

An den
Verfassungsgerichtshof
Judenplatz 11
1010 Wien

Betrifft:

Gesetzesprüfungsverfahren G 47/11 betreffend die Beschränkung des Anwendungsbereiches des Fortpflanzungsmedizingesetzes auf verschiedengeschlechtliche Paare

Mit Schreiben vom 20. Februar 2012 hat der Verfassungsgerichtshof die Bioethikkommission eingeladen, sich zur Frage zu äußern, „ob und bejahendenfalls welche Umstände aus dem Blickwinkel der von der Bioethikkommission wahrzunehmenden Belange die derzeitige gesetzliche Beschränkung zulässiger Maßnahmen der Fortpflanzungsmedizin auf – erstens – nicht alleinstehende Partner (bzw. auf Ehegatten) – und zweitens – **verschiedenen Geschlechts** zu rechtfertigen vermögen.“

Dazu erstattet die Bioethikkommission auf Grund ihres mit einer Mehrheit von 19 Stimmen gefassten Beschlusses vom 16. April 2012 folgende

Stellungnahme

1. Zur Beschränkung auf Partner verschiedenen Geschlechts

1.1. In den Materialien zum Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) und auch im hier gegenständlichen Anlassverfahren wurden für den Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der Inanspruchnahme fortpflanzungsmedizinischer Maßnahmen verschiedene Gründe ins Treffen geführt. Darüber hinausgehende Umstände, die diesen Ausschluss zu rechtfertigen vermögen, sieht die Bioethikkommission nicht; sie konnte sich daher darauf beschränken, die Überzeugungskraft der bereits bekannten Argumente zu prüfen. Dabei war die Bioethikkommission von zwei Prämissen geleitet:

Sie stellt zum einen fest, dass Menschen aufgrund ihrer homosexuellen Orientierung nach wie vor Benachteiligungen ausgesetzt sind. Das bringt die Betroffenen nicht nur in eine ausweglose Situation, weil sie ihre sexuelle Orientierung nicht zumutbar ändern können. Sehr oft werden diese Benachteiligungen auch, was für Diskriminierungen typisch ist, auf Annahmen gestützt, die sich bei näherem Hinsehen als nicht belegbar erweisen. Die Bioethikkommission hält es daher für entscheidend, besonderes Augenmerk auf die Frage zu legen, ob

die Beschränkungen des FMedG der Abwehr realer, dh empirisch nachweisbarer Gefahren dienen oder ob sie nur auf Vermutungen oder Vorurteilen beruhen.

Die Bioethikkommission geht weiters davon aus, dass der Wunsch sich fortzupflanzen für Menschen fundamental bedeutsam ist. Wird jemandem verboten, die für die Fortpflanzung erforderliche medizinische Unterstützung in Anspruch zu nehmen, so beschneidet das seine Freiheit in einem zentralen Bereich gravierend. Eine derart intensive Beschränkung kann nur gerechtfertigt werden, wenn sie der Abwehr schwerwiegender Gefahren dient.

1.2. Vor diesem Hintergrund hält die Bioethikkommission zwei Argumente, die für den Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der Reproduktionsmedizin ins Treffen geführt werden, von vornherein für nicht überzeugend:

Das gilt zunächst für die Aussage der Materialien zum FMedG, gleichgeschlechtlichen Paaren sollen „wegen der damit verbundenen Mißbrauchsgefahr („Leihmutterschaft“) keine medizinisch assistierten Zeugungshilfen geleistet werden“ (RV 216 BlgNR 18. GP 11). Die Gefahren, die mit einer Leihmutterschaft möglicherweise einhergehen, wehrt das FMedG ohnedies durch das absolute Verbot der Leihmutterschaft ab, das für heterosexuelle und homosexuelle Paare gleichermaßen gilt und homosexuelle männliche Paare im Effekt von der einzigen für sie in Betracht kommenden reproduktionsmedizinischen Maßnahme ausschließt. Dass das FMedG gleichgeschlechtlichen Paaren darüber hinaus auch alle anderen Formen der Reproduktionsmedizin (insbesondere lesbischen Paaren die Inanspruchnahme der Insemination) untersagt, kann allein mit dem Hinweis auf eine – nicht näher erläuterte – „Mißbrauchsgefahr“ nicht begründet werden. Denn bei vorurteilsfreier Betrachtung deutet nichts darauf hin, dass homosexuelle Menschen stärker als heterosexuelle zu einem Missbrauch neigen, etwa dazu, rechtliche Verbote wie jenes der Leihmutterschaft zu umgehen.

1.3. Nicht überzeugend ist ferner ein Argument, das in den Materialien zum FMedG nur anklingt. Es heißt dort ganz allgemein, durch die Inanspruchnahme der Reproduktionsmedizin sollen keine „ungewöhnliche[n] persönliche[n] Beziehungen“ geschaffen werden, die sich „von den Bedingungen und Folgen der natürlichen Fortpflanzung weit entfernen“ (RV 216 BlgNR 18. GP 11). Damit könnte auch gemeint sein, es sei „nicht normal“ (dh ungewöhnlich), wenn ein gleichgeschlechtliches Paar ein Kind hat. Das genügt nach Ansicht der Bioethikkommission jedoch nicht, um den Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare zu begründen: Aus ethischer Sicht ist es nämlich nicht zu rechtfertigen, einem Menschen die Verwirklichung eines existentiell wichtigen Bedürfnisses nur deshalb zu verbieten, weil es „nicht der Norm entspricht“. Von der Norm abzuweichen, dh *anders* zu sein, ist in einer demokratischen Gesellschaft das gute Recht jedes Bürgers und jeder Bürgerin. Zu bedenken ist auch, dass die Kategorie der „Natürlichkeit“ nicht objektiv, sondern kulturell und entwicklungsgeschichtlich großen Veränderungen unterworfen ist.

