

Der Fall „S.H. und andere“ vor dem EGMR

Verbot der Eizellspende verletzt die Europäische Menschenrechtskonvention

PD Dr. Dr. Tade Matthias Spranger*, Henning Wegmann**

I. Problemaufriss

Paare mit unerfülltem Kinderwunsch greifen zunehmend auf Verfahren der künstlichen Befruchtung zurück¹, die jedoch in zahlreichen Rechtsordnungen Gegenstand detaillierter gesetzlicher Vorgaben sind. Während sich in Deutschland vor allem das Embryonenschutzgesetz als einschlägig erweist, findet in Österreich das insoweit umfassender angelegte Fortpflanzungsmedizinengesetz von 1992 (FMedG) Anwendung.² In dem vorzustellenden Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) rügten nun zwei österreichische Paare das dort geltende Verbot der Eizellspende, weil sie darin eine unangemessene Benachteiligung und einen Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), namentlich gegen Artikel 14 EMRK und Artikel 8 EMRK sahen. Mit seiner Entscheidung vom 1. April 2010³ stellte der EGMR fest, dass das generelle Verbot von Eizell- und Samenspende für Befruchtungen im Labor gegen das Grundrecht auf Schutz der Familie in Verbindung mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot verstoße. Damit steht für Österreich mehr als nur das FMedG auf dem Prüfstand. Vielmehr betrifft die Entscheidung des EGMR die grundlegende (und vornehmlich ethisch bedingte) Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers, eine eher restriktive Regelung der medizinisch unterstützen Fortpflanzung zu wählen. Sie könnte daher nicht weniger als einen Neubeginn in der österreichischen Politik zur Fortpflanzungsmedizin darstellen.

* Privat-Dozent, Dr. iur. Dr. rer. pol., Leiter der BMBF-Forschergruppe „Normierung in den modernen Lebenswissenschaften“ am Institut für Wissenschaft und Ethik, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

** Diplom-Jurist, wissenschaftlicher Mitarbeiter in der BMBF-Forschergruppe „Normierung in den modernen Lebenswissenschaften“ am Institut für Wissenschaft und Ethik, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn.

¹ Detaillierte Zahlen finden sich in den Jahresberichten des Deutschen IVF-Registers; <http://www.deutsches-ivf-register.de> [9.8.2010].

² Der vollständige Gesetzestext des Fortpflanzungsmedizinengesetzes ist online abrufbar unter <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10003046> [2.8.2010].

³ Das Urteil ist bislang nur in englischer Sprache zugänglich, online unter <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=57813/00&sessionId=57701942&skin=hudoc-en> [2.8.2010].

II. Sachverhalt und Verfahrensgang

Ausgangspunkt des Falles war die Klage zweier österreichischer Paare, die keine Kinder auf natürlichem Wege bekommen konnten. Beiden Fällen lag jeweils die Konstellation zugrunde, dass einem Paar aufgrund von § 3 FMedG die Anwendung einer technisch grundsätzlich möglichen Form der medizinisch unterstützen Fortpflanzung verwehrt wurde. Die Erst-antragstellerin litt unter einer eileiterbedingten Sterilität, die für sich eine Indikation für eine sogenannte In-vitro-Fertilisation (IVF) – also für eine extrakorporale Befruchtung im Reagenzglas – darstellt. Die Durchführung einer solchen IVF scheiterte jedoch daran, dass der Ehemann der Antragstellerin selbst unfruchtbar war. Nach dem Vorbringen der Antragstellerin war sogar der erfolglose Versuch unternommen worden, ihr ein Spermatozoon, also eine Vorstufe der Samenzelle in der Spermatozytogenese, ihres Mannes mittels der sogenannten intrazytoplasmatischen Spermatozyteninjektion einzubringen, obwohl nach damaligem Wissensstand die Verwendung von Spermatozoen keine erfolgreiche Therapie ermöglichte. Gleichwohl wurden dem Mann der Antragstellerin zur Durchführung dieses Verfahrens im Rahmen einer Biopsie größere Gewebeteile aus dem Hoden entnommen. Dem Kinderwunsch des Ehepaars hätte folglich nur noch dadurch entsprochen werden können, dass der Antragstellerin Eizellen entnommen und diese mit dem „Spendersamen“ eines anderen Mannes befruchtet worden wären. Einem solchen Vorgehen stand jedoch § 3 Abs. 2 FMedG entgegen, der einzig die Einbringung von gespendetem Samen in die Geschlechtsorgane einer Frau erlaubt, und somit im Umkehrschluss eine entsprechende extrakorporale Befruchtung, also die IVF mit gespendetem Samen, verbietet.

