

Thomas J. Piskernigg

Überlegungen zur Zulässigkeit der Präimplantationsdiagnose

Reflections on the Allowance of Pre-Implantation Diagnosis

1. Ein aktuelles Urteil aus Deutschland

Die 12. große Strafkammer des Landgerichts Berlin sprach mit Urteil vom 14.05.2009, Geschäftsnummer (512) 1 Kap Js 1424/06 KLS (26/08), einen Arzt frei, der im Rahmen von In-Vitro-Fertilisationen (IVF) wiederholt Präimplantationsdiagnosen (PID) zum Zwecke der Entdeckung von genetisch erkennbaren Krankheiten vorgenommen, befruchtete Eizellen mit einem medizinisch positiven Befund nicht implantiert und in der Folge sterben lassen hatte. Der Arzt hatte sich selbst angezeigt, um Rechtssicherheit dahingehend zu erhalten, ob er PID durchführen dürfe.

Die von diesem Arzt verwendete Diagnosetechnik wird vom Gericht als „Trophectodermbiopsie“ bezeichnet (Urteil S. 5). Diese ermögliche es, „bei einer befruchteten Eizelle in einem Stadium nach mehreren Zellteilungen das Vorliegen [...] gravierende[r] Anomalien festzustellen. Es handelt sich hierbei um eine diagnostische Untersuchung an einer einzigen, dem Embryo entnommenen – nicht mehr totipotenten – Zelle in einem sehr frühen Stadium der Entwicklung.“

Die für die Strafbarkeit des Arztes nach deutschem Recht (Embryonenschutzgesetz – ESchG) maßgeblichen Bestimmungen lauten:

§ 1 Mißbräuchliche Anwendung von Fortpflanzungstechniken

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

[...]

2. es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt,

[...]

§ 2 Mißbräuchliche Verwendung menschlicher Embryonen

(1) Wer einen extrakorporal erzeugten oder einer Frau vor Abschluß seiner Einnistung in der Gebärmutter entnommenen menschlichen Embryo veräußert oder zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck abgibt, erwirbt oder verwendet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

[...]

§ 6 Klonen

(1) Wer künstlich bewirkt, daß ein menschlicher Embryo mit der gleichen Erbinformation wie ein anderer Embryo, ein Foetus, ein Mensch oder ein Verstorbener entsteht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einen in Absatz 1 bezeichneten Embryo auf eine Frau überträgt.

[...]

Im Folgenden wird die Argumentation des Gerichts kurz wiedergegeben.

Zunächst war die Frage zu klären, ob der Arzt gegen das Verbot gemäß § 1 (1) Ziffer 2 ESchG verstoßen hat. Das Gericht stellte dazu fest, dass der Gesetzgeber des ESchG die Zulässigkeit der PID nicht regeln (wollen) habe können, da diese Technik seinerzeit nicht bekannt gewesen sei. Es sei daher vom Schutzzweck des Gesetzes her zu fragen, ob diese Bestimmung auch die PID verbiete. Das Gericht verneinte diese Frage im wesentlichen mit der Begründung, dass die PID nicht mit unstrittig verbotenen Handlungen wie der „Leihmutterchaft“, der Erzeugung von Embryonen zu Forschungszwecken bzw. der Erzeugung von Embryonen, deren Einsetzung aus anderen Gründen von vornherein ausgeschlossen oder überhaupt nicht beabsichtigt werde, gleichzusetzen sei (Urteil S. 9 ff.).

Im Zusammenhang mit der Erörterung der Strafbarkeit gemäß § 2 (1) ESchG betonte das Gericht, dass den Arzt keine Garantenpflicht treffe, den Embryo „in jedem Fall auf die jeweilige Patientin zu übertragen“, schon weil etwa die Frau die Übertragung jederzeit ablehnen könne, sodass ihm keine Tötung durch Unterlassen der Implantation zur Last gelegt werden dürfe. Das „passive Absterbenlassen des Embryos“ entspreche im Übrigen „in seinem Unrechtsgehalt nicht einer aktivmissbräuchlichen Verwendung“ des Embryos. Das ESchG strebe auch „keine Erhaltung des Lebens des Embryos um jeden Preis an“ (Urteil S. 11 f.).

Die Untersuchung des Embryos stelle auch kein „Klonen“ im Sinne des § 8 ESchG dar, da die entnommene Zelle nicht totipotent sei. Ein generelles Verbot der Untersuchung des Embryos und damit die Pflicht zu dessen „blinder“ Übertragung sei dem Gesetz nicht zu entnehmen. In der Praxis werde der Embryo vor der Implantation „zumindest unter dem Mikroskop angeschaut – also untersucht“ (Urteil S. 12 f.).

