

**universität
wien****Rechtswissenschaftliche
Fakultät****Univ. Prof. DDr. Christian Kopetzki**Institut für Staats- und Verwaltungsrecht
Abteilung für Medizinrecht

Schottenbastei 10-16

A-1010 Wien

T +43 (1) 4277 35411 (Sekretariat)

T +43 (1) 4277 35412

F +43 (1) 4277 35419

christian.kopetzki@univie.ac.at

www.univie.ac.at/medizinrecht

An das
Präsidium des Nationalrates

team.z@bmj.gv.at

begutachtungsverfahren@parlament.gv.atirene.hager-ruhs@bmj.gv.at**Betreff: 77/ME 25. GP – Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Fortpflanzungsmedizingesetz, das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Gentechnikgesetz geändert werden (Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz – FMedRÄG 2015)**

Wien, am 1. 12. 2014

Begutachtung; Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zum Begutachtungsentwurf einer Novelle des FMedG ua erlaube ich mir, wie folgt Stellung zu nehmen. Die Stellungnahme erfolgt im eigenen Namen und nicht im Namen der Universität Wien.

Angesichts der kurzen Begutachtungsfrist beschränke ich meine Ausführungen auf ausgewählte Punkte des Entwurfes betreffend die geplanten Änderungen des FMedG, die aus meiner Sicht gravierende verfassungsrechtliche Bedenken aufwerfen.

1. Vorbemerkung

Der Entwurf eines FMedRÄG weist ausgeprägte Züge eines politischen Kompromisses auf. Das ist in einem demokratischen System nichts Ungewöhnliches und auch grundsätzlich legitim, zumal dann, wenn man die Vorgeschichte und die jahrzehntelange kontroversielle Diskussion über eine Überarbeitung des Fortpflanzungsmedizinrechts in Rechnung stellt. Man darf von einer solchen Novelle daher nicht erwarten, dass sie ein in sich geschlossenes sowie durch und durch konsistentes ethisches Konzept verwirklicht. Dessen Umsetzung wäre vor dem Hintergrund divergierender Wertauffassungen politisch nicht realistisch und auch verfassungsrechtlich nicht zwingend geboten.

Nichtsdestoweniger müssen sich aber auch kompromisshaften Entscheidungen, die der Gesetzgeber innerhalb seines politischen Beurteilungsspielraums trifft, an die geltenden **verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen halten**. Das ist bei den nun vorgeschlagenen Neuregelungen jedoch nicht durchwegs der Fall.

2. Allgemeines

2.1. Vorausgeschickt sei, dass der Entwurf in einigen wesentlichen Punkten zu einer – gemessen an den verfassungsrechtlichen Vorgaben – **Verbesserung der Rechtslage** führt. Das betrifft nicht nur den Wegfall der Beschränkung auf heterosexuelle Paare, wofür es ja wegen des Wirksamwerdens des VfGH-Erkenntnisses G 16/2013 ua am 1. 1. 2015 keiner spezifischen gesetzlichen Vorkehrungen im FMedG bedurft hätte. Das betrifft vielmehr auch die prinzipielle Zulassung der Eizellspende, der heterologen Samenspende bei IVF sowie – wenngleich mit erheblichen Einschränkungen – der Präimplantationsdiagnostik.

Dennoch bleiben verfassungsrechtliche Bedenken bestehen. Es darf daran erinnert werden, dass Zugangsbeschränkungen zur Inanspruchnahme der bestehenden Möglichkeiten medizinisch assistierter Fortpflanzung massive Eingriffe in die Grundrechtssphäre der fortpflanzungswilligen Personen bzw Paare darstellen, insb in deren Recht auf Privatleben gem Art 8 Abs 1 EMRK. Sie bedürfen daher einer spezifischen Rechtfertigung im Lichte des Gesetzesvorbehaltes des Art 8 Abs 2 EMRK (Übereinstimmung mit einem der dort genannten Ziele; Verhältnismäßigkeit iSd der Eignung, des Fehlens gelinderer Alternativen und der Angemessenheit). Die **Begründungslast für die Schaffung oder Aufrechterhaltung gesetzlicher Beschränkungen** liegt folglich immer auf Seiten der Verbote bzw Beschränkungen und nicht auf Seiten der individuellen grundrechtlich geschützten Freiheiten. Wenn und soweit solche rechtfertigenden Gründe fehlen oder nicht plausibel argumentierbar sind, greift daher die grundsätzliche Freiheitsvermutung der Grundrechtsordnung, ohne dass die Erlaubnis einer bestimmten Handlungsoption ihrerseits begründungs- oder rechtfertigungspflichtig wäre. Das ist der Kern des „liberalen Prinzips“ der Bundesverfassung. Im Ergebnis gilt daher – entgegen manchen Stellungnahmen in den Medien – der Grundsatz „in dubio pro libertate“.