Die Zweitantragstellerin, die gemäß Versicherung an Eides statt mit ihrem Lebensgefährten in eheähnlicher Lebensgemeinschaft zusammenlebte, litt unter einer sogenannten Gonadendysgenese, weshalb bei ihr die zur Fortpflanzung nötigen Eizellen fehlten. Trotz dieser absoluten Sterilität war die Antragstellerin jedoch aufgrund einer funktionsfähigen Gebärmutter in der Lage, ein Kind auszutragen. Rein medizinisch-technisch kann in derart gelagerten Fällen dem Wunsch nach einem Kind durch einen sogenannten heterologen Embryotransfer nach Eizellspende entsprochen

werden, bei der der Frau eine ihr gespendete und mit dem Samen des Partners befruchtete Eizelle übertragen wird. Sowohl § 3 Abs. 1 als auch § 3 Abs. 3 FMedG stehen jedoch einem solchen Verfahren, für dessen Durchführung sich die Antragstellerin und ihr Lebensgefährte entschieden hatten, entgegen.

Beide Paar klagten – insbesondere unter Berufung auf die in Österreich mit Verfassungsrang versehene EMRK⁴ - vor dem österreichischen Verfassungsgerichtshof (ÖVerfGH)⁵, der die Klagen jedoch 1999 abwies⁶. Das Gericht stellte zwar fest, dass die Sachverhalte in den Anwendungsbereich des Artikel 8 EMRK fallen, der das Grundrecht auf Schutz der Familie beinhaltet. Allerdings sei dieser Eingriff gerechtfertigt, weil nur so der Gefahr des Missbrauchs der In-Vitro-Fertilisation (IVF) zur genetischen Selektion („Zuchtauswahl“⁷) wirksam begegnet werden könne. Zudem betonte der ÖVerfGH den Umstand, dass die Erlaubnis von Eizell- und Samenspende die Trennung zwischen genetischer und tatsächlicher Mutterschaft nach sich ziehe. Dies führe für ein in-vitro gezeugtes Kind zu ungewöhnlichen Beziehungen zu seinen Eltern und damit zu einer ungewollten psychischen Belastung des Kindes. Weitergehend führt der ÖVerfGH hierzu aus: „Dem [...] Vergleich mit der Adoption steht wieder entgegen, dass durch diese keine ungewöhnlichen biologischen, sondern bloß rechtliche Verhältnisse hergestellt werden, die jenen gleichen, wie sie zwischen biologisch verwandten Eltern und Kindern bestehen. Diese rechtlichen Verhältnisse knüpfen ihrerseits an faktische soziale Verhältnisse an, die sich schon vor der Adoption eingestellt haben. [...] Auch sie dürfen aber zulässigerweise nur hergestellt werden, wenn sie dem Wohl eines nicht eigenberechtigten Wahlkindes entsprechen.“⁸ Zudem verwies der ÖVerfGH auf das Risiko, dass „sozial benachteiligte“ Frauen der Gefahr ausgesetzt werden könnten, zur Eizellspende gedrängt zu werden.⁹

⁴ In Deutschland gilt die EMRK im Range eines einfachen Bundesgesetzes.

⁵ Siehe zu diesem Verfahren ausführlich Spranger, *Recht und Bioethik – Verweisungszusammenhänge bei der Normierung der Lebenswissenschaften*, 2010, S. 342 ff.

⁶ Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs, Geschäftszahlen G 91/98, G116/98, Sammlungsnummer 15632, online abrufbar unter http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Vfgh&Dokumentnummer=JFT_10008986_98G00091_00 [2.8.2010].

⁷ VerfGH, VfSlg. 15632/1999, 414 (433 f.).

⁸ Punkt B. 2.6.2. der Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs, Geschäftszahlen G 91/98, G116/98, Sammlungsnummer 15632, online abrufbar unter http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Vfgh&Dokumentnummer=JFT_10008986_98G00091_00 [2.8.2010].

⁹ Umfassend zur Kritik an der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes: Spranger, *Recht und Bioethik – Verweisungszusammenhänge bei der Normierung der Lebens-*

gegen diese Entscheidung legten beide Paare vor dem EGMR Individualbeschwerde gemäß Artikel 34 EMRK ein.

III. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

1. Eröffnung des Anwendungsbereichs

In sehr ausführlicher Weise setzt sich der EGMR mit den Argumenten des Verfassungsgerichtshofs auseinander. Nachdem zunächst die relevanten nationalen und internationalen Regelungen vorgestellt und in einem kurzen Abriss die Rechtslage in den übrigen Mitgliedstaaten skizziert werden¹⁰, wendet sich das Gericht der Eröffnung des Schutzbereichs der Artikel 8 und 14 EMRK zu. Hierzu wird festgestellt, dass eine separate Verletzung der Artikel 8 und 14 EMRK von den Parteien geltend gemacht wurde. Die Vorschriften lauten:

Artikel 8 Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

(2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Artikel 14 Diskriminierungsverbot

Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.

Der EGMR erinnert zunächst daran, dass der Begriff des „Privat- und Familienlebens“ in Artikel 8 EMRK nach der Rechtsprechung des Gerichts in ei-

wissenschaften, 2010, S. 342 ff.

¹⁰ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 1.4.2010, Fall S.H. und andere gegen Österreich, Application no. 57813/00, S. 5 f., <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=57813/00&sessionId=57701942&skin=hudoc-en> [3.8.2010].

nem denkbar weiten Sinn zu verstehen ist.¹¹ Danach fallen in den Anwendungsbereich dieses Grundrechtes unter anderem das Recht, zwischenmenschliche Beziehungen zu anderen Menschen zu errichten und zu unterhalten¹², das Recht auf persönliche Entwicklung¹³, oder das Recht auf freie Selbstbestimmung als solches¹⁴. Ebenso vom Schutzbereich erfasst wird die grundsätzliche Entscheidung eines Paares, Kinder zu haben oder auch nicht zu haben¹⁵. Vor diesem Hintergrund kommt der Gerichtshof zu dem Schluss, dass auch das Recht eines Paares, ein Kind zu bekommen und sich zu diesem Zwecke den Mitteln der medizinisch unterstützten Fortpflanzung zu bedienen, in den Schutzbereich des Artikels 8 EMRK fällt.¹⁶

Im Hinblick auf Artikel 14 EMRK weist das Gericht zunächst in Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung¹⁷ darauf hin, dass dieses Recht keinen eigenständigen Anwendungsbereich besitzt, sondern lediglich die übrigen Rechte ergänzend flankiert. Da jedoch von den Klägern zugleich auch eine Verletzung des Diskriminierungsverbots aus Artikel 14 EMRK geltend gemacht wird, prüft das Gericht im Folgenden eine Verletzung von Artikel 8 EMRK in Verbindung mit Artikel 14 EMRK.¹⁸

2. Ungleichbehandlung

Eine Ungleichbehandlung wird vom Gericht in aller Kürze bejaht und in dem Umstand gesehen, dass die Kläger im Vergleich zu anderen Paaren, die sich ebenfalls Methoden der künstlichen Befruchtung bedienen wollen oder müssen, jedoch nicht auf die in-

¹¹ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 1.4.2010, Fall S.H. und andere gegen Österreich, Application no. 57813/00, S. 11, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=57813/00&sessionid=57701942&skin=hudoc-en> [3.8.2010].

¹² Urteil des EGMR vom 16.12.1992, Fall Niemitz gegen Deutschland, Application no. 251-B, NJW 1993, 718 ff.

¹³ Urteil des EGMR, Fall Bensaid gegen Großbritannien, Application no. 44599/98, NVwZ 2002, 453 ff.

¹⁴ Urteil des EGMR, Fall Pretty gegen Großbritannien, Application no. 2346/02, NVwZ 2002, 1355 ff.

¹⁵ Urteil des EGMR, Fall Evans gegen Großbritannien, Application no. 6339/05, NJW 2008, 2013 ff.

¹⁶ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 1.4.2010, Fall S.H. und andere gegen Österreich, Application no. 57813/00, S. 12, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=57813/00&sessionid=57701942&skin=hudoc-en> [3.8.2010].

¹⁷ Siehe nur Urteil des EGMR im Fall Sahin gegen Deutschland, Application no. 30943/96.

¹⁸ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 1.4.2010, Fall S.H. und andere gegen Österreich, Application no. 57813/00, S. 12, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=57813/00&sessionid=57701942&skin=hudoc-en> [3.8.2010].

vitro-Befruchtung angewiesen sind, unterschiedlich behandelt werden.¹⁹

Die einschlägige Bestimmung des österreichischen Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG)²⁰ lautet:

§ 3.

(1) Für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung dürfen nur die Eizellen und der Samen der Ehegatten oder Lebensgefährten verwendet werden.

(2) Für die Methode nach § 1 Abs. 2 Z 1 darf jedoch der Samen eines Dritten verwendet werden, wenn der des Ehegatten oder Lebensgefährten nicht fortpflanzungsfähig ist.