Schließlich weist das Gericht auf Wertungswidersprüche hin, die entstehen würden, lehnte man die PID ab: Die Frau würde diesfalls zur PND (Pränataldiagnose) und damit zu einer Schwangerschaft „auf Probe“ bzw. äußerstenfalls zu einer zwar legalen, aber wesentlich belastenderen Abtreibung praktisch gezwungen. „Im Sinne des einheitlichen Schutzes der Leibesfrucht ist daher [...] das ESchG so auszulegen, dass eine Präimplantationsdiagnostik [...] nicht strafbar ist.“ Dies stehe auch damit im Einklang, „dass der in vivo gezeugte Embryo bis zu seiner Einnistung in die Gebärmutter überhaupt nicht geschützt“ und Spirale oder „Pille danach“ erlaubt seien. Wenn letztgenannte Nidationshemmer erlaubt seien, müsse auch die „Untersuchung des Embryos mit dem grundsätzlichen Ziel der Übertragung – also eine ‚mildere‘ Maßnahme“ – zugelassen werden. Zwar sei zuzugeben, dass aus der Straflosigkeit der PID die Gefahr einer „uferlosen Ausweitung der ‚Selektionskriterien‘ resultiere.“ Die entscheidungsgegenständlichen Fälle „bieten

allerdings keinen Anlass, den beteiligten Paaren und dem Angeklagten zu unterstellen, sie hätten die ‚Zucht‘ besonders leistungsfähiger oder durch bestimmte äußerliche Eigenschaften ausgezeichneter Nachkommen angestrebt“ (Urteil S. 13 ff.).

2. Wie hätte das Urteil auf Basis des österreichischen Rechts lauten müssen?

a) Die maßgeblichen Rechtsnormen

Die in Österreich maßgeblichen Rechtsvorschriften des Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG) sind:

§ 1. (1) *Medizinisch unterstützte Fortpflanzung im Sinn dieses Bundesgesetzes ist die Anwendung medizinischer Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft auf andere Weise als durch Geschlechtsverkehr.*

[...]

(3) *Als entwicklungsfähige Zellen sind befruchtete Eizellen und daraus entwickelte Zellen anzusehen.*

§ 9. (1) *Entwicklungsfähige Zellen dürfen nicht für andere Zwecke als für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen verwendet werden. Sie dürfen nur insoweit untersucht und behandelt werden, als dies nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung zur Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich ist. Gleiches gilt für Samen oder Eizellen, die für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen verwendet werden sollen.*

Weiters ist § 22 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), dessen eigentümliche Sprache vom Jahr seiner Erlassung (1811) herrührt, zu beachten:

§ 22. *Selbst ungeborene Kinder haben von dem Zeitpunkte ihrer Empfängniß an, einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. In so weit es um ihre [...] Rechte [...] zu thun ist, werden sie als Geborne angesehen [...]*

b) Legitime Zwecke der Untersuchung von Embryonen vor der Implantation

Das österreichische FMedG bezeichnet Embryonen also als „befruchtete Eizellen“, das ABGB

hingegen als „ungeborne Kinder“. Ich werde im Folgenden weithin den allgemein wohl gebräuchlichsten Begriff „Embryonen“ verwenden.

Zunächst ist als Gemeinsamkeit des deutschen ESchG und des österreichischen FMedG festzuhalten, dass beide Gesetze zu einer Zeit erlassen wurden, in der moderne PID-Techniken noch nicht bekannt waren. Eine explizite Regelung der modernen PID können daher beide Gesetze nicht enthalten; wer die Zulässigkeit derselben beurteilen möchte, muss somit anspruchsvollere Auslegungsarbeit leisten.

Schon die erste Lektüre der zitierten Gesetzesbestimmungen zeigt aber auch einen wesentlichen Unterschied zwischen der deutschen und der österreichischen Rechtslage: Das deutsche ESchG regelt nicht explizit, ob bzw. inwieweit eine Untersuchung des Embryos vor der Übertragung auf die Frau statthaft ist, was zu den oben beschriebenen Unsicherheiten führt. § 9 (1) FMedG enthält hingegen insoweit sehr wohl eine Regelung: Embryonen dürfen „*nur insoweit untersucht und behandelt werden, als dies nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung zur Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich ist.*“

Mit anderen Worten: der Zweck einer Untersuchung eines Embryos vor der Implantation darf nur darin liegen zu bestimmen, ob der Embryo der Frau eingesetzt werden und somit eine Schwangerschaft herbeigeführt werden kann. Eine Untersuchung mit dem Zweck der Selektion nach Behinderung oder gar Geschlecht bzw. sonstigen Eigenschaften ist gemäß der zitierten Bestimmung verboten.² Besonders restriktiv erscheinen die im Rahmen der historischen Interpretation zur Ermittlung des Willens des Gesetzgebers relevanten Gesetzesmaterialien³ (Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage des FMedG), die sogar eine Untersuchung oder Behandlung der Embryonen zur Abwehr einer möglichen Gefahr für die Frau oder das gewünschte Kind untersagen.⁴

c) Beschränkung der Untersuchungsmethoden?

Nachdem nun klargestellt ist, zu welchem

Zweck das Gesetz eine Untersuchung des Embryos vor Einsetzung in die Frau zulässt, stellt sich die Frage nach den erlaubten Untersuchungsmitteln. Unproblematisch erscheinen nach dem bisher Gesagten die mikroskopische Untersuchung oder sonstige Methoden, welche die Integrität des Embryos nicht beeinträchtigen.

