992) 17.

Papanikolaou et al, In vitro fertilization with single blastocyst-stage versus single cleavage-stage embryos, *N Engl J Med* 354 (2006) 1139.

- Pellestor et al*, Maternal aging and chromosomal abnormalities: new data drawn from in vitro unfertilized human oocytes, *Hum Gen* 112 (2003) 195.
- Pincus*, Wichtige Fragen zur Sterilitätslehre, *Archives of Gynecology and Obstetrics* 82 (1907) 188.
- Pincus/Enzmann*, Can mammalian eggs undergo normal development in vitro?, *Proc Natl Acad Sci U S A* 20 (1934) 121.
- Rall/Fahy*, Ice-free cryopreservation of mouse embryos at -196°C by vitrification, *Nature* 313 (1985) 573.
- Sander/Borcard*, Das ovarielle Überstimulationssyndrom (OHSS), *J Gynäkol Endokrinol* 21 (2011) 12.
- Schenk*, Das Säugethierei künstlich befruchtet außerhalb des Mutterleibes, *Mitteilungen des Embryologischen Institutes der KK Universität Wien* 1 (1878) 107.
- Schleyer/Würfel/Krüsmann/Suttner/Fiedler/von Hertwig*, Kryopreservation unbefruchteter Eizellen, *J Fertil Reprod* 15 (2005) 7.
- Schneider*, Auf dem Weg zur gezielten Selektion – Strafrechtliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik, *MedR* 18 (2000) 363.
- Siegmund-Schultze*, Vom Zeugen und Absterbenlassen, *Dtsch Arztebl* 105 (2008) A2261.
- Silber/Nagy/Liu et al*, Conventional in-vitro fertilisation versus intracytoplasmic sperm injection for patients requiring microsurgical sperm aspiration, *Hum Reprod* 9 (1994) 1705.
- Simoner*, Samen und Eizellen: Spendenverbot bleibt, *Der Standard*, 04.11.2011, 10.
- Spallanzani*, Fecondazione artificiale di una cagna, *Opusculi scelti sulle scienze e sulle arti tratti dagli atti delle accademie, e dalle altri collezioni filosofiche et letterarie, dalle opere piu recenti inglesi, tedesche, francesi, latine e italiane e da manoscritti originali e inediti* 4 (1781) 279.
- Spiewak*, Doppelmoral, *Die Zeit* 46 (2011) 39.
- Spiewak*, Verbotene Kinder, *Die Zeit* 17 (2010) 35.
- Spranger*, Anmerkung zu: Tschernoster, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik *MedR* 28 (2010) 41.
- Stecher et al*, Embryonalentwicklung in sequentiellen Kulturmedien, *J Fertil Reprod* 3 (1999) 7.
- Steele/Breg*, Chromosome analysis of human amniotic-fluid cells, *Lancet* 287 (1966) 383.

Steptoe/Edwards, Birth after the reimplantation of a human embryo, *Lancet* 312 (1978) 366.

Stranzl, EU muss Urteil zur Eizellspende prüfen, *Wiener Zeitung*, 01.07.2010, 9.

Tschernoster, Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik, *MedR* 28 (2010) 36.

Tews et al, Beeinflusst die IVF-Gesetzgebung unser ärztliches Handeln? *Wien Klin Wochenschr* 120 (2008) 184.

Tournaye/Devroey/Camus et al, Comparison of in-vitro fertilization in male and tubal infertility: a 3 year survey, *Hum Reprod* 7 (1992) 218.

Vöneki/Petersen, Der rechtliche Status des extrakorporalen Embryos: Das Recht der Europäischen Union, *EuR* (2006) 340.

Weiser, Eizellspende ist kein Menschenrecht, *Die Presse*, 04.11.2011, 5.

Online-Publikationen und Internet-Quellen:

Bagavos/Martin, Sinkende Geburtenraten, Familienstrukturen und politische Reaktionen. Synthesebericht der Jahrestagung 2000. ÖIF-Materialiensammlung Heft 10 (2001),

http://www.oif.ac.at/fileadmin/OEIF/Materialien/sevilla_2000_deutsch.pdf (Stand: 01.08.2012).

Deutsches IVF-Register eV, <http://www.deutsches-ivf-register.de> (Stand 01.08.2012).

Eurostat – Generaldirektion der Europäischen Kommission,

<http://epp.eurostat.ec.europa.eu> (Stand 01.08.2012).

Graumann/Poltermann, Immer wieder Streit ums Klonen, Heinrich-Böll-Stiftung (2004), <http://www.wissengesellschaft.org/themen/biopolitik/klonstreit.pdf> (Stand 01.08.2012).

Eser, Rechtliche Fragen im Rahmen des Embryonenschutzgesetzes in *Grünwaldt/Hahn*, Was darf der Mensch? – Neue Herausforderungen durch Gentechnik und Biomedizin (2001) 86, <http://www.velkd.de/img/bioethik.pdf> (Stand 01.08.2012).

Statistik Austria, <http://www.statistik.at> (Stand 01.08.2012).

Beiträge ohne namentlich genannten Verfasser:

Bundeskanzleramt Österreich, Bioethikkommission fordert grundlegende Reform des Fortpflanzungsrechts, Pressemitteilung vom 13.04.2010.

Datenreport 2011 – Ein Sozialbericht für die Bundesrepublik Deutschland (2011).

Demographisches Jahrbuch 2010 (2011).

D.I.R.-Jahrbuch 2010, Modifizierter Nachdruck aus J Reproduktionsmed Endokrinol 2011.

Eizellspende: Österreich beruft gegen Urteil des EGMR, APA-Meldung, 20.07.2010.

Europe in figures – Eurostat yearbook 2011 (2011).

Eurostat Jahrbuch 2009 (2009).

Gentechnologie - Chancen und Risiken VI: In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie. Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für Forschung und Technologie und des Bundesministers der Justiz (1985).

IVF-Register Jahresbericht 2004 (2005).

IVF-Register Jahresbericht 2011 (2012).

Präimplantationsdiagnostik (PID) – Bericht der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt (2004).

Tun wir den Frauen Gutes?, Der Spiegel 17 (1992), 226.

Lexika:

Psyhyrembel, Klinisches Wörterbuch (2010).

Gespräche und Vorträge:

Diedrich, Die Notwendigkeit eines Fortpflanzungsmedizingesetzes – Abstract zur Diskussionsveranstaltung „Kinderwunsch in der Krise“ am 28. Juni 2005 in Berlin.

Tews, Mehrlingsdaten aus dem IVF-Fonds, Daten und Schlussfolgerungen, Vortrag im Rahmen der ÖGGG-Jahrestagung, 16.06.2006.