(3) Eizellen und entwicklungsfähige Zellen dürfen nur bei der Frau verwendet werden, von der sie stammen.

Der Begriff der medizinisch unterstützten Fortpflanzung wird in § 1 FMedG wie folgt definiert:

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

(2) Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung im Sinn des Abs. 1 sind insbesondere

1. das Einbringen von Samen in die Geschlechtsorgane einer Frau,

2. die Vereinigung von Eizellen mit Samenzellen außerhalb des Körpers einer Frau,

3. das Einbringen von entwicklungsfähigen Zellen in die Gebärmutter oder den Eileiter einer Frau und

4. das Einbringen von Eizellen oder von Eizellen mit Samen in die Gebärmutter oder den Eileiter einer Frau.

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

Darüber hinaus sieht das FMedG in § 2 vor, dass eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur in einer Ehe oder einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft zulässig ist, wenn nach dem Stand der Wissenschaft alle anderen möglichen und zumutbaren Behandlungen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft durch Ge-

¹⁹ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 1.4.2010, Fall S.H. und andere gegen Österreich, Application no. 57813/00, S. 12, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=57813/00&sessionid=57701942&skin=hudoc-en> [3.8.2010].

²⁰ Der vollständige Gesetzestext des Fortpflanzungsmedizingesetzes ist online abrufbar unter <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10003046> [2.8.2010].

schlechtsverkehr erfolglos gewesen oder aussichtslos sind.

Aus dem Regelungsgehalt dieser Vorschriften ergibt sich also, dass die Verwendung von gespendeten Samen- und Eizellen zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung - und damit die sogenannte heterologe Befruchtung - generell unzulässig ist. Eine Ausnahme gilt danach nur bei der Insemination²¹ nach Samenspende eines Dritten.²² Die homologen Formen der künstlichen Befruchtung - die künstliche Befruchtung ausschließlich mit genetischem Material der Eltern - hingegen sind nach dem FMedG generell zulässig. Darin liegt die vom EGMR festgestellte Ungleichbehandlung.

3. Prüfungsmaßstab

Nahezu lehrbuchartig fährt das Gericht nun mit der Bemerkung fort, dass eine solche Ungleichbehandlung nur dann gerechtfertigt sein kann, wenn die Maßnahme ein legitimes Ziel verfolgt und auch im Übrigen zwischen dem verfolgten Ziel und der getroffenen Maßnahme ein wohl ausgewogenes Verhältnis besteht.²³ Auf dieser Grundlage beschäftigt sich das Gericht mit sämtlichen von der österreichischen Regierung bzw. dem Verfassungsgerichtshof vorgebrachten Argumenten.

Zunächst stellt das Gericht fest, dass den einzelnen Mitgliedern der EMRK ein eigenständiger Ermessensspielraum bei der Beantwortung der Frage eingeräumt wird, ob und in welchem Rahmen vergleichbare Situationen unterschiedlich zu behandeln sind.²⁴ Während die österreichische Regierung vorgetragen hatte, dass ihr, wie in anderen Bereichen auch, ein denkbar weiter Ermessensspielraum zur Verfügung steht, hatten die Kläger geltend gemacht, dass der Ermessensspielraum des nationalen Gesetzgebers aufgrund der grundlegenden grundrechtlichen Bedeutung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung

²¹ Allgemein bezeichnet der Begriff der Insemination die auf andere Weise als durch Geschlechtsverkehr erfolgende Befruchtung einer Frau. Dazu: Pschyrembel, *Klinisches Wörterbuch*, 262. Auflage 2010, Stichwort „Insemination“.

²² VerfGH, VfSlg. 15632/1999, S. 414 (434 f.).

²³ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 1.4.2010, Fall S.H. und andere gegen Österreich, Application no. 57813/00, S. 12, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=57813/00&sessionId=57701942&skin=hudoc-en> [3.8.2010].

²⁴ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 1.4.2010, Fall S.H. und andere gegen Österreich, Application no. 57813/00, S. 13, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=57813/00&sessionId=57701942&skin=hudoc-en> [3.8.2010].

auf ein Minimum reduziert sei. Der EGMR legt hierzu zunächst dar, dass es unter den Mitgliedern der EMRK keinen Konsens zu Fragen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung gibt. Während der Bereich in einigen Staaten umfassend geregelt wurde, wurde er in anderen Staaten nur rudimentär oder auch gar nicht kodifiziert. Daraus zieht das Gericht den Schluss, dass der nationale Beurteilungsspielraum im Bereich der künstlichen Befruchtung möglichst weit verstanden werden müsse.²⁵ Dies entbinde die Gerichte jedoch nicht von einer umfassenden Prüfung der konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls. Diese Entscheidung zugunsten einer Einzelfallprüfung führt konsequenterweise dazu, dass der EGMR im Folgenden die Situation der beiden klagenden Paare voneinander getrennt prüft.