Schwerer ist jedoch die Frage nach der Zulässigkeit von Untersuchungen zu beantworten, welche die Integrität des Embryos berühren, insbesondere weil sie das Risiko in sich bergen, dass der Embryo infolge der Untersuchung verletzt wird oder gar abstirbt. Hier muss man zwischen der zivilrechtlichen und der strafrechtlichen Ebene unterscheiden.

aa) Zivilrechtliche Implikationen

Für die Frage Rechtmäßigkeit solcher Untersuchungen ist § 22 ABGB zu beachten, der „ungeborne Kinder“ – und als solche sind nach h. A. auch in vitro gezeugte Embryonen zu betrachten⁵ – geborenen Menschen gleichstellt, soweit es ihre Rechte betrifft. Daraus folgt, dass für die Rechtmäßigkeit der Untersuchung von Embryonen die gleichen Voraussetzungen gelten wie für die Untersuchung von (selbstbestimmungsunfähigen) Menschen, die den Mutterleib schon lebend verlassen durften: Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, medizinische Indikation primär zugunsten des Embryos.⁶

bb) Strafrechtliche Implikationen

Wenngleich die in § 22 ABGB verankerte grundsätzliche Gleichstellung der Rechte geborener und ungeborener Menschen positiv anzuerkennen ist,⁷ muss man sagen, dass Verstöße gegen § 22 ABGB – also etwa rechtswidrige Verletzungs- oder gar Tötungshandlungen gegen den Embryo im Zuge nicht sachgemäßer Untersuchungen – nicht automatisch auch eine Strafsanktion⁸ nach sich ziehen. Eine solche ist bei der Schädigung oder gar Tötung in vitro gezeugter Embryonen durch eine Untersuchung allenfalls dann denkbar, wenn keine informierte Zustimmung der Eltern zur Untersuchung vorliegt,⁹ die Behandlung nicht den medizinischen

Standards entspricht¹⁰ oder unerlaubte Zwecke verfolgt (siehe oben b).¹¹

Eine Bestrafung etwa wegen Mordes oder Körperverletzung am Embryo nach allgemeinen strafrechtlichen Bestimmungen (§§ 75 ff. StGB) käme nach h. A. weder bei Embryonen *in vitro* noch *in vivo* in Betracht, weil sich diese nur auf geborene Menschen beziehen.¹² Von daher wird eine nicht adäquate (verletzende/tödliche) medizinische Untersuchung des Embryos, in welche die Eltern informiert eingewilligt haben, wohl auch nur unter dem Aspekt einer mangelhaften medizinisch unterstützten Fortpflanzung der Eltern nach §§ 49 (1) in Verbindung mit 199 (3) Ärztegesetz strafbar sein, nicht aber wegen der Verletzung der Integrität des Embryos an sich.

Bei der strafrechtlichen (im Gegensatz zur zivilrechtlichen) Beurteilung der medizinischen Sachgerechtigkeit solcher Untersuchungen steht somit nicht die Integrität des Embryos, sondern der Erfolg der medizinisch unterstützten Fortpflanzung im Vordergrund. Daher könnte theoretisch (inwieweit diese Unterscheidung in der medizinischen Praxis relevant ist, kann hier nicht beurteilt werden) eine von informierter Zustimmung der Eltern getragene, für den Embryo riskante Untersuchung wegen zu großer Gefahr für den Embryo wegen § 22 ABGB rechtswidrig (= verboten) sein, bei medizinischer Vertretbarkeit der Untersuchung im Hinblick auf die Feststellung der Implantationsfähigkeit aber dennoch keine Strafsanktion nach §§ 49 (1) in Verbindung mit 199 (3) Ärztegesetz nach sich ziehen (sonstige Strafaktionen wegen der Verletzung/Zerstörung des Embryos an sich kommen, wie gesagt, ohnehin nicht in Betracht).

cc) Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Ebene

Die Unterscheidung der Begriffspaare rechtmäßig/rechtswidrig (= erlaubt/unerlaubt) einerseits und strafbar/straflos andererseits ist dem juristischen Laien vielleicht nicht sofort einsichtig, verdient aber gerade hier besondere Betonung. Sie stellt keineswegs bloß eine spitzfindige Gedankenübung dar,

sondern hat durchaus praktische Bedeutung: Es soll ja noch Menschen geben, die sich an rechtliche Ge- und Verbote halten möchten, auch wenn sie keine strafrechtlichen Sanktionen zu befürchten haben.

Außerdem sind Schadenersatzansprüche von Personen möglich, die im Mutterleib geschädigt wurden und daher behindert zur Welt kommen,¹⁴ wie etwa die sogenannten „Contergan-Fälle“ zeigen. Konsequenterweise muss man daher auch denen Schadenersatzansprüche zugestehen, die im Embryonalstadium *in vitro* rechtswidrig verletzt werden,¹⁵ etwa indem sie durch unsachgemäße oder aus sonstigen Gründen unzulässige (daher rechtswidrige) Präimplantationsdiagnosen geschädigt werden und infolgedessen behindert zur Welt kommen. Sich bei der Wahl von Handlungsoptionen bloß auf die Frage nach strafrechtlichen Sanktionen zu konzentrieren, kann somit nicht nur vom Standpunkt des rechtstreuen Staatsbürgers her bedenklich erscheinen, sondern am Ende auch buchstäblich teuer werden.¹⁶

d) Präimplantationsuntersuchung durch Zellentnahme

Ein Sonderproblem stellen Untersuchungen dar, bei denen dem frühen Embryo eine oder mehrere Zelle(n) entnommen und bei bzw. nach der Untersuchung zerstört werden.¹⁶ Sofern die entnommenen Zellen ihrerseits totipotent sind, liegt nach deutschem Recht ein Verstoß gegen das weit gefasste Klonverbot des § 6 (1) ESchG vor; nicht totipotente Zellen dürfen nach der gegenständlichen deutschen Gerichtsentscheidung jedoch zur Untersuchung verwendet werden (siehe oben). In Österreich ist ein Klonverbot hingegen gesetzlich nicht explizit verankert, wobei die h. A. dennoch im Wege der Auslegung zumindest für ein Verbot des sog. „reproduktiven Klonens“ plädiert.¹⁷

Zentrale österreichische Norm ist auch für diese Frage wieder die Verwendungsbeschränkung für befruchtete Eizellen (Embryonen) und daraus entwickelte Zellen in § 9 (1) FMedG. Dem Embryo zum Zwecke der PID entnommene Zellen sind, egal

ob ihrerseits totipotent oder nicht, als aus der befruchteten Eizelle entwickelte Zellen im Sinne der zitierten Bestimmung anzusehen und dürfen daher nur für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung verwendet werden. Dies ist bei der PID jedoch nicht der Fall, da die betroffenen Zellen nicht zwecks Herbeiführung einer Schwangerschaft einer Frau eingesetzt, sondern zu Untersuchungszwecken zerstört werden; gerade das hat der Gesetzgeber mit der strengen Verwendungsbeschränkung solcher Zellen verhindern wollen.

Im Unterschied zur deutschen Rechtslage ist in Österreich also auch die Verwendung/Zerstörung nicht totipotenter dem Embryo entnommener Zellen zu Untersuchungszwecken im Rahmen der PID m. E. eindeutig¹⁸ verboten, und zwar selbst dann, wenn sie einem an sich legitimen „übergeordneten“ Zweck – der Herbeiführung einer Schwangerschaft – dient. Die Verfolgung des legitimen Zwecks muss nämlich für *jede einzelne* Zelle beachtet werden; man kann also die Rechtfertigung der PID nicht dadurch erreichen, dass man sagt, die Untersuchung (letztlich Zerstörung) der zwecks PID entnommenen Zelle diene immerhin mittelbar der Herbeiführung einer Schwangerschaft, da durch ihre Untersuchung festgestellt werde, ob der Embryo, dem sie entnommen wurde, im Sinne des § 9 (1) FMedG zur Herbeiführung einer Schwangerschaft geeignet sei.

Dem könnten Überlegungen von Kopetzki¹⁹ (die er allerdings im Rahmen der Erörterung der Zulässigkeit von Forschungen an embryonalen Stammzellen entwickelt hat) entgegengehalten werden, der die angesprochene Verwendungsbeschränkung nur auf die dem Embryo entnommene totipotente Zelle anwenden möchte. Bloß pluripotente Zellen würden demnach nicht der Verwendungsbeschränkung unterliegen. Folgt man dieser Argumentation, könnte man Untersuchungen des Embryos durch Entnahme (und letztlich Zerstörung) von pluripotenten Zellen rechtfertigen.

Kopetzki begründet die Differenzierung zwischen totipotenten und pluripotenten Zellen mit einem argumentum ad absurdum:²⁰ Behandle man

totipotente und pluripotente Zellen gleich, „dann wären nicht nur die befruchtete Eizelle und die totipotenten Stammzellen als ‚entwicklungsfähige‘ Zellen anzusehen, sondern alle Zellen, die sich im Laufe der Embryonalentwicklung herausbilden. Bei einem solchen Verständnis müsste man sowohl den Fötus in utero als auch jede einzelne Körperzelle des geborenen Menschen der Legaldefinition des § 1 Abs 3 [FMedG] zuordnen, weil sich letztlich jede humane Zelle aus der befruchteten Eizelle ‚entwickelt‘ hat. [...] Eine derart absurde Konsequenz ist dem FMedG nicht zu unterstellen.“

Eine genauere Betrachtung zeigt freilich, dass die von Kopetzki aufgezeigten Alternativen keineswegs die einzig denkbaren sind. Berücksichtigt man den Schutzzweck des FMedG – Verhinderung des Missbrauchs von durch die Zulassung der IVF eröffneten medizinischen Möglichkeiten –, so kann man durchaus auf eine sinnvolle Abgrenzungsvariante kommen: Sobald nämlich das IVF-Verfahren durchgeführt und die Implantation des Embryos in die Frau somit vollbracht ist, haben die spezifischen aus der IVF entstehenden Gefahren – jedenfalls für den implantierten Embryo – ein Ende. Da das FMedG nicht die Aufgabe hat, aus der Schwangerschaft an sich resultierenden Missbrauchsmöglichkeiten des Embryos zu begegnen, kommt aber auch der spezifische Schutzzweck des FMedG bzw. des hier einschlägigen Verwendungsverbotes des § 9 (1) leg. cit. nicht mehr zum Tragen.