1.4.1. Das Entstehen ungewöhnlicher Beziehungen könnte einen Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der Fortpflanzungsmedizin allerdings dann rechtfertigen, wenn diese Beziehungen für die Beteiligten oder für Dritte mit realen und schwerwiegenden Gefahren verbunden wären. Damit ist das Kindeswohl angesprochen, dem die Bioethikkommission

sehr hohes Gewicht beimisst. Lässt sich bei vorurteilsfreier Betrachtung anhand von wissenschaftlichen Studien zeigen, dass ein Kind, das bei einem gleichgeschlechtlichen Paar aufwächst, in seiner Entwicklung Schaden nimmt oder dass die Gefahr eines Schadens hier höher ist als bei Kindern verschiedengeschlechtlicher Paare, so wäre es aus der Sicht der Bioethikkommission zweifellos gerechtfertigt, gleichgeschlechtliche Paare von der medizinisch unterstützten Fortpflanzung auszuschließen.

1.4.2. Solange empirische Erfahrungen in dieser Hinsicht fehlen, ist der Gesetzgeber freilich in einer schwierigen Lage: Denn einerseits beruht der Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare dann ja gerade nicht auf Fakten, sondern bloß auf Vermutungen, die auch unbegründet sein können; andererseits sollen Kinder vor allen Gefahren, dh auch vor solchen, die nur möglicherweise bestehen, bestmöglich geschützt werden. Zumindest bei so gewichtigen Rechtsgütern wie dem Kindeswohl hält es die Bioethikkommission für verständlich, wenn der Gesetzgeber im Zweifel, also mangels objektiver Entscheidungsgrundlagen, zunächst zur Vorsicht neigt und das – aufgrund plausibler Annahmen nur möglicherweise gefährdete – Kindeswohl über den Wunsch gleichgeschlechtlicher Paare nach eigenen Kindern stellt.

1.4.3. Eine derart ungewisse Entscheidungslage besteht im hier relevanten Bereich allerdings seit längerem nicht mehr: Wie sich Kinder in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften entwickeln, wird schon seit den 1970er Jahren wissenschaftlich erforscht. Diese Forschungen haben sich in den letzten zwei Jahrzehnten weiter intensiviert und vertieft, nachdem zahlreiche Staaten die Reproduktionsmedizin und die Adoption für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet haben; das hat das Erfahrungswissen für eine fundierte entwicklungspsychologische Einschätzung erheblich verbreitert.

1.4.4. Auf diesen empirischen Erfahrungen basierende Studien zeigen, dass sich Kinder und Jugendliche aus gleichgeschlechtlichen Partnerschaften nicht wesentlich von Kindern und Jugendlichen unterscheiden, die bei verschiedengeschlechtlichen Paaren aufwachsen. So kommt zB *Rupp* in einer im Auftrag des deutschen Bundesministeriums für Justiz erstellten Untersuchung zu 693 Kindern und Jugendlichen, für die 1059 Elternteile, 119 Kinder und Jugendliche und 29 Experten (ua aus Lehrberufen und Beratungsstellen), befragt wurden, zu folgendem Fazit (*Rupp*, Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, 2009, 308):

„Die Ergebnisse zeigen, dass sich Kinder und Jugendliche aus LP [Anm.: gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften] in Bezug auf die Beziehungsqualität zu beiden Elternteilen und in ihrer psychischen Anpassung von Kindern und Jugendlichen, die in anderen Familienformen aufwachsen, nur wenig unterscheiden. Gleiches gilt für Konflikte zwischen den Partner(inne)n in der LP sowie für Auseinandersetzungen mit dem externen Elternteil. Signifikante Unterschiede fanden sich dahingehend, dass Kinder und Jugendliche aus LP über ein höheres Selbstwertgefühl und über mehr Autonomie in der Beziehung zu beiden Elternteilen berichteten als Gleichaltrige in anderen Familienformen.

Die Ergebnisse der Kinderstudie legen in der Zusammenschau nahe, dass sich Kinder und Jugendliche in Regenbogenfamilien ebenso gut entwickeln wie Kinder in anderen Familienformen. Unabhängig von der Familienform wirken sehr ähnliche Einflussfakto-

ren. Entscheidend für die Entwicklung der Kinder ist nicht die Struktur der Familie, sondern die Qualität der innerfamiliären Beziehungen. Für die betrachteten Entwicklungsdimensionen von Kindern und Jugendlichen erwies es sich somit als nicht bedeutsam, ob sie bei einem allein erziehenden Elternteil, zwei Müttern oder Vätern oder bei Vater und Mutter aufwachsen, sondern wie die Beziehungsqualität in diesen Familien ist.“

Zu einem vergleichbaren Schluss kommt eine im Vereinigten Königreich erstellte Langzeitstudie von *Golombok* und *Badger*, die nach einer vergleichenden Studie von Kindern im frühen Schulalter (Phase I) und in der frühen Jugend (Phase II) in der dritten Phase junge Erwachsene aus 27 Familien von alleinstehenden Frauen und 20 Familien von lesbischen Paaren mit jungen Erwachsenen aus 36 „traditionellen“ Familien verglichen haben und resümierend feststellen (*Golombok/Badger*, Children raised in mother-headed families from infancy: a follow-up of children of lesbian and single heterosexual mothers, at early adulthood, Human Reproduction, Vol.25, No.1 2010, 150):

“The female-headed families were found to be similar to the traditional families on a range of measures of quality of parenting and young adults’ psychological adjustment. Where differences were identified between family types, these pointed to more positive family relationships and greater psychological wellbeing among young adults raised in female-headed homes.”

