

Christian Kopetzki

Altes und Neues zur Präimplantationsdiagnostik

- I. Einleitung
- II. Die PID im einfachgesetzlichen Recht:
schwindende Gewissheiten?
- III. Verfassungsrechtliche Aspekte
 - A. Lebensschutz für den Embryo in vitro?
 - B. Menschenwürde
 - C. Gleichheitssatz
 - D. Diskriminierungsschutz für behinderte Menschen
 - E. Entscheidungsautonomie der Frau und Art 8 EMRK
 - 1. Allgemeines
 - 2. Beschränkung der PID als Eingriff in Art 8 EMRK
 - 3. Zur Zulässigkeit des Eingriffs gem Art 8 Abs 2 EMRK
- IV. Völkerrechtliche Aspekte
 - A. Allgemeines
 - B. Biomedizinkonvention des Europarates
- V. Unionsrechtliche Aspekte
- VI. Ausblick

Abstract: In welchem Umfang die österreichische Rechtsordnung die Präimplantationsdiagnose (PID) an extrakorporalen Embryonen verbietet – und ob sie dies überhaupt tut – ist zwanzig Jahre nach Inkrafttreten des FMedG unklarer denn je. Der Beitrag untersucht einerseits Existenz und Reichweite eines Verbots der PID de lege lata, andererseits die Vereinbarkeit eines derartigen Verbots mit höher-rangigen Rechtsnormen des Verfassungs-, Völker- und Unionsrechts.

Deskriptoren: Diskriminierungsverbote, behindertenspezifische; Fortpflanzungsmedizinrecht; Menschenwürde; Präimplantationsdiagnostik; Recht auf Leben; Recht auf Privatleben.

Rechtsquellen: § 9 Abs 1 FMedG; § 97 Abs 1 StGB; § 69 GTG; Art 7 Abs 1 B-VG; Art 2, 3, 8 EMRK; Art 1, 3, 51 GRC

I. Einleitung

Kaum eine Methode der modernen Medizin ist in den letzten Jahren derart kontroversiell diskutiert worden wie die Präimplantationsdiagnostik (PID)¹. Entsprechend umstritten ist ihre ethische Bewertung und in der Folge auch, wie sich das staatliche Recht dazu verhalten soll. Die Palette der Standpunkte reicht von der Einstufung als „medizinisch indizierte und wissenschaftlich als klar überlegen anerkannte“ Diagnosemethode zur Abklärung bestimmter genetischer Krankheitsanlagen im Zuge der assistierten Reproduktion² bis hin zum Vorwurf eugenischer „Selektion lebensunwerten Lebens“³, die mit der Rampe von Auschwitz in Verbindung gebracht wird.

Vor dem Hintergrund weitgehend ausgeschöpfter Pro- und Contra-Argumente hat sich die österreichische Rechtspolitik auf die Position des Abwartens und Nichtstuns zurückgezogen: In der Annahme, die PID sei in Österreich ohnehin durch das seit 1992 geltende – auch in anderen Punkten überaus restriktive – FMedG⁴ verboten, wurde die Argumentationslast jenen aufgebürdet, die für eine Liberalisierung eintraten. Eine umfassend begründete und von einer großen Mehrheit getragene Stellungnahme der Bioethikkommission aus dem Jahr 2004 sprach sich zwar für eine begrenzte Zulassung der PID aus.⁵ Diese Empfehlung blieb jedoch – trotz

¹ PID ermöglicht eine Beurteilung der genetischen Ausstattung extrakorporaler Embryonen vor Einpflanzung in den Uterus im Rahmen einer In-vitro-Fertilisation (IVF): näher – auch zu den Methoden – *Hengstschläger*, Präimplantationsdiagnostik – der aktuelle Stand, *speculum* 2006/1, 9.

² *Zech/Zech*, Kontroversen in der Reproduktionsmedizin; in: *Europa, Schweiz Med Forum* 14 (2003) 338.

³ *Huainigg*, Eugenische Selektion: Ein perfektes Designerbaby, bitte!, *Die Presse* 21.6.2011, 27.

⁴ FortpflanzungsmedizinG (FMedG), BGBl 1992/275 idF BGBl I 111/2010.

⁵ Bericht der *Bioethikkommission* zum Thema Präimplantationsdiagnostik (PID) vom Juli 2004 (www.bka.gv.at/bioethik).

ihrer Erneuerung im Jahr 2010⁶ – ohne politische Wirkung. Ein Ministerialentwurf zu einer GTG-Novelle aus dem Jahr 2005, der eine Zulässigkeit „präimplantativer genetischer Analysen“ in sehr engen Grenzen vorschlug,⁷ gedieh nicht einmal bis zu einer Regierungsvorlage, da er den einen zu wenig liberal, den anderen hingegen als unerträglicher Dammbbruch in Richtung einer „Vernichtung menschlichen Lebens“⁸ erschien. Spätere Novelierungen des FMedG klammerten das Thema der PID dann vorsichtshalber ganz aus, um zuvor einen „möglichst umfassenden gesellschaftlichen Konsens herzustellen“.⁹ Damit wurde der rechtspolitische Stillstand bis auf weiteres prolongiert.

Diese politische Haltung ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht unproblematisch: Während bei Einführung der Beschränkung für Untersuchungen an In-vitro-Embryonen im Jahre 1992 weder ein „umfassender gesellschaftlicher Konsens“ ermittelt noch eine besondere Begründung in den Erläuterungen für nötig befunden wurde,¹⁰ sehen sich die Befürworter einer weniger strengen Regelung nun ihrerseits mit der Forderung konfrontiert, einen breiten gesellschaftlichen Konsens zu ihren Gunsten nachzuweisen. Dieser Konsens wird aber schon deshalb nicht zu erzielen sein, weil der Streit um die PID ein „Nachhutgefecht des Kampfs um den Schwangerschaftsabbruch“¹¹ – und daher so unlösbar wie jener – ist. Den Grundprinzipien des Verfassungsrechts und dem „rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip“¹² hätte vielmehr der umgekehr-

te Weg eher entsprochen: Denn während der Staat und seine Organe nur jene Befugnisse haben, zu denen sie ermächtigt sind, ist den Bürgern im demokratischen Rechtsstaat – rechtlich betrachtet – alles erlaubt, was nicht verboten ist. Daraus folgt aber auch, dass die Argumentations- und Begründungslast für Verbote bei jenen liegt, die Verbote verlangen oder postulieren, und nicht bei den Befürwortern einer Erlaubnis. Das muss gerade auch dann gelten, wenn die Ausübung bestimmter Handlungsfreiheiten moralisch unterschiedlich bewertet wird. Die vorschnelle und nicht näher begründete Implementierung von Verboten und die anschließende Vertröstung deren Zurücknahme auf die unbestimmte Zukunft eines bioethischen „Wertkonsenses“ passen damit nicht zusammen.

Der zwanzigste Geburtstag des FMedG soll Anlass für eine Zwischenbilanz sein. Sie betrifft einerseits die Frage nach Existenz und Reichweite eines Verbots der PID *de lege lata*, andererseits jene nach der Vereinbarkeit eines derartigen Verbots mit höher-rangigen Rechtsnormen.

II. Die PID im einfachgesetzlichen Recht: schwindende Gewissheiten?

Eine explizite Aussage über die Zulässigkeit der PID findet sich im österreichischen Recht nicht, auch nicht in den sachlich einschlägigen Kontexten des FMedG und des GTG. Allerdings bestimmt § 9 Abs 1 FMedG, dass „[e]ntwicklungsfähige Zellen nicht für andere Zwecke als für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen verwendet werden“ dürfen. Sie dürfen weiters „nur insoweit untersucht und behandelt werden, als dies nach dem Stand der Wissenschaft und Erfahrung zur Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich ist“. Die zunächst wohl überwiegende Auffassung leitete daraus ein Verbot der PID ab, weil und sofern es sich bei der Untersuchung am Embryo eben um keine Untersuchung handle, die „zur Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich ist“ – denn die Untersuchung wird typischerweise durchgeführt, um die Implantation von Embryonen mit bestimmten unerwünschten genetischen (insb krankheitsbezogenen) Merkmalen überhaupt zu vermeiden.¹³ Gegenteilige Positionen gab es freilich von Anfang an;¹⁴

⁶ Pressemitteilung v 13.4.2010: „Bioethikkommission fordert grundlegende Reform des Fortpflanzungsrechts“, die auch die PID umfassen solle (abrufbar unter www.bka.gv.at/bioethik). Teilweise noch weitergehend nun die Stellungnahme zur Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts v 2.7.2012.

⁷ Ministerialentwurf (des Gesundheitsministeriums), mit dem das Gentechnikgesetz geändert wird, 327/ME XXII. GP. Nach § 65a Abs 3 GTG idF des Entwurfs sollte die Durchführung einer präimplantativen genetischen Analyse nur im Einzelfall „und nur zur Überprüfung der Lebensfähigkeit eines Embryos“ zulässig sein. Dazu *Köchle*, Präimplantationsdiagnostik. Wiener rechtswissenschaftliche Dissertation 2012, 232 ff.

⁸ Statt vieler zB die Stellungnahme der Lebenshilfe im Begutachtungsverfahren, 3/SN-327/ME.

⁹ Entwurf des BMJ v 26.1.2004 zu einer Novelle zum FMedG (131/ME BlgNR XXII. GP); vgl dazu auch die Stellungnahme der Bioethikkommission v 10.3.2004; nachfolgend RV 678 BlgNR XXII. GP 2 (zur FMedG-Nov 2004).

¹⁰ Vgl dazu die nur rudimentären Andeutungen in 216 BlgNR XVIII. GP 20 (Fn 15).

¹¹ *Schlink*, Die Würde in vitro. Zur Debatte des Bundestags um die Präimplantationsdiagnostik, *Der Spiegel* 22/2011, 30 (31).

¹² Dazu zB *Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 160. Es handelt sich um einen Teilaspekt des liberalen Prinzips der Verfassung; zu diesem *Berka*, Das liberale Grundprinzip des österreichischen Verfassungsrechts, in: *Mantl-FS* (2004) 13.

¹³ ZB *Bernat*, Schutz vor genetischer Diskriminierung und Schutzlosigkeit wegen genetischer Defekte: die Genanalyse am Menschen und das österreichische Recht, *JBRE* 10 (2002) 183 (210 f); *Dujmovits*, Reproduktionsmedizin – Gesetzgebung im Wandel, in: *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), *Biotechnologie und Recht* (2002) 92 (99); *Kopetzki*, Rechtliche Aspekte des Embryonenschutzes, in: *Körtner/Kopetzki* (Hrsg), *Embryonenschutz – Hemmschuh für die Biomedizin?* (2003) 51 (54).

¹⁴ ZB *Bernat*, Recht und Humangenetik – ein österreichischer Diskussionsbeitrag, in: *Steffen-FS* (1995) 33

sie konnten sich aber nicht durchsetzen. Auch der Rückgriff auf den „Willen des Gesetzgebers“ führt zu einem zwiespältigen Ergebnis: Die Erläuterungen deuten zwar darauf hin, dass ein Verbot von „präimplantativen“ Untersuchungen am Embryo beabsichtigt war, sie lassen aber nicht klar erkennen, welche Gründe für ein solches Verbot sprechen¹⁵: Der Hinweis, es solle in vitro nichts erlaubt sein, was auch in vivo nicht möglich ist, legt den Eindruck eines intendierten Vorrangs von Methoden der „natürlichen Fortpflanzung“ nahe; er bleibt aber in sich widersprüchlich, weil eine pränatale Diagnostik während der Schwangerschaft sehr wohl erlaubt ist. Auch Andeutungen von „Missbrauchsgefahren“ und einer drohenden „Zuchtauswahl“ machen das Schutzziel nicht klarer, da die Horrorszenarien nicht näher konkretisiert werden.

Der weitere Verlauf der literarischen Diskussionen nährte Zweifel am umfassenden Geltungsanspruch dieses Verbots. Sie setzten zum einen an der eigentümlichen Definition der durch § 9 Abs 1 FMedG geschützten Entität der „entwicklungsfähigen Zelle“, zum anderen an der Auslegung der Wendung „zur Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich“ an:

Da der Begriff der „entwicklungsfähigen Zelle“ nach nunmehr nahezu unbestrittener Auslegung nur totipotente Zellen erfasst, die sich noch zu einem ganzen Individuum entwickeln können,¹⁶ wurden jedenfalls jene „präimplantativen“ Untersuchungen vom Verbotsbereich ausgeklammert, die an anderen Zellen als an totipotenten Zellen stattfanden. Das betrifft insb die – als zulässig eingestufte – Polkörperdiagnostik.¹⁷ Weiterhin als verboten angesehen

(41 f), der die PID zunächst im Wege einer verfassungskonformen Auslegung im gleichen Umfang für zulässig erachtete wie die pränatale Gendiagnose nach dem GTG. Ähnlich im Ergebnis *Aicher*, § 22, in: Rummel, ABGB I³ (2000) Rz 2a; *Kind*, Verfassungsrechtliche Grundlagen der Gentechnik, ÖJZ 2002, 81 (82).

¹⁵ 216 BlgNR XVIII. GP 20: „Eine Untersuchung und Behandlung zur Abwehr einer möglichen Gefahr für die Frau oder das Kind soll – wie bei der natürlichen Fortpflanzung – nicht in Betracht kommen“.

¹⁶ Vgl – mit teleologischer Reduktion der überschießenden Legaldefinition des § 1 Abs 3 FMedG – *Kopetzki* (FN 13) 56 ff; zustimmend *Bruckmüller*, Präimplantationsdiagnostik. Bedarf Österreich einer ausdrücklichen Regelung nach deutschem Vorbild?, in: Wenda/Kierein/Lanske (Hrsg), Jahrbuch Gesundheitsrecht 2012 (2012) 109 (113); *Köchle* (FN 7) 138 f; in diesem Sinn schon *Simon*, Rechtliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik in Europa, *Ethik Med* 1999, 62 (67); aM *Piskernigg*, Überlegungen zur Zulässigkeit der Präimplantationsdiagnose, *imago hominis* 2010, 65 (69).

¹⁷ *Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht (2003) 96 f. Die Polkörperdiagnostik wird in Österreich auch durchgeführt: *Hengstschläger/Feichtinger*, Die erste Präimplantationsdiagnose in Österreich, *Wr Klin Wschr* 117 (2005) 725.

wurde hingegen die PID mittels Untersuchung von Zellen des Embryos im Frühstadium bis zum 8-Zellstadium, weil diese Zellen noch als totipotent gelten.¹⁸ Hingegen fielen eine Untersuchung an höher differenzierten pluripotenten embryonalen Zellen möglicherweise nicht mehr in den Anwendungsbereich des § 9 Abs 1 FMedG. Allerdings müssen diese Zellen vorher aus dem (totipotenten) Embryo entnommen werden, sodass sich die Problemebene bloß verlagert: Verpönt wäre demnach zwar – mangels Subsumierbarkeit unter den Rechtsbegriff der „entwicklungsfähigen Zelle“ – nicht die isolierte Untersuchung der entnommenen pluripotenten Zellen, sehr wohl jedoch die vorangehende Zellentnahme. Am Ergebnis schien sich dadurch nicht viel zu ändern, weil jede Untersuchung am gewonnenen Zellmaterial eine Gewinnung dieser Zellen voraussetzt – es sei denn, die pluripotenten Zellen wurden aus dem liberaleren Ausland zugeliefert.

Ein anderer Ansatzpunkt lag in der Zulässigkeitsvoraussetzung der „Erforderlichkeit zur Herbeiführung einer Schwangerschaft“: So wurde etwa ins Treffen geführt, dass zumindest Untersuchungen zum Zweck des Ausschlusses solcher genetischer Anomalien „erforderlich“ und daher erlaubt seien, die den Eintritt einer Schwangerschaft insgesamt vereiteln.¹⁹ Von hier war es nur ein kleiner Schritt zur argumentativen Ausdehnung dieser Ausnahme auf jene Störungen, die zwar nicht der Schwangerschaft als solcher, vermutlich jedoch ihrem erfolgreichen Ausgang entgegenstehen. Denn das Ziel der vom FMedG zum Zweck der „Herbeiführung einer Schwangerschaft“ zugelassenen Untersuchungen könne ja nicht im isolierten Erfolg des „Schwangerwerdens“, sondern nur in der Ermöglichung einer Geburt liegen.²⁰ Weitaus folgenreicher war die Überlegung, dass auch die Erfüllung des Untersuchungswunsches einer Frau, die eine Implantation des befruchteten Embryos nur unter der Bedingung einer vorherigen PID vornehmen möchte, eine Maßnahme darstellen könne, um eine Schwangerschaft herbeizuführen – die anderenfalls unterbliebe.²¹ Folglich könnte die PID in dieser Konstellation als „erforderlich“ qualifiziert werden, ohne dass es dabei auf eine bestimmte Schwere der genetischen Störung ankäme. Mit ähnlichen Argumenten wurde eine Auslegung vorgeschlagen, wonach die PID aus jenen Indikationen erlaubt sei, die später (nach Eintritt der Schwangerschaft) einen rechtlich zulässi-

¹⁸ *Mayrhofer* (FN 17) 94 f.