2.2. Überträgt man diese Überlegungen auf den vorliegenden Entwurf, so fällt ganz allgemein auf, dass die Erläuterungen zwar großes Augenmerk auf die **Begründung der geplanten „Liberalisierungen“ (und deren Grenzen) legen**. Es wird hingegen nicht mit gleicher Akribie dargetan, **weshalb manche der übrigen – schon bisher bestehenden – Verbote weiterhin beibehalten bzw nach Aufhebung durch den VfGH wieder eingeführt werden sollen** (zB zum Subsidiaritätsprinzip, zur Embryonenspende oder zur Gewinnung embryonaler Stammzellen). Für eine Begründung der Beibehaltung des status quo ante kann man sich aber nicht einfach auf die Kontinuität der tradierten Rechtslage berufen. Der Gesetzgeber hätte vielmehr mit mindestens gleicher Begründungstiefe darzutun, weshalb

er überkommene Verbote und Beschränkungen **nicht zu beseitigen gedenkt**. Dies gilt umso mehr, als mit dem FMedRÄG 2015 einige der schon früher geltenden Beschränkungen (mit mehr oder weniger weitgehenden Modifikationen) formell neuerlich in Kraft gesetzt werden sollen (zB das Subsidiaritätsprinzip). Dafür wird **über weite Strecken überhaupt keine oder jedenfalls keine tragfähige grundrechtliche Begründung angeführt**.

3. Präimplantationsdiagnostik (PID)

3.1. Der vorgeschlagene Rahmen für die Zulässigkeit einer Präimplantationsdiagnostik (§ 2a) ist aus verfassungsrechtlicher Sicht **viel zu eng**. Er wäre auch **nicht** geeignet, die vom Entwurf intendierte (vgl nur die Erläuterungen S 2) **Übereinstimmung mit der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) herzustellen**.

3.2. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die beiden Zulässigkeitsgründe des **§ 2a Abs 1 Z 1** (drei oder mehr „Anwendungen einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung“) und des **§ 2a Abs 1 Z 2** (drei nachgewiesene Schwangerschaften mit Fehl- oder Totgeburt) über den aktuellen Rechtsbestand nicht hinausgehen: Die in Z 1 und Z 2 formulierten Kriterien würden **schon nach dem geltenden § 9 Abs 1 FMedG eine PID ermöglichen**, da die Untersuchung in diesen Fällen mit guten Gründen als „zur Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich“ erachtet werden kann. Das einer IVF (und folglich auch einer PID) darüber hinaus entgegenstehende „Subsidiaritätsprinzip“ fällt – ohne Zutun des Gesetzgebers – ab 2015 ohnehin weg, Insofern tritt also bestenfalls eine Klarstellung, aber keine erkennbare Senkung der Zutrittsschwelle zur PID ein.

3.3. Was die Kriterien des **§ 2 Abs 1 Z 3** (Gefahr einer Fehl- oder Totgeburt bzw einer Erbkrankheit auf Grund genetischer Disposition) betrifft, so sind diese in Verbindung mit der überaus engen und über weite Strecken auch willkürlichen Definition der „**Erbkrankheit**“ gem § 2 Abs 2 dermaßen restriktiv, dass sie wohl nur auf einen kleinen Kreis von Störungen zutreffen werden. Das mag vielleicht politisch gewünscht sein. Den Argumenten, die den EGMR zur Verurteilung Italiens wegen Verstoßes gegen Art 8 EMRK im Fall Costa und Pavan (vgl RdM 2013/135 Anm *Kopetzki*) bewogen haben, wird damit aber nicht Rechnung getragen. Denn die Annahme einer Konventionsverletzung durch den EGMR stützte sich im Wesentlichen auf den Vorwurf der **gravierenden Inkohärenz und Unverhältnismäßigkeit** der (im konkreten Fall italienischen) Rechtslage, die einerseits die Pränataldiagnostik und einen darauf basierenden Schwangerschaftsabbruch aus embryopathischer Indikation aus näher bestimmtem Krankheitsgründen zulässt, andererseits aber vergleichbare Untersuchungen am In-vitro-Embryo vor der Implantation in viel weitergehendem Maße verbietet. Dieses **eklatante Ungleichgewicht zwischen den zulässigen Diagnoseeingriffe in vivo und in vitro** und den sich daraus ergebenden Handlungsoptionen der Frau betreffend die Herbeiführung bzw Beibehaltung einer Schwangerschaft bildete den Kern der vom EGMR bejahten Konventionswidrigkeit, und dieses Missverhältnis wird auch durch die vorgeschlagene Neuregelung nicht beseitigt. Mehr noch: Durch den ausdrücklichen Hinweis

