

Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)

Vor § 1.

Die Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizingesetzes

Lit: *Aigner/Schwamberger*, Fortpflanzungsmedizingesetz, Entwurf einer Novelle zum Fortpflanzungsmedizingesetz, RdM 2004, 48; *Barth*, Vorwort, in *Barth/Erlebach* (Hrsg), Handbuch (2015) Vf; *Barth/Erlebach* (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015); *Bernat*, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin im Spiegel der sich wandelnden Sozialmoral, in *Arnold/Bernat/Kopetzki* (Hrsg), Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015 – Analyse und Kritik (2016) 9–44; *Bernat*, Entwicklungslinien des Medizinrechts. Eine Bestandsaufnahme aus Anlass von 20 Jahren „Recht der Medizin“ (1994–2014), RdM 2014, 36; *Bernat*, EGMR 03.11.2011, 57813/2000 (GK), EF-Z 2012/7; *Bernat*, S.H. et al. gegen Österreich: Ein Schritt vorwärts, ein Schritt zurück, in *ÖJK* (Hrsg), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit (2013) 163–205; *Bernat*, Tagungsbericht „Fortpflanzungsmedizin – Ethik und Rechtspolitik“, RdM 2001, 29; *Bernat*, Zivilrechtliche Fragen um die künstliche Humanreproduktion, in *Bernat* (Hrsg), Lebensbeginn durch Menschenhand (1985) 21; *Bioethikkommission*, Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts. Stellungnahme der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt. 2. Juli 2012; *Bioethikkommission*, Stellungnahme an den Verfassungsgerichtshof vom 16. April 2002; *Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt*, Präimplantationsdiagnostik (PID). Bericht der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt. Wien, Juli 2004; *Bundesministeriums für Justiz* (Hrsg) Fortpflanzungsmedizin – Ethik und Rechtspolitik. Enquete (2001); *Erlebach*, Die Samen- und Eizellspende im FMedG, in *Barth/Erlebach* (Hrsg), Handbuch (2015) 213–241; *Erlebach*, Zur Zulässigkeit der Präimplantationsdiagnostik aus rechtlicher Sicht, in *Barth/Erlebach* (Hrsg), Handbuch (2015) 131–163; *Erlebach*, Wo steht Österreich vor und nach der Reform des FMedG? Ein europäischer Rechtsvergleich, iFamZ 2015, 10–12; *Feichtinger/Kemeter*, Über die IVF beim Menschen, in *Bernat* (Hrsg), Lebensbeginn durch Menschenhand (1985); *Fischer-Czermak*, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung für lesbische Paare, EF-Z 2014/35; *Hadolt*, Präimplantationsdiagnostik als Regelungsgegenstand Österreichischer Reproduktionstechnologiepolitik (2009); *Hopf*, Zwischen Kindeswohl und Fortpflanzungsfreiheit: Der Entwurf zum FHG aus der Sicht des Legisten, in *Bernat* (Hrsg), Fortpflanzungsmedizin, Wertung und Gesetzgebung (1991); *Hoyer*, Besprechung von BGH 07.04.1983, IX ZR 24/82, ZfRV 1983, 300; *Huber*, Medizinethische Überlegungen zum FHG, in *Bernat* (Hrsg), Fortpflanzungsmedizin, Wertung und Gesetzgebung (1991);

Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015. Aktueller Stand und verfassungsrechtliche Bewertung, in Arnold/Bernat/Kopetzki (Hrsg), Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015 – Analyse und Kritik (2016) 63–101; *Kopetzki*, Fortpflanzungsmedizinrecht im Umbruch, RdM 2014/1; *Kopetzki*, Altes und Neues zur Präimplantationsdiagnostik, JRP 2012, 317–337; *Kopetzki*, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung: Reformbedarf aus verfassungsrechtlicher Sicht, in ÖJK (Hrsg), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit (2002) 139–162; *Krauskopf*, Das Erkenntnis zum FMedG (G 16/13, G 44/13), Jahrbuch Öffentliches Recht 2014, 207–234; *Lewitscharoff*, „Von der Machbarkeit. Die wissenschaftliche Bestimmung über Geburt und Tod“, www.staatsschauspiel-dresden.de/download/18986/dresdner_rede_sibylle_lewitscharoff_final.pdf (16.11.2016); *Mauernböck*, Das neue Fortpflanzungsmedizinrecht. Eine erste Auseinandersetzung mit den wesentlichen Änderungen, ZTR 2015, 107–119; *Mayrhofer*, Recht der Fortpflanzungsmedizin: Reformen verfassungsrechtlich geboten? Aktuelle Fragen des öffentlichen Rechts im Jahr 2010, Jahrbuch Öffentliches Recht 2011, 349–373; *Novak*, Fortpflanzungsmedizin und Grundrechte, in Bernat (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Ethik und Recht (2000) 62–73; *Okresek*, EGMR 03.11.2011, 57813/00, ÖJZ 2012/2; *Ranner*, Aspekte der künstlichen Insemination, in Bernat (Hrsg), Lebensbeginn durch Menschenhand (1985); *Ranner/Bernat*, Heterologe Insemination und Zivilrecht, ÖAZ (1984) 1345ff; *Schlink*, Die Würde in vitro. Zur Debatte des Bundestags um die Präimplantationsdiagnostik, Der Spiegel 22/2011, 30; *Steiner*, Rechtsfragen der „In-Vitro-Fertilisation“, JBl 1984, 175; *Steiner*, Retortenbaby: Klare Rechtslage. Vorausgesetzt man stellt es dem Kind im Mutterleib gleich, Die Furche 46/1983, 17; *Swoboda/Loimer*, Die „Assistierte Reproduktionstechnik“ aus medizinischer Sicht, in Barth/Erlebach (Hrsg), Handbuch (2015) 37–86; *Voithofer*, Unerwünschte Körper? Zur Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik in Österreich im Lichte des UN-Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Juridikum 2014, 200–207; *Voithofer/Flatscher-Thöni*, VfGH vereinfacht Zugang zur Fortpflanzungsmedizin – Was passiert, wenn nichts passiert? iFamZ 2014, 54–56; *Zech*, Erfahrungen mit dem FMedG am Institut für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie (Bregenz): eine kritische Bestandaufnahme, in Bernat (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000) 17–22.

Inhaltsübersicht

Rz

I. Von der Geburt des ersten Babys nach In-Vitro-Fertilisation über das Fortpflanzungshilfegesetz zum Fortpflanzungsmedizinengesetz 1992	1
II. Von der „mindestens dreijährig bestehenden Lebensgemeinschaft“ über „die eheähnliche Lebensgemeinschaft zur „Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts“ zur bloßen „Lebensgemeinschaft“	3
III. Von der vorwiegend homologen Samenspende durch Insemination zur heterologen IVF zur Eizellspende oder vom ersten „Retortenbaby“ zum „Kinderwunschbaby“	6

IV. Von der gescheiterten Reform des Gentechnikgesetzes 2005 über den EGMR zur Zulassung der Präimplantationsdiagnostik (PID) unter strengsten Voraussetzungen im Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes 2015	10
V. Vom Kind mit Mutter und Vater, über ein Kind mit zwei Müttern oder bald auch nur einer Mutter, zu einem Kind mit vielleicht zwei Vätern?	17

I. Von der Geburt des ersten Babys nach In-Vitro-Fertilisation über das Fortpflanzungshilfegesetz zum Fortpflanzungsmedizinengesetz 1992

Obwohl schon im August 1982 in Österreich das erste Baby nach einer gelungenen In-Vitro-Fertilisation (IVF) geboren wurde¹ und 1985 die beiden Pioniere der IVF, *Wilfried Feichtinger* und *Peter Kemeter*, über die erste in Österreich durch Eizellspende erzielte Schwangerschaft berichteten,² finden sich Anfang der Achtzigerjahre des vergangenen Jahrhunderts im österreichischen juristischen Schrifttum vorerst nur einige wenige Publikationen zur Thematik der medizinisch assistierten Fortpflanzung³. Diese erste zaghafte Auseinandersetzung in „einem Bereich des Grenzlandes zwischen Medizin und Recht“,⁴ dürfte größtenteils an der Vielzahl der schwierigen philosophisch-ethischen und moraltheologischen Abwägungsfragen gelegen haben. **Fortpflanzungsmediziner_innen und ihre Patient_innen bewegten sich daher zunächst weitgehend in einem juristischen Vakuum.** Erst Mitte der Achtziger folgte eine eingehendere öffentliche Auseinandersetzung mit rechtlichen Fragen der FMed. Zahlreiche Veranstaltungen und wissenschaftliche Publikationen beschäftigten sich ebenso wie die Medien mit den neuen Möglichkeiten der FMed.⁵