¹⁹ *Kopetzki* (FN 13) 54; *Dujmovits* (FN 13) 100; *Gotsbacher*, Grundrechtliche und europarechtliche Aspekte der Reproduktionsmedizin und der Präimplantationsdiagnostik, Wiener rechtswissenschaftliche Dissertation 2003, 51.

²⁰ *Bioethikkommission*, Bericht PID (FN 5) 28.

²¹ In diese Richtung *Bruckmüller* (FN 16) 114.

gen Grund für einen Schwangerschaftsabbruch aus embryopathischer Indikation darstellen können.²²

Das scheinbar „wasserdichte“ Verbot der PID ist damit nach und nach ins Wanken geraten.²³ Im Kern dürfte es indes immer noch dem überwiegenden Meinungsstand entsprechen.²⁴ Neuerliche Zweifel entstanden allerdings durch ein Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs, der – wenngleich zur anders gelagerten Rechtslage nach dem deutschen Embryonenschutzgesetz – eine Strafbarkeit der PID an pluripotenten embryonalen Zellen verneinte²⁵ und den Weg zu einer deutlich liberaleren Neuregelung durch den deutschen Bundesgesetzgeber²⁶ ebnete. Eine der Aussagen des BGH ging dahin, dass die bloße Abspaltung pluripotenter Zellen aus dem Embryo zum Zweck der anschließenden Untersuchung für sich genommen noch kein (durch das dESchG) verbotenes „Verwenden zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck“ darstelle.²⁷ Eine solche Formulierung kennt das FMedG zwar nicht. Adaptiert man jedoch den Gedankengang des BGH für den österreichischen Rechtsbereich, dann könnte dies letztlich auch für Österreich eine neue Sicht eröffnen: Wenn es nämlich zuträfe, dass die PID an entnommenen pluripotenten embryonalen Zellen nicht dem Verbot des § 9 Abs 1 FMedG unterfällt (da pluripotente Zellen nicht mehr „entwicklungsfähig“ iSd § 1 Abs 3 FMedG sind), dann könnte ein Verbot der PID seinen Sitz nur in der Unzulässigkeit der vorangehenden Entnahme der pluripotenten Zellen aus dem Embryo haben: Die Entnahme als solche

wäre nur dann verboten, wenn sie ihrerseits als unzulässige „Verwendung“ bzw. „Behandlung und Untersuchung“ des Embryos gewertet wird. Das ist nur dann plausibel, wenn man die Tatbestandsmerkmale „Behandlung und Untersuchung“ als umfassendes Manipulationsverbot deutet (das dann auch die Entnahme ausschließt). Geht man hingegen davon aus, dass die Zellentnahme nicht einmal unter den viel weiteren Begriff der „Verwendung“ des Embryos fällt, könnte auch für das FMedG bezweifelt werden, dass die spezifischeren Begriffe „Untersuchung“ und „Behandlung“ (und umso weniger der Begriff der „Verwendung“ in § 9 Abs 1 erster Satz) einen umfassenden – jegliche Manipulation ausschließenden – Inhalt aufweisen.²⁸ Daraus würde folgen, dass das Tatbestandsmerkmal „Untersuchung und Behandlung“ im Stadium der Zellentnahme noch nicht erfüllt ist, sondern erst bei der anschließenden Untersuchung an den entnommenen pluripotenten Zellen greift. Weil und sofern pluripotente Zellen aber vom Anwendungsbereich des § 9 Abs 1 FMedG nicht erfasst sind, ginge das Verbot des § 9 Abs 1 hinsichtlich pluripotenter Zellen insgesamt ins Leere. Verboten wäre nur – aber immerhin – die Untersuchung an totipotenten Zellen.

Dass diese Auslegung zumindest vertretbar erscheint, haben die Arbeiten von *Köchle* und *Bruckmüller* gezeigt.²⁹ Freilich stehen ihr weiterhin die Materialien³⁰ und der übliche Wortsinn des Begriffs „untersuchen“ in § 9 Abs 1 FMedG entgegen: Nach allgemeinem Sprachgebrauch werden auch diagnostische Maßnahmen an isolierten Körpersubstanzen (zB an einer Blutprobe) sehr wohl als Untersuchung jener Person gewertet, von der die Substanz stammt.³¹ Die Unterscheidung zwischen einer (verbotenen) Untersuchung des Embryos und einer (erlaubten) Untersuchung entnommener embryonaler Zellen steht also auf schwachen Beinen. Ob man trotz dieses verbalen und historischen Auslegungsbefundes und unter Berufung auf die Grundrechtslage³² dennoch zu einem gegenteiligen Ergebnis kommen kann, richtet sich letztlich danach, wie groß die (nach Heranziehung der traditionellen Interpretationsmethoden verbleibenden) Zweifel an einem Auslegungsergebnis sein müssen, um den Weg zu einer – ganz anderen – verfassungskonformen In-

²² *Stelzer*, The Legal Status of the Embryo in Austria – Consistencies and Curiosities (unveröffentlichtes Vortragsmanuskript 2003); ebenso nun wieder *Köchle* (FN 7) 166.

²³ Vgl *Kopetzki*, Der Status des extrakorporalen Embryos – Landesbericht Österreich, in: Eser/Koch/Seith (Hrsg), Internationale Perspektiven zu Status und Schutz des extrakorporalen Embryos. Rechtliche Regelungen und Stand der Debatte im Ausland (2007) 215 (225 f).

²⁴ Vgl etwa wieder *Mayrhofer*, Recht der Fortpflanzungsmedizin: Reformen verfassungsrechtlich geboten?, in: Lienbacher/Wielinger (Hrsg), Jahrbuch Öffentliches Recht 2011 (2011) 349 (355 ff); *Bernat*, Pränatale Diagnostik und Präimplantationsdiagnostik: Gibt es ein Recht auf informierte Fortpflanzung?, in: Laufs-FS (2006) 671 (672 ff); *Bernat*, Pränatale Diagnostik und Präimplantationsdiagnostik auf dem Prüfstand des österreichischen Rechts, in: Dierks/Wienke/Eisenmenger (Hrsg), Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik (2007) 25 (27 ff).

²⁵ BGH 6.7.2010, 5 StR 386/09, MedR 2010, 844.

²⁶ Präimplantationsdiagnostikgesetz – PräimpG v 21.11.2011, dBGBI 2011 I Nr 58, 2228.

²⁷ BGH 6.7.2010, 5 StR 386/09, Rz 31, unter Berufung auf *Schroth*, Stammzellenforschung und Präimplantationsdiagnostik aus juristischer Sicht, in: Roxin/Schroth (Hrsg), Handbuch des Medizinstrafrechts⁴ (2010) 530 (552 ff) und gegen die bisher verbreitete Gegenansicht, zB bei *Günther*, § 2 ESchG, in: Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz (2008) Rz 30.

²⁸ Dazu und zum Folgenden *Bruckmüller* (FN 16) 115; *Köchle* (FN 7) insb 155 ff; ganz anders *Piskernigg* (FN 16) 66 ff.

²⁹ Vgl – mit unterschiedlichen Akzenten und Einschränkungen – *Köchle* (FN 7) 161 ff und *Bruckmüller* (FN 16) 114 f; ähnlich in Anlehnung an den BGH *Hinghofer-Szalkay*, Präimplantationsdiagnostik: friend or foe?, in: Wenda/Kierein/Lanske (Hrsg), Jahrbuch Gesundheitsrecht 2012 (2012) 97 (102 f).

³⁰ FN 15.

³¹ So auch *Köchle* (FN 7) 163 ff.

³² Vgl unten III.

terpretation frei zu machen. Diese Frage kann hier nicht abschließend geklärt werden; sie fällt für den hier interessierenden Zusammenhang auch kaum ins Gewicht: Selbst wenn man der oben skizzierten Interpretation folgt, würde die Zulässigkeit der PID von der Grenzziehung zwischen totipotenten (unzulässig) und pluripotenten embryonalen Zellen (zulässig) abhängen – mithin also von einem Kriterium, dessen exakte Terminisierung und Feststellbarkeit nicht gesichert scheint.³³ Vor allem aber setzt jede PID eine IVF voraus; diese ist wegen der Subsidiaritätsklausel des § 2 Abs 2 FMedG jedoch nur zulässig, wenn eine Schwangerschaft auf normalem Weg nicht oder wegen einer Infektionsgefährdung nicht in zumutbarer Weise erzielt werden kann. Die Indikation für eine PID ist für sich genommen aber keine zulässige Indikation für eine IVF. Für die weit aus überwiegende Zahl potenzieller Anwendungsfälle würde sich daher an der gesetzlichen Zugangsbarriere zur PID auch dann nichts ändern, wenn man ein Verbot gem § 9 Abs 1 FMedG verneint, da ein unmittelbarer Zugriff auf die befruchteten Zellen ohne extrakorporale IVF nicht möglich ist.

Unabhängig von den unterschiedlichen Auslegungsvarianten des § 9 Abs 1 FMedG muss folglich weiterhin von einer – je nach Interpretation mehr oder weniger hohen – gesetzlichen Hürde für die Inanspruchnahme einer PID ausgegangen werden. Damit rücken verfassungsrechtliche, völkerrechtliche und unionsrechtliche Aspekte in den Mittelpunkt des Interesses.

III. Verfassungsrechtliche Aspekte

A. Lebensschutz für den Embryo in vitro?

Der Angelpunkt jeder verfassungsrechtlichen Beurteilung der PID ist die Frage, ob und inwieweit auch der Embryo in vitro unter dem grundrechtlichen Schutz des Lebens steht. Hier verläuft die grundrechtliche Wasserscheide, an der die unterschiedlichen Positionen zur PID unversöhnlich aufeinanderprallen. Denn viele Maßnahmen der Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik können Entscheidungssituationen nach sich ziehen, in denen die weitere Existenz des Embryos auf dem Spiel steht. Da es der Frau de lege lata überlassen ist, ob sie eine Schwangerschaft bei embryopathischer Indikation beendet oder die Implantation eines extrakorporalen Embryos ablehnt, stellt sich die vorangehende Untersuchung als potenzielle Vorstufe einer Ent-

scheidung dar, die zur Vernichtung des Embryos führen kann. Stünde der Embryo unter dem Schutz des Grundrechts auf Leben, dann wäre die Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik verfassungsrechtlich insofern schwer zu rechtfertigen, als sie einen Eingriff in sein Lebensrecht vorbereiten würde.

Bleibt man auf dem gesicherten Boden der österreichischen Verfassungsrechtslehre und der Rechtsprechung, dann stellt sich diese Problematik freilich gar nicht: Embryonen gelten nicht als Grundrechtsträger.³⁴ In der Literatur werden zwar mitunter auch graduelle Schutzkonzepte favorisiert, deren „Schwellen“ (Nidation? Lebensfähigkeit?) strittig sind.³⁵ Ein verfassungsrechtliches Lebensrecht *extrakorporaler* Embryonen in den ersten Tagen der Entwicklung – und nur darum geht es hier – wird jedoch fast einhellig abgelehnt.³⁶ Das gilt auch für den internationalen Meinungsstand zu Art 2 EMRK und für andere Dokumente des Menschenrechtsschutzes.³⁷ Der EGMR hat die fehlende Grundrechtsberechtigung des Embryos in den Fällen *Vo* und *Evans* im Ergebnis bestätigt: Wenn der Gerichtshof – unter Hinweis auf den mangelnden Konsens unter den europäischen Staaten – die Festlegung jenes Zeitpunktes, zu dem das Recht auf Leben beginnt, dem Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten überlässt,³⁸ dann folgt daraus, dass die EMRK den Staaten eben keinen völkerrechtlich verpflichtenden Schutz der Embryonalphase aufträgt. Ein Lebensschutz, dessen Anwendung auf den Embryo im freien Ermessen der Vertragsstaaten steht, weist keinen normativ verbindlichen Bedeutungsgehalt auf.³⁹

³⁴ Vgl insb VfSlg 7400/1974 (Fristenlösung); OGH SZ 72/91; Nachweise zum (umstrittenen) Meinungsstand bei Kopetzki, Art 2 EMRK, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (5. Lfg 2002) Rn 15 ff; Kneihls, Art 2 EMRK, in: Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (5. Lfg 2007) Rn 8.

³⁵ Für ein Abstellen auf die Nidation etwa Berka, Die Grundrechte (1999) Rz 368; für Relevanz der Lebensfähigkeit des Fötus *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar³ (2009) Art 2 Rz 3 f.

³⁶ Vereinzelt Gegenpositionen werden eher mit moralischen als mit verfassungsrechtlichen Argumenten untermauert: zB *Lewisch*, Leben und sterben lassen. Zur Frage verbrauchender Experimente an Embryonen, ÖJZ 1990, 133 (141).

³⁷ *Petersen*, The Legal Status of the Human Embryo in vitro: General Human Rights Instruments, ZaöRV 65 (2005), 447 ff; *Lagodny*, Art 2 EMRK, in: Karl (Hrsg), IntKommMRK (5. Lfg 2002) Rz 46; *Schweizer*, Der Status des extrakorporalen Embryos, ZÖR 60 (2005), 263 (266 ff); mwN *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) 147 f.

³⁸ EGMR (GK) 8.7.2004, *Vo/Frankreich*, Appl 53.924/00, EuGRZ 2005, 568 (Z 82, 84); EGMR (GK) 10.4.2007, *Evans/Vereinigtes Königreich*, Appl 6338/05, NJW 2008, 2013 (Z 71 f).

³⁹ Kurz: Es besteht daher „kein Schutz des Fötus durch die Konvention“: *Jarass*, EU-Grundrechte (2005)

³³ Nach derzeitigem Wissensstand wird davon ausgegangen, dass die Tochterzellen der befruchteten Eizelle (Blastomeren) bis zum 8-Zellstadium totipotent sind (*Kaiser*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz [2008] 13 Rz 39). Die Frage nach dem zeitlichen Ende zellulärer Totipotenz erscheint jedoch nicht abschließend geklärt, vgl *Schroth* (FN 27) 551 Fn 46.

Versuche, aus Art 2 EMRK trotz mangelnder subjektiver Grundrechtsträgerschaft irgendwelche objektive Schutzpflichten zugunsten des Embryos abzuleiten, überzeugen nicht, da die Schutzpflichten der EMRK auf den Schutz der (subjektiven) Rechte von Grundrechtsberechtigten bezogen sind und mit diesen stehen und fallen. Wie *Holoubek* schon früh in Erinnerung gerufen hat, schützen die Grundrechte nach österreichischem Verständnis keine von subjektiven Rechten losgelösten „Werte“ nach dem Muster der deutschen Lehre von der „objektiven Wertordnung“.⁴⁰ Sobald man dem Embryo die Grundrechtsberechtigung abspricht, fehlt es an einem individuellen Bezugspunkt für eine grundrechtliche Schutzpflicht.⁴¹ Doch auch wenn man eine grundrechtliche Schutzpflicht ohne Grundrechtsträger anerkennen wollte, wäre diese der gesetzlichen Ausgestaltung überlassen und mit anderen Rechten – insb dem Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren – abwägbar.⁴² Schlägt diese Abwägung aber sogar gegenüber dem höher entwickelten Embryo im Mutterleib zugunsten der Freiheitsrechte der Frau aus,⁴³ dann kann die Entscheidungsfreiheit in Bezug auf befruchtete Eizellen im frühesten Stadium der embryonalen Entwicklung nicht geringer wiegen als in den Monaten danach.