auf das geringere Alter des Fötus und die geringere Belastung der Mutter im Fall einer PID (EGMR Costa und Pavan Z 62) ließ der EGMR sogar erkennen, dass der Zulässigkeitsumfang der PID tendenziell sogar weiter sein müsse als jener der Pränataldiagnostik in vivo. Der Entwurf reduziert den Begriff der „Erbkrankheit“ demgegenüber auf solche Krankheiten, bei denen das Kind nur durch den Einsatz bestimmter Mittel „am Leben erhalten werden kann“, „schwerste Hirnschädigungen“ aufweist oder an „nicht wirksam behandelbaren schwersten Schmerzen leiden“ wird. Neben der Untergruppe der „Hirnschädigungen“ und der „schwersten Schmerzen“ bedarf es daher einer **vitalen Indikation**. Das schließt eine Reihe schwerer Erkrankungen von vornherein aus, und es muss bezweifelt werden, dass auf Basis des Entwurfs selbst der im Fall Costa und Pavan zugrunde liegende Anlassfall – nämlich eine **Mukoviszidose** – die Zulässigkeit einer PID eröffnen würde.

3.4. Dazu kommt, dass die im Kontext des § 2 Abs 2 vorgeschlagenen **Definitionsmerkmale der „Erbkrankheit“ derart unbestimmt** sind, dass gravierende Auslegungsprobleme geradezu vorprogrammiert sind. Was etwa unter dem ständigen Einsatz „moderner Medizintechnik“ oder der sprachlichen Steigerungsform von „schwersten“ Hirnschädigungen bzw Schmerzen zu verstehen ist, bleibt vage. Mehr als die Absicht einer möglichst engen Regelung kann hinter diesen Formulierungen nicht erblickt werden.

3.5. Auch die Einschränkung auf Erkrankungen **„während der Schwangerschaft oder nach der Geburt“** (§ 2 Abs 2 Satz 1) ist höchst unklar: Wenn man die Wendung „nach der Geburt“ wörtlich nimmt, so fehlt ihr jeder begrenzende Inhalt, weil sämtliche Lebensphasen des Menschen nach Ende der Schwangerschaft zeitlich „nach der Geburt“ liegen. Dann könnte man die Floskel „während der Schwangerschaft oder nach der Geburt“ ebenso gut streichen. Wenn „nach der Geburt“ hingegen als „unmittelbar nach der Geburt“ verstanden werden sollte, dann verschärft sich die grundrechtliche Problematik noch weiter, da damit all jene Erbkrankheiten wieder ausgenommen würden, die sich erst später manifestieren. Bei dieser Interpretation müsste dann neuerlich in Frage gestellt werden, ob der vom EGMR entschiedene Fall einer Mukoviszidose die Hürde des § 2a Abs 2 erfüllen könnte, da diese Erkrankung meines Wissens auch oft erst in späteren Lebensjahren auftritt.

3.6. **Argumente, weshalb die PID nicht in weiterem Umfang zugelassen werden soll, führt der Entwurf nicht an.** Es fehlt daher insofern weiterhin an einer plausiblen Begründung für die damit verbundenen Eingriffe in das Recht auf Privatleben gem Art 8 EMRK (zur Notwendigkeit einer solchen Begründung hier statt aller und mwN *Kopetzki*, Altes und Neues zur Präimplantationsdiagnostik, JRP 2012, 317 ff). Die lapidare Formulierung, eine weiterreichende Zulassung **„wäre unverhältnismäßig“** (Erläuterungen S. 5), erweckt den irreführenden Eindruck, als wäre die Zulassung der PID mit irgendwelchen Eingriffen in Grundrechte verbunden, die überhaupt erst einer solchen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen wären. Eine Erlaubnis der PID berührt aber – abgesehen von den unmittelbar Betroffenen – keine dritten Personen in ihren subjektiven Rechten, namentlich auch nicht Menschen mit Behinderungen (dazu im Detail *Kopetzki*, JRP 2012, insb 326 ff). Hier wird der Argumentationstopos der „Verhältnismäßigkeit“, der grundrechtsdogmatisch zur **Legi-**

timierung und Begrenzung von Grundrechtseingriffen dient, taktisch zweckentfremdet und als Bollwerk gegen die freiheitswahrende **Verminderung** von Grundrechtseingriffen in Stellung gebracht.

