

**VEREINIGUNG
DER
ÖSTERREICHISCHEN RICHTER**

1016 WIEN, 28. Sept. 1990
JUSTIZPALAST

An das
Präsidium des Nationalrates

Parlament
Dr. Karl Renner-Ring 3
1017 Wien

Betrifft: <u>GESETZENTWURF</u>	
Zi.	51 GE/9 Po
Datum:	1. OKT. 1990
Verteilt:	3. Okt. 1990 <i>Flaum</i>

h. Baier

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes über die medizinische Fortpflanzungshilfe beim Menschen (Fortpflanzungshilfegesetz - FHG) sowie über Änderungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs und des Ehegesetzes;
Stellungnahme

In der Anlage wird die Stellungnahme der Vereinigung der österreichischen Richter zum o.a. Gesetzesentwurf in 25-facher Ausfertigung übermittelt.



(Dr. Ernst Markel)
Präsident

25 Anlagen

VEREINIGUNG DER ÖSTERREICHISCHEN RICHTER

Betrifft: Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die medizinische Fortpflanzungshilfe beim Menschen (Fortpflanzungshilfegesetz-FHG) sowie über Änderungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches und des Ehegesetzes

Stellungnahme

Der Entwurf wird dem Ziel ein taugliches Instrument zur möglichst umfassenden Bewältigung der im Wege artifizieller Fortpflanzung mannigfaltig auftretenden Interessenkonflikte zu schaffen keinesfalls umfassend gerecht.

Zum Titel und zu § 1 Abs. 1:

Problematisch ist die Beschränkung des Entwurfes auf die "medizinische" Fortpflanzungshilfe. Grundlegend wäre zwischen der natürlichen Methode menschlicher Fortpflanzung einerseits und künstlichen Methoden andererseits zu unterscheiden. Der Hinweis auf die "Biologie" in den EB (23) zeigt auch andere denkbare Methoden. Die EB (31) verwenden selbst den Begriff "künstliches Fortpflanzungsverfahren".

Der Inhalt des Begriffs "medizinisch" bleibt undefiniert. Eine Abklärung dieses Begriffes wird nur über andere Vorschriften (Ärztegesetz) vorgenommen werden können.

Zu § 1 Abs. 2 und 3:

Der Begriff "entwicklungsfähige Zellen" ist rechtlich systemkonform zu definieren.

Entsprechend dem § 22 ABGB, wonach werdendes Leben möglichst frühzeitig zu schützen ist und wobei die Vereini-

gung von Ei- und Samenzellen (= Empfängnis) den relevanten Zeitpunkt darstellt, ist auch ein in vitro fertilisierter Embryo als Nasciturus im Sinne des " 22 ABGB zu behandeln (vgl. Aicher in Rummel, Kommentar zum ABGB I² Rz 2a zu § 22 ABGB mit zahlreichen Literaturnachweisen). Nicht der Begriff "Embryo", den der Entwurf für nicht einheitlich hält, wäre zu verwenden, sondern der in der österreichischen Rechtsordnung verankerte, in der Fachliteratur anerkannte und unstrittige des Nasciturus.

Zu § 2:

Die Verwendung des Begriffes "eheähnliche Lebensgemeinschaft" ist unklar. In Lehre und Rechtsprechung wird unter Lebensgemeinschaft ganz übereinstimmend eine außereheliche Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft verstanden, die sich in Anlehnung an § 14 Abs. 3 MRG ohnehin als eine "gleich einer Ehe eingerichtete" Gemeinschaft, also als eheähnlich begreift.

Die Einschränkung der Vermeidung der künstlichen Fortpflanzung bei einer alleinstehenden Frau wirkt in einer nicht sachlich gerechtfertigten Weise gleichheitswidrig diskriminierend. Auch der Lebensgemeinschaft kann wegen der jederzeit möglichen formlosen Beendigung kein ausreichendes Gewicht zur Schaffung einer stabilen und dauerhaften Familie zugebilligt werden. Läßt man die Fortpflanzungshilfe auch bei Lebensgemeinschaften zu, dann muß dies auch der alleinstehenden Frau ermöglicht werden oder aber man schränkt die Fortpflanzungshilfe auf die Ehe ein, die gegenüber der Lebensgemeinschaft - rein juristisch betrachtet - ein erhebliches Plus an Stabilität aufweist.

