

Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung – Betrachtungen zum FMedG

Diplomarbeit

zur Erlangung des akademischen Grades Mag. iur.
an der rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck

vorgelegt von:

Maria-Theresa Riederer

(Matrikelnummer: 01216845)

eingereicht bei:

ao. Univ.- Prof. Dr. Monika Niedermayr

(Institut für Zivilrecht der Universität Innsbruck)

Innsbruck, Februar 2018

Eidesstattliche Erklärung

Ich erkläre hiermit an Eides statt durch meine eigenhändige Unterschrift, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel verwendet habe. Alle Stellen, die wörtlich oder inhaltlich den angegebenen Quellen entnommen wurden, sind als solche kenntlich gemacht.

Die vorliegende Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form noch nicht als Magister-/Bachelor-/Master-/Diplomarbeit/Dissertation eingereicht.

Innsbruck, Februar 2018

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	V
I. Einleitung	1
II. Allgemeine Aspekte.....	3
A. Ethische Aspekte	3
B. Psychosoziale Aspekte	7
III. Historischer und rechtspolitischer Hintergrund.....	9
A. Die Entwicklung hin zu einer gesetzlichen Regelung: Die Jahre bis 1992/9	
B. Der politische Diskurs zum FMedG 1992 im Vorfeld	10
a. SPÖ.....	11
b. ÖVP.....	11
c. FPÖ.....	11
d. Grüne.....	12
C. Die Entwicklung hin zum Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsge-	
setz 2015 (FMedRÄG 2015)	12
IV. Verfassungsrechtlicher Rahmen des Fortpflanzungsmedizinrechts	14
A. Das Recht auf Leben – Art 2 EMRK.....	15
B. Das Recht auf Privat- und Familienleben – Art 8 EMRK	16
V. Die einzelnen Bestimmungen des Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG)	
in Übersicht	18
A. Begriffsbestimmungen.....	18
a. Medizinisch unterstützte Fortpflanzungsmedizin (muF)	18
b. Gängige Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung	
.....	18
aa. Insemination (Artificial Insemination – AI)	19
bb. Assistierte Reproduktionstechnik (ART)	20
cc. Intratubarer Gametentransfer (Gamete Intrafallopian Trans-	
fer – GIFT)	21
c. Entwicklungsfähige Zellen	22
d. Präimplantationsdiagnostik (PID)	22
B. Materielle Zulässigkeitsvoraussetzungen bei medizinisch unterstützter	
Fortpflanzung	23
a. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung	23
aa. Ultima ratio.....	24
bb. Geringstmöglicher Eingriff.....	26
cc. Kindeswohl	26
dd. Vermeidung überzähliger entwicklungsfähiger Zellen	27
b. Verwendung entnommener Zellen	28
aa. Ausnahmen vom Vorrangprinzip.....	28
C. Formelle Zulässigkeitsvoraussetzungen bei medizinisch unterstützter	
Fortpflanzungsmedizin – Verfahrensvorschriften	29

a. Befugnis	29
aa. Persönliche Befugnis zur Durchführung einer muF	29
bb. Räumliche Befugnis zur Durchführung einer muF	30
b. Beratung	32
aa. Ärztliche Beratung	32
bb. Psychologische Beratung	33
cc. Rechtliche Beratung	33
c. Zustimmung.....	34
D. Dokumentations- und Auskunftspflichten	36
a. Dokumentationspflichten	36
b. Auskunftspflichten.....	38
E. Statistik	38
F. Strafbestimmungen	39
a. Verwaltungsstrafen.....	39
aa. Verstöße im Rahmen einer Tätigkeit eines Arztes	40
bb. Verstöße im Rahmen einer Tätigkeit für eine Krankenanstalt	42
b. Zivilrechtliche Konsequenzen	42
aa. Nichtigkeit vertraglicher Vereinbarungen.....	42
bb. Haftungsrechtliche Ansprüche	43
G. Eizell- und Samenspende.....	44
a. Begriffsbestimmungen	44
aa. Eizellspende.....	44
bb. Samenspende	44
b. Materielle Zulässigkeitsvoraussetzungen	45
c. Formelle Zulässigkeitsvoraussetzungen.....	46
aa. Besondere Bestimmungen für eine zulässige Samen- und Eizellspende: §§ 11 bis 15 FMedG	46
bb. Beratung der Spender.....	48
d. Strafbestimmungen	49
aa. Verstöße im Rahmen einer Tätigkeit eines Arztes	49
bb. Verstöße im Rahmen einer Tätigkeit für eine Krankenanstalt	50
H. Kommerzialisierungs- und Vermittlungsverbot.....	51
a. Kommerzialisierungsverbot.....	51
b. Vermittlungsverbot	52
c. Werbeverbot	52
d. Strafbestimmungen	52
I. Aufbewahrung.....	53

a.	Strafbestimmungen	53
J.	Verbotene Methoden	53
a.	Social Egg Freezing	53
b.	Embryonenspende	54
c.	Leihmutterschaft	54
d.	Gewinnung von embryonalen Stammzellen zu Forschungszwe- cken	56
VI.	IVF-Fonds-Gesetz	57
VII.	Abstammungsrecht	59
A.	Historischer und rechtspolitischer Hintergrund	59
B.	Abstammung von der Mutter	60
C.	Abstammung vom Vater	62
a.	Vaterschaft kraft Ehe mit der Mutter	63
aa.	Mehrere mögliche Väter/andere Elternteile	63
bb.	Gerichtliche Feststellung der Nichtabstammung	64
b.	Anerkenntnis	66
aa.	Voraussetzungen	67
bb.	Vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis	69
cc.	Beseitigung eines Anerkenntnisses	70
c.	Gerichtliche Feststellung der Vaterschaft	75
aa.	Nachweis der Abstammung	75
bb.	Medizinisch unterstützte Fortpflanzung	76
cc.	Vätერთausch	77
dd.	Beseitigung der gerichtlichen Feststellung	78
D.	Pflicht zur Abstammungsfeststellung	79
a.	Kritische Betrachtung des Schweigerecht	80
b.	Grundrechte und das Schweigerecht	81
E.	Verfahrensrechtliche Regelungen	82
F.	„Anderer Elternteil“	83
VIII.	Zusammenfassung	85
	Literaturverzeichnis	88

Abkürzungsverzeichnis

AA	Abänderungsantrag
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABGB-ON	Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch online
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AI	Artificial Insemination
Art	Artikel
ART	Assistierte Reproduktionstechnik
AußStrG	Außerstreitgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
bmfi	Bundesministerium für Familie und Jugend
bspw.	beispielsweise
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DNA	DesoxyriboNucleic Acid
DSG	Datenschutzgesetz
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrecht
EheG	Ehegesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErlRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
eSET	elektive Single-Embryo-Transfer
et al	lateinisch: et alii (m), et aliae (f) oder et alia (n) (deutsch: und andere)
EvBl	Evidenzblatt
f	fogende
ff	fortfolgende
FamErbRÄG	Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz
FHG	Fortpflanzungshilfegesetz
FMedG	Fortpflanzungsmedizingesetz
FMedRÄG	Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz
FN	Fußnote
FPÖ	Freiheitliche Partei Österreich

FSH	Follikelstimulierendes Hormon
G	Geschäftszahl
GIFT	Gamete Intrafallopian Transfer
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GnRH	Gonadotropin-Releasing-Hormon
GP	Gesetzgebungsperiode
hA	herrschende Ansicht
HIV	Humanes Immundefizienz-Virus
HMG	humanes Menopausengonadotropin
Hrsg	Herausgeber
ICSI	intracytoplasmatische Spermieninjektion
idF	in der Form
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinn
iFamZ	interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
IPRG	Internationales Privatrecht-Gesetz
iSd	im Sinne des
IVF	In-Vitro-Fertilisation
iVm	in Verbindung mit
iZm	im Zusammenhang mit
JAB	Jusitzausschussbericht
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JN	Jursidiktionsnorm
Kap.	Kapitel
KindNamRÄG	Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz
KindRÄG	Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz
KJHT	Kinder- und Jugendhilfeträger
KRK	Kinderrechtskonvention
LH	Luteinisierendes Hormon
lit	lateinisch: littera (deutsch: Buchstabe)
muF	medizinisch unterstützte Fortpflanzung
Nr.	Nummer
NZ	Notariatszeitung
oÄ	oder Ähnliches
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖVP	Österreichische Volkspartei
PID	Präimplantationsdiagnostik

PKD	Polkörperdiagnostik
PStG	Personenstandsgesetz
Rdb	Rechtsdatenbank
RdM	Recht der Medizin
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
sog.	sogenannt
SPÖ	Sozialistische Partei Österreich
StGB	Strafgesetzbuch
ua	unter anderem
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VfGH	Verfassungsgerichtshof
WHO	World Health Organization
Z	Ziffer
z.B.	zum Beispiel
ZfG	Zeitschrift für Gesundheitsrecht

I. Einleitung

Durch die Fortschritte und die neuen Erkenntnisse auf dem Gebiet der Fortpflanzungsmedizin haben sich für Paare mit vergeblichem Kinderwunsch neue Möglichkeiten eröffnet. Der Wunsch auf eigene Nachkommenschaft ist im Menschen tief verwurzelt. Kann sich dieser für Paare auf natürlichem Wege nun nicht erfüllen, so ist der Leidensdruck oftmals sehr groß und für die Beziehung sehr belastend. Laut dem Bundesministerium für Familie und Jugend (bmfi) bleibt in der westlichen Welt für etwa jedes 15. Paar der Kinderwunsch unerfüllt, von diesen sind ca. 75 % unbehandelt. In Österreich wird diese Zahl auf 30.000 Paare geschätzt.¹ Auf Grund dieser Zahlen verwundert es nicht, dass sich die Fortpflanzungsmedizin ständig weiterentwickelt und der Gesetzgeber dazu aufgefordert ist, den gesetzlichen Rahmen im Spannungsfeld zwischen medizinisch Machbarem und ethisch Vertretbarem zu schaffen und immer wieder neu anzupassen.

Erstmals wurde für die künstliche Fortpflanzung mit dem Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)² eine rechtliche Regelung geschaffen, welche am 1.7.1992 in Kraft trat. Bis zur Novellierung des FMedG 1992 durch das Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 (FMedRÄG 2015)³ kam es zu keinen tiefgreifenden Erneuerungen auf diesem Gebiet. Mit dem FMedRÄG 2015 geht eine Liberalisierung der Fortpflanzungsmedizin einher. Erwähnenswert ist beispielsweise die Öffnung der fortpflanzungsmedizinischen Methoden für Frauenpaare.

In meiner Diplomarbeit gehe ich auf die rechtlichen Grundlagen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung ein. Vor allem das FMedG und seine Neuerungen durch das FMedRÄG 2015 bilden einen Schwerpunkt meiner Arbeit, denn dort finden sich die weitgehend rechtlich relevanten Bestimmungen. Die verschiedenen erlaubten, aber auch verbotenen Techniken der Fortpflanzungsmedizin und die rechtlichen Voraussetzungen, die zur Durchführung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung (muF) vorliegen müssen, werden näher beleuchtet. Die rechtlichen Bedingungen, die für eine Präimplantationsdiagnostik (PID) vorliegen müssen, sollen nicht Gegenstand dieser Arbeit sein.

Den zweiten großen Bereich meiner Diplomarbeit nimmt das Abstammungsrecht ein. In diesem Teil erörtere ich die rechtliche Stellung der Mutter sowie des Vaters bzw. des anderen Elternteils. Welche Möglichkeiten bietet das Gesetz eine Elternschaft zu begründen

¹ Freude, Vom Kinderwunsch zum Wunschkind <https://www.eltern-bildung.at/expert-inn-enstimmen/vom-kinderwunsch-zum-wunschkind/> (abgefragt am 10.12.2017).

² BGBl I 1992/275.

³ BGBl I 2015/35.

oder diese wiederum zu beseitigen und welche Besonderheiten entstehen im Zusammenhang mit einer muF?

Ziel dieser Diplomarbeit ist es, den geschichtlichen und rechtspolitischen Hintergrund des FMedG darzulegen und auf die einzelnen rechtlichen Bestimmungen näher einzugehen. Von dort ausgehend soll ein Bogen zu den abstammungsrechtlichen Regelungen gespannt werden. Einerseits werden die allgemeinen abstammungsrechtlichen Bestimmungen erörtert, andererseits wird auch auf die Besonderheiten im Zusammenhang mit einer muF eingegangen.

Um einen besseren Lesefluss zu gewährleisten, habe ich mich entschlossen auf die Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen zu verzichten. Alle Personenbezeichnungen, welche im folgenden Text aufscheinen, beziehen sich wertfrei auf das weibliche und das männliche Geschlecht.

II. Allgemeine Aspekte

A. Ethische Aspekte

Die Ethik ist ein Teilgebiet der Philosophie und befasst sich als solche mit der Moral. Während die Moral als ein Konstrukt gilt, welches ein System von Regeln, Normen und Prinzipien vorgibt, das Gebote und Verbote aufstellt, befasst sich hingegen die Ethik mit den Gründen und der Angemessenheit dieser Gebote und Verbote. Mit der Ethik sollen für eine Gesellschaft Richtlinien aufgestellt werden, die dieser einen Leitfaden vorgibt, was richtig und was falsch ist. Die Aufgabe der Ethik ist es also, die verschiedenen moralischen Perspektiven kritisch zu hinterfragen und gegeneinander abzuwägen, um so zu einem zufriedenstellenden Ergebnis zu gelangen.⁴

Die Ethiker haben in Bezug auf ethische Problemstellungen einerseits eine rationale Sichtweise einzunehmen, die sich mit den Problemen des Unterscheidens, Konsenses und der Neutralität auseinandersetzt. Andererseits darf die empathische Perspektive, die sich mit den Fragen der Bewältigung, Beziehungen und des Verstehens beschäftigt, nicht vernachlässigt werden. Auch die Medizinethik muss diese beiden Perspektiven mitbedenken. Bereits in den Krankengeschichten des Hippokrates wurde stets darauf Wert gelegt, ein umfangreiches Bild über die Lebenswelt des Kranken zu erstellen. Darin wurden die Lebensumstände jedes einzelnen Patienten beleuchtet, um so das Krankheitsbild besser verstehen zu können. Dieses besondere Bemühen um Verständnis führte in weiterer Folge zur Erkenntnis der Ethiker, dass jede Gruppe, Gesellschaft und Kultur ihre eigenen Regeln und Werte hat und diese vielfältig sein können. In einer multikulturellen Gesellschaft hat daher das Verstehen-Wollen zur Voraussetzung, dass dem eigenen Wertesystem widersprechende Anschauungen und Überzeugungen bis zu einem gewissen, den Grundrechten nicht zuwiderlaufenden Maß toleriert werden müssen.⁵ Das Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)⁶ wirft wie kaum ein anderes Regelwerk schwierigste ethische Fragen auf. Es ist dabei abzuwägen, inwieweit der Mensch als Schöpfer auftreten darf und wo die Grenzen für das Machbare gesetzt werden müssen. Nimmt die Medizin bereits die Stellung einer neuen Weltreligion ein, da sie uns erklärt, was alles möglich ist?⁷ Speziell die Ethik in der Reproduktionsmedizin folgt Prinzipien und Werten, die für die

⁴ *Geschäftsstelle der Bioethikkommission* (Hrsg), Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts (2012) 37.

⁵ *Leher*, Ethik in der Medizin <https://www.uibk.ac.at/systheol/leher/lehre/medizinethik.pdf> (abgefragt am 17.8.2017).

⁶ BGBl I 1992/275.

⁷ *Barth*, Das FMedRÄG 2015 auf dem Prüfstand von Ethik und Grundrechten, iFamZ 2015, 1 (1).

individuelle und soziale Gestaltung eines gelungenen Lebens von grundlegender Bedeutung sind. Grundsätzlich geht es darum zu fragen, wie die Würde des Menschen in Bezug auf die zahlreichen neuen medizinischen Methoden gewahrt werden kann.⁸

Grundsätzlich anerkannte Prinzipien im Bereich der Medizinethik sind:

- Prinzip des Nichtschadens: Es ist verboten dem Patienten zu schaden, sofern diese Schädigung nicht rechtfertigbar oder sogar geboten erscheint. Außerdem beinhaltet dieses Prinzip auch die Pflicht zu helfen und zu behandeln.
- Achtung der Autonomie des Patienten: Die vom Patienten nach vorheriger umfassender Information und Aufklärung durch den Arzt getroffene Entscheidung ist zu respektieren. In diesem Zusammenhang ist auf die Patientenverfügung zu verweisen.
- Verbot der Diskriminierung: Rasse, Religion, Sexualität, usw. aber auch bestimmte Krankheiten dürfen sich nicht negativ auf die Behandlung auswirken.
- Prinzip der Gerechtigkeit: Es wird hierbei auf den gerechten Einsatz und die Verteilung begrenzter Ressourcen eingegangen.⁹

Fortpflanzung und Familie gehören zu den höchstpersönlichen Lebensbereichen eines Menschen, die nicht nur jeden Einzelnen, sondern auch die Gesellschaft in ihrer Gesamtheit betreffen und prägen. Die Methoden der Reproduktionsmedizin werfen grundlegende und hoch umstrittene Fragen auf, wie etwa jene nach dem Beginn des Lebens, der Anerkennung neuer Familien- und Beziehungskonstellationen oder nach den Grenzen, die dem praktisch Möglichen gesetzt werden sollen oder auch nicht. Die Ethik ist zwar von den Möglichkeiten auf dem Gebiet der Naturwissenschaft beeindruckt, fühlt sich aber gleichzeitig von diesen bedroht, wie sich an Beispielen aus der Vergangenheit und der Gegenwart zeigen (Atomenergie, Überbevölkerung, Umweltverschmutzung, ...). Auch wenn die Wissenschaft und deren Fortschritt an sich gut sein mag, ist diese jedoch untrennbar mit wirtschaftlichen, sozialen und politischen Interessen verbunden und jeder der Beteiligten ist dabei auf seinen Vorteil bedacht.¹⁰

Eine erste große Veränderung auf dem Gebiet der Fortpflanzungsmedizin wurde durch die Einführung von Verhütungsmitteln herbeigeführt, welche die menschliche Fortpflanzung erstmals steuerbar und planbar machte. Die medizinisch unterstützte Fortpflan-

⁸ *Geschäftsstelle der Bioethikkommission*, Fortpflanzungsmedizinrecht 48.

⁹ *Schwamberger*, Gesundheitsberufsrechte und Ethik. Kurze Bemerkungen zu einem umfangreichen Thema, RdM 2012, 60 (62).

¹⁰ *Leher*, Ethik in der Medizin <https://www.uibk.ac.at/systheol/leher/lehre/medizinethik.pdf> (abgefragt am 17.8.2017).

zung bietet nunmehr erstmals die Möglichkeit eine Schwangerschaft gezielt herbeizuführen. Dadurch ist die Fortpflanzung aus einer privaten Sphäre getreten und Gegenstand einer rechtlichen Normierung geworden.¹¹ Auch wenn die Fortpflanzungsfreiheit ein unbestreitbares Recht eines jeden Menschen ist (Art 8 Abs 1 EMRK¹²), so entstehen durch die zunehmenden verschiedenen medizinischen Fortpflanzungstechniken rechtliche und menschliche Herausforderungen. Durch das Dazwischentreten einer dritten Person (Samen- und Eizellenspende, Leihmutterschaft) ist das eigentlich höchstprivate Thema der Fortpflanzung zu einem gesellschaftlichen geworden. Im Zusammenhang mit der assistierten Reproduktionstechnik tauchen Fragen der Qualitätskontrolle und der Eigentumsrechte auf, die im Widerspruch zu den gewöhnlichen Einstellungen gegenüber dem menschlichen Leben stehen.¹³ Außerhalb jeder Diskussion steht der Begriff der Menschenwürde (der Mensch darf nicht als Mittel für andere Zwecke angesehen werden). Im Fall der medizinisch unterstützten Fortpflanzung sind hierbei die Menschenwürde der Frau sowie die des zukünftigen Kindes besonders schutzwürdig. Diese besondere Schutzwürdigkeit zeigt sich beispielsweise, wenn es um die Frage der Zulässigkeit der Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen und den rechtlichen, moralischen Status des Embryos geht, womit sich bereits die Bioethikkommission 2009 auseinandersetzte. Ferner ist in Bezug auf die Menschenwürde auch auf die Stellung dritter Personen, wie die von Eizellspenderin und Samenspender oder die der Leihmütter Bedacht zu nehmen.¹⁴ In den angeführten Fällen sind nun drei Personen an der Fortpflanzung beteiligt, aus denen eine dualistische Elternschaft des Wunschelternpaares resultieren soll. Die in Österreich erlaubte Samenspende bewirkt, dass es zu einer sogenannten gespaltenen Vaterschaft kommt. Der Samenspender wird als „Materiallieferant“ für das Wunschelternpaar gesehen. Der genetische Vater, der Samenspender, und der soziale Vater, der im Alltag die Vaterrolle für das Kind einnimmt, sind nicht mehr in einer Person verkörpert. Der Wandel in den gesellschaftlichen Anschauungen in Bezug auf Familie und Elternschaft hat in diesem Bereich zu zahlreichen neuen Familienmodellen geführt. Mittlerweile ist in Österreich seit dem 1.1.2015 mit der Novellierung des Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG)¹⁵ durch das Fortpflanzungsmedizinrechtsänderungsgesetz 2015 (FMedRÄG)¹⁶ die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (muF) auch für gleichgeschlechtliche Frauenpaare erlaubt.¹⁷ Lange Zeit war die Einschränkung der muF auf heterosexuelle Paare Gegenstand einer Debatte um Gleichberechtigung

¹¹ *Steininger*, Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht: Fortpflanzung und Elternschaft als Rechtsgeschäft (2014) Rz 1/11, 1/12.

¹² BGBl 210/1958 idF BGBl III 144/2016.

¹³ *Geschäftsstelle der Bioethikkommission*, Fortpflanzungsmedizinrecht 49 f.

¹⁴ *Geschäftsstelle der Bioethikkommission*, Fortpflanzungsmedizinrecht 37 f.

¹⁵ BGBl I 1992/275.

¹⁶ BGBl I 2015/35.

¹⁷ *Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 1/23, 1/24.

und Nicht-Diskriminierung. Im Mittelpunkt dieser Diskussion stand das Kindeswohl und die damit verbundene bestmögliche Entfaltung des Kindes. Weitere Überlegungen beschäftigen sich mit der Frage, inwiefern ein Kind eine Bezugsperson beiderlei Geschlechts braucht, wobei fraglich ist, ob diese Bezugsperson des anderen Geschlechts nicht auch aus dem näheren Umfeld der gleichgeschlechtlichen Wunscheltern stammen kann. Es wurde jedenfalls festgestellt, dass das Leben in einer gleichgeschlechtlichen Familie dem Kindeswohl nicht negativ entgegensteht. Für homosexuelle Männer ist die Leihmutterschaft die einzige mögliche Technik der Reproduktionsmedizin um Eltern zu werden. Da die Leihmutterschaft jedoch generell in Österreich, also auch für heterosexuelle Paare, verboten ist, kann nicht von einer Ungleichbehandlung gesprochen werden. Die Leihmutterschaft wirft vielfältige und komplexe soziale, psychische und rechtliche Probleme auf. Schon allein die durch die neunmonatige Schwangerschaft entstehende Bindung der Mutter zum Kind sowie der österreichische Rechtsbegriff der Mutter, der die Gebärende als solche definiert, stellen solch problematische Bereiche dar.¹⁸ Die Medizinethik setzt sich auch mit der Präimplantationsdiagnostik (PID) auseinander. Befürwortende Stimmen sehen in ihr die Chance, nachfolgende Schwangerschaftsabbrüche bei positivem Befund vermehrt zu vermeiden. Kritische Stimmen bemängeln, dass die PID zu einer Selektion menschlichen Lebens und zu einem erhöhten Bedarf an Eizellen und Embryonen führt. Nicht mehr allein die Therapie von Fruchtbarkeitsstörungen zur Erfüllung des Kinderwunsches steht im Vordergrund, sondern auch die Auswahl des Kindes nach selektiven Kriterien. Die bewusste Entscheidung für ein Kind mit körperlicher oder intellektueller Beeinträchtigung wird dadurch zunehmend erschwert.¹⁹ Auch die behandelnden Ärzte sehen sich in ihrem beruflichen Alltag mit ethischen Gewissensfragen konfrontiert. Die zahlreichen neuen medizinischen Techniken im Gesundheitsbereich stellen diese häufig in einen Konflikt mit deren eigenem Gewissen. Ein Gewissensvorbehalt für Ärzte wurde neben dem klassischen Problem des Schwangerschaftsabbruchs auch in einer Reihe weiterer Fälle wie Sterilisierung, „Pille danach“, künstliche Befruchtung, künstliche Befruchtung für lesbische Paare, Verwendung von aus dem Gewebe abgetriebener Föten hergestellter Impfstoffe, Arzneimittel aus embryonalen Stammzellen, Hirntodfeststellung und Abbruch der künstlichen Ernährung am Lebensende. Im Zusammenhang mit dem Gewissensvorbehalt sind vier Interessenslagen zu berücksichtigen, die miteinander in Konflikt geraten können. Die persönliche moralische Einstellung des Arztes, die beruflichen Pflichten des Arztes, die Bedürfnisse und Wünsche der betroffenen Patienten und die Verpflichtung des Staates für die Sicherstel-

¹⁸ *Geschäftsstelle der Bioethikkommission*, Fortpflanzungsmedizinrecht 28 ff.

¹⁹ *Geschäftsstelle der Bioethikkommission*, Fortpflanzungsmedizinrecht 57 f.

lung der Gesundheitsversorgung seiner Bürgerinnen und Bürger zu sorgen sind als solche zu unterscheiden. In den umschriebenen Konflikten kommt es sowohl zu einem Konflikt der moralischen persönlichen Einstellung des Arztes mit den Wünschen seiner Patienten als auch mit seinen beruflichen Verpflichtungen. Es stellt sich in diesem Zusammenhang also die Frage, inwieweit die persönlichen moralischen Einstellungen eines Arztes dessen berufliches Handeln bestimmen dürfen.²⁰

Eine häufige Argumentationsweise, die für eine Liberalisierung der assistierten Reproduktionstechniken eintritt, begründet sich damit, dass ansonsten ein Reproduktionstourismus gefördert wird, der lediglich wohlhabenden Menschen offen steht und somit zu einer Diskriminierung schlechter Situerter führt. Vielmehr muss im eigenen Land ein für jeden gleicher kontrollierter Zugang zu Gesundheitsleistungen gewährleistet werden.²¹

In dieser Schilderung wurden nur einige Problemfelder, mit denen sich die Ethik im Bereich der Fortpflanzungsmedizin beschäftigt, aufgerissen, um zu veranschaulichen, wie wichtig es ist, sich diesem Thema auch aus dieser Perspektive zu nähern. In den ethischen Diskussionen über die ständig neuen Möglichkeiten der modernen Fortpflanzungsmedizin müssen insbesondere grund- und verfassungsrechtliche Aspekte stets mitbedacht werden.²² Denn die Ethik kann zum einen dabei helfen, den bereits vorgegebenen verfassungsrechtlichen Rahmen weiter auszufüllen, und zum anderen grundlegende normative Überlegungen im Vorfeld einer geplanten rechtlichen Regulierung anzustellen.²³

B. Psychosoziale Aspekte

Nach einer Definition der WHO (World Health Organization) wird ein Paar als unfruchtbar angesehen, wenn die Frau innerhalb eines Jahres, in dem sie regelmäßig ungeschützten Geschlechtsverkehr hatte, nicht schwanger wird.²⁴ Der mit der ungewollten Kinderlosigkeit häufig verbundene seelische Leidensdruck stellt eine große psychische Belastungsprobe für die Betroffenen dar. Die modernen medizinischen Methoden der Fortpflanzungstechnik bieten diesen einen Ausweg, ihren Kinderwunsch trotzdem erfüllen zu können.²⁵ Eine weitere mögliche Variante ist eine Adoption. Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung mittels Spendersamen und die Adoption sind jedoch rechtlich wie psychisch zwei gänzlich unterschiedliche Prozesse. Während bei einer Adoption das Kind,

²⁰ *Schaupp*, Das Gewissen - ein verzichtbarer Begriff der medizinischen Ethik, in Kröll/Schaupp (Hrsg), System – Verantwortung – Gewissen in der Medizin (2012) 1 (7 ff).

²¹ *Geschäftsstelle der Bioethikkommission*, Fortpflanzungsmedizinrecht 58.

²² *Geschäftsstelle der Bioethikkommission*, Fortpflanzungsmedizinrecht 37.

²³ *Geschäftsstelle der Bioethikkommission*, Fortpflanzungsmedizinrecht 48.

²⁴ *Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 1/2.

²⁵ *Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 1/1.

dessen Elternschaft übernommen werden soll, bereits mit einer Vorgeschichte existiert, wird bei einer muF mit Spendersamen die Zeugung erst durch und für die Wunscheltern bewirkt. Die Wunscheltern erleben die Schwangerschaft und die Geburt. Ein wesentlicher Punkt, der für die Wunscheltern oft ausschlaggebend ist, ist die Nähe zur „natürlichen“ Fortpflanzung. Ein weiterer wesentlicher Unterschied zur Adoption liegt darin, dass es für die Außenwelt nicht von vornherein erkennbar ist, wie es zur Zeugung des Kindes gekommen ist. Es liegt allein am Wunschelternpaar, ob und mit wem sie über die Entstehungsgeschichte des Kindes sprechen.²⁶ Die Wunscheltern hält von einem offenen Umgang mit diesem Thema die immer noch mit der heterologen Insemination und der männlichen Unfruchtbarkeit verbundene Stigmatisierung in der Gesellschaft sowie die Angst vor einer Beeinträchtigung der Eltern-Kind-Beziehung ab.²⁷ In der letzten Zeit ist in diesem Bereich eine Trendwende von der Geheimhaltung hin zur Offenheit zu bemerken, wofür sich die Forschung und auch zahlreiche Initiativen bereits erwachsener Samenspender-Kinder aussprechen.²⁸

An einer Reihe von Studien zeigt sich, dass Kinder, die mit Hilfe von medizinisch unterstützter Fortpflanzung gezeugt wurden, in ihrer Entwicklung keine besonderen Auffälligkeiten aufweisen. Lediglich das Bedürfnis nach der Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung darf nicht unterschätzt werden. Ein früher und offener Umgang ist ratsam, um so das Vertrauensverhältnis zwischen Eltern und Kind aufrechtzuerhalten.²⁹

Der Samenspender als dritte Person in diesem Verhältnis sieht sich als Helfer eines unfruchtbaren Paares und möchte vor rechtlichen Verpflichtungen geschützt werden. Dem Samenspender muss allerdings bewusst sein, dass das Kind nach Vollendung des vierzehnten Lebensjahres gemäß § 20 Abs 2 FMedG das Recht hat, seine Personendaten anzufordern und mit ihm Kontakt aufzunehmen.³⁰ Erfahrungen zeigen jedoch, dass die Samenspenderkinder meist ohne Erwartungshaltung an diese herantreten.³¹

²⁶ *Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 1/35, 1/36.

²⁷ *Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 1/38.

²⁸ *Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 1/37.

²⁹ *Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 1/46.

³⁰ *Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 1/43, 1/44.

³¹ *Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 1/46.

III. Historischer und rechtspolitischer Hintergrund

A. Die Entwicklung hin zu einer gesetzlichen Regelung: Die Jahre bis 1992

Der erste Meilenstein in der Geschichte der Fortpflanzungsmedizin gelang im Jahre 1977 dem Gynäkologen Steptoe mit dem Transfer eines Achtzell-Embryos an Lesley Brown. Am 25.7.1978 wurde schließlich Louise Brown als erstes Retortenbaby weltweit in Oldham bei Manchester mit Kaiserschnitt auf die Welt gebracht.³²

Das erste durch Fortpflanzungsmedizin gezeugte Kind in Österreich wurde am 5.8.1982 auf der II. Universitäts-Frauenklinik in Wien geboren. Zlatan, so der Name des Kindes, wurde homolog mit den Keimzellen seiner serbischen Eltern gezeugt. Seine Geburt sorgte in Österreich für ein großes mediales Aufsehen und führte zu hitzigen Diskussionen unter Ethikern, Medizinern, Politikern und Juristen, denn damals gab es für einen solchen Fall noch keine gesetzliche Regelung. Auf Verlangen des damaligen Bundesministers für Wissenschaft Heinz Fischer entschloss die österreichische Rektorenkonferenz im März 1985 eine Kommission einzusetzen, die „eine Stellungnahme zum Problem der In-Vitro-Fertilisation insbesondere zu der Frage erarbeiten sollte, in welcher Weise der Gesetzgeber oder die Bundesregierung auf diese Problemstellung reagieren sollen“. Unter dem Vorsitz des Wiener Zivilrechtlers Franz Bydlinski tagte diese Kommission insgesamt elf Mal. Das Ergebnis der Kommission, das „Gutachten für In-Vitro-Fertilisation“ wurde im Mai 1986 der Öffentlichkeit vorgestellt. Das in späterer Folge erarbeitete FMedG³³ orientiert sich an diesem Gutachten.³⁴ Die Nationalratswahl vom 24.4.1983 beendete die dreizehn Jahre andauernde Phase der SPÖ-Alleinregierung und hatte die Koalition SPÖ und FPÖ in den darauffolgenden Jahren bis 1986 zur Folge. Durch die nunmehrige Rolle der ÖVP als Opposition verwundert es nicht, dass ein 1985 eingebrachter Gesetzesantrag der ÖVP-Parlamentarier Hosp, Stummvoll, Neisser u.a. „betreffend ein Bundesgesetz über das Verbot der Embryo-Manipulation“ scheiterte. Nicht nur der Initiativantrag bezüglich des Schutzes vor Embryo-Manipulation, auch der im März 1987 von der für Familienrecht zuständigen Abteilung des Bundesministeriums für Justiz eingereichte „Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die zivilrechtlichen Folgen der künstlichen Fortpflanzung geregelt werden“ wurde abgelehnt. Auch wenn sich dieser Entwurf teils berechtigter Kritik auf Grund mangelhafter legislativer Qualität aussetzen musste, fanden Ansätze daraus nichts desto trotz Eingang in das FMedG 1992.