3.7. Der Mangel einer verfassungsrechtlichen Begründung für die zwingende Notwendigkeit einer so eng formulierten PID-Indikation gewinnt noch dadurch an Bedeutung, als die Neuregelung insofern sogar **strenger ist als die bisherige Rechtslage**, als 1) die rechtliche Existenz der angeblich strikten PID-Verbote de lege lata höchst umstritten war und keineswegs einhellig bejaht wurde (mwN zum Meinungsstand *Kopetzki*, JRP 2012, 318 ff), und 2) der Anwendungsbereich dieser Verbote enger war als nach dem vorgeschlagenen Entwurf: Dieser klammert zwar die Polkörperdiagnostik weiterhin (und mE ohne überzeugende Gründe) aus der Legaldefinition des § 1 Abs 4 und damit auch aus dem Regelungsbereich der Novelle aus; er erstreckt die Neuregelung aber nun auch auf Untersuchungen am **Trophoblasten**, der vom bisher geltenden Verbot – mangels „Entwicklungsfähigkeit“ – nicht umfasst war (vgl Erläuterungen S 4). Insofern bringt die Neuregelung daher partiell auch eine **Ausweitung des Verbotsbereichs** mit sich. Umso stärker müssten die dafür ins Treffen geführten Gründe sein.

3.8. Zumindest missverständlich und systemwidrig – je nach Lesart möglicherweise aber auch verfassungswidrig – ist § 2a Abs 5, wonach das „Vorliegen der Voraussetzungen des Abs 1 Z 3 und des Abs 2 ... im Rahmen des Zulassungsverfahrens gem § 68 Abs 3 GTG **unter Einbindung des wissenschaftlichen Ausschusses für Genanalyse und Gentherapie** gem § 88 Abs 2 Z 2 GTG zu prüfen“ sei. Denn die Funktion des wissenschaftlichen Ausschusses für Genanalyse und Gentherapie gem § 68 GTG bezieht sich ausschließlich auf eine (beratende) **Anhörung im Verfahren über die (institutionelle) Zulassung der jeweiligen Einrichtung**. Mit der Zulässigkeit eines bestimmten Untersuchungsverfahrens im konkreten Einzelfall hat das nichts zu tun. Im Zusammenhang des § 2a geht es hingegen erkennbar um die Reichweite der Zulässigkeit einer PID im individuellen Einzelfall. Welche Rolle der Ausschuss in diesem Kontext spielen soll, ist nicht klar erkennbar; die Erläuterungen lassen aber erkennen, dass die Rahmenbedingungen des GTG auch sicherstellen sollen, dass PID-Verfahren auch in concreto „nur dann durchgeführt werden, wenn sie den Vorgaben des FMedG entsprechen“ (Erläuterungen S 2) und der Ausschuss „zusätzlich zu den allgemeinen“ Kriterien des GTG auch die im „FMedG geregelten Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Vornahme einer Präimplantationsdiagnostik zu prüfen hat“ (Erläuterungen S 6).

Sollte mit dieser Regelungstechnik tatsächlich eine wie auch immer geartete Mitentscheidung des Ausschusses bei der konkreten Zulässigkeitsbeurteilung einer PID gemeint sein – was die unklare Formulierung des § 2a Abs 5 („unter Einbindung“ des Ausschusses) offen lässt –, dann stünde dies im **Widerspruch zum rechtsstaatlichen Prinzip** der Bundesverfassung. In dieser Konstellation hätte der Ausschuss nämlich eine Entscheidungsbefugnis über die individuelle Inanspruchnahme einer medizinischen Untersuchungsmethode. Solche Entscheidungsbefugnisse müssten wegen ihrer Auswirkung auf subjektive Rechtspositionen der Betroffenen verfahrensrechtlich entsprechend ausgestaltet (verwaltungsbehördliches

Verfahren nach dem AVG, behördliche Entscheidung mit Bescheid) und der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen werden.

Doch selbst wenn dem Ausschuss nur die Aufgabe einer **generell-abstrakten Konkretisierung** der Kriterien des § 2 Abs 1 Z 2 und des Abs 2 (insb zur Präzisierung des Kreises der erfassten „Erbkrankheit“) zugedacht sein sollte, bleibt der Einwand bestehen, dass diese Funktion über die legitimen Aufgaben eines wissenschaftlichen Beirates hinausginge (und konsequenterweise einer Verordnung vorzubehalten wäre). Denn einige der gesetzlichen Kriterien der „Erbkrankheit“ haben nichts mehr mit „wissenschaftlich“ begründbaren Tatsachen zu tun, sondern betreffen genuine normative Wertungsfragen.

4. Subsidiaritätsprinzip, insb „Social Egg Freezing“

4.1. Eine Begründung für die grundsätzliche Wiedereinführung des Prinzips der „Subsidiarität“ (§ 2) bietet der Entwurf nicht. Das möglicherweise immer noch dahinter stehende Postulat der „Naturnähe“, es dürfe nichts „künstlich“ vorgenommen werden, was auch auf „natürlichem Weg“ möglich ist, stellt unter dem Aspekt des Art 8 Abs 2 EMRK noch keinen ausreichenden Rechtfertigungsgrund für Grundrechtseingriffe dar.

Doch selbst wenn man das Kriterium der Subsidiarität als allgemeine Richtschnur für verfassungskonform halten wollte, bleibt die Frage offen, weshalb die Abwägung mit gegenläufigen Rechten und Grundsätzen in einigen Fällen der anerkannten „Unzumutbarkeit“ zuungunsten der „Subsidiarität“ ausfällt (lesbische Paare, PID, Infektionskrankheit), in anderen Fällen hingegen nicht.

Das gilt insb für das ab 1.1.2015 zulässige, mit Inkrafttreten des vorgeschlagenen Entwurfs aber wieder verbotene **„Social Egg Freezing“**. Welche Gründe hier den Eingriff in die reproduktive Autonomie der Frauen legitimieren sollten, wird in den Erläuterungen nicht angeführt. Meines Erachtens gibt es diese Gründe auch nicht bzw ließen sich verbleibende Gefährdungen durch gelindere Mittel als ein gesetzliches Verbot hintanhaltend. Immerhin wäre eine „Eigenvorsorge“ bei jedem anderen menschlichen Gewebe nach Maßgabe des Gewebesicherheitsrechts erlaubt. **Es ist auch unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes nicht ersichtlich, weshalb Frauen ihre Eizellen künftig unter bestimmten Voraussetzungen für Dritte spenden dürfen, nicht jedoch für ihre eigene „Zukunft“.** Jene Altersgrenze von 30 Jahren, die der Entwurf für die Eizellspende aufstellt (§ 2b) und die explizit mit dem Verlust der Reproduktionsfähigkeit und der „drastischen“ Abnahme der Eizellreserve erhärtet wird (Erläuterungen S. 6), indiziert zugleich ein legitimes Interesse der Frauen, den Verlust ihrer eigenen Befruchtungsfähigkeit durch eine (medizinisch mögliche) Eizell-Kryokonservierung für sich selbst ein Stück weit zu kompensieren. Derartige Maßnahmen der Eizell-Vorsorge würden weder die Gesundheit des Kindes (im Gegenteil!) noch Rechte Dritter bzw der Frau selbst gefährden. Der Überschreitung eines medizinisch vertretbaren Höchstalters für die Schwangerschaft könnte durch entsprechende Altersgrenzen e-

benso vorgebeugt werden wie sich die Erzeugung und kommerzielle Ausnützung unrealistischer Erwartungen durch entsprechende Aufklärungspflichten bekämpfen ließe.

Die immer wieder geäußerte Befürchtung, Frauen könnten durch diese Option unter Druck geraten und/oder dazu verleitet werden, ihren Kinderwunsch weiter zu verschieben, trägt ein Verbot nicht. Denn diese Verschiebung des Kinderwunsches findet ja bekanntlich – aus welchen Gründen auch immer – heute schon statt. Das Verbot des „Social Egg Freezing“ würde diese Tendenz nicht beseitigen, sondern beraubt die Frauen nur eines verfügbaren Hilfsmittels, das ihre Chance auf die spätere Realisierung des Kinderwunsches pro futuro immerhin erhöhen würde. Ganz abgesehen davon ist der Hinweis auf mögliche gesellschaftliche „**Druckscenarien**“ schon ein im Ansatz schlechtes Argument für die Beseitigung grundrechtlich geschützter Freiheiten: Die Möglichkeit solcher Einflussnahmen ist – als Nebeneffekt jeglicher Handlungsfreiheit des Menschen – nie ganz wasserdicht auszuschließen; die Rechtsordnung sollte aber zunächst gelindere flankierende Maßnahmen zum effektiven Schutz der rechtlichen Handlungsoptionen ergreifen, statt die betroffene Handlungsoption „sicherheitshalber“ von vornherein gänzlich zu beseitigen.

5. „Embryonenspende“

Ob die Spende von Embryonen an fortpflanzungswillige, aber unfruchtbare Paare nach dem Entwurf erlaubt ist oder nicht, erscheint nicht restlos klar. Sofern man aus § 3 und dem Wort „nur“ (§ 3 Abs 1) im Umkehrschluss ein Verbot der Embryonenspende herausliest, wäre dies im Lichte des **Gleichheitssatzes** bedenklich. Wenn bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen sowohl die Samenspende (§ 3 Abs 2) als auch die Eizellspende (§ 3 Abs 3) – und konsequenterweise daher **auch beide zugleich** – zulässig sind, dann vermag ich keinen verfassungsrechtlich haltbaren Grund dafür zu sehen, weshalb nicht auch die Überlassung bereits befruchteter Eizellen möglich sein sollte. Für die Rechtsposition des Kindes sowie die Rechte und Interesse der spendenden bzw empfangenden Paare kann es **keinen ins Gewicht fallenden Unterschied machen, zu welchem Zeitpunkt der Akt der Befruchtung erfolgt bzw ob diese Befruchtung schon auf Initiative des spendenden Paares oder erst des empfangenden Paares stattfindet**.

Das denkbare Argument, eine Erlaubnis der Embryonenspende öffne zwangsläufig der „Leihmutterschaft“ Tür und Tor, überzeugt schon deshalb nicht, weil sich diese beiden Phänomene auf der rechtlichen Ebene differenziert regeln lassen – und wegen der Zuordnung der rechtlichen Mutterschaft zur gebärenden Mutter ja auch bereits klar geregelt sind.

Dass eine Zulassung der Embryonenspende auch unter dem Aspekt des **Embryonenschutzes** viel näher liegend wäre, statt die „überzähligen“ Embryonen endgültig zu entsorgen und ihnen jegliche Entwicklungsperspektive zu verschließen, liegt ebenfalls auf der Hand.

6. Gewinnung embryonaler Stammzellen zu Forschungszwecken

§ 9 Abs 1 idF des Entwurfs „hält am bestehenden Forschungsverbot fest“ (Erläuterungen S 8). Plausible Begründungen für dieses Verbot enthält der Entwurf ebenso wenig wie die Vorläuferregelung in der Stamfassung des FMedG. Mit der neuerlichen Bekräftigung dieses – beabsichtigten, forschungsspezifischen und daher **„intentionalen“ – Forschungsverbots** geht ein Eingriff in die grundrechtlich geschützte Freiheit der Forschung gem Art 17 StGG einher. Solche „intentionalen“ Eingriffe in die Forschungsfreiheit könnten zwar durch zum Schutz anderer verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter – insb der Grundrechte von Probanden etc – gerechtfertigt werden. Im Kontext des FMedG wird aber nicht erkennbar, **wer oder was durch dieses Forschungsverbot eigentlich wogegen „geschützt“ werden soll**. Der „Embryonenschutz“ scheidet als Rechtfertigungsargument jedenfalls aus: Denn erstens stehen Embryonen nicht unter verfassungsrechtlichem Schutz. Und zweitens wäre selbst ein vom einfachen Gesetzgeber ausgestaltetes Motiv des Embryonenschutzes hier nicht tragfähig, weil dieses Motiv vom FMedG offenkundig gar nicht (und schon gar nicht in konsistenter Weise) verfolgt wird. Das zeigt sich schon darin, dass „überzählige Embryonen“ vom FMedG zwar weiterhin in Kauf genommen werden, das Gesetz aber jede alternative Verwendung als die Herbeiführung einer Schwangerschaft (zB Embryonenspende, Überlassung für Forschungszwecke) verbietet. **So gesehen stellt das „Forschungsverbot“ des § 9 Abs 1 FMedG einen durch nichts begründbaren und daher verfassungswidrigen Eingriff in Art 17 StGG dar**. Ergänzt sei zu Vermeidung eines gängigen Missverständnisses, dass rein moralische bzw „ethische“, nicht auf die geltende Verfassung abstützbaren Gründe keinen solchen Eingriff in die Forschungsfreiheit rechtfertigen können (statt aller *Kopetzki*, Muss Forschung „ethisch vertretbar“ sein?, FS Mayer 2011, 253 ff).

Wenn man bedenkt, dass schon das derzeit geltende (aus § 9 FMedG abgeleitete) Verbot der Gewinnung von embryonalen Stammzellen aus „überzähligen“ Embryonen sowohl in der Literatur als auch von der Bioethikkommission mit großer Mehrheit als verfassungswidrig (und auch als ethisch nicht geboten) eingestuft worden ist (mwN die Beiträge von *Stelzer* und *Kopetzki* in *Körtner/Kopetzki*, Stammzellforschung 2008, 250 ff; 269 ff; mit ethischen Empfehlungen zugunsten einer Liberalisierung vgl *Bioethikkommission*, Stellungnahme zur Forschung an humanen embryonalen Stammzellen 2009), vermisst man umso mehr einen Hinweis darauf, was den Gesetzgeber zur Beibehaltung (bzw sogar Neuerlassung) dieses Verbots bewogen haben mag. Es findet – anders als etwa beim Problemkreise der PID – nicht einmal eine ansatzweise Auseinandersetzung mit den seit Jahren bekannten Einwänden statt.

7. Aufbewahrung und Überlassung (§ 17)

7.1. Im Gegensatz zu § 9 Abs 1 FMedG, dessen Verwendungsbeschränkungen für Keimzellen sich nur auf jene Samen- bzw Eizellen beziehen, **„die für [eine] medizinisch unterstützte Fortpflanzung verwendet werden sollen“**, fehlt eine solche Einschränkung in der Neuformulierung des § 17 FMedG. Die neue Textierung ist auch insofern zu begrüßen, als

nun auch die **Überlassung** von Keimzellen etc gem § 17 Abs 2 bei Erfüllung der dort genannten Zustimmungserfordernisse nicht mehr an einen bestimmten Adressatenkreis gebunden ist. Künftig wäre daher eine freiwillige Bereitstellung von Keimzellen an Forschungseinrichtungen, die über keine FMedG-Bewilligung verfügen, erlaubt, ebenso eine Überlassung von Keimzellen und entwicklungsfähigen Zellen an andere (ausländische) IVF-Kliniken außerhalb des örtlichen Anwendungsbereiches des FMedG.

7.2. Allerdings erfasst nun § 17 Abs 1 seinem Wortlaut nach sämtliche Fälle der „**Entnahme**“ und „**Aufbewahrung**“ von Samen, Eizellen udgl, und zwar unabhängig davon, ob diese Entnahme und Aufbewahrung für Zwecke der medizinisch unterstützten Fortpflanzung erfolgt oder nicht. Das könnte wegen der Bindung an eine gem § 5 Abs 2 zugelassene Krankenanstalt dahin gehend ausgelegt werden, dass andere Institutionen (zB Forschungseinrichtungen) Keimzellen weder entnehmen noch aufbewahren dürfen (und sie ihnen wegen der daran zwingend anschließenden „Aufbewahrung“ möglicherweise auch nicht „überlassen“ werden dürften). Das stünde jedoch in Widerspruch zu § 17 Abs 2, der die Überlassung an solche Einrichtungen nicht ausschließt. Auch nach bisheriger Rechtslage war es nicht verboten, Eizellen oder Samenzellen, die von vornherein für wissenschaftliche Zwecke gewonnen worden sind, weiterhin für Forschungszwecke aufbewahren und zu verwenden. In diesem Punkt empfiehlt sich zur Vermeidung von Konflikten mit der Forschungsfreiheit (Art 17 StGG) zumindest eine Klarstellung, dass der Regelungsanspruch des FMedG **nur Sachverhalte mit hinreichendem „Fortpflanzungsbezug“ umfasst**, bei denen es also um Zellen geht, die „für eine medizinisch unterstützen Fortpflanzung verwendet werden sollen“.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Univ.-Prof. DDr. Christian Kopetzki eh