Zu § 3:

Daß durch § 3 des Entwurfes Fälle von soge-

nannten Leihmutterschaften vermieden werden sollen ist zu begrüßen.

Zu § 7:

Diese Bestimmung schafft keine organisatorischen Grundlage für die dort vorgesehene Rechtsbelehrung durch das "Gericht". Der Amtstag beim Bezirksgericht (§ 54 GeO; § 439 ZPO) ist dazu nicht geeignet. Es ist strittig, ob er überhaupt der Leistung einer "Beratung" dient (vgl. dazu Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts² Rz 1608).

Offen bleibt auch, wie die vorgenommene Beratung dokumentiert werden soll, damit sie der Arzt zur Vermeidung des Straftatbestandes des § 23 Abs. 1 Z. 1 lit. d des Entwurfes überprüfen kann.

Zu § 8:

§ 8 Abs. 2 letzter Fall des Entwurfes wirft im Zusammenhang mit den §§ 3, 9 und 10 des Entwurfes folgendes Problem auf: Eine Eizelle wird *in vitro* befruchtet, ab der Vereinigung kann der Mann seine Zustimmung zur Fortpflanzungshilfe nicht mehr widerrufen, die Frau dagegen schon (vgl. Seite 58 Abs. 2 der Erläuterungen). Das Schicksal dieses *Nasciturus in vitro* bleibt ungewiß. Durch die vom Entwurf selbst aufgerichtete Schranke des § 3 Abs. 1 und die weitere Schranke des § 9 bliebe nur die Vernichtung des schon entwickelten menschlichen Lebens als Lösung. Das in § 22 ABGB verankerte Prinzip des Schutzes des *Nasciturus*, aber auch der aus § 16 ABGB - einer Zentralnorm unserer Rechtsordnung! (vgl. Aicher in Rummel aaO. Rz 3 zu § 16 ABGB) - sich ergebende Schutz der Menschenwürde (dem der Entwurf nicht den ihm zukommenden Stellenwert einräumen möchte, vgl. Seite 33) stehen einem solchen Schicksal des *Nasciturus in vitro* entgegen

Zu § 10:

Die Entnahme von Eizellen stellt - wie die Erläuterungen selbst ausdrücklich an mehreren Stellen zugeben (Seite 53 letzter Absatz, Seite 55 letzter Absatz und Seite 60 Abs. 2) - einen nicht unerheblichen medizinisch-technischen Eingriff dar, dem eine Frau ausgesetzt wird. Gerade eine In-Vitro-Fertilisation muß aber nicht schon beim ersten Versuch funktionieren. Die Gewinnung sogenannter Überzähliger Embryos in vitro kann mit der Zweckbindung zugelassen werden, sie - nach Kryokonservierung - für allfällig notwendig werdende weitere Versuche, eine Schwangerschaft herbeizuführen, zu verwenden.

Zu § 13:

Zwischen der Zustimmung des Samenspenders in § 13 Abs. 1 und der Zustimmung der künftigen Eltern gemäß § 8 Abs. 1 des Entwurfs besteht ein Wertungswiderspruch, weil nicht einzusehen ist, wieso die Zustimmung des Samenspenders an eine weniger qualifizierte Form (Schriftlichkeit) gebunden ist als die der Eltern (Gerichtsprotokoll oder Notariatsakt).

Unter Hinweis auf die Bedenken, die zur "Beratung" gemäß § 7 Abs. 3 angestellt wurden, wird daher zur Harmonisierung der Formvorschriften der §§ 8 Abs. 1 und 13 Abs. 1 vorgeschlagen, von der in § 8 Abs. 1 vorgesehenen Form des Gerichtsprotokolles oder Notariatsaktes überhaupt abzusehen und es bei der Schriftlichkeit allein bewenden zu lassen.