³² Peichl, Der Embryo in vitro – seine rechtliche Qualifikation und die Alternative der „Embryoannahme“, ÖJZ 2003, 581 (581).

³³ BGBl I 1992/275.

³⁴ 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 (10 f).

Der Österreichische Juristentag im Herbst 1988³⁵ fand unter dem Thema „Rechtsprobleme der medizinisch assistierten Fortpflanzung und Gentechnologie“ statt. Auf Initiative des damaligen Ressortministers Egmont Foregger wurde im Bundesministerium für Justiz daraufhin eine Arbeitsgruppe „zur Erörterung allfälliger gesetzlicher Maßnahmen“ betreffend den Regelungsgegenstand Fortpflanzungsmedizin geschaffen.³⁶ Zwei Jahre später war das Ergebnis dieser Arbeitsgruppe der Entwurf eines „Bundesgesetzes über medizinische Fortpflanzungshilfe beim Menschen (Fortpflanzungshilfegesetz – FHG) sowie über Änderungen des ABGB und des EheG“. Schließlich mündete dieser Entwurf 1991 in die Regierungsvorlage eines „Bundesgesetzes, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen (Fortpflanzungsmedizinengesetz – FMedG) sowie das ABGB, das EheG und die JN geändert werden“. Im November desselben Jahres verhandelte der Unterausschuss des Justizausschusses über eben diese Regierungsvorlage, und am 14.5.1992 kam es zur Verabschiedung des Gesetzes im Nationalrat. Das FMedG³⁷ trat bereits kurze Zeit später am 1.7.1992 in Kraft. Mit dem FMedG setzte der Gesetzgeber ein Gesamtkonzept staatlicher Regelungen im Bereich der Reproduktionsmedizin um. Das FMedG aus dem Jahre 1992 brachte für die Wunscheltern zahlreiche Einschränkungen. Nicht nur die Leihmutterchaft sondern auch der heterologe Embryotransfer nach Eizell- und Embryonenspende sowie die In-Vitro-Fertilisation mit Samenspende von dritter Seite und die Präimplantationsdiagnostik wurden in der Stammfassung des FMedG verboten. Zu beachten ist, dass die Verletzung eines normierten Verbots oder Gebots nicht kriminalstrafrechtlich sondern als Verwaltungsübertretung geahndet wird.³⁸

B. Der politische Diskurs zum FMedG 1992 im Vorfeld

In der Zeit vor dem Inkrafttreten des FMedG 1992 existierte keine gesetzliche Regelung betreffend fortpflanzungsmedizinischer Verfahren, und so konnten Ärzte bis dahin alle zur Verfügung stehenden Techniken, die sie mit ihrem moralischen Werteverständnis für vertretbar hielten, anwenden. Auf Grund der Ausgangslage, die von einer generellen Erlaubtheit ausging, gestaltete sich der Diskurs rund um die Reproduktionsmedizin daher als einer, der sich mit Einschränkungen befasste. Hierin unterscheidet sich die Diskussion, die über die Fortpflanzungsmedizin geführt wurde, grundlegend von der, die über den Schwangerschaftsabbruch in den sechziger und siebziger Jahren des letzten

³⁵ *Österreichischer Juristentag*, Verhandlungen des zehnten österreichischen Juristentages. Abteilung Medizinrecht (1988).

³⁶ *Bernat*, Recht 12 f.

³⁷ BGBl I 1992/275.

³⁸ *Bernat*, Recht 14 f.

Jahrhunderts geführt wurde. Bei dieser wurde nämlich im Gegensatz zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung die Erlaubnisfrage diskutiert, da der Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich verboten war.³⁹

Die verschiedenen Sichtweisen der Parteien zur Fortpflanzungsmedizin:

a. SPÖ:

Die damalige Regierungspartei hatte in ihren Reihen keine einheitliche Meinung zur medizinisch unterstützten Fortpflanzungsmedizin. Auf der einen Seite gab es liberale Stimmen (v.a. Heinz Fischer, Christian Broda, Gertrude Fröhlich-Sandner und Sepp Rieder), die die künstliche Befruchtung aus Gründen der Humanität und des Rechts eines jeden Menschen, sein Leben nach seinen eigenen Vorstellungen zu gestalten, befürworteten. Jedoch gab es auf der anderen Seite innerhalb der Partei auch vehement verneinende Stimmen (v.a. Johanna Dohnal), welche in der Fortpflanzungsmedizin nicht nur ein Mittel zur Erfüllung des lang ersehnten Kinderwunsches sahen, sondern auch ein Machtinstrument der Männer, welches zur Ausbeutung der Fortpflanzungsfähigkeit führen könnte.⁴⁰

b. ÖVP:

Die Partei stand für ein konservatives Familienbild ein, welches die medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur in aufrechter Ehe mit den Keimzellen der Wunscheltern befürwortete und sich für einen strikten Schutz des vorgeburtlichen menschlichen Lebens aussprach. Aus diesem Grund nahm die ÖVP gegenüber der In-vitro-Fertilisation (IVF) eine sehr kritische Position ein, da es bei ihr notwendigerweise zum Entstehen überzähliger Embryonen kommt. Auch in der „embryonenverbrauchenden Forschung“ sahen viele konservative Vertreter eine neue Form der Abtreibung, welche mit der „Heiligkeit des Lebens“ nicht vereinbar schien.⁴¹

c. FPÖ:

Die FPÖ war in den Jahren 1983 bis 1986 der Regierungspartner der SPÖ und vertrat ein mehr oder weniger liberales Menschenbild, das der Reproduktionsmedizin aufgeschlossen gegenüberstand. Die Ei- und Samenzellspende werden als gleichwertig angesehen und ebenso die IVF, welche mit gespendeten Samen durchgeführt wird, sowie auch der heterologe Embryotransfer nach Eizell- und Embryonenspende wird positiv bewertet. Lediglich die kommerzielle Nutzung der Leihmutterchaft sollte nach Meinung der FPÖ strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen.⁴²

³⁹ Bernat, Recht 16 ff.

⁴⁰ Bernat, Recht 18 f.

⁴¹ Bernat, Recht 20.

⁴² Bernat, Recht 21 f.

d. Grüne:

Sie waren wohl neben Johanna Dohnal (SPÖ) die stärksten Kritiker der Fortpflanzungsmedizin. Im März 1989 legten sie einen Entschließungsantrag vor, der an den Justizminister die Aufforderung richtete, ein Gesetz auszuarbeiten, welches die IVF vorbehaltlos verbieten sollte. Ihre verneinende Haltung gründete darin, dass sie die Reproduktionsmedizin stets im Zusammenhang mit der Gentechnologie sahen. Sie sahen in der IVF Parallelen zur Ideologie des Dritten Reiches, da sie nach ihrer Meinung die Möglichkeit einer eigenen Menschengeschöpfung bietet.⁴³

C. Die Entwicklung hin zum Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 (FMedRÄG)⁴⁴

In den 1990er Jahren kam es ein weiteres Mal zu einer Auseinandersetzung mit dem Thema der künstlich unterstützten Fortpflanzungsmedizin. Frauen befassten mittels Individualantrag den österreichischen Verfassungsgerichtshof mit der Frage, ob das im § 3 FMedG (1992) verankerte Verbot der IVF mit von dritter Seite gespendeten Samen sowie das Verbot des heterologen Embryotransfers nach Eizellspende die in Art 8, 12 EMRK⁴⁵ gewährleisteten Ansprüche auf Achtung des Privatlebens und das Recht auf Gründung einer Familie verletzen und gleichheitswidrig iSd Art 7 B-VG⁴⁶ sind. In dem Erkenntnis vom 14.10.1999 sprach der VfGH zwar aus, dass der Entschluss von Ehegatten und Lebensgefährten, ein Kind haben zu wollen und sich hierzu medizinischer Methoden zu bedienen, vom Schutzbereich des Art 8 EMRK umfasst wird. Dieser sah jedoch keine Unverhältnismäßigkeit in den Verboten des § 3 FMedG.

Seine Entscheidung begründete der VfGH dahingehend, dass die In-Vitro-Fertilisation wegen ihres hohen Maßes an Technizität im besonderen Maße Fragen ethisch-moralischer, aber auch gesundheitlicher Natur aufwirft. Ein weiterer berücksichtigter Aspekt war die schwierige Folgenabschätzung in Hinblick auf das Kindeswohl. Auf den Art 12 EMRK und den Art 7 B-VG ging der VfGH nicht näher ein.⁴⁷

In weiterer Folge wendete sich das betroffene Wunschelternpaar innerhalb der zur Verfügung stehenden Rechtsmittelfrist an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR). Das Urteil der Kleinen Kammer des EGMR vom 1.4.2010 lautete darauf, dass der § 3 FMedG das Diskriminierungsverbot iSd Art 14 iVm Art 8 EMRK verletze.

⁴³ *Bernat*, Recht 22.

⁴⁴ BGBl I 2015/35.

⁴⁵ BGBl 210/1958 idF BGBl III 144/2016.

⁴⁶ BGBl 1/1930 idF BGBl I 138/2017.

⁴⁷ *Bernat*, SH et al gegen Österreich: Ein Schritt vorwärts, ein Schritt zurück, in Österreichische Juristenkommission (Hrsg), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit (2013) 163 (165 f).

Eine gesonderte Überprüfung des § 3 FMedG in Bezug auf den Art 8 EMRK erschien dem EGMR nicht mehr geboten.

Die österreichische Bundesregierung ließ es in der Rechtssache „SH et al gegen Österreich“ nicht bei diesem Urteil bewenden und beantragte die Verweisung an die Große Kammer des EGMR. Die Große Kammer, welche sich aus siebzehn Richtern zusammensetzt, ging vom Urteil der Kleinen Kammer ab und entschied in der Sache gleich wie der österreichische VfGH. Dieser stellte nämlich fest, dass der § 3 FMedG zwar einen Eingriff in das Recht eines jeden Menschen auf freie Gestaltung seines Privat- und Familienlebens darstellt, jedoch die dort aufgeführten Verbote im Lichte des Art 8 Abs 2 EMRK verhältnismäßig und gerechtfertigt erscheinen.⁴⁸

Den entscheidenden Anstoß für eine substantielle Änderung des FMedG 1992⁴⁹ gab das Erkenntnis vom 10.12.2013 des österreichischen Verfassungsgerichtshofes, in dem die Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses gleichgeschlechtlicher Frauenpaare von medizinisch unterstützter Fortpflanzung mittels Samenspende festgestellt wurde. Der VfGH sah nunmehr in der alten Fassung des FMedG 1992, die eine Beschränkung der artifizienten Insemination auf verschiedengeschlechtliche Lebensgemeinschaften und Ehen vorsah, eine Diskriminierung.⁵⁰

Da der VfGH mit diesem Erkenntnis zahlreiche Passagen des FMedG mit Wirkung zum Ablauf des 31.12.2014 als verfassungswidrig aufgehoben hatte, sah sich nun der österreichische Gesetzgeber unter Zugzwang eine Novellierung des FMedG 1992 vorzunehmen. Am Ende dieses Prozesses steht das Fortpflanzungsmedizinrechtsänderungsgesetz 2015 (FMedRÄG 2015)⁵¹, welches vom Nationalrat am 21.1.2015 beschlossen wurde. Das FMedRÄG 2015 bringt eine weitreichende Liberalisierung des Fortpflanzungsmedizingesetzes mit sich, vor allem in Bezug auf gleichgeschlechtliche Frauenpaare, aber auch hinsichtlich der Zulässigkeit der Präimplantationsdiagnostik sowie der Samen- und Eizellenspende.⁵²

Auf die einzelnen Änderungen, die sich aus dem FMedRÄG 2015 ergeben haben, werde ich in meinen Ausführungen an anderer Stelle noch genauer eingehen.

⁴⁸ *Bernat*, Österreich 167 ff.

⁴⁹ BGBl I 1992/275.

⁵⁰ VfGH 10.12.2013, G 16/2013.

⁵¹ BGBl I 2015/35.

⁵² *Wendehorst*, Neuerungen im österreichischen Fortpflanzungsmedizinrecht durch das FMedRÄG 2015. Anpassung an europaweite Entwicklungen, iFamZ 2015, 4 (4).

IV. Verfassungsrechtlicher Rahmen des Fortpflanzungsmedizinrechts:

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive sind in Bezug auf das Fortpflanzungsmedizinrecht die kompetenzrechtlichen Bestimmungen des B-VG⁵³ und die Grundrechte von entscheidender Bedeutung. Insbesondere wegen der sich ständig wandelnden gesellschaftlichen und politischen Meinung sowie dem technischen Fortschritt auf diesem Gebiet gilt es stets die verfassungsrechtliche Ordnung zu beachten.

Das Fortpflanzungsmedizinrecht gehört zur Querschnittsmaterie des Medizinrechts, welches in einem weiteren Sinne verstanden wiederum dem Gesundheitsrecht zugeordnet wird. Von dieser Rechtsmaterie werden grundsätzlich all jene Normen erfasst, die in irgendeiner Weise der Gesundheit dienen. Der gesundheitsrechtliche Anwendungsbereich setzt sich beispielsweise mit den Rechtsverhältnissen zwischen einer Krankenanstalt oder einem Arzt und dem in Behandlung stehenden Patienten, berufsrechtlichen Vorschriften eines Arztes oder Angehöriger anderer Gesundheitsberufe, dem Arzneimittelrecht und dem Medizinproduktrecht, aber auch mit Fragen der Gentechnologie und der Embryonenforschung auseinander.⁵⁴ Die gängige Gliederung in Zivil-, Straf- und öffentliches Recht bleibt bedeutungsvoll und ist weiterhin zu beachten, jedoch zeigt das Gesundheitsrecht in gesammelter Form Schnittbereiche verschiedener Rechtsgebiete betreffend die Medizin und die Gesundheit auf.⁵⁵

Gemäß dem Art 2 Abs 1 B-VG ist Österreich ein Bundesstaat. In der österreichischen Verfassung wird das bundesstaatliche Prinzip vor allem durch die Kompetenzverteilung in den Art 10 bis 15 B-VG verwirklicht. Das bundesstaatliche Prinzip sieht die Aufteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Ländern, die Teilnahme der Länder an der Gesetzgebung und Vollziehung des Bundes und die Verfassungsautonomie der Länder vor. Die Zuordnung eines bestimmten umschriebenen Sachverhalts zu einem Kompetenztatbestand schließt gleichzeitig die Zuordnung zu einem anderen Kompetenztatbestand aus. In diesem Zusammenhang wird von der Exklusivität der Kompetenzen gesprochen. Das Bestreben der österreichischen Rechtsordnung ist es kompetenzfreie Sachverhalte dadurch zu vermeiden, dass diese entweder zum Gegenstand einer bundes- oder landesgesetzlichen Regelung gemacht werden.⁵⁶

Das Fortpflanzungsmedizinrecht wird nach dem Art 10 Abs 1 Z 6 und Z 12 B-VG kompetenzrechtlich dem Bund in Gesetzgebung und Vollziehung zugeteilt. Die Z 6 betrifft Belange des Zivilwesens - vor allem zivilrechtliche Bereiche des Personen-, Persönlichkeits-

⁵³ BGBl 1/1930 idF BGBl I 138/2017.

⁵⁴ Grabenwarter/Krauskopf, Gesundheitsrecht und Verfassung, in Resch/Wallner (Hrsg), Handbuch Medizinrecht² (2015) 1 (3).

⁵⁵ Bernat, Entwicklungslinien des Medizinrechts Eine Bestandaufnahme aus Anlass von 20 Jahren „Recht der Medizin“ (1994-2014), RdM 2014, 36 (36).

⁵⁶ Grabenwarter/Krauskopf, Gesundheitsrecht 3 ff.

, Vertrags- und Familienrechts sind im Zusammenhang mit dem FMedG betroffen. Unter den Tatbestand der Z 12 werden Angelegenheiten des Gesundheitswesens subsumiert. Regelungen, welche sich auf die psychische und physische Gesundheit – insbesondere die der Mutter und des erwünschten Kindes – beziehen, werden dem Tatbestand Gesundheitswesen zugerechnet. Sofern das FMedG das Verhältnis des Arztes zu den Wunscheltern oder dem Wunschkind regelt, kommt der Tatbestand des Zivilwesens als kompetenzrechtliche Grundlage in Betracht.⁵⁷

Ein weiterer wichtiger und zu erwähnender verfassungsrechtlicher Aspekt sind neben den Kompetenzbestimmungen die Grundrechte. Ihre substantielle Bedeutung für uns alle zeigt sich darin, dass sie dem einfachen Gesetzgeber bei der Regelung des Gesundheitsrechts, also auch des Fortpflanzungsmedizinrechts, Schranken vorgibt, an die sich dieser zu halten hat. Exemplarisch wird nun in weiterer Folge auf zwei dieser Grundrechte, die für die Gesetzgebung im Bereich des Gesundheitsrechts von besonderer Relevanz sind, eingegangen.⁵⁸

A. Das Recht auf Leben - Art 2 EMRK⁵⁹

In Art 2 EMRK wird das Recht auf Leben gesetzlich geschützt. Von diesem Schutzbereich mitumfasst sind weiters auch der Schutz vor ernsthafter Gefährdung des Lebens sowie der Schutz der körperlichen Unversehrtheit.⁶⁰ Auf der einen Seite werden dem Staat durch die Grundrechte Schutzpflichten auferlegt und auf der anderen Seite werden diese als Abwehrrechte verstanden, die vor staatlichen Eingriffen schützen sollen.⁶¹

Das Recht auf Leben steht zentral im Mittelpunkt des grundrechtlichen Systems und ist Voraussetzung für alle weiteren Grundrechte.⁶² Art 2 Abs 2 EMRK listet mögliche Rechtfertigungsgründe für einen Eingriff in das Grundrecht auf Leben auf. Außerhalb dieser Aufzählung kommen keine Rechtfertigungen für einen Eingriff in Betracht. Art 2 EMRK zählt zu den sogenannten notstandsfesten Rechten, die auch nicht durch die im Art 15 EMRK genannten Bedingungen im Rahmen eines Notstandes außer Kraft gesetzt werden dürfen.⁶³ Nach wie vor ist es umstritten, ob ungeborenes Leben vom Art 2 EMRK erfasst wird. Der VfGH hat in seinem Erkenntnis zur Fristenlösung ausgesprochen, dass nur das geborene, nicht aber das keimende Leben gemäß Art 2 EMRK bewahrt werden soll. Die Konventionsorgane halten sich bedeckt und lassen die Frage offen. Ob nun

⁵⁷ ErlRV 216 BldNR XVIII. GP 14.

⁵⁸ *Gabenwarter/Krauskopf*, Gesundheitsrecht Rz 44.

⁵⁹ BGBl 210/1958 idF BGBl III 144/2016.

⁶⁰ *Eberhard*, Recht auf Leben, in Heißl (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) Rz 4/1 (Rz 4/2).

⁶¹ *Gabenwarter/Krauskopf*, Gesundheitsrecht Rz 45.

⁶² *Eberhard*, Recht Rz 4/2.

⁶³ *Gabenwarter/Krauskopf*, Gesundheitsrecht Rz 45.

ungeborenes Leben unter Schutz gestellt werden soll oder nicht und welcher Zeitpunkt dafür entscheidend ist, ist vor allem im Bereich der Fortpflanzungsmedizin und der „embryonenverbrauchenden Forschung“ eine viel diskutierte Frage.⁶⁴

B. Das Recht auf Privat- und Familienleben – Art 8 EMRK⁶⁵

Der Art 8 EMRK gewährleistet das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs. In einer engen inhaltlichen Verbindung zum Art 8 EMRK steht das Recht auf Datenschutz nach § 1 DSGVO.^{66, 67}

Der Begriff des Familienlebens wird nach der Rechtsprechung weit verstanden und erfasst die vielfältigsten Formen des familiären Zusammenlebens. Neben der Beziehung zwischen den Ehepartnern ist auch die zu deren Kindern geschützt.⁶⁸ Uneheliche und verwandtschaftliche Beziehungen werden unter dieses Grundrecht subsumiert, sofern diese tatsächlich gegeben sind und eine gewisse Intensität, die etwa durch einen gemeinsamen Haushalt oder Unterhaltszahlungen vermittelt werden kann, vorliegt.⁶⁹

Insbesondere in Bezug auf das Gesundheitsrecht kommt diesem Grundrecht eine besondere Rolle zu. Das grundrechtlich geschützte Recht auf Achtung des Privatlebens soll dem Einzelnen einen Lebensbereich sichern, in dem er sich frei von äußeren Zwängen persönlich entfalten kann. Dadurch wird ein Grundsatz der Selbstbestimmung normiert, der beispielsweise für die Aufklärung über medizinische Eingriffe und die damit verbundene Verschwiegenheitspflicht maßgeblich ist. Andere Beispiele, die in den Schutzbereich des Art 8 EMRK fallen, sind die Gewährleistung einer umfassenden geistigen und körperlichen Integrität, weshalb auch Zwangsuntersuchungen, mit medizinischen Behandlungen verbundene Datenspeicherungen, Regelungen der Sterbehilfe und der In-Vitro-Fertilisation davon umfasst sind. In einer engen Verbindung zu dem Grundsatz der Selbstbestimmung, der aus diesem Grundrecht entspringt, ist auch das Recht einer Mutter zu verstehen, medizinische Maßnahmen zur Entstehung oder zur Beendigung einer Schwangerschaft in Anspruch zu nehmen.⁷⁰

Auch die Inanspruchnahme medizinisch unterstützter Fortpflanzungsmethoden sowie der Präimplantationsdiagnostik gehören zu dem Schutzbereich des Art 8 EMRK.⁷¹

Der Art 8 EMRK enthält in seinem Abs 2 einen für die meisten Grundrechte typischen Gesetzesvorbehalt. Ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

⁶⁴ *Gabenwarter/Krauskopf*, Gesundheitsrecht Rz 46.

⁶⁵ BGBl 210/1958 idF BGBl III 144/2016.

⁶⁶ BGBl I 165/1999 idF BGBl I 120/2017.

⁶⁷ *Gabenwarter/Krauskopf*, Gesundheitsrecht Rz 49.

⁶⁸ *Feik*, Recht auf Familienleben, in Heißl (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) 176 (Rz 9/3).

⁶⁹ *Feik*, Recht Rz 9/8.

⁷⁰ *Gabenwarter/Krauskopf*, Gesundheitsrecht Rz 50.

⁷¹ *Gabenwarter/Krauskopf*, Gesundheitsrecht Rz 51.

ist danach dann gestattet, wenn dieser ein legitimes Ziel im öffentlichen Interesse der Gesellschaft (nationale Sicherheit, öffentliche Ruhe und Ordnung, wirtschaftliches Wohl des Landes, Verteidigung der Ordnung, Verhinderung strafbarer Handlungen, Schutz der Gesundheit und der Moral, Schutz der Rechte und Freiheiten anderer) verfolgt.⁷²

⁷² *Gabenwarter/Krauskopf, Gesundheitsrecht Rz 52.*

V. Die einzelnen Bestimmungen des Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG⁷³) in Übersicht

A. Begriffsbestimmungen

a. Medizinisch unterstützte Fortpflanzungsmedizin (muF)

Medizinisch unterstützte Fortpflanzung iSd § 1 Abs 1 FMedG ist die „Anwendung medizinischer Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft auf anderer Weise als durch Geschlechtsverkehr“. In den Anwendungsbereich des FMedG fallen daher keine Regelungen, die eine Schwangerschaft auf natürlichem Wege erleichtern oder gar erst ermöglichen sollen.⁷⁴

b. Gängige Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung

Die Regierungsvorlage zum FMedG aus dem Jahre 1992 sah noch eine taxative (=abschließende) Auflistung der zulässigen medizinischen Methoden vor. Mittlerweile sind die medizinischen Techniken, für die das Gesetz gelten soll, in den Begriffsbestimmungen des § 1 Abs 2 FMedG demonstrativ aufgezählt, um so das Erfordernis einer fortwährenden Anpassung des Gesetzes an den aktuellen Stand der Medizin bezüglich der Methoden der Reproduktionsmedizin zu vermeiden. Bereits das im Gesetzestext verwendete Wort „insbesondere“ deutet auf eine demonstrative Aufzählung hin.⁷⁵

Der § 1 Abs 2 Z 1 bis 4 FMedG listet insbesondere folgende Techniken der Fortpflanzungsmedizin auf⁷⁶:

Z 1 das Einbringen von Samen in die Geschlechtsorgane einer Frau,

Z 2 die Vereinigung von Eizellen mit Samenzellen außerhalb des Körpers einer Frau,

Z 3 das Einbringen von entwicklungsfähigen Zellen in die Gebärmutter oder den Eileiter einer Frau und

Z 4 das Einbringen von Eizellen oder von Eizellen mit Samen in die Gebärmutter oder den Eileiter einer Frau.

⁷³ BGBl I 1992/275 idF BGBl I 2015/35.

⁷⁴ *Leischner-Lenzhofer*, Fortpflanzungsmedizin, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht²⁴ (2017) Kap. I.23. (Kap. I.23.2.1.1.).

⁷⁵ *Barth*, Zur Zulässigkeit medizinisch unterstützter Fortpflanzung aus rechtlicher Sicht, in *Barth/Erlebach* (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 3 (6); JAB 490 BlgNR 23. GP 3.

⁷⁶ *Barth*, Zulässigkeit 5.

aa. Insemination (Artificial Insemination - AI) gemäß § 1 Abs 2 Z 1 FMedG

Die Insemination wird als das Einbringen von Sperma in die Gebärmutter einer Frau während der Zeit ihres Eisprunges definiert.

Generell wird zwischen homologer und heterologer (=donogener) Insemination unterschieden, wobei bei der homologen Insemination der Same des Partners und bei der heterologen Insemination ein Spendersamen (z.B. bei nicht vorhandenen Spermien eines Mannes oder bei Frauenpaaren) verwendet wird. Für eine heterologe Insemination wird eine Zustimmung in Form eines Notariatsaktes benötigt, womit in die Verwendung des Spendersamens ausdrücklich eingewilligt wird. Bei Vorliegen dieser Voraussetzung gelten beide Partner als Eltern des Neugeborenen.⁷⁷

Als Indikatoren einer Inseminationsbehandlung gelten:

- Spermioogramme, welche eine verminderte Progressivität der Spermien aufweisen,
- hormonelle Probleme der Frau, die eine Stimulationsbehandlung notwendig machen, um den Eisprung auszulösen,
- ein positiver Sims-Humer-Test, der anzeigt, dass sich Spermien und Cervikalschleim nicht vertragen, sodass ein Hochwandern der Spermien aus dem hinteren Fornix der Scheide in die Gebärmutter verhindert wird.⁷⁸

Die Insemination kann im Naturzyklus und im stimulierten Zyklus ablaufen. Im Naturzyklus ist eine hormonelle Stimulation nicht notwendig, denn es besteht die Möglichkeit den Eisprung mittels Harntests (=LH Test) zu Hause zu bestimmen oder den Zyklus durch Ultraschalluntersuchung zu überwachen. Außerdem kann der Eisprung durch Injektion ausgelöst werden, wenn dieser zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgen soll.

Bei der Insemination im stimulierten Zyklus werden Tabletten (z.B. Clomiphen) verabreicht oder Injektionen (z.B. Puregon und Merional) verwendet. Diese hormonelle Stimulation der Eierstöcke wird vorgenommen, wenn es bei der Patientin bspw. durch eine Hormonstörung veranlasst nicht zum Eisprung kommt. Zudem kann durch diese Variante eine höhere Schwangerschaftsrate erreicht werden, wenn mehr als eine Eizelle beim Eisprung freigesetzt wird.

⁷⁷ Insemination <http://kinderwunschzentrum.at/behandlung/insemination/> (abgefragt am 19.7.2017).

⁷⁸ *Geschäftsstelle der Bioethikkommission, Fortpflanzungsmedizinrecht 12.*

Der Eingriff der Insemination findet mit den gereinigten, im Labor aufbereiteten Samenzellen zur Zeit des Eisprungs statt und wird mittels feinen Katheters direkt in die Gebärmutterhöhle eingespritzt.⁷⁹

bb. Assistierte Reproduktionstechnik (ART) gemäß § 1 Abs 2 Z 2 bis 3 FMedG

Darunter werden die beiden Formen der extrakorporalen Befruchtung (= die Befruchtung außerhalb des weiblichen Körpers) verstanden, nämlich die In-vitro-Fertilisation (IVF) und die intracytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI). Das Einbringen von Samen in die Geschlechtsorgane einer Frau, das nicht extrakorporal von statten geht, wird hingegen nicht erfasst und vom Tatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 FMedG wie bereits erläutert umfasst. In der Phase der „Stimulation“ wird die Frau bei IVF und ICSI mit einer meist zehntägig dauernden Hormonbehandlung mit auf die Eierstöcke wirkenden Hormonen behandelt.⁸⁰ Im natürlichen Zyklus einer geschlechtsreifen Frau gibt es meistens nur ein einziges dominantes Follikel und nur bei diesem kommt es zur Ovulation des Eibläschens (= Monoovulation). In der letzten Phase, der Meiose, nach dem Eisprung wird die Eizelle für 12 bis 24 Stunden durch ein Spermium befruchtungsfähig.⁸¹

Die meisten Standardverfahren der ART (IVF und ICSI) beginnen heutzutage mit einer Gandotropinbehandlung (= FSH und HMG wird mittels subkutaner Injektion verabreicht), da die überwiegende Mehrzahl der zur Ovulation gelangenden Eizellen nicht in der Lage sind, sich zu einem lebensfähigen Embryo zu entwickeln. Durch die durchgeführte Behandlung wird ein polyfollikuläres Wachstum (= mehrere Follikel gelangen zu einer „sprungreifen Größe“) erreicht, da hierdurch der individuelle FSH-Schwellenwert überschritten werden kann. Der spontane Eisprung muss durch die additive Gabe weiterer sprungverhindernder Hormone aufgehalten werden, da ab dem Überschreiten einer gewissen Serumgrenze von Östrogen die Hypophyse der Frau durch die Ausschüttung vom luteinisierenden Hormon (LH) den Eisprung triggern würde und es zu einer sog. „Superoovulation“ mit dem Eisprung mehrerer Eibläschen kommen würde. Durch die Gabe von Beta-Humanem Choriongonadotropin, synthetischem LH oder mittels endogenem LH durch ein GnRH-Analogon (= ein dem natürlichen Gonadotropin-Releasing-Hormon ähnliches Hormon) wird der natürliche LH-Trigger, der Auslöser des Eisprunges, imitiert. 33,5 bis 36 Stunden später kann mit der „Eizellgewinnung“ mittels Absaugen der Flüssigkeit und Durchsuchung

⁷⁹ Insemination <http://kinderwunschzentrum.at/behandlung/insemination/> (abgefragt am 19.7.2017).

⁸⁰ Swoboda/Loimer, Die „Assistierte Reproduktionstechnik“ aus medizinischer Sicht, in Barth/Erlebach (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 37 (39).

⁸¹ Swoboda/Loimer, Reproduktionstechnik 40.

der Flüssigkeit auf darin befindliche Eizellen unter dem Auflichtmikroskop begonnen werden. Die Eibläschen können mit Hilfe des transvaginalen Ultraschalles mit einer Stab-Ultraschallsonde gut lokalisiert und wegen der räumlichen Nähe von Scheidengewölbe und Eierstöcken leicht mit einer Nadel erreicht werden (Follikelpunktion).

Nach der erfolgreichen Stimulation gelangen bei dem ART-Verfahren die erzeugten Eizellen nicht in den Eileiter, sondern werden bei der In-Vitro-Fertilisation in einem Labormedium mit aufbereitetem Samen überschichtet und der natürlichen Befruchtung überlassen. Bei der intracytoplasmatischen Spermieninjektion, die bei eingeschränkter männlicher Zeugungsfähigkeit zur Anwendung kommt, wird nach der Säuberung der Eizelle vom sie umgebenden Cumulus (= anhaftende Zellen) diese mit einer Mikropipette anpunktiert und dabei in jede Eizelle ein einzelnes Spermium injiziert. Die IVF setzt im Gegensatz zur ICSI eine gewisse Mindestqualität der Samen voraus.⁸² Anschließend an die Eizellgewinnung folgt eine bis zu fünftägige Kulturphase („Blastozystenkultur“), an deren Ende eine Blastozyste (= ein etwa aus 150 Zellen bestehender Embryo, der sich in eine innere und äußere Zellmasse differenziert) entstanden ist. Am Tag 5 oder 6 durchbricht der Embryo die Eizellhülle und beginnt durch Adhäsion mit den Zellen der Gebärmutter Schleimhaut zu verwachsen und mit dem mütterlichen Organismus Kontakt aufzunehmen. Spätestens am 5. Tag nach der Punktion wird der Embryo entweder „transferiert“ (= dieser wird mit Hilfe eines feinen Kunststoffkatheters in einem Mediumstropfen in die Gebärmutterhöhle übertragen) oder durch ein Gefrierverfahren („slow freezing“ oder Vitrifikation) gefroren und in der flüssigen oder Gasphase von Flüssigkeitsstickstoff bei -196°C aufbewahrt.⁸³ Durch das Verfahren der Kryokonservierung müssen überzählige Embryonen nicht verworfen werden und können im Falle eines erfolglosen Embryotransfers für Folgezyklen verwendet werden, ohne dass eine neuerliche Stimulation notwendig wäre. Es kommt bei allen befruchteten Eizellen ca. nur in einem Drittel der Fälle zur Bildung einer Blastozyste.⁸⁴

cc. Intratubarer Gametentransfer (Gamete Intrafallopian Transfer – GIFT) gemäß § 1 Abs 2 Z 4 FMedG

In der Z 4 wird als letzte Behandlungstechnik demonstrativ der intratubare Gametentransfer aufgezählt. Dabei werden der Frau Eizellen operativ entnommen. Anschließend daran werden die Eizellen alleine oder zusammen mit den

⁸² Swoboda/Loimer, Reproduktionstechnik 40 f.