Wie die Studie von *Rupp* halten auch *Golombok/Badger* fest (aaO, 156):

“the quality of family relationships matters more than the way in which a family is formed”.

Intensive Forschungen werden zu dieser Frage auch in den USA angestellt. So haben *Gartrell* und *Bos* in einer Langzeitstudie die Entwicklung von über 70 Kindern lesbischer Paare von Geburt an bis zu ihrem 17. Lebensjahr untersucht. Auch sie kommen zum Ergebnis (*Gartrell/Bos*, US National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-Year-Old Adolescents, PEDIATRICS Volume 126, Number 1, July 2010, 1):

“According to their mothers’ reports, the 17-year-old daughters and sons of lesbian mothers were rated significantly higher in social, school/academic, and total competence and significantly lower in social problems, rule-breaking, aggressive, and externalizing problem behavior than their age-matched counterparts in Achenbach’s normative sample of American youth. Within the lesbian family sample, no Child Behavior Checklist differences were found among adolescent offspring who were conceived by known, as-yet-unknown, and permanently unknown donors or between offspring whose mothers were still together and offspring whose mothers had separated.”

Noch breiter und längerfristig angelegt ist eine Meta-Analyse, die angesichts bisweilen geäußelter Zweifel über das den bisherigen Forschungen zugrundeliegende Datenmaterial 23 Studien auswertet, die in Belgien, den Niederlanden, Dänemark, dem Vereinigten Königreich und Nordamerika zwischen 1978 und 2000 publiziert wurden und die insgesamt 615 Kinder lesbischer Mütter und homosexueller Väter im Alter zwischen 1,5 und 44 Jahren im Vergleich zu 387 Kindern aus traditionellen Familien erfassen. Die erwähnte Meta-Analyse resümiert (*Anderssen/Amlie/Ytterøy*, Outcomes for children with lesbian or gay parents. A

review of studies from 1978 to 2000, Scandinavian Journal of Psychology 2002, Volume 43, 335):

“Seven types of outcomes were found to be typical: emotional functioning, sexual preference, stigmatization, gender role behavior, behavioral adjustment, gender identity, and cognitive functioning. Children raised by lesbian mothers or gay fathers did not systematically differ from other children on any of the outcomes. The studies indicate that children raised by lesbian women do not experience adverse outcomes compared with other children. The same holds for children raised by gay men, but more studies should be done.”

1.4.5. Angesichts dieses, hier nur durch einige beispielhafte Studien belegten, insgesamt aber sehr breiten Forschungsstandes (zahlreiche weitere Nachweise finden sich zB bei *Rupp*, aaO, 23 ff) erscheint es der Bioethikkommission nicht gerechtfertigt anzunehmen, dass Kinder gleichgeschlechtlicher Paare in ihrer Entwicklung beeinträchtigt sind, solange derartige Beeinträchtigungen nicht durch valide und gleich repräsentative Gegenstudien belegt werden können. Solche Gegenstudien liegen der Bioethikkommission nicht vor. Sie nimmt daher im Einklang mit dem Stand der Forschung an, dass für die Entwicklung eines Kindes nicht bedeutend ist, ob es bei einem Elternteil, in einer gleichgeschlechtlichen oder in einer verschiedengeschlechtlichen Partnerschaft aufwächst; entscheidend ist vielmehr die innerfamiliäre Beziehungsqualität, die in Familien mit alleinstehenden Elternteilen und gleichgeschlechtlichen Paaren ebenso hoch sein kann wie in Familien mit verschiedengeschlechtlichen Eltern. Ausgehend davon hält die Bioethikkommission entwicklungspsychologische Bedenken nicht für geeignet, den Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Maßnahmen zu rechtfertigen.

Dabei wird nicht verkannt, dass Kinder und Jugendliche aus gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften aufgrund ihrer spezifischen Familiensituation zum Teil auch Diskriminierungserfahrungen machen, die seelisch belastend sein können (s die Nachweise bei *Rupp*, aaO, 26 f, 203 ff, 257 ff, 306 f). Auf Vorurteilen und Intoleranz beruhende Reaktionen von Teilen der Gesellschaft rechtfertigen es nach Meinung der Bioethikkommission aber keinesfalls, gleichgeschlechtlichen Paaren die Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Maßnahmen zu verbieten; sonst müsste man alle Menschen, die (zB wegen ihres Migrationshintergrundes, ihrer Hautfarbe, ihrer Religion, aufgrund einer vererblichen Behinderung) einer diskriminierten Gruppe angehören, von medizinisch unterstützter Fortpflanzung ausschließen. Die Zeugung von Kindern nur deshalb zu untersagen, weil sie dem Risiko gesellschaftlicher Diskriminierung ausgesetzt sein könnten, hielte die Bioethikkommission daher für einen inakzeptablen und nicht verallgemeinerungsfähigen Standpunkt. Davon abgesehen bemerkt die Bioethikkommission, dass der Staat Kinder nie vollständig vor negativen Erfahrungen schützen kann und das auch tatsächlich nicht tut. So leiden Kinder erfahrungsgemäß besonders, wenn ihre Eltern sich scheiden lassen; dennoch ist die Scheidung nach österreichischem Recht nicht verboten.