In diesem verfassungsrechtlichen Umfeld verwundert es nicht, dass das Argument eines verfassungsrechtlichen Lebensschutzes extrakorporaler Embryonen bei der Entstehung des FMedG auch gar keine Rolle gespielt hat. Die Erläuterungen halten lapidar fest, dass durch das Recht auf Leben nur das geborene Leben geschützt werde und daher etwa „zu dem Phänomen der überzähligenentwicklungsfähigen Zellen, die im Zusammenhang mit einer In-vitro-Fertilisation entstehen können, ... aus diesem Grundrecht nichts abgeleitet werden“ könne.⁴⁴ Die Abwesenheit des Lebensschutzmotivs zeigt sich auch im Verbot von Untersuchungen an Embryonen, die nicht auf die Herbeiführung einer Schwangerschaft gerichtet sind: Das Verbot dieser Untersuchung wird nicht mit dem Embryonenschutz begründet, sondern mit den künstlichen

Umfeldbedingungen, in denen diese Untersuchungen stattfinden.⁴⁵ Unter dem Aspekt des Lebensschutzes wäre ein Verbot der PID auch nicht nachvollziehbar, weil das FMedG zwar die Diagnose am Embryo, nicht aber dessen „Tötung“ – als Folge der durch § 8 Abs 4 FMedG garantierten Entscheidung der Frau über die Implantation – verbietet. In die gleiche Richtung weist die gesetzlich festgelegte Höchstdauer für die Aufbewahrung entwicklungsfähiger Zellen:⁴⁶ Hier wird der angestrebten Vermeidung von „Generationensprüngen“ und der durch die „Würde der Beteiligten“ motivierten Beschränkung von Eingriffen in das „natürliche Zeugungsgeschehen“ ein ausreichendes Gewicht beigemessen, um die Vernichtung „überzähliger“ Embryonen nach Fristablauf zu legitimieren. Die „embryonenschutzenden“ Regelungsalternativen, entweder die Kryokonservierung überhaupt zu verbieten, die Frau zur Duldung der Implantation zu verpflichten, oder nach Ablauf der Frist wenigstens die Spende der Embryonen zuzulassen, wurden abgelehnt, da dies zu einem Unterlaufen des Verbots der „Leihmutterschaft“ führen könnte.⁴⁷

B. Menschenwürde

Ebenso ernüchternd fällt der verfassungsrechtliche Befund zum Grundsatz der Menschenwürde aus, der ebenfalls gegen die PID in Stellung gebracht wird.⁴⁸ Da die österreichische Bundesverfassung – anders als das deutsche Grundgesetz – von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen keine Menschenwürdeklausel enthält und Art 3 EMRK aus den schon zum Lebensschutz angeführten Gründen nicht auf befruchtete Eizellen anwendbar ist,⁴⁹ ist zu bezweifeln, dass es de constitutione lata überhaupt einen – über die durch die Einzelgrundrechte verbürgten Schutzgüter hinausgehenden – Würdeschutz gibt.⁵⁰ Es besteht zwar Konsens darüber, dass den verfassungsrechtlich verankerten Rechten der Leitgedanke des Würdeschutzes „zugrunde liegt“,⁵¹

122 § 9 Rz 6; ebenso *Uerpmann-Witzsack*, in: Ehlers (Hrsg), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten² (2005) 82; nur in Nuancen anders *Pabel*, Recht auf Abtreibung – Reproduktive Rechte der Frau?, *ZfL* 2011/3, 74 (75).

⁴⁰ *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) 118 ff, 243 ff.

⁴¹ Näher *Kopetzki*, Grundrechtliche Aspekte der Biotechnologie am Beispiel des „therapeutischen Klonens“, in: *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), Biotechnologie und Recht (2002) 15 (27 f).

⁴² Zu Art 2 EMRK wieder *Holoubek* (FN 40) 310 ff.

⁴³ Dazu – auch zur embryopathischen Indikation – grundlegend *Holoubek* (FN 40) 320 ff.

⁴⁴ 216 BlgNR XVIII. GP 13.

⁴⁵ 216 BlgNR XVIII. GP 20.

⁴⁶ § 17 Abs 1 FMedG (10 Jahre); die Stammfassung sah noch ein Jahr vor.

⁴⁷ Vgl 216 BlgNR XVIII. GP 22.

⁴⁸ Nachweise zur Diskussion und zutreffende Kritik bei *Köchle* (FN 7) 78 ff.

⁴⁹ *MwN Kopetzki* (FN 41) 40 ff; *Kneihs*, Art 3 EMRK, in: *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (5. Lfg 2007) Rz 17.

⁵⁰ Wie hier und mit umfassender Analyse des Meinungsstandes *Kneihs*, Schutz von Leib und Leben, Achtung der Menschenwürde, in: *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1 (2009) 137 (159 ff).

⁵¹ Zur Menschenwürde als Geltungsgrund der Grundrechte zB *Pernthaler*, Braucht ein positivrechtlicher Grundrechtskatalog das Rechtsprinzip der Menschenwürde?, in: *Schäffer-FS* (2006) 613.

der in den einzelnen Grundrechtsformulierungen zum Ausdruck kommt. Strittig ist hingegen, ob es sich bei der Menschenwürde um ein – zu den Einzelgrundrechten hinzutretendes bzw diese ergänzendes – eigenständiges Recht oder Schutzgut im Verfassungsrang handelt.⁵² Auf den VfGH sollten sich die Befürworter eines eigenständigen verfassungsrechtlichen „Würdegrundsatzes“ jedenfalls nicht berufen: Der VfGH hat die Menschenwürde als „allgemeinen Wertungsgrundsatz unserer Rechtsordnung“ anerkannt (VfSlg 13.635/1993), jedoch nicht behauptet, dass dieser Grundsatz auch auf Verfassungsebene besteht.

Der Import von Würde-Argumenten aus dem unerschöpflichen Repertoire der deutschen Verfassungsdiskussion bleibt daher dem Einwand ausgesetzt, ethische Prämissen in ein Verfassungssystem zu projizieren, das für die Entwicklung ungeschriebener „Wertungsgrundsätze“ denkbar schlechte Voraussetzungen bietet.⁵³ Mit seinem formellen Verfassungsbegriff, der ausdrücklichen Bezeichnungspflicht für Bundesverfassungsrecht (Art 44 Abs 1 B-VG), der Zurückhaltung bei inhaltlichen Zielsetzungen zugunsten organisatorischer und verfahrensbezogener „Spielregeln“ für den politischen Willensbildungsprozess, dem Fehlen eines in sich homogenen Grundrechtskataloges⁵⁴ und der Reduktion von „Grundrechten“ auf den strukturellen Gehalt eines „verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts“⁵⁵ lässt das B-VG für derartige Begründungsansätze keinen Platz. Auch aus historischer Sicht besteht kein guter Grund, dem B-VG des Jahres 1920 ein Bekenntnis zu einem Würdegrundsatz zu unterstellen, dessen Hochkonjunktur erst nach dem Zweiten Weltkrieg einsetzte⁵⁶ und der später nicht einmal in die EMRK aufgenommen wurde.⁵⁷ Dass es sich bei dieser Leerstelle des österreichischen Bun-

desverfassungsrechts um keine „planwidrige“ Lücke handelt, geht übrigens schon aus den Verhandlungen des Verfassungsunterausschusses 1848 über die Grundrechte hervor: Diese sollten möglichst ohne Ergänzung durch außerrechtliche Normenordnungen auskommen. Auf einen naturrechtlich geprägten Hinweis auf die „natürliche Würde“ wurde daher bewusst verzichtet; man wollte „ein positives Gesetz erlassen“ und dieses nicht „mit philosophischen Spekulationen“ belasten.⁵⁸

Das Fehlen eines allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Menschenwürde wird auch nicht über den Umweg des Art 1 GRC kompensiert: Der VfGH hat zwar jüngst ausgesprochen, dass „auch die von der Grundrechte-Charta garantierten Rechte vor dem Verfassungsgerichtshof als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte gemäß Art. 144 bzw Art. 144a B-VG geltend gemacht werden können und sie im Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta einen Prüfungsmaßstab in Verfahren der generellen Normenkontrolle ... bilden“. Diese Aussage war allerdings mit der Einschränkung verbunden, dies gelte „jedenfalls dann, wenn die betreffende Garantie der Grundrechte-Charta in ihrer Formulierung und Bestimmtheit verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten der österreichischen Bundesverfassung gleicht“.⁵⁹ Auch wenn man die Würdegarantie des Art 1 GRC nicht nur als „Grundsatz“, sondern (zumindest auch) als subjektives Recht iSd GRC begreift,⁶⁰ steht ihrer Aufwertung zum verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstab der Umstand entgegen, dass dieser unionsrechtlichen Garantie eben gerade kein „in Formulierung und Bestimmtheit“ vergleichbares verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht korrespondiert. Die der österreichischen Bundesverfassung unbekannte Menschenwürdegarantie erhält folglich auch über die GRC keine verfassungsgleiche Funktion. Dazu kommt, dass die vom VfGH bejahte Bedeutung der GRC für die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle nicht weiter gehen kann, als die inhaltliche Bindungswirkung der GRC selbst reicht. Diese ist für die Mitgliedstaaten gem Art 51 Abs 1 GRC aber auf die Durchführung des Unionsrechts beschränkt.⁶¹

⁵² Verneinend zB *Kneihs* (FN 50) 159 ff; *Kopetzki* (FN 41) 44 ff; *Eisenberger*, Postmortaler Grundrechtsschutz am Beispiel des Persönlichkeitsschutzes, in: *Funk-FS* (2003) 175 (181); bejahend zB *Korinek/Gutknecht*, Christliche Werte in der österreichischen Verfassung, in: *Mantl-FS* (2004) 81 (82 ff); *Mayrhofer* (FN 17) 113 ff.

⁵³ Näher *Kopetzki* (FN 41) 44 ff; *Kopetzki* (FN 23) 246 f.

⁵⁴ *Öhlinger*, Die Grundrechte in Österreich, *EuGRZ* 1982, 216 (224 f); *Jablonek*, Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung, *JRP* 2001, 34 (41).

⁵⁵ Dazu *Stelzer*, Die Entwicklung der Grundrechte und ihr Einfluss auf die Textierung von Grundrechtsdokumenten, *ZÖR* 1999, 3 (6).

⁵⁶ Vgl dazu nur *Petersen* (FN 37) 458; *Vönekj/Petersen*, Der rechtliche Schutz des menschlichen extrakorporalen Embryos, *EuR* 2006, 340 (346 f).

⁵⁷ Auch die EMRK enthält keine Menschenwürdeklausel, deren Tragweite über den durch die Einzelgrundrechte gewährleisteten Schutz hinausginge: *Meyer-Ladewig*, Menschenwürde und Europäische Menschenrechtskonvention, *NJW* 2004, 981.

⁵⁸ Hinweise bei *Fischel*, Die Protokolle des Verfassungsausschusses über die Grundrechte. Ein Beitrag zur Geschichte des österreichischen Reichstages vom Jahre 1848 (1912) 74 f.

⁵⁹ VfGH 14.3.2012, U 466/11, U 1836/11 (Rz 35), *iFamZ* 2012/164 Anm *Cede/Pesendorfer*. Dazu auch *Funk*, Neue Doktrin des VfGH zur Anwendung europäischen Unionsrechts, *ecolex* 2012, 827.

⁶⁰ Zu Unterscheidung zwischen Grundsätzen und Rechten und zum „Doppelcharakter“ der Menschenwürdegarantie mwN nur *Borowsky*, in: *Meyer* (Hrsg), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*³ (2011) Art 52 Rz 45d.

⁶¹ Dazu wieder VfGH 14.3.2012, U 466/11, U 1836/11 (Rz 47 ff).

Es kann also nicht davon gesprochen werden, dass Art 1 GRC zur Entstehung einer vom unionsrechtlichen Kontext losgelösten Würdegarantie im österreichischen Verfassungssystem beitragen könnte – ganz abgesehen davon, dass Art 1 GRC für das Thema PID auch inhaltlich nicht fruchtbar ist.⁶²

Das Menschenwürdeargument ist für die Diskussion der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der PID daher nicht tragfähig.⁶³ Und selbst wenn man einen eigenständigen Schutz der Menschenwürde auf Verfassungsstufe bejahen wollte, wäre gänzlich unklar, welche Folgerungen sich daraus für extrakorporale Embryonen und den Problembereich der PID ergeben. Die Vagheit von Würdeklauseln lädt zwar dazu ein, allerlei ethische Postulate, wechselnde Naturrechtsauffassungen und aus dem Zusammenhang gerissene Zitate aus der Tugendlehre *Kants*⁶⁴ ins Verfassungsrecht zu transponieren. Dogmatisch ließe sich aber immer noch nicht schlüssig begründen, weshalb befruchtete Eizellen in vitro nicht Subjekte des Art 2 EMRK, wohl aber Subjekte eines ungeschriebenen Würdeschutzes sein sollen. Umso weniger ließe sich begründen, weshalb dieser Schutz – wenn er denn bestünde – der gleichrangigen und über das Selbstbestimmungsrecht des Art 8 EMRK mitgeschützten Würde der Frau vorgehen sollte.⁶⁵ Bezeichnenderweise wird die Zulassung der PID auch in anderen europäischen Staaten nicht als Widerspruch zur Menschenwürde gesehen, obwohl deren Verfassungen vielfach eine ausdrückliche Menschenwürdegarantie enthalten. Es ist eine eigenartige Ironie der Geschichte, dass es gerade deutschsprachige Stimmen sind, die – im Schatten der nationalsozialistischen Vergangenheit – die PID vollmundig mit dem Vorwurf der „Menschenunwürdigkeit“ verknüpfen⁶⁶

⁶² Dazu unten V.

⁶³ Wie hier zuletzt wieder *Köchle* (FN 7) 78 ff.

⁶⁴ *Kant* hat die Achtung der Würde zu den Tugendpflichten, nicht zu den Rechtspflichten gezählt (vgl. *Seelmann*, Menschenwürde und Embryonen, in: *Maio/Just* [Hrsg], Die Forschung an embryonalen Stammzellen in ethischer und rechtlicher Perspektive [2003] 156 ff; *Merkel*, Strafrecht und Satire im Werk von Karl Kraus [1998] 231 ff). Vgl. daher auch seine hellsichtige Warnung: „Weh aber dem Gesetzgeber, der eine auf ethische Zwecke gerichtete Verfassung durch Zwang bewirken wollte!“ (*Kant*, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft [1793], drittes Stück, erste Abteilung, I, A 124).

⁶⁵ Gegen die Ausdehnung des Würdeschutzes auf Embryonen in vitro (und ein darauf gestütztes PID-Verbot) wäre dann dasselbe einzuwenden wie in Deutschland: *H. Dreier*, in: *Dreier*, GG-Kommentar (1996) Art 1 Rz 56 ff; *Heun*, Embryonenforschung und Verfassung – Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos, *JZ* 2002, 517; *Hufen*, Präimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht, *MedR* 2001, 440 (445 f); *Hufen*, Erosion der Menschenwürde, *JZ* 2004, 313; *Schlink*, Aktuelle Fragen des pränatalen Lebensschutzes (2002) 6 ff; *Dederer*, Menschenwürde des Embryo in vitro?, *AÖR* 2002, 1.

⁶⁶ Zu dieser spezifisch deutschen Dominanz des Men-

– und damit dem überwiegenden Teil Europas attestieren, das wahre Wesen der Würde nicht begriffen zu haben.⁶⁷

C. Gleichheitssatz

Ein nur relatives, im Kontext der bestehenden Rechtslage aber umso offensichtlicheres Argument gegen ein Verbot der PID ergibt sich aus dem Gleichheitssatz: Für den „Normalfall“ der nicht medizinisch unterstützten Fortpflanzung sieht die Rechtsordnung ein abgestuftes, je nach Entwicklungsstand ansteigendes Schutzniveau für den Embryo vor.⁶⁸ Vor Beginn der Schwangerschaft, also zwischen Befruchtung und Nidation in der Gebärmutter, steht der Embryo unter keinem strafrechtlichen Schutz, da eine Strafwürdigkeit in dieser Frühphase gänzlich verneint wurde.⁶⁹ Nidationshemmende Verhütungsmittel – mit oder ohne Verwendung verwaltungsrechtlich zugelassener Arzneimittel und Medizinprodukte – werfen daher kein Rechtsproblem auf. Daran ändert auch das programmatische Schutzversprechen des ersten Satzes des § 22 ABGB nichts.⁷⁰ Nach Eintritt der Schwangerschaft tritt der durch §§ 96 ff StGB grundsätzlich eröffnete Schutz des Embryos in vivo innerhalb der ersten drei Schwangerschaftsmonate gänzlich hinter der Entscheidungsautonomie der Frau zurück, da ein Schwangerschaftsabbruch ohne weitere inhaltliche Voraussetzungen erlaubt ist („Fristenlösung“, § 97 Abs 1 Z 1 StGB). Bei embryopathischer Indikation gilt dieser Vorrang der Entscheidungsfreiheit auch für die gesamte Restdauer der Schwangerschaft (§ 97 Abs 1 Z 2 StGB). Während der Schwangerschaft steht der Frau – auch zur Vorbereitung der Entscheidung über einen Schwangerschaftsabbruch – das gesamte Potenzial pränataldiagnostischer Methoden offen. Deren Anwendung ist mit Ausnahme der pränatalen Genanalyse überhaupt nicht explizit geregelt, unterliegt also den üblichen medizinrechtlichen Kriterien (insb Aufklärung, Einwilligung). Doch auch die in § 69 GTG ausdrücklich geregelt-

schenswürdeprinzips *Birnbacher*, Menschenwürde und Lebensrecht als Maßstäbe für PID?, in: *Gethmann/Huster* (Hrsg), Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik (2010) 13.