⁸³ Swoboda/Loimer, Reproduktionstechnik 42.

⁸⁴ Swoboda/Loimer, Reproduktionstechnik 43.

zuvor aufbereiteten Spermien in die Gebärmutter oder einen Eileiter eingebracht. Dort findet dann in „natürlicher Umgebung“ die Befruchtung statt.⁸⁵

c. Entwicklungsfähige Zellen

Unter diesen Begriff fallen nach § 1 Abs 3 FMedG „befruchtete Eizellen und daraus entwickelte Zellen“. Im Gegensatz zum deutschen oder schweizerischen Begriff des Embryos setzt die österreichische Definition von entwicklungsfähigen Zellen bewusst in einem früheren Entwicklungsstadium des Menschen an, denn es wird bereits das Eindringen der Samenzelle in die Eizelle darunter verstanden.⁸⁶ Wie schon erwähnt werden vom Abs 3 auch „die daraus entwicklungsfähigen Zellen“ mitumfasst – nicht jedoch jede Körperzelle, sondern nur solche, die sich zu einem vollständigen Individuum entwickeln können (= totipotente Zellen). Weiters können sog. pluripotente Zellen, deren Entwicklungsfähigkeit auf die Ausbildung unterschiedlicher Gewebstypen etc. eingegrenzt ist, nicht unter diesen Begriff subsumiert werden.⁸⁷

b. Präimplantationsdiagnostik (PID)

In der Reproduktionsmedizin wird die Präimplantationsdiagnostik als eine zellbiologische oder molekulargenetische Untersuchung beschrieben, welche eine Entscheidungshilfe darüber geben soll, ob ein durch In-Vitro-Fertilisation gezeugter Embryo in die Gebärmutter eingepflanzt werden soll oder nicht. Voraussetzung einer PID ist in medizinischer Hinsicht die Vornahme einer IVF, wobei das Verfahren im Zusammenhang mit der PID in fünf Schritte aufgeteilt werden kann: die Hormonstimulation und Eizellgewinnung, die außerkörperliche Befruchtung, die Entnahme einer Zelle des Embryos (= Blastomer – und Blastozystenbiopsie), die genetische Diagnostik und schließlich der Embryotransfer oder die Kryokonservierung (= Aufbewahrung von Zellen oder Gewebe durch Einfrieren in flüssigem Stickstoff). Von der PID im ieS wird bei den Punkten drei und vier gesprochen.⁸⁸

Die PID wurde erstmals durch die FMedG-Nov 2015⁸⁹ in § 1 Abs 4 FMedG als „jede Methode zur genetischen Untersuchung entwicklungsfähiger Zellen vor deren Einbringen in den Körper einer Frau sowie zur Untersuchung anderer nach Abschluss der Befruchtung der Eizelle entstehender Zellen“ definiert. Unter dem Rechtsbegriff „entwicklungsfähige Zellen“ werden weiterhin, um Auslegungsschwierigkeiten zu ver-

⁸⁵ *Barth*, Zulässigkeit 6.

⁸⁶ *Merckens*, FMedRÄG 2015: Zur Reform des Fortpflanzungsmedizingesetzes, RdM 2016, 54 (58).

⁸⁷ *Barth*, Zulässigkeit 8 f.

⁸⁸ *Erlebach*, Zur Zulässigkeit der Präimplantationsdiagnostik, in *Barth/Erlebach* (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 131 (133).

⁸⁹ BGBl I 2015/35.

meiden, „befruchtete und daraus entwickelte Eizellen“ iSd § 1 Abs 3 FMedG verstanden. Die PID darf deshalb nur Untersuchungen an totipotenten (= Zellen, welche die Fähigkeit haben sich zu einem Individuum zu entwickeln), nicht hingegen an pluripotenten embryonalen Stammzellen vornehmen. Der Definitionsbereich wurde allerdings durch den Wortlaut „anderer nach dem Abschluss der Befruchtung der Eizelle entstehender Zellen“ erweitert, sodass auch andere als totipotente Zellen, sofern sie „nach Abschluss der Befruchtung“ entstanden sind, miteinbezogen werden können. Die PID darf somit auch an Trophoblasten vorgenommen werden.⁹⁰

Die Vornahme einer PID darf nur beim Vorliegen bestimmter inhaltlicher Kriterien, die im § 2a FMedG aufgelistet sind, stattfinden. Hierauf wird in späterer Folge noch genauer eingegangen.⁹¹ Im § 1 Abs 4 FMedG nicht genannt, aber zu erwähnen ist auch die Polkörperdiagnostik (PKD), die von der PID abzugrenzen ist. Die PKD wird als Unterfall der Präfertilitätsdiagnostik (= Untersuchung der Eizelle vor dem Embryonalstadium) zugerechnet. Während bei der Präfertilitätsdiagnostik die Eizelle vor deren Befruchtung untersucht wird, wird bei der PID die Untersuchung des Embryos vor der Implantation in die Gebärmutter vorgenommen.⁹² Die PKD ist erlaubt, denn Polkörper fallen mangels Befruchtung weder unter den Begriff der „entwicklungsfähigen Zellen“ noch unter die Zellen, die „nach Abschluss der Befruchtung der Eizelle“ iSd § 1 Abs 3 FMedG entstehen. Da die PKD nicht unter den § 1 Abs 4 FMedG einzuordnen ist, unterliegt sie auch nicht den Voraussetzungen des § 2a FMedG, welche für die Anwendung einer PID gesetzlich vorgesehen sind.⁹³

B. Materielle Zulässigkeitsvoraussetzungen bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung

a. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung

Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung darf gemäß § 2 Abs 1 FMedG nur in einer Ehe, einer eingetragenen Partnerschaft oder in einer verschieden – oder gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft vorgenommen werden. Von dem Anwendungsbereich des § 2 Abs 1 FMedG demnach nicht umfasst sind nicht in Lebensgemein-

⁹⁰ *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 (82 f).

⁹¹ *Kopetzki*, Recht 85.

⁹² *Erlebach*, Zulässigkeit 135.

⁹³ *Kopetzki*, Recht 84.

schaft befindliche alleinstehende Frauen und homosexuelle männliche Lebensgemeinschaften, die zur Verwirklichung ihres Kinderwunsches die in Österreich verbotenen Leihmutterschaft benötigen.⁹⁴

Die Voraussetzungen müssen während des gesamten Behandlungszeitraumes vorliegen.⁹⁵

Die Verantwortung festzustellen, ob die Wunscheltern in aufrechter Ehe, eingetragener Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft leben, liegt bei dem behandelnden Arzt. Für gewöhnlich überprüft er das Vorliegen der Voraussetzung in oder vor dem ärztlichen Beratungsgespräch anhand entsprechend schriftlicher Nachweise (Heirats- bzw. Partnerschaftsurkunden, bei Lebensgemeinschaften werden Meldezettel, Mietverträge oÄ vorgelegt).⁹⁶

aa. **Ultima ratio**

Dem im § 2 Abs 1 FMedG umschriebenen Personenkreis stehen die Methoden zur muF nicht uneingeschränkt zur Verfügung. § 2 Abs 2 FMedG listet vier mögliche Indikationen auf, von denen zumindest eine für eine muF gegeben sein muss.

- **Herbeiführung einer Schwangerschaft wegen Erfolg- oder Aussichtslosigkeit von fertilitätssteigernden Behandlungen** gemäß § 2 Abs 2 Z 1 FMedG

Nach dem Tatbestand der Z 1 ist die muF nur dann zulässig, wenn „nach dem Stand der Wissenschaft und Erfahrung alle anderen möglichen und den Ehegatten oder Lebensgefährten zumutbaren Behandlungen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft durch Geschlechtsverkehr erfolglos gewesen oder aussichtslos sind“. Aus dem Gesetzestext folgt daher, dass medizinischen Behandlungen, welche die Fortpflanzung auf natürlichem Wege ermöglichen oder erleichtern, der Vorzug zu geben ist.⁹⁷

Der Sinn hinter dieser Bestimmung liegt nach den Erläuterungen zu der RV des FMedG 1992 darin, den Beteiligten unnötige und medizinisch nicht angezeigte Eingriffe zu ersparen. Außerdem sind nach dem Grundsatz der Menschenwürde die natürliche und künstliche Fortpflanzung nicht gleichrangig und stehen deshalb nicht gleichermaßen zur Wahl.⁹⁸

⁹⁴ *Eder-Rieder*, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung nach dem FMedRÄG 2015. Neuerungen und Erweiterungen, EF-Z 2016, 127 (127).

⁹⁵ *Leischner-Lenzhofer*, Fortpflanzungsmedizin Kap. I.23.2.2.

⁹⁶ *Barth*, Zulässigkeit 10.

⁹⁷ *Barth*, Zulässigkeit 12.

⁹⁸ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 11.

Ob die fertilitätssteigernden Behandlungen zumutbar sind, um eine natürliche Fortpflanzung zu ermöglichen oder zu erleichtern, ist im Einzelfall nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft zu beurteilen. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit wird besonders auf die mit der Behandlung verbundenen Beeinträchtigungen geachtet. Unter den Beeinträchtigungen werden nicht nur die mit den operativen Eingriffen verbundenen Risiken und die mit der medikamentösen Behandlung verbundenen Nebenwirkungen verstanden, sondern auch die seelischen Belastungen gehören dazu.⁹⁹

- Zur Herbeiführung einer Schwangerschaft wegen Ansteckungsgefahr beim Geschlechtsverkehr gemäß § 2 Abs 2 Z 2 FMedG

Eine weitere mögliche Indikation, die eine muF gewährt, wird in der Z 2 aufgelistet. Demnach ist eine muF gestattet, „wenn ein Geschlechtsverkehr zur Herbeiführung einer Schwangerschaft den Ehegatten oder Lebensgefährten wegen der ernstesten Gefahr einer Übertragung einer schweren Infektionskrankheit auf Dauer nicht zumutbar ist“.¹⁰⁰

Mit diesem Tatbestand soll auch Patienten mit einer unheilbaren oder nur geringen Chance der vollständigen Ausheilung bestehenden Infektionskrankheit, die Möglichkeit gegeben werden, über den Weg der muF schwanger zu werden. Diesen Patienten ist es wegen der hohen Ansteckungsgefahr ihres Partners/ihrer Partnerin oder ihres Kindes unzumutbar auf natürlichem Wege eine Schwangerschaft herbeizuführen. Nur schwere Infektionskrankheiten wie beispielsweise HIV oder Hepatitis C sind davon erfasst.¹⁰¹ Die Ansteckungsgefahr muss auf Dauer bzw. während des fortpflanzungsfähigen Alters gegeben sein, deshalb muss es sich laut dem vorliegenden Gesetz auch um eine unheilbare Krankheit handeln.¹⁰²

- Zur Herbeiführung einer Schwangerschaft in gleichgeschlechtlichen Beziehungen gemäß § 2 Abs 2 Z 3 FMedG

Diesem Tatbestand zufolge ist eine muF zulässig, wenn „eine Schwangerschaft bei einer von zwei miteinander in eingetragener Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft lebenden Frauen herbeigeführt werden soll“.

Die muF ist für gleichgeschlechtliche Frauenpaare das einzige Mittel um schwanger zu werden.¹⁰³

- Zur Durchführung einer PID gemäß § 2 Abs 2 Z 4 FMedG

⁹⁹ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 16.

¹⁰⁰ Barth, Zulässigkeit 13.

¹⁰¹ ErlRV 678 BlgNR XXII GP 4.

¹⁰² Barth, Zulässigkeit 14.

¹⁰³ Barth, Zulässigkeit 14.

Dem § 2 Abs 2 Z 4 FMedG folgend ist die muF schließlich dann auch zulässig, „wenn sie zum Zweck einer nach § 2a zulässigen Präimplantationsdiagnostik vorgenommen werden muss“.

Da eine Präimplantationsdiagnostik nur an einem Embryo im Zuge einer künstlichen Befruchtung außerhalb des Mutterleibs durchgeführt werden kann, muss dieser durch eine muF erzeugt werden.¹⁰⁴

bb. Geringstmöglicher Eingriff gemäß § 2 Abs 3 FMedG

Nach dieser Bestimmung ist unter mehreren aussichtsreichen und zumutbaren Methoden zunächst nur diejenige zu wählen, die mit geringeren gesundheitlichen Beeinträchtigungen und Gefahren für die Beteiligten verbunden ist, bei der weniger entwicklungsfähige Zellen entstehen und zudem auch das Kindeswohl berücksichtigt wird.¹⁰⁵

Den Erläuterungen der Regierungsvorlage zu Folge soll mit der Regelung des § 2 Abs 3 FMedG den „allgemeinen Leitlinien ärztlichen Handelns“ entsprochen werden.¹⁰⁶

Grundsätzlich liegt die Entscheidungsbefugnis bei mehreren zur Verfügung stehenden Behandlungsmethoden, die weitgehend gleiche Erfolgchancen zu unterschiedlichen Risiken versprechen, beim Patienten oder der Patientin. Die Auswahl der Therapieform obliegt im Bereich der Fortpflanzungsmedizin jedoch in verstärktem Maße dem objektiven medizinischen Fachwissen und nicht so sehr der Patientenautonomie, wie es allgemein die Regel ist. Hierfür gibt es zweierlei Gründe. Zum einen entscheidet der Patient oder die Patientin nicht nur für sich allein, sondern auch für das noch ungeborene Kind, welches nach dem Gesetz „beteiligte Person“ ist und zum anderen zeigt die praktische Erfahrung mit Kinderwunschpaaren, dass diese in erhöhtem Maße dazu bereit sind Leid auf sich zu nehmen, um möglichst schnell Eltern zu werden.¹⁰⁷

cc. Kindeswohl

Das Kindeswohl ist einer der tragenden Leitgedanken des Familienrechts. Gemäß der Regierungsvorlage geht das Interesse des Kindes dahin überhaupt geboren zu werden. Die zukünftigen Rahmenbedingungen, in die das Kind hineingeboren wird, werden bei der Beurteilung des Kindeswohles nicht berücksichtigt. Dieser Prüfungsmaßstab mag wohl für die natürliche Fortpflanzung zutreffend

¹⁰⁴ ErlRV 445 BlgNR XXV GP 4.

¹⁰⁵ *Wendehorst*, iFamZ (2015), 4 f.

¹⁰⁶ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 4.

¹⁰⁷ *Barth*, Zulässigkeit 15.

erscheinen, nicht aber für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung. Da die Zeugung eines Menschen erst durch den Einsatz künstlicher Techniken und der Mithilfe Außenstehender ermöglicht wird und sie deshalb im Gegensatz zur natürlichen Fortpflanzung kontrollierbar wird, erscheint es in Anbetracht des Kindeswohles als zulässig und gerechtfertigt, auch die Rahmenbedingungen, die eine gute Entwicklung des Kindes gewährleisten sollen, zu prüfen. Mit der Berücksichtigung der Rahmenbedingungen soll also laut der Regierungsvorlage das „künftige Wohlergehen des Kindes“ gesichert werden.¹⁰⁸

Mit der ausdrücklichen Nennung des Kindeswohles im § 2 Abs 3 FMedG will der Gesetzgeber seine Bedeutung für die Einzelfallentscheidung ersichtlich machen. Wenn also nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung mehrere aussichtsreiche Methoden zur Auswahl stehen, dann soll diejenige angewendet werden, die eine geringere gesundheitliche Beeinträchtigung und Gefahr für das Kind darstellt. Unter diesem Gesichtspunkt ist eine Abwägung der gesundheitlichen Risiken eines vorzunehmenden Eingriffs für die Frau mit denen für das noch ungeborene Kind vorzunehmen.¹⁰⁹

dd. Vermeidung überzähliger entwicklungsfähiger Zellen

Stehen mehrere gleichwertige Methoden für eine muF zur Auswahl, so ist nach der Gesetzesbestimmung des § 2 Abs 3 FMedG diejenige auszuwählen, bei der nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung, die wenigsten überzähligen entwicklungsfähigen Zellen entstehen.¹¹⁰ Es sollen nur viele entwicklungsfähige Zellen erzeugt werden, wie unbedingt nötig sind, um eine Schwangerschaft herbeizuführen. Das Entstehen überzähliger entwicklungsfähiger Zellen gilt es laut der Intention des Gesetzgebers strengstens zu vermeiden.¹¹¹ Weiters sieht der § 10 FMedG vor, dass bei der Vereinigung einer Eizelle mit Samenzellen außerhalb des Mutterleibes (= In-Vitro-Fertilisation) nur so viele Eizellen befruchtet und in der Folge eingebracht werden sollen, wie nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung innerhalb eines weiblichen Zyklus für eine erfolgsversprechende muF notwendig sind. In der Gesetzesbestimmung des § 10 FMedG wird von dem „Zyklus der behandelten Frau“ gesprochen. Damit wird verdeutlicht, dass nicht der ART-Zyklus (umfasst eine Frischkultur und mehrere Kryozyklen) sondern der weibliche Zyklus den relevanten Zeitrahmen für die Befruchtung darstellt. Die festgelegte Beschränkung bezieht

¹⁰⁸ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 11.

¹⁰⁹ *Barth*, Zulässigkeit 16 f.

¹¹⁰ *Barth*, Zulässigkeit 17.

¹¹¹ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 3.

sich laut dem Gesetzeswortlaut sowohl auf die Zahl der Befruchtungen als auch auf die der Zellen, die „in Folge“ in den Körper der Frau eingebracht werden sollen.¹¹² Laut den Erläuterungen zur Regierungsvorlage soll der elektive Single-Embryo-Transfer (eSET) die bevorzugte Methode im Rahmen einer IVF sein.¹¹³ Durch den elektiven Single-Embryo-Transfer sollen auch riskante Mehrlingschwangerschaften vermieden werden. Da der Gesetzgeber keine maximale Zahl der zu befruchtenden Eizellen und einzubringenden entwicklungsfähigen Zellen festlegt, ist als weiteres Kriterium, das im § 2 Abs 3 FMedG genannte Kindeswohl, heranzuziehen, welches eine Mehrlingsschwangerschaft unter der Berücksichtigung einer allfälligen gesundheitlichen Beeinträchtigung oder Gefahr für das Kind vermeiden will.¹¹⁴

b. Verwendung entnommener Zellen

Auch der durch das FMedRÄG 2015 erneuerte § 3 FMedG legt in seinem Abs 1 die alt bekannte Vorrangregel für Ehegatten, eingetragene Paare und Lebensgefährten fest. Das dort statuierte Grundprinzip schreibt vor, dass für eine muF in einer verschiedengeschlechtlichen Partnerschaft die Eizellen der Ehegattin oder der Lebensgefährtin bzw. die Spermazellen des Ehegatten oder des Lebensgefährten und im Falle von Frauenpaaren die Eizellen von einer der beiden eingetragenen Partnerinnen oder Lebensgefährtinnen verwendet werden sollen.¹¹⁵

Einer der wesentlichen Gründe für die Reform des Fortpflanzungsmedizingesetzes liegt in seiner Öffnung gegenüber und nunmehrigen Anwendbarkeit der Methoden auf homosexuelle Paare. Eine völlige Gleichstellung wurde jedoch nicht erreicht, da lediglich die Insemination und In-Vitro-Fertilisation an Frauen mit Kinderwunsch erlaubt ist, die Leihmutterschaft in Österreich jedoch weiterhin verboten ist. Die Neuregelung des FMedG wirkt sich somit nur auf Frauenpaare aus, die nunmehr ihren Kinderwunsch mit Zuhilfenahme von medizinisch unterstützter Fortpflanzung erfüllen können.¹¹⁶

aa. Ausnahmen vom Vorrangprinzip

§ 3 Abs 2 FMedG erlaubt es, den Samen einer dritten Person für eine Insemination und nunmehr, mit dem FMedRÄG 2015 neu eingeführt, auch für eine IVF zu

¹¹² *Merckens*, RdM 43 (2016), 58.

¹¹³ ErlRV 445 BlgNR XXV GP. 3.

¹¹⁴ *Merckens*, RdM 43 (2016), 58.

¹¹⁵ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 7.

¹¹⁶ Zwettler, Durchbruch oder Zwischenschritt? Eine Analyse der Neuerungen des FMedG unter Berücksichtigung weiterhin offener Aspekte, ZfG 2016, 48 (49).

verwenden, sofern der Ehegatte oder Lebensgefährte fortpflanzungsunfähig ist.¹¹⁷

Durch das VfGH-Erkenntnis G 16/2013 und G 44/2013 vom 10.12.2012 wurde der § 3 Abs 2 FMedG auch auf miteinander in eingetragener Partnerschaft oder in Lebensgemeinschaft lebende Frauen erweitert. Eine Beschränkung medizinisch unterstützter Fortpflanzung auf Grund der sexuellen Orientierung sieht der VfGH als unverhältnismäßig und Eingriff in den Schutzbereich des Art 14 iVm 8 EMRK an, weil dieser eine Personengruppe, Frauenpaare mit Kinderwunsch, ohne ausreichende Gründe generell von der artifiziiellen intrauterinen heterologen Insemination ausschließt.¹¹⁸

Eine weitere Ausnahme von der Grundregel des Abs 1 sieht auch der § 3 Abs 3 FMedG vor, der es nunmehr zulässt die Eizellen einer dritten Frau zu verwenden, wenn die der Ehegattin, eingetragenen Partnerin oder Lebensgefährtin nicht fortpflanzungsfähig sind und diese zum Zeitpunkt des Behandlungsbeginns das fünf- undvierzigste Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Hintergrund einer solchen Eizellenspende darf es den Erläuterungen der Regierungsvorlage folgend auf jeden Fall nicht sein, Eizellen von besserer Qualität, nämlich von einer jüngeren Eizellenspenderin, zu bekommen.¹¹⁹

C. Formelle Zulässigkeitsvoraussetzungen bei medizinisch unterstützter Fortpflanzungsmedizin – Verfahrensvorschriften

a. Befugnis

In den §§ 4 und 5 FMedG wird auf die Befugnis zur Durchführung einer muF eingegangen.

aa. Persönliche Befugnis zur Durchführung einer muF

Nach dem § 4 Abs 1 FMedG darf eine muF nur „von einem zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Facharzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe“ vorgenommen werden. Dies wird schon in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage mit dem Verweis auf die besondere Bedeutung des Zeugungsvorganges begründet. Die muF darf nur unter der fachlichen Leitung und Verantwortung eines Facharztes für Frauenheilkunde und Geburtshilfe vollzogen werden. Dieser Vorbehalt schließt jedoch nicht aus, dass dem Gynäkologen andere Ärzte und

¹¹⁷ ErIRV 445 BlgNR XXV. GP 7.

¹¹⁸ VfGH 10.12.2012, G 16/2013, G 44/2013.

¹¹⁹ ErIRV 445 BlgNR XXV. GP 7.

Wissenschaftler zur Seite stehen und nicht-ärztliches Personal zur Hand gehen dürfen.¹²⁰

Nicht-ärztliches Personal, welches zur berufsmäßigen Ausübung eines Krankenpflagedienstes, eines medizinisch-technischen Fachdienstes sowie des medizinisch-technischen Laboratoriumsdienstes berechtigt ist, kann beispielsweise zur Vornahme des technischen Eingriffs der Insemination von dem Arzt, dem es untersteht, ermächtigt werden.¹²¹

In diesem Zusammenhang ist auch das im § 6 FMedG statuierte Benachteiligungsverbot für Ärzte zu beachten, denn in diesem wird verankert, dass kein Arzt und auch keine Angehörigen sonstiger gesetzlich geregelter Gesundheitsberufe zur Durchführung einer muF verpflichtet werden dürfen. Die Freiwilligkeit bei der Mitwirkung an einer muF, die in § 6 Abs 1 FMedG (nach dem Vorbild des § 97 Abs 2 StGB¹²²) angeführt wird, gründet sich darauf, dass durch diese Bestimmung die ethischen und moralischen Wertentscheidungen jeder Person zu respektieren sind.¹²³

Gemäß dem § 6 Abs 2 FMedG (nach dem Vorbild des § 97 Abs 3 StGB) ist es verboten, jemanden wegen der Durchführung einer muF, der Mitwirkung daran oder wegen der Weigerung eine solche durchzuführen oder daran mitzuwirken in welcher Art auch immer zu benachteiligen.¹²⁴

Die im § 6 FMedG enthaltene Formulierung, die das nicht ärztliche Personal als „gehobener Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege, in medizinisch-technischen Diensten oder in Sanitätshilfsdiensten tätige Personen“ beschrieben hatte, soll nunmehr durch den Sammelbegriff „Angehörige der weiteren gesetzlich geregelten Gesundheitsberufe“ ersetzt werden. Dabei handelt es sich insbesondere um Hebammen, Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe, der gehobenen medizinisch-technischen Dienste und der medizinischen Assistenzberufe sowie Psychologen und Psychotherapeuten.¹²⁵

bb. Räumliche Befugnis zur Durchführung einer muF

In den § 4 Abs 2 und § 5 FMedG werden auf besondere Vorkehrungen im Bereich der muF eingegangen.

Nach dem Wortlaut des § 4 Abs 2 FMedG darf lediglich eine Insemination, die einen verhältnismäßig einfachen Eingriff darstellt, in einer Ordinationsstätte eines

¹²⁰ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 17.

¹²¹ *Bernat*, Künstliche Insemination durch nichtärztliches Personal? RdM 1996, 42 (42).

¹²² BGBl 60/1974 idF BGB I 117/2017.

¹²³ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 18.

¹²⁴ *Barth*, Zulässigkeit 22.

¹²⁵ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 7.

Facharztes für Frauenheilkunde und Geburtshilfe vorgenommen werden, sofern der Samen des Ehegatten oder des Lebensgefährten dafür verwendet wird. In weiterer Folge ist die Fachärztin der Ordinationsstätte gemäß § 5 Abs 1 FMedG verpflichtet, dem Landeshauptmann die dort vollzogene Insemination zu melden. Über diese Meldung hat der Landeshauptmann auf Antrag eine Bestätigung zu erteilen.¹²⁶

Alle anderen Verfahren der Fortpflanzungsmedizin (IVF, heterologe Insemination,...) sind wegen ihres höheren technischen Aufwandes und der gesundheitlichen Gefährdung, insbesondere für die Frau, einer besonders ausgestatteten Krankenanstalt vorzubehalten. Ob die Krankenanstalt die geforderten Standards erfüllen kann, ist in einem eigenen unter der öffentlichen Aufsicht stehenden Zulassungsverfahren zu prüfen.¹²⁷

Nach § 5 Abs 2 erster Satz FMedG hat der ärztliche Leiter einer Krankenanstalt für die Durchführung medizinisch unterstützter Fortpflanzung mit Ausnahme der Insemination durch den Samen des Ehegatten oder Lebensgefährten beim Landeshauptmann eine Zulassung für ein solches Verfahren einzuholen. Gemäß dem § 5 Abs 2 zweiter und dritter Satz FMedG ist eine solche Zulassung zu erteilen, „wenn auf Grund der personellen und sachlichen Ausstattung und des Vorliegens der rechtlichen Befugnisse eine dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung entsprechende Durchführung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung gewährleistet ist. Ferner muss die Möglichkeit zu einer ausreichenden psychologischen Beratung und psychotherapeutischen Betreuung gegeben sein.“¹²⁸ Mit den hier aufgezählten Zulässigkeitskriterien soll sichergestellt werden, dass die muF fachgerecht vorgenommen und auf allfällige Komplikationen schnellstmöglich eingegangen werden kann.¹²⁹

§ 5 Abs 3 FMedG legt ein amtswegiges Widerrufsrecht der einmal erteilten Zulassung durch den Landeshauptmann fest. Ein solches soll bei Wegfall einer der Voraussetzungen oder einer Verletzung der Bestimmungen des FMedG gegeben sein. Ein solcher Gesetzesverstoß muss entweder schwerwiegend oder wiederholt trotz Ermahnung erfolgt sein. Des Weiteren soll der Landeshauptmann auch bei der Durchführung einer homologen Insemination, die gegen die Vorschriften des FMedG verstößt, die Anwendung dieser Methode in der betreffenden Krankenanstalt oder Ordinationsstätte verbieten.¹³⁰

¹²⁶ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 17.

¹²⁷ *Barth*, Zulässigkeit 23.

¹²⁸ *Barth*, Zulässigkeit 24.

¹²⁹ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 17.

¹³⁰ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 18.

b. Beratung

In dem § 7 FMedG wird eine Dreiteilung der Beratungspflichten in ärztliche Aufklärung, psychologische Beratung bzw. Betreuung und rechtliche Beratung durch einen Notar vorgenommen.¹³¹

aa. Ärztliche Beratung

Laut dem § 7 Abs 1 FMedG muss der Arzt spätestens vierzehn Tage vor einer muF die Ehegatten, eingetragenen Partner und Lebensgefährten sowie allenfalls eine dritte Person, der Eizellen entnommen werden, über den Ablauf und die möglichen Folgen einer solchen Behandlung aufklären. Die ärztliche Aufklärung hat in einer auch für einen Laien klaren und verständlichen Sprache zu erfolgen.¹³²

§ 7 Abs 1 FMedG zählt sieben Punkte auf, die eine ärztliche Aufklärung im Fall einer muF beinhalten soll:

- die verschiedenen Ursachen der Unfruchtbarkeit,
- die Methoden, deren Erfolgsaussichten und Unsicherheiten sowie die Tragweite des Eingriffs,
- die möglichen Folgen und Gefahren der Behandlung für die Frau und das gewünschte Kind,
- die im Rahmen des Eingriffs angewendeten Medizinprodukte und Arzneimittel sowie deren Nebenwirkungen,
- die mit dem Eingriff verbundenen Unannehmlichkeiten und Komplikationen,
- die allenfalls erforderlichen Nachbehandlungen und möglichen Spätfolgen, insbesondere die Auswirkungen auf die Fertilität der Frau, und
- die mit dem Eingriff zusammenhängenden Kosten einschließlich zu erwartender Folgekosten.¹³³

Durch die im Gesetz vorgesehene vierzehntägige Bedenkfrist, die zwingend zwischen der ärztlichen Beratung und der Durchführung der muF liegen muss, soll den Erläuterungen der Regierungsvorlage folgend den Paaren genügend Zeit eingeräumt werden, um eine für sie wohlüberlegte Entscheidung zu treffen.¹³⁴

¹³¹ *Wendehorst*, iFamZ (2015), 8.

¹³² *Barth*, Zulässigkeit 24 f.

¹³³ *Barth*, Zulässigkeit 25.

¹³⁴ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 8.

Ein Verzicht auf die ärztliche Beratung ist nach dem § 7 Abs 1 letzter Satz FMedG ausgeschlossen.¹³⁵

bb. Psychologische Beratung

Eine psychologische Beratung und/oder psychotherapeutische Betreuung ist dem § 7 Abs 2 FMedG zu Folge nicht verpflichtend. Dem Arzt obliegt lediglich die Verpflichtung, den Ehegatten, eingetragenen Partnern, Lebensgefährten oder dritten Personen, deren Samen oder Eizellen verwendet werden, eine psychologische Beratung oder eine psychotherapeutische Betreuung vorzuschlagen. Zudem muss der behandelnde Arzt auf die Möglichkeit hinweisen, dass auch andere unabhängige Beratungseinrichtungen aufgesucht werden können.¹³⁶

In Anbetracht der großen seelischen Belastungen, die mit dem nervenaufreibenden Verfahren einer muF einhergehen, erscheint es sinnvoll, den Beteiligten psychologische Hilfe an die Seite zu stellen.¹³⁷ Neben den medizinischen Gründen ist wissenschaftlich erwiesen, dass sich auch der psychische Verfassungszustand negativ auf die Fruchtbarkeit eines Menschen auswirken kann.¹³⁸

Der § 7 Abs 3 befasst sich mit den besonderen Herausforderungen der Eltern und Kinder, die sich im Zusammenhang mit einer Samen- und Eizellspende einer dritten Person ergeben. Für Frauenpaare gilt diese Bestimmung uneingeschränkt, da sie stets auf eine Fremdspende angewiesen sind.¹³⁹

Die Regierungsvorlage zum FMedRÄG 2015 betont die große Bedeutung eines verantwortungsvollen Umganges mit der Aufklärung des Kindes über seine Abstammung für den weiteren Entwicklungsprozess und die Identitätsfindung des Kindes. Laut der Regierungsvorlage sollen somit auch Fragen über das „Wann“ und „Wie“ der Aufklärung einen Schwerpunkt der psychologischen Beratung oder Betreuung ausmachen und den Wunscheltern ihre Unsicherheiten nehmen.¹⁴⁰

cc. Rechtliche Beratung

Gemäß dem § 7 Abs 4 FMedG haben sich eingetragene Partner und Lebensgefährten vor der Vornahme einer muF über die rechtlichen Folgen einer Zustimmung bei einem Notar informieren zu lassen. Für Ehegatten gilt dies nur, wenn die Keimzellen eines Spenders verwendet werden sollen. Der Notar hat über die zivilrechtlichen Folgen der Erklärung aufzuklären, insbesondere über die damit

¹³⁵ *Barth*, Zulässigkeit 25.

¹³⁶ *Leischner-Lenzhofer*, Fortpflanzungsmedizin Kap. I.23.2.3.5.

¹³⁷ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 8.