1.5.1. Für den Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare wird schließlich ins Treffen geführt, Kinder solcher Paare hätten nur einen Elternteil im rechtlichen Sinn – das Kind eines lesbi-

schen Paares nur eine Mutter, das Kind eines männlichen homosexuellen Paares nur einen Vater – und damit nur eine obsorgepflichtige Person.

1.5.2. Auch dieser Umstand kann die Beschränkungen des FMedG nach Ansicht der Bioethikkommission nicht rechtfertigen. Zwar mag es für ein Kind nachteilig sein, nur *eine* obsorgepflichtige Person zu haben; diesen Nachteil verursacht aber gerade die derzeit bestehende Rechtslage, die der Gesetzgeber problemlos ändern könnte. Er müsste nur – was angesichts der erwähnten Forschungen zum Kindeswohl auch nahe liegt – die Partnerin der Kindesmutter (den Partner des Kindesvaters) als Elternteil im rechtlichen Sinn anerkennen, wie das zB im englischen Human Fertilisation and Embryology Act 2008 geschieht: Dann hätte auch das Kind gleichgeschlechtlicher Paare zwei obsorgepflichtige Elternteile im rechtlichen Sinn. Hier kann offen bleiben, ob der Gesetzgeber eine solche Anerkennung aussprechen muss; es erschiene der Bioethikkommission aber unangemessen, eine so gravierende Freiheitsbeschränkung wie das Verbot der Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Maßnahmen mit Umständen zu begründen, die der Gesetzgeber selbst herbeigeführt hat und die er ohne weiteres beseitigen kann.

1.5.3. Hinzu kommt, dass die Vaterlosigkeit auch bei Kindern, die auf natürlichem Weg gezeugt werden, keine Seltenheit ist, und zwar nicht nur dann, wenn der Vater stirbt, sondern auch dann, wenn die Mutter den Namen des Vaters nicht bekanntgibt, wozu sie nach § 163a Abs 1 ABGB ausdrücklich berechtigt ist. Die Bioethikkommission kann nicht sehen, warum die Vaterlosigkeit eines Kindes dann gerade bei lesbischen Paaren so schädlich sein soll, dass die Zeugung eines solchen Kindes verboten werden muss.

1.6. Zusammengefasst hält die Bioethikkommission keinen der erörterten Gründe für geeignet, die Beschränkung der Fortpflanzungsmedizin auf verschiedengeschlechtliche Partner zu rechtfertigen. Aus dem Blickwinkel der von ihr wahrzunehmenden Belange sieht die Bioethikkommission auch sonst keine Umstände, die diese Benachteiligung begründen können.

2. Zur Beschränkung auf nicht alleinstehende Personen

2.1. Die Beschränkung der Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Maßnahmen auf nicht alleinstehende Personen begründen die Materialien zum FMedG mit demselben Argument wie die Beschränkung auf verschiedengeschlechtliche Paare: Alleinstehenden Frauen sollen „wegen der damit verbundenen Mißbrauchsgefahr („Leihmutterchaft“) keine medizinisch assistierten Zeugungshilfen geleistet werden“ (RV 216 BlgNR 18. GP 11). Zur Überzeugungskraft dieses Arguments kann auf das oben (1.2.) Gesagte verwiesen werden. Das im FMedG ohnedies statuierte Leihmutterverbot schließt im Effekt zwar alleinstehende Männer von der einzigen für sie in Betracht kommenden reproduktionsmedizinischen Maßnahme aus. Dass das FMedG darüber hinaus aber auch alleinstehenden Frauen jede andere Form der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, insbesondere die Insemination verbietet, kann mit der Gefahr eines „Mißbrauchs“ nicht erklärt werden. Insbesondere ist nicht zu sehen, dass die Neigung zu Mißbrauch und Rechtsbruch bei alleinstehenden Frauen größer wäre als bei Frauen in einer Partnerschaft.

2.2. Angesichts des oben (1.4.4.) referierten Forschungsstandes ist die Bioethikkommission weiters der Ansicht, dass es auch entwicklungspsychologische Bedenken nicht rechtfertigen, alleinstehenden Frauen die Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Maßnahmen zu verbieten. Da für die Entwicklung eines Kindes nicht die Zusammensetzung der Familie, sondern die innerfamiliäre Beziehungsqualität entscheidend ist, können sich Kinder alleinstehender Frauen ebenso günstig entwickeln wie Kinder in „traditionellen“ Familien.

2.3. Hinzu kommt auch im vorliegenden Zusammenhang, dass der Gesetzgeber der Mutter eines natürlich gezeugten Kindes ausdrücklich das Recht einräumt, den Namen des Vaters zu verschweigen (§ 163a Abs 1 ABGB). Die Bioethikkommission kann nicht erkennen, warum dann die Vaterlosigkeit für ein mit medizinischer Unterstützung gezeugtes Kind so nachteilig sein soll, dass es gerechtfertigt wäre, die Zeugung dieses Kindes zu verbieten.

2.4. Zusammengefasst hält die Bioethikkommission weder die in den Materialien erwähnte „Mißbrauchsgefahr“ noch Argumente des Kindeswohles für geeignet, den Ausschluss alleinstehender Frauen von der Fortpflanzungsmedizin zu rechtfertigen. Die Bioethikkommission sieht auch sonst keine Umstände, die diese Beschränkung begründen können.