¹ Das erste „Retortenbaby“ weltweit wurde sogar schon im Juli 1978 in Oldham, Vereinigtes Königreich, geboren; s dazu *Feichtinger/Kemeter* in Bernat (Hrsg), *Lebensbeginn durch Menschenhand* 60.

² *Bernat* in *Arnold/Bernat/Kopetzki* (Hrsg), *Das Recht der Fortpflanzungsmedizin* 12 mwN.

³ *Hoyer*, ZfRV 1983, 300; *Ranner/Bernat*, ÖAZ 1984, 1345ff; *Steiner*, JBl 1984, 175; *Steiner*, Die Furche 46/1983, 17.

⁴ So *Bernat* in *Bernat* (Hrsg), *Lebensbeginn durch Menschenhand* 21.

⁵ ErlRV 216 BlgNR 18. GP 8 mit einer umfassenden Darstellung der Publikationen und Veranstaltungen im Zeitraum 1981 bis 1991.

- 2 Das Bundesministerium für Justiz unternahm schon 1987 eine erste Annäherung an eine gesetzliche Lösung und erarbeitete einen **Vorentwurf eines Bundesgesetzes zur Regelung der zivilrechtlichen Folgen der künstlichen Fortpflanzung**. Der Umstand, dass sich dieser Vorentwurf – der nur zufällig an die Öffentlichkeit gelangte⁶ – ausschließlich mit Teilaspekten der FMed, wie etwa den familien- und erbrechtlichen Konsequenzen der muF, auseinandersetzte, sorgte für Kritik. Das Justizressort musste erkennen, dass sich gesetzgeberische Vorschläge auf dem Gebiet der Fortpflanzung nicht nur mit Teilbereichen befassen können. Ein umfassenderes Konzept, das auch die Fragen der Zulässigkeit einzelner Methoden behandeln sollte, war erforderlich.⁷ Im Zeitraum Juni 1988 bis Juni 1989 wurde eine mit Abgeordneten zum Nationalrat und Mitarbeiter_innen des Parlamentsklubs, Vertreter_innen des Bundeskanzleramtes, des Bundesministeriums für Umwelt, Jugend und Familie und des Staatssekretariats für allgemeine Frauenfragen sowie Expert_innen aus der Medizin und der Rechtswissenschaft besetzte Arbeitsgruppe eingesetzt, die die Rechtsprobleme der muF aufarbeiten sollte. Auf der Grundlage der Beratungsergebnisse wurde im Sommer 1990 vom Bundesministerium für Justiz im Zusammenwirken mit dem Bundeskanzleramt⁸ das **Fortpflanzungshilfegesetz (FHG⁹)** präsentiert.¹⁰ Nach Abschluss des Begutachtungsverfahrens und nochmaliger Überarbeitung legte das Bundesministerium für Justiz im **Sommer 1991 die RV des Fortpflanzungsmedizingesetzes – FMedG¹¹** vor. Ziel dieser RV war es, „die modernen Techniken der me-

⁶ *Bernat* in Arnold/Bernat/Kopetzki (Hrsg), Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 12.

⁷ ErlRV 216 BlgNR 18. GP 9; *Hopf* in Bernat (Hrsg), Fortpflanzungsmedizin 48.

⁸ Zu den Kompetenzen des Bundeskanzleramtes gehörte damals auch die Gesundheit.

⁹ „Entwurf eines Bundesgesetzes über die medizinische Fortpflanzungshilfe beim Menschen (Fortpflanzungshilfegesetz – FHG) sowie über Änderungen des ABGB und des Ehegesetzes.“

¹⁰ *Hopf* in Bernat (Hrsg), Fortpflanzungsmedizin 49.