⁶⁷ Dazu (am Beispiel der Embryonenforschung) *Merkel*, Forschungsobjekt Embryo (2002) 207.

⁶⁸ Auch der VfGH hat für die Phasen der Embryonalentwicklung – „die von der eines Lebens außerhalb des Mutterleibes unter natürlichen Bedingungen unfähigen befruchteten Eizelle bis zu dem außerhalb des Mutterleibes lebensfähigen Menschen reicht“ – ein Gleichbehandlungsgebot verneint und ein abgestuftes Schutzniveau „je nach der Entwicklung der Frucht“ als verfassungskonform erachtet (VfSlg 7400/1974).

⁶⁹ *Eder-Rieder*, in: *WK² Vorbem* §§ 96-98 Rz 13.

⁷⁰ Näher *Kopetzki* (FN 41) 26.

te pränatale Gendiagnose ist an keine bestimmten Diagnoseziele, Methoden oder sonstigen inhaltlichen Einschränkungen gekoppelt. Bei Einhaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen ist es eine Frage des Einvernehmens zwischen dem Arzt und der Schwangeren, welche Methoden der PND mit welchen Diagnosezielen angewendet werden. Unter bestimmten Voraussetzungen werden deren Kosten sogar von der gesetzlichen Krankenversicherung getragen.⁷¹ Ergibt die Pränataldiagnostik entsprechende Hinweise auf eine embryopathische Indikation, ist die Frau über die Möglichkeit des Schwangerschaftsabbruchs aufzuklären: Bei rechtswidrigen und schuldhaften Diagnose- und/oder Beratungsfehlern im Zuge einer Pränataldiagnostik tritt zudem eine zivilrechtliche Haftung für den entstehenden Unterhaltsschaden ein.⁷²

Zwischen der generellen Zulässigkeit der pränatalen Diagnose aus medizinischen Gründen und der anschließenden Möglichkeit eines erlaubten Schwangerschaftsabbruchs aus embryopathischer Indikation einerseits und der (mehr oder weniger weitgehenden) Unzulässigkeit der PID andererseits besteht nach nahezu einhelliger Ansicht der Lehre ein sachlich nicht gerechtfertigter und somit verfassungswidriger Wertungswiderspruch.⁷³ Es gibt in der Tat keine hinreichenden sachlichen Gründe, die eine derart gravierende Ungleichbehandlung zweier verwandter Sachverhalte rechtfertigen könnten:

Die Methoden (PND/PID) sind zunächst in ihren Zielen und Folgen insofern vergleichbar, als es um Diagnosestellungen am Embryo in vivo (PND) bzw in vitro (PID) geht, die in eine individuelle Entscheidung zur Beendigung der Schwangerschaft (im Fall der PND) bzw zur Nichtimplantation und damit zur „Verwerfung“ des Embryos in vitro (im Fall der PID) münden können. Beide Konstellationen betreffen die Entscheidung einer Frau, ob sie – nach Erlangung bestimmter Informationen über den Embryo – schwanger bleiben (PND) oder schwanger werden (PID) will. Vergleichbarkeit besteht auch insofern, als der gegen das „Weiterleben“ des Embryos gerichtete Entscheidungsakt von der Rechtsordnung in beiden Fällen akzeptiert wird und es der Ent-

scheidung der Frau überlassen bleibt, entweder die Schwangerschaft (im Rahmen des § 97 Abs 1 StGB) abzuberechnen oder die Einwilligung zur Implantation des Embryos in vitro (gem § 8 Abs 4 FMedG) zu widerrufen.

Sachliche Unterschiede zwischen PND und PID bestehen hingegen – abgesehen von Einzelheiten der Untersuchungstechnik, auf die es in diesem Zusammenhang nicht ankommen kann – zum einen im unterschiedlichen Entwicklungsalter des Embryos: Die PND betrifft den Embryo in vivo und damit ein höheres Entwicklungsalter, das bis vor die Geburt reichen kann, während die PID am Embryo in vitro im frühesten Stadium der befruchteten Eizelle vor deren Implantation in die Gebärmutter vorgenommen wird. Zum zweiten stellt sich das Problem der Auswahl unter mehreren für die Implantation in Betracht kommenden Embryonen in dieser Ausprägung nur bei der PID, während sich die PND regelmäßig auf eine konkrete Leibesfrucht bezieht. Und drittens ist die körperliche und persönliche Nahebeziehung zwischen Frau und Embryo im Falle der Schwangerschaft enger und damit möglicherweise auch die Entscheidungsschwelle für einen Schwangerschaftsabbruch höher als für die Nichtimplantation eines Embryos in vitro.

Für die gleichheitsrechtliche Beurteilung von PND und PID folgt daraus, dass beide Maßnahmen sowohl im Hinblick auf die zu erlangenden Informationen über den Zustand des Embryos (zB medizinische Befunde über künftige Krankheiten und/oder Behinderungen), als auch im Hinblick auf die sich daraus allenfalls ergebenden Konsequenzen für den Schutz des Embryos (Schwangerschaftsabbruch/Nichtimplantation) sowie im Hinblick auf die künftigen sozialen Folgen für die Frau (Leben mit dem Kind nach der Geburt) im Wesentlichen vergleichbar sind. Auch in Bezug auf die Selektionsentscheidung ist kein wesentlicher Unterschied auszumachen, weil sich eine ähnliche Auswahlproblematik – wenn auch zeitlich verlagert – ebenso bei der PND im Fall mehrerer konsekutiver Schwangerschaften stellen kann. Die vielbeschworene Gefahr des „Designerbabys“ besteht hier wie dort nicht, da weder bei PND noch bei PID eine Manipulation der Erbsubstanz stattfindet. Die verbleibenden Unterschiede (Entwicklungsstand; niedrigere „Hemmschwelle“ gegenüber Embryonen in vitro) haben hingegen eine gegenläufige Tendenz, da das geringere embryonale Entwicklungsalter im Fall der PID eher für einen – verglichen mit der PND – herabgesetzten rechtlichen Schutz, die unterschiedliche „Zugriffsschwelle“ aber für einen stärkeren Schutz des Embryos in vitro ins Treffen geführt werden kann. Die argumentativen Gewichte dieser Divergenzen gleichen einander also im Ergebnis aus.

⁷¹ § 132c ASVG iVm VO über vordringliche Maßnahmen der Volksgesundheit, BGBl 1981/274 (§ 1 Z 2: humangenetische Vorsorgemaßnahmen insb durch genetische Familienberatung, pränatale Diagnose und zytogenetische Untersuchungen).

⁷² Statt aller OGH SZ 72/91; 5 Ob 148/07m, RdM 2008, 47; mwN *Kletecka*, Wrongful brith, wrongful conception. Zur aktuellen Diskussion über den Familienplanungsschaden, JBl 2011, 749.

⁷³ Vgl aus der reichhaltigen Literatur zB *Bernat* (FN 14) 41 ff; *Bernat*, Pränatale Diagnostik (FN 24) 27 ff; *Bernat*, Laufs-FS (FN 24) 672 ff; *Kopetzki* (FN 13) 55 f; *Mayrhofer* (FN 17) 161 ff; *Mayrhofer* (FN 24) 371 f; zuletzt *Köchle* (FN 7) 68 ff; *Bruckmüller* (FN 16) 119 ff uam.

Die erwähnten sachlichen Unterschiede lassen zwar Raum für gewisse differenzierende Regelungen von PID bzw PND und zwingen nicht unbedingt zu einer völlig gleichgelagerten gesetzlichen Ausgestaltung. Jedenfalls bei schweren geistigen oder körperlichen Schädigungen, aufgrund derer noch zu einem viel späteren Zeitpunkt ein Abbruch der Schwangerschaft zulässig ist, müsste aus gleichheitsrechtlichen Erwägungen jedoch auch eine PID am Embryo in vitro (einschließlich der dafür nötigen IVF) gesetzlich erlaubt sein.⁷⁴ Die derzeitige Rechtslage erweist sich aus gleichheitsrechtlichen Aspekten hingegen als unsachliche und somit verfassungswidrige Differenzierung. Sie zwingt Frauen, die eine PID wünschen, zu einer „Schwangerschaft auf Probe“: Während der Schwangerschaft kann die Frau dann frei über die Durchführung pränataler Diagnosen und (im Rahmen der strafrechtlichen Voraussetzungen) auch über einen anschließenden Schwangerschaftsabbruch entscheiden. Sie darf diese Entscheidung und die dafür nötigen Diagnoseschritte aber nicht ins extrakorporale Stadium vorverlegen, obgleich dies für sie weniger belastend und – wegen des geringen Entwicklungsstadiums des Embryos – auch im Hinblick auf den Embryonenschutz der weitaus gelindere Eingriff wäre.

D. Diskriminierungsschutz für behinderte Menschen

Während das Pendel des allgemeinen Gleichheitssatzes tendenziell für eine inhaltlich zumindest ähnliche Regelung von PND und PID ausschlägt und eine im Vergleich zur PND abweichende Regelung der PID unter dem Druck einer besonderen sachlichen Rechtfertigung steht, werden die „behinderungsspezifischen“ Diskriminierungsverbote des Art 7 Abs 1 B-VG gegen *beide* Varianten einer pränatalen bzw präimplantativen Diagnostik (und umso mehr gegen die embryopathische Indikation

⁷⁴ Im Hinblick auf andere Indikationen – etwa zur Auswahl eines genetisch „passenden“ Embryos zur Erzeugung eines potenziellen künftigen Gewebsspenders für schwer erkrankte Geschwister – besteht ein größerer rechtspolitischer Beurteilungsspielraum (dazu wieder *Köchle* [FN 7] 234). Ein verfassungsrechtliches Hindernis für die Einführung einer „Rettungsindikation“ besteht jedenfalls dann nicht, wenn sichergestellt ist, dass die spätere Gewebespende den gleichen rechtlichen Bedingungen und Kautelen unterliegt wie eine Gewebespende zwischen Geschwistern ohne eine derartige „reproduktionsmedizinische“ Vorgeschichte (zu deren Zulässigkeit *Aigner*, Einwilligung Minderjähriger in eine Knochenmarkspende, RdM 1998, 144; mwN *Kopetzki/Leischner*, Nierentransplantation unter eineiigen Zwillingen im Alter von 13 Jahren, RdM 2009, 12). Bei lebensbedrohlich erkrankten Geschwistern sprechen Schutzpflichten aus Art 2 und Art 8 EMRK eher für als gegen die Zulassung einer solchen „Rettungsindikation“. Vgl zum Ganzen auch *Bernat*, Laufs-FS (FN 24) 694 ff.

des StGB) ins Treffen geführt. Indes hält auch dieser Einwand einer näheren Prüfung nicht stand:

Nach Art 7 Abs 1 B-VG (dritter Satz) darf „niemand ... wegen seiner Behinderung benachteiligt werden“. Im vierten Satz des Art 7 Abs 1 „bekennt sich“ die Republik Österreich zur „Gleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Menschen in allen Bereichen des täglichen Lebens“. Daraus wird nicht nur ein subjektives verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf Unterlassung behindertenspezifischer Benachteiligungen (dritter Satz) abgeleitet, sondern auch eine objektive staatliche Schutzpflicht im Sinne einer Staatszielbestimmung in Bezug auf die Gleichbehandlung behinderter und nichtbehinderter Menschen (vierter Satz).⁷⁵

Ein Diskriminierungsvorwurf bei diagnostischen Maßnahmen während oder vor der Schwangerschaft, die auf das Erkennen genetisch bedingter Erkrankungen oder Behinderungen – und eine daran möglicherweise anknüpfende Beendigung der embryonalen Entwicklung – abzielen, ist aus Art 7 Abs 1 B-VG nur unter der Voraussetzung ableitbar, dass man die Wendung „behinderte und nichtbehinderte Menschen“ auch auf das vorgeburtliche Entwicklungsstadium bezieht. Schon der Wortlaut des Art 7 Abs 1 B-VG spricht jedoch dagegen, dass der Verfassungsbegriff „Mensch“ bzw „niemand“ – im Gegensatz zu anderen Grundrechten und zum einfachgesetzlichen Sprachgebrauch⁷⁶ – ausgerechnet

⁷⁵ Näher *Berka*, in: Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2001) Art 7 B-VG Rz 94; *U. Davy*, Der Gleichheitssatz des österreichischen Rechts und Menschen mit Behinderung, in: *FunkFS* (2003) 63 (71 ff).

⁷⁶ Das einfachgesetzliche Recht beschränkt den Bedeutungsgehalt von Begriffen wie „Mensch“, „Person“, „jedermann“ udgl in aller Regel auf Geborene (*Eichler*, Personenrecht [1983] 105 ff). „Mensch“ bzw „Person“ bezeichnen weder im Zivil- noch im Strafrecht das embryonale Leben: Gerade weil der nasciturus keine „Person“ iSd § 16 ABGB oder kein „anderer“ iSd strafrechtlichen Tötungsdelikte ist, enthält die Rechtsordnung ergänzende Sonderbestimmungen, die den Lebensschutz teilweise – und in eingeschränktem Ausmaß – auf den Ungeborenen erstrecken (§§ 96 ff StGB, § 22 ABGB; *Holoubek* [FN 40] 314 f mwN). Wäre der Embryo vom zivilrechtlichen Personenbegriff umfasst, dann bedürfte es der Fiktion des § 22 ABGB („werden als Geborene angesehen“) nicht (zur Differenzierung zwischen „Mensch“ und „Leibesfrucht“ *Wolff*, in: *Klang*² I/1 [1964] 155; *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch I [1811] 122, sprach von einer „Rechtsdichtung“ des Gesetzgebers). Diese klaren Differenzierungen zwischen „Menschen“ bzw „Personen“ und vorgeburtlichen Lebensstadien zeigen, dass es de lege lata keinen einheitlichen – beide Fälle einschließenden – Lebensschutz gibt bzw dass dann, wenn der Schutzbeginn vor der Geburt liegen soll, dies ausdrücklich normiert wird. Deshalb besteht für den nasciturus keine Meldepflicht und werden Schwangere bei Volkszählungen nicht doppelt gezählt.

in diesem Kontext auch die Embryonalphase umfassen soll: Art 7 Abs 1 B-VG verlangt nicht die rechtliche Gleichbehandlung „behinderten Lebens“, sondern die Gleichbehandlung von „behinderten und nichtbehinderten Menschen“. Der Schutz des Art 7 Abs 1 B-VG bezieht sich auf Geborene, nicht auf den Embryo, schon gar nicht *in vitro*.⁷⁷ Auch der vierte Satz des Art 7 Abs 1 B-VG schließt wegen der sprachlichen Formulierung („in allen Bereichen des täglichen Lebens“) und der – auf die Stellung behinderter Menschen in der Gesellschaft abzielenden – Intention des Gesetzgebers⁷⁸ nicht den Embryo ein. Das gilt auch für die behindertenspezifischen Diskriminierungsverbote im Völker- und Unionsrecht, etwa in Art 21, 26 GRC, Art 15 der Europäischen Sozialcharta⁷⁹ oder im UN-Übereinkommen über Menschen mit Behinderungen.

Maßnahmen, die künftige Krankheiten oder Behinderungen vermeiden sollen, stehen mit dem verfassungsrechtlichen Behindertenschutz folglich nicht im Widerspruch, und zwar auch dann nicht, wenn dieses Ziel durch die Nichtimplantation extrakorporaler Embryonen nach PID oder durch einen Schwangerschaftsabbruch aus embryopathischer

⁷⁷ Wie hier *Mayrhofer* (FN 24) 372 Fn 132. Gegen eine Grundrechtsberechtigung des extrakorporalen Embryos aus Art 3 Abs 3 GG auch *Hufen* (FN 65) 447; *Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens (2007) 376 ff; ebenso für die Schweiz (Art 8 Abs 2 BV) die Erläuterungen zur Änderung von Art 119 BV sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes (Präimplantationsdiagnostik) 19.5.2011, 51 (www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/06152). Abweichende Stimmen in der BRD, die eine Anwendung des Art 3 Abs 3 GG auf den Embryo im Prinzip bejahen (zB *U. Davy*, Das Verbot der Diskriminierung wegen der Behinderung im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Die Behinderten in der sozialen Sicherung. Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes 49 [2002] 7 [18 ff]), begründen dies mit Argumenten aus der deutschen Judikatur zum – auch auf ungeborenes Leben bezogenen – Grundrecht auf Leben gem Art 2 GG; das ist auf Österreich nicht übertragbar.

⁷⁸ Die Ergänzung des Art 7 Abs 1 B-VG idF der Nov BGBl I 87/1997 zielte – in Anlehnung an Art 3 Abs 3 des GG – auf die Stellung behinderter Menschen im „sozialen Leben“ und die „Teilnahme am politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben der Gemeinschaft“ (785 BlgNR XX. GP 3 f).