3. Ergebnis

Die Bioethikkommission ist folglich der Ansicht, dass aus dem Blickwinkel der von ihr wahrzunehmenden Belange kein Grund vorliegt, der die derzeitige gesetzliche Beschränkung zulässiger Maßnahmen der Fortpflanzungsmedizin auf – erstens – nicht alleinstehende Partner (bzw. auf Ehegatten) – und zweitens – verschiedenen Geschlechts zu rechtfertigen vermag.

Dr. Christiane Druml
Univ.-Prof. Mag. Dr. Markus Hengstschläger
Univ.-Prof. Dr. h.c. Dr. Peter Kampits
Priv.-Doz. Dr. Diana Bonderman
Univ.-Prof. DDr. Michael Fischer
Primarius Dr. Ludwig Kaspar
Dr. Maria Kletecka-Pulker
Univ.-Prof. DDr. Christian Kopetzki
Univ.-Prof. Dr. Ursula Köller MPH
Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Körtner
Primaria Univ.-Prof. DDr. Barbara Maier
Univ.-Prof. Dr. DI. Christine Mannhalter
Univ.-Prof. Dr. Magdalena Pöschl
Univ.-Prof. Dr. Barbara Prainsack
Univ.-Prof. Dr. Marianne Springer-Kremser
Univ.-Prof. DDr. Michaela Strasser
Dr. Klaus Voget
Univ.-Prof. Dr. Ina Wagner
Univ.-Prof. Dr. Ernst Wolner

Abweichende Auffassung

zum Beschluss der Bioethikkommission vom 16. April 2012

Allgemeines

1. Zuständigkeit

Aufgabe der Bioethikkommission ist die Beratung des Bundeskanzlers in allen gesellschaftlichen, naturwissenschaftlichen und rechtlichen Fragen aus ethischer Sicht, die sich im Zusammenhang mit der Entwicklung der Wissenschaften auf dem Gebiet der Humanmedizin und – biologie ergeben (§ 2 Abs 1 der VO des Bundeskanzlers über die Einsetzung einer Bioethikkommission). Da die Fragestellung aber wesentliche frauen- und familienpolitische Aspekte betrifft empfiehlt sich zudem die Einholung weiterer Stellungnahmen der zuständigen Ministerien.

2. Beurteilungsspielraum

In Abwägung des grundsätzlichen Rechts auf medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Art 8 Abs 1 EMRK) und den in Art 8 Abs 2 EMRK genannten Schutzgütern kommt dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zu. Insbesondere ist bei der gegebenen Fragestellung zu prüfen, ob § 2 Abs 1 FMedG eine Maßnahme ist, die zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig und verhältnismäßig ist. Aufgrund der ähnlichen Fragestellungen können die Erörterungen in S.H./Austria, EGMR v 3.11.2011 sowie in VfGH v 14.10.1999, G91/98, G116/98 wesentlich berücksichtigt werden. Insbesondere macht der EGMR zum Umfang des Beurteilungsspielraums in S.H./Austria, EGMR v 3.11.2011 deutlich, dass er trotz eines Trends zur Gametenspende in den Mitgliedsstaaten keine Einschränkung des Spielraums annimmt, sondern vielmehr in der Abwägung der moralisch/ethischen Kritikpunkte mit den technischen Entwicklungen den Mitgliedsstaaten ein breites Entscheidungsspektrum einräumt.¹

3. Der Wunsch nach dem eigenen Kind

Der Wunsch eines Menschen, eigene Kinder zu bekommen, ist nicht nur zu achten, sondern auch zu fördern. Er ist ein Ausdruck der Bejahung neuen Lebens. Wer bereit ist, Kindern das Leben zu schenken, ist bereit, Verantwortung für eine neue Generation zu übernehmen. Dies ist eine Einstellung, die für die Weiterentwicklung einer Gesellschaft und ihren Zusammenhalt von großer Bedeutung ist und daher von dieser gefördert werden soll.

Kinder sind jedoch ein Selbstzweck. Sie sind, weil der Mensch aus sich selbst heraus das Recht hat, zu sein. Kinder sind daher vor allem Subjekt und haben das Recht, um ihrer selbst

¹ S.H./Austria, EGMR v. 3.11.11, 96f.: "... The emerging consensus ... does not decisively narrow the margin of appreciation of the State. And since the questions raised by the case touch on areas where there is not yet clear common ground amongst the member States, the Court considers that the margin of appreciation to be afforded to the respondent State must be wide one ...".

willen gewollt und angenommen zu werden. Dies schlägt sich in der Bereitschaft nieder, ihr Wohl bedingungslos ernst zu nehmen. Sobald nicht das Kind selbst, sondern der eigene Fortpflanzungswunsch im Vordergrund steht, kann sich ein ethisches Dilemma ergeben. Obwohl es also grundsätzlich ein positives Ziel einer Gesellschaft sein sollte, dass möglichst viele Kinder geboren werden, sind die näheren Umstände der Zeugung ethisch nicht irrelevant.

Ähnlich wie im Adoptions- und Pflegschaftsrecht übernimmt der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der künstlichen Befruchtung Verantwortung über das soziale Umfeld, in welches Kinder vermittelt, resp. geboren werden. Dem Fortpflanzungswillen eines Paares resp. einer Einzelperson ist daher der Aspekt des Kindeswohls gegenüberzustellen. Gerade letzteres ist daher auch der leitende Gedanke des gesamten Familienrechts.²

Anmerkungen zum Verbot der IVF für homosexuelle Paare und alleinstehende Personen

1. Fortpflanzungsfreiheit

Unbestritten ist die Freiheit eines jeden Menschen, sich fortzupflanzen (Art 8 Abs 1 EMRK). Kritisch zu beurteilen ist allerdings die Frage, wie unmittelbar daraus auch das Recht ableitbar ist, jegliche Form technisch-medizinischer Unterstützung in Anspruch nehmen zu dürfen, um ein eigenes Kind zu zeugen. Verfassungsrechtlich ist hier zu diskutieren, ob es sich dabei um ein Freiheitsrecht/Abwehrrecht oder ein Teilhaberecht/Anspruchsrecht handelt.