¹³⁸ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 18.

¹³⁹ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 8.

¹⁴⁰ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 8.

einhergehenden familien-, unterhalts-, erbrechtlichen Folgen und die daraus wiederum resultierenden wirtschaftlichen Konsequenzen.¹⁴¹ Thema dieser Beratung ist beispielsweise auch, dass nach der einmal abgegebenen Zustimmungserklärung die eingetragene Partnerin bzw. der Ehemann bei Gericht kein Feststellungsbegehren mehr beantragen können, dass das mit einer fremden Ei- oder Samenzellspende gezeugte Kind nicht von ihr oder ihm abstammt.¹⁴²

c. Zustimmung

§ 8 Abs 1 FMedG schreibt vor, dass eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur mit der Zustimmung der Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten wirksam vorgenommen werden darf.

Laut den Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1992 müssen die Wunscheltern ihre Zustimmung zu einer muF schriftlich erbringen.¹⁴³

Bei Lebensgefährten oder bei der Verwendung eines Samens oder einer Eizelle einer dritten Person bedarf es der Zustimmung in der Form eines Notariatsakts. Mit dem FMedRÄG 2015 wurde das Formerfordernis eines Notariatsakts betreffend einer muF auch auf eingetragene Partnerinnen und Paare, die eine Eizellenspende in Anspruch nehmen, ergänzt. Frauenpaare, die bei einer muF stets auf eine Fremdsamenspende angewiesen sind, haben ihre Zustimmung immer in der Form eines Notariatsakts zu geben.¹⁴⁴

Die im Gesetz vorgeschriebene Zustimmung hat zweierlei Funktion. Zum einen dient sie im öffentlichen Recht dazu, dass die administrativ-prozeduralen Erfordernisse vom Arzt eingehalten werden und zum anderen werden aus ihr zivilrechtliche Folgen abgeleitet.¹⁴⁵

Die Zustimmung kann gemäß § 8 Abs 2 FMedG nur höchstpersönlich erfolgen. Außerdem müssen die Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten über die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügen. Es liegt die Verantwortung beim behandelnden Arzt, die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit im konkreten Einzelfall festzustellen. Die Geschäftsfähigkeit der Wunscheltern wird für die Zustimmung in eine muF nicht gefordert.¹⁴⁶

¹⁴¹ *Leischner-Lenzhofer*, Fortpflanzungsmedizin Kap. I.23.2.3.6.

¹⁴² *Barth*, Zulässigkeit 27.

¹⁴³ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 19.

¹⁴⁴ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 8.

¹⁴⁵ *Bernat*, Das Fortpflanzungsmedizingesetz: Neue Aufgaben für das Notariat, NZ 1992, 244 (FN 7).

¹⁴⁶ *Leischner-Lenzhofer*, Fortpflanzungsmedizin Kap. I.23.2.3.7.

Bis zu dem Zeitpunkt, in dem das FMedRÄG 2015 noch nicht in Kraft gesetzt war, konnten beschränkt Handlungsunfähige einer muF nur zusammen mit einer Einwilligungserklärung ihres gesetzlichen Vertreters zustimmen.¹⁴⁷ Mit dem FMedRÄG 2015 wollte der Gesetzgeber dem Art 12 UN-Behindertenrechtskonvention¹⁴⁸ entsprechen und sieht nun in seinem Abs 2 vor, dass die volle Handlungs- und Rechtsfähigkeit von Menschen mit einer Behinderung zu gewährleisten ist. Nach der derzeit geltenden Rechtslage kann eine Zustimmung nur noch höchstpersönlich abgegeben werden und es bedarf für beschränkt Handlungsunfähige keiner Einwilligungserklärung ihres gesetzlichen Vertreters. In der Regierungsvorlage zum FMedÄG 2015 wird verdeutlicht, dass die Rechtsfolgen dieser Zustimmung, nämlich die Begründung eines Eltern-Kind-Verhältnisses, nicht auf eine andere Person übertragbar sein können.¹⁴⁹ § 8 Abs 3 FMedG legt den Inhalt der Zustimmungserklärung in eine muF fest. In der Z 1 wird die ausdrückliche Zustimmung zu einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung als Voraussetzung einer solchen Erklärung vorgesehen. Gemäß der Z 2 muss gegebenenfalls in die Verwendung des Samens oder der Eizellen einer dritten Person eingewilligt werden. Nach der Z 3 müssen personenbezogene Daten der Wunscheltern bekannt gegeben werden – nämlich Name, Geburtstag und -ort, Staatsangehörigkeit und Wohnort der Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten. Schließlich hat die Zustimmungserklärung zu deren Vervollständigung nach der Z 4 den Zeitraum zu enthalten, innerhalb dessen die muF durchgeführt werden darf.¹⁵⁰ Der behandelnde Arzt hat dafür Sorge zu tragen, dass die inhaltlichen sowie die formalen Anforderungen an eine Zustimmungserklärung, die im FMedG vorgeschrieben sind, eingehalten werden.¹⁵¹

Nach der geltenden Rechtslage wird im § 8 Abs 4 FMedG der letztmögliche Zeitpunkt des Widerrufs für alle Beteiligten nun einheitlich geregelt. Eine Zustimmungserklärung zur muF kann dem Arzt gegenüber von jedem Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten bis zum Einbringen des Samens, der Eizellen, der entwicklungsfähigen Zellen in den Körper der Frau widerrufen werden.¹⁵²

Die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des FMedRÄG 2015 war eine andere, da bei einer Befruchtung außerhalb des Körpers der Wunschmutter (In-Vitro-Fertilisation) der Wunschvater nur bis zur Vereinigung von Ei- und Samenzelle widerrufen konnte; mit diesem Zeitpunkt verlor er gleichsam sein Verfügungsrecht über seine Samenzellen. Alleinig der Wunschmutter kam ab dem Zeitpunkt einer erfolgreichen Befruchtung

¹⁴⁷ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 19.

¹⁴⁸ BGBl III 2008/155 idF BGBl III 71/2017.

¹⁴⁹ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 8.

¹⁵⁰ *Barth*, Zulässigkeit 29.

¹⁵¹ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 19.

¹⁵² ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 8.

mittels IVF die Möglichkeit eines Widerrufs zu. Begründet hat diese Regelung der Gesetzgeber damit, dass die Einbringung der Zellen in den Körper der Wunschmutter einen erheblichen Eingriff darstellt und sie dazu nicht gezwungen werden kann.¹⁵³

Im Gesetz wird für den Widerruf keine bestimmte Form festgelegt. Der Arzt hat den Widerruf zu Beweis Zwecken schriftlich festzuhalten und hierüber auf Verlangen einer der beteiligten Personen eine Bestätigung auszustellen.¹⁵⁴ Ebenso wie die Zustimmung muss auch der Widerruf höchstpersönlich vorgenommen werden, ungeachtet eines Verlusts der Einsichts- und Urteilsfähigkeit.¹⁵⁵

Im § 8 Abs 5 FMedG wird die Gültigkeitsdauer einer Zustimmung in eine muF bestimmt. Die Zustimmung der beiden Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten darf im Zeitpunkt des Einbringens der Samen, Eizellen oder entwicklungs-fähigen Zellen in den Körper der Wunschmutter keinesfalls älter als zwei Jahre sein.¹⁵⁶

D. Dokumentations- und Auskunftspflichten

In den §§ 18 und 19 FMedG schreibt der Gesetzgeber Begleitmaßnahmen für die Durchführung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung vor, die gegebenenfalls eine Überwachung und Nachprüfung einer muF gewährleisten sollen. Weitere Funktionen dieser Maßnahmen sind es, Anhaltspunkte für Initiativen in der Rechts- und Gesundheitspolitik zu liefern und dem auf diese Weise gezeugten Kind ein Auskunftsrecht zu ermöglichen.¹⁵⁷

Das FMedRÄG 2015 ergänzt die Bestimmungen über die ärztliche Auskunftspflicht in weiterer Folge darum, dass nun auch die Eizellenspende zulässig ist und gleichgeschlechtliche Frauenpaare die Techniken der muF für sich in Anspruch nehmen dürfen.¹⁵⁸

a. Dokumentationspflichten

Nach dem § 18 Abs 1 FMedG ist der Arzt im Zusammenhang mit der Durchführung einer muF dazu angehalten gewisse personenbezogene Daten aufzuzeichnen. Diese Informationen beinhalten den Namen, den Geburtstag und –ort, die Staatsangehörigkeit und den Wohnort der Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten.

¹⁵³ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 19.

¹⁵⁴ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 19.

¹⁵⁵ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 8.

¹⁵⁶ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 9.

¹⁵⁷ *Barth*, Dokumentations- und Auskunftspflichten im Zusammenhang mit medizinisch unterstützter Fortpflanzung, in *Barth/Erlebach* (Hrsg), *Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts* (2015) 87 (88).

¹⁵⁸ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 10.

Hiervon getrennt sind dieselben personenbezogenen Aufzeichnungen über die dritte Person, deren Samen oder Eizellen verwendet werden, zu führen.¹⁵⁹

Des Weiteren sind die Gründe für eine Behandlung, das angewendete Verfahren iSd § 1 Abs 2 FMedG und deren Resultate festzuhalten. Die Aufzeichnung muss zwingend schriftlich erfolgen.¹⁶⁰

Der Mediziner hat zudem gemäß dem § 18 Abs 2 FMedG Niederschriften „über das Vorliegen der Voraussetzungen für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, über die Ursache, das medizinische Verfahren und die Methode der Behandlung, deren Verlauf und Dauer sowie die nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung für die Schwangerschaft, die Geburt und die gesundheitliche Entwicklung des gewünschten Kindes wesentlichen Umstände zu führen“.¹⁶¹

Den Erläuterungen der Regierungsvorlage zum FMedG 1992 folgend, hat der Arzt im Rahmen einer IVF „auch die Anzahl der entnommenen Eizellen, die Anzahl der eingeführten Zellen, die Anzahl der überzähligen entwicklungsfähigen Zellen und deren Verbleib, ferner die Anzahl und den Zustand allenfalls geschädigter Zellen, aber auch (soweit ihm diese Daten bekannt sind) Berichte über erzielte Schwangerschaften und deren Dauer sowie über pränatale Eingriffe, Untersuchungen und Schwangerschaftsabbrüche festzuhalten“.¹⁶²

§ 18 Abs 3 FMedG sieht eine dreißigjährige Aufbewahrungsfrist für diese Aufzeichnungen und die Zustimmung nach § 8 Abs 1 FMedG (Zustimmung zur muF) sowie nach § 13 Abs 1 FMedG (Zustimmung Dritter zur Verwendung ihres Samens oder ihrer Eizellen) von der Krankenanstalt, der Einrichtung oder vom Facharzt in einer Ordinationsstätte vor. Nach der Beendigung dieser Frist sind diese Aufzeichnungen dem Landeshauptmann zu übergeben, welcher sie dann dauerhaft zu verwahren hat. Dieselbe Regelung gilt auch, wenn die Krankenanstalt oder Ordinationsstätte vor dem Ablauf der Frist aufgelöst wird.¹⁶³

Die im § 19 Abs FMedG festgelegte Verpflichtung der ärztlichen Leiter einer Krankenanstalt, in der die muF durchgeführt werden, und die der Fachärzte, die das Verfahren nach § 1 Abs 2 Z 1 FMedG in ihren Ordinationsstätten mit dem Samen des Ehegatten oder Lebensgefährten anwenden, über die im Laufe eines Kalenderjahres vorgenommenen medizinisch unterstützten Fortpflanzungen und die damit einhergehenden Erfahrungen bis spätestens zum 31. März des folgenden Kalenderjahres dem Landeshauptmann zu berichten, wurde mit dem FMedRÄG 2015 abgeschafft.¹⁶⁴

¹⁵⁹ *Barth*, Dokumentations- und Auskunftspflichten 88.

¹⁶⁰ *Barth*, Dokumentations- und Auskunftspflichten 89.

¹⁶¹ *Barth*, Dokumentations- und Auskunftspflichten 89.

¹⁶² ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 22 f.

¹⁶³ *Eder-Rieder*, EF-Z (2016), 130.

¹⁶⁴ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 11.

b. Auskunftspflichten

Aufzeichnungen über eine dritte Person, die Samen oder Eizellen bereitgestellt hat, sowie deren genetischen Daten sind gemäß § 20 Abs 1 FMedG vertraulich zu behandeln. Dabei handelt es sich um Daten aus der Datenanwendung, die lediglich im Zusammenhang mit der Tätigkeit in der Krankenanstalt anvertraut wurden und zugänglich geworden sind. Auf diese Daten kann der § 15 DSG 2000¹⁶⁵ angewendet werden.¹⁶⁶

Der § 20 Abs 2 FMedG schreibt vor, dass auf Verlangen des mit dem Samen oder den Eizellen einer dritten Person gezeugte Kind mit Vollendung des vierzehnten Lebensjahres Einsicht in die Aufzeichnungen nach § 15 Abs 1 FMedG zu gewähren und Auskunft zu erteilen ist.¹⁶⁷ Dieser gesetzliche Anspruch auf Auskunft richtet sich gemäß der Regierungsvorlage zum FMedG 1992 an den Arzt, die Krankenanstalt oder den Landeshauptmann. Ob und wann die Wunscheltern das von ihnen auf diese Weise empfangene Kind über seine Herkunft und die Umstände seiner Geburt informieren, steht in deren eigener Verantwortung und unterliegt keiner gesetzlichen Regelung.¹⁶⁸

Dem Abs 2 zweiter Satz folgend soll der Person, der die gesetzliche Vertretung im Bereich der Pflege und Erziehung anvertraut ist (§ 173 Abs 1 ABGB¹⁶⁹), zum Wohle des Kindes in medizinischen Ausnahmefällen ein Auskunfts- und Einsichtsrecht zukommen. Es bedarf zur Einholung dieser Informationen also keiner pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung mehr (§ 173 Abs 2 ABGB).¹⁷⁰

Weiters stehen den Gerichten und Verwaltungsbehörden laut dem § 20 Abs 3 FMedG ein Einsichts- und Auskunftsrecht zu, soweit dies zu Erfüllung ihrer Aufgaben in Vollziehung dieses Bundesgesetzes notwendig ist. Ausnahmsweise ist das Geheimhaltungsrecht (§ 1 Abs 1 DSG¹⁷¹) der Beteiligten im Interesse einer geordneten (Verwaltungs-) Rechtspflege einzuschränken.¹⁷²

E. Statistik

Gemäß dem § 21 Abs 1 und Abs 2 FMedG haben die ärztlichen Leiter der Krankenanstalten, in denen die muF durchgeführt werden, jährlich bis spätestens zum 31. März

¹⁶⁵ BGBl I 165/1999 idF BGBl I 120/2017.

¹⁶⁶ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 11.

¹⁶⁷ *Barth*, Dokumentations- und Auskunftspflichten 91.

¹⁶⁸ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 23.

¹⁶⁹ JGS 946/1811 idF BGBl I 161/2017.

¹⁷⁰ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 11.

¹⁷¹ BGBl I 165/1999 idF BGBl I 120/2017.

¹⁷² ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 23.

eines jeden folgenden Kalenderjahres der Gesundheit Österreich GmbH bestimmte, nicht personenbezogene Daten auf elektronischem Wege zu übermitteln. Diese Daten werden im Abs 2 aufgelistet. Beispielhaft sei hier genannt, die im § 21 Abs 2 Z 1 FMedG erwähnte „Anzahl der Paare, die eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung in Anspruch genommen haben sowie Anzahl der Anwendungen, gegliedert nach den in § 1 Abs 2 angeführten Methoden (einschließlich Überlassung von Samen und Eizellen) und nach Alter, Anzahl der aufbewahrten Samenspenden, Eizellen und entwicklungsfähigen Zellen“.¹⁷³

Bis zum 30. September desselben Kalenderjahres hat die Gesundheit Österreich GmbH die Daten auszuwerten und den Bericht darüber dem Bundesministerium für Gesundheit und dem Bundesministerium für Justiz zu übergeben. Zudem ist der Bericht über die ermittelten Daten auf der Homepage der „Gesundheit Österreich GmbH“ zu veröffentlichen.¹⁷⁴

F. Strafbestimmungen

Die Verletzungsfolgen im FMedG lassen sich in verwaltungsstrafrechtliche und zivilrechtliche Konsequenzen einteilen.¹⁷⁵

a. Verwaltungsstrafen

In den §§ 22 bis 25 FMedG werden für die Verletzung einzelner Bestimmungen des zugrundeliegenden Bundesgesetzes Verwaltungsstrafen vorgesehen. In Anbetracht des verwirklichten Unrechtsgehalts werden abgestufte Sanktionen verhängt. Der Gesetzgeber sieht im Bereich der Reproduktionsmedizin von der Schaffung eigener gerichtlicher Straftatbestände ab, da sie ihm im Bereich der Kinderwunscherfüllung unangemessen erscheinen. Außerdem sind Befürchtungen, dass die vorgeschlagenen Strafbestimmungen keine ausreichende präventive Wirkung entfalten können, im Hinblick auf Höhe und die dem Arzt drohenden disziplinarrechtlichen Folgen unbegründet. Zusätzlich steht die Möglichkeit eines Widerrufs der Zulassung nach § 5 Abs 3 FMedG offen.¹⁷⁶

Überblicksmäßig enthält § 22 FMedG Sanktionen, die sich nicht auf den Beruf oder die Beschäftigung des Täters beziehen. § 23 FMedG bestraft Gesetzesverletzungen, die ein Arzt begeht. Gemäß dem § 24 FMedG sollen Verstöße geahndet werden, die im Zusammenhang mit einer Tätigkeit in einer Krankenanstalt begangen werden. In

¹⁷³ *Barth*, Dokumentations- und Auskunftspflichten 92.

¹⁷⁴ *Barth*, Dokumentations- und Auskunftspflichten 92.

¹⁷⁵ *Barth*, Zulässigkeit 30 ff.

¹⁷⁶ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 23 f.

§ 25 FMedG wird eine Subsidiaritätsklausel festgeschrieben, nach der eine Verwaltungsübertretung nur dann vorliegt, wenn die Tat nicht unter den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlungen subsumiert werden kann.¹⁷⁷

aa. Verstöße im Rahmen einer Tätigkeit eines Arztes:

- § 22 Abs 1 Z 1 FMedG (Mangelnde Befugnis)

Nach dieser Bestimmung ist derjenige, der eine künstliche Befruchtung durchführt ohne Arzt zu sein, verwaltungsstrafrechtlich zu belangen. Diese Person hat eine Geldstrafe bis zu 50.000 € zu bezahlen oder bei deren Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu 14 Tage abzusitzen.¹⁷⁸

- § 23 Abs 1 Z 1 lit a FMedG (alleinstehende Frauen; Ultima-ratio-Prinzip; geringstmögliche gesundheitliche Beeinträchtigung und möglichst wenige überzählige entwicklungsfähige Zellen)

Wer als Arzt eine muF oder eine PID vornimmt, die nach §§ 2 oder 3 FMedG unzulässig ist, begeht eine Verwaltungsübertretung. Diese ist mit einer Geldstrafe bis zu 50.000 € und bei Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe im Ausmaß bis zu 14 Tagen zu ahnden.

Befindet sich die Frau, an der die muF durchgeführt wird, entgegen dem Wortlaut des § 2 Abs 1 Z 1 FMedG nicht in einer Ehe, eingetragenen Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft, so begeht der behandelnde Arzt im geschilderten Fall eine Verwaltungsübertretung.¹⁷⁹

Ein Mediziner ist ferner verwaltungsstrafrechtlich zu belangen, wenn er eine künstliche Fortpflanzung entgegen den Bestimmungen des § 2 Abs 2 Z 1, 2 und 4 FMedG vornimmt. Eine künstliche Fortpflanzungsmethode wird angewendet, obwohl es noch erfolgsversprechende Behandlungen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft auf natürlichem Wege durch Geschlechtsverkehr gibt, eine Ansteckungsgefahr mit einer schweren Infektionskrankheit nicht besteht oder die Voraussetzungen für eine PID nicht vorliegen.¹⁸⁰

Des Weiteren begeht der behandelnde Arzt eine Verwaltungsübertretung, wenn er eine künstliche Befruchtung durchführt und dabei entgegen § 2 Abs 3 FMedG nicht denjenigen Eingriff wählt, der für die Wunschmutter und das Kind mit den

¹⁷⁷ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 24.

¹⁷⁸ Barth, Zulässigkeit 31.

¹⁷⁹ Barth, Zulässigkeit 30.

¹⁸⁰ Barth, Zulässigkeit 30 f.

geringstmöglichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen verbunden ist oder bei dem möglichst wenige entwicklungsfähige Zellen erzeugt werden.¹⁸¹

Letztlich ist vom § 23 Abs 1 Z 1 lit a FMedG der Fall erfasst, dass der Arzt eine muF durchführt und dabei entgegen § 3 Abs 1 FMedG die Eizellen oder den Samen einer dritten Person verwendet, ohne dass die Bedingungen der Abs 2 und 3 leg cit vorliegen.¹⁸²

- § 23 Abs 1 Z 1 lit b und c FMedG (Mangelnde Befugnis)

Wer als Mediziner eine muF ohne Vorliegen der Voraussetzungen und Erfordernisse, die in § 4 FMedG und § 5 FMedG vorgeschrieben sind, durchführt, begeht eine Verwaltungsübertretung. Beispielsweise begeht der Arzt ein Verwaltungsdelikt, wenn er kein Facharzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe ist oder in seiner Ordinationsstätte ohne vorherige Meldung beim Landeshauptmann eine Insemination durchführt oder eine IVF in seiner Ordination vornimmt.¹⁸³

- § 23 Abs 1 Z 1 lit d FMedG (Mangelnde Aufklärung und Beratung)

Nach dieser Bestimmung begeht der Arzt ein Verwaltungsdelikt, wenn er im Rahmen einer muF entgegen dem Wortlaut des § 7 FMedG keine ärztliche Beratung den Ehegatten, eingetragenen Partnern oder Lebensgefährten erteilt und ihnen nicht die Möglichkeit einer psychologischen Beratung oder psychotherapeutischen Betreuung vorschlägt. Bevor die muF vorgenommen wird, müssen die Betroffenen von einem Notar über die rechtlichen Konsequenzen beraten werden. Die Verwaltungsübertretung ist mit einer Geldstrafe bis zu 50.000 €, bei Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu 14 Tagen zu bestrafen.¹⁸⁴

- § 23 Abs 1 Z 1 lit e FMedG (Mangelnde Zustimmung)

Der Tatbestand in § 23 Abs 1 Z 1 lit e FMedG ist verwirklicht, wenn ein Mediziner eine muF ohne die erforderliche Zustimmung nach § 8 FMedG durchführt. Diese Verwaltungsübertretung ist mit einer Geldstrafe bis zu 50.000 € oder bei deren Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu 14 Tage zu sanktionieren.¹⁸⁵

¹⁸¹ *Barth*, Zulässigkeit 31.

¹⁸² *Barth*, Zulässigkeit 31.

¹⁸³ *Barth*, Zulässigkeit 31.

¹⁸⁴ *Barth*, Zulässigkeit 31.

¹⁸⁵ *Barth*, Zulässigkeit 32.

- § 23 Abs 1 Z 5 FMedG (Aufzeichnungs- und Berichtspflichten)

§ 23 Abs 1 Z 5 FMedG sieht für den Fall, dass ein Arzt seine Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflicht gemäß dem § 18 FMedG verletzt, eine Verwaltungsübertretung vor, die mit einer Geldstrafe bis zu 10.000 € geahndet wird und bei deren Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe von bis zu einer Woche bestraft wird.¹⁸⁶

bb. Verstöße im Rahmen einer Tätigkeit für eine Krankenanstalt:

- § 24 Z 5 FMedG (Aufzeichnungs- und Berichtspflichten)

Wird der Aufbewahrungspflicht nach dem § 18 Abs 3 FMedG oder der Berichtspflicht des § 21 Abs 1 FMedG im Rahmen einer Tätigkeit in einer Krankenanstalt nicht nachgekommen, so wird eine Verwaltungsübertretung nach § 24 Z 5 FMedG begangen. Diese ist mit einer Geldstrafe bis zu 5.000 € zu bestrafen oder bei deren Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu drei Tage zu verhängen.¹⁸⁷

- § 24 Z 6 FMedG (Verschwiegenheitspflicht)

Wer im Rahmen seiner Tätigkeit für eine Krankenanstalt seine Verschwiegenheitspflicht verletzt, begeht gemäß § 24 Z 6 FMedG, indem er entgegen dem § 20 Abs 2 Einsicht in die Aufzeichnungen nach § 15 Abs 1 FMedG oder daraus Auskunft erteilt, eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe bis zu 5.000 € oder bei deren Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu drei Tagen zu bestrafen ist.¹⁸⁸

b. Zivilrechtliche Konsequenzen

aa. Nichtigkeit vertraglicher Vereinbarungen

Nach § 879 Abs 1 ABGB¹⁸⁹ sind Verträge nichtig, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen. Demzufolge sind Vereinbarungen, die über eine unzulässige Vornahme einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung getroffen werden, nichtig, da sie dem FMedG widersprechen.

¹⁸⁶ *Barth*, Dokumentations- und Auskunftspflichten 92.

¹⁸⁷ *Barth*, Dokumentations- und Auskunftspflichten 93.

¹⁸⁸ *Barth*, Dokumentations- und Auskunftspflichten 93.

¹⁸⁹ JGS 946/1811 idF BGBl I 161/2017.

Durch die Generalklausel des Abs 1 uneingeschränkt erfasst sind deshalb diejenigen Vereinbarungen über eine muF, die den materiellen Zulässigkeitsbedingungen des FMedG (§§ 2, 2a, 2b und 3 FMedG) nicht entsprechen.¹⁹⁰

Für die formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen des FMedG (§§ 4 bis 8 FMedG) gilt dies nicht in dem gleichen Ausmaß wie bei den materiellen. Jedoch wird ein Vertrag über eine muF ohne das unbedingt erforderliche Formerfordernis der Zustimmung des Ehegatten, eingetragenen Partners oder Lebensgefährten gemäß dem § 8 Abs 1 FMedG auf jeden Fall nichtig sein, da an diese Zustimmung wichtige abstammungsrechtliche Folgen anknüpfen.¹⁹¹

Bereits in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage des FMedG 1992 wird darauf hingewiesen, dass gemäß dem § 879 Abs 2 Z 1a ABGB Verträge, in denen eine entgeltliche Vermittlung einer muF vereinbart werden, mit Nichtigkeit bedroht sind.¹⁹² Durch diese Norm sollen Personen, die Techniken der Reproduktionsmedizin für sich in Anspruch nehmen wollen, von der Ausbeutung der Vermittler geschützt werden. Nur die Vereinbarung über eine unentgeltliche Vermittlung zulässiger medizinischer Fortpflanzungen ist erlaubt.¹⁹³

bb. Haftungsrechtliche Ansprüche

In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage des FMedG 1992 werden auch die haftpflichtrechtlichen Folgen von Verstößen gegen das FMedG betont. Die im FMedG aufgestellten Regeln sind vielfach als Schutznormen iSd § 1311 ABGB zu qualifizieren. Beispielhaft dafür seien an dieser Stelle das Ultima-Ratio-Prinzip (§ 2 Abs 2 FMedG) und der Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs (§ 2 Abs 3 FMedG) genannt. Bei deren Verletzung kommt es am häufigsten zu Schadenersatzansprüchen gegen den behandelnden Arzt oder den Krankenanstaltenträger.¹⁹⁴

Der Geschädigte kann nicht nur eine Verletzung einer Schutznorm sondern auch die vertraglich vereinbarten Verpflichtungen (§ 1298 ABGB) geltend machen.¹⁹⁵

Ein Mediziner kann wegen einer unterlassenen Aufklärung haftbar gemacht werden. § 7 Abs 1 FMedG sieht eine ärztliche Beratung vor einer muF vor. Unterbleibt diese, so haftet der Arzt für ein realisiertes Erfolgsrisiko selbst dann, wenn ihm kein Behandlungsfehler vorzuwerfen ist.¹⁹⁶

¹⁹⁰ *Barth*, Zulässigkeit 32 f.

¹⁹¹ *Barth*, Zulässigkeit 33.

¹⁹² ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 26.

¹⁹³ *Graf*, § 879, in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.03} (Stand 1.10.2016, rdb.at) Rz 243.

¹⁹⁴ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 24.

¹⁹⁵ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 24.

¹⁹⁶ *Barth*, Zulässigkeit 34.

Erfolgt keine Zustimmung iSd § 8 Abs 1 FMedG, bevor eine muF durchgeführt wird, so kann das Kind den daraus entgangenen Unterhalt gegen den Arzt geltend machen. Ohne die Zustimmung verfügt das Kind lediglich über einen Eltern-
teil.¹⁹⁷

G. Eizell- und Samenspende

Werden zur Vornahme einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung die Keimzellen dritter Personen verwendet, so wird im gegenständlichen Fall von einer Drittspende bzw. einer Eizell- oder Samenspende die Rede sein.¹⁹⁸

a. Begriffsbestimmungen

aa. Eizellspende

Unter dem Begriff der Eizellspende wird eine Methode der Reproduktionsmedizin verstanden, bei der Eizellen einer dritten Frau gewonnen und in den Körper der Wunschmutter eingebracht werden. Eine Eizellspende kommt für eine Frau zur Erfüllung ihres Kinderwunsches dann in Betracht, wenn in ihren Eierstöcken wegen ihres vorangeschrittenen Alters oder aufgrund einer Erkrankung keine Follikel mehr heranreifen. Die Wunschmutter ist mit dem in ihrem Körper heranwachsenden Kind genetisch nicht verwandt. Im Rahmen dieser Behandlung unterzieht sich die Eizellspenderin einer ovariellen Stimulation. Durch die Einnahme von Medikamenten reifen in dem Körper der Frau gleichzeitig mehrere Eizellen heran, die in der Folge mittels Punktion entnommen werden können. Außerhalb des Körpers der Frau werden nun die entnommenen Zellen mit dem Samen des Wunschvaters bzw. bei gleichzeitiger Unfruchtbarkeit des Partners mit dem Sperma eines Spenders befruchtet. Zum Abschluss der Behandlung wird die befruchtete Eizelle in die Gebärmutter der Wunschmutter implementiert.¹⁹⁹

bb. Samenspende

Bei der Vornahme dieser Behandlung wird der Samen durch Masturbation oder durch Entnahme aus dem Hoden (funktionelle Impotenz des Partners) gewonnen und anschließend zur Befruchtung der Eizelle verwendet. Hierbei kann zwischen

¹⁹⁷ *Barth*, Zulässigkeit 35.

¹⁹⁸ *Leischner-Lenzhofer*, Fortpflanzungsmedizin Kap. I.23.4.1.

¹⁹⁹ *Erlebach*, Die Samen- und Eizellspende im FMedG, in *Barth/Erlebach* (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 213 (215 f).

der homologen und der heterologen oder auch donogenen Samenspende unterschieden werden. Im Rahmen einer homologen Samenspende wird das Spermium des Wunschvaters für die Befruchtung verwendet, wo hingegen bei einer heterologen Samenspende ein dritter Mann seinen Samen für die Befruchtung bereitstellt. In der weiteren Folge wird in diesem Kapitel vor allem die heterologe Samenspende behandelt.²⁰⁰

b. Materielle Zulässigkeitsvoraussetzungen

Der Gesetzgeber legt von dem im § 3 Abs 1 FMedG vorgesehenen Grundsatz mehrere Ausnahmen fest. Es darf der Samen einer dritten Person nach § 3 Abs 2 FMedG ausnahmsweise dann verwendet werden, wenn der Ehemann oder Lebensgefährte fortpflanzungsunfähig ist oder eine muF in einer eingetragenen Partnerschaft bzw. Lebensgemeinschaft zweier Frauen vorgenommen werden soll.²⁰¹

Ein weiterer Ausnahmefall wird in § 3 Abs 3 FMedG geschildert. Seit dem FMedRÄG 2015 ist es nunmehr erlaubt, die Eizellen einer dritten Person für die Herbeiführung einer Schwangerschaft zu verwenden. Um eine Eizellspende vornehmen zu dürfen, müssen gewisse Voraussetzungen sowohl auf Seiten der Spenderin als auch auf Seiten der Empfängerin erfüllt sein. Auch bei diesem Verfahren gilt das Subsidiaritätsprinzip, welches vorsieht, dass nur bei Fortpflanzungsunfähigkeit der Ehegattin, eingetragenen Partnerin oder Lebensgefährtin die Methode der Eizellspende angewendet werden darf. In Abs 3 wird für die Empfängerin eine Altersgrenze vorgeschrieben. Die Wunschmutter darf im Zeitpunkt des Behandlungsbeginns das 45. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. In den Erläuterungen zum FMedRÄG 2015 wird zur Schaffung einer Altersgrenze auf die Stellungnahme der Bioethikkommission verwiesen, welche eine Eizellspende für Frauen mit einer ovariellen Insuffizienz innerhalb ihrer biologisch-reproduktiven Phase zulassen will. Die Empfehlung der Bioethikkommission zielte auf die Schaffung einer generellen Höchstaltersgrenze von 45 Jahren, die auf alle Methoden der Reproduktionsmedizin anwendbar sein sollte, oder aber auf die Einführung einer Altersgrenze von 50 Jahren ausschließlich für die Eizellspende, da in diesem Alter bei den meisten Frauen die Menopause einsetzt.²⁰² Auch für die Eizellspenderin hat der Gesetzgeber im § 2b FMedG den internationalen Standards entsprechend und der Stellungnahme der Bioethikkommission folgend eine Altersgrenze geschaffen. Nach dem Wortlaut des Abs 2 dürfen die Eizellen einer dritten

²⁰⁰ Erlebach, Samen- und Eizellspende 215.

²⁰¹ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 7.

²⁰² Erlebach, Samen- und Eizellspende 219.