⁷⁹ Der Achtungsanspruch „von Menschen mit Behinderung auf Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer Eigenständigkeit, ihrer sozialen und beruflichen Eingliederung und ihrer Teilnahme am Leben der Gemeinschaft“ (Art 26 GRC) setzt ebenso einen geborenen Menschen voraus wie die Schutzpflichten des Art 15 der Europäischen Sozialcharta, BGBl 1969/460 („Recht der körperlich oder geistig Behinderten auf berufliche Ausbildung sowie auf berufliche und soziale Wiedereingliederung“); vgl nur *Latsiou*, Präimplantationsdiagnostik (2008) 109 f. Die Behauptung, die PID und die Verwerfung genetisch „fehlerhafter“ Embryonen laufe dem europäischen Behindertenschutz zuwider (*Starck*, Entscheidungsanmerkung, JZ 2012/3, 146), entbehrt jeglicher Begründung.

Indikation nach PND erreicht wird. Daran ändert sich auch nichts, wenn man das Diskriminierungsverbot in die allgemeine Sachlichkeitsprüfung einfließen lässt: Auch eine „objektivierende“ Sichtweise vermag aus Art 7 B-VG keine weiterreichenden Bedeutungsmodalitäten hervorzuholen, als – begrenzt durch den Bezug auf geborene Menschen – an normativem Gehalt in ihn hineingelegt ist.⁸⁰ Die ebenso metaphorische wie diffuse Redeweise von der Diskriminierung behinderten „Lebens“ sollte die Einsicht in den begrenzten personellen Schutzbereich dieser Diskriminierungsverbote nicht vernebeln.

Und schließlich wäre auch bei einer Berücksichtigung des Diskriminierungsverbots als grundlegende Wertentscheidung des Verfassungsgesetzgebers im Wege der Sachlichkeitsprüfung im Auge zu behalten, dass die Bindungswirkung dieses Verbots nicht ohne weiteres auf das Entscheidungsverhalten Privater übertragen werden dürfte. In bestimmten Grenzen kann den Gesetzgeber zwar aufgrund eines Gleichbehandlungsgebotes bzw Diskriminierungsverbotes auch die Pflicht treffen, entsprechende Regelungen gegen eine Diskriminierung auch unter Privatpersonen zu erlassen, und es besteht kein Zweifel, dass die Staatszielbestimmung zugunsten der „Gleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Menschen in allen Bereichen des täglichen Lebens“ auf eine entsprechende Ausgestaltung der gesamten Rechtsordnung und damit auch auf die Verhältnisse unter Privaten abzielt.⁸¹ Dies bedarf aber jeweils besonderer Begründung und ist im Wesentlichen auf Bereiche mit einem hinreichenden Sozialbezug beschränkt, wie etwa die Versorgung mit lebenswichtigen Gütern, das Arbeits- und Dienstrecht oder die Bereitstellung von Leistungen, für die eine breite öffentliche Nachfrage besteht.⁸² Im Bereich höchstpersönlicher Entscheidungen gerät eine undifferenzierte Überbürdung von Gleichbehandlungsverpflichtungen auf Private aber in einen unauflösbaren Konflikt mit der Privatautonomie der Betroffenen: Bei Entscheidungen, die den höchstpersönlichen Lebensbereich berühren – man denke an das Eingehen privater oder sexueller Beziehungen oder an die Eheschließung – besteht im Rahmen der Privatautonomie auch eine verfas-

⁸⁰ So – zum vergleichbar formulierten Art 3 Abs 3 GG – *Enders*, Embryonenschutz als Statusfrage? Embryonenschutz zwischen Verfassungsvollzug und Autokratie der Moral, ZRph 2003, 126 (135).

⁸¹ Für eine solche Horizontalwirkung auch AB 785 BlgNR XX. GP 3; vgl mit Beispielen *Berka* (FN 75) Art 7 B-VG Rz 94.

⁸² Zu diesen Aspekten einer „Drittwirkung“ des Gleichheitsgrundsatzes allgemein *Berka* (FN 75) Art 7 B-VG Rz 115 ff; zu Diskriminierungsverboten zB *König/Peters*, Das Diskriminierungsverbot, in: Grote/Marauhn (Hrsg), EMRK/GG-Konkordanzkommentar (2006) § 21, Rz 88; weitergehend *U. Davy* (FN 75) 87 ff.

sungsrechtlich geschützte Entscheidungsfreiheit gerade darin, auf der Grundlage eigener moralischer Überzeugungen, persönlicher Werthaltungen, Erfahrungen und Präferenzen willkürlich – und wenn man so will: „selektiv“ – entscheiden zu können, ohne diese Entscheidungen anhand objektiver Maßstäbe rechtfertigen zu müssen.⁸³ Dass die Entscheidung, überhaupt (oder von einem Partner mit bestimmten – und seien es auch genetisch bedingten – „Merkmalen“) schwanger zu werden, schwanger zu bleiben, ein Kind zu gebären, es zu erziehen und mit ihm zu leben, zu diesem Kreis höchstpersönlicher Entscheidungen gehört, kann nicht zweifelhaft sein. Diese Entscheidungsfreiheit ist zwar nicht absolut und muss sich im Rahmen jener Grenzen halten, die sich aus den Grundrechten anderer ergeben. Diese Grenzen erfließen aber nicht mehr aus dem Diskriminierungsverbot, sondern müssen aus anderen Schranken begründet werden. Weil und sofern zumindest der frühe Embryo weder durch das Recht auf Leben noch durch andere verfassungsrechtliche Bestimmungen gegen Entscheidungen der Mutter geschützt wird, kann auch das Diskriminierungsverbot einer PID nicht entgegenstehen.

E. Entscheidungsautonomie der Frau und Art 8 EMRK

1. Allgemeines

Verfassungsrechtliche Einwände gegen ein Verbot der PID entstehen nicht nur aus gleichheitsrechtlichen Erwägungen, sondern insb⁸⁴ auch aus dem Blickwinkel der Entscheidungsautonomie jener Frau, bei der durch die Implantation des extrakorporal befruchteten Embryos eine Schwangerschaft herbeigeführt werden soll. Die Kenntnis über mögliche genetisch bedingte Erkrankungen des Embryos bzw des künftigen Kindes kann einen wesentlichen Einfluss darauf haben, ob sich die Frau für oder gegen eine Implantation in ihren Körper entscheidet. Diese Entscheidung über die Zulassung der Implantation liegt de lege lata – ohne inhaltliche Grenzen – bei der Frau, die ihre Zustimmung bis zur Einbringung der entwicklungsfähigen Zellen in ihren Körper widerrufen kann.⁸⁵

⁸³ Vgl dazu W. Lübke, Das Problem der Behinderten-selektion bei der pränatalen Diagnostik und der Präimplantationsdiagnostik, *Ethik Med* 15 (2003) 203 (214 f).

⁸⁴ Ähnliche Einwände können aus der Perspektive des Grundrechtsschutzes der Leistungsanbieter (zB Erwerbsausübungsfreiheit) formuliert werden, dazu Köchle (FN 7) 75 ff.

⁸⁵ § 8 Abs 4 FMedG; mwN Leischner, Die Gewinnung von Keimzellen zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung, *RdM* 2009, 140 (145)

2. Beschränkung der PID als Eingriff in Art 8 EMRK

Aus der Sicht der fortpflanzungswilligen Frau stellt jede gesetzliche Beschränkung der PID ein Hindernis für die Inanspruchnahme eines de facto verfügbaren und dem internationalen Stand der Wissenschaft entsprechenden medizinischen Diagnoseverfahrens dar. Geht man mit dem VfGH und dem EGMR davon aus, dass der Einsatz von Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung vom grundrechtlichen Schutz des Privat- und Familienlebens gemäß Art 8 Abs 1 EMRK erfasst ist⁸⁶, dann fällt auch der Teilschritt der Implantation in den Schutzbereich des Art 8 EMRK. Hält man weiters daran fest, dass der (grund-)rechtliche Schutz von Entscheidungsbefugnissen über die Zulassung medizinischer Maßnahmen nicht nur die Entscheidungsbefugnis als solche, sondern auch den Zugang zu Informationen einschließt, die für die Ausübung dieses Entscheidungsrechts benötigt werden, dann muss sich der Schutzbereich des Art 8 EMRK auch auf den Zugang zu allen relevanten diagnostischen Informationen in Bezug auf den Embryo erstrecken.⁸⁷ Dieser Zusammenhang zwischen Entscheidungs- und Informationsrechten stellt unter dem Titel des „informed consent“ einen im Medizinrecht weithin etablierten Grundsatz dar, der auch durch Art 8 EMRK anerkannt ist.⁸⁸ Sowohl die höchstpersönliche Natur dieser – zunächst den eigenen Körper betreffenden – Entscheidung als auch der unmittelbare Zusammenhang mit der daraus resultierenden Schwangerschaft und den Auswirkungen der Geburt des Kindes auf ihr Privat- und Familienleben stützen diese Auslegung. Sie wurde jüngst auch vom EGMR bestätigt.⁸⁹

⁸⁶ VfSlg 15.632/1999; EGMR (GK) 4.12.2007, *Dickson/Vereinigtes Königreich*, Appl 44.362/04, EGMR (GK) 10.4.2007, *Evans/Vereinigtes Königreich*, Appl 6339/05, Z 71 f; EGMR (GK) 3.11.2011, *S.H./Österreich*, Appl 57.813/00, Z 88. Ebenso die ganz hL, vgl nur *Mayrhofer* (FN 17) 144 ff; *Mayrhofer* (FN 24) 358 ff; *Kopetzki* (FN 13) 56; *Grabenwarter/Pabel* (FN 37) § 22 Rz 8; *Wiederin*, Art 8 EMRK, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (5. Lfg 2002) Rz 42; *Bernat*, Entscheidungsanmerkung, *RdM* 2010, 88 ff; *Bernat*, Entscheidungsanmerkung, EF-Z 2012, 26 ff.

⁸⁷ *Kopetzki* (FN 13) 56; *Bernat*, Laufs-FS (FN 24) 689 f; *Köchle* (FN 7) 61 f.

⁸⁸ Dazu mwN nur *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995) 407 ff, insb in und bei Fn 2620.

⁸⁹ EGMR 26.5.2011, *R.R./Polen*, Appl 27.617/04 (nicht rechtskräftig). Demnach müsse ein Konventionsstaat, der Schwangerschaftsabbrüche (hier: aus embryopathischer Indikation) in bestimmten Situationen erlaubt, der Frau auch einen effektiven Zugang zu Informationen über die Gesundheit des Fötus ermöglichen, die für die Ausübung der persönlichen Entscheidungsfreiheit in Bezug auf den Schwangerschaftsabbruch relevant sind. Wenn, so der EGMR weiter, das nationale Recht Abtreibungen in Fällen einer Fehlbildung des Fötus erlaubt, dann müssen

Die durch Art 8 EMRK gewährleistete Entscheidungsfreiheit der Frau über die Fortpflanzung schließt somit die Entscheidungsfreiheit darüber ein, ob und welche Embryonen eingepflanzt und welches „genetische Risiko“ dabei in Kauf genommen werden soll.⁹⁰ Da die geltende Rechtsordnung die Entscheidung über die Implantation unangestastet lässt, der Frau aber den ungehinderten Zugang zu jenen Informationen versagt, die erst eine Grundlage dieser Entscheidung bilden könnten, liegt ein Eingriff in Art 8 Abs 1 EMRK vor.

Der beharrliche Einwand, es gäbe kein (grundrechtlich geschütztes) „Recht auf ein gesundes Kind“ bzw. „auf ein bestimmtes, also spezifisches Kriterien entsprechendes Kind“⁹¹, geht an der verfassungsrechtlichen Dimension der Fragestellung vorbei: Bei der Diskussion um die Zulassung der PID steht nicht die Einräumung eines positiven Anspruches gegenüber dem Staat auf die Bereitstellung oder auf die Finanzierung von Techniken der PID zur Debatte, sondern ausschließlich die Frage nach der Zulässigkeit eines gesetzlichen Hindernisses, die de facto möglichen und medizinisch auch realiter verfügbaren Untersuchungsmethoden tatsächlich in Anspruch nehmen zu können. Aus grundrechtlicher Sicht geht es nicht um einen sozialrechtlichen Leistungsanspruch, sondern um die Abwehr einer staatlichen Zugangsbarriere zu medizinischen Leistungen. Mit dem Hinweis auf das fehlende „Recht auf ein gesundes Kind“ wird das Problem in unzulässiger Weise umformuliert. Diese Rhetorik entzieht sich der Notwendigkeit, einen Eingriff in Rechte von Frauen zu legitimieren, indem sie deren Freiheitsrecht in ein seinerseits rechtfertigungsbedürftiges Leistungsrecht verwandelt.

auch angemessene gesetzliche und verfahrensrechtliche Regelungen bestehen, um zu garantieren, dass Schwangere relevante, volle und verlässliche Informationen über die Gesundheit des Ungeborenen erhalten (Z 200). Im konkreten Fall wurde eine Verletzung von Art 8 und Art 3 EMRK bejaht. Obgleich der Sachverhalt die Pränataldiagnostik (bei bereits bestehender Schwangerschaft) betraf, lässt sich der vom EGMR hergestellte Zusammenhang zwischen einer gesetzlich eingeräumten Entscheidungsbefugnis und dem Zugangsrecht zu den für die Entscheidung relevanten Gesundheitsinformationen auch auf die PID übertragen. In diesem Sinn zur PID nun explizit auch EGMR 28.8.2012, *Costa und Pavan/Italien*, Appl 54.270/10, Z 56 ff.

⁹⁰ Wie hier ua *Bernat*, Laufs-FS (FN 24) 689 f; aM *Mayrhofer* (FN 24) 360, 371. Ebenso im Ergebnis zur deutschen Verfassungslage, insb zu Art 2 Abs 1 und 2 GG, mwN *J. Ipsen*, Der „verfassungsrechtliche Status“ des Embryos in vitro, JZ 2001, 989 (995); *Hufen* (FN 65) 442 f; *Hufen*, Individuelle Rechte und die Zulassung der Präimplantationsdiagnostik, in: Gethmann/Huster (Hrsg), Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik (2010) 129 (132 ff); *Heun*, Menschenwürde und Lebensrecht als Maßstab für PID?, *ibid* 103 (106).

⁹¹ *Mayrhofer* (FN 24) 360.

3. Zur Zulässigkeit des Eingriffs gem Art 8 Abs 2 EMRK

Stellt eine Beschränkung der PID einen Eingriff in das Recht auf Privatleben der betroffenen Frau dar, dann bedarf es einer hinreichenden Rechtfertigung im Lichte des Art 8 Abs 2 EMRK: Die Beschränkung muss im Hinblick auf eines der dort genannten Ziele (insb zum Schutz der Gesundheit, der Moral oder der Rechte und Freiheiten anderer) „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ sein. Da Einschränkungen der PID weder der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ruhe und Ordnung, dem wirtschaftlichen Wohl des Landes, der Verhinderung strafbarer Handlungen oder dem Gesundheitsschutz dienen, kommt für eine Rechtfertigung im Lichte der Eingriffsziele des Art 8 Abs 2 EMRK nur der „Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“ oder der „Moral“ in Betracht.

a. Schutz der Rechte und Freiheiten anderer

Fragt man nach dem Kreis der „anderen“, deren Rechte eine Beschränkung der PID legitimieren könnten, so kann der zu implantierende *extrakorporale Embryo* von vornherein ausgeschieden werden. Weder verleiht ihm die EMRK oder eine andere Verfassungsnorm den Status eines Grundrechtsträgers⁹² noch lässt sich aus der Zuerkennung einer (durch die Lebendgeburt) bedingten Rechtsfähigkeit des *nasciturus* durch § 22 ABGB – und erst recht nicht aus dem FMedG⁹³ – ein einfachgesetzliches individuelles Lebensrecht des Embryos konstruieren.⁹⁴ Doch selbst unter der Annahme eines solchen Rechts würde eine Rechtfertigung im Hinblick auf dieses Schutzziel daran scheitern, dass das postulierte „Lebensrecht“ des Embryos nicht durch die Durchführung der PID, sondern erst durch die (möglicherweise anschließende) Nichteinpflanzung und Vernichtung des Embryos tangiert würde. Solange diese Entscheidung über die Implantation der Frau auch ohne vorangehende PID freigestellt bleibt, wäre das Zugangshindernis zur PID als unverhältnismäßige, weil zur Zielerreichung des Lebensschutzes des Embryos untaugliche Maßnahme zu qualifizieren.