Gegen die Anschauung, es handle sich hier nur um ein Freiheitsrecht, ist zu sagen, dass eine Zulassung der IVF für lesbische Paare und alleinstehende Frauen faktisch unausweichlich zu einer Öffnung der finanziellen Förderung auch für diese Fälle der künstlichen Befruchtung führen wird, um Diskriminierungen zu vermeiden.

Die bestehende Freiheit, im Ausland technisch-medizinische Unterstützung in Anspruch nehmen zu können, um ein Kind zu zeugen, bei gleichzeitigem Verzicht auf rechtliche Zulassung und staatliche Förderung im Inland, muss nicht als Doppelmoral, sondern kann als ein ausgewogener Kompromiss angesehen werden.³

2. Leihmutterschaft

Das Problem der Leihmutterschaft lässt sich nicht völlig ausklammern. Bei einer Zulassung der IVF für lesbische Paare wird sich das Problem der Ungleichbehandlung männlich-homosexueller Paare stellen und das Verbot der Leihmutterschaft könnte in diesem Zusammenhang leicht als unverhältnismäßige Maßnahme gewertet werden. Es ist nicht zu sehen,

² Bei der Beantwortung der gestellten Frage sollte es daher primär um das Kindeswohl gehen, insofern handelt es sich nicht um eine Frage der Diskriminierung oder Nicht-Diskriminierung von homosexuellen Personen.

³ So auch der EGMR zur Fremdsamenspende in vivo/in vitro in S.H./Austria, EGMR V 3.11.11: „114. ... It shows rather the careful and cautious approach adopted by the Austrian legislature in seeking to reconcile social realities with its approach of principle in this field. In this connection the Court observes that there is no prohibition under Austrian law on going abroad to seek treatment of infertility that uses artificial procreation techniques not allowed in Austria and that in the event of a successful treatment the Civil Code contains clear rules on paternity and maternity that respect the wishes of the parents...“.

warum nicht auch hier auf rechtliche Möglichkeiten verwiesen werden könnte, Missbrauchsgefahren zu wehren.

3. *Gespaltene Familienstrukturen*

Tatsächlich ist der Ausdruck „ungewöhnliche“ persönliche Beziehungen unglücklich. Die vorausschauende Vermeidung gespaltener Familienstrukturen ist jedoch sehr wohl ein berechtigtes Anliegen des Gesetzgebers im Hinblick nicht nur auf das Wohl des betroffenen Kindes, sondern auch der dadurch betroffenen Generationenabfolge. Dies umso mehr, da es sich um eine Konstellation handelt, in der derartige Situationen ex ante leicht vermieden werden können.

4. *Das Kindeswohl*

Der Feststellung, dass „reale und schwerwiegende Gefahren“ für das Kind oder auch nur die höhere „Gefahr eines Schadens“ im Vergleich zu Kindern verschiedengeschlechtlicher Paare einen Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der medizinisch unterstützten Fortpflanzung zur Folge haben müssten, wird begrüßt.

5. *Die Studienlage zum Kindeswohl*

Die Annahme, dass die Entscheidungslage hinsichtlich des Kindeswohls, was die empirische Datenlage angeht, völlig klar und eindeutig sei, kann jedoch nicht geteilt werden. Auch wenn sich der Trend, dass die Qualität der familiären Beziehungen für das Kindeswohl entscheidend ist, durchhält und die bisherigen Studien betreffend homosexual and lesbian parenting keine alarmierenden Ergebnisse im Sinn von Schäden für das Kindeswohl liefern, bestehen nach wie vor Unsicherheiten bzw. beträchtliche Spannungen in den Ergebnissen. So leiden ältere Studien, die den Vorteil einer längerfristigen Beobachtung haben, deutlich unter sehr geringen Fallzahlen.⁴ Die Studie von Rupp (2009) beruht auf telefonischen Interviews von Eltern, die sich selbst gemeldet haben (self-selecting) und die selbst ihre Erziehungsqualitäten bzw. die Entwicklung ihrer Kinder einschätzen sollen; und auf nur einer geringen Anzahl direkter Befragung betroffener Kinder.⁵ Man muss sich zudem bewusst machen, dass die indirekte Erhebung des Kindeswohls über die Befragung von Eltern im Kontext einer gesellschaftlich hoch engagierten und emotionalisierten Debatte über die Rechte von homosexuellen und lesbischen Menschen und Paaren erfolgt. Insgesamt fehlen Langzeitbeobachtungen, die gerade im Hinblick auf die langfristige psychosexuelle Entwicklung notwendig wären.

Zudem lassen sich in der wissenschaftlichen und in der entsprechenden gesellschaftspolitischen Diskussion zwei Tendenzen beobachten, die in ihrer Widersprüchlichkeit zu denken

⁴ Zur Kritik an der Methodik einschlägiger Studien ua CARE, 2008, *The Fatherhood Bibliography*, London, www.care.org.uk/fathers.