Person nur vom vollendeten 18. Lebensjahr bis zum vollendet 30. Lebensjahr entnommen werden.²⁰³ Ein Mindestalter von 18 Jahren²⁰⁴ wurde zum Schutz junger Frauen vor Ausbeutung eingefügt. Die Höchstaltersgrenze von 30 Jahren wurde zum Zwecke der Gewebesicherheit gezogen, da mit dem steigenden Alter der Spenderin die sinkende Reproduktionsfähigkeit der Eizellen einhergeht. Durch diese Maßnahme soll der Empfängerin eine erfolglose Behandlung, die auf eine mindere Qualität der gespendeten Eizellen zurückzuführen ist, erspart werden.²⁰⁵

c. Formelle Zulässigkeitsvoraussetzungen

Da die formellen Bedingungen für eine Samen- und Eizellspende im Wesentlichen den formellen Voraussetzungen für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung gleichen, sei an dieser Stelle auf den Unterpunkt V.C. verwiesen.

Unter diesem Punkt sollen die besonderen formellen Bedingungen im Zusammenhang mit der Verwendung von Eizell- und Samenspenden zur Durchführung einer künstlichen Befruchtung erörtert werden. Diese besonderen Bestimmungen sind im 4. Abschnitt in den §§ 11 bis 15 FMedG zu finden.²⁰⁶

Nach den Gesetzeserläuterungen zum FMedG 1992 dienen diese Regelungen einerseits dem Schutz der Beteiligten vor gesundheitlichen Gefahren, die im Rahmen einer Fremdspende gegebenenfalls auftreten können. Andererseits werden damit Vorkehrungen getroffen, um Gesundheitsrisiken, die mit Mehrfachspenden auftreten können, hintanzuhalten.²⁰⁷

aa. Besondere Bestimmungen für eine zulässige Samen- und Eizellspende:

§§ 11 bis 15 FMedG

In § 11 FMedG hat der Gesetzgeber unter Verweis auf § 5 Abs 2 FMedG vorgeschrieben, dass eine dritte Person ihren Samen oder ihre Eizellen nur einer zugelassenen Krankenanstalt zur Verfügung stellen darf. Werden die Keimzellen eines Spenders für eine muF entnommen, müssen diese gemäß § 14 Abs 1 FMedG immer derselben Krankenanstalt zu Verfügung gestellt werden – dahingehend trifft die Krankenanstalt eine Hinweispflicht.²⁰⁸

Bevor die Samen oder Eizellen einer dritten Person für eine künstliche Befruchtung verwendet werden dürfen, müssen sowohl die Keimzellen als auch der Spender selbst untersucht werden. „Die Untersuchung der dritten Personen und

²⁰³ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 7 f.

²⁰⁴ vgl. § 8 Organtransplantationsgesetz.

²⁰⁵ *Leischner-Lenzhofer*, Fortpflanzungsmedizin Kap. I.23.4.2.1.

²⁰⁶ *Erlebach*, Samen- und Eizellspende 230.

²⁰⁷ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 20.

²⁰⁸ *Erlebach*, Samen- und Eizellspende 231.

ihres Samens oder ihrer Eizellen hat sicherzustellen, dass der Samen oder die Eizellen nach dem jeweiligen Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung fortpflanzungsfähig sind und durch deren Verwendung keine gesundheitlichen Gefahren für die Frau oder das gewünschte Kind entstehen können“ (§ 12 FMedG).²⁰⁹ Mit der Untersuchung soll gewährleistet werden, dass die gespendeten Keimzellen überhaupt zur Fortpflanzung fähig sind und mit deren Verwendung keine gesundheitlichen Nachteile der Wunschmutter und dem Kind erwachsen.²¹⁰

Gemäß dem § 13 Abs 1 FMedG müssen die Eizell- und Samenspender das 18. Lebensjahr vollendet haben. Der Krankenanstalt muss eine schriftliche Zustimmung vorliegen, in welcher der Spender in die Verwendung seiner Keimzellen für eine muF und die Erteilung von Auskünften nach § 20 FMedG einwilligt.²¹¹ Ebenso wie die Zustimmung in eine muF muss auch die Einwilligung in die Verwendung der Eizellen und Samen gemäß dem § 13 Abs 2 FMedG höchstpersönlich erfolgen, um wirksam werden zu können.²¹² Im Zeitpunkt der Zustimmung muss der Spender außerdem einsichts- und urteilsfähig sein. In Abs 2 wird weiters ein Widerrufsrecht statuiert. Der Widerruf kann jederzeit gegenüber der Krankenanstalt ausgesprochen werden, sodass jede weitere Verwendung der Keimzellen unzulässig wäre. Nach dem Gesetzeswortlaut bedarf der Widerruf keiner besonderen Form und er ist ungeachtet eines Verlusts der Einsichts- und Urteilsfähigkeit gültig. Die Krankenanstalt hat hierüber Aufzeichnungen zu führen und allenfalls auf Verlangen eine Bestätigung auszustellen.²¹³

Zur Vermeidung unkontrollierter Eizell- und Samenspenden schreibt der § 14 Abs 2 FMedG vor, dass die Eizellen oder Samen dritter Personen in maximal drei Ehen, eingetragenen Partnerschaften oder Lebensgemeinschaften verwendet werden dürfen. Durch diese Regelung will der Gesetzgeber das Risiko inzes- tuöser Verhältnisse zwischen Wunschkindern - die gegebenenfalls nichts von derselben genetischen Abstammung wissen - verhindern.²¹⁴ Für eine muF dürfen laut dem Abs 3 nicht die Samen verschiedener Spender oder die Eizellen verschiedener Spenderinnen verwendet werden. Diese Bestimmung dient dem Interesse des Kindes. Damit sollen alle Zweifel, wer nun genetischer Vater oder genetische Mutter des Kindes ist, aus der Welt geschafft werden.²¹⁵

²⁰⁹ *Erlebach*, Samen- und Eizellspende 231.

²¹⁰ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 21; sowie ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 9.

²¹¹ *Erlebach*, Samen- und Eizellspende 231.

²¹² ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 10.

²¹³ *Barth*, Die Entnahme von Zellen für Zwecke medizinisch unterstützter Fortpflanzung, in *Barth/Erlebach* (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 199 (208).

²¹⁴ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 21; sowie ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 10.

²¹⁵ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 20; sowie ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 10.

Die Aufzeichnungspflicht der Krankenanstalt, die in § 15 FMedG vorgeschrieben wird, dient der lückenlosen Überprüfung und Dokumentation der entgegengenommenen Ei- und Samenzellen. Diese Regelung schafft die Grundlage für den Auskunftsanspruch des Kindes (§ 20 Abs 2 FMedG). Die Aufzeichnungen der Krankenanstalt haben folgende personenbezogenen Daten des Spenders zu enthalten: „Z 1 Name, Geburtstag und –ort, Staatsangehörigkeit und Wohnort; Z 2 Namen ihrer Eltern; Z 3 Zeitpunkt der Überlassung des Samens oder der Eizellen und Z 4 die Ergebnisse der nach § 12 durchgeführten Untersuchungen.“²¹⁶

Des Weiteren erstreckt sich die Aufzeichnungspflicht auch darauf, für welche Ehen, eingetragenen Partnerschaften oder Lebensgemeinschaften die Keimzellen dritter Personen verwendet wurden (§ 15 Abs 2 FMedG).²¹⁷

bb. Beratung der Spender

Die Beratung der Spender ist in weiten Strecken gleich geregelt wie die der Wunscheltern.

Eizellspenderinnen müssen sich ebenso wie die Wunschelternpaare einer umfassenden ärztlichen Beratung unterziehen. Eine solche Verpflichtung wird hingegen für die Samenspender im § 7 Abs 1 FMedG nicht vorgesehen. Folgt man der Meinung von *Erlebach*, so wird die unterschiedliche Behandlung der Spender dadurch begründet, dass die Masturbation und die damit einhergehenden Untersuchungen (Urin- und Blutprobe, Untersuchung des Genitalbereiches) zur Spermengewinnung im Vergleich zur Eizellspende einen weniger invasiven Eingriff darstellen. Die im Abs 1 aufgelisteten ärztlichen Beratungsinhalte können zudem nicht auf den Samenspender eins zu eins angewendet werden, da weder Arzneimittel oder Medizinprodukte bei seiner Behandlung zur Anwendung gelangen noch seine Unfruchtbarkeit oder Spätfolgen dadurch zu erwarten sind.²¹⁸

Mit dem Abänderungsantrag (AA-71) im Nationalrat wurde der im Abs 2 angeführte Personenkreis um dritte Personen, die ihre Eizellen oder Samen für eine muF bereitstellen, erweitert. Nunmehr ist der Arzt auch dieser Personengruppe gegenüber verpflichtet, eine psychologische Beratung oder eine psychotherapeutische Betreuung vorzuschlagen und sie auf die Möglichkeit hinzuweisen, sich an andere unabhängige Beratungseinrichtungen zu wenden.²¹⁹

²¹⁶ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 21 f; sowie ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 10.

²¹⁷ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 10.

²¹⁸ *Erlebach*, Samen- und Eizellspende 234.

²¹⁹ *Erlebach*, Samen- und Eizellspende 234.

d. Strafbestimmungen

aa. Verstöße im Rahmen einer Tätigkeit eines Arztes:

- § 22 Abs 1 Z 2 FMedG (Mehrere Krankenanstalten)

Dritte Personen, die ihre Eizellen oder ihren Samen entgegen dem Wortlaut des § 14 Abs 1 FMedG mehreren Krankenanstalten zur Verfügung stellen, machen sich einer Verwaltungsübertretung schuldig. Für die Begehung dieses Delikts ist eine Geldstrafe bis zu 10.000 €, bei Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu einer Woche vorgeschrieben.²²⁰

- § 23 Abs 1 Z 1 lit a FMedG (Verletzung der Altersgrenzen)

Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung begeht der Arzt eine Verwaltungsübertretung, wenn die Eizellspenderin entgegen dem § 2b Abs 2 FMedG das 18. Lebensjahr noch nicht oder bereits das 30. Lebensjahr vollendet hat. Dieses Verwaltungsdelikt wird mit einer Geldstrafe bis zu 50.000 € und bei deren Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu 14 Tage bestraft.²²¹

Der Mediziner, der eine muF mit einer Eizellspende vornimmt, begeht auch dann eine Verwaltungsübertretung, wenn die Eizellen entgegen dem § 3 Abs 3 FMedG einer Empfängerin implementiert werden, die zum Zeitpunkt des Behandlungsbeginns das 45. Lebensjahr bereits vollendet hat. § 23 Abs 1 Z 1 lit a sieht auch für diesen Anwendungsfall eine Geldstrafe bis zu 50.000 € und bei Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu 14 Tagen vor.²²²

- § 23 Abs 1 Z 1 lit e FMedG (Mangelnde Zustimmung)

Der Tatbestand ist verwirklicht, wenn der Mediziner eine muF mit Spendersamen oder –eizellen durchführt, ohne dass die hierfür erforderliche Zustimmung zur Verwendung und Erteilung von Auskünften gemäß § 20 FMedG vorliegt. Für die Begehung dieses Verwaltungsdelikts ist eine Geldstrafe bis zu 50.000 €, bei Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu 14 Tagen vorgesehen.²²³

- § 23 Abs 1 Z 2 FMedG (Mangelnde Zulassung der Krankenanstalt)

Gemäß § 23 Abs 1 Z 2 FMedG darf der behandelnde Arzt nach dem Wortlaut des § 11 erster Satz FMedG keine muF mit den Eizellen oder dem Samen einer dritten Person in einer hierfür nicht zugelassenen Krankenanstalt vornehmen.

²²⁰ Erlebach, Samen- und Eizellspende 240.

²²¹ Erlebach, Samen- und Eizellspende 238.

²²² Erlebach, Samen- und Eizellspende 238.

²²³ Erlebach, Samen- und Eizellspende 239.

Bei Missachtung dieser Vorschrift begeht der Arzt eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe bis zu 50.000 € und ansonsten mit einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu 14 Tage zu ahnden ist.²²⁴

- § 23 Abs 1 Z 3 FMedG (Keine Untersuchung der Spender und/ oder der Keimzellen)

Der Tatbestand des § 23 Abs 1 Z 3 FMedG wird verwirklicht, wenn der Arzt im Rahmen einer muF unter Verwendung von Spendersamen oder -eizellen, die nach Maßgabe des § 12 FMedG vorgesehene Untersuchung unterlässt. Diese Verwaltungsübertretung ist mit einer Geldstrafe bis zu 50.000 € und bei Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu 14 Tagen zu bestrafen.²²⁵

- § 23 Abs 1 Z 4 FMedG (Verwendung von Keimzellen dritter Personen in mehr als drei Ehen, eingetragenen Partnerschaften oder Lebensgemeinschaften)

Wer als Mediziner entgegen dem § 14 Abs 2 FMedG eine muF mit den Eizellen oder Samen dritter Personen durchführt und diese in mehr als drei Ehen, eingetragenen Partnerschaften oder Lebensgemeinschaften verwendet, begeht eine Verwaltungsübertretung. Diese ist mit einer Geldstrafe bis zu 50.000 €, bei Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu 14 Tagen zu ahnden.²²⁶

bb. Verstöße im Rahmen einer Tätigkeit für eine Krankenanstalt:

- § 24 Z 1 FMedG (Keine Untersuchung der Spender und/ oder der Keimzellen; mehrere Krankenanstalten)

Derjenige, der im Rahmen seiner Tätigkeit für eine Krankenanstalt es nach § 12 FMedG verabsäumt, die erforderliche Untersuchung vorzunehmen, begeht eine Verwaltungsübertretung. Hierfür ist eine Geldstrafe bis zu 5.000 €, bei Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu drei Tagen vorgesehen.²²⁷

Ein weiterer Tatbestand, der in § 24 Z 1 FMedG angeführt wird, befasst sich mit der nach § 14 Abs 1 FMedG erforderlichen Belehrung. Wer im Rahmen seiner Tätigkeit für eine Krankenanstalt es unterlässt darüber aufzuklären, dass der entnommene Samen oder die Eizellen höchstens einer Krankenanstalt zur Verfügung gestellt werden dürfen, begeht eine Verwaltungsübertretung. Dieses Delikt wird mit einer Geldstrafe bis zu 5.000 € und bei Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu drei Tagen bestraft.

²²⁴ Erlebach, Samen- und Eizellspende 239.

²²⁵ Erlebach, Samen- und Eizellspende 240.

²²⁶ Erlebach, Samen- und Eizellspende 240.

²²⁷ Erlebach, Samen- und Eizellspende 240.

- § 24 Z 2 FMedG (Mehrere Krankenanstalten)

Derjenige, der in dem Wissen, dass die Samen oder Eizellen einer dritten Person bereits einer anderen Krankenanstalt zur Verfügung gestellt wurden, diese entgegennimmt, begeht eine Verwaltungsübertretung. Diese ist mit einer Geldstrafe bis zu 5.000 €, bei Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu drei Tagen zu bestrafen.²²⁸

H. Kommerzialisierungs- und Vermittlungsverbot

Im Zusammenhang mit der Eizell- und Samenspende gilt ein strikt einzuhaltendes Kommerzialisierungs- und Vermittlungsverbot, dem mit dem Abänderungsantrag (AA-71) im Nationalrat noch ein Werbeverbot an die Seite gestellt wurde.²²⁹

a. Kommerzialisierungsverbot

§ 16 Abs 1 FMedG sieht vor, dass die Überlassung von Eizellen oder Sperma für eine muF nicht Gegenstand eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts sein darf. Nach Abs 1 zweiter Satz ist bereits die Vereinbarung oder die Annahme einer Aufwandsentschädigung ein entgeltliches Rechtsgeschäft, sofern die Aufwandsentschädigung über die nachgewiesenen Barauslagen, die iZm einer medizinischen Behandlung bei der Überlassung von Keimzellen auftreten, hinausgehen.²³⁰

Entgeltlich ist ein Rechtsgeschäft eben dann, wenn für eine Leistung eine Gegenleistung verlangt wird.²³¹ Bereits der Gesetzgeber des FMedG 1992 wollte nicht, dass die Samenspende nur aus rein ökonomischen Gesichtspunkten getätigt wird. Mit dem entgeltlichen Erwerb der Keimzellen wird zugleich die Würde des Kindes verletzt. Durch dieses Rechtsgeschäft würde menschliches Leben käuflich, was der Gesetzgeber auf jeden Fall zu verhindern sucht.²³²

Die Barauslagen, von denen im Abs 1 zweiter Satz die Rede ist, erfassen etwa Übernachtungs- und Reisekosten sowie Medikamentenkosten, die mit der Überlassung der Eizellen oder Samen einhergehen und belegt werden müssen.²³³

²²⁸ Erlebach, Samen- und Eizellspende 239.

²²⁹ Wendehorst, iFamZ (2015), 7.

²³⁰ Barth/Erlebach, Kommerzialisierungs-, Vermittlungs- und Werbeverbot, in Barth/Erlebach (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 281 (282).

²³¹ Barth/Erlebach, Kommerzialisierungs-, Vermittlungs- und Werbeverbot 282.

²³² ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 22.

²³³ Abänderungsantrag der Abgeordneten Erwin Spindelberger, Dr. Erwin Rasinger, Dr. Eva Mückstein, Kolleginnen und Kollegen, AA-71 25. GP 3.

§ 16 Abs 1 FMedG richtet sich nicht nur an die Drittspender, sondern auch die Entnahmeeinrichtungen dürfen kein Entgelt für die Überlassung von Keimzellen entgegennehmen.²³⁴

b. Vermittlungsverbot

Nach dem § 16 Abs 2 FMedG besteht ein Vermittlungsverbot. Mit dieser Bestimmung wird die Vermittlung von (Z 1) entwicklungsfähigen Zellen, (Z 2) Keimzellen zum Fortpflanzungszwecke und (Z 3) Personen, die bereit sind, Keimzellen oder entwicklungsfähige Zellen für eine muF zu überlassen oder in sich einbringen zu lassen, untersagt. In der Z 3 werden neben der Eizellspenderin und dem Samenspender auch die Leihmutter angesprochen. Unter dem Begriff Vermittlung wird in diesem Zusammenhang das Zusammenbringen von entwicklungsfähigen Zellen, Keimzellen und Drittspendern mit den Wunscheltern oder der Krankenanstalt, welche die Kinderwunschaare betreut, verstanden.²³⁵

c. Werbeverbot

Abschließend befindet sich im § 16 Abs 2 letzter Satz FMedG ein Werbeverbot, das jede Art von Werbung in Verbindung mit der Überlassung und Vermittlung von Eizellen, Samen oder entwicklungsfähigen Zellen als unzulässig erachtet.²³⁶

d. Strafbestimmungen

Nach § 22 Abs 1 Z 4 FMedG ist derjenige, der Samen oder Eizellen gemäß § 16 Abs 1 FMedG entgeltlich überlässt/ entgegennimmt oder Keimzellen, entwicklungsfähige Zellen, Personen entgegen dem § 16 Abs 2 FMedG vermittelt, verwaltungsstrafrechtlich zu belangen. Diese Verwaltungsübertretung ist mit einer Geldstrafe bis zu 50.000 € und bei deren Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu 14 Tagen zu ahnden.²³⁷ Zu den zivilrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen das Vermittlungsverbot sei auf den Unterpunkt V.F.b. verwiesen.

Ein Verstoß gegen das Werbeverbot ist kein Gegenstand einer Verwaltungsstrafe. Nur der behandelnde Arzt muss sich wegen der Verletzung seiner Berufspflicht einem disziplinarrechtlichen Verfahren stellen.²³⁸

²³⁴ *Barth/Erlebach*, Kommerzialisierungs-, Vermittlungs- und Werbeverbot 284.

²³⁵ *Barth/Erlebach*, Kommerzialisierungs-, Vermittlungs- und Werbeverbot 285.

²³⁶ *Barth/Erlebach*, Kommerzialisierungs-, Vermittlungs- und Werbeverbot 287.

²³⁷ *Barth/Erlebach*, Kommerzialisierungs-, Vermittlungs- und Werbeverbot 288.

²³⁸ *Barth/Erlebach*, Kommerzialisierungs-, Vermittlungs- und Werbeverbot 288.

I. Aufbewahrung

Neben den Regelungen über die Verwendung, Untersuchung und Behandlung von Keimzellen und entwicklungsfähigen Zellen in den §§ 9, 10 FMedG, normiert der Gesetzgeber in dem § 17 FMedG deren Aufbewahrung.²³⁹

§ 17 FMedG bestimmt, dass für eine künstliche Befruchtung entnommene Samen, Eizellen, entwicklungsfähigen Zellen sowie Eierstock- und Hodengewebe nur in einer nach § 5 Abs 2 FMedG zugelassenen Krankenanstalt bis zum Widerruf oder bis zum Tod der Person, von der diese stammen, aufbewahrt werden dürfen. Für Samenzellen besteht die zusätzliche Möglichkeit der Aufbewahrung bei einem Facharzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Entwicklungsfähige Zellen dürfen längstens zehn Jahre in einer zugelassenen Krankenanstalt aufbewahrt werden. Die Aufbewahrung hat dem aktuellen Stand der Wissenschaft und Technik zu entsprechen.²⁴⁰

Gemäß § 17 Abs 2 FMedG muss die Zustimmung zur Aufbewahrung von Samen, Eizellen, entwicklungsfähigen Zellen sowie Eierstock- und Hodengewebe zweiseitig erfolgen. Zum einen muss die Person, von der sie stammen, zustimmen und zum anderen muss auch die Einwilligung beider Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten vorliegen. Zudem kann die Zustimmung zur Aufbewahrung nur höchstpersönlich und im Zustand völliger Einsichts- und Urteilsfähigkeit erteilt werden.²⁴¹

a. Strafbestimmung

Derjenige, der im Rahmen seiner Tätigkeit für eine Krankenanstalt die Vorgaben für eine Aufbewahrung nach § 17 Abs 1 FMedG oder die Voraussetzungen für eine Zustimmung gemäß § 17 Abs 2 FMedG ignoriert, begeht eine Verwaltungsübertretung laut § 24 Z 4 FMedG. Es ist eine Geldstrafe bis zu 5.000 € zu bezahlen und bei Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu drei Tagen zu verhängen.²⁴²

J. Verbotene Methoden

a. Social Egg Freezing

Unter „Social Egg Freezing“ wird die Entnahme und die tiefgekühlte Aufbewahrung von Eizellen für die zukünftige Eigenversorgung verstanden. Ziel dieses Vorganges ist es, den Zeitraum der Fortpflanzungsfähigkeit über das natürliche Maß hinaus zu

²³⁹ ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 22.

²⁴⁰ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 10.

²⁴¹ *Barth*, Umgang mit im Rahmen medizinisch unterstützter Fortpflanzung entnommenen Zellen, in *Barth/Erlebach* (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 303 (313).

²⁴² *Barth*, Umgang 317.

verlängern. Lediglich auf Grund medizinischer Indikation, etwa wegen einer Erkrankung oder einer in diesem Zusammenhang stehenden Behandlung, mit welcher der Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit befürchtet werden kann, erlaubt eine vorsorgliche Entnahme von Eizellen, Samen, Hoden- oder Eierstockgewebe.²⁴³ Die Methode des „Social Egg Freezing“ darf gemäß dem im § 2b FMedG statuierten Subsidiaritätsgrundsatz nicht auf Fälle mit sozialer Indikation angewendet werden. Karrieregründe sind für die Anwendung dieses Verfahrens beispielsweise nicht ausreichend.²⁴⁴

b. Embryonenspende

Kinderwunschpaare, bei denen nach einer abgeschlossenen Behandlung überzählige Embryonen vorhanden sind und die sie selbst nicht mehr benötigen, können diese nicht an andere Paare spenden.²⁴⁵ Die Besonderheit dieser Technik liegt darin, dass weder der Samen noch die Eizellen von einem der Wunscheltern stammen.²⁴⁶ Gemäß dem im § 3 Abs 1 FMedG statuierten Grundsatz sollen primär die Eizellen und der Samen des Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten für eine muF verwendet werden. Ausnahmeregelungen für die Durchführung einer muF mit dem Samen oder den Eizellen einer dritten Person sieht § 3 Abs 2 und 3 FMedG vor.²⁴⁷ Zwar ist das eindeutige Verbot der Eizellenspende, Embryonenspende und Leihmutterschaft des § 3 Abs 3 FMedG aF mit der Reform des FMedRÄG 2015 aus dem Gesetz gewichen, jedoch sieht der Gesetzgeber in seiner neuen Fassung keine ausdrückliche Zulassung der Embryonenspende vor.²⁴⁸ Im Umkehrschluss wird deshalb davon ausgegangen, dass diese unzulässig ist.²⁴⁹

c. Leihmutterschaft

Bei einer Leihmutterschaft stellt eine Frau während der Dauer einer Schwangerschaft ihren Körper zur Verfügung, um für eine andere Person ein Kind auf die Welt zu bringen. Dafür wird die Leihmutter (auch Ersatzmutter oder „Surrogatmutter“ genannt) mit dem Samen des Wunschvaters inseminiert oder es werden ihr die Eizellen und das Spermium der Wunscheltern oder dritter Personen in die Gebärmutter implementiert. Diese beiden beschriebenen Konstellationen unterscheiden sich dahingehend, dass in der ersten Variante die Leihmutter zugleich auch genetische Mutter des Kindes ist,

²⁴³ Zwettler, ZfG (2016), 50.

²⁴⁴ Kopetzki, Recht 72.

²⁴⁵ Mauritz/Gerstendorfer, Eizell- & Embryonenspende: Segen oder Risiko <https://kurier.at/wissen/fortpflanzungsmedizin-die-wichtigsten-fragen-zu-eizellspenden-und-embryonenspenden/95.100.748> (Stand 5.11.2014).

²⁴⁶ Geschäftsstelle der Bioethikkommission, Fortpflanzungsmedizinrecht 27.

²⁴⁷ Erlebach, Samen- und Eizellspende 222.

²⁴⁸ Kopetzki, Recht 77.

²⁴⁹ Erlebach, Samen- und Eizellspende 222.

in der zweiten Variante aber kein genetisches Verwandtschaftsverhältnis zwischen ihr und dem von ihr ausgetragenen Kind besteht.²⁵⁰

Vor allem für homosexuelle Paare ist die Leihmutterschaft interessant, da sie die einzige Möglichkeit zur Erfüllung ihres Kinderwunsches darstellt. Des Weiteren wäre die Methode der Leihmutterschaft für fortpflanzungsunfähige Frauen und Frauen, für die mit einer Schwangerschaft eine gesundheitliche Gefährdung verbunden ist, eine Alternative.²⁵¹

In dem FMedG gibt es kein ausdrückliches Verbot der Leihmutterschaft. Ein solches ergibt sich erst aus der Zusammenschau aller dort aufgezählten Bestimmungen. Nach § 2 Abs 1 FMedG ist eine muF nur in einer Ehe, eingetragenen Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft möglich. Zudem muss auch eine der Voraussetzungen des Abs 2 (Unfruchtbarkeit, Übertragung einer schweren Infektionskrankheit, Frauenpaare) erfüllt sein. Die Leihmutterschaft scheidet außerdem an der Regelung des § 3 FMedG, wonach stets die Eizellen oder der Samen des Kinderwunschpaares verwendet werden soll. Nur im Ausnahmefall der Unfruchtbarkeit eines der beiden Ehegatten (§ 3 Abs 2 und 3 FMedG) darf auf einen Spendersamen oder –eizelle zurückgegriffen werden. Abschließend verbietet § 16 Abs 2 Z 3 FMedG die Vermittlung von Personen, die sich dazu bereit erklären, Samen, Eizellen oder entwicklungsfähige Zellen in sich einbringen zu lassen.²⁵²

Außerhalb der Regelungen des FMedG ist die Leihmutterschaft in Österreich nach § 143 ABGB unzulässig, da die Mutter im rechtlichen Sinn stets die gebärende Frau ist.²⁵³ Es besteht somit nach geltender Rechtslage in Österreich keine Verpflichtung der Leihmutter zur Herausgabe des von ihr geborenen Kindes an die genetische Mutter.²⁵⁴ Zudem sind Leihmutterschaftsverträge, die auf die nachträgliche Übertragung der Mutterschaft auf eine andere Person gerichtet sind, nichtig iSd § 879 Abs 2 Z 1a ABGB.²⁵⁵

Wird ein Kind von einer ausländischen Leihmutter in deren Heimatland auf die Welt gebracht, so können die österreichischen Wunscheltern durch die Anerkennung im Inland zu den Eltern im Rechtssinne werden.²⁵⁶

²⁵⁰ *Erlebach*, Samen- und Eizellspende 227.

²⁵¹ *Erlebach*, Samen- und Eizellspende 227.

²⁵² *Erlebach*, Samen- und Eizellspende 228 f.

²⁵³ *Kopetzki*, Recht 81.

²⁵⁴ *Geschäftsstelle der Bioethikkommission*, Fortpflanzungsmedizinrecht 28.

²⁵⁵ *Kopetzki*, Recht 81.

²⁵⁶ *Bernat*, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin im Wandel. Eckpunkte des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes 2015, JAP (2015/2016), 45 (49).

Durch diese Praxis wird deutlich, dass nach der österreichischen Rechtslage das Verbot der Leihmutterschaft umgangen werden kann, sofern sich die Wunscheltern nicht davor scheuen sich ihren Kinderwunsch im Ausland erfüllen zu lassen.²⁵⁷

d. Gewinnung von embryonalen Stammzellen zu Forschungszwecken

§ 9 FMedG stellt das Verbot auf, entwicklungsfähige Zellen für andere Zwecke als zur Erzielung einer Schwangerschaft zu untersuchen und zu behandeln. Mit diesem Verbot geht die Unzulässigkeit der Verwendung jener entwicklungsfähigen Zellen einher, die nicht mehr zur Herbeiführung einer Schwangerschaft hergenommen werden können. Daraus erschließt sich, dass überzählige Embryonen nicht für Forschungszwecke, zur Gewinnung embryonaler Stammzellen, verwendet werden dürfen.²⁵⁸

²⁵⁷ Erlebach, Samen- und Eizellspende 229.

²⁵⁸ Geschäftsstelle der Bioethikkommission, Fortpflanzungsmedizinrecht 36.

VI. IVF-Fonds-Gesetz²⁵⁹

1999 wurde das IVF-Fonds-Gesetz dem „Ausschuss für Arbeit und Soziales“ vorgelegt und mit Stimmeneinhelligkeit noch in demselben Jahr beschlossen. Regelungsgegenstand dieses Gesetzes ist die Schaffung eines eigens hierfür eingerichteten Fonds, aus dem die Kosten für eine IVF-Behandlung (§ 1 Abs 2 Z 2 bis 4 FMedG) zumindest teilweise gedeckt werden sollen. Ein Kostenersatz für die Methode der Insemination (§ 1 Abs 2 Z 1 FMedG) besteht nicht.²⁶⁰

Dem § 2 IVF-Fonds-Gesetz folgend soll beim Bundesministerium für Gesundheit ein öffentlich-rechtlicher Fonds eingerichtet werden, der bei Vorliegen der Voraussetzungen, die in § 4 IVF-Fonds-Gesetz vorgeschrieben sind, zu 70% die Kosten für eine IVF übernimmt.²⁶¹

§ 3 IVF-Fonds-Gesetz bestimmt, dass die Kostentragung zur einen Hälfte aus Mitteln des Ausgleichsfonds für Familienbeihilfe getragen wird. Die anderen 50 % werden „durch die Krankenversicherungsträger im Wege des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger, die Krankenfürsorgeeinrichtungen, den Verband der Versicherungsunternehmen Österreichs oder mit deren Einverständnis sonstige private Unternehmen“ übernommen.²⁶²

Die Voraussetzungen, die zur Übernahme der Kosten durch den eigens eingerichteten Fonds vorliegen müssen, werden in § 4 IVF-Fonds-Gesetz behandelt. Damit der Anspruch überhaupt geltend gemacht werden kann, muss entweder eine Sterilität bei der Wunschmutter oder beim Wunschvater vorliegen. In Bezug auf die Sterilität der Frau wird in § 4 Abs 1 IVF-Fonds-Gesetz eine Einschränkung auf die dort angeführten Indikationen („tubaren, durch Endometriose bedingten oder durch polyzystisches Ovar bedingten Ursprungs“) getroffen. Diese Eingrenzung ergibt sich auf Grund des aktuellen Standes der medizinischen Wissenschaft und eines vom Obersten Sanitätsrat im Jahr 1999 erstatteten Gutachtens.²⁶³ „Der Anspruch auf Kostentragung nach § 2 Abs. 2 und 2a besteht für höchstens vier Versuche pro Paar. Sofern einer dieser Versuche erfolgreich beendet und eine Schwangerschaft im Sinne des § 1a Abs. 2 herbeigeführt wurde, besteht ab diesem Versuch ein Anspruch auf Kostentragung nach § 2 Abs. 2 und 2a für vier weitere Versuche. Gleiches gilt, wenn eine Schwangerschaft durch einen nicht fondsfinanzierten Versuch herbeigeführt wurde, sofern das Paar eindeutig nachweist, dass die Schwangerschaft durch eine IVF-Methode zustande kam.“²⁶⁴ Von dem Anspruch auf Kostentragung

²⁵⁹ BGBl I 180/1999 idF BGBl I 35/2015.

²⁶⁰ AB 2010 BlgNR XX. GP 1.

²⁶¹ AB 2010 BlgNR XX. GP 1.

²⁶² *Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 2/76.

²⁶³ AB 2010 BlgNR XX. GP 2.