Eine Beschränkung könnte allerdings auch durch den Schutz der Rechte *Geborener* – insb behinderter Menschen – gerechtfertigt werden. Es ist aber nicht ersichtlich, in welchen rechtlich geschützten Sphären unbeteiligte Dritte durch die Durchführung einer PID betroffen werden könnten. Eine pränatale oder präimplantative Diagnosemaßnahme berührt

⁹² Dazu oben III.A.

⁹³ Zum kaum ausgeprägten Embryonenschutzmotiv im FMedG vgl in und bei FN 44.

⁹⁴ Vgl wie FN 70.

nicht allein deshalb die Rechte (geborener) behinderter Menschen, weil diese möglicherweise an eben jener Krankheit oder Behinderung leiden, auf deren Diagnose eine PID abzielt. Ein davon losgelöster Schutz vor symbolischen „Kränkungen“ trägt noch kein Verbot zum Schutz der „Rechte anderer“.⁹⁵

Zu einem abweichenden Ergebnis könnte man nur dann gelangen, wenn und soweit die Zulassung der PID die ernsthafte Gefahr mit sich brächte, dass dadurch künftig auch der rechtliche Schutz (geborener) behinderter Menschen bedroht wird.⁹⁶ Das setzt einen plausiblen Zusammenhang zwischen der Freigabe der PID und einer daraus resultierenden Minderung oder Gefährdung des rechtlichen Schutzes behinderter Menschen voraus. Für einen solchen Zusammenhang fehlt aber jeglicher Hinweis, weil kein empirischer Mechanismus existiert, über den der Umgang mit ungeborenem Leben auf den Umgang mit geborenem Leben zurückwirkt.⁹⁷ Gerade weil die Geburt eines Menschen nicht nur nach den Maßstäben der Rechtsordnung eine Zäsur darstellt, sondern auch im Bewusstsein der Bevölkerung als „moralische Wasserscheide“ gilt, deutet nichts darauf hin, dass die gesellschaftliche Behandlung von ungeborenem Leben zum künftigen Modell für die Behandlung von geborenem Leben werden könnte. Selbst wenn man – wofür Vieles spricht – eine weitgehende Politik der Gefahrenvorsorge für vertretbar hält, die Schutzmaßnahmen nicht erst bei beweisbaren Schäden, sondern schon bei gewichtigen Hinweisen auf deren künftiges Eintreten für geboten erachtet, bedürfte es zumindest objektiver Anhaltspunkte, dass die befürchteten Entwicklungen *wahrscheinlich* sind.⁹⁸ Eine bloße – nie auszuschließende – Restunsicherheit reicht als Begründung nicht, weil der Verweis auf die Ungewis-

⁹⁵ Köchle (FN 7) 98.

⁹⁶ Zu einem derartigen Missbrauchsargument im Kontext des – durch den Schutz der „Rechte anderer“ gerechtfertigten – Verbots der Tötung auf Verlangen EGMR, *Pretty/Vereinigtes Königreich*, Appl 2346/02, Z 68 ff, EuGRZ 2002, 240 f; kritisch gegen die Wahl dieses Schutzziels *Kneihls*, Sterbehilfe durch EGMR nicht geboten / Der Fall *Pretty*, EuGRZ 2002, 243 f. Zu einer ähnlichen Problematik aus Anlass eines Behandlungsabbruches EGMR 16.12.2008, *Ada Rossi et al/Italien*, Appl 55.185/08 ua, RdM 2009/12, 100 (dort auch zur fehlenden Aktivlegitimation unbeteiligter Dritter), dazu *Kopetski*, Abbruch der künstlichen Ernährung beim Wachkomapatienten, in: Kröll/Schaupp (Hrsg), *Eluana Englaro – Wachkoma und Behandlungsabbruch* (2010) 61 (81 ff).

⁹⁷ Dazu und zum Folgenden *van den Daele*, Empirische Befunde zu den gesellschaftlichen Folgen der Pränataldiagnostik: Vorgeburtliche Selektion und Auswirkungen auf die Lage behinderter Menschen, in: Gethmann-Siefert/Huster (Hrsg), *Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik*. Graue Reihe Nr 38 der Europäischen Akademie Bad Neuenahr-Ahrweiler (2005) 206 (236 ff).

⁹⁸ *Van den Daele* (FN 97) 246 f.

sheit künftiger Entwicklungen angesichts der (mit Sicherheit eintretenden) rechtfertigungspflichtigen Grundrechtseingriffe auf Seiten der betroffenen Frauen nicht geeignet ist, die Verhältnismäßigkeit eines staatlichen Verbots – insb dessen „dringende soziale Notwendigkeit“ iSd Art 8 Abs 2 EMRK – darzutun. Die in der Bioethik gängigen „Dambruchargumente“⁹⁹ und die damit einhergehenden Unterstellungen und Mutmaßungen sind – soweit damit vorsorgliche Verbote legitimiert werden sollen – wegen ihrer Tendenz zur Unverhältnismäßigkeit nicht nur verfassungsrechtlich problematisch.¹⁰⁰ Sie werden auch durch einen Blick in jene Staaten, deren Rechtsordnung die PID erlaubt, nicht gestützt. Die Behauptung, eine Freigabe der PID bedrohe das Lebensrecht behinderter Menschen, ist ebenso wenig belegbar wie die Prognose, liberale Abtreibungsregelungen würden zu einem Respektverlust gegenüber Geborenen führen oder die Sensibilität gegenüber Behinderten schwächen.¹⁰¹ Umgekehrt trifft es auch nicht zu, dass in Ländern mit restriktiven Abtreibungsregelungen ein besonders ausgeprägter postnataler Lebensschutz bestünde.

b. Schutz der „Moral“

Für eine Rechtfertigung bleibt somit nur der Schutz der „Moral“. Die hohe Unbestimmtheit dieses Eingriffsziels und der für einen demokratischen Rechtsstaat prägende – durch Art 9 EMRK selbst wieder grundrechtlich geschützte – weltanschauliche „Pluralismus“ dürften dafür verantwortlich sein, dass über dessen Inhalt und Schutzbedürftigkeit kein Konsens besteht.¹⁰² Die unscharfen Konturen des Moralbegriffs und das Fehlen eines einheitlichen europäischen Moralkonzepts werden in der Judikatur als Indiz für einen besonders weiten Spielraum des Gesetzgebers gewertet, und zwar sowohl hinsichtlich der zu schützenden „moralischen“ Normen als auch hinsichtlich der Notwendigkeit dieses Schutzes.¹⁰³ Die in der Argumentationsfigur des „nationa-

⁹⁹ Kritik zB bei *Saliger*, Das Dambruchargument in Medizinrecht und Medizinethik, JB für Recht und Ethik 15 (2007) 633; *Gähde*, Dambruchargumente und die Freiheit ethischer Forschung, in: Pawlik/Frede (Hrsg), *Forschungsfreiheit und ihre ethischen Grenzen* (2001) 49; *Merkel* (FN 67) 199 ff.

¹⁰⁰ Hier gilt – im Hinblick auf die (Un)tauglichkeit bloßer Mutmaßungen als Begründung für gesetzliche Differenzierungen – ähnliches wie für den Gleichheitssatz; dazu *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 215; zum FMedG *Strasser*, Ethik der Fortpflanzung, in: Bernat (Hrsg), *Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik* (2000) 23 (37 ff).

¹⁰¹ Dazu *Merkel* (FN 67) 207 f.

¹⁰² *MwN Wildhaber/Breitenmoser*, in: Karl (Hrsg), *Int-KommMRK, Art 8 EMRK Rz 638 ff*, 700.

¹⁰³ Diese „doppelte“ Weite des Beurteilungsspielraums wurde insb auch in kontroversiellen Fragen der Bioethik

len Beurteilungsspielraums“ angelegte Reserviertheit des EGMR, wonach die Einschätzung moralisch begründeter Grundrechtseingriffe den dafür „besser geeigneten“ nationalen Instanzen überlassen sei, bezieht ihre Rechtfertigung freilich aus dem Gedanken der Gewaltentrennung und der Subsidiarität einer internationalen Gerichtskontrolle.¹⁰⁴ Daraus folgt aber nicht, dass sich auch die innerstaatliche verfassungsrechtliche Beurteilung auf eine derartig weitmaschige „Grobprüfung“ beschränken muss.

Schon die historische Entwicklung individueller Grundrechte, die über weite Strecken als Gegenposition zu etablierten Vorstellungen von „Gut“ und „Böse“ erkämpft wurden, legt Zurückhaltung nahe. Gerade wegen seiner Vagheit ist das Eingriffsziel der Moral in besonderem Maß auf die Wertmaßstäbe einer durch Toleranz und Offenheit geprägten pluralistischen „demokratischen Gesellschaft“ zu beziehen und daher nicht ohne weiteres geeignet, irgendwelchen moralischen Vorstellungen zum ungefilterten rechtlichen Durchbruch zu verhelfen.¹⁰⁵ Die Gründe für diese Sonderstellung können mit den Stichworten der weltanschaulichen Neutralität des Staates,¹⁰⁶ den durch die EMRK geschützten liberalen Grundsätzen von Offenheit, Toleranz und Pluralismus,¹⁰⁷ der für den modernen Staat konstitutiven Trennung von Moralität und Legalität sowie der mangelnden objektiven Erkennbarkeit von „Werten“ nur angedeutet werden.

Bezieht man den Moralbegriff des Art 8 Abs 2 EMRK sowohl auf den Schutz des moralischen Ethos oder der moralischen Normen der Gesellschaft insgesamt als auch auf den Schutz der moralischen Interessen einer bestimmten Gruppe der Gesellschaft,¹⁰⁸ so wird die Subsumierbarkeit eines Verbots der PID unter das Schutzziel „Moral“ angesichts weit verbreiteter ethischer Einwände nicht von vornherein verneint werden dürfen. Dass diese moralischen Bedenken von der überwiegenden Mehrheit der Bevölkerung nicht geteilt werden,¹⁰⁹

betont: vgl zuletzt EGMR 3.11.2011, *S.H. ua/Österreich*, Appl 57.813/2000, Z 94, mwN zur Vorjudikatur.

¹⁰⁴ Statt aller *Grabenwarter/Pabel* (FN 37) 131 Rz 20 f.

¹⁰⁵ *Berka* (FN 35) Rz 270; *Grabenwarter*, Art 9 EMRK, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (1999 ff) Rz 40.

¹⁰⁶ Grundlegend und auch für Österreich zutreffend *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates: eine liberale Interpretation der Verfassung (2002); *Huster*, Bioethik im säkularen Staat, Z für philosophische Forschung 55 (2001) 258.

¹⁰⁷ MwN *Wildhaber/Breitenmoser* (FN 102) Rz 720.

¹⁰⁸ MwN *Wildhaber/Breitenmoser* (FN 102) Rz 641; ähnlich VfSlg 15.632/1999.

¹⁰⁹ Glaubt man Umfrageergebnissen, dann findet die PID zwecks Erkennen genetisch bedingter Erkrankungen des künftigen Kindes (nicht jedoch zur Geschlechtsselek-

tion) dem keinen Abbruch, weil es aus grundrechtlicher Sicht auch zulässig sein kann, moralische Anliegen von Minderheiten zu schützen. Der Schwerpunkt der Problematik liegt somit weniger in der Wahl des Schutzzieles „Moral“ als in der Verhältnismäßigkeitsprüfung, mithin also in der Frage nach der „Notwendigkeit“ und dem „dringenden sozialen Bedürfnis“.¹¹⁰ Bei den damit eröffneten Abwägungen spielen mehrere Kriterien eine Rolle, wie etwa die Schwere des Grundrechtseingriffs, die Relevanz des geschützten Rechtsguts und die Existenz eines einheitlichen europäischen Mindeststandards.¹¹¹ Je schwerer ein Eingriff für die Betroffenen wiegt und je persönlicher die durch ihn berührten Interessen sind, umso überzeugender muss seine Notwendigkeit dargetan werden.¹¹² Schließlich hängt die Rechtfertigungsfähigkeit nach Art 8 Abs 2 EMRK auch davon ab, ob die fragliche gesetzliche Regelung im Hinblick auf das Schutzziel in sich konsistent und widerspruchsfrei ist.¹¹³

Wie *Köchle* in ihrer eingehenden Untersuchung gezeigt hat,¹¹⁴ sprechen überwiegende Gründe gegen eine Vereinbarkeit eines (mehr oder weniger weitreichenden) PID-Verbots mit Art 8 Abs 2 EMRK: Weder ist der vom Gesetzgeber anvisierte Schutz des Vorrangs „natürlicher“ Fortpflanzung in einem

tion) eine hohe Akzeptanz, die sich auch im zwischenstaatlichen Vergleich nicht erheblich unterscheidet. Auf einer Skala von 0 (absolut unakzeptabel) bis 10 (absolut akzeptabel) bewegt sich die durchschnittliche Zustimmungquote zwischen 6,3 in der Niederlande bis 8,0 in Frankreich; der Wert für Österreich liegt bei 6,8. Nachweise bei *Solter ua*, Embryo Research in Pluralistic Europe (2003) 197 f.

¹¹⁰ Zu dieser Umschreibung der „Notwendigkeit“ vgl statt aller *Grabenwarter/Pabel* (FN 37) 129 ff Rz 14 ff.

¹¹¹ Nach Lehre und Rsp führt die Existenz eines gemeinsamen „europäischen Standards“ an Rechtsgrundsätzen und gemeinsamen Rechtstraditionen in einem Politikbereich dazu, dass Abweichungen prima facie problematisch sind; dazu mwN zB *Wildhaber/Breitenmoser* (FN 102) Rz 679 ff, 703 ff; *Grabenwarter/Pabel* (FN 37) 132; *Wiederin* (FN 86) Rz 26. Fehlt ein konsistenter „europäischer Standard“, so indiziert dies einen breiteren Gestaltungsspielraum. Dies trifft insb für „biopolitische“ Regelungen zu, bei denen europaweit weithin unterschiedliche ethische und rechtliche Bewertungen bestehen. In dem Maße, wie sich in den Staaten des Europarates eine gewisse Konvergenz zu einem bestimmten Niveau grundrechtlich gewährleisteten Schutzes herausbildet, verengt sich auch der Spielraum für nationale Alleingänge. Vgl auch FN 117.

¹¹² *Wiederin* (FN 86) Rz 2; *Wildhaber/Breitenmoser* (FN 102) Rz 694.

¹¹³ Dazu EGMR 3.11.2011, *S.H. ua/Österreich*, Appl 57.813/2000, Z 100: „Notwithstanding the wide margin of appreciation afforded to the Contracting States, the legal framework devised for this purpose must be shaped in a coherent manner which allows the different legitimate interests involved to be adequately taken into account“.

¹¹⁴ *Köchle* (FN 7) 117 ff.

ohnehin hochgradig technisierten reproduktionsmedizinischen Umfeld ein Aspekt der „öffentlichen Moral“ in Österreich, noch könnte das FMedG mit seinen ausgeprägten Wertungswidersprüchen und Inkonsistenzen den Kohärenzanforderungen der Verhältnismäßigkeitsprüfung genügen. Dem engen Bezug zum höchstpersönlichen Lebensbereich der betroffenen Frauen und Paare und den gravierenden Auswirkungen auf deren Lebensgestaltung – insb der gesetzlich erzwungenen Verlagerung der Entscheidung auf spätere diagnostische Maßnahmen während der Schwangerschaft und einen wesentlich belastenderen Schwangerschaftsabbruch – stehen keine hinreichend gewichtigen Argumente entgegen, die ein weitgehendes Verbot rechtfertigen könnten, zumal derartige Untersuchungen im Rahmen der pränatalen Diagnostik unbeschränkt zulässig sind. Diese Inkohärenz hat nun auch der EGMR als unverhältnismäßig eingestuft.¹¹⁵ Zwar gibt es einen breiten – auch international nachvollziehbaren – moralischen Konsens gegen Maßnahmen der „positiven“ Eugenik, also gegen die Selektion nach bestimmten erwünschten Merkmalen (insb Geschlecht¹¹⁶). Das legitimiert aber kein umfassendes Verbot der PID zum Zweck der Diagnose genetisch bedingter Erkrankungen, da einer verpönten „genetischen Optimierung“ auch mit einer inhaltlich differenzierten Freigabe der PID gegengesteuert werden kann. Die Befürchtung, eine solche Begrenzung sei gegen rechtswidrige Umgehung nicht gefeit („Missbrauch“) und öffne einer „Zuchtauswahl“ Tür und Tor, vermag ein Verbot der PID nicht zu tragen, weil die Möglichkeit, sich über das Gesetz hinwegzusetzen, auch gegenüber einem Totalverbot besteht: Für die Absicherung einer gesetzlichen Beschränkung gegen ihre Missachtung ist die Schaffung eines zusätzlichen Verbots ein schon im Ansatz ungeeignetes Mittel.