¹¹ „Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen (Fortpflanzungsmedizinengesetz – FMedG) werden sowie das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz und die Jurisdiktionsnorm geändert werden“; ErlRV 216 BlgNR 18. GP 10. Aus der RV geht hervor, dass mit der vorgeschlagenen Bezeichnung, Fortpflanzungsmedizinengesetz, statt des ursprünglichen Titels, Fortpflanzungshilfegesetz, verdeutlicht werden sollte,

dizinisch unterstützten Fortpflanzung einer der Menschenwürde, dem Kindeswohl und dem Recht auf Fortpflanzung verpflichteten gesetzlichen Regelung zu unterziehen.“¹² Die Stammfassung des Fortpflanzungsmedizinergesetzes¹³ trat letztlich am 01.07.1992 – und damit zehn Jahre nach der Geburt des ersten IVF-Babys in Österreich – in Kraft.

II. Von der „mindestens dreijährig bestehenden Lebensgemeinschaft“ über „die eheähnliche Lebensgemeinschaft“ zur „Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts“ zur bloßen „Lebensgemeinschaft“

Nutznieser_innen des neuen Gesetzes sollten ursprünglich nur **Persone** **3**
nen in aufrechter Ehe und in eheähnlicher LG sein. Dass neben Eheleuten auch unverheiratete Paare von der FMed profitieren sollten, wurde 1992 im Begutachtungsverfahren besonders kritisiert.¹⁴ Um diesen Vorbehalten Rechnung zu tragen, wurde in der RV noch vorgeschlagen, dass die LG im Zeitpunkt der künstlichen Befruchtung seit mindestens drei Jahren bestanden haben muss. Diese Beschränkung wurde wiederum vom JA für „entbehrlich“ erachtet, weil „die Bereitschaft der Lebensgefährten, sich zur Erfüllung ihres gemeinsamen Kinderwunsches einer mit vielfältigen Belastungen verbundenen Behandlung zu unterziehen, ohnehin für die Festigkeit und damit Dauerhaftigkeit ihrer Beziehung“ spreche.¹⁵ Was blieb, war also die Ehe und die

„dass der Gesetzesentwurf der zu regelnden Materie neutral gegenübersteht“, ErlRV 216 BlgNR 18. GP 14.

¹² ErlRV 216 BlgNR 18. GP 10ff.

¹³ BGBl 1992/275.

¹⁴ ErlRV 216 BlgNR 18. GP 16: So wurde etwa die formlose Beendigungsmöglichkeit der LG als Ziel des Entwurfs, dem Wunschkind eine dauerhafte Beziehung zu beiden Elternteilen zu sichern, kritisiert. Dass schon im Vorfeld in den wissenschaftlichen Auseinandersetzungen mit dem Thema der künstlichen Befruchtung vorrangig an eine Befruchtung in einer Ehe gedacht wurde, zeigt sich auch bei Betrachtung der in der Lit zur künstlichen homologen Insemination in den Achtzigern weitverbreiteten Verwendung der im anglo-amerikanischen Sprachraum üblichen Benennung der homologen Insemination als AIH für „Artificial Insemination with semen derived from the Husband.“ Näher zur Begriffsbestimmung s *Ranner* in Bernat (Hrsg), Lebensbeginn 23.

¹⁵ JAB 490 BlgNR 23. GP 3.

eheähnliche LG. Mit „**eheähnlich**“ wurde aber nicht, wie vielleicht auf den ersten Blick vermutet werden könnte, eine besondere Festigkeit und Ernsthaftigkeit der Beziehung vorausgesetzt, sondern sollte verhindert werden, dass die Lebensgefährt_innen „in einem Verwandtschaftsverhältnis stehen dürfen, das die Eingehung einer Ehe gemäß § 6 Ehegesetz verbietet (Blutsverwandtschaft in gerader Linie oder zwischen – voll- oder halbbürtigen – Geschwistern.“¹⁶