Auf Untersuchungen am Kind im Mutterleib oder gar an der Frau selbst ist das FMedG daher nicht anwendbar. Damit ist mit der Einpflanzung des Embryos bzw. dem Beginn der Schwangerschaft eine sowohl mit dem Gesetzeszweck in Einklang stehende als auch in der Praxis gut handhabbare Grenze gefunden und die von Kopetzki ins Treffen geführte absurde Konsequenz vermieden.

e) Präimplantationsdiagnose durch Polkörperuntersuchung

Eine Sonderstellung nimmt schließlich auch die Polkörperdiagnose ein, welche als Präferti-

sationsdiagnose bezeichnet wird, weil sie zwar nach Spermieninjektion in die Eizelle, aber vor Verschmelzung der Zellkerne durch Entnahme von Zellteilen (Polkörpern) erfolgt. Ob nach österreichischem Recht befruchtete Eizellen im Sinne des § 1 (3) FMedG²¹ bzw. „ungeborne Kinder“ gemäß § 22 ABGB schon bei Vereinigung zwischen Spermium und Eizelle oder erst nach Verschmelzung der Zellkerne vorliegen, ist nicht zweifelsfrei geklärt;²² die Klärung wäre für die Zulässigkeit dieses Verfahrens m. E. jedoch nicht von entscheidender Bedeutung. Bloße Zellteile unterliegen mangels Qualifikation als entwicklungsfähige Zellen i. S. d. § 1 (3) FMedG nämlich nicht den Verwendungsbeschränkungen des § 9 (1) leg. cit.

Sofern also die Polkörperdiagnose als Untersuchung zur Herbeiführung einer Schwangerschaft (und wiederum nicht z. B. zur Feststellung sonstiger Eigenschaften bzw. Behinderungen) angesehen werden kann, ist sie grundsätzlich zulässig. Wichtig ist, sofern man vom Vorliegen eines Embryos bzw. eines „ungeborenen Kindes“ gemäß § 22 ABGB ausgeht, nur, dass durch die Entnahme von Zellteilen (Polkörpern) bei ex ante-Betrachtung keine Zerstörung oder Beschädigung der befruchteten Eizelle, die ihre Implantation verunmöglicht, zu erwarten oder nur mit medizinisch vertretbarer (geringer) Wahrscheinlichkeit (dazu oben c) zu befürchten ist. Sonst würde aus einer erlaubten Zelluntersuchung der Verbrauch bzw. die Verwendung einer (befruchteten) Eizelle zu anderen – verbotenen – Zwecken als zur Herbeiführung einer Schwangerschaft bzw. eine gemäß § 22 ABGB rechtswidrige Verletzung/Tötung des Embryos.

Auf Ebene des FMedG zum selben Ergebnis kommt, wer mangels Kernverschmelzung noch nicht vom Vorliegen einer befruchteten Eizelle i. S. d. § 1 (3) FMedG bzw. eines Embryos gemäß § 22 ABGB, sondern von noch (mehr oder weniger) selbständigen, weil nicht (vollständig) vereinigten Samen- und Eizellen ausgeht. Die Verwendungsbeschränkungen des § 9 (1) FMedG gelten nämlich auch für Samen- und Eizellen, welche für die IVF

verwendet werden sollen. Die mit § 22 ABGB verbundene Problematik könnte bei solcher Betrachtung jedoch nicht auftreten.

f) Ergebnisse

Nach österreichischem Recht ist somit die vom deutschen Gericht in der gegenständlichen Entscheidung für zulässig erklärte Präimplantationsuntersuchung verboten. Dabei macht es bei richtiger Betrachtung keinen Unterschied, ob die entnommenen Zellen ihrerseits totipotent sind oder nicht, da für beide Zellarten die strenge Verwendungsbeschränkung gemäß § 9 (1) FMedG gilt.

Eine Untersuchung, die – wie etwa die Polkörperdiagnose – ohne Zellentnahme auskommt und für den Embryo ungefährlich oder zumindest medizinisch indiziert ist, lässt die zitierte Bestimmung jedoch zu, sofern der Zweck der Untersuchung in der Feststellung der Implantationsfähigkeit (nicht aber sonstiger Selektionskriterien) besteht.

3. Schlussbemerkungen zu rechtspolitischen und rechtsethischen Aspekten

Betrachtet man diese auf rechtsdogmatischem Wege erzielten Ergebnisse, so sind die Wertungswidersprüche, die das deutsche Gericht (siehe Punkt 1. a. E. dieser Abhandlung) aufgezeigt hat, auch für das österreichische Recht nicht zu leugnen. Auch in Österreich wird das Verbot kritisiert, Embryonen vor der Implantation auf allfällige Behinderungen hin zu untersuchen; dies vor dem Hintergrund der Möglichkeit, ungeborene behinderte Kinder bis zur Geburt straflos, nach Auffassung mancher Senate des Obersten Gerichtshofes (OGH) sogar rechtmäßig,²³ durch Abtreibung zu töten, was für Frauen bzw. Eltern, die ein behindertes Kind nicht akzeptieren wollen (und das sind, glaubt man den medial immer wieder kolportierten Zahlen, die meisten), die Notwendigkeit einer belastenden „Schwangerschaft auf Probe“ mit sich bringe.²⁴ Aus dieser Konstellation werden dann Argumente für die „Liberalisierung“ der PID zu gewinnen versucht.

Diese Gedankenführung erscheint auf den ersten Blick unmittelbar einleuchtend, lebt bei genauerer Betrachtung aber von der Verschleierung einer wesentlichen und keineswegs evidenten Voraussetzung: dass nämlich die (straf-)rechtliche Regelung des Status des ungeborenen Kindes bzw. des Embryos in vitro und deren herrschende Auslegung den unverrückbaren Bezugspunkt weiterer rechtlicher Betrachtungen darstellen. Man kann nämlich auch den umgekehrten Weg gehen und fragen, ob nicht gerade dieser Bezugspunkt sehr wohl „verrückt“ werden sollte.

Als ersten Schritt bei dieser „Verrückung“ braucht man nur § 22 ABGB ernst zu nehmen und daher die Abtreibung (zumindest in den Fällen, in denen kein vitaler Konflikt zwischen dem Lebensrecht des Kindes und dem der Mutter vorliegt) als zwar straflos, aber rechtswidrig anzusehen, wie dies der OGH immerhin schon im Zusammenhang mit der sog. „Fristenlösung“ tut.²⁵ Nichts Durchschlagendes spricht dagegen, das Rechtswidrigkeitsverdikt des OGH auch auf Fälle der Straflosigkeit nach der eugenischen Indikation auszuweiten.²⁶ Damit könnte auch nicht mehr argumentiert werden, mangels pränataler Untersuchungsmöglichkeit müsse die Frau auf eine „Schwangerschaft auf Probe“ und letztlich auf die viel belastendere Abtreibung „ausweichen“. Gerade diese Möglichkeit stünde ihr dann nämlich nicht mehr rechtmäßig zur Verfügung, sodass der – erst durch die unzutreffende Qualifikation der eugenischen Indikation entstandene – Wertungswiderspruch zu den strengen Verwendungsbeschränkungen zum Schutze des Embryos in vitro wegfielen.

Der Umstand, dass selbst bei solcher Betrachtung immerhin die Straflosigkeit der Abtreibung im Rahmen der eugenischen Indikation aufrecht bliebe, könnte als verbliebenes Spannungsfeld im Hinblick auf § 22 ABGB nicht das Ausmaß wie beim derzeitigen *status quo* erreichen; auch diesbezüglich stünde aber zur Förderung des Lebensschutzes die Möglichkeit zu weiterem „Spannungsabbau“ auf legislatischem Wege offen, der man keine

Denkverbote entgegenzusetzen sollte. So ist etwa in Deutschland im Zuge der letzten grundlegenden Novellierung des § 218a dStGB die eugenische Indikation abgeschafft worden.²⁷ Wieso sollte nicht auch Österreich diesen Weg gehen?

Abschließend ist aber einzugestehen, dass auf diesem Gebiet alle Wertungswidersprüche wohl nur unter aus heutiger Sicht utopischen Voraussetzungen ausgeräumt werden könnten. Das Wurzelübel liegt nämlich in der Zulassung der IVF und der zu weitgehenden Straffreistellung der Abtreibung. Nur wenn die Gesellschaft die Kraft hätte, dem Drängen der katholischen Kirche²⁸ zu entsprechen und diese Übel zu beseitigen, könnte ein (soweit hinieden überhaupt möglich) in sich schlüssiges, der Menschenwürde und dem Lebensschutz entsprechend Rechnung tragendes System etabliert werden.

Referenzen

- 1 In diesem Zusammenhang muss man freilich beachten, dass die bloße Tatsache der Behinderung des Kindes in Deutschland keinen automatischen Freibrief mehr für eine Abtreibung darstellt (siehe dazu Punkt 3. dieser Abhandlung).
- 2 H. A., vgl. Kopetzki C., *Rechtliche Aspekte des Embryonenschutzes*, in: Körtner U., Kopetzki C. (Hrsg.), *Embryonenschutz - Hemmschuh für die Biomedizin?* (2003) 51 (54 ff.), der dieses Verbot allerdings aus verfassungsrechtlichen Gründen als problematisch ansieht; zu Einzelheiten, wann näherhin in der Diskussion die Erforderlichkeit einer Untersuchung zum Zwecke der Herbeiführung einer Schwangerschaft angenommen wird, siehe auch dens., *Landesbericht Österreich*, in: Eser A. u. a. (Hrsg.), *Internationale Perspektiven zu Status und Schutz des extrakorporalen Embryos* (2007) 215 (225 f.); jeweils mit zahlreichen w. N.
- 3 Zu dieser Interpretationsmethode eingehend Bydliński F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² (1991) 449 ff.; ders. in Rummel P. (Hrsg.), *Kommentar zum ABGB P* (2000) RZ 19 zu § 6 ABGB.
- 4 Dazu Köck E., *Der (straf)rechtliche Schutz des Embryos*, ÖJZ 2006, 631 (632). Tendenziell ist m. E. die restriktive Vorgabe des Gesetzgebers zur Verhinderung missbräuchlicher Verwendung von Embryonen positiv zu bewerten, sie könnte aber im Falle behandelbarer Krankheiten des frühen Embryos (ob es solche Diagnose- bzw. Behandlungsmöglichkeiten tatsächlich gibt

- oder einmal geben wird, ist eine hier nicht näher zu behandelnde medizinische Frage) zu Härtefällen führen.
- 5 Aicher in Rummel, ABGB¹ RZ 2a zu § 22 ABGB; Posch W. in Schwimann M. (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar¹ (2005) RZ 4 ff. zu § 22 ABGB; Peichl S., *Der Embryo in vitro – seine rechtliche Qualifikation und die Alternative der „Embryoannahme“*, ÖJZ 2003, 581 (585 f.); Koziol u. a. (Hrsg.), *Kurzkomentar zum ABGB²* (2007) RZ 1 zu § 22 ABGB; jeweils m. w. N.
 - 6 Welche genaueren Folgerungen – gerade auch für die Zulässigkeit der PND – sich aus § 22 ABGB ergeben, kann, um den Rahmen der Erörterungen nicht zu sprengen, hier leider nicht weiter vertieft werden und bedürfte einer eigenen Untersuchung.
 - 7 Ungeborenen Menschen kommen daher auch die Rechte gemäß § 16 ABGB zu, welcher lautet: *Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. [...]*.
 - 8 Wenn in dieser Arbeit von Strafsanktionen o. ä. die Rede ist, wird i. d. R. nicht zwischen gerichtlichen und verwaltungsbehördlich verhängten Strafen unterschieden.
 - 9 Eine solche Vorgangsweise wäre wohl als „eigenmächtige Heilbehandlung“ (und zwar nach h. A. wohl nicht des Embryos, sondern der Eltern bzw. der Frau im Rahmen der Fruchtbarkeitsbehandlung) im Sinne des § 110 (1) Strafgesetzbuch (StGB) zu qualifizieren, welcher lautet: *Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.*
 - 10 Siehe dazu § 49 (1) Ärztesgesetz: *Ein Arzt ist verpflichtet, jeden von ihm in ärztliche Beratung oder Behandlung übernommenen Gesunden und Kranken ohne Unterschied der Person gewissenhaft zu betreuen. Er hat sich laufend im Rahmen anerkannter Fortbildungsprogramme der Ärztekammern in den Bundesländern oder der Österreichischen Ärztekammer oder im Rahmen anerkannter ausländischer Fortbildungsprogramme fortzubilden und nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung sowie unter Einhaltung der bestehenden Vorschriften und der fachspezifischen Qualitätsstandards das Wohl der Kranken und den Schutz der Gesunden zu wahren.* Ein Verstoß gegen diese Bestimmung ist gemäß § 199 (3) Ärztesgesetz mit Geldstrafe von maximal € 2.180,- zu ahnden.
 - 11 Strafbestimmung für die unerlaubte (d. h. gegen § 9 FMedG verstoßende) Verwendung von Samen, Eizellen oder entwicklungsfähigen Zellen ist § 22 (1) Z. 3 FMedG, der Geldstrafen bis zur Höhe von € 36.000,- vorsieht.
 - 12 Vgl. Köck, ÖJZ 2006, 633 f.; Eder-Rieder M. in Höpffel F., Ratz E. (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafrecht* (2001) RZ 18 ff. zu Vorbem. zu §§ 96-98 StGB; RZ 3 ff. zu § 96 StGB; Moos R. in *Wiener Kommentar zum StGB²* (2002) RZ 6 ff. zu Vorbem. zu §§ 75-79 StGB; Burgstaller M., Fabrizy E.-E. in *Wiener Kommentar zum StGB²* (2002) RZ 4 zu § 83 StGB.
 - 13 H. A., vgl. bloß Koziol H., Welsler R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts I³* (2006) 51; Bydliński P., *Bürgerliches Recht I Allgemeiner Teil⁴* (2007) 38; OGH 8 Ob 106/79.
 - 14 So zutr. Posch in Schwimann, ABGB Praxiskommentar 1 RZ 6 zu § 22 ABGB.
 - 15 Dies alles lässt Kopetzki, *Landesbericht* 253 f., außer Acht, wenn er im Zusammenhang mit einem verwandten Problem, der Rechtswidrigkeit von Abtreibungen bei gleichzeitiger Straflosigkeit, von einem „eher [...] symbolischen Disput“ spricht. Dieser Autor scheint im übrigen die Entscheidung des OGH 6 Ob 101/06f, in der die zivilrechtlich begründete Rechtswidrigkeit der Abtreibung im Rahmen der Fristenlösung festgestellt und in einem keineswegs nur symbolischen, sondern mit hohen Geldsummen verbundenen Rechtsstreit als wesentliche Urteilsgrundlage herangezogen wird, nicht zur Kenntnis zu nehmen (was aber auch mit dem Zeitpunkt der Drucklegung des zitierten Werkes zusammenhängen könnte).
 - 16 Solche Methoden werden in der medizinischen Wissenschaft i. d. R. im engeren Sinne als PID bezeichnet. Vom Wortsinn her stellen aber eigentlich auch Untersuchungen des Embryos ohne Zellentnahme Präimplantationsdiagnosen dar, wenn sie vor Implantation gesetzt werden, weshalb in dieser Arbeit der Begriff PID auch in diesem Sinne verwendet wird.
 - 17 Zur Problematik des Klonens nach österreichischem Recht vgl. etwa Eder-Rieder M., *Aspekte der Stammzellentechnologie*, ZfRV 2007/4, 18 (22 f.); Kopetzki C., *Rechtliche Aspekte des Embryonenschutzes* 59 f.; zu grundrechtlichen Implikationen ausführlich ders., *Grundrechtliche Aspekte der Biotechnologie am Beispiel des „therapeutischen Klonens“*, in: Kopetzki C., Mayer H. (Hrsg.), *Biotechnologie und Recht* (2002) 15. Die Auffassungen der zit. Autoren gewähren zwar einen Einblick in die maßgeblichen Problemstellungen, geben dem Lebensschutz jedoch zuwenig Raum, was hier freilich nicht weiter vertieft werden kann.
 - 18 Inwieweit entgegen der obzitierten Gerichtsentscheidung auch nach deutscher Rechtslage ein solches Verbot begründbar ist, kann hier nicht näher erörtert werden.
 - 19 *Rechtliche Aspekte des Embryonenschutzes* 57; ders., *Stammzellforschung in Österreich – eine Bestandsaufnahme des geltenden Rechts*, in: Körtner U., Kopetzki C. (Hrsg.), *Stammzellforschung – ethische und rechtliche As-*