Die rechtsvergleichende Perspektive stützt den Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit. Auch wenn man zur Kenntnis nimmt, dass die Relevanz des „europäischen Standards“ für die Breite des nationalen Beurteilungsspielraums in der Judikatur des EGMR unklarer ist als je zuvor,¹¹⁷ kann der Blick

¹¹⁵ EGMR 28.8.2012, *Costa und Pavan/Italien*, Appl 54.270/10, Z 60 ff (PID – Verbot bei gleichzeitiger Zulässigkeit eines embryopathischen Schwangerschaftsabbruchs verletzt Art 8 EMRK).

¹¹⁶ Vgl statt vieler nur Art 14 der Biomedizinkonvention des Europarates.

¹¹⁷ Dass der EGMR für die Erheblichkeit des „europäischen Standards“ (FN 111) jüngst noch verlangt hat, dass die dahinter stehende Konsensbildung auf „langandauernden und gefestigten Prinzipien“ beruhen muss (3.11.2011, *S.H./Österreich*, Appl 57.813/2000, Z 96), macht die Argumentationsfigur des Beurteilungsspielraums endgültig zur unkalkulierbaren „Wanderdüne“, da für die rechtliche Bewältigung gänzlich neuer medizini-

über die Grenzen dennoch Anhaltspunkte dafür liefern, welche Freiheitseingriffe nach dem Leitbild eines europäischen demokratischen Rechtsstaates konventionsrechtlich hinzunehmen sind und welche nicht. Legt man eine aktuelle Bestandsaufnahme des Europarates zugrunde,¹¹⁸ so kann mittlerweile durchaus von einem konsistenten „europäischen Standard“ gesprochen werden, da die PID – bei allen Divergenzen im Detail – in der ganz überwiegenden Mehrzahl der Rechtsordnungen (sei es kraft ausdrücklicher Erlaubnis oder mangels Verbotsnorm) zumindest für die Diagnose schwerer genetisch bedingter Krankheiten oder Behinderungen bei „vorbelasteten“ Paaren erlaubt ist.¹¹⁹ Mehr oder weniger lückenlose generelle Verbote bestehen außerhalb Österreichs – soweit ersichtlich – nur mehr in der Schweiz, Italien und Irland.¹²⁰ Doch auch in diesen „restriktiven“ Rechtsordnungen ist der Fortbestand des Verbots in den letzten Jahren ungewiss geworden: In der Schweiz sind Gesetzesentwürfe für eine Zulassung der PID bereits weit gediehen;¹²¹ das italienische PID-Verbot wurde vom EGMR jüngst als konventionswidrig erachtet,¹²² und sogar in Irland ist der traditionell starke Verfassungsschutz

seher Handlungsmöglichkeiten typischerweise keine „langandauernden“ und „gefestigten“ Prinzipien bereit stehen. Zu Recht kritisch *Pöschl*, Entscheidungsanmerkung, RdM 2012, 72 ff; *Vasek*, iFamZ 2012, 10; *Bernat*, Entscheidungsanmerkung, EF-Z 2012, 26 ff. Die innerstaatliche Verfassungsauslegung braucht sich durch diesen „judicial self restraint“ des EGMR aber nicht entmutigen lassen (vgl in und bei FN 104).

¹¹⁸ *Comité directeur pour la bioéthique du Conseil de l'Europe (CDBI)*, Document de base sur le diagnostic préimplantatoire et prénatal vo 22.11.2010 (update 20.10.2011), CDBI/INF (2010) 6. Vgl zuvor bereits den Bericht der *Europäischen Kommission*, Preimplantation Genetic Diagnosis in Europe, Dezember 2007, EUR 22764 EN.

¹¹⁹ Übersicht bei *H.-G. Koch*, Fortpflanzungsmedizin im europäischen Rechtsvergleich, Aus Politik und Zeitgeschichte B 27/2001, 44 ff; *H.-G. Koch* Fortpflanzungsmedizin im europäischen Rechtsvergleich, in: BMJ (Hrsg), Fortpflanzungsmedizin – Ethik und Rechtspolitik, Schriftenreihe des BMJ 105 (2001) 45 (49, 62 ff); *Spranger*, Die PID im europäischen Rechtsvergleich, Sozialrecht+Praxis 2003/7, 415; für aktuellere Daten *Latsiou* (FN 79) 41 ff; *Heyer/Dederer*, Präimplantationsdiagnostik, Embryonenforschung, Klonen (2007); *Köchle* (FN 7) 105 ff.

¹²⁰ Zusammenfassende Nachweise im Exposé de faits zur Beschwerde an den EGMR in der Sache *Costa und Pavan/Italien*, Appl 54.270/10: „Il ressort de ce document que le D.P.I. est interdit, tout au moins, afin de prévenir la transmission de maladies génétiques, dans les pays suivants: Autriche, Irlande, Italie et Suisse.“

¹²¹ Vgl die Entwürfe zur Änderung des Art 119 BV sowie zur Änderung des FortpflanzungsmedizinG v 28.6.2011; das Vernehmlassungsverfahren ist abgeschlossen; näher zum Stand der Reform unter www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/06152.

¹²² EGMR 28.8.2012, *Costa und Pavan/Italien*, Appl 54.270/10.

des Embryos in der extrakorporalen Frühphase ins Wanken geraten, nachdem der Supreme Court 2009 erkannt hat, dass kryokonservierte Embryonen aus der In-Vitro-Fertilisation nicht jenem Lebensschutz unterliegen, den Art 40.3.3 der irischen Verfassung dem „unborn“ einräumt.¹²³

Wenn der „europäische Standard“ im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung mehr sein soll als eine nutzlose Floskel, dann bedürfte ein Verbot der PID massiverer Gründe für die Wahrung einer spezifisch österreichischen „öffentlichen Moral“ als die Beschwörung der Natürlichkeit der Fortpflanzung und die Angst vor drohenden Missbrauchsszenarien. Dazu kommt, dass die Isoliertheit Österreichs in einem viel liberaleren europäischen Umfeld den Verdacht der Unverhältnismäßigkeit noch weiter verschärft: Je leichter sich nationale Verbote durch europäische Grundfreiheiten umgehen lassen, indem die innerstaatlich verpönte Leistung im benachbarten europäischen Ausland – gegebenenfalls bei Dependancen österreichischer IVF-Institute oder durch deren hilfreiche Vermittlung – eingekauft wird, desto brüchiger wird die Eignung des Verbotes im Hinblick auf den Moralschutz. Die Frage nach der „Notwendigkeit“ eines moralgestützten Verbots muss dann auch die Frage einschließen, ob und inwieweit es in den demokratischen Gesellschaften des gemeinsamen Binnenmarktes legitim ist, die vom Verbot betroffenen Personen darauf zu verweisen, ihre Wünsche im Nachbarland zu befriedigen.¹²⁴ Verbote, die einer nur partikulären nationalen Sittlichkeit Rechnung tragen, müssen daher auf ganz besonders zu begründende Ausnahmen beschränkt bleiben. Solange die Republik Österreich für ihren Sonderweg keine gewichtigeren Argumente vorbringen kann, sollte sie den Bürgern in moralischen Fragen freistellen, was in anderen europäischen Staaten längst erlaubt ist.¹²⁵

IV. Völkerrechtliche Aspekte

A. Allgemeines

Trotz einer kaum mehr überschaubaren Vielfalt an „bioethischen“ Dokumenten enthält auf überregionaler Ebene weder das Völkervertragsrecht noch das Völkergewohnheitsrecht¹²⁶ spezifische Rege-

¹²³ Irish Supreme Court 15.12.2009, *Roche vs Roche ua*, [2009] IESC 82.

¹²⁴ *Sass*, Würde des Gewissens und europäisches Binnenethikrecht, in: Schreiber-FS (2003) 783 (787 ff); vgl auch *Pawłowski*, Zu den Grundlagen der Bioethik: Verfassungsrecht oder Moral?, ZRPh 2002, 71 (91).

¹²⁵ *Sass* (FN 124) 785 ff, spricht – auch in Bezug auf die PID – vom „noch nicht abgewickelten Westfälischen Frieden von 1648“.

¹²⁶ Zu Ansätzen eines „bioethikspezifischen“ Völkergewohnheitsrechts *Bodendiek/Nowroth*, Bioethik und Völkerrecht, Archiv des Völkerrechts 37 (1999) 177 ff.

lungen zur PID oder zum Schutz früher extrakorporaler Embryonen. Auch aus internationalen Menschenrechtsdokumenten lässt sich kein Grundsatz des Embryonenschutzes ableiten,¹²⁷ der der Zulassung der PID entgegenstehen könnte – auch nicht unter dem Aspekt des Schutzes vor genetischer Diskriminierung.¹²⁸ Im weiten Feld des internationalen „soft law“ finden sich zwar gewisse Beschränkungen für die Zulassung von Untersuchungen am Embryo, doch beziehen sich diese Schranken nicht auf die Diagnostik von genetisch bedingten Krankheiten oder Behinderungen.¹²⁹

B. Biomedizinkonvention des Europarates

Mit der Biomedizinkonvention (MRB) wurde im Rahmen des Europarates erstmals ein verbindliches völkerrechtliches Regelwerk über zentrale Bereiche der Medizin ausgearbeitet, das seit 1999 völkerrechtlich in Kraft steht und inzwischen von der überwiegenden Mehrzahl der Europaratsstaaten unterzeichnet worden ist.¹³⁰ Die Konvention wurde durch Zusatzprotokolle zum Klonen,¹³¹ zur Organtransplantation,¹³² zur biomedizinischen Forschung¹³³ und zu genetischen Analysen¹³⁴ erheblich weiterentwickelt. All diese Verträge wurden von Österreich allerdings bisher nicht unterzeichnet,

¹²⁷ Statt vieler *Petersen* (FN 37) 447 ff; *Wolfrum/Vöneky*, Who Is Protected by Human Rights Conventions? Protection of the Embryo vs. Scientific Freedom and Public Health, in: Vöneky/Wolfrum (Hrsg), *Human Dignity and Human Cloning* (2004) 133 (insb 142).

¹²⁸ Dazu insb *Petersen* (FN 37) 464 f.

¹²⁹ Vgl Rec 1046 (1986) der Parlamentarischen Versammlung „on the use of human embryos and fetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes“ (Z 14: Verbot der Geschlechtswahl für nichttherapeutische Zwecke); Rec 13 (1990) des Ministerkomitees „on prenatal genetic screening, prenatal genetic diagnosis and associated genetic counselling“ (Principles 2, 3, 6: PND und PID nur mit „free and informed consent“ der betroffenen Personen, nur in qualifizierten und bewilligten Institutionen und „only at detecting a serious risk to the health of the child“).

¹³⁰ Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (European Treaty Series 164), HRLJ 1997, 135. Derzeit (Stand 13. 9. 2012) haben 35 von 47 Europaratsstaaten die Konvention unterzeichnet, davon 29 ratifiziert.

¹³¹ Additional Protocol on the Prohibition of Cloning of Human Beings (European Treaty Series 168).

¹³² Additional Protocol concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin (European Treaty Series 186).

¹³³ Additional Protocol on Biomedical Research (European Treaty Series 195).

¹³⁴ Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Genetic Testing for Health Purposes (European Treaty Series Nr 203).

sie entfalten weder eine völkerrechtliche noch eine innerstaatliche Bindung. Da ein Beitritt Österreichs mit guten Gründen empfohlen¹³⁵ (und wiederholt politisch in Aussicht genommen¹³⁶) worden ist, erscheint es zweckmäßig, die völkerrechtliche Perspektive in die Analyse einzubeziehen.

Inhaltlich betrachtet kann der MRB weder ein Verbot der PID noch ein Schutz des Embryos vor Nichtimplantation entnommen werden.¹³⁷ Die Konvention schließt lediglich bestimmte Zielsetzungen pränataler und präimplantativer Untersuchungen aus: So enthält etwa Art 14 MRB ein Verbot, Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung dazu zu verwenden, um das Geschlecht des künftigen Kindes zu wählen, es sei denn, um eine schwere erbliche geschlechtsgebundene Krankheit zu vermeiden. Insofern wäre – eine Ratifikation der MRB vorausgesetzt – der Einsatz der PID zum Zweck der Geschlechtswahl völkerrechtlich verboten, allerdings mit der ausdrücklich erwähnten Ausnahme zugunsten schwerer erblicher geschlechtsgebundener Krankheiten. Das zeigt zugleich, dass die MRB eine PID zur Diagnose genetisch bedingter Störungen grundsätzlich zulässt.

Bestätigt wird dies durch die Regelung über prädiagnostische genetische Tests in Art 12 MRB: Danach dürfen Untersuchungen, die es ermöglichen, genetisch bedingte Krankheiten vorherzusagen oder bei einer Person entweder das Vorhandensein eines für eine Krankheit verantwortlichen Gens festzustellen oder eine genetische Prädisposition oder Anfälligkeit für eine Krankheit zu erkennen, nur für Gesundheitszwecke oder für gesundheitsbezogene wissenschaftliche Forschung und nur unter Voraussetzung einer angemessenen genetischen Beratung vorgenommen werden. Allerdings bezieht sich Art 12 MRB nur auf Gentests an „Personen“: Der personelle Anwendungsbereich ist auf geborene Menschen beschränkt. Pränatale Gendiagnosen einschließlich PID am Embryo in vitro sind von Art 12 nicht erfasst.¹³⁸ Im Einklang damit bekräftigt der Erläuternde Bericht ausdrücklich, dass das Recht zur Vornahme diagnostischer Untersuchungen am Embryo zur Feststellung genetischer Erkrankungsdispositionen durch Art 12 MRB „in keiner Weise“

eingeschränkt wird.¹³⁹ Für Art 11 MRB gilt nichts Anderes: Er verbietet jede Form der Diskriminierung einer Person wegen ihres „genetischen Erbes“ und spiegelt die verbreitete Befürchtung wider, dass genetische Tests, die auf die Feststellung einer genetischen Krankheit oder Prädisposition gerichtet sind, als Mittel der Selektion und Diskriminierung verwendet werden können.¹⁴⁰ Ebenso wie Art 12 MRB bezieht sich das Diskriminierungsverbot des Art 11 jedoch nur auf geborene Menschen.¹⁴¹ Nach ganz herrschender Auffassung enthält die Biomedizin-Konvention daher – abgesehen vom Verbot der Geschlechtswahl – kein Verbot der PID.¹⁴²

An diesem Befund hat sich auch durch das (vierte) Zusatzprotokoll vom 27. November 2008 betreffend Genetische Tests zu Gesundheitszwecken nichts geändert. Es enthält zwar ausführliche Regelungen über genetische Analyse zu Gesundheitszwecken. Gentests am Ungeborenen sind vom Geltungsanspruch des ZP aber ausdrücklich ausgenommen (Art 2 Abs 2 ZP). Das Thema Pränatal- und Präimplantationsdiagnose liegt somit jenseits des Anwendungsbereichs des ZP.¹⁴³

V. Unionsrechtliche Aspekte

Auch im Unionsrecht fehlt eine ausdrückliche oder auch nur implizite Regelung der PID. Beachtung verdienen allerdings die Rechte und Grundsätze der Grundrechte-Charta (GRC), die in Art 3 „den europaweit damals möglichen Konsens in bioethischen Fragen“ zum Ausdruck bringt.¹⁴⁴

Trotz ihres Rangs als Teil des Primärrechts können jedoch auch der GRC keine spezifischen Schranken für die PID entnommen werden. Das hat zum einen mit der Beschränkung des Anwendungsbereichs in Art 51 Abs 1 GRC zu tun: Danach gilt die Charta für „Organe und Einrichtungen der Union und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei Durchführung des Rechts der Union“. Da die Organe der EU keine medizinischen Tätigkeiten durchführen (und bisher auch keine auf die PID bezogenen Rechtsnormen erlassen haben), scheidet dieser Aspekt des Anwendungsbereichs aus. Doch auch in Bezug auf die Mitgliedstaaten könnte die GRC

¹³⁵ Beschluss der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt v 11.2.2002 betreffend die Empfehlung für einen Beitritt Österreichs zur Biomedizin-Konvention des Europarates (www.bka.gv.at/bioethik).

¹³⁶ Vgl das Regierungsprogramm für die XXIV. GP, das den Beitritt Österreichs zur Biomedizin-Konvention des Europarates – allerdings nicht zum ersten Mal – als politisches Ziel formuliert.

¹³⁷ Einen begrenzten Schutz des Embryos verbürgt Art 18 MRB nur im Hinblick auf die Forschung.

¹³⁸ *Schweizer* (FN 37) 274; *Radau*, Die Biomedizin-Konvention des Europarates (2006) 226 f.

¹³⁹ Erläuternder Bericht (abgedruckt bei *Müller-Terpitz*, Das Recht der Biomedizin [2006] 75 ff) Z 83.