- 4 Während offenbar in den Achtzigern eine Öffnung der muF für **lesbische Paare** noch politisch undenkbar gewesen wäre, bestand 2009 mit der Schaffung des **Bundesgesetzes über die eingetragene Partnerschaft (EPG)**¹⁷ Handlungsbedarf. Dementsprechend wurde im Begutachtungsverfahren zum EPG eine Klarstellung im Gesetz gefordert, dass nach dem **FMedG** medizinisch unterstützte Fortpflanzung **nur** in einer **LG von Personen verschiedenen Geschlechts zulässig** ist.¹⁸ Folglich wurde der Begriff der „eheähnlichen Lebensgemeinschaft“ durch „Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts“ ersetzt. Die RV zum EPG verweist in den Erläuterungen lediglich auf die Forderungen im Begutachtungsverfahren. Homosexuelle Frauenpaare waren also zunächst – und auch mit der Einführung des EPG – von den Möglichkeiten der künstlichen Befruchtung ausgeschlossen. Begründet wurde dies vom Gesetzgeber ursprünglich so: „Alleinstehenden Frauen oder gleichgeschlechtlichen Paaren sollen dagegen wegen der damit verbundenen Missbrauchsgefahr („Leihmutterchaft“) keine medizinisch assistierten Zeugungshilfen geleistet werden.“¹⁹

¹⁶ ErlRV 216 BlgNR 18. GP 16.

¹⁷ BGBl I 2009/135.

¹⁸ ErlRV 485 BlgNR 24. GP 17: „Im Begutachtungsverfahren wurde wiederholt eine Klarstellung gefordert, dass nach dem FMedG medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur in einer Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts zulässig ist.“

¹⁹ ErlRV 216 BlgNR 18. GP 11.

Dass diese Begründung aus 1992 nicht haltbar ist, wurde erst vier Jahre später vom VfGH deutlich ausgesprochen.²⁰ Im Dezember 2013 – über einen Gesetzesprüfungsantrag des OGH und einem Antrag zweier Frauen in gleichgeschlechtlicher LG – ermöglichte der VfGH²¹ die **Öffnung des FMedG für in LG lebende lesbische Paare**. Mit Ablauf des 31.12.2014 hob der VfGH jene Bestimmungen des FMedG als verfassungswidrig auf, die einer muF mit dem Samen eines Dritten außerhalb einer Ehe oder einer heterosexuellen LG entgegenstehen. Dabei ging es um die Aufhebung der Wortfolge „von Personen verschiedenen Geschlechts“ in § 2 Abs 1 FMedG aF, und die § 2 Abs 2 und § 3 Abs 1 und 2 FMedG aF. Der VfGH sah „die Beschränkung der artifiziellen Insemination auf verschiedengeschlechtliche LG und Ehen nicht mit dem Schutz der Familie, und zwar weder nach Art 8 noch nach Art 12 EMRK, gerechtfertigt. [...] Gleichgeschlechtliche Partnerschaften stehen gesellschaftlich gesehen nicht in einem Substitutionsverhältnis zu Ehen und verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaften, sondern treten zu diesen hinzu; sie vermögen diese daher auch nicht zu gefährden. Umso weniger ist in der Ermöglichung der Erfüllung eines Kinderwunsches, auch wenn dieser in einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft von Frauen nur mit Hilfe einer Samenspende Dritter erfüllbar ist, ein derartiges Gefährdungspotenzial zu erkennen.“ Der Ausschluss lesbischer Paare von der Inanspruchnahme der Möglichkeiten der muF wurde als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und das Recht auf Privat- und Familienleben der EMRK gesehen. Ein genereller Ausschluss einer ganzen Personengruppe kann nicht durch Gründe ausreichenden Gewichts gerechtfertigt werden und ist daher unverhältnismäßig.²²

²⁰ „Die als Motiv der Gesetzgebung in den vorzitierten Materialien als Hauptgrund angegebene Gefahr des Missbrauchs in Form der Leihmutterchaft spielt bei der artifiziellen heterologen Insemination in gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften von Frauen gerade keine Rolle“, VfGH G 16/2013, G 44/2013 Rz 50–52.

²¹ VfGH G 16/2013, G 44/2013.

²² Die Entscheidung wurde in der Lehre mehrfach besprochen: s *Fischer-Czermak*, EF-Z 2014/35; *Kopetzki*, RdM 2014/1; *Krauskopf*, Jahrbuch Öffentliches Recht 2014, 207; *Meinl*, iFamZ 2014, 6f; *Voithofer/Flatscher-Thöni*, iFamZ 2014, 54.