⁵ Vonholdt, *Das Kindeswohl nicht im Blick – Eine kritische Auseinandersetzung mit der Studie „Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften“* [Rupp], http://www.dijg.de/homosexualitaet/adoptionsrecht/kindeswohl-nicht-im-blick-homosexuelle/?sword_list%5B0%5D=adoption.

geben. Während auf der einen Seite die These verfochten wird, dass die klassische Familienkonstellation (Vater-Mutter-Kind) keinerlei Mehrwert für die Entwicklung des Kindes hat, stehen wir auf der anderen Seite vor einem Trend, den Vater aufgrund seiner prägenden Rolle mehr in die Kindererziehung einzubeziehen (Stichwort: Vaterkarenz), bzw. dem Kind das Recht einzuräumen, Vater und Mutter zu sehen. Auf wissenschaftlicher Ebene stehen den Studien über die Entwicklung von in lesbischen Partnerschaften aufwachsenden Kindern Studien gegenüber, die die Rolle des Vaters bzw. sein Fehlen als wesentlich für die Entwicklung des Kindes hervorheben.⁶

6. *Recht des Kindes auf Vater und Mutter*

Die Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Maßnahme für lesbische Paare hat für das Kind immer eine Aufspaltung der Elternschaft zur Folge. Gerade bei IVF für lesbische Paare ist der Vater naturgemäß von Beginn an „präsent“ – das Kind wird ab einem gewissen Alter unausweichlich nach ihm fragen. Geht man von einem ganzheitlichen Menschenbild aus (Mensch als bio-psycho-soziale Einheit), wie es sich im letzten Jahrhundert langsam und auf breiter Ebene durchgesetzt hat, kann die biologisch-genetische Herkunft für die psychosoziale Identitätsentwicklung nicht bedeutungslos sein. International spiegelt sich dies unter anderem in dem zunehmend anerkannten Recht von Kindern, um die eigene genetische Herkunft zu wissen, wider. So kennt die UN Kinderrechtskonvention in Art 7 u 8 ein Recht des Kindes, seine Elternteile zu kennen, und von ihnen betreut zu werden. Unseres Erachtens geht es hier nicht um einen beliebigen Rechtsanspruch, sondern um ein dahinter liegendes zentrales „Interesse“ des Kindes, um eine wichtige Bedingung gelingender Identität.

7. *Beziehungsstabilität*

Im Zusammenhang mit den Auswirkungen von Patchwork-Beziehungen bzw. gespaltener Elternschaft darf es tatsächlich keine Rolle spielen, ob Kinder aus diesen Strukturen von anderen Personen aufgezogen, gemieden oder sonst diskriminiert werden. Einer derartigen Behandlung muss die Gesellschaft bei Bedarf auch mit Hilfe der Rechtsordnung selbstverständlich entgegenwirken.

Wesentlich ist aber, ob und wie die Kinder unter solchen Strukturen aufgrund mangelnder oder sich ändernder Bezugspersonen in ihrer Entwicklung leiden. Was die Beziehungsstabilität von lesbischen Paaren und homosexuellen Partnerschaften angeht, ist der empirische Befund bzw dessen Interpretation keineswegs eindeutig. Empirische Ergebnisse, die auf eine wesentlich höhere Trennungsrate bei homosexuellen Paaren hinweisen, wären eingehender zu prüfen.⁷

⁶ CARE, 2008, The Fatherhood Bibliography, London, www.care.org.uk/fathers; Centre for Social Justice, Breakdown Britain and Breakthrough Britain, www.centreforsocialjustice.org.uk.

⁷ Nach einer Studie liege die Trennungsrate bei homosexuellen Paaren um 50% höher als bei verheirateten heterosexuellen Paaren und die Trennungsrate von lesbischen Paaren in Schweden wäre doppelt so hoch als jene von männlichen-homosexuellen Paaren. Andersson, Gunar et al., 2006, „The Demographics of Same-Sex Marriages in Norway and Sweden“, *Demography*, 43, pp.79-98.

Das Argument, dass Patchwork-Beziehungen und Alleinerziehende mittlerweile immer häufiger auftreten bzw. zum „Normalfall“ geworden sind, überzeugt nicht. Wieder gilt, dass die Tatsache als solche nichts darüber aussagt, ob diese Entwicklung auch erstrebenswert ist (fact-value Dichotomie). Vielmehr betrachten die meisten Betroffenen selbst ihre Situation nicht als ideal und von vornherein anzustreben. Genau hierin aber liegt der wesentliche Unterschied für die Beurteilung der Zulassung der künstlichen Befruchtung. Während der Gesetzgeber im Fall der Adoption und Pflegeelternschaft zum Wohle des bereits geborenen Kindes im Zuge individueller Prüfung die beste Betreuungsmöglichkeit gleichsam ex post ermöglichen soll, ist er bei der Zugangsregelung zur künstlichen Befruchtung in der Lage belastende Konstellationen ex ante zu vermeiden.