²⁶⁴ Siehe § 4 Abs 2 IVF-Fonds-Gesetz.

ausgeschlossen sind diejenigen, bei denen die Sterilität das gewünschte Ergebnis eines medizinischen Eingriffs ist. Dieser Ausschluss erfasst jedoch nicht jene Fälle, bei denen die Sterilität lediglich eine Begleiterscheinung eines medizinisch indizierten Eingriffs darstellt.²⁶⁵ Weiters müssen nach § 4 Abs 4 Z 1 IVF-Fonds-Gesetz die dort aufgelisteten Altersgrenzen eingehalten werden. Im Zeitpunkt des Beginns mit dem Versuch einer IVF darf die Frau, die beabsichtigt das Wunschkind auf die Welt zu bringen, das 40. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Zugleich darf auch der Mann bzw. die eingetragene Partnerin oder Lebensgefährtin der Wunschmutter das 50. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Außerdem muss gemäß § 4 Abs 4 Z 2 IVF-Fonds-Gesetz im Zeitpunkt des Beginns eines Versuchs einer IVF-Behandlung im Krankheitsfall „sowohl für die Frau als auch den Mann die Leistungszuständigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung, einer Krankenvorsorgeeinrichtung, einer auf Grund einer Ausnahme gemäß § 5 Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 560/1978, durch einen Gruppenvertrag abgeschlossenen privaten Krankenversicherung oder eines sonstigen privaten Versicherungsunternehmens und dessen Einverständnis zur Übernahme der anteilmäßigen Kosten gemäß § 3 Abs. 2“ vorliegen.²⁶⁶ In § 4 Abs 4a IVF-Fonds-Gesetz wird in den Z 1 bis 7 die Anspruchsberechtigung ausländischer Staatsbürger festgelegt.²⁶⁷

Durch das FMedRÄG wurde nicht nur das FMedG, sondern auch das IVF-Fonds-Gesetz novelliert. Eine der größten Änderungen stellt wohl, wie bereits oben behandelt, die Zulässigkeit einer muF für Frauenpaare dar. Nunmehr haben auch gleichgeschlechtliche Paare die Möglichkeit einer teilweisen Kostentragung ihrer IVF-Behandlung, sofern bei der Wunschmutter eine der medizinischen Indikationen des § 4 Abs 1 Z 1 IVF-Fonds-Gesetz gegeben ist.²⁶⁸ Jene Kosten, welche für eine Samen- und Eizellspende oder aber auch allfällige Mehrkosten für eine ICSI-Behandlung anfallen, sind von den Kinderwunschpaaren privat zu tragen.²⁶⁹

Durch den im Rahmen des FMedRÄG 2015 neu geschaffenen § 2 Abs 2a IVF-Fonds-Gesetz wird der Bundesministerin für Gesundheit im Einvernehmen mit der Bundesministerin für Familie und Jugend die Möglichkeit eingeräumt, mittels Verordnung weitere Leistungen festzulegen, für die pauschalierte Kostenzuschüsse gewährt werden. Der Gesetzgeber nennt hier beispielsweise Geldzuschüsse für eine PID bei Erbkrankheiten.²⁷⁰

²⁶⁵ ErlRV 369 BlgNR XXII. GP 8.

²⁶⁶ *Hausreither/Hager-Ruhs*, Das IVF-Fonds-Gesetz: Voraussetzungen für die Mitfinanzierung der In-vitro-Fertilisation, in Barth/Erlebach (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 293 (298).

²⁶⁷ *Hausreither/Hager-Ruhs*, IVF-Fonds-Gesetz 296.

²⁶⁸ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 14.

²⁶⁹ *Hausreither/Hager-Ruhs*, IVF-Fonds-Gesetz 297.

²⁷⁰ ErlRV 445 BlgNR XXV. GP 14.

VII. Abstammungsrecht

Bei der Abstammung handelt es sich juristisch gesehen um eine Dauereigenschaft, die vom Familienrecht zugeteilt wird und ein rechtliches Band zwischen Eltern und Kindern begründet. Aus diesem familienrechtlichen Statusverhältnis resultieren zahlreiche Rechte und Verpflichtungen (Unterhalt, Obsorge, Kontaktrecht,...)^{271 272}.

Das Abstammungsrecht hat es zum Ziel jedem Menschen zwei rechtliche Elternteile zuzuordnen, wobei die rechtliche Abstammung nicht zwingend mit der biologischen Abstammung übereinstimmen muss. Mit der Öffnung der Fortpflanzungsmedizin auch für Frauenpaare ist es außerdem möglich geworden, dass ein Kind nicht mehr zwingend Vater und Mutter im rechtlichen Sinne hat. Des Weiteren gibt es Fallkonstellationen, in denen ein oder beide Elternteil/e unbekannt ist/sind.²⁷³

A. Historischer und rechtspolitischer Hintergrund

Häufig ist das Familienrecht Gegenstand gesellschaftspolitischer Diskussionen. Nicht zuletzt deshalb, weil es gerade in diesem Bereich oftmals zu Veränderungen der gesellschaftlichen und ideologischen Vorstellungen kommt, denkt man nur an die sich wandelnden Familienformen. Lange Zeit ging das Abstammungsrecht von dem klassischen Familienmodell der Ehe aus.²⁷⁴ Das war auch der Grund dafür, dass den unehelichen Kindern nicht dieselben Rechte wie den ehelichen Kindern zustanden.²⁷⁵ In unserer heutigen Zeit nimmt die Zahl verschiedenartiger Lebensformen immer mehr zu und die klassische Kernfamilie bestehend aus Vater, Mutter, Kind stellt ein Modell dar, welches immer seltener wird.²⁷⁶

Die Änderungen auf diesem Gebiet spiegeln sich vor allem in den zahlreichen Familienrechts-Novellen wieder. Allein das Abstammungsrecht wurde in den letzten vier Jahrzehnten siebenmal novelliert.²⁷⁷ Der Grund für die Novellierung des Kindschafts- und Namenrechts 2013 liegt in einer Entscheidung des EGMR und einem Erkenntnis des VfGH, worin sich auch die neuen gesellschaftlichen Entwicklungen zeigen. Das Kind-NamRÄG 2013²⁷⁸ trat am 1.2.2013 in Kraft. Im Zuge der Änderung des Kindschaftsrechts wurden auch die abstammungsrechtlichen Bestimmungen neu zusammengefasst

²⁷¹ Voithofer/Flatscher-Thöni, Öffnung der Fortpflanzungsmedizin für Frauenpaare, iFamZ 2015, 9 (9).

²⁷² Pierer, Abstammung, in Deixler/Hübner (Hrsg), Handbuch Familienrecht (2015) 215 (218).

²⁷³ Pierer, Abstammung 218.

²⁷⁴ Steininger, Reproduktionsmedizin Rz 4/26, 4/27.

²⁷⁵ Höllwerth, Vom Blut als dem besonderen Saft bis zur sozialen Elternschaft, in Festschrift 200 Jahre ABGB (2011) 1033 (1041).

²⁷⁶ Steininger, Reproduktionsmedizin Rz 4/27.

²⁷⁷ Steininger, Reproduktionsmedizin Rz 4/28.

²⁷⁸ BGBl I 15/2013.

und systematisch geordnet. Das Abstammungsrecht umfasst nun die §§ 140 bis 154 ABGB²⁷⁹ und ist im Zweiten Abschnitt des Dritten Hauptstücks des ABGB zu finden. Es kam lediglich zu wenigen inhaltlichen Änderungen des Abstammungsrechts, u.a. ordnet der Gesetzgeber an, dass auch der Rechtsnachfolger eines Mannes ein Anerkenntnis abgeben kann²⁸⁰. Da eine heterologe Insemination nunmehr eines Notariatsakts bedarf und die frühere gerichtliche Protokollierung nicht mehr als ausreichend erachtet wird, mussten § 148 Abs 3, § 152 sowie § 154 Abs 1 Z 2 ABGB an die neue geltende Rechtslage angepasst werden. Die übergangsrechtlichen Bestimmungen des KindNamRÄG 2013 betreffen nicht das Abstammungsrecht, sodass die §§ 140 ff ABGB auch auf Sachverhalte anzuwenden sind, die bereits vor ihrem Inkrafttreten eingetreten sind.²⁸¹ Der größte Teil des Abstammungsrechts basiert jedoch auf dem FamErbRÄG 2004²⁸². Die Ziele des FamErbRÄG 2004 umfassen die Einführung der Möglichkeit für das Kind, auf Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter zu klagen; Vätertausch; die Beseitigung der Befugnisse des Staatsanwalts im Abstammungsrecht; verbesserte Interessensabwägung zwischen dem Schutz der sozialen Familie und dem Recht auf Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung; Beseitigung der Vaterschaftsvermutung; Neuregelung der Geschäftsfähigkeit in Angelegenheiten der Abstammung, um nur einige beispielhaft zu nennen. Zur gleichen Zeit wie das FamErbRÄG 2004 erlangte auch das AußStrG²⁸³ am 1.1.2005 Geltung. Die verfahrensrechtlichen Regelungen, das Abstammungsrecht betreffend, wurden in das AußStrG transferiert.²⁸⁴ Im Familienrecht zeigt sich in jüngerer Zeit ein verstärkter Trend hin zur Umsetzung von EGMR-Urteilen und VfGH-Erkenntnissen. In Folge der Aufhebung mehrerer Normen des FMedG durch den VfGH, musste die muF auch für gleichgeschlechtliche Lebensgefährten und eingetragene Partner erlaubt werden.

B. Abstammung von der Mutter

Mutter ist nach § 143 ABGB (§ 137b ABGB aF) diejenige Frau, die das Kind auf die Welt bringt. Mit dem stetigen Fortschritt in der Fortpflanzungsmedizin ist es heute möglich geworden, dass ein Kind genetisch nicht mehr von der Frau abstammen muss, die es geboren hat.²⁸⁵ Es kommt also zu einer Aufspaltung der rechtlichen und der genetischen

²⁷⁹ JGS 946/1811 idF BGBl I 161/2017.

²⁸⁰ § 142 ABGB (§ 138a Abs 2 ABGB aF).

²⁸¹ *Pierer*, Abstammung 221.

²⁸² BGBl I 58/2004.

²⁸³ BGBl I 111/2003 idF BGBl I 15/2013.

²⁸⁴ *Pierer*, Abstammung 221 f.

²⁸⁵ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 143 (Stand 1.5.2017, rdb.at) Rz 1.

Mutterschaft. Leihmutterschaft und Embryonenspende stellen zwei Methoden der Reproduktionsmedizin dar, bei denen die Frau ein Kind austrägt, welches biologisch nicht von ihr abstammt. Diese beiden Formen der Fortpflanzungsmedizin sind nach der geltenden Rechtslage in Österreich verboten. Seit dem FMedRÄG 2015 ist in Österreich die Eizellspende (siehe Unterpunkt V.G.) erlaubt.²⁸⁶ Da die Leihmutterschaft und der heterologe Embryonentransfer in anderen Staaten zulässig sind, hat der österreichische Gesetzgeber versucht, die sich daraus ergebenden streitigen Fragen in seinem § 143 ABGB zu lösen, und hält daran fest, dass die Frau, die das Kind austrägt, selbst dann rechtlich die Mutter ist, wenn sie genetisch nicht miteinander verwandt sind. Es gilt daher wie eh und je der Grundsatz „mater semper certa est“.²⁸⁷

Begründet wird dies mit der bereits im Mutterleib entstehenden engen Verbindung zwischen der austragenden Mutter und dem in ihr heranwachsenden Kind. Außerdem soll durch diese Bestimmung eine gewisse Rechtssicherheit geschaffen werden.²⁸⁸ Wegen der eindeutigen gesetzlichen Regelung zu Gunsten der Gebärenden ist eine Anfechtung der bestehenden Mutterschaft nicht möglich.²⁸⁹ Will sich die gebärende Frau einer ungewollten Mutterschaft entziehen, so steht ihr das Rechtsinstitut der Adoption offen. Durch die Bewilligung der Adoption (auch „Annahme an Kindes statt“) entsteht zwischen dem Annehmenden und dem Wahlkind ein der natürlichen Abstammung entsprechendes Rechtsverhältnis. Die Grundlage dieses Rechtsverhältnisses ist der Adoptionsvertrag.²⁹⁰

§ 143 ABGB ist in Österreich eine zwingende Rechtsvorschrift, die aber keine unverzichtbaren Wertvorstellungen beinhaltet. Findet sich also in der Rechtsordnung eines anderen Staates eine dem österreichischen Recht in dieser Sache widersprechende Norm („Mutter ist die Frau von der das Kind biologisch abstammt“), so darf diese trotzdem angewendet werden, da sie nicht gegen das *ordre public* verstößt. Für den Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft wird allerdings vorausgesetzt, dass der Ansuchende von einer österreichischen Staatsbürgerin geboren wurde.²⁹¹

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen Regelungen, in denen es auf die Blutsverwandtschaft ankommt, sowohl vom § 143 ABGB als auch vom § 148 Abs 4 ABGB nicht berührt sein.²⁹² Insbesondere wird dabei an den Tatbestand des § 211 StGB²⁹³ („Blutschande“) als auch an das im § 6 EheG²⁹⁴ statuierte Eheverbot gedacht. Das Eheverbot

²⁸⁶ *Hinteregger*, Familienrecht⁵ (2011) 155.

²⁸⁷ *Höllwerth*, Blut 1039.

²⁸⁸ *Stabentheiner* in Rummel, ABGB³ § 137b ABGB (Stand 1.1.2003, rdb.at) Rz 1.

²⁸⁹ *Fischer-Czermak*, § 143 ABGB Rz 1.

²⁹⁰ *Beck*, Kindschaftsrecht. Entscheidungen – Anmerkungen – Lösungsansätze (2009) Rz 60.

²⁹¹ *Fischer-Czermak*, § 143 ABGB Rz 1.

²⁹² ErlRV 216 BlgNR XVIII. GP 24.

²⁹³ dRGBI I S 807/1938 idF BGBl I 112/2015.

²⁹⁴ RGBI I 807/1938.

knüpft nach dem Zweck und dem Wortlaut der Bestimmung an die Blutsverwandtschaft an. Da der Standesbeamte allerdings auch die rechtliche Verwandtschaft zu beachten hat, ist auch diese vom Eheverbot erfasst. Wird die Blutsverwandtschaft nachgewiesen, so ist eine bereits geschlossene Ehe für nichtig zu erklären. In jenem Fall, in dem die Verwandtschaft lediglich rechtlich begründet ist, fällt das Eheverbot durch deren Beseitigung weg.²⁹⁵

Wird ein Kind in einem Krankenhaus anonym geboren, vertauscht oder vor eine Babyklappe bzw. ein Babynest gelegt, so ist die Identität der Mutter unbekannt.²⁹⁶ Dadurch entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse der Mutter anonym zu bleiben und dem des Kindes auf Kenntnis seiner eigenen biologischen Abstammung.²⁹⁷ Kinder, deren Eltern unbekannt sind, unterliegen von Gesetzes wegen der Obsorge des Jugendwohlfahrtsträgers. In weiterer Folge ist der Jugendwohlfahrtsträger als gesetzlicher Vertreter zum Abschluss eines Adoptionsvertrages ermächtigt. Hierbei wird auf das Zustimmungsgeschäft der Mutter in eine Adoption²⁹⁸ verzichtet.²⁹⁹

Neben der unbekanntem Mutter gibt es auch noch die Möglichkeit, dass Zweifel über die bestehende Mutterschaft bestehen. Anlass dafür können eine Verwechslung sowie falsche oder fehlende Einträge im Personenstandsregister sein. Über die Frage der Abstammung hat gemäß Art 6 Abs 1 EMRK ein Tribunal zu entscheiden.³⁰⁰

C. Abstammung vom Vater

§ 144 ABGB trifft eine Aussage darüber, wer rechtlicher Vater ist, und zählt in seinem Abs 1 drei Arten auf, nach denen eine Vaterschaft begründet werden kann.³⁰¹ Die Vaterschaft entsteht demnach ex lege kraft aufrechter Ehe mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt (Z 1), durch Anerkennung (Z 2) oder durch eine gerichtliche Feststellung (Z 3). Diese Aufzählung ist taxativ. Ein Kind kann zu keinem Zeitpunkt zwei Väter und auch nicht für verschiedene Zeitabschnitte verschiedene Väter haben, denn die gerichtliche Feststellung sowie die Anerkennung einer Vaterschaft wirken auf die Geburt zurück.³⁰²

²⁹⁵ Fischer-Czermak, § 143 ABGB Rz 2.

²⁹⁶ Höllwerth, Blut 1038.

²⁹⁷ Fischer-Czermak, § 143 ABGB Rz 3.

²⁹⁸ siehe § 181 Abs 1 Z 1 ABGB.

²⁹⁹ Höllwerth, Blut 1038.

³⁰⁰ Pierer, Abstammung 239.

³⁰¹ Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 144 (Stand 1.5.2017, rdb.at) Rz 1/1.

³⁰² Pierer, Abstammung 240 f.

Im Gesetzestext wird von einem Mann gesprochen. Demnach kann die Vaterschaft nur von einer Person begründet werden, die über ein Y-Chromosom verfügt oder im personenstandsrechtlichen Sinne Mann ist oder war. Kinder, deren Väter eine Geschlechtsumwandlung vorgenommen haben, werden somit nicht vaterlos.³⁰³

Das nach § 144 Abs 1 ABGB zustande gekommene Statusverhältnis hat so lange Bestand, bis es auf die gesetzlich vorgesehene Weise beseitigt wird.³⁰⁴

a. Vaterschaft kraft Ehe mit der Mutter

§ 144 Abs 1 Z 1 ABGB ist der einzige Tatbestand der eine Vaterschaft ex lege begründet. So heißt es dort: „Vater des Kindes ist der Mann, der mit der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratet ist oder als Ehemann der Mutter nicht früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes verstorben ist“. Es braucht anders als bei dem Anerkenntnis keinen Zwischenschritt um die Vaterschaft zu begründen. Es wird dabei die Vermutung aufgestellt, dass die Ehefrau ihrem Mann während aufrechter Ehe treu ist und nur dieser der Vater des Kindes sein kann. Wird ein Kind unehelich zur Welt gebracht, so hat es keinen Vater ex lege und die Vaterschaft muss auf eine andere Art (Anerkenntnis, gerichtliche Feststellung) begründet werden.³⁰⁵

Wird ein Kind erst nach dem Tod des Ehemannes der Mutter geboren, so ist dieser von Gesetzes wegen der rechtliche Vater, wenn sein Todestag nicht länger als 300 Tage vor der Geburt liegt.³⁰⁶ Da es sich um eine rückwärtsgerichtete Frist handelt, wird der Geburtstag des Kindes in den Fristenlauf nicht eingerechnet, der Todestag des Ehemannes jedoch schon.³⁰⁷

aa. Mehrere mögliche Väter/ andere Elternteile

Kommen gemäß dem § 144 Abs 4 ABGB mehrere Männer als mögliche Väter in Betracht, so ist derjenige der rechtliche Vater, der als Letzter mit der Mutter die Ehe geschlossen hat. Ein solcher Fall tritt dann ein, wenn das Kind innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemannes geboren wird und die Mutter vor der Geburt erneut eine Ehe mit einem anderen Mann eingeht. Das Kind stammt laut dem Gesetzeswortlaut vom späteren Ehemann der Mutter ab. Wird gerichtlich festgestellt, dass das Kind nicht vom letzten Ehemann der Mutter abstammt, so ist der vorangegangene, bereits verstorbene Ehemann rechtlicher Vater.³⁰⁸

³⁰³ *Pierer*, Abstammung 241.

³⁰⁴ *Pierer*, Abstammung 241.

³⁰⁵ *Pierer*, Abstammung 241.

³⁰⁶ *Fischer-Czermak*, § 144 ABGB Rz 2.

³⁰⁷ *Kutscher/Wildpert*, Personenstandsrecht² § 144 ABGB (Stand 1.6.2016, rdb.at).

³⁰⁸ *Fischer-Czermak*, § 144 ABGB Rz 3.

Diese Regelung ist sinngemäß auf Frauenpaare anzuwenden. Auch bei diesen wird vermutet, dass bei mehreren in Betracht kommenden Frauen diejenige der andere Elternteil ist, die zuletzt mit der Mutter die eingetragene Partnerschaft eingegangen ist. Hat die letzte eingetragene Partnerin der Mutter nicht in Form eines Notariatsaktes in die muF eingewilligt, so steht es ihr gemäß § 152 ABGB frei die Elternschaft zu beseitigen.³⁰⁹

bb. Gerichtliche Feststellung der Nichtabstammung

Die §§ 151 bis 153 ABGB gelten nur für die durch Ehe mit der Mutter zustande gekommene Vaterschaft (§ 144 Abs 1 Z 1 ABGB).³¹⁰

Ist der Mann, der nach § 144 Abs 1 Z 1 ABGB der rechtliche Vater ist, nicht der genetische Vater, so kann er auf Antrag durch das Gericht die Nichtabstammung gemäß § 151 Abs 1 ABGB feststellen lassen. Durch diesen Antrag wird das Kind regelmäßig vaterlos. Antragsberechtigt sind das Kind und der Ehemann der Mutter. Neben diesen beiden Personen steht zudem deren Rechtsnachfolgern gemäß dem § 142 ABGB ein Antragsrecht zu. Die Mutter ist nicht antragslegitimiert. Sie kann lediglich als gesetzliche Vertreterin ihres minderjährigen Kindes Anträge für dieses stellen. In dem Verfahren über die Nichtabstammungsfeststellung kommt der Mutter ein höchstpersönliches Recht auf Parteistellung zu, das sie wahrnehmen kann, wenn sie einsichts- und urteilsfähig ist. Dem biologischen Vater steht in diesem Zusammenhang ebenso wie der Mutter kein Antragsrecht zu. Er hat allerdings die Möglichkeit eines „durchbrechenden“ Vaterschaftsanerkanntnisses (§ 147 ABGB).³¹¹

Geeignete Beweise hat das Gericht von sich aus aufzunehmen und dem Antrag gegebenenfalls stattzugeben, wenn die biologische Vaterschaft mittels serologisch-erbbiologischem und anthropologisch-morphologischem Gutachten oder DNA-Analyse widerlegt wird.

§ 152 ABGB bestimmt, dass die Feststellung der Nichtabstammung nicht von dem Ehemann der Mutter, der in eine muF mit dem Samen einer dritten Person in der Form eines Notariatsakts eingewilligt hat, begehrt werden kann. Ausnahmen von dieser Regel bestehen dann, wenn die vorgeschriebene Form nicht eingehalten, die Zustimmungserklärung nach § 8 Abs 4 FMedG vom Ehemann widerrufen wurde oder der Zeitraum, in dem die künstliche Befruchtung vorgenommen wurde, nicht mehr von der Zustimmungserklärung gedeckt wird. Liegt einer

³⁰⁹ *Fischer-Czermak*, § 144 ABGB Rz 6.

³¹⁰ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 151 (Stand 1.5.2017, rdb.at) Rz 2.

³¹¹ *Fischer-Czermak*, § 151 ABGB Rz 3.

der beschriebenen Fälle vor, so ist § 152 ABGB nicht mehr anwendbar und es kann ein Antrag gemäß § 151 Abs 1 ABGB gestellt werden.³¹²

Bei den im Ausland durchgeführten muF sind die dort vorgesehenen Formvorschriften einzuhalten (§ 8 IPRG³¹³), sodass die Einhaltung von diesen einen Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann ausschließt.³¹⁴

Die Frist des § 153 Abs 1 ABGB beginnt mit dem Tag, ab dem der Ehemann der Mutter über Umstände von so großer Beweiskraft erfährt, die eine Nichtabstammung des Kindes sehr wahrscheinlich machen.³¹⁵ Für die Beurteilung der Frage, ob die Verdachtsgründe eine Nichtabstammung des Kindes nahelegen, ist auf den Maßstab eines objektiv-verständigen Mannes abzustellen.³¹⁶

Bei dieser Frist handelt es sich um eine materiellrechtliche Ausschlussfrist, die von Amts wegen wahrzunehmen ist und auf die die allgemeinen Regeln über Verjährung nicht anzuwenden ist. Der Fristenlauf startet frühestens mit der Geburt des Kindes. Eine Abstammungsänderung bewirkt, dass die Frist frühestens mit der Wirksamkeit der Änderung beginnt. Gemeint sind in diesem Zusammenhang idR Fälle des § 144 Abs 4 ABGB.³¹⁷

Der Feststellungsantrag ist gemäß § 153 Abs 1 Satz 3 ABGB solange unzulässig, solange die Vaterschaft von einem anderen Mann feststeht. Mit dieser Bestimmung will der Gesetzgeber die Einleitung präventiver Abstammungsverfahren verhindern. Betrachtet man dieses Verbot unter Bedachtnahme auf den § 153 Abs 1 Satz 2 zweiter Fall ABGB, so erscheint die Regelung nicht eindeutig. Demnach ist eine Änderung erst dann möglich, sobald die Vaterschaft auf den Ehemann der Mutter zurückgefallen ist (Änderung der Abstammung). § 153 Abs 2 zweiter Fall ABGB kommt allerdings dann nicht zur Anwendung, wenn der Fristenlauf bereits begonnen hat. Hat die Antragstellungsfrist für den Ehemann der Mutter zu laufen begonnen und wird dann tatsächlich ein Dritter rechtlicher Vater, so kann der Ehemann keinen Antrag mehr stellen. Erst wenn die Vaterschaft des dritten Mannes beseitigt wird und auf den Ehemann der Mutter zurückfällt, läuft die Frist weiter. De facto handelt es sich dabei um eine Hemmung der Antragsfrist, die vom Gesetzgeber jedoch nicht so genannt wurde.³¹⁸

³¹² *Pierer*, Abstammung 243 f.

³¹³ BGBl 304/1978 idF BGBl I 87/2015.

³¹⁴ *Pierer*, Abstammung 244.

³¹⁵ *Zemanek*, Frist für die Antragstellung zur Ehelichkeitsbestreitung, iFamZ (2016) 157 (157).

³¹⁶ *Pierer*, Abstammung 246.

³¹⁷ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 153 (Stand 1.5.2017, rdb.at) Rz 1.

³¹⁸ *Pierer*, Abstammung 245.

§ 153 Abs 2 ABGB zählt taxativ zwei Fälle auf, in denen die Antragsfrist gehemmt wird. Die Frist wird entweder dadurch gehemmt, dass die antragsberechtigte Person nicht mehr eigenberechtigt ist oder dadurch, dass sie innerhalb des letzten Jahres der Frist durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis an der Antragstellung gehindert worden ist.³¹⁹ Von einer Hemmung wird allgemein dann gesprochen, wenn die Frist gar nicht zu laufen beginnt oder in der Zeit, in der ein Hemmungsgrund vorliegt, nicht weiterläuft. Entgegen der weitverbreiteten Meinung, dass die Frist zur Antragstellung einfach weiterläuft, wenn die nicht eigenberechtigte Person einen gesetzlichen Vertreter hat, ist dies nicht der Fall. Somit kann jedes Kind bei vorheriger Kenntnis der Umstände mit Vollendung seines

18. Lebensjahres innerhalb von zwei Jahren einen Antrag gemäß § 151 Abs 1 ABGB stellen. In den Materialien wird dazu angeführt, dass die gesamte zweijährige Frist ab Erlangung der Eigenberechtigung von Neuem zu laufen beginnt. § 153 Abs 2 zweiter Fall ABGB liegt dann vor, wenn ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis vorliegt. Unvorhergesehen ist ein Ereignis, wenn die antragsberechtigte Person den Eintritt unter Bedachtnahme der ihr zuzumutbaren Aufmerksamkeit nicht vorhersehen konnte (subjektiv). Von einem unabwendbaren Ereignis ist die Rede, wenn die Partei den Eintritt selbst dann nicht verhindern konnte, wenn sie ihn bereits voraussah (objektiv). Beispielsweise kann sich die Antragstellung nicht auf die Unkenntnis der Frist berufen.³²⁰

In § 153 Abs 3 ABGB wird vorgeschrieben, dass später als 30 Jahre nach der Geburt des Kindes oder nach der Änderung der Abstammung nur das Kind und sein Rechtsnachfolger (§ 142 ABGB) die Feststellung der Nichtabstammung begehren dürfen. Für den Antrag des Mannes gilt die Frist von 30 Jahren absolut.³²¹

b. Anerkennung

Wird ein Kind unehelich geboren, so steht zwar die Mutter aber nicht der Vater von vornherein fest. Der Erzeuger wird durch ein Anerkenntnis iSd § 144 Abs 1 Z 2 ABGB zum rechtlichen Vater.³²²

Das Anerkenntnis ist ein schnelles und unkompliziertes Verfahren, um den Zustand der Vaterlosigkeit möglichst rasch beseitigen zu können. Mit einem Anerkenntnis geht aber nicht die gleichzeitige Prüfung der biologischen Abstammung einher. Andererseits darf nur der genetische Vater ein Anerkenntnis abgeben und es darf damit vor

³¹⁹ Fischer-Czermak, § 153 ABGB Rz 5.

³²⁰ Pierer, Abstammung 247.

³²¹ Fischer-Czermak, § 153 ABGB Rz 6.

³²² Pierer, Abstammung 248.

allem nicht das Adoptionsrecht umgangen werden. Erlangt die zuständige Behörde von einer solchen Umgehung oder einer fehlenden biologischen Abstammung Kenntnis, so hat sie das Anerkenntnis abzuweisen.³²³

aa. Voraussetzungen:

- Persönliche Erklärung

Ein Anerkenntnis muss immer höchstpersönlich abgegeben werden, deshalb muss auch im Zeitpunkt der Abgabe eines solchen die Einsichts- und Urteilsfähigkeit der betroffenen Person vorliegen. Eine Vertretung ist in dieser Sache nicht möglich. Nicht eigenberechtigte Personen, die jedoch einsichts- und urteilsfähig sind, sind befugt unter der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (§ 141 Abs 1 ABGB) ein Anerkenntnis abzugeben.³²⁴

- Mindestinhalt

In der Zusammenschau der Rechtsunwirksamkeitsgründe, die im § 154 Abs 1 Z 1 ABGB in Bezug auf die Tatbestände der §§ 145 und 147 Abs 2 ABGB angeführt sind, ergibt sich ein Bild darüber, welcher Inhalt für ein Anerkenntnis unbedingt erforderlich ist.³²⁵ Demzufolge liegt ein Anerkenntnis nur dann vor, wenn der Anerkennende ausdrücklich erklärt, Vater bzw. anderer Elternteil des Kindes zu sein. Eine solche persönliche Erklärung des Anerkennenden muss ohne Befristung oder Bedingungen erfolgen, um wirksam werden zu können. Werden diese inhaltlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, so liegt ein sog. Nichtanerkentnis vor. Dieses ist familienrechtlich unbeachtlich und entfaltet keinerlei Bindungswirkungen in Bezug auf die Vaterschaft. Lediglich im Verfahrensrecht kann das Nichtanerkentnis Gegenstand für die Beurteilung einer Vorfrage oder eines negativen Feststellungsprozesses sein.³²⁶

§ 145 Abs 2 ABGB sowie § 81 Abs 2 AußStrG verlangen über die Minimalerfordernisse eines Anerkenntnisses hinaus zusätzliche Inhalte. Nach dem dortigen Gesetzeswortlaut „soll eine genaue Bezeichnung des Anerkennenden, der Mutter und des Kindes, sofern es bereits geboren ist, enthalten sein“.³²⁷

³²³ *Pierer*, Abstammung 248.

³²⁴ *Pierer*, Abstammung 249.

³²⁵ *Pierer*, Abstammung 248.

³²⁶ *Pierer*, Abstammung 248; sowie *Beck*, Kindschaftsrecht² (2013) Rz 29.

³²⁷ *Pierer*, Abstammung 249.

- Form

Die persönliche Erklärung zur Anerkennung der Vaterschaft muss nach § 145 Abs 1 Satz 1 ABGB in der Form einer inländischen öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde abgegeben werden. Die öffentliche Beurkundung eines Anerkenntnisses kann von jedem Standesbeamten, Notar, Kinder- und Jugendhilfeträger, jeder österreichischen Vertretungsbehörde im Ausland sowie dem zuständigen Gericht vorgenommen werden. Zur öffentlichen Beglaubigung von in Privaturkunden erklärten Anerkenntnissen sind Standesbeamte, Bezirksgerichte, Notare, Kinder- und Jugendhilfeträger und österreichische Vertretungsbehörden im Ausland ermächtigt. Werden die gesetzlich vorgesehenen Formvorschriften nicht eingehalten, so ist das Anerkenntnis gemäß § 154 Abs 1 Z 1 lit a ABGB rechtsunwirksam. Solche Mängel sind allerdings behebbar.³²⁸

- Übermittlung an die Personenstandsbehörde

Sofern die persönliche Erklärung nicht vor dem Standesbeamten abgegeben wird, ist die öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde an diesen von Amts wegen weiterzuleiten (§ 68 Abs 1 PStG³²⁹).³³⁰ Für die Entgegennahme und Eintragung des Anerkenntnisses ist gemäß § 68 Abs 3 ABGB diejenige Personenstandsbehörde zuständig, vor der diese Erklärung beurkundet oder beglaubigt wurde. Wurde das Anerkenntnis also nicht vor einem Standesbeamten abgegeben, so liegt die Verantwortung zur Entgegennahme und Eintragung der Urkunde bei der Personenstandsbehörde am Sitz des ordentlichen Gerichts, der Behörde oder der mit öffentlichem Glauben versehenen Person.³³¹ Des Weiteren darf ein Anerkenntnis, welches lediglich als Privaturkunde errichtet und von den zuständigen Stellen beglaubigt wurde, nicht an die Personenstandsbehörde übermittelt werden.³³²

- Zugang

§ 145 Abs 1 Satz 3 ABGB bestimmt, dass das Anerkenntnis erst mit dem Einlangen beim Standesbeamten wirksam wird.³³³ Bis zu diesem Zeitpunkt ist auch das in einer öffentlich beglaubigten Privaturkunde abgegebene Anerkenntnis aufschiebend bedingt und ohne Rechtswirkung.³³⁴

Durch das Einlangen beim Standesbeamten wird das Anerkenntnis formell rechtswirksam und wirkt auf den Zeitpunkt der Erklärung oder gegebenenfalls

³²⁸ *Pierer*, Abstammung 249.

³²⁹ BGBl I 16/2013 idF BGBl I 120/2016.

³³⁰ *Pierer*, Abstammung 249.

³³¹ *Kutscher/Wildpert*, Personenstandsrecht² § 145 ABGB (Stand 1.6.2017, rdb.at).

³³² *Pierer*, Abstammung 250.

³³³ *Pierer*, Abstammung 250.

³³⁴ *Pierer*, Abstammung 250; sowie 5 Ob 208/07k iFamZ 2008/7.

bei vorliegenden Zweifeln auf den Zeitpunkt der Beglaubigung zurück. Das Anerkenntnis wirkt materiell auf den Zeitpunkt der Geburt zurück. Die mit der Vaterschaft verbundenen Pflichten, wie etwa der Unterhalt, wirken somit auf den Geburtszeitpunkt zurück.³³⁵ Welche Person die Urkunde an den Standesbeamten übermittelt und ob der Anerkennende die Übermittlung überhaupt in Auftrag gegeben hat, spielt für die Wirksamkeit des Anerkenntnisses keine Rolle.³³⁶ Das Anerkenntnis kann spätestens bis zu seinem Einlangen bei der Personenstandsbehörde widerrufen werden.³³⁷

- **Keine Befristungen oder Bedingungen**

Grundsätzlich dürfen in Bezug auf das Vaterschaftsanerkenntnis keine Befristungen oder Bedingungen getroffen werden. Lediglich in jenem Fall, der sich aus § 145 Abs 2 ABGB ergibt, ist das Anerkenntnis unter aufschiebender Bedingung möglich. Demnach darf das bereits gezeugte, aber noch nicht geborene Kind anerkannt werden. Das vorgeburtliche Anerkenntnis setzt eine bereits bestehende Schwangerschaft voraus. Nur in dieser Fallkonstellation ist ein Anerkenntnis unter der aufschiebenden Bedingung einer Lebendgeburt möglich.³³⁸

- **Zustimmung des gesetzlichen Vertreters**

Für nicht eigenberechtigte Personen, die allerdings einsichts- und urteilsfähig sind, kann nach § 141 Abs 1 ABGB der gesetzliche Vertreter wirksam zustimmen. Er ist nicht befugt von sich aus selbst zu handeln. Aus § 145 Abs 3 ABGB ergibt sich, dass § 145 Abs 1 und 2 ABGB ebenso auf die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters anzuwenden sind.³³⁹

bb. Vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis

Besteht im Zeitpunkt der Abgabe eines Anerkenntnisses bereits eine Vaterschaft oder Elternschaft, so kann ein solches dennoch wirksam werden, wenn die Voraussetzungen für ein durchbrechendes Vaterschaftsanerkenntnis gemäß dem § 147 ABGB vorliegen. Dieses Rechtsinstitut wurde im Zuge des KindRÄG 2001³⁴⁰ eingeführt. Der Gesetzgeber wollte mit der Einführung dieser Bestimmung das Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft für den Fall vereinfachen, in dem für

³³⁵ *Pierer*, Abstammung 250; sowie *Beck*, Kindschaftsrecht Rz 30.

³³⁶ *Beck*, Kindschaftsrecht Rz 30; sowie 5 Ob 197/03 EvBl 2004/56.

³³⁷ *Pierer*, Abstammung 250.

³³⁸ *Pierer*, Abstammung 250 f; sowie *Kutscher/Wildpert*, Personenstandsrecht² § 145 ABGB (Stand 1.6.2017, rdb.at).

³³⁹ *Pierer*, Abstammung 251.

³⁴⁰ BGBl I 135/2000.

alle Beteiligten eindeutig feststeht, dass das Kind nicht von dem rechtlich existierenden Vater abstammt. Damit nun das schwebend unwirksame vaterschaftsdurchbrechende Anerkenntnis rechtswirksam werden kann, müssen nach § 147 Abs 2 ABGB gegebenenfalls zwei Bedingungen erfüllt sein. Sofern das betroffene Kind eigenberechtigt ist, wird seine alleinige Zustimmung in der Form einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde als ausreichend erachtet. Falls das Kind nicht eigenberechtigt ist, muss zudem die einsichts- und urteilsfähige Mutter den Anerkennenden selbst, also höchstpersönlich, als Vater bezeichnen. Die Bezeichnung, die einer Zustimmung der Mutter in das Anerkenntnis gleichkommt, hat in der gleichen Form zu erfolgen, wie es laut Gesetz für das eigenberechtigte Kind vorgeschrieben wird. In § 147 ABGB wird keine Regelung dafür getroffen, wenn die Mutter bereits verstorben oder nicht einsichts- und urteilsfähig ist. Folgt man einer verfassungskonformen Auslegung des Art 8 EMRK, so ist davon auszugehen, dass die Zustimmung der Mutter für diese beiden Fallkonstellationen entfällt, da es dem genetischen Vater bei bereits bestehender Vaterschaft eines anderen Mannes ansonsten unmöglich ist, seine rechtliche Anerkennung zu bewirken.³⁴¹

§ 147 Abs 4 ABGB bestimmt, dass für die Zustimmung des minderjährigen Kindes der Jugendwohlfahrtsträger gesetzlicher Vertreter ist.³⁴²

Das durchbrechende Anerkenntnis wirkt gemäß § 147 Abs 2 Satz 3 ABGB formell ab dem Zeitpunkt seiner Erklärung und materiell auf die Geburt des Kindes zurück. Der bisherige Vater verliert durch ein erfolgreiches durchbrechendes Vaterschaftsanerkenntnis seinen rechtlichen Status als Vater. Der Mann, der bis dahin als Vater feststand, wird von diesem Status, bei Vorliegen der geforderten Zustimmungen, selbst dann befreit, wenn er der biologische Vater tatsächlich ist. Für diesen in der Praxis eher seltenen Fall steht ihm ein im § 147 Abs 3 ABGB vorgesehenes Widerspruchsrecht zu.³⁴³

cc. Beseitigung eines Anerkenntnisses

Liegen nicht einmal die vom Gesetzgeber vorgesehenen Mindestvoraussetzungen für das Zustandekommen eines Vaterschaftsanerkenntnisses vor, so wird von einem sog. Nichtanerkentnis gesprochen. Dieses ist rechtlich irrelevant. Die

³⁴¹ *Deixler-Hübner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 147 (Stand 1.8.2017, rdb.at) Rz 2, 3; sowie *Pierer*, Abstammung 252 ff.

³⁴² *Deixler-Hübner*, § 147 ABGB Rz 5.

³⁴³ *Deixler-Hübner*, § 147 ABGB Rz 5, 6; sowie *Pierer*, Abstammung 254.

Frage, ob ein Nichtanerkennnis vorliegt, kann in strittigen Fällen in einem gerichtlichen Feststellungsprozess geklärt werden.³⁴⁴

Bereits rechtswirksam gewordene Anerkenntnisse können vom Gericht nur aus einem der im § 154 ABGB taxativ aufgezählten Gründe für rechtsunwirksam erklärt werden. Das Anerkenntnis kann von Amts wegen (§ 154 Abs 1 Z 1 ABGB), durch einen Widerspruch (§ 154 Abs 1 Z 2 ABGB) oder auf Antrag eines Anerkennenden (§ 154 Abs 1 Z 3 ABGB) für rechtsunwirksam erklärt werden. Wird die Rechtsunwirksamkeit gerichtlich tatsächlich festgestellt, so wird das Anerkenntnis ex tunc mit Wirkung gegenüber jedermann beseitigt. Mit der Beseitigung wird der Zustand vor dem Zustandekommen des Vaterschaftsanerkennnisses wiederhergestellt.³⁴⁵

- **Formfehler und Geschäftsfähigkeitsmängel**

Ein Anerkenntnis ist nach § 154 Abs 1 Z 1 lit a ABGB von Amts wegen dann für rechtsunwirksam zu erklären, wenn „das Anerkenntnis oder – im Fall des § 147 Abs 2 – die Zustimmung des Kindes oder die Bezeichnung des Anerkennenden als Vater durch die Mutter nicht den Formvorschriften entspricht“. Ein derartiger Formmangel liegt beispielsweise dann vor, wenn die Erklärung in nicht öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form bei einer Personenstandsbehörde abgegeben worden ist. Weder in § 154 Abs 1 Z 1 lit a ABGB bzw. in § 147 Abs 2 ABGB noch in § 141 Abs 1 ABGB wird eine bestimmte Form für die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorgeschrieben, sodass ein Fehlen einer derartigen Form kein Grund für eine Rechtsunwirksamkeitserklärung sein kann.³⁴⁶ Ein Anerkenntnis, welches an einem Formmangel leidet, kann ohne zeitliche Beschränkung von Amts wegen aufgegriffen werden. Es muss allerdings eine Sanierung des Fehlers wenigstens versucht worden sein.³⁴⁷

Des Weiteren hat das Gericht von Amts wegen gemäß dem § 154 Abs 1 Z 1 lit b ABGB ein Anerkenntnis für rechtsunwirksam zu erklären, wenn „es auf Seiten des Anerkennenden oder – im Fall des § 147 Abs 2 ABGB – des Kindes oder der Mutter an der Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder – beim Anerkennenden oder beim Kind – an der gesetzlichen Vertretung gemangelt hat, es sei denn, der Mangel der gesetzlichen Vertretung ist nachträglich behoben worden oder der Anerkennende hat nach Erreichung der Eigenberechtigung das Anerkenntnis gebilligt“. Für die Beurteilung der Frage, ob ein Mangel tatsächlich vorliegt,

³⁴⁴ *Deixler-Hübner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 154 (Stand 1.8.2017, rdb.at) Rz 1.

³⁴⁵ *Pierer*, Abstammung 255.

³⁴⁶ *Deixler-Hübner*, § 154 ABGB Rz 3.

³⁴⁷ *Pierer*, Abstammung 256.

ist jener Zeitpunkt entscheidend, in dem die Erklärung abgegeben wurde. Der wohl in der Praxis häufigste Fall der mangelnden Einsichts- und Urteilsfähigkeit betrifft Kinder, die auf Grund ihrer Minderjährigkeit nicht eigenberechtigt sind.³⁴⁸ Liegt beim Kind oder beim Anerkennenden ein Mangel in der gesetzlichen Vertretung vor, so kann ein solcher laut dem Gesetz dadurch geheilt werden, wenn der gesetzliche Vertreter die fehlende Vertretungserklärung im Nachhinein erteilt. Die Nachholung einer solchen Erklärung muss vor der gerichtlichen Unwirksamkeitserklärung erfolgen.

- **Widerspruch**

In § 154 Abs 1 Z 2 ABGB wird bestimmt, dass ein Anerkenntnis auch auf Grund eines Widerspruchs für rechtsunwirksam erklärt werden kann. Der Gesetzgeber wollte durch diese Regelung verhindern, dass sich ein Mann in die Vaterrolle drängt, zu dem kein biologisches Abstammungsverhältnis besteht.³⁴⁹ Ein Widerspruch führt dann nicht zur Rechtsunwirksamkeit des Anerkenntnisses, wenn der Anerkennende einen positiven Abstammungsbeweis oder den Nachweis einer qualifizierten Zustimmung in eine künstliche Befruchtung mit einem Spendersamen vorlegen kann.³⁵⁰

Gemäß dem § 146 Abs 1 ABGB besteht eine Widerspruchsmöglichkeit der Mutter oder des Kindes gegen ein Anerkenntnis nach § 145 ABGB. § 147 Abs 3 ABGB sieht vor, dass sowohl die Mutter als auch der Mann, der als Vater feststand, Widerspruch gegen ein durchbrechendes Anerkenntnis iSd § 147 Abs 2 ABGB erheben können. Ein Widerspruch muss nicht begründet werden und ist nach § 108 JN³⁵¹ beim zuständigen Gericht einzubringen oder iSd § 81 AußStrG zu protokollieren.³⁵²

Jene Personen, die zu einem Widerspruch berechtigt sind, müssen diesen laut § 146 Abs 1 ABGB gegen das Anerkenntnis innerhalb von zwei Jahren ab dessen Rechtswirksamkeit bei Gericht erheben. Die Widerspruchsberechtigten sind gemäß § 68 Abs 5 PStG von der zuständigen Personenstandsbehörde von dem Anerkenntnis zu verständigen und über ihr Widerspruchsrecht zu informieren. Im § 146 Abs 2 ABGB wird eine Bestimmung zur Fristenhemmung getroffen, wie sie wortgleich auch im § 153 Abs 2 ABGB zu finden ist. Dieser Regelung zu Folge ist eine Frist ge-

³⁴⁸ *Pierer*, Abstammung 256 f.

³⁴⁹ *Pierer*, Abstammung 258.

³⁵⁰ *Deixler-Hübner*, § 154 ABGB Rz 5.

³⁵¹ RGBI 111/1895 idF BGBl I 130/2017.

³⁵² *Pierer*, Abstammung 258.

hemmt, solange der Widerspruchsberechtigte nicht eigenberechtigt ist oder innerhalb des vergangenen Jahres der Frist auf Grund eines unvorhergesehenen oder unabwendbaren Ereignisses von der Erhebung des Widerspruchs abgehalten wurde.³⁵³

- **Willensmängel und nachträgliche Kenntnis der Nichtabstammung**

Auf Antrag des Anerkennenden oder seiner Rechtsnachfolger (§ 142 ABGB) ist das Anerkenntnis bei Vorliegen einer der Tatbestände iSd § 154 Abs 1 Z 3 lit a oder lit b ABGB für rechtsunwirksam zu erklären.³⁵⁴

In dem im § 154 Abs 1 Z 3 lit b ABGB statuierten Fall, dass der Anerkennende erst nachträglich von der Nichtabstammung erfährt, kann dieser ohnehin nicht der genetische Vater des Kindes sein. Wird allerdings ein Anerkenntnis auf Grund eines Willensmangels (§ 154 Abs 1 Z 3 lit a ABGB) abgegeben, ist dieses selbst dann rechtsunwirksam, wenn der Anerkennende auch in der Realität der biologische Vater ist. Dem genetischen Vater bleibt bei einer derartigen Sachlage lediglich die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft gemäß § 148 ABGB (siehe Unterpunkt VII.C.c.).³⁵⁵

Nach § 154 Abs 1 Z 3 lit b ABGB ist ein Anerkenntnis auf Antrag des Anerkennenden dann für rechtsunwirksam zu erklären, wenn dieser den Beweis erbringt, „dass sein Anerkenntnis durch List, ungerechte und begründete Furcht oder Irrtum darüber veranlasst worden ist, dass das Kind von ihm abstammt oder dass an der Mutter eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit seinem Samen oder mit seiner Zustimmung mit dem Samen eines Dritten vorgenommen wurde“. Irrtum oder List müssen sich darauf beziehen, dass der Anerkennende in den Glauben darüber versetzt wird, dass das Kind von ihm abstammt bzw. eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung vorgenommen wurde. Der Willensmangel muss kausal für die Anerkenntniserklärung gewesen sein.³⁵⁶

Unter List wird gemäß § 870 ABGB eine rechtswidrige Täuschung auf Grund von Vorspiegelung falscher Tatsachen oder der Verhinderung der Kenntnis über die Wahrheit verstanden. Mit den Begriffen ungerechte oder begründete Furcht wird die Beeinflussung des Willens des Anerkennenden durch Drohung beschrieben (§ 870 ABGB).³⁵⁷ Als Gründe für eine Rechtsunwirksamkeitserklärung werden von der Rsp beispielhaft das listige Verhalten der Mutter genannt, die den Anerkennenden in der Vorstellung belässt, dass sie ihn heiraten werde,

³⁵³ *Pierer*, Abstammung 258 f.

³⁵⁴ *Deixler-Hübner*, § 154 ABGB Rz 6.

³⁵⁵ *Pierer*, Abstammung 261.

³⁵⁶ *Deixler-Hübner*, § 154 ABGB Rz 6; sowie *Pierer*, Abstammung 261 f.

³⁵⁷ *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 870 (Stand 1.4.2016, rdb.at) Rz 7; sowie *Pierer*, Abstammung 262.

wenn er ein Vaterschaftsanerkennnis abgibt oder die Drohung der Kindesmutter, die Ehefrau über den Seitensprung ihres Mannes in Kenntnis zu setzen.³⁵⁸ Unter einem Irrtum wird die nicht zutreffende oder mangelnde Fehlvorstellung von einem Sachverhalt verstanden.³⁵⁹ Der Anerkennende geht also in seiner irrümlichen Vorstellung davon aus, dass zwischen ihm und dem Kind ein biologisches Abstammungsverhältnis besteht, welches in der Realität jedoch nicht gegeben ist. Ein weiterer Anwendungsfall ist, dass der Anerkennende in seinem Irrtum davon ausgeht, in eine heterologe Insemination eingewilligt zu haben.³⁶⁰ Laut § 154 Abs 1 Z 3 lit b ABGB hat das Gericht auf Antrag des Anerkennenden das Anerkenntnis für rechtsunwirksam zu erklären, wenn dieser beweist, „dass das Kind nicht von ihm abstammt und er erst nachträglich von Umständen Kenntnis erlangt hat, die für die Nichtabstammung des Kindes sprechen“. Hat der Anerkennende in bewusster Kenntnis darüber nicht der biologische Vater des Kindes zu sein ein unrichtiges Anerkenntnis abgelegt, so ist der Rechtsunwirksamkeitsantrag gemäß § 154 Abs 1 Z 3 lit b ABGB vom Gericht abzuweisen.³⁶¹ Für den Antrag, der sich auf einen Willensmangel (List, Furcht, Irrtum) oder die nachträgliche Kenntnis der Nichtabstammung (§ 154 Abs 1 Z 3 ABGB) stützt, wird im § 154 Abs 2 ABGB eine eigene Frist festgesetzt. Die Frist beträgt zwei Jahre und kann „nach Entdeckung der Täuschung, des Irrtums oder der genannten Umstände oder nach Wegfall der Zwangslage erhoben werden. Die Frist beginnt frühestens mit der Geburt des Kindes“. Bloße Mutmaßungen reichen für das Auslösen der Frist noch nicht aus. Die Verdachtsgründe müssen von einer derartigen Beweiskraft sein, dass sie eine Nichtabstammung des Kindes vom Anerkennenden äußerst wahrscheinlich machen und der Anerkennende davon ausgehen kann, seiner Beweispflicht im weiteren Verfahren nachkommen zu können.³⁶² Die im § 153 Abs 3 ABGB statuierte 30-jährige Frist ist analog auch auf die Rechtsunwirksamkeitserklärung eines Vaterschaftsanerkennnisses gemäß § 154 Abs 1 Z 3 ABGB anzuwenden, da keine sachlich gerechtfertigten Gründe bestehen, die eine Unterschiedlichbehandlung in der Beseitigung einer ehelichen und unehelichen Vaterschaft rechtfertigen würde.³⁶³

³⁵⁸ *Deixler-Hübner*, § 154 ABGB Rz 6; sowie *Pierer*, Abstammung 262.

³⁵⁹ ErlRV 6 BlgNR XII. GP 20; LGZ Wien 42 R 624/03f EFSlg 104.316.

³⁶⁰ *Pierer*, Abstammung 262.

³⁶¹ *Deixler-Hübner*, § 154 ABGB Rz 7.

³⁶² *Deixler-Hübner*, § 154 ABGB Rz 9; sowie *Pierer*, Abstammung 264.

³⁶³ *Deixler-Hübner*, § 154 ABGB Rz 9.

c. Gerichtliche Feststellung der Vaterschaft

Ist das Kind vaterlos, weil die Mutter zum Zeitpunkt der Geburt unverheiratet ist (§ 144 Abs 1 Z 1 ABGB) und kein Mann ein Vaterschaftsanerkennnis abgegeben hat (§ 144 Abs 1 Z 2 ABGB), so besteht nach § 144 Abs 1 Z 3 ABGB die Möglichkeit eine Vaterschaft durch eine gerichtliche Feststellung derer zu erwirken. Der Gesetzgeber legt im § 148 Abs 1 Satz 1 ABGB fest, dass derjenige Mann vom Gericht als Vater festgestellt werden soll, von dem das Kind auch tatsächlich abstammt. Antragslegitimiert sind gemäß § 148 Abs 1 Satz 2 ABGB sowohl das Kind als auch der Mann.³⁶⁴ Vom Mann kann gegen das Kind dieser Antrag nur gestellt werden, wenn das Kind rechtlich vaterlos ist. Das Kind kann hingegen auch bei einer bereits bestehenden Vaterschaft eines anderen Mannes (durch Ehe, Anerkenntnis, gerichtliche Feststellung) den Antrag auf Feststellung der Vaterschaft nach § 150 ABGB einbringen (sog. „Vätertauschverfahren“). Der Mutter kommt laut dem Gesetz im Abstammungsverfahren zwar kein Antragsrecht zu, allerdings wird ihr Parteistellung zuerkannt.³⁶⁵ Wird die Vaterschaft gerichtlich festgestellt, so wirkt diese materiell auf den Zeitpunkt der Geburt zurück.³⁶⁶

aa. Nachweis der Abstammung

Da im § 148 Abs 1 ABGB als Voraussetzung für die gerichtliche Feststellung die tatsächliche genetische Vaterschaft verlangt wird, muss entweder ein positiver Abstammungsbeweis geführt oder sich auf die im Gesetz angeführte Vermutung gestützt werden.³⁶⁷ Vom Antragssteller muss also der Beweis erbracht werden, dass das Kind mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit von ihm abstammt. Auch ein DNA-Test, der wohl am häufigsten als positiver Abstammungsbeweis angeführt wird, kann keine 100-prozentige Wahrscheinlichkeit einer biologischen Vaterschaft liefern, eine solche wird allerdings auch nicht gefordert. Wie bereits zuvor erwähnt, kann nicht nur der vermeintliche Vater, sondern auch das Kind einen Antrag gemäß § 148 Abs 1 ABGB stellen. Ist nicht von vornherein klar, welcher Mann der biologische Vater ist, kann der Antrag auch gegen mehrere in Betracht kommende Männer gleichzeitig gestellt werden.³⁶⁸

In § 148 Abs 2 ABGB wird exklusiv dem Kind die Möglichkeit eingeräumt, sich auf die sog. Beiwohnungsvermutung zu stützen. Darunter ist zu verstehen, dass

³⁶⁴ *Pierer*, Abstammung 264.

³⁶⁵ *Deixler-Hübner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 148 (Stand 1.8.2017, rdb.at) Rz 2.

³⁶⁶ *Pierer*, Abstammung 264.

³⁶⁷ *Deixler-Hübner*, § 148 ABGB Rz 3; sowie *Pierer*, Abstammung 264.

³⁶⁸ *Pierer*, Abstammung 264 f.

auf Antrag des Kindes derjenige Mann als Vater vom Gericht festgestellt werden kann, der der Mutter des Kindes innerhalb von nicht mehr als 300 Tagen und nicht weniger als 180 Tagen beigewohnt hat oder mit dessen Sperma eine künstliche Befruchtung bei der Mutter durchgeführt wurde. Konnte das Kind die Beiwohnung innerhalb des im Gesetz vorgesehenen Zeitraumes beweisen, obliegt es dem nunmehr als Vater gerichtlich festgestellten Mann den Gegenbeweis in der Form eines positiven Abstammungsnachweises zu führen.³⁶⁹ Der Gesetzgeber sieht die im § 148 Abs 2 ABGB angeführte Möglichkeit durch eine Zeugungsvermutung die Vaterschaft festzustellen lediglich als subsidiär an. Nur dann, wenn eine genetische Abstammungsuntersuchung nicht möglich ist – der mutmaßliche Vater will sich etwa keiner Abstammungsuntersuchung unterziehen – soll auf die Beiwohnungsvermutung zurückgegriffen werden.³⁷⁰

§ 148 Abs 2 Satz 2 ABGB bestimmt, dass die Feststellung der Vaterschaft auf Grund der Beiwohnungsvermutung (§ 148 Abs 2 Satz 1 ABGB) nur innerhalb von zwei Jahren nach dem Tod des Mannes möglich ist. Eine Ausnahme besteht dafür, dass dem Kind ein positiver Abstammungsbeweis nach § 148 Abs 1 ABGB aus Gründen, die auf Seiten des Mannes liegen, unmöglich war. Die Feststellung der Vaterschaft durch den Nachweis der Beiwohnungsvermutung ist in einem solchen Fall ohne zeitliche Befristung möglich.³⁷¹ Der positive Abstammungsbeweis (§ 148 Abs 1 ABGB) ist grundsätzlich ohne zusätzliche Bedingungen und Befristungen möglich.³⁷²

bb. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung

In Bezug auf den positiven Abstammungsbeweis wird vom Gesetzgeber kein Unterschied gemacht, ob das Kind von der Mutter auf natürlichem oder künstlichem Wege auf die Welt gebracht wurde. Will sich das Kind zur Klärung der Vaterschaft auf die Beiwohnungsvermutung berufen, so kommt für die Feststellung gemäß § 148 Abs 2 erster Satz ABGB auch die Vornahme einer muF mit dem Samen des möglichen Kindsvaters innerhalb des gesetzlich vorgegebenen Zeitraumes in Frage.³⁷³

§ 148 Abs 3 ABGB schafft eine Regelung zur Vaterschaftsfeststellung für den Fall, dass eine heterologe medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt wurde. An der Mutter wird also eine muF mit dem Samen eines Drittspenders

³⁶⁹ *Deixler-Hübner*, § 148 ABGB Rz 3; sowie *Pierer*, Abstammung 265.

³⁷⁰ ErlRV 471 BlgNR XXII. GP 22.

³⁷¹ *Deixler-Hübner*, § 148 ABGB Rz 5; sowie ErlRV 471 BlgNR XXII. GP 22.

³⁷² ErlRV 471 BlgNR XXII. GP 22.

³⁷³ *Pierer*, Abstammung 267.

vorgenommen. Vater des auf diese Weise gezeugten Kindes ist nun derjenige, der innerhalb des kritischen Zeitraumes („nicht mehr als 300 Tage und nicht weniger als 180 Tage vor der Geburt“) in die muF in qualifizierter Form eines Notariatsaktes oder gerichtlichen Protokolls zugestimmt hat. Der Putativvater kann die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft lediglich dadurch verhindern, indem er beweist, dass das Kind nicht durch diese muF gezeugt wurde. Da der Putativvater in § 148 Abs 3 ABGB nicht zugleich auch der biologische Vater sein kann, stehen ihm Anträge nach § 148 Abs 1 und Abs 2 ABGB (positiver Abstammungsbeweis und Vaterschaftsvermutung durch Beiwohnung) nicht zur Verfügung.³⁷⁴ In § 148 Abs 4 ABGB wird festgelegt, dass der Samenspender nicht als Vater des durch eine muF gezeugten Kindes festgestellt werden kann. „Dritter“ iSd § 148 Abs 4 zweiter Satz ABGB ist derjenige, der „seinen Samen einer für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen zugelassenen Krankenanstalt mit dem Willen überlässt, nicht selbst als Vater eines mit diesem Samen gezeugten Kindes festgestellt zu werden“. Werden diese Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt, so kann es sich bei ihm nicht um einen „Dritten“ iSd der Legaldefinition nach § 148 Abs 4 zweiter Satz ABGB handeln und er kann vom Gericht als Vater festgestellt werden. Ein Mann, der beispielsweise seinen Samen direkt ohne Zwischenschaltung einer Krankenanstalt, den Wunscheltern zur Verfügung stellt (private Insemination), könnte also als Vater festgestellt werden. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Bestimmung die Qualität der muF sichern und allfällige Schutzbehauptungen der Putativväter verhindern. Eine solche Schutzbehauptung wäre es, wenn der genetische Vater die Behauptung aufstellt, nicht als rechtlicher Vater festgestellt werden zu können, weil er sein Sperma der Wunschmutter für eine private Insemination überlassen hat.³⁷⁵

cc. Vätერთაუშ

In § 150 ABGB wird nur dem Kind und dessen gesetzlichem Vertreter sowie Rechtsnachfolger³⁷⁶ die Möglichkeit eingeräumt die Feststellung seiner Abstammung zu beantragen, auch wenn die Vaterschaft eines anderen Mannes bereits feststeht. Durch die Regelung des § 150 ABGB wird dem Kind die vorherige Beseitigung der bestehenden Vaterschaft in einem gesonderten Verfahren erspart. Somit kann der bis dato rechtliche Vater im Zuge eines Verfahrens durch den

³⁷⁴ *Pierer*, Abstammung 267 f; sowie ErlRV 471 BlgNR XXII. GP 22.

³⁷⁵ *Pierer*, Abstammung 267 f; sowie ErlRV 471 BlgNR XXII. GP 22; sowie *Deixler-Hübner*, § 148

ABGB Rz 7.

³⁷⁶ Siehe §§ 141 und 142 ABGB.

biologischen Vater ausgetauscht werden.³⁷⁷ Der Gesetzgeber will durch die Schaffung dieses Instituts dem Kind die Möglichkeit geben, auf unkomplizierte Weise Kenntnis über die eigene Abstammung zu erlangen. Von dem Vätertausch sind alle Arten der juristisch begründeten Vaterschaft (Vaterschaft kraft Ehe, An-erkenntnis, gerichtliche Feststellung) umfasst.³⁷⁸

Dem vermeintlichen biologischen Vater kommt kein Antragsrecht zu. Der öster-reichische Gesetzgeber argumentiert diesbezüglich mit dem Kindeswohl und will eine in sich funktionierende, soziale Familie durch diese Bestimmung schützen. In einem Verfahren nach § 150 ABGB kommt neben dem Kind, der Mutter und dem Antragsgegner auch dem Mann, der bereits als Vater feststand, Parteistel-lung zu. Das Kind kann sich in einem Vätertauschverfahren sowohl auf einen positiven Abstammungsbeweis (§ 148 Abs 1 ABGB) als auch auf die Zeugungs-vermutung (§ 148 Abs 2 ABGB) stützen. Wählt das Kind für den Vaterschafts-nachweis die Beiwohnungsvermutung, so wird dieser dann nicht ausreichend sein, wenn der Gilt-Vater bereits durch einen positiven Abstammungsbeweis als Vater festgestellt wurde.³⁷⁹

Kommt das Gericht zu dem Schluss, dass das Kind vom Antragsgegner ab-stammt, hat es zugleich in demselben Beschluss auszusprechen, dass es nicht vom Gilt-Vater abstammt. Eine derartige Abstammungsfeststellung wirkt automa-tisch auf den Geburtszeitpunkt des Kindes zurück.³⁸⁰

dd. Beseitigung der gerichtlichen Feststellung

Die gerichtlich festgestellte Vaterschaft kann mit einem durchbrechenden Vater-schaftsanerkenntnis gemäß § 147 Abs 2 ABGB beseitigt werden (siehe Unter-punkt VII.C.b.bb.), wobei dem Gilt-Vater in § 147 Abs 3 ABGB ein diesbezügli-ches Widerspruchsrecht eingeräumt wird.³⁸¹

Des Weiteren kann eine gerichtlich festgestellte Vaterschaft prozessrechtlich im Wege eines Abänderungsantrages nach §§ 72 ff AußStrG mit der Wirkung ex tunc beseitigt werden. Als mögliche Gründe für einen solchen Antrag werden im § 73 AußStrG ua eine mangelnde Vertretung im vorangegangenen Verfahren oder das Hervorkommen neuer Beweise angeführt. Antragsbefugt sind jene Per-sonen, die im vorangegangenen Verfahren Rechtsmittel erheben durften.³⁸²

³⁷⁷ *Pierer*, Abstammung 269.

³⁷⁸ *Deixler-Hübner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 150 (Stand 1.8.2017, rdb.at) Rz 1.

³⁷⁹ *Deixler-Hübner*, § 150 ABGB Rz 2, 3.

³⁸⁰ *Deixler-Hübner*, § 150 ABGB Rz 4; sowie *Pierer*, Abstammung 269.

³⁸¹ *Pierer*, Abstammung 270.

³⁸² *Pierer*, Abstammung 270.

D. Pflicht zur Abstammungsfeststellung

§ 149 Abs 1 ABGB legt fest, dass der gesetzliche Vertreter zur Feststellung der Vaterschaft verpflichtet ist. Die gesetzliche Vertretung wird wohl in den überwiegenden Fällen der unehelichen Mutter obliegen. Im jeweils zu beurteilenden Einzelfall ist aber auch eine gesetzliche Vertretung durch den Vater, die Großeltern, die Pflegeeltern oder eine andere mit der gesetzlichen Obsorge betrauten Person – zu denken ist hierbei vor allem an den Kinder- und Jugendhilfeträger (KJHT) – vorstellbar.³⁸³

Der gesetzliche Vertreter des Kindes hat für die Vaterschaftsfeststellung im Einzelfall die jeweils sachgerechte Vorgangsweise zu wählen. Zuallererst ist wohl idR ein freiwilliges Anerkenntnis nach § 145 ABGB anzustreben und erst im subsidiären Weg ist eine gerichtliche Feststellung der Vaterschaft gemäß § 148 ABGB zu beantragen.³⁸⁴

Die Verpflichtung des gesetzlichen Vertreters zur Abstammungsfeststellung unterliegt zwei gesetzlichen Einschränkungen. Zum einen darf eine solche Feststellung nach § 149 Abs 1 ABGB nicht dem Kindeswohl zuwiderlaufen und zum anderen wird der Mutter nach der österreichischen Gesetzeslage ein Schweigerecht in Bezug auf die Identität des Vaters zugestanden.³⁸⁵

Für die Beurteilung, ob die Feststellung der Vaterschaft für das Kindeswohl nachteilig ist, muss der gesetzliche Vertreter den Ist-Zustand mit jenem Zustand nach der Vaterschaftsfeststellung vergleichen. Das Augenmerk ist dabei insbesondere auf die wirtschaftlichen, sozialen und psychischen Auswirkungen auf das Kind zu legen.³⁸⁶ Eine Vaterschaftsfeststellung wäre für das Wohl des Kindes etwa dann schädlich, wenn der Nachwuchs aus einer blutschänderischen Verbindung oder einer Vergewaltigung stammt. Des Weiteren wird angenommen, dass das Kindeswohl auch dann beeinträchtigt sein wird, wenn der biologische Vater des Kindes an einer derart schweren Geisteskrankheit leidet, sodass ein unbelastetes sowie kindeswohlgerechtes Verhältnis zwischen den beiden unwahrscheinlich ist.³⁸⁷

Das Schweigerecht der Mutter ist nach hA höchstpersönlich und kann auch nicht durch eine vertragliche Übereinkunft eingeschränkt werden. Sinn und Zweck hinter dieser Bestimmung ist der Schutz der Intimsphäre der Mutter. Historisch betrachtet liegt der Grund für das Schweigerecht der Mutter in der rechtlichen sowie gesellschaftlichen Schlechter-

³⁸³ *Deixler-Hübner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 149 (Stand 1.8.2017, rdb.at) Rz 1.

³⁸⁴ *Schwimann*, § 163a ABGB, in Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB: samt Nebengesetzen² (1997) Rz 2.

³⁸⁵ *Maier*, Die Mutter zwischen Schweigerecht und Auskunftspflicht über den Vater, EF-Z (2017), 7 (8).

³⁸⁶ *Pierer*, Abstammung 235.

³⁸⁷ *Pichler*, § 163a ABGB, in Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch² (1990) Rz 2; sowie *Schwimann*, § 163a ABGB Rz 3.

behandlung unehelicher Kinder und ihrer Mütter. Die gesetzliche Erlaubnis zum Schweigen der Mutter über die Identität des Kindsvaters sollte dazu beitragen, diese von Verzweiflungstaten wie den Kindsmord oder die Abtreibung ungeborenen Lebens abzuhalten.³⁸⁸

Hat die Mutter jedoch einmal die Identität des Vaters bekannt gegeben, so verliert sie ihr Schweigerecht. Sie kann sich in einem solchen Fall nicht auf einen Willensmangel berufen, da es sich um eine Wissenserklärung handelt. Bei einer Vernehmung über den Vater muss sie nunmehr Auskunft über diesen geben.³⁸⁹

Schweigt die Mutter über den Vater, so darf ihr deswegen nicht die Obsorge entzogen werden. Ihr Handeln ist rechtlich geschützt. Auch ein Schadenersatzanspruch des Kindes gegen die Mutter, weil diesem etwa der väterliche Unterhalt oder das väterliche Erbe durch das Schweigen der Mutter entgeht, ist wegen mangelnder Rechtswidrigkeit ausgeschlossen. Eine Ausnahme davon ist lediglich für den Fall des § 1295 Abs 2 ABGB vorgesehen.³⁹⁰

Wie bereits zuvor erwähnt ist die Mutter in der überwiegenden Zahl der Fälle auch die gesetzliche Vertreterin des Kindes. Macht die Mutter nun mit ihrer rechtlichen Stellung als gesetzliche Vertreterin von ihrem Recht, den Namen des Vaters geheim zu halten, Gebrauch, so entfällt damit zugleich auch die Verpflichtung zur Abstammungsfeststellung. Lediglich wenn eine andere Person als die Mutter zur gesetzlichen Vertretung des Kindes befugt ist, kann die Vaterschaftsfeststellung selbst dann angestrebt werden, wenn die Mutter weiterhin die Identität des Vaters verschweigt. Keinesfalls darf durch ein solches Vorgehen das Kindeswohl verletzt werden.³⁹¹

Gemäß § 149 Abs 2 ABGB hat der Kinder- und Jugendhilfeträger die Mutter darüber aufzuklären, welche Folgen es hat, wenn die Vaterschaft nicht festgestellt wird. Gegebenenfalls kann im Interesse des Kindes der Mutter, die auch gesetzliche Vertreterin ist, die Obsorge für diesen Teilbereich entzogen werden.³⁹²

a. Kritische Betrachtung des Schweigerechts

Immer wieder wird an dem im § 149 Abs 1 ABGB statuierten Schweigerecht Kritik laut. Die Mutter ist die einzige Person, außer im Fall einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung, die eine definitive Auskunft über den Erzeuger geben kann. Nach der derzeit bereits zuvor geschilderten Rechtslage ist die Mutter ermächtigt ohne Vorliegen eines gewichtigen Grundes den Namen des Vaters oder der möglichen Väter für

³⁸⁸ *Maier*, EF-Z (2017), 8.

³⁸⁹ *Stefula*, § 163a, in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB begründet von Heinrich Klang³ (Wien 2008).

³⁹⁰ *Stefula*, § 163a Rz 14.

³⁹¹ *Maier*, EF-Z (2017), 8.

³⁹² *Deixler-Hübner*, § 149 ABGB Rz 2.

sich zu behalten. Mit dieser pauschal gefassten Bestimmung wird nicht auf die verschiedenen Umstände im Einzelfall eingegangen und in die Rechte der anderen Beteiligten in erheblichen Maß eingegriffen. Durch die mangelnde Kenntnis über den Vater fehlt dem Kind auch die Person gegen die es familien- und erbrechtliche Ansprüche geltend machen kann.³⁹³

Häufig wird auch ein Widerspruch in der Wertung des § 20 FMedG im Verhältnis zum § 149 Abs 1 ABGB gesehen. § 20 FMedG legt fest, dass ein Kind, welches durch Zuhilfenahme von Eizell- oder Samenspende gezeugt wird, mit der Vollendung des 14. Lebensjahres einen Anspruch auf Auskunft über seine genetische Herkunft hat. Allerdings ist hierbei zu beachten, dass der Anspruch nicht gegenüber den rechtlichen Eltern, sondern gegenüber Dritten zusteht, in deren Intimsphäre durch die Auskunftserteilung nicht eingegriffen wird. Außerdem besteht keine Verpflichtung der rechtlichen Eltern die Kinder über die Umstände ihrer Zeugung aufzuklären. Eine staatliche Einmischung in diesem Bereich wird auf Grund der Familienautonomie ausgeschlossen.³⁹⁴

b. Grundrechte und das Schweigerecht

Mit der Entscheidung des BVerfG vom 10.1.1989³⁹⁵ wurde das Recht auf Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung in Deutschland ausdrücklich anerkannt. Die Rsp und Lehre in Österreich verhält sich diesbezüglich zurückhaltend.³⁹⁶ Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung wird durch das Recht der Mutter über den Vater schweigen zu dürfen verletzt und greift in die Persönlichkeitsrechte des Kindes ein. In Österreich wird dieses Recht verfassungsrechtlich den Art 8 EMRK und Art 7 EU-GRC, Schutz des Familien- und Privatlebens, zugerechnet.³⁹⁷

Dem Kind steht zwar nach Art 8 EMRK ein Grundrecht auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung zu, dieses kollidiert jedoch im Zusammenhang mit dem im § 149 Abs 1 ABGB statuierten Schweigerecht der Mutter mit deren Grundrecht auf Schutz ihres Privatlebens. Insbesondere Themenbereiche, welche die Geschlechtssphäre betreffen, gehören zu einem Kerngebiet des Privatlebens. Die Entscheidung darüber, ob das Recht des Kindes oder der Mutter gewichtiger ist, kommt dem einfachen Gesetzgeber zu. Dieser gibt dem Recht der Mutter den Vorzug. Der Anspruch des Kindes

³⁹³ *Maier*, EF-Z (2017), 9.

³⁹⁴ *Maier*, EF-Z (2017), 9.

³⁹⁵ 1 BvL 17/87.

³⁹⁶ Mokrejs, Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung - kein Mindestalter für die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs des durch heterologe Insemination gezeugten Kindes, iFamZ (2015), 165 (166).

³⁹⁷ *Maier*, EF-Z (2017), 10.

auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung richtet sich außerdem gegen den Staat und nicht gegen eine Privatperson.³⁹⁸

Nach dem Völkerrecht verstößt § 149 Abs 1 ABGB gegen den Art 7 UN-Kinderrechtskonvention (KRK), der vorsieht, dass ein Kind soweit möglich das Recht hat, seine Eltern kennen zu lernen. Dieser Norm folgend wäre Österreich dazu angehalten, für die Verwirklichung dieses Rechts im Einklang mit dem innerstaatlichen Recht und seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen Sorge zu tragen. Die Kinderrechtskonvention ist allerdings nicht unmittelbar anzuwenden, da sie unter einem Erfüllungsvorbehalt nach Art 50 Abs 2 B-VG steht, und hat somit auf die Zivilrechtslage in Österreich keinen Einfluss.³⁹⁹

E. Verfahrensrechtliche Regelungen

In den §§ 82 ff AußStrG werden besondere Verfahrensbestimmungen in Bezug auf das Abstammungsverfahren getroffen. Das Abstammungsverfahren kann grundsätzlich nur auf Antrag (§ 82 Abs 1 AußStrG) eingeleitet werden.⁴⁰⁰ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht etwa für bestimmte Fälle der Unwirksamklärung eines Vaterschaftsanerkennnisses, die dann amtswegig zu erfolgen hat. Gedacht wird hier an ein Anerkenntnis bzw. vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis bei dem die Zustimmung des Kindes oder die Bezeichnung des Anerkennenden als Vater durch die Mutter nicht den gesetzlich vorgegebenen Formvorschriften entspricht sowie an Mängel in der Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder der gesetzlichen Vertretung.⁴⁰¹

Parteistellung in einem derartigen Verfahren kommen dem Kind, derjenigen Person, deren Abstammungsverhältnis im Verfahren begründet, beseitigt oder wiederum begründet werden soll, oder deren Rechtsnachfolger iSd § 142 ABGB sowie dem anderen Elternteil, sofern er am Leben und einsichts- und urteilsfähig ist, zu. Laufen mehrere Abstammungsverfahren eines Kindes gleichzeitig, so sind diese möglichst miteinander zu verbinden und mit einer Entscheidung zu beenden (§ 84 Abs 1 AußStrG).⁴⁰²

In abstammungsrechtlichen Verfahren fordert der Gesetzgeber, dass die Beweise, die für einen Vaterschaftsnachweis vorgelegt werden, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gegeben sind. IdR wird ein solches Beweismaß mit einem DNA-Test (mögliche Wahrscheinlichkeit bis zu 99,9999 %) erreicht.⁴⁰³

³⁹⁸ *Stefula*, § 163a Rz 15.

³⁹⁹ *Stefula*, § 163a Rz 16.

⁴⁰⁰ *Pierer*, Abstammung 271.

⁴⁰¹ *Spitzer* in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 82 (Stand 1.11.2013, rdb.at) Rz 1.

⁴⁰² *Pierer*, Abstammung 271.

⁴⁰³ *Pierer*, Abstammung 271.

Alle Person, die zur Aufklärung des Sachverhalts beitragen können, trifft im Rahmen des Verfahrens gemäß § 85 Abs 1 AußStrG eine Mitwirkungspflicht (Gewebe- und Blutproben, Körperflüssigkeiten). Nach § 85 Abs 4 AußStrG soll die Exhumierung in Anbetracht des postmortalen Schutzes von Persönlichkeitsrechten nur bei einem ausreichend begründeten Verdacht als letztes probates Mittel zulässig sein.⁴⁰⁴

Für die Kostentragung im Abstammungsverfahren ist im § 78 AußStrG eine Grundregel geschaffen worden, die vorsieht, dass der obsiegenden Partei dem Erfolgsprinzip entsprechend die notwendigen Rechtsverfolgungskosten ersetzt werden. Eine Ausnahme von diesem allgemeinen Prinzip sieht der § 83 Abs 4 AußStrG vor. Nach dem dortigen Gesetzeswortlaut sind in Abstammungsverfahren minderjährige Kinder betreffend die Kosten nicht zu ersetzen.⁴⁰⁵

F. „Anderer Elternteil“

Eine der großen Veränderungen, die das FMedRÄG 2015 mit sich brachten, ist, dass nun auch gleichgeschlechtlichen Frauenpaaren, die in einer eingetragenen Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft miteinander leben, der Zugang zu einer muF nicht mehr verwehrt wird. Im Zusammenhang damit stellt sich nun die Frage nach der rechtlichen Stellung der Frau, die das Kind nicht geboren hat und somit nicht die Mutter im Rechtssinne nach § 143 ABGB sein kann. Der Gesetzgeber hat sich dieser Frage im Abstammungsrecht in den §§ 144 ff ABGB gewidmet und lehnt sich diesbezüglich an die Bestimmungen zur Vaterschaft an.⁴⁰⁶

Jene Frau, die neben der Mutter Elternteil des Kindes ist, soll als „anderer Elternteil“ oder „Elternteil“ bezeichnet werden. Begriffe wie „Co-Mutter“ bzw. „Mitmutter“ sollen vermieden werden, um so gedankliche Verbindung zur Mutterschaft zu vermeiden. Für die Begründung einer derartigen Elternschaft wird nach § 144 Abs 2 ABGB verlangt, dass „an der Mutter innerhalb von nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt worden“ ist. Wird eine muF an der Mutter innerhalb des gesetzlich vorgegebenen Zeitraumes tatsächlich vorgenommen, so gibt es gemäß § 144 Abs 2 Z 1 bis 3 ABGB drei verschiedene Möglichkeiten unter denen die andere Frau neben der Mutter ihre Elternschaft begründen kann:

Z 1: durch eingetragene Partnerschaft im Zeitpunkt der Geburt bzw. wenn die eingetragene Partnerin nicht früher als 300 Tage vor der Geburt verstorben ist;

⁴⁰⁴ *Pierer*, Abstammung 271.

⁴⁰⁵ *Spitzer*, § 83 AußStrG Rz 18, 19.

⁴⁰⁶ *Ferrari*, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung und Elternschaft zweier Frauen, in Barth/Erlebach (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 95 (96).

Z 2: durch Anerkenntnis der Elternschaft oder

Z 3: durch gerichtliche Feststellung der Elternschaft.⁴⁰⁷

Hat eine Frau ihre Elternschaft auf eine dieser vom Gesetz vorgegebenen Weisen begründet, so sind die auf den Vater oder die Vaterschaft Bezug nehmenden Regelungen im ABGB und in anderen bundesgesetzlichen Vorschriften auf diese anzuwenden (§ 144 Abs 3 ABGB). In § 144 Abs 3 zweiter Satz ABGB wird zudem vorgesehen, dass auf diese Frau als anderer Elternteil auch die Vorschriften über die Rechte zwischen Eltern und Kindern und zwischen den Eltern untereinander anzuwenden sind.⁴⁰⁸

Die Bestimmungen zur Elternschaft einer anderen Frau sind also zum größten Teil der Vaterschaft iSd § 144 Abs 1 ABGB nachgebildet und deshalb sei nun an dieser Stelle an die obigen Ausführungen zur Vaterschaft (siehe Unterpunkt VII.C.) verwiesen. Der einzige Unterschied besteht darin, dass die Bestimmungen zur Elternschaft nur dann anzuwenden sind, wenn eine muF durchgeführt wurde. Für den Fall, dass eine Frau während einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft zu einer anderen Frau auf natürlichem Wege schwanger wird, so ist nicht § 144 Abs 2 ABGB, sondern § 145 Abs 1 ABGB die maßgebende Norm. Dies lässt sich schon aus § 145 Abs 1 zweiter Satz ABGB schließen, in dem für das Anerkenntnis der Elternschaft ein Nachweis über die an der Mutter durchgeführte muF gefordert wird.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ Ferrari, Fortpflanzung 97.

⁴⁰⁸ Ferrari, Fortpflanzung 97.

⁴⁰⁹ Pierer, Abstammung 270 f.

Zusammenfassung

Mit dem ersten am 5.8.1982 mit Hilfe künstlicher Befruchtung gezeugten Kind begann in Österreich eine hitzige Diskussion über die gesetzliche Regelung der Fortpflanzungsmedizin. Daraufhin folgte eine fast zehnjährige Phase, in der hierfür eingesetzte Kommissionen und Arbeitsgruppen darüber berieten, wie eine Normierung der Fortpflanzungsmedizin aufgebaut sein soll. Am Schluss dieser Verhandlungen trat am 1.7.1992 das FMedG in Kraft. Nach der Schaffung des FMedG 1992 kam es lange Zeit zu keiner tiefgreifenden Novellierung des FMedG. Erst ein Erkenntnis des VfGH aus dem Jahr 2013, das die Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses von Frauenpaaren von einer muF mittels Samenspende feststellte, brachte den entscheidenden Anstoß für eine umfassende Änderung. Das FMedRÄG 2015 führte zu einer Liberalisierung des Fortpflanzungsmedizingesetzes, die sich vor allem in der Einbeziehung gleichgeschlechtlicher Frauenpaare und der nunmehrigen Zulässigkeit der Präimplantationsdiagnostik (PID) sowie der Eizell- und Samenspende zeigt. Homosexuelle Paare werden immer noch von der medizinisch unterstützten Fortpflanzung ausgeschlossen. Der Grund dafür liegt darin, dass die einzige Methode, mit deren Hilfe gleichgeschlechtliche Männerpaare Kinder bekommen können, die Leihmutterschaft ist und diese in Österreich verboten ist. Neben der Leihmutterschaft bleiben mit dem FMedRÄG 2015 auch andere bereits bestehende Verbote (Social egg freezing, Embryonenspende, Gewinnung von embryonalen Stammzellen zu Forschungszwecken) aufrecht.

In § 2 FMedG werden die Umstände angeführt, die vorliegen müssen, damit eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung tatsächlich durchgeführt werden darf. Demnach ist eine muF „nur in einer Ehe, in einer eingetragenen Partnerschaft oder in einer Lebensgemeinschaft zulässig“ (§ 2 Abs 1 FMedG). Der Abs 2 des § 2 FMedG sieht zudem zusätzlich für die Zulässigkeit einer muF vor, dass alle anderen möglichen, dem Ehegatten oder Lebensgefährten zumutbaren Behandlungen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft auf natürlichem Weg erfolglos gewesen oder aussichtslos sind oder (Z 1) die ernsthafte Gefahr der Übertragung einer schweren Infektionskrankheit besteht oder (Z 2) eine Schwangerschaft bei einer Frau herbeigeführt werden soll, die mit einer anderen Frau eine eingetragene Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft führt oder (Z 3) sie zum Zwecke einer PID vorgenommen werden soll (Z 4). In § 2 Abs 3 FMedG wird außerdem eine nach dem Gesetzeswortlaut vorzunehmende Abwägung hinsichtlich verschiedener zur Auswahl stehender Techniken getroffen. Bei mehreren aussichtsreichen Methoden, die nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung zur Verfügung stehen, ist diejenige auszuwählen, die mit weniger hohem gesundheitlichen Risiko

für die betroffenen Personen verbunden ist und bei der eine geringere Anzahl entwicklungsfähiger Zellen entsteht.

Gemäß der Vorrangregel des § 3 FMedG darf eine muF nur dann mit dem Samen oder den Eizellen einer dritten Person durchgeführt werden, wenn der Ehegatte bzw. Lebensgefährte fortpflanzungsunfähig ist oder diese in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft zweier Frauen vorgenommen werden soll (§ 3 Abs 2 FMedG). Für die Herbeiführung einer Schwangerschaft durch die Verwendung von Eizellen einer dritten Person muss die Wunschmutter zwei Voraussetzungen erfüllen. Sie muss fortpflanzungsunfähig sein und darf das 45. Lebensjahr im Zeitpunkt des Behandlungsbeginns noch nicht vollendet haben (§ 3 Abs 3 FMedG).

In den §§ 4 bis 8 FMedG werden die formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen aufgezählt, die bei der Durchführung einer muF nach dem Willen des Gesetzgebers vorliegen müssen. Neben den persönlichen und räumlichen Befugnissen, die zur Vornahme einer muF vorliegen müssen, muss zudem eine ärztliche, psychologische und rechtliche Beratung im Vorfeld der Behandlung erfolgen. Des Weiteren darf eine muF nur dann vorgenommen werden, wenn der Ehegatte, eingetragene Partner oder Lebensgefährte seine Zustimmung dazu erteilt. Für den Fall, dass die Eizellen oder der Samen einer dritten Person für die Durchführung einer muF verwendet werden, muss die Zustimmung in der Form eines Notariatsaktes erfolgen.

Eine besondere Bedeutung für das durch künstliche Befruchtung mittels Samen- oder Eizellspende gezeugte Kind hat der § 20 Abs 2 FMedG. In diesem wird vorgeschrieben, dass dem Kind mit der Vollendung des 14. Lebensjahres das Recht zukommt Einsicht in die Aufzeichnungen und Auskunft über die Identität des Spenders zu erlangen.

Das Abstammungsrecht begründet ein rechtliches Band zwischen Eltern und Kindern, aus dem zahlreiche wechselseitige Rechte und Pflichten resultieren. Jedem Kind sollen zwei rechtliche Elternteile zugewiesen werden, wobei es sich mit der Öffnung des Fortpflanzungsmedizinrechts für Frauenpaare nicht mehr zwingend nur um Vater und Mutter handeln muss.

Im Bereich des Familienrechts kommt es wegen der großen gesellschaftlichen Interessen und des ständigen Wandels der ideologischen Vorstellungen in den Köpfen der Menschen häufig zu Änderungen und davon ist auch das Abstammungsrecht betroffen. Im Zuge der Änderung des Kindschaftsrechts 2013 wurde auch das Abstammungsrecht in den §§ 140 bis 154 ABGB neu zusammengefasst und ist nun im zweiten Hauptstück des ABGB zu finden. Eine größere inhaltliche Veränderung erfuhr das Abstammungsrecht durch das FamErbRÄG 2004. Zeitgleich zur Änderung des Familien- und Erbrechts wurde auch das AußStrG in Geltung gesetzt. Alle verfahrensrechtlichen Regelungen betreffend das Abstammungsrecht sind nun dort zu finden.

Da das Kind wegen des ständigen Fortschritts im Bereich der Fortpflanzungsmedizin nicht mehr zwingend mit der Frau, die es austrägt, genetisch verwandt sein muss, hat der Gesetzgeber in seinem § 143 ABGB eine ausdrückliche Regelung geschaffen. Demnach ist jene Frau die Mutter im Rechtssinne, die das Kind auf die Welt bringt.

So eindeutig wie die gesetzliche Bestimmung bezüglich der Begründung der Abstammung von der Mutter ist die betreffend die VaterschaftsAbstammung nicht.

§ 144 ABGB listet in seinem Abs 1 die drei möglichen Varianten auf, die eine Vaterschaft begründen können. Nach § 144 Abs 1 Z 1 ABGB ist jener Mann der Vater des Kindes, der im Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist oder nicht früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes als Ehemann der Mutter verstorben ist. Die Begründung der Vaterschaft kraft Ehe stellt den einzigen Tatbestand dar, bei dem der Mann ohne zusätzlichen Akt allein von Gesetzes wegen der rechtliche Vater des Kindes wird. Die beiden anderen Möglichkeiten sind das Anerkenntnis (Z 2) oder die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft (Z 3).

Das Anerkenntnis fordert gemäß dem § 145 Abs 1 ABGB, dass die Vaterschaft oder Elternschaft durch persönliche Erklärung in inländischer öffentlicher oder öffentlich-beglaubigter Urkunde anerkannt wird und zusammen mit dem erforderlichen Nachweis über die biologische Vaterschaft dem Standesbeamten vorgelegt wird. Besteht eine rechtliche Vaterschaft bereits im Zeitpunkt der Abgabe eines Anerkenntnisses, so kann der Putativvater ein vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis nach § 147 ABGB abgeben.

Die dritte mögliche Variante, wie eine Vaterschaft begründet werden kann, ist die gerichtliche Feststellung dieser. Nach § 148 Abs 1 zweiter Satz ABGB sind diesbezüglich das Kind und der vermeintliche Vater antragslegitimiert. Für die gerichtliche Feststellung muss entweder ein positiver Abstammungsbeweis (§ 148 Abs 1 ABGB) erbracht werden oder die Beiwohnungsvermutung (§ 148 Abs 2 ABGB) vorliegen. Allerdings darf nur das Kind sich auf die gesetzliche Vermutung des § 148 Abs 2 ABGB berufen. Außerdem steht nur dem Kind das Antragsrecht zur gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft zu, wenn dieses bereits einen rechtlichen Vater hat (§ 150 ABGB). In einer solchen Fallkonstellation steht es dem Putativvater frei, wie zuvor schon erwähnt, ein vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis abzugeben.

Mit der Öffnung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung für Frauenpaare stellt sich die Frage nach der rechtlichen Stellung der Frau neben der Mutter, die das Kind nicht zur Welt bringt. Der Gesetzgeber lehnt sich dabei größtenteils an die Bestimmungen zur Vaterschaft in den §§ 144 ff ABGB an. Der einzige Unterschied zur Vaterschaft besteht darin, dass für die Begründung der Elternschaft „an der Mutter innerhalb von nicht mehr als 300 Tagen und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt“ eine muF vorgenommen worden sein muss. Die andere Frau, die mit der Mutter eine eingetragene Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft führt, ist bei Begründung einer Elternschaft als „anderer Elternteil“ oder „Elternteil“ zu bezeichnen.

Literaturverzeichnis

Barth Peter, Das FMedRÄG 2015 auf dem Prüfstand von Ethik und Grundrechten, iFamZ 1 (2015), 1.

Barth Peter, Umgang mit im Rahmen medizinisch unterstützter Fortpflanzung entnommenen Zellen, in Barth/Erlebach (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (Wien 2015).

Barth Peter, Zur Zulässigkeit medizinisch unterstützter Fortpflanzungsmedizin aus rechtlicher Sicht, in Barth/Erlebach (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (Wien 2015).

Beck Susanne, Kindschaftsrecht² (Wien 2013).

Beck Susanne, Kindschaftsrecht. Entscheidungen – Anmerkungen – Lösungsansätze (Wien 2009).

Bernat Erwin, Das Fortpflanzungsmedizingesetz: Neue Aufgaben für das Notariat, NZ (1992), 244 (FN 7).

Bernat Erwin, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin im Spiegel der sich wandelnden Sozialmoral, in Arnold/Bernat/Kopetzki (Hrsg), Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015: Analyse und Kritik (Wien 2016).

Bernat Erwin, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin im Wandel. Eckpunkte des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes 2015, JAP (2015/2016), 49.

Bernat Erwin, Entwicklungslinien des Medizinrechts. Eine Bestandaufnahme aus Anlass von 20 Jahren „Recht der Medizin“ (1994-2014), RdM 2 (2014).

Bernat Erwin, Künstliche Insemination durch nichtärztliches Personal? RdM (1996), 42

Bernat Erwin, SH et al gegen Österreich: Ein Schritt vorwärts, ein Schritt zurück, in Österreichische Juristenkommission (Hrsg), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit (Wien 2013).

Deixler-Hübner Astrid, § 147, in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.05} (Stand 1.8.2017, rdb.at).

Deixler-Hübner Astrid, § 149, in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.05} (Stand 1.8.2017, rdb.at).

Deixler-Hübner Astrid, § 150, in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.05} (Stand 1.8.2017, rdb.at).

Deixler-Hübner Astrid, § 154, in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.05} (Stand 1.8.2017, rdb.at).

Eberhard Harald, Recht auf Leben, in Heißl (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (Wien 2009), 80.

Eder-Rieder Maria, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung nach dem FMedRÄG 2015. Neuerungen und Erweiterungen, EF-Z 3 (2016) 127.

Erlebach Martina, Zur Zulässigkeit der Präimplantationsdiagnostik aus rechtlicher Sicht, in Barth/Erlebach (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (Wien 2015).

Feik Rudolf, Recht auf Familienleben, in Heißl (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (Wien 2009).

Ferrari Susanne, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung und Elternschaft zweier Frauen, in Barth/Erlebach (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (Wien 2015).

Fischer-Czermak Constanze, § 143, in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.04} (Stand 1.5.2017, rdb.at).

Fischer-Czermak Constanze, § 151, in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.04} (Stand 1.5.2017, rdb.at).

Geschäftsstelle der Bioethikkommission (Hrsg), Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts, Wien (2012).

Grabenwarter Christoph/Krauskopf Beatrix, Gesundheitsrecht und Verfassungsrecht, in Resch/Wallner (Hrsg), Handbuch Medizinrecht² (Wien 2015).

Graf Georg, § 879 ABGB, in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.03} (Stand 1.10.2016, rdb.at).

Hausreither Meinhild/Hager-Ruhs Irene, Das IVF-Fonds-Gesetz: Voraussetzungen für die Mitfinanzierung der In-vitro-Fertilisation, in Barth/Erlebach (Hrsg.), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015).

Hinteregger Monika, Familienrecht⁵ (Wien 2011).

Höllwerth Johann, Vom Blut als dem besonderen Saft bis zur sozialen Elternschaft, in Fischer-Czermak et al (Hrsg), Festschrift 200 Jahre ABGB (Wien 2011).

Kopetzki Christian, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015: Aktueller Stand und verfassungsrechtliche Bewertung, in Arnold/Bernat/Kopetzki (Hrsg), Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015 – Analyse und Kritik (Wien 2016).

Kutscher Norbert/Wildpert Thomas, Personenstandsrecht² § 144 ABGB (Stand 1.6.2016, rdb.at).

Kutscher Norbert/Wildpert Thomas, Personenstandsrecht² § 145 ABGB (Stand 1.6.2017, rdb.at).

Leischner-Lenzhofer Aline, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht²⁴ (Wien 2017), Kap. I.23.

Maier Theresa, Die Mutter zwischen Schweigerecht und Auskunftspflicht über den Vater, EFZ (2017).

Mauernböck Sebastian, Das neue Fortpflanzungsmedizinrecht. Eine erste Auseinandersetzung mit den wesentlichen Änderungen, ZTR 2 (2015), 107.

Merckens Stephanie, FMedRÄG 2015: Zur Reform des Fortpflanzungsmedizingesetzes, RdM 2 (2016).

Mokrejs Caroline, Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung - kein Mindestalter für die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs des durch heterologe Insemination gezeugten Kindes, iFamZ (2015), 166.

Peichl Susanne, Der Embryo in vitro – seine rechtliche Qualifikation und die Alternative der „Embryonenannahme“, ÖJZ 16 (2003).

Pichler Helmut, § 163a ABGB, in Rummel Peter (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch² (1990).

Pierer Joachim, Abstammung, in Deixler/Hübner (Hrsg), Handbuch Familienrecht (Wien 2015).

Pletzer Renate, § 870, in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} (Stand 1.4.2016, rdb.at).

Schaupp Walter, Das Gewissen – ein verzichtbarer Begriff der medizinischen Ethik, in Kröll/Schaupp (Hrsg), System – Verantwortung – Gewissen in der Medizin (Wien 2012), 1.

Schwamberger Helmut, Gesundheitsberufsrechte und Ethik. Kurze Bemerkungen zu einem umfangreichen Thema, RdM 2 (2012), 61.

Schwimann Michael, § 163a ABGB, in Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB: samt Nebengesetzen² (1997).

Spitzer Martin, § 82, in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz (Stand 1.11.2013, rdb.at).

Spitzer Martin, § 83, in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz (Stand 1.11.2013, rdb.at).

Stabentheiner Johannes, § 137b ABGB, in Rummel (Hrsg), ABGB³ (Stand 1.1.2003, rdb.at).

Stefula Martin, § 163a, in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB begründet von Heinrich Klang³ (Wien 2008).

Steininger Marlene, Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht: Fortpflanzung und Elternschaft als Rechtsgeschäft, Wien (2014).

Swoboda Martin/Loimer Leonhard, Die „Assistierte Reproduktionstechnik“ aus medizinischer Sicht, in Barth/Erlebach (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (Wien 2015).

Wendehorst Christiane, Neuerungen im österreichischen Fortpflanzungsmedizinrecht durch das FMedRÄG 2015. Anpassung an europaweite Entwicklungen, iFamZ 1 (2015).

Voithofer Caroline/Flatscher-Thöni Magdalena, Öffnung der Fortpflanzungsmedizin für Frauenpaare, iFamZ (2015), 9.

Voithofer Caroline/ Flatscher-Thöni Magdalena, VfGH vereinfacht Zugang zur Fortpflanzungsmedizin. Was passiert, wenn nichts passiert? iFamZ (2014), 54.

Zemanek Christa, Frist für die Antragstellung zur Ehelichkeitsbestreitung, iFamZ (2016), 157.

Zwettler Adrian, Durchbruch oder Zwischenschritt? Eine Analyse der Neuerungen im FMedG unter Berücksichtigung weiterhin offener Aspekte, ZfG (2016), 49.

Internetquellen

Freude Georg, Vom Kinderwunsch zum Wunschkind <https://www.eltern-bildung.at/expert-inn-enstimmen/vom-kinderwunsch-zum-wunschkind/> (abgefragt am 10.12.2017).

Insemination <http://kinderwunschzentrum.at/behandlung/insemination/> (abgefragt am 19.7.2017).

Leher Stephan, Ethik in der Medizin <https://www.uibk.ac.at/systheol/leher/lehre/medizinethik.pdf> (abgefragt am 17.8.2017).

Mauritz Ernst/Gerstendorfer Elisabeth, Eizell- & Embryonenspende: Segen oder Risiko <https://kurier.at/wissen/fortpflanzungsmedizin-die-wichtigsten-fragen-zu-eizellspenden-und-embryonenspenden/95.100.748> (Stand 5.11.2014).