- pekte (2008) 269 (274 ff.).
- 20 Zu Einordnung und Leistungsfähigkeit dieser Denkfikur grundlegend Bydlinski, *Methodenlehre* 457 ff.; ders. in Rummel, *ABGB I RZ* 22 zu § 6 ABGB.
- 21 In diesem Zusammenhang ist auch auf die in anderen Aspekten kontroverse Diskussion um den Begriff der „Befruchtung“ i. S. d. § 1 (3) FMedG zu verweisen: dazu Bernat E., *Wer oder was sind „entwicklungsfähige Zellen“?*, in Körtner/Kopetzki, *Stammzellforschung* 372; Kopetzki, a. a. O. 282 ff.
- 22 Die h. L. geht von der Verschmelzung der Zellkerne aus, vgl. Posch in Schwimann, *ABGB 1 RZ* 1 zu § 22 ABGB; Aicher in Rummel, *ABGB I RZ* 2 f. zu § 22 ABGB. Die Judikatur des OGH (1 Ob 2259/96d) spricht von der Vereinigung von Samen- und Eizelle, was vom Wortlaut her nicht dasselbe ist. Da sich der OGH aber auf die eingangs zit. Autoren beruft, dürfte er möglicherweise dennoch dasselbe wie die h. L. gemeint haben.
- 23 Diese Judikatur des OGH hat unter dem Schlagwort „Kind als Schaden“ traurige Berühmtheit erlangt. Die dazu veröffentlichte kontroverse Literatur ist nur noch schwer überblickbar. In der Schriftenreihe „Imago Hominis“ sei für die jüngere Zeit beispielhaft auf die Arbeit von Memmer M., *Die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes zum „Familienplanungsschaden“*, *Imago Hominis* 2007/3, 195 (das zit. Heft, das schwerpunktmäßig dieser Problematik gewidmet ist, enthält weitere einschlägige Beiträge), sowie auf meinen Beitrag mit dem Titel *Der große Graben*, *Imago Hominis* 2008/1, 45 verwiesen. Positive Referenzen aus der spezifisch juristischen Fachliteratur sind insbesondere Bydlinski F., *Das Kind als Schadensursache im österreichischen Recht*, in: Magnus U., Spier J., *Liber amicorum for Helmut Koziol* (2000) 29; Cornides J., *Zur Haftung des Arztes bei fehlerhafter pränataler Diagnose*, *JBl* 2007, 137.
- 24 Exemplarisch zeigen sich die kontroversen Standpunkte in der Stellungnahme der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt zur PID, vgl. den Bericht vom Juni 2004. Die Berichte der Kommission sind auf der Homepage des Bundeskanzleramtes www.bka.gv.at (Rubrik Fachinhalte/Bioethik) kostenlos einsehbar.
- 25 6 Ob 101/06f.
- 26 Der OGH judiziert insoweit freilich seit gut einem Jahrzehnt (siehe das – im negativen Sinn – bahnbrechende Urteil 1 Ob 91/99k und die Folgejudikatur) ohne valide Begründung das Gegenteil und behauptet, dass die eugenische Indikation eine Rechtfertigungswirkung entfalte.
- 27 Zu den Auswirkungen dieser Änderung vgl. Müller G., *Unterhalt für ein Kind als Schaden*, *NJW* 2003, 697 (702 ff.). Nur wenn die Behinderung des Kindes zugleich eine ernsthafte Lebens- oder Gesundheitsgefährdung für die Mutter darstellt, kann die Abtreibung straflos bleiben. § 218a (2) dStGB lautet: *Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.*
- 28 Vgl. exemplarisch zur Abtreibungsfrage die Enzyklika *Evangelium Vitae* (1995) Papst Johannes Pauls II. und zur IVF das Dokument der Glaubenskongregation *Donum Vitae* (1987). Die Dokumente sind auf der Homepage des Vatikans www.vatican.va (Rubrik Archiv der Päpste/Johannes Paul II/Enzykliken bzw. Die Römische Kurie/Glaubenskongregation/Dokumente zur Doktrin) kostenlos einsehbar.

Der Autor ist Prüfbeamter der Volksanwaltschaft. Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

Korrespondenz:

Dr. Thomas J. Piskernigg

c/o IMABE

Landstraßer Hauptstraße 4/13, A-1030 Wien

postbox@imabe.org