4. Rechtfertigung

a) Paar 2

Der österreichische Verfassungsgerichtshof argumentierte, dass das Verbot der Eizellspende für die in-vitro Fertilisation einen legitimen Zweck verfolge und als Mittel zur Erreichung dieses Zwecks angemessen sei. Es sei Aufgabe des nationalen Gesetzgebers, den immer weiter fortschreitenden Möglichkeiten der künstlichen Befruchtung bestimmte Grenzen zu setzen, um so den in der Gesellschaft bereits seit langer Zeit bestehenden ethisch-moralischen Bedenken im Hinblick auf die moderne Fortpflanzungsmedizin begegnen zu können. Hierzu stellt der EGMR zunächst fest, dass Bedenken im Hinblick auf moralische Überlegungen oder soziale Akzeptanz grundsätzlich und für sich genommen nicht geeignet seien, ein generelles Verbot eines bestimmten Verfahrens der medizinisch unterstützten Fortpflanzung zu rechtfertigen. Vielmehr stünden diese Überlegungen am Beginn des Gesetzgebungsprozesses, um eine grundsätzliche Entscheidung darüber zu treffen, ob medizinisch unterstützte Fortpflanzung erlaubt wird oder nicht. In dieser Entscheidung seien die einzelnen Staaten vollkommen frei aufgrund ihres Ermessensspielraums. Die auf dieser Grundlage getroffene Grundsatzentscheidung müsse allerdings in Übereinstimmung mit den Bestimmungen der EMRK ausgestaltet werden.²⁶

²⁵ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 1.4.2010, Fall S.H. und andere gegen Österreich, Application no. 57813/00, S. 13 f., <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=57813/00&sessionId=57701942&skin=hudoc-en> [3.8.2010]. Auf diesen weiten Beurteilungsspielraum hat sich der EGMR auch bei Fragen des vorgeburtlichen Lebensschutzes bezogen; vgl. Vo gegen Frankreich, NJW 2006, 727 ff., wobei jedoch auf die erheblichen, sich auch in verschiedenen Sondervoten ausdrückenden Divergenzen innerhalb der Kammer hinzuweisen ist.

²⁶ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschen-

Zum Vorbringen des Verfassungsgerichtshofs, die Eizellspende zu Zwecken der in-vitro-Fertilisation berge das Risiko der „Selektion“ von Kindern, stellt der EGMR klar, dass er sich der mit den neuen Techniken zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung verbundenen Risiken durchaus bewusst ist. Indes stelle ein vollkommenes Verbot der betroffenen Technik die ultima ratio zur Abwehr relevanter Risiken dar. Vom Vorliegen der insoweit erforderlichen Voraussetzungen ist der Gerichtshof aber nicht überzeugt; vielmehr werde den bestehenden Risiken schon dadurch hinreichend begegnet, dass die nötigen Eingriffe nur von Ärzten durchgeführt werden dürfen, die dann ihrerseits vor allem aufgrund berufsrechtlicher Vorgaben gebunden sind.²⁷ Hinsichtlich der vom Verfassungsgerichtshof vorgebrachten Möglichkeit der Ausnutzung von sozial schwachen Frauen zur Eizellspende stellt der EGMR lediglich knapp fest, dass dies keine spezifische Erscheinung der in-vitro-Fertilisation, sondern ein generell mit der medizinisch unterstützten Fortpflanzung verbundenes Problem sei, so dass sich auch unter diesem Gesichtspunkt eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen lässt.²⁸

Ebenfalls in aller Kürze entkräftet der Gerichtshof das von der österreichischen Regierung vorgebrachte Argument, die in-vitro-Fertilisation sei ein ernsthafter medizinischer Eingriff, der schwerwiegende Folgen für den Spender haben könne. Dies gelte in gleichem Maße bei der homologen künstlichen Befruchtung und sei daher kein Spezifikum der heterologen Befruchtung, welches eine unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen vermag.²⁹

rechte vom 1.4.2010, Fall S.H. und andere gegen Österreich, Application no. 57813/00, S. 15, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=57813/00&sessionid=57701942&skin=hudoc-en> [3.8.2010].