Zu § 22:

Es wäre ausdrücklich klarzustellen, daß die reine Hilfstätigkeit von medizinischen Hilfspersonen im Sinne des § 22 Abs. 2 ff Ärztegesetz nicht strafbar ist.

Zu § 137b ABGB:

Der Entwurf nimmt hier darauf Rücksicht, daß in der Praxis entgegen den Intentionen seines § 3 Abs. 1 auch Ei-spenden oder Embryospenden vorkommen können. Er verschließt sich aber dem Problem, daß in derartigen Fällen die genetisch gegebene Beziehung des Kindes zur der Frau, von der die Eizelle stammt, nicht wegzuleugnen ist und daß diese Beziehung z.B. gemäß § 6 Ehegesetz oder § 211 StGB sehr wohl beachtenswert sein kann, weil es dort allein auf die sogenannte Blutsverbundenheit (Blutverwandtschaft) abgestellt wird (vgl. z.B. Koziol-Welser, Grundriß II⁸ 169 bzw. Leukauf-Steininger, Kommentar zum StGB² Rz 2 zu § 211 StGB).

Zu § 163 Abs. 3 ABGB:

Hier ist lediglich von einem "Mann" die Rede, gemeint ist offenbar der männliche Partner einer Lebensgemeinschaft, wie sie der § 2 Abs. 1 des Entwurfes im Auge hat.

Zum zweiten Satz dieser Stelle des Entwurfes wäre noch zu verlangen, daß durch die Einfügung z.B. der Worte "der er zugestimmt hat" nach dem Wort "Fortpflanzungshilfe" in der vorletzten Zeile auf Seite 17 klargestellt wird, daß hier nicht irgendeine Maßnahme der Fortpflanzungshilfe gemeint ist, sondern eben jene konkrete, der der Verstorbene zu Lebzeiten noch zustimmen konnte.

Außerdem wäre klarzustellen, daß sich die Worte "vor dem Tod" nur auf die Fortpflanzungshilfe beziehen und nicht auf die Entstehung der Schwangerschaft. Die Erläuterungen (Seite 75 Abs. 2) stellen das Problem nicht zutreffend dar. Die Schwangerschaft beginnt erst mit der Nidation (vgl. Leukauf-Steininger aaO. Rz 4 zu § 96 StGB). Diese muß nicht schon vor dem Tod des Mannes bestanden haben. Es sollte genügen, daß er

noch der Fortpflanzungshilfe zugestimmt hat und diese (z.B. die Insemination) durchgeführt wurde, solange er am Leben war. Auch § 155 ABGB nimmt nicht darauf Bedacht, ob die Schwangerschaft schon zur Zeit des Todes des Ehemannes bestanden hat, sondern richtigerweise nur darauf "ob das Kind vom früheren Ehemann abstammt", also allein auf die genetische Beziehung. Besonders klargestellt wird dies ja auch durch den im Wege des Entwurfes dem § 155 ABGB anzufügenden Satz.

§ 879 Abs. 2 Z. 1a ABGB:

Bei einer gesetzwidrigen Vermittlung im Sinne des § 14 Abs. 2 und Verwirklichung des Straftatbestandes gemäß § 22 Abs. 1 Z. 4 des Entwurfes im Wege eines Rechtsgeschäftes gegen Entgelt bleibt die Konkurrenz einer auf § 879 Abs. 2 Z. 1a ABGB gestützten Rückforderung des geleisteten Entgeltes und einem gemäß § 25 Abs. 3 des Entwurfes ausgesprochenen Verfall ungeregelt.

Zu den Schluß- und Übergangsbestimmungen:

Die Fragen bleiben völlig offen, ob auch einem Mann, der vor dem 1.Juli 1991 als Samenspender fungierte, der Schutz des § 153 Abs. 4 ABGB zukommt bzw. ob auch ein Ehemann, der schon vor dem 1.Juli 1981 einer medizinischen Fortpflanzungshilfe zugestimmt hat, kein Bestreitungsrecht zustehen soll.

Wien, am 28. Sept. 1990