¹⁴⁰ Erläuternder Bericht Z 74.

¹⁴¹ *MwN Radau* (FN 138) 227 f.

¹⁴² *Radau* (FN 138) 225 ff; *Simon* (FN 19) 63; *Albers*, Die rechtlichen Standards der Biomedizin-Konvention des Europarates, *EuR* 2002, 801 (821); *Kopetzki*, Landesbericht Österreich, in: *Taupitz* (Hrsg.), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung? (2002) 197 (228).

¹⁴³ Erläuternder Bericht zum ZP Gentest Z 31.

¹⁴⁴ *Borowesky* (FN 60) 146, Art 3 Rz 6.

erst dann rechtliche Bindungswirkungen entfalten, wenn Unionsrecht „durchgeführt“ wird. Trotz der Unklarheiten, die sich um diese Wendung ranken, ist beim aktuellen Normenbestand des Sekundärrechts kein hinreichender Anknüpfungspunkt ersichtlich, weshalb eine innerstaatliche Regelung der PID im Durchführungsbereich des Unionsrechts liegen soll. Auch die Gewebesicherheits-RL 2004/23 eröffnet wohl keinen solchen Unionsbezug.¹⁴⁵

Zum anderen – und vor allem – gibt es in der GRC keine inhaltlich einschlägigen Bestimmungen, aus denen sich rechtliche Einschränkungen oder Verbote der PID (bzw entsprechende staatliche Schutzpflichten) ableiten ließen: Das Recht auf Leben gem Art 2 GRC ist wegen der inhaltlichen Identität mit Art 2 EMRK (Art 52 Abs 3 GRC) für extrakorporale Embryonen ebenso wenig aussagekräftig wie das gleichgelagerte Konventionsrecht.¹⁴⁶ Und der Schutz der „Würde des Menschen“ – sei es über Art 1 GRC oder als Ausdruck allgemeiner Grundsätze des Unionsrechts gem Art 6 Abs 3 EUV – wäre für den Problembereich der PID nur dann relevant, wenn der Grundsatz der Menschenwürde auch im frühen Embryonalstadium gälte. Dieser Punkt ist auf europäischer Ebene ebenso strittig wie in den allermeisten Mitgliedstaaten.¹⁴⁷ Für eine Ausdehnung des Würdeschutzes auf Embryonen *in vitro* finden sich aber weder im geschriebenen noch im ungeschriebenen Unionsrecht weiterführende Anhaltspunkte.¹⁴⁸ Hinter diesem zurückhaltenden Befund steht letztlich die Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten, zu der auch „der von kulturabhängigen bioethischen Wertentscheidungen bestimmte Umgang mit der Würde menschlichen Lebens“ gehört.¹⁴⁹ Das Unionsrecht beschränkt sich in bioethischen Fragen auf Mindeststandards¹⁵⁰. Ob und welche pränatalen Entwicklungsstadien in den Kreis der Rechtssubjekte aufgenommen werden, ist unionsrechtlich nicht determiniert.¹⁵¹

Eine Anerkennung eines unionsrechtlichen Würdeschutzes für extrakorporale Embryonen folgt auch

nicht aus dem Urteil des EuGH im Fall *Brüstle*.¹⁵² In diesem Verfahren ging es nur um die Frage der Patentierbarkeit menschlicher Embryonen nach Art 6 der RL 98/44/EG über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen; der EuGH hat daher seine Aussagen ausdrücklich auf die Auslegung der RL beschränkt.¹⁵³ Dass dieser Ausschluss von der Patentierbarkeit in den Erwägungsgründen der RL mit dem Motiv der „Würde und der Unversehrtheit des Menschen“ begründet – und diese Passage dann vom EuGH zitiert – wurde,¹⁵⁴ besagt nichts über die Zulässigkeit bestimmter Verwendungen eines Embryos oder embryonaler Zellen.¹⁵⁵ Die These, wonach aus einem auf die Menschenwürde gestützten Patentverbot zugleich ein Verbot jener Verfahren folge, die patentiert werden sollen,¹⁵⁶ übersieht, dass das Patentrecht seinem Inhaber nur das Recht einräumt, Dritte von der gewerblichen Anwendung seiner Erfindung auszuschließen. Es regelt nicht die Zulässigkeit und Voraussetzungen der Anwendungen bestimmter Technologien. Ebenso wenig wie das Patentrecht die Berechtigung verleiht, die Erfindung anzuwenden, führt auch der Ausschluss vom Patentrecht zu keinem Anwendungsverbot. Die mangelnde Patentierbarkeit des Embryos vergrößert sogar die Handlungsspielräume Dritter, weil ihnen dann die wirtschaftliche Verwertung embryonaler Zellen unabhängig von fremden Patentansprüchen freisteht. Überdies erklärt die RL eine Reihe anderer Erfindungen für nicht patentierbar – etwa „den menschlichen Körper in den einzelnen Phasen seiner Entstehung und Entwicklung sowie die bloße Entdeckung eines seiner Bestandteile“ (Art 6 Abs 2 lit a) –, ohne dass daraus Schlüsse auf die Erlaubtheit der Nutzung von Körpersubstanzen gezogen werden könnten.

Damit verengt sich das Interesse im Wesentlichen auf Art 3 Abs 2 lit c GRC und das „Verbot eugenischer Praktiken, insbesondere derjenigen, welche die Selektion von Menschen zum Ziel haben“. Die-

¹⁵² EuGH 18.10.2011, C-34/10, *Brüstle/Greenpeace*, EuZW 2011/23, 908 = MedR 2012, 310.

¹⁵³ EuGH 18.10.2011, C-34/10 (Z 30): Vor dem Hintergrund unterschiedlicher Werthaltungen zum Begriff des Embryos sei der EuGH nicht dazu aufgerufen, „auf Fragen medizinischer oder ethischer Natur einzugehen“, er habe sich vielmehr „darauf zu beschränken [...], die einschlägigen Vorschriften der Richtlinie juristisch auszulegen“. Dazu *Taupitz* (FN 148) 3 f.

¹⁵⁴ Vgl Erwägungsgrund 16 der RL 98/44/EG v 6.7.1998, ABl 1998 L 213/13 (zitiert in EuGH C-34/10, Z 32).

¹⁵⁵ Gegen überschießende Folgerungen aus den Ausführungen des EuGH für den Embryonenschutz *Groh*, Entscheidungsanmerkung, EuZW 2011/23, 910 ff; *Taupitz* (FN 148) 1 ff, insb 3 f; *Stieper*, Entscheidungsanmerkung, MedR 2012, 314 (316); *Köchle* (FN 7) 82.

¹⁵⁶ So zB *Starck*, Entscheidungsanmerkung, JZ 2012/3, 145 (146); ähnlich überschießende Konsequenzen bei *Piskernigg*, Aktuelle Entscheide des EGMR und EuGH im Bereich der Bioethik, *imago hominis* 2012, 6 (9 f).

¹⁴⁵ Näher *Köchle* (FN 7) 52 f.

¹⁴⁶ Vgl oben III.A. Zu Art 2 GRC vgl zB *Borowosky* (FN 60) 133 f, Art 2 Rz 30 f; *Müller-Terpitz* (FN 77) 462 ff, 470 f; *Jarass* (FN 39) 122, § 9 Rz 6.

¹⁴⁷ *Borowosky* (FN 60) 116, Art 1 Rz 37.

¹⁴⁸ Ausführlich und mwN *Vöneky/Petersen* (FN 56) 345 ff; *Müller-Terpitz* (FN 77) 462 ff, 468 ff.

¹⁴⁹ *Gärditz*, Menschenwürde, Biomedizin und europäischer Ordre Public, in: *Dujmovits ua* (Hrsg), *Recht und Medizin*. 46. Assistententagung öffentliches Recht (2006) 11 (31); *Taupitz*, Menschenwürde von Embryonen – europäisch-patentrechtlich betrachtet, *GRUR* 2012/1, 1 (4) mwN. Zur europäischen Vielfalt auf diesem Gebiet vgl nur *Seith*, Status und Schutz des extrakorporalen Embryos. Eine rechtsvergleichende Studie (2007).

¹⁵⁰ *Gärditz* (FN 149) 33.

¹⁵¹ In diesem Sinn auch *Taupitz* (FN 148) 4.

sem Grundsatz wird – da es sich um ein Verbot und nicht um ein Grundrecht handelt – in der Literatur sogar ein absoluter Geltungsanspruch beigemessen, der nicht den (auf „Rechte und Freiheiten“ bezogenen) gesetzlichen Einschränkungsmöglichkeiten des Art 51 GRC unterliegt.¹⁵⁷ Strittig ist die konkrete Reichweite dieses Eugenikverbotes, dessen Formulierung schon im Grundrechtskonvent für Verwirrung sorgte.¹⁵⁸ Die Erläuterungen zur GRC sprechen jedoch eine klare Sprache: Durch den Hinweis auf eugenische Praktiken sollte „die Möglichkeit erfasst werden, dass Selektionsprogramme organisiert und durchgeführt werden, die beispielsweise Sterilisierungskampagnen, erzwungene Schwangerschaften, die Pflicht, Ehepartner in der gleichen Volksgruppe zu wählen, usw. umfassen“.¹⁵⁹ Das zeigt, dass eugenische Praktiken von Art 3 GRC erst ab einer gewissen Schwelle verboten werden und es sich um hoheitlich verordnete oder geduldeten Zwangsmaßnahmen handeln muss.¹⁶⁰ Nach ganz überwiegender Auffassung sind die Fragenkreise des Schwangerschaftsabbruches und der PID vom Anwendungsbereich des Art 3 ausgenommen.¹⁶¹ Für eine abweichende Auslegung, die die meisten europäischen Rechtsordnungen in einen Konflikt zur Charta bringen würde, bedürfte es stärkerer Anhaltspunkte als den Hinweis, auch bei der PID ginge es um „zweckorientierte Selektion“.¹⁶² Was vom Verbot eugenischer Praktiken des Art 3 GRC nicht umfasst ist, kann schließlich auch nicht über den Umweg des europäischen Behindertenschutzes gem Art 21, 26 GRC begründet werden.¹⁶³

VI. Ausblick

In welchem Umfang die österreichische Rechtsordnung die PID verbietet – und ob sie dies überhaupt tut – ist zwanzig Jahre nach Inkrafttreten des FMedG unklarer denn je. Noch weniger nachvollziehbar ist, welche rationalen Gründe den historischen Gesetzgeber – möglicherweise – dazu bewogen haben könnten, *in vitro* zu verbieten, was *in vivo* nahezu

unbegrenzt erlaubt ist. Ein immer breiter werdendes literarisches Meinungsspektrum hat eine Palette divergierender und mehr oder weniger vertretbarer Auslegungsvarianten eröffnet, deren bunte Vielfalt die legitimen Erwartungen in verlässliche rechtliche Rahmenbedingungen der Reproduktionsmedizin zunehmend enttäuscht. Wie schnell sich das Blatt durch eine höchstgerichtliche Entscheidung wenden kann, hat das deutsche Beispiel gezeigt. Obwohl solche Impulse auch hierzulande nicht auszuschließen sind, läge es in einem demokratischen Rechtsstaat doch eher beim Gesetzgeber, seine Untätigkeit „freiwillig“ aufzugeben und selbst die Initiative für eine Klarstellung zu ergreifen. Der Reformbedarf auf dem Gebiet des Fortpflanzungsmedizinrechts im Allgemeinen und der PID im Besonderen steht außer Zweifel.

Über die inhaltlichen Konturen einer Neuregelung wird noch zu diskutieren sein. Die Reform sollte jedoch nicht an die unerfüllbare Bedingung geknüpft werden, dass sich der ethische Dissens vorher von selbst auflöst. Aufgabe der Rechtssetzung ist, gerade auch bei moralisch strittigen Themen jene Spielregeln und Grenzen für die Ausübung individueller Handlungsfreiheiten festzulegen, die zum Schutz bestimmter Rechtsgüter und zum Ausgleich konfligierender Interessen und Rechte unbedingt notwendig sind. Der Rahmen für dieses rechtspolitische Vorhaben wird von der Verfassung, dem Völkerrecht und dem Unionsrecht abgesteckt. Aus diesen Normenschichten ergeben sich jedoch keine grundlegenden Argumente gegen eine Zulassung der PID. Der Gleichheitssatz spricht für eine weitgehende Gleichbehandlung von PND und PID, und der Schutz von Leben und Menschenwürde steht beiden ebenso wenig entgegen wie behindertenspezifische Diskriminierungsverbote. Im Gegenteil: Jede Einschränkung individueller Handlungsfreiheiten auf dem Gebiet der Fortpflanzung zieht einen grundrechtlichen Rechtfertigungsbedarf gem Art 8 EMRK nach sich, und der Spielraum für diese Rechtfertigung ist – nicht zuletzt in einem nahezu flächendeckenden liberaleren europäischen Umfeld – recht eng geworden. Dabei fällt den Grundrechten auch hier die Funktion zu, die Freiheiten der Bürger vor den moralischen Anmaßungen jener zu schützen, die ihre persönlichen Werthaltungen und Moralkonzeptionen zur zwangsbewehrten Richtschnur für andere machen wollen.

Wenn sich schon die Ethik als Reflexionswissenschaft nicht darauf besinnen möchte, in verstärktem Maß „vor Moral zu warnen“,¹⁶⁴ so sollte zumindest der Gesetzgeber endlich seinen „dreis-

¹⁵⁷ ZB Böhler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtscharta (2005) 369.

¹⁵⁸ Bernsdorff/Borowski, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2002) 273.

¹⁵⁹ Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl 2007 C 303/17 v 14.12.2007 (Z 3 zu Art 3).

¹⁶⁰ Borowski (FN 60) 162 ff, Art 3 Rz 44; Jarass (FN 39) 131, § 9 Rz 29.

¹⁶¹ MWN Borowski (FN 60) 163, Art 3 Rz 44; Dujmovits, Die EU-Grundrechtscharta und das Medizinrecht, RdM 2001, 72 (77); Mayrhofer (FN 17) 170; Müller-Terpitz (FN 77) 472; Kopetzki (FN 13) 56; Latsiou (FN 79) 108 f; Köchle (FN 7) 93 ff.

¹⁶² So jedoch Weiß, EU-Verfassungsvertrag und Biotechnologie, MedR 2005, 459 (463).

¹⁶³ Dazu oben in und bei FN 79.

¹⁶⁴ Luhmann, Paradigm Lost: Über die ethische Reflexion der Moral, in: Luhmann, Die Moral der Gesellschaft (2008) 253 (266).

ten Paternalismus¹⁶⁵ im Bereich der Reproduktionsmedizin überwinden. Sobald gesetzliche Einschränkungen der Privatautonomie nicht mehr mit dem Schutz gewichtiger Rechte und Rechtsgüter gerechtfertigt werden können, sondern der Durchsetzung moralischer Vorstellungen von „Gut“ und „Böse“ dienen, läge es – da diese Vorstellungen je nach moralischer und religiöser Überzeugung divergieren – von Verfassungs wegen näher, individuelle Entscheidungen in Fragen der Reproduktion rechtlich weitgehend freizustellen und der Gewissensentscheidung des Einzelnen zu überlassen.

Dieser Appell zu größerer rechtspolitischer Zurückhaltung mag gewiss nicht für sämtliche Facetten der Reproduktionsmedizin und auch nicht für alle Aspekte der PID zutreffen. In Bezug auf die zentrale Kernfrage der PID – nämlich: *wer* über ihren Einsatz entscheidet und zu welchem diagnostischen *Zweck* – würde der Verzicht auf eine gesetzliche Einmischung aber weder Rechte Dritter noch öffentliche Interessen beeinträchtigen. Der legislative Aufwand für diesen Schritt wäre klein: Es würde genügen, bestimmte unerwünschte Diagnoseziele

¹⁶⁵ So *Schlink*, Die Würde in vitro, Der Spiegel 2011/23, 30 [31].

(insb die Geschlechtswahl) taxativ auszuschließen, und im zweiten Satz des § 9 Abs 1 FMedG den zweiten Halbsatz geringfügig zu modifizieren, sodass dieser lautet: „Sie [entwicklungsfähige Zellen] dürfen nur insoweit untersucht und behandelt werden, als dies durch die Zustimmung jener Personen gedeckt ist, von der die Keimzellen stammen“.

Korrespondenz: Univ.-Prof. DDr. Christian Kopetzki, Abteilung Medizinrecht des Instituts für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien; christian.kopetzki@univie.ac.at

JusPortal.at



- **hier** können Sie diesen Beitrag kommentieren
- **hier** finden Sie Vorschauen unserer juristischen Zeitschriftenartikel
- **hier** gibt es: News, Expertenforen, Neuerscheinungen und Zeitschriften, ...