²⁷ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 1.4.2010, Fall S.H. und andere gegen Österreich, Application no. 57813/00, S. 15, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=57813/00&sessionid=57701942&skin=hudoc-en> [3.8.2010].

²⁸ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 1.4.2010, Fall S.H. und andere gegen Österreich, Application no. 57813/00, S. 15, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=57813/00&sessionid=57701942&skin=hudoc-en> [3.8.2010].

²⁹ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 1.4.2010, Fall S.H. und andere gegen Österreich, Application no. 57813/00, S. 16, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=57813/00&sessionid=57701942&skin=hudoc-en> [3.8.2010].

In deutlichen Worten³⁰ lehnt der Gerichtshof das Argument des Verfassungsgerichtshofs ab, dass es durch die Erlaubnis der Eizellspende bei der in-vitro-Fertilisation zu „ungewöhnlichen Beziehungen“ zwischen dem Kind und seinen Eltern kommen könne, die zu schweren psychischen und physischen Nachteilen für das Kind führen könnten.³¹ Der Gerichtshof führt hierzu aus:³²

„[...] unübliche Beziehungen in einem weiteren Sinne sind den Rechtsordnungen der Vertragsstaaten wohl bekannt. Familienbeziehungen, welche nicht dem typischen Eltern-Kind-Verhältnis basierend auf einer direkten biologischen Verbindung beruhen, sind nichts Neues und haben schon in der Vergangenheit existiert, seit Etablierung des Rechtsinstituts der Adoption, welches eine Familienbeziehung herstellt, die nicht auf der Abstammung, sondern auf einem Vertrag beruht, zum Zwecke des Ersatzes oder Wiederherstellung fehlender biologischer Familienbeziehungen. Aus diesem allgemeinen Wissen würde der Gerichtshof schließen wollen, dass es keine unüberwindbaren Hindernisse gibt, um Familienverhältnisse, welche aus einer erfolgreichen Nutzung der gegenständlichen künstlichen Fortpflanzungstechniken resultieren, in den generellen Rahmen des Familienrechts oder anderer relevanter Rechtsgebiete zu bringen.“

Im Ergebnis kommt daher der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass keine Gründe ersichtlich sind, die ein generelles Verbot der Eizellspende zu Zwecken der in-vitro-Fertilisation rechtfertigen könnten, und die Regelung des § 3 FMedG somit gegen Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 14 der EMRK verstößt.

b) Paar 1

Einleitend stellt der Gerichtshof fest, dass die Streitgegenständliche Art der künstlichen Befruchtung aus zwei grundsätzlich erlaubten Techniken „zusammengesetzt“ ist, nämlich aus einer homologen in-vitro-Fertilisation einerseits und einer Samenspende andererseits. Daher seien an mögliche Rechtfertigungsgründe besonders hohe Anforderungen zu stellen. In aller Deutlichkeit hebt der Gerichtshof sodann hervor, dass die vom Verfassungsgerichtshof vorge-

³⁰ Siehe hierzu Piskernigg, Verbot von Samen- und Eizellspende: Eine Menschenrechtsverletzung?, in: *Imago Hominis* 2010, S. 143 (146).

³¹ VerfGH, VfSlg. 15632/1999, 414 (437).

³² Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 1.4.2010, Fall S.H. und andere gegen Österreich, Application no. 57813/00, S. 16, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=57813/00&sessionid=57701942&skin=hudoc-en> [3.8.2010].

brachten Argumente „von nur geringer Relevanz“³³ sind. Einige der Argumente, wie z.B. das Selektionsargument, seien nicht anders zu bewerten als auch im Falle des anderen Paares.

Das Argument, die unterschiedliche Behandlung von in-vitro-Fertilisation und in-vivo-Fertilisation rechtfertige sich dadurch, dass letztere bereits seit langem angewendet werde und akzeptiert und ein Verbot mithin praktisch schwer durchsetzbar sei, entkräftet der Gerichtshof wie folgt:³⁴

„Es muss daran erinnert werden, dass die Konvention dazu gedacht ist, Rechte zu garantieren, die nicht theoretisch oder illusorisch sind, sondern tatsächlich und effektiv. [...] In diesem Zusammenhang bestätigt der Gerichtshof, dass der den einzelnen Staaten zugebilligte Ermessensspielraum gerade dort besonders schmal wird, wo überragend wichtige Rechtsgüter des Einzelnen betroffen sind. [...] Nach Meinung des Gerichtshofs ist der Wunsch nach einem Kind ein derart überragend wichtiges Recht, dass es die staatlichen Interessen an praktischer Durchsetzbarkeit überwiegt.“

Daher stellt der Gerichtshof wiederum eine Verletzung von Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 14 EMRK durch das österreichische FMedG fest.

5. Entschädigung in Geld

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der Gerichtshof den betroffenen Paaren aufgrund der Verletzung ihrer Rechte aus der EMRK gemäß Artikel 41 EMRK einen Entschädigungsanspruch in Höhe von jeweils 10.000 Euro zugesprochen hat.

IV. Bewertung der Entscheidung

Die Entscheidung des EGMR ist prinzipiell zu begrüßen. Die zentrale Bedeutung des elementaren Rechts aus Artikel 8 EMRK auf Familienplanung bedingt, dass die Berechtigung nicht durch bloße Zweckmäßigkeitserwägungen oder nicht dem Recht zuzuordnende Argumentationen³⁵ ausgehebelt werden darf. Der

Hinweis des österreichischen Verfassungsgerichtshofs auf „ungewöhnliche familiäre Beziehungen“ mutet in einer Gesellschaft von alleinerziehenden Müttern, Patchwork-Familien und Adoptivkindern aus allen Teilen dieser Erde auch dann wie ein altertümliches Relikt an, wenn man die entsprechenden familiären Strukturen nicht gutheißt. Darüber hinaus gilt es auf einen norminhärenten Widerspruch hinzuweisen: Denn während bei der Eizellspende darauf abgestellt wird, dass verhindert werden soll, dass ein Kind eine genetische und eine biologische Mutter hat, wird übersehen, dass auch im Falle der Samenspende gleichsam zwei „Väter“ bestehen, der biologische und der rechtliche bzw. tatsächliche.³⁶

Auch den jeweiligen Ermessensspielraum der einzelnen nationalen Gesetzgeber beurteilt der Gerichtshof zutreffend. Aufgrund fehlender internationaler Regelungsmechanismen sind die Einzelstaaten grundsätzlich frei darin, sich aufgrund außer- oder metarechtlicher Erwägungen für oder gegen die grundsätzliche Möglichkeit der medizinisch unterstützten Fortpflanzung zu entscheiden. Ist diese Entscheidung jedoch erst einmal getroffen, so müssen sich die Regelungen auch an den bestehenden Vorgaben der EMRK messen lassen und deren Vorgaben erfüllen. In diesem Kontext ist das Recht auf Familiengründung als derart essentiell anzusehen, dass eine entsprechende Regulierung notgedrungen hohen Anforderungen genügen muss.

Insgesamt schließt sich der EGMR damit der im Schrifttum geäußerten Kritik³⁷ an der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs an und erteilt dem Vorgehen der österreichischen Kollegen eine deutliche Absage, bestehende rechtliche Regelungen aufgrund rechtspolitischer Desiderate entgegen den Verbürgungen der EMRK aufrecht zu erhalten.

Von Interesse ist das Urteil des Gerichtshofs unterdessen auch für das deutsche Recht der Fortpflan-

schaften, 2010, S. 350 ff.

³⁶ Zu diesen Verwerfungen schon ausführlich Spranger, *Recht und Bioethik – Verweisungszusammenhänge bei der Normierung der Lebenswissenschaften*, 2010, S. 342 (353).

³⁷ Siehe hierzu beispielsweise Bernat, *Urteilsanmerkung*, in: *MedR 2000*, 394 ff.; Coester-Waltjen, *Fortpflanzungsmedizin, EMRK und österreichische Verfassung*, in: *FamRZ 2000*, 598 ff.; Spranger, *Recht und Bioethik. Verweisungszusammenhänge bei der Normierung der modernen Lebenswissenschaften*, 2010, S. 342 ff.; Dujmovits, *Reproduktionsmedizin – Gesetzgebung im Wandel?*, in: *Koetzki/Mayer (Hrsg.), Biotechnologie und Recht*, 2002, 91 ff.; Lurger, *Das Fortpflanzungsmedizingesetz vor dem österreichischen Verfassungsgerichtshof*, in: *DEuFamR 2000*, 134 ff.

³³ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 1.4.2010, Fall S.H. und andere gegen Österreich, Application no. 57813/00, S. 18, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=57813/00&sessionId=57701942&skin=hudoc-en> [3.8.2010].

³⁴ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 1.4.2010, Fall S.H. und andere gegen Österreich, Application no. 57813/00, S. 18, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=57813/00&sessionId=57701942&skin=hudoc-en> [3.8.2010].

³⁵ Hierzu: Spranger, *Recht und Bioethik – Verweisungszusammenhänge bei der Normierung der Lebenswissen-*

zungsmedizin. Denn hier bestimmt § 1 Absatz 1 Nr. 1 des Gesetzes zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz, ESchG)³⁸:

„Mißbräuchliche Anwendung von Fortpflanzungstechniken

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

1. auf eine Frau eine fremde unbefruchtete Eizelle überträgt“

Folgerichtig ist Deutschland der Beschwerde vor dem EGMR als dritte Partei beigetreten und hat den Sinn und Zweck der Regelung dargelegt. Danach gehe es bei § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG darum, das Wohlergehen des Kindes zu schützen, indem die Aufspaltung in eine genetische und eine biologische Mutter verhindert wird. Eine solche Konstellation sei von der Natur nicht vorgesehen und ein in der Menschheitsgeschichte einmaliger Vorgang. Kinder, die in einem derartigen Familienumfeld aufwachsen müssten, hätten später Probleme damit, ihre eigene Identität zu entdecken.³⁹ De facto wird damit also nach deutschem Recht ebenfalls die Eizellspende untersagt. Indes ist damit nur die Übertragung gespendeter Eizellen für eine in-vivo-Fertilisation ausgeschlossen. Ergänzend schließt § 1 Absatz 2 ESchG auch die Eizellspende für die in-vitro Fertilisation aus:

„Ebenso wird bestraft, wer

1. künstlich bewirkt, dass eine menschliche Samenzelle in eine menschliche Eizelle eindringt, oder

2. eine menschliche Samenzelle in eine menschliche Eizelle künstlich verbringt, ohne eine Schwangerschaft der Frau herbeiführen zu wollen, von der die Eizelle stammt.“

Aus dem Zusammenspiel dieser Regelungen ergibt sich, dass nach deutscher Rechtslage die Eizellspende generell für sämtliche Formen der medizinisch unterstützen Fortpflanzung ausgeschlossen ist. Mithin kann hier also keine Ungleichbehandlung zwischen den unterschiedlichen Formen der künstlichen Befruchtung konstatiert werden, so dass eine Verletzung von Artikel 8 in Verbindung mit Artikel 14 EMRK denklogisch ausscheiden muss.

V. Ausblick

Gegen die Entscheidung des EGMR hat Österreich bereits Anfang Juli 2010 Einspruch eingelegt und beantragt, die Sache gemäß Artikel 43 EMRK wegen grundsätzlicher Bedeutung an die Große Kammer des EGMR zu verweisen. Bereits vorher hat jedoch auch die Österreichische Bioethikkommission das Urteil diskutiert und ist zu folgenden Schlüssen gekommen⁴⁰: 1. Nach der Entscheidung des EGMR ist eine Reform des Fortpflanzungsmedizingesetzes unausweichlich geworden. 2. Der Gesetzgeber sollte die Entscheidung zum Anlass nehmen, auch anderweitige Wertungswidersprüche im Fortpflanzungsmedizinengesetz zu beseitigen.

Mit Blick auf die Rechtslage in Deutschland ist darauf hinzuweisen, dass sich die Bewertung des EGMR - ungeachtet eines konkreten Konflikts zur Sichtweise des ESchG⁴¹ - in eine Reihe neuerer und teils spektakulärer Entscheidungen und Entwicklungen einfügt, die in der Gesamtschau den Druck auf den deutschen Gesetzgeber zur Vornahme der teils schon lange geforderten Revision des ESchG merklich erhöhen wird.⁴²

⁴⁰ Pressemitteilung der Bioethikkommission Österreich vom 13.4.2010, online abrufbar unter http://www.bka.gv.at/site/cob_39208/mode_ft/3460/default.aspx [2.8.2010].

⁴¹ Hierzu soeben unter IV.

⁴² Vergleiche in diesem Zusammenhang nur das Urteil des BGH zur Präimplantationsdiagnostik vom 6.7.2010, 5 StR 386/09 und Urteil des OLG Rostock zur Herausgabe imprägnierter Eizellen vom 7.5.2010, 7 U 67/09 (siehe hierzu auch die Urteilsanmerkung von Spranger, in: MedR 2010, iE). Hinzuweisen ist ferner auf die durch Volksentscheid herbeigeführte aktuelle Liberalisierung des Fortpflanzungsmedizinrechts in der Schweiz.

³⁸ BGBl. I S. 2746, zuletzt geändert durch Artikel 22 des Gesetzes vom 23. Oktober 2001 (BGBl. I S. 2702).

³⁹ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 1.4.2010, Fall S.H. und andere gegen Österreich, Application no. 57813/00, S. 10, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=57813/00&sessionid=57701942&skin=hudoc-en> [3.8.2010].