8. *Gesellschaftlicher Konsens*

Im Zusammenhang mit dem Beurteilungsspielraum wird immer wieder ein gesellschaftlicher europäischer Konsens ins Treffen geführt. Zum Einen muss hier daraufhingewiesen werden, dass der EGMR in S.H./Austria die Rolle des gesellschaftlichen Konsenses in diesen Fragen als wenig entscheidungsrelevant eingestuft hat.⁸ Zum Anderen ist der Konsens selbst nicht so eindeutig wie oft unterstellt. So wurde im März 2012 nach einer Volksabstimmung in Slowenien die Möglichkeit der Ehe für Homosexuelle wieder abgeschafft. Auch in Frankreich ist die gesellschaftspolitische Diskussion in dieser Frage äußerst kontrovers. Eine britische Umfrage aus dem Mai 2008 ergab, dass 60% erklärten, wie wichtig es sei, dass Kinder sowohl Vater als auch Mutter haben, nur 24% meinten, dass der Partner aus der gleichgeschlechtlichen Beziehung gleichermaßen rechtlich anerkannt werden sollte wie der biologische Elternteil.⁹

Schließlich räumt der EGMR dem nationalen Staat grundsätzlich eine besondere Urteilskompetenz sowohl hinsichtlich des nationalen moralischen Standards als auch hinsichtlich der Überprüfung der Notwendigkeit einer Beschränkung, um diesen gerecht zu werden, ein.¹⁰ Daher ist daran zu erinnern, dass die angefochtene Bestimmung des § 2 Abs 1 FMedG erst kürzlich im Jahre 2009 im Zuge der Einführung der Eingetragenen Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare aufgrund mehrfachen Wunsches im Rahmen des Begutachtungsverfahrens eingefügt wurde.¹¹

⁸ s. Fn 1.

⁹ YouGov Polling May 2008, zitiert in Fathers not included – Assisted reproduction, the need for a father and the meaning of parenthood, Early Report from the Assisted Reproduction Working Group of the Family Law Review (under the auspices of the Centre for Social Justice) to address issues arising in the Human Fertilisation and Embryology Bill [HL] (2007-08), 9.

¹⁰ S.H./Austria, EGMR v 3.11.11, 94: "...By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are, in principle, in a better position than the international judge to give an opinion, not only on the "exact content of the requirements of morals" in their country, but also on the necessity of a restriction intended to meet them ...".

¹¹ 485 d Beilage (XXIV.GP) – Eingetragene Partnerschaft Gesetz, S. 17.

Anmerkungen zur grundsätzlich zurückhaltenden Zulassung der IVF

Abschließend sei an Probleme erinnert, die sich allgemein mit der IVF verbinden und die bisher zu Zurückhaltung bei der Zulassung von IVF geführt haben.

1. Zurückhaltung bei der Zulassung der In-Vitro-Fertilisation aufgrund medizinischer Bedenken

Die vom VfGH¹² bestätigten medizinischen Bedenken des Gesetzgebers, mit denen er die beschränkte Zulassung der IVF rechtfertigte, werden mittlerweile durch die Kritik an der gängigen IVF-Praxis untermauert.¹³ Beispielsweise kommt es durch zu hohen Embryonentransfer überproportional zu Mehrlingsschwangerschaften, die per se als Risikoschwangerschaften gelten. Frühgeburten, Unterversorgung und Fetoizid sind bekannte Folgeerscheinungen. Führende Experten warnen vor diesen Risiken, fordern eine Reglementierung des Embryonentransfers, die Einführung einer umfassenden Baby-Take-Home Rate und die Aufzeichnung von Schwangerschaftskomplikationen sowie der gesundheitlichen Entwicklung von Mutter und Kind. Bisher wurden die geforderten Maßnahmen allerdings nicht umgesetzt.

2. Bedenken aufgrund überzähliger Embryonen

Ein weiterer Grund für die zurückhaltende Zulassung der IVF waren die Bedenken gegenüber überzähligen Embryonen.¹⁴ An diesen Bedenken hat sich nichts geändert.

3. Zurückhaltende Zulassung der IVF aufgrund sozialer Bedenken

In den Erläuternden Bemerkungen zum FMedG werden weiters als Gründe für die beschränkte Zulassung der hohe technische Aufwand, die potentiell weitgehende Entfernung der Methode von den Gegebenheiten der natürlichen Fortpflanzung sowie die Möglichkeit der Schaffung ungewöhnlicher persönlicher Beziehungen angeführt.

An diesen Bedenken hat sich an sich nichts geändert. IVF ist weiters mit einem hohen technischen Aufwand und einer starken körperlichen Belastung verbunden. Mit der Zulassung der IVF für homosexuelle Paare bzw. alleinstehende Personen würde weiters die Grundintention, die Unfruchtbarkeit eines heterosexuellen Paares zu überwinden, verlassen. Vielmehr würde der Fortpflanzungswille erwachsener Personen über das Recht des Kindes, seine Elternteile zu kennen und von ihnen betreut zu werden (Art 7 UN Kinderrechtskonvention),

¹² VfGH v 14.10.1999, G91/98, G116/98: 2.4.2.3. Es kann dem Gesetzgeber derzeit nicht entgegengetreten werden, wenn er das zulässige Anwendungsfeld der In-Vitro-Fertilisation, auch angesichts der besonderen Folgeschätzung solcher Maßnahmen im Hinblick auf das Wohl des Kindes, auf homologe Methoden einschränken, und insgesamt bei der Zulassung derartiger medizinischer Methoden Zurückhaltung üben wollte.“

¹³ Siehe dazu den Bericht und die Empfehlungen des Obersten Sanitätsrats im Bereich des Qualitätsmanagement der gängigen IVF-Praxis.

¹⁴ VfGH v 14.10.1999, G91/98, G116/98, 2.3.3.

gestellt werden. Damit würde man bewusst in einer Situation, die noch sehr leicht beeinflussbar ist, gespaltene Beziehungsstrukturen in Kauf nehmen.

Univ.-Prof. DDr. Matthias Beck
ao. Univ.-Prof. Dr. Lukas Kenner
Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal
Univ.-Prof. Dr. Johannes Gobertus Meran MA
em RA Dr. Stephanie Merckens
Univ.-Prof. DDr. Walter Schaupp

16. April 2012

Dr. Christiane Druml

Vorsitzende der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt