

Schriftenreihe Recht der Medizin (RdM)

Band 11

Herausgegeben von

Univ.-Prof. DDr. Christian Kopetzki

Universität Wien

und

Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal

Universität Wien

im Zusammenwirken mit dem
Zentrum für Medizinrecht

Wien 2000

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik

herausgegeben von

Erwin Bernat

mit Beiträgen von

Erwin Bernat

Gottfried Dohr

Peter Inhoffen

Hans-Dieter Lippert

Brigitta Lurger

Wolfgang Mazal

Richard Novak

Peter Strasser

Wolfgang Urdl

Isabelle Wildhaber

Herbert Zech

Wien 2000

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Auf dem Weg zu einem eidgenössischen Fortpflanzungsmedizinengesetz: Quo vadis?*)

Isabelle Wildhaber

I. Einleitung

Es gibt wenige Bereiche menschlicher Aktivität und menschlichen Forschungsdranges, in denen sich Juristen so direkt und intensiv mit ethischen und metajuristischen Fragestellungen, mit Wertungen und Wertungswidersprüchen konfrontiert sehen wie beim Problemkreis, der sich mit den neuesten Entwicklungen der Fortpflanzungsmedizin aufgetan hat. Die Möglichkeiten der Fortpflanzungsmedizin haben in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten eine rasante und zunehmend schnellere Entwicklung durchgemacht und dabei nachhaltig auf die gesellschaftlichen Verhältnisse eingewirkt. In der Schweiz wird die heterologe Insemination seit mehr als dreissig Jahren praktiziert; das erste Retortenbaby made in Switzerland kam 1985 zur Welt¹⁾. Die eigentliche helvetische Diskussion um die Zulässigkeit und rechtliche Regulierung der Fortpflanzungsmedizin begann Anfang der 80er Jahre²⁾. Trotz der seither rege geführten Diskussionen und der gängigen Praxis medizinisch unterstützter Fortpflanzungstechniken enthält die schweizerische Bundesgesetzgebung bis heute (abgesehen von Art 256 Abs 3 ZGB³⁾) noch keine ausdrücklichen Normen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung beim Menschen. Ein eidgenössisches Fortpflanzungsmedizinengesetz wird zwar seit ein paar Jahren

*) Um die Authentizität dieses Beitrages zu wahren, wurde auf eine Anpassung der schweizerischen Schreibweise („ss“) verzichtet (E.B.).

¹⁾ Bericht vom 19. August 1988 der Expertenkommission Humangenetik und Reproduktionsmedizin (unter dem Vorsitz von Altbundesrichter Eduard Amstad, sog. *Amstad-Bericht*), BBl 1989 III 1029 (1040); vgl auch den geschichtlichen Überblick zur Fortpflanzungshilfe in der Schweiz bei *Guillod*, Des cigognes aux éprouvettes: les méthodes changent, l'amour reste, in: *Journées de la Société de Législation Comparée*, Volume 11, Paris 1989, 637ff.

²⁾ Vgl zB den Sammelband *Procréation Artificielle, Génétique et Droit*, Lausanner Kolloquium vom 29. und 30. November 1985, Zürich 1986.

³⁾ Die Methode der heterologen Insemination war 1976 bei der Revision des Kindesrechts Anlass für den Gesetzgeber, eine Spezialnorm ins ZGB aufzunehmen, wonach der Ehemann, der der Zeugung durch einen Dritten zugestimmt hat, das Kindesverhältnis nicht anfechten kann; siehe Botschaft über die Änderung des ZGB vom 5. Juni 1974, BBl 1974 II 1 (30); *Mandofia Berney*, *Vérités de la filiation et procréation assistée: Etude des droits suisse et français*, Basel 1993, 154f.

angestrebt, auch ein Entwurf besteht schon, ob und in welcher Fassung ein solches Gesetz in Kraft treten wird, ist aber – wie noch zu skizzieren sein wird – derzeit ungewiss.

Im Lande des gelebten Föderalismus nahmen sich vorerst die Kantone dieser Thematik an⁴⁾. Während einige Kantone die Richtlinien der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW)⁵⁾ für anwendbar erklärten, schufen andere Kantone eigenständige Lösungen. Zwei dieser ausformulierten Fortpflanzungsmedizinengesetze, das st. gallische⁶⁾ und das baselstädtische⁷⁾, wurden beim schweizerischen Bundesgericht in Lausanne im Rahmen der sog. abstrakten Normenkontrolle mittels staatsrechtlicher Beschwerde angefochten⁸⁾. In beiden Grundsatzentscheiden haben die Bundesrichter ein *generelles* Verbot der In-vitro-Fertilisation (IVF) und der heterologen Insemination als verfassungswidrig erklärt⁹⁾. Auf die Begründungen dieser Entscheide soll im Rahmen dieses Beitrages eingegangen werden. Insbesondere sollen die §§ 2 und 3 des am 1. Juli 1992 in Kraft getretenen österr FMedG im Lichte dieser Entscheide betrachtet werden.

II. Der Entwurf zu einem eidgenössischen Fortpflanzungsmedizinengesetz

Der aus den bis hierhin gemachten Erläuterungen folgende Eindruck, dass der Schutz der persönlichen Freiheit in der Schweiz besonders stark ausgeprägt und die Praxis der Fortpflanzungsmedizin dementsprechend liberaler als in Österreich sei, muss relativiert werden. Nach schweizerischem Verfassungsrecht können zwar kantonale Gesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit hin beim Bundesgericht in Lausanne überprüft werden, nicht aber Bundesgesetze und

⁴⁾ Zu kompetenzrechtlichen Fragen vgl *Frank*, Die künstliche Fortpflanzung beim Menschen im geltenden und im künftigen Recht. Ein Beitrag zur Gesetzgebungsproblematik, Zürich 1989, 49ff; *Aubert*, *Législations cantonales sur la procréation artificielle*, in: *Wessner* (Hrsg), *Problèmes de droit de la famille*, Neuchâtel 1987, 7 (13f).

⁵⁾ Richtlinien der SAMW für die artifizielle Insemination vom 17. November 1981, abgedruckt in SÄZ 1982, 623; Richtlinien der SAMW für die In-vitro-Fertilisation und den Embryotransfer zur Behandlung der menschlichen Infertilität vom 23. Mai 1985, abgedruckt in SÄZ 1985, 1127. Die beiden Richtlinien wurden ersetzt durch die Richtlinien der SAMW für die ärztlich assistierte Fortpflanzung vom 31. Dezember 1990, abgedruckt in SÄZ 1991, 374.

⁶⁾ Grossratsbeschluss über Eingriffe in die Fortpflanzung beim Menschen vom 24. Februar 1988, in Kraft getreten am 25. April 1988.

⁷⁾ Gesetz betreffend die Reproduktionsmedizin beim Menschen vom 18. Oktober 1990, in Kraft getreten am 3. März 1991.

⁸⁾ Art 33a des Gesundheitsgesetzes des Kantons Glarus (angenommen durch Beschluss der Landsgemeinde vom 1. Mai 1988), der ausser der homologen Insemination sämtliche medizinischen Fortpflanzungstechniken als unzulässig erklärt, wurde bis heute nie angefochten.

⁹⁾ BGE 115 Ia 234–276 (St. Gallen); BGE 116 Ia 460 (St. Gallen).

auf Volksinitiative hin eingeführte Verfassungsnormen. Dies ergibt sich aus Art 191 BV, welcher eine spezielle Ausprägung der helvetischen Direkt Demokratie darstellt. Es besteht demnach die Möglichkeit, dass die erwähnten bundesgerichtlichen Leitsätze zur Fortpflanzungsmedizin umgestossen werden können. Die *Volksinitiative* „zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung FMF)“, über die voraussichtlich im März 2000 abgestimmt werden wird, würde im Falle ihrer Annahme durch Volk und Stände genau dieses Ziel erreichen¹⁰⁾. Sie sieht vor, dass die IVF sowie alle heterologen Verfahren auf verfassungsrechtlicher Ebene untersagt würden. Zulässig blieben noch die homologe Insemination sowie der homologe intratubare oder intrauterine Gametentransfer, der wie die IVF eine hormonelle Stimulation der Frau und die Punktation von Eizellen voraussetzt, aber zu keinen Embryonen in vitro führt. Die Annahme der FMF-Initiative würde die Bundesverfassung wie folgt revidieren:

Art 24^{novies} Abs 2 lit c und g aBV¹¹⁾

² Der Bund erlässt Vorschriften über den Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut. Er sorgt dabei für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie und lässt sich insbesondere von den folgenden Grundsätzen leiten;

c. Die Zeugung ausserhalb des Körpers der Frau ist unzulässig;

g. Die Verwendung von Keimzellen Dritter zur künstlichen Zeugung ist unzulässig.

Als *Begründung für die Initiative* führen die Initianten an, dass die von ihnen vorgeschlagenen Verbote auf Verfassungsstufe die einzige zuverlässige Methode seien, um die Risiken und Gefahren bestimmter Techniken der Fortpflanzungsmedizin wirksam auszuschliessen. Die IVF und die heterologen Verfahren würden Missbräuchen und Menschenrechtsverletzungen Tür und Tor öffnen. Nach Meinung der Initianten sind Techniken der Fortpflanzungsmedizin mit der Würde und Achtung des menschlichen Lebens selbst dann nicht in Einklang zu bringen, wenn sie nur unter restriktiven gesetzlichen Voraussetzungen zugelassen werden. Das Bundesgericht habe sich in den Entscheidungen zur St. Galler und Basler Gesetzgebung „voll dem Zeitgeist der fortschreitenden, menschlichen Vereinzelung (Individualisierung) der modernen, westlichen Niedergangsgesellschaften (Dekadenzgesellschaft) angeschlossen und wesentliche, neben dem Gut der persönlichen Freiheit stehende, ranghöhere Gemeinschaftsgüter verneint“¹²⁾.

¹⁰⁾ Die Initiative wurde am 18. Januar 1994 lanciert und ist am 30. November 1994 zustandegekommen, BBl 1994 V 896.

¹¹⁾ Am 1. Januar 2000 ist in der Schweiz eine neue Bundesverfassung in Kraft getreten. Art 119 dieser neuen Bundesverfassung (BV) übernimmt praktisch wörtlich diejenigen Teile von Art 24^{novies} der alten Bundesverfassung (aBV), die den Humanbereich betreffen; siehe Botschaft über eine Bundesverfassung vom 30. November 1996 BBl 1997 I 614f.

¹²⁾ Vgl dazu die Zitate des Initiativkomitees, wiedergegeben in Botschaft über die Volksinitiative „zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)“ und zu einem

Die Unterschriftensammlung für die FMF-Volksinitiative begann im November 1992, im Umfeld der Einführung des neuen *Verfassungsartikels Art 24^{novies} aBV*, in den sich die durch die Volksinitiative angestrebten Bestimmungen auch einfügen sollen. Art 24^{novies} aBV (bzw Art 119 BV) hält den Grundsatz des Schutzes des Menschen und seiner Umwelt gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie fest. Er kam – als Gegenvorschlag zur am 13. April 1987 lancierten Volksinitiative „gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen“ (Beobachter-Initiative)¹³⁾ sowie aufgrund zahlreicher parlamentarischer Vorstösse – am 17. Mai 1992 zur Abstimmung und wurde von Volk (73,8% Ja-Stimmen) und Ständen angenommen¹⁴⁾. Die programmatische, in Abs 1 statuierte Zielnorm des Schutzes des Menschen und seiner Umwelt vor Missbräuchen der Fortpflanzungsmedizin wird in Abs 2 konkretisiert. Aus dieser Konkretisierung ergibt sich, dass die medizinisch unterstützte Fortpflanzung zwar nicht verboten wird, aber gewissen Schranken unterliegt.

Diese für eine Verfassungsbestimmung aussergewöhnlich detaillierten *Schranken von Art 24^{novies} Abs 2 aBV bzw Art 119 Abs 2 BV* zur Fortpflanzungsmedizin sind die folgenden¹⁵⁾: Eingriffe in das Erbgut von menschlichen Keimzellen und Embryonen sind verboten. Namentlich die Keimbahntherapie, aber auch das Klonen sowie das Chimären- und Hybridbilden sind unzulässig¹⁶⁾. Die Verfahren der Fortpflanzungshilfe dürfen nur angewendet werden, wenn die Unfruchtbarkeit oder die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit nicht behoben werden können, nicht aber um beim Kind bestimmte Eigenschaften herbeizuführen oder um Forschung zu betreiben. Bei der Befruchtung menschlicher Eizellen ausserhalb des Körpers der Frau dürfen nur so viele Embryonen entwickelt werden, als sofort eingepflanzt werden können¹⁷⁾. Die Embryonenspende und alle Arten von Leihmutterchaft sind unzulässig¹⁸⁾. Nicht Stellung genommen hat der Verfassungsgeber dagegen zur Eispende. Bei den Verfahren mit gespendeten Samenzellen (heterologe Techniken) wird dem Kind der Zugang zu den Daten über seine Abstammung gewährleistet¹⁹⁾. Diese verfassungsrechtlichen Schranken stellen nicht blosse Leitlinien dar, sondern sind bei der Gesetzgebung zwingend zu beachtende Anweisungen, welche die Ergebnisse einer vom Verfassungsgeber vorgenommenen Güterabwägung sind²⁰⁾.

Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG) vom 26. Juni 1996, BBl 1996 III 205 (219).

¹³⁾ Die Initiative ist am 13. April 1987 zustandegekommen, BBl 1985 II 1349, BBl 1987 II 1208, BBl 1989 III 992.

¹⁴⁾ BBl 1992 V 451ff.

¹⁵⁾ Ausführlich *Schweizer, Kommentar BV*, Basel – Zürich – Bern 1987ff, Loseblatt Stand Mai 1995, Art 24^{novies} aBV Rz 52ff.

¹⁶⁾ Art 24^{novies} Abs 2 lit a und b aBV.

¹⁷⁾ Art 24^{novies} Abs 2 lit c aBV.

¹⁸⁾ Art 24^{novies} Abs 2 lit d aBV.

¹⁹⁾ Art 24^{novies} Abs 2 lit g aBV.

²⁰⁾ *Schweizer, Kommentar BV* (Stand 1995) Art 24^{novies} aBV Rz 47

Die Bestimmung beauftragt den Bundesgesetzgeber ausserdem mit der für den Schutz vor Missbräuchen der Fortpflanzungstechnologien notwendigen *Ausführungsgesetzgebung*. Das Bundesgericht erklärte nach Inkrafttreten der neuen Verfassungsbestimmung in seinem Entscheid zur basel-städtischen Regelung der Fortpflanzungsmedizin: „Mit der Annahme von Art 24^{novies} [a]BV ist der Bundesgesetzgeber aufgerufen, in den verschiedenen Bereichen und insbesondere auf dem Gebiet der Fortpflanzungshilfe die erforderlichen Erlasse zu schaffen. Dabei wird es darum gehen, Missbräuche zu verhindern, gleichzeitig den Zugang zu einzelnen Techniken nicht zu verbauen. Es werden die Auswirkungen der assistierten Fortpflanzung auf das Kindesrecht zu prüfen und der Kreis der Personen, die Zugang zu den Fortpflanzungstechniken haben, festzulegen und entsprechende Strafnormen zu erlassen sein.“²¹⁾ Dem Bund wurde damit eine umfassende Kompetenz zur Gesetzgebung im Bereich der Fortpflanzungsmedizin, soweit sie ihm nicht ohnehin schon zugekommen war, übergeben²²⁾. In der Schweiz sind die Kompetenzen ja so verteilt, dass dem Bund Gesetzgebungskompetenzen nur dann zukommen, wenn sie ihm durch die BV explizit übergeben wurden. Andernfalls sind die Kantone zuständig.

Gestützt auf diese Gesetzgebungskompetenz des Bundes vertritt der Bundesrat in seiner Stellungnahme zur FMF-Initiative denn auch dezidiert die Meinung, dass allfällige Missbräuche der Fortpflanzungsmedizin mit einer zweckmässigen Ausführungsgesetzgebung zum heutigen Art 119 BV, dh einem eidgenössischen Fortpflanzungsmedizingesetz, ausreichend bekämpft werden könnten²³⁾. Eine Neubeurteilung der Fragen, die schon bei der Erarbeitung von Art 24^{novies} aBV zur Diskussion gestanden hatten, dränge sich nicht auf²⁴⁾. In seiner ablehnenden Stellungnahme zur FMF-Initiative weist der Bundesrat auch auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung hin, wonach generelle Verbote der IVF und heterologer Verfahren unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Freiheit unverhältnismässig seien²⁵⁾. Er gibt ausserdem zu bedenken, dass die Schweiz im Falle der Annahme der FMF-Initiative das einzige Land in Europa mit einem Verbot der IVF und der heterologen Verfahren wäre, was zu einem unerfreulichen Fortpflanzungstourismus führen würde²⁶⁾.

Im Sinne eines *indirekten Gegenvorschlages*²⁷⁾ zur FMF-Initiative unterbreitete der Bundesrat deshalb einen Entwurf für die erwähnte Ausführungsgesetzgebung zur Fortpflanzungsmedizin, das Bundesgesetz über die medizinisch

21) BGE 119 Ia 469 E. 4b.

22) Es handelt sich dabei um eine nachträglich derogatorische Kompetenz, BGE 119 Ia 476 E. 5b, dh die Kantone sind bis zum Erlass entsprechender Normen auf Bundesebene weiterhin zur Gesetzgebung befugt.

23) Botschaft FMedG, BBl 1996 III 205 (222, 235).

24) Botschaft FMedG, BBl 1996 III 205 (221ff) (im Nationalrat standen damals Anträge auf generelle Verbote zur Diskussion, wurden aber abgelehnt); *Schweizer Kommentar BV* (Stand 1995) Art 24^{novies} aBV Rz 5.

25) Botschaft FMedG, BBl 1996 III 205 (224ff).

26) Botschaft FMedG, BBl 1996 III 205 (231).

27) Vgl dazu L. Wildhaber, *Kommentar BV*, Basel – Zürich – Bern 1987ff, Loseblatt Stand Juni 1988 Art 121/122 aBV Rz 136ff.

unterstützte Fortpflanzung (*Fortpflanzungsmedizingesetz*, FMedG)²⁸⁾. Dieses Gesetz hält sich im Rahmen der Schranken der BV und stellt dementsprechend keine generellen Verbote auf. Es erklärt das Kindeswohl zur obersten Maxime²⁹⁾. Deshalb werden gewisse Anforderungen an die Wunscheltern gestellt. Aus diesen Anforderungen lässt sich ableiten, dass alleinstehende Personen und gleichgeschlechtliche Paare von den Fortpflanzungsverfahren ausgeschlossen sind. Bei den heterologen Verfahren sind zusätzlich Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft ausgeschlossen³⁰⁾. Der Grund ist darin zu sehen, dass es sich bei dieser Methode nicht um eine eigentliche Sterilitätsbehandlung, sondern um die künstliche Erzeugung eines Adoptivkindes des Mannes handelt, das schweizerische Adoptionsrecht aber die Stiefkindadoption Ehepaaren vorbehält³¹⁾. Neben der Leihmutterchaft und der Embryonenspende wird auch die Eispende untersagt³²⁾. Die Daten der Samenspende sind beim Eidgenössischen Amt für das Zivilstandswesen aufzubewahren und dem Kind zugänglich zu machen³³⁾. Im Gegenzug wird die Vaterschaftsklage gegen den Samenspende ausgeschlossen³⁴⁾. Mit Blick auf Missbrauchsgefahren werden eine Bewilligungspflicht für ärztliche Fortpflanzungshilfe sowie für die Konservierung von Keimzellen und befruchteten Eizellen, verbunden mit einer Berichterstattungspflicht und einer ständigen Aufsicht, vorgeschlagen³⁵⁾.

Die Befruchtung ausserhalb des Körpers der Frau wird umfassend in den Dienst der Herbeiführung einer Schwangerschaft gestellt. Höchstens drei *Embryonen* dürfen pro Behandlungszyklus erzeugt werden³⁶⁾. Damit sollen höhergradige Mehrlingsschwangerschaften und das Entstehen überzähliger Embryonen verhindert werden. Die Konservierung von Embryonen wird ebenso wie die Präimplantationsdiagnostik untersagt³⁷⁾. Die missbräuchliche Gewinnung von Embryonen und deren Entwicklung ausserhalb des Körpers der Frau über den Zeitpunkt hinaus, in dem die Einnistung möglich ist, wird unter Stra-

28) Botschaft FMedG, BBl 1996 III 205 (236ff). Siehe dazu Reusser, *Fortpflanzungsmedizin – Stand des Gesetzgebungsverfahrens*, ZBJV 1997, 472 (780ff).

29) Art 3 FMedG-Entwurf.

30) Zu allfälligen Gleichheitsproblemen in diesem Zusammenhang vgl Fn 84ff und dazugehörige Texte.

31) Botschaft FMedG, BBl 1996 III 205 (252).

32) Art 4 FMedG-Entwurf.

33) Art 24–27 FMedG-Entwurf.

34) Art 23 FMedG-Entwurf: Die Klage ist jedoch zulässig, wenn die Samenspende wissenschaftlich bei einer Person erfolgt, die keine Bewilligung für die Fortpflanzungsverfahren oder für die Konservierung und Vermittlung gespendeter Samenzellen hat. Die freiwillige Anerkennung (Art 260 ZGB) bleibt jederzeit möglich, wenn das Kind rechtlich keinen Vater hat.

Nach geltendem Recht ist eine Unterhaltsklage gegen einen Samenspende möglich, sofern keine rechtliche Vaterschaft besteht und die Identität des Samenspenders offenbart wurde, siehe Buchli-Schneider, *Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht*, Bern 1987, 194ff.

35) Art 8–14 FMedG-Entwurf.

36) Art 17 FMedG-Entwurf.

37) Art 5 Abs 3 FMedG-Entwurf.

fe gestellt³⁸). Strafbar sind ausserdem die Keimbahntherapie, die Leihmutter-schaft, das Klonen und die Chimären- und Hybridbildung³⁹). Mit diesen Bestimmungen soll für den Embryo ein ausreichend hohes Schutzniveau und gleichzeitig ein Einklang mit der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung erreicht werden.

In der Erkenntnis, dass sich das Karussell der Fortpflanzungsmedizin mit grossem Tempo weiterdrehen wird, beschränkt sich der Gesetzgeber in seinem Entwurf für ein Fortpflanzungsmedizingesetz auf die wesentlichen Grundsätze und schlägt für die Verfolgung der Entwicklung und für die Erarbeitung ergänzender Richtlinien die Einrichtung einer nationalen *Ethikkommission* vor⁴⁰). Dieser Kommission sollen mittels bundesrätlicher Verordnung auch andere Aufgaben aus dem Bereich der Humanmedizin übertragen werden können.

Genau wie der Bundesrat lehnten in den nachfolgenden *Verhandlungen der Räte* sowohl der Ständerat als auch der Nationalrat die Volksinitiative für menschenwürdige Fortpflanzung eindeutig ab⁴¹). Hingegen beurteilten beide Kammern das soeben erläuterte Fortpflanzungsmedizingesetz als taugliches Instrument, um Fragen der Fortpflanzungsmedizin weiter als bereits in der Verfassung festgehalten zu regeln⁴²). Die *Zukunft* des Rechts der Fortpflanzungsmedizin liegt nun aber in den Händen des Volkes und der Stände. Wird die Initiative in der Volksabstimmung angenommen, so wäre das Fortpflanzungsmedizingesetz in der hier beschriebenen Fassung obsolet, weil es den neuen Verfassungsbestimmungen des Verbotes der IVF und der heterologen Fortpflanzungsverfahren widersprechen würde. Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung würde in diesem Fall durch das schweizerische direktdemokratische System faktisch überrollt. Wird die Initiative hingegen abgelehnt, so wird das Fortpflanzungsmedizingesetz als indirekter Gegenvorschlag in Kraft treten⁴³). Wie der Entscheid ausfallen wird, kann mit Spannung abgewartet werden⁴⁴).

³⁸) Art 17 Abs 2 und Art 30 FMedG-Entwurf.

³⁹) Art 29ff FMedG-Entwurf.

⁴⁰) Art 28 FMedG-Entwurf.

⁴¹) 42:0 bzw 132:18, Schlussabstimmung vom 18. Dezember 1998, BBl 1999/214.

⁴²) 26:13 bzw 85:68, Schlussabstimmung vom 18. Dezember 1998, BBl 1999/214.

⁴³) Die Referendumsfrist ist am 9. April 1999 ungenutzt abgelaufen, vgl. BBl 1998 V 5714.

⁴⁴) Siehe dazu nunmehr unten unter IV. Die FMF-Initiative wurde am 12. Mai 2000 vom Volk und Ständen abgelehnt.

III. Das österreichische FMedG im Lichte der schweizerischen Bundesgerichtsrechtsprechung zur Fortpflanzungsmedizin

Nach diesem Ausflug in die volksabstimmungsbedingt ungewisse Zukunft eines eidgenössischen Fortpflanzungsmedizingesetzes gelange ich nun zurück zu den zwei bundesgerichtlichen Entscheiden über das st. gallische und das basel-städtische Fortpflanzungsmedizingesetz. Das Bundesgericht hatte in diesen Entscheiden Gelegenheit, sich zur Reproduktionsmedizin beim Menschen unter verfassungsrechtlichen Aspekten zu äussern; zivil- und strafrechtliche Gesichtspunkte wurden bloss am Rande erwogen. Als Verfassungsgerichtshof hatte es zu beurteilen, ob die beiden kantonalen Gesetze mit dem schweizerischen Verfassungsrecht, einschliesslich der EMRK, konform seien. Das Bundesgericht hatte vorerst zu prüfen, welche verfassungsmässigen Rechte durch ein Verbot von bestimmten Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung tangiert werden könnten. Es hielt fest, das ungeschriebene Grundrecht der *persönlichen Freiheit* garantiere jedem Menschen, elementare Erscheinungen seiner Persönlichkeit entfalten zu können, wozu auch der Wunsch nach Kindern gehöre. Ungewollte Kinderlosigkeit werde von den Betroffenen häufig als schwere Belastung erlebt. Einschränkungen der Möglichkeiten, mittels medizinisch unterstützter Fortpflanzungsmethoden zu einem Kind kommen zu können, würden daher einen Eingriff in die persönliche Freiheit darstellen⁴⁵). Das Grundrecht der persönlichen Freiheit gelte jedoch nicht absolut. Durch kantonale Gesetze vorgesehene Einschränkungen der persönlichen Freiheit, Kinder zu haben und aufzuziehen, seien zulässig, soweit sie auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruhten, verhältnismässig seien und im öffentlichen Interesse liegen würden⁴⁶). Welche Beschränkungen der Freiheit, Kinder zu haben und aufzuziehen, unter dem Gesichtswinkel des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit zulässig seien, müsse mit Rücksicht auf die dem Wandel unterworfenen ethischen Wertordnungen und in Anbetracht der sich verändernden Sozialverhältnisse geprüft werden. Des weiteren müssten die entsprechenden kantonalen Erlasse vor Art 24^{novies} aBV bzw Art 119 BV standhalten, wie im Bundesgerichtsurteil von 1993 zur basel-städtischen Regelung der Fortpflanzungshilfe nach Inkrafttreten dieser neuen Verfassungsbestimmung ausdrücklich festgehalten wurde⁴⁷). Mit dieser Bestimmung stehen heute klarere verfassungsrechtliche Beurteilungsmassstäbe und Grundwertungen zur Verfügung als zur Zeit der Fällung des St. Galler Entscheids 1989. Bei einem generellen Verbot der heterologen künstlichen Insemination und einem generellen Verbot der IVF mit anschliessendem Embryotransfer würde diesen Voraussetzungen der zulässigen Grundrechtsbeschränkung nicht genügt. Das Bundesgericht drückt ganz klar aus, dass unterschieden werden muss zwischen der Frage nach dem absoluten Verbot gewis-

⁴⁵) BGE 115 Ia 246f E. 5a; BGE 119 Ia 474f E. 5a.

⁴⁶) BGE 115 Ia 247f E. 5b; BGE 119 Ia 478 E. 5d.

⁴⁷) BGE 110 Ia 472 E. 4d, 476 E. 5b.

ser Behandlungsmethoden und der Frage, in welchem Ausmass und unter welchen Bedingungen diese zugelassen werden sollten⁴⁸). Nicht jede regulierende Einschränkung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung ist also per se eine Verletzung der persönlichen Freiheit. Die Regelung kann in den Anwendungsbereich der persönlichen Freiheit fallen, kann aber durchaus gerechtfertigt sein. Für jede Methode der Fortpflanzungshilfe und deren Zulassungsmodalitäten muss demnach die Abwägung des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit getrennt vorgenommen werden.

In den staatsrechtlichen Beschwerden an das schweizerische Bundesgericht hatten die Beschwerdeführer neben der Verletzung der persönlichen Freiheit auch eine Verletzung der *Garantien der EMRK* geltend gemacht. Nach Art 8 EMRK hat jede Person insbesondere Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens⁴⁹), und Art 12 EMRK räumt das Recht ein, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen. Das Bundesgericht hat in beiden Entscheiden die Frage aufgeworfen, ob und inwiefern die Garantien der EMRK durch Verbote einzelner Methoden der Fortpflanzungshilfe betroffen werden. Es hat dabei auf die neuere Lehre verwiesen, die diese Frage bejahen würde⁵⁰). Schliesslich hat es aber darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechungsorgane der EMRK bisher noch nie hatten beurteilen müssen, ob staatliche Einschränkungen der medizinisch unterstützten Fortpflanzungsmedizin in den Schutzbereich der Garantien der EMRK fallen würden und unter welchen Voraussetzungen sie trotzdem zulässig seien. Es bliebe daher momentan noch unklar, ob und welche Schranken die EMRK der schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung setze. Angesichts dieser Unsicherheit sowie des Umstandes, dass sich die Beschwerdeführer auf die persönliche Freiheit berufen konnten, liess das Bundesgericht deshalb die Frage einer allfälligen Konventionswidrigkeit offen⁵¹). Schliesslich wies das Bundesgericht noch darauf hin, dass bei einer Auseinandersetzung mit den EMRK-Garantien „sehr vorsichtig zwischen den einzelnen Reproduktionsmethoden, den verschiedenen Formen (homologe und heterologe) sowie den weiteren Umständen (Ehepaare, eheähnliche Gemeinschaft, alleinstehende Personen) unterschieden und zusätzliche Aspekte wie etwa die Erzeugung von überzähligen Embryonen einbezogen werden

⁴⁸) BGE 115 Ia 248 E. 5b; BGE 119 Ia 478 E. 5d.

⁴⁹) Art 8 EMRK betrifft den Schutz des Privat- und Ehelebens, den Schutz des Familienlebens, nicht nur von Ehegatten, sondern auch von Personen, die eine effektive und enge Lebensbeziehung haben, und auch von biologischen Eltern zu ihren Kindern (siehe Kroon et al v The Netherlands vom 27. Oktober 1994, Serie A Nr 297-C), den Schutz des Sexuallebens (Dudgeon case vom 22. Oktober 1981, Serie A Nr 45) sowie den Schutz der körperlichen Integrität, zu der auch die Verfügung über den eigenen Körper und dessen Keimzellen gehört.

⁵⁰) So L. Wildhaber, Int Komm EMRK, Köln – Berlin 2. Lieferung 1992, Art 8 EMRK Rz 195ff; Breitenmoser, Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art 8 EMRK, Basel 1986, 133; Fahrenhorst, Fortpflanzungstechnologien und EMRK, EuGRZ 1988, 125 (126ff); Aubert, in: Wessner (Hrsg), Problèmes de droit de la famille (1987) 7 (17f).

⁵¹) BGE 115 Ia 248f E. 5c; BGE 119 Ia 477 E. 5c.

müssen⁵²). Auch in den 7 Jahren, die seit Fällung des zweiten Bundesgerichtsentscheids vergangen sind, hat sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nicht zu staatlichen Einschränkungen von Fortpflanzungshilfen äussern müssen. Allerdings hat der Gerichtshof im Fall *X, Y and Z v the United Kingdom* vom 22. April 1997, in dem es um das Recht eines weiblich-zu-männlich-Transsexuellen ging, mit dem durch heterologe Insemination erzeugten Kind seiner Partnerin ein Vaterschaftsverhältnis zu begründen, folgendes zu bedenken gegeben: „(...) according to the information available to the Court, although the technology of medically assisted procreation has been available in Europe for several decades, many of the issues to which it gives rise, particularly with regard to the question of filiation, remain the subject of debate. For example, there is no consensus amongst the member States of the Council of Europe on the question whether the interests of a child conceived in such a way are best served by preserving the anonymity of the donor of the sperm or whether the child should have the right to know the donor's identity. Since the issues in the case, therefore, touch on areas where there is little common ground amongst the member States of the Council of Europe and, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage, the respondent State must be afforded a wide margin of appreciation.“⁵³) Dem einzelnen Staat kommen demzufolge bei der Aufstellung von Bedingungen und Auflagen zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung nicht unerhebliche Beurteilungsspielräume zu.

Aus diesen Betrachtungen ergibt sich, dass das schweizerische Bundesgericht seine Entscheide vor allem auf die Betroffenheit der persönlichen Freiheit sowie den Verfassungsartikel Art 24^{novies} aBV abstützte. Das Bundesgericht drückte es zwar nicht explizit aus, aber grundsätzlich laufen seine Entscheide darauf hinaus, dass der Schutzbereich der persönlichen Freiheit nicht nur das Recht erfasst, mittels natürlicher Fortpflanzung Kinder zu haben oder nicht zu haben, sondern auch die Möglichkeit, mittels medizinisch unterstützter Fortpflanzungsmethoden ein Kind zu zeugen⁵⁴). Diese Ausweitung des Schutzbereiches der persönlichen Freiheit in Richtung eines „Grundrechts auf eine medizinische Dienstleistung“ blieb nicht ohne Kritik in der schweizerischen Rechtsliteratur⁵⁵). Wenn ich aber im folgenden die §§ 2 und 3 des österreichi-

⁵²) BGE 119 Ia 477 E. 5c. Das Bundesgericht beruft sich dabei auf L. Wildhaber, Int Komm EMRK (1992) Art 8 EMRK Rz 182ff.

⁵³) *X, Y and Z v the United Kingdom* vom 22. April 1997, Reports 1997 – II, 619 (632f).

⁵⁴) BGE 115 Ia 247 E. 5a: „(...) die Besonderheit [dieses Falles] liegt darin, dass nicht eine natürlich gegebene Fähigkeit durch staatliche Massnahmen eingeschränkt und unter Berufung auf die persönliche Freiheit wiedererlangt werden soll; vielmehr wird gewissermassen ein Anspruch auf eine medizinische Dienstleistung und damit auf Inanspruchnahme moderner medizinischer Methoden gefordert.“ BGE 119 Ia 476 E. 5b: „An der Betroffenheit in der persönlichen Freiheit vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass aus diesem Grundrecht kein Anspruch auf eine entsprechende Behandlung von seiten des Staates abgeleitet werden kann.“

⁵⁵) Vgl. Hegnauer, Künstliche Fortpflanzung und persönliche Freiheit – Bemerkungen zu BGE 115 Ia 246ff E. 5 und 6, ZBl 1991, 341 (343) (die Heterologie

schen FMedG unter den vom Bundesgericht geäusserten Gesichtspunkten beleuchte, werde ich diese Lehrmeinungen nur am Rande betrachten, nämlich dort, wo sich das Bundesgericht selber in seinen Erwägungen damit auseinandersetzt. Ich will mich darauf beschränken, diejenigen bundesgerichtlichen Grundsätze aus den zwei je rund 45 Seiten langen Urteilen herauszudestillieren, welche für die §§ 2 und 3 des österr FMedG relevant sind. Diese Bestimmungen sind ja gewissermassen das Herzstück dieses Gesetzes.

A. Verfahren (§ 3 Abs 1 und 2 österr FMedG)

Grundsätzlich ist die medizinisch unterstützte Fortpflanzung in Österreich nur mit den Eizellen oder Samen der Ehegatten oder Lebensgefährten zulässig. Eine Ausnahme zu dieser Grundregel der Homologie besteht nur für die Insemination, bei der auch Samen eines Dritten verwendet werden darf, wenn der Samen des Ehegatten oder Lebensgefährten nicht fortpflanzungsfähig ist. Dies bedeutet in anderen Worten, dass die heterologe IVF und der heterologe intratubare Gametentransfer untersagt sind. Begründet wird dieser gesetzgeberische Entscheid mit dem hohen technischen Aufwand heterologer Verfahren, der Möglichkeit der Schaffung ungewöhnlicher persönlicher Beziehungen, der drohenden Ausbeutung der Gebärfähigkeit der Frau und der Gefahr von Missbräuchen⁵⁶). Die seit längerer Zeit praktizierte heterologe Insemination sei als einziges heterologes Verfahren grosszügiger zu behandeln, weil es verhältnismässig einfach und zudem kaum überprüfbar sei.

Die Differenzierung zwischen der heterologen Insemination und anderen heterologen Verfahren liegt in meinen schweizerischen Augen nicht gerade auf der Hand⁵⁷). Zuerst kurz zum Argument der *Überprüfbarkeit*: Nicht nur die österr Gesetzeserläuterungen, sondern auch die schweizerische Botschaft zu einem eidgenössischen FMedG erwähnen diesen Punkt als Grund, warum der

stehe nicht unter dem Schutz der „Fortpflanzungsfreiheit“; das Recht am Kind müsse am Recht des Kindes gemessen werden und die Grundrechtsposition des Kindes vermehrt betrachtet werden; *Sandoz/Mexin*, Liberté personnelle et procréation médicale assistée: quelles limites au pouvoir créateur du juge constitutionnel? ZSR 1995 I, 453 (das Bundesgericht setze zur Rechtfertigung seiner rechtsgestaltenden Entscheide einen allgemeinen Konsens voraus, der aber zum momentanen Zeitpunkt bzgl der heterologen Insemination noch gar nicht bestehe). Befürwortend hingegen *Mandofia Berner/Guillod*, Liberté personnelle et procréation assistée – Quelques réflexions, SJZ 1993, 205 („Fortpflanzungsfreiheit“ in Hegnauers Sinn sei mit der bundesgerichtlichen Freiheit, Kinder zu haben und aufzuziehen, nicht identisch, weshalb sich diese Freiheit sehr wohl auch auf die Heterologie beziehen könne; ausserdem sei angesichts der Freiheit, Kinder zu haben und aufzuziehen, nicht auf die Mittel, sondern den Zweck abzustellen).

⁵⁶) 216 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates, 18. Gesetzgebungsperiode (Regierungsvorlage samt Erläuterungen).

⁵⁷) So auch in österreichischen Augen, vgl statt vieler *Schick*, in: Bernat (Hrsg), Fortpflanzungsmedizin – Wertung und Gesetzgebung. Beiträge zum Entwurf eines Fortpflanzungshilfegesetzes, Wien 1991, 13 (35).

Gesetzgeber von einem Verbot der heterologen Insemination absehen sollte⁵⁸). Das Argument beruht darauf, dass die heterologe künstliche Insemination keiner ärztlichen Mithilfe bedarf, und dass dasselbe Resultat auch durch eine heterologe natürliche Insemination, sprich: durch einen Seitensprung, erreicht werden kann. Selbst wenn dieser Einwand richtig sein mag, so kann die schwierigere Überprüfbarkeit bei Gametentransfer und IVF als Begründung für deren unterschiedliche Behandlung allein noch nicht ausreichen. Der Gesetzgeber sollte ja nicht Handlungen „gesetzlich zulassen“ aus dem simplen Grund, dass bei deren Verbot ein gesetzwidriges Verhalten sowieso kaum nachzuweisen wäre. Was das zweite Argument des hohen technischen Aufwandes heterologer Verfahren angeht, so scheint mir die Einführung genereller Verbote aufgrund des Schwierigkeitsgrades naturwissenschaftlich-technischer Verfahren ziemlich gewagt. Warum die „*Kompliziertheit*“ der Verfahren der IVF und des Gametentransfers den Ausschluss der Heterologie begründen sollen, ist deshalb schwierig nachzuvollziehen, weil es sich dabei um zwei verschiedene Fragestellungen handelt⁵⁹). Einerseits ist diskutierbar, ob heterologe Verfahren insgesamt in unserer Gesellschaft zulässig sein sollen. Andererseits ist diskutierbar, ob sich Fortpflanzungshilfen nicht auf In-vivo-Verfahren beschränken sollten. Dies sind ja auch die beiden Ansätze, welche in der Schweiz immer wieder auftauchen, sowohl in den bundesgerichtlichen Entscheiden als auch bei der FMF-Initiative.

Die *Überlegungen des schweizerischen Bundesgerichts*, welche zum Urteil führten, dass das generelle Verbot der heterologen künstlichen Insemination vor der persönlichen Freiheit nicht standhalte⁶⁰), könnten auch zur Argumentation benutzt werden, dass § 3 Abs 1 iVm Abs 2 österr FMedG der persönlichen Freiheit widerspreche. Nur der Klarheit halber sei noch einmal speziell betont, dass sich das Bundesgericht zu generellen Verboten der Verfahren des heterologen Gametentransfers sowie der heterologen IVF nicht explizit geäussert hat. Es betrachtete das generelle Verbot dieser Verfahrenstechniken in ihrer Gesamtheit, ohne Bezug auf die Heterologie im speziellen. Generelle Verbote sowohl der homologen als auch der heterologen IVF und des entsprechenden Gametentransfers würden gegen die persönliche Freiheit verstossen. Der Basel-Städter Bundesgerichtsentscheid verweist in seinen Erwägungen ausserdem auf Art 24^{novies} aBV, wonach auf der Bundesverfassungsebene ein absolutes Verbot der Heterologie abgelehnt wurde und die Umschreibung der Zulässigkeit und des Umfangs der Verwendung fremder Keimzellen dem Bundesgesetzgeber überlassen wurde⁶¹).

Die analoge Anwendung der bundesgerichtlichen Argumentation auf das Verbot des *heterologen Gametentransfers* könnte folgendermassen lauten.

⁵⁸) Vgl Botschaft FMedG, BBl 1996 III 205 (231); *Reusser*, ZBJV 1997, 473 (480) (bei einem Verbot der Methode der heterologen Insemination müssten deshalb Vollzugsdefizite in Kauf genommen werden, was dem Ansehen der Rechtsordnung abträglich wäre).

⁵⁹) So auch *Bernat*, in: Bernat (Hrsg), Fortpflanzungsmedizin (1991) 65 (82).

⁶⁰) BGE 115 Ia 249ff E. 6a; BGE 119 Ia 478ff E. 6a.

⁶¹) BGE 119 Ia 481 E. 6c.

Einerseits kann aus der Tatsache, dass die homologe Form des Gametentransfers zulässig ist, geschlossen werden, dass der Methode des Gametentransfers als solcher keine gesundheitlichen und damit polizeilichen Gründe entgegenstehen. Sind aber keine nennenswerten gesundheitlichen Bedenken aufgetreten oder bekannt geworden, so sind unter diesem Gesichtswinkel keine überwiegenden öffentlichen Interessen an einem grundsätzlichen Verbot des Gametentransfers mit Samenzellen eines Spenders ersichtlich. Auch rechtliche Schwierigkeiten, welche sich infolge der Heterologie in Bezug auf die Anonymität des Spenders und in Bezug auf den familienrechtlichen Status des Kindes ergeben, vermögen ein absolutes Verbot des Gametentransfers mit Spendersamen noch nicht zu rechtfertigen⁶²). Die rechtlichen Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben können, dass das Kind unter Umständen die Vaterschaft des sozialen Vaters anfechten und zudem versuchen wird, sich mit einer Vaterschaftsklage an den genetischen Vater zu halten, können aber zu einschränkenden Bedingungen bei der Anwendung heterologer Methoden führen. Unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismässigkeit kann es genügen, dass der Kanton für eine umfassende Information aller Beteiligten auch in rechtlicher Hinsicht sorgt. Bedenken gegen die Heterologie hinsichtlich der Auswahl der Samenspende (Stichwort: Zuchtdenken) kann durch entsprechende Weisungen und Kontrollen zur Vermeidung von Missbräuchen oder von unerwünschten Blutsverwandtschaften in anderer Weise als durch ein generelles Verbot begegnet werden. Unter dem Gesichtswinkel des erforderlichen öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit erscheint daher ein generelles Verbot des heterologen Gametentransfers als nicht gerechtfertigt.

Wie in den österr. Erläuterungen so wurde auch von den kantonalen Gesetzgebern mit der psychischen Gefährdung des mittels Fortpflanzungshilfe erzeugten Kindes argumentiert. Die vor der Geburt eines Kindes gestellte Frage nach dem Kindeswohl wirft einerseits die Frage auf, welche Rechte potentielle Kinder haben sollen, ob sie beispielsweise das Recht haben, nicht von einem Samenspende abzustammen⁶³). Andererseits wirft das Kindeswohl-Argument die Frage nach dem Lebenswert eines künftigen Lebens auf. Werden generelle Verbote bestimmter Fortpflanzungstechniken aus Gründen des Kindeswohls untersagt, so impliziert dies, dass es für das mit Hilfe der Fortpflanzungsmedizin gezeugte Kind besser wäre, das Licht dieser Welt schon gar nicht zu erblicken, als unter den durch die Fortpflanzungshilfe schon gar nicht zu erblickenden, als unter den durch die Fortpflanzungshilfe schon gar nicht zu erblickenden Umständen aufzuwachsen⁶⁴). Das Bundesgericht hat dem Ar-

⁶²) BGE 115 Ia 254ff E. 6d; BGE 119 Ia 479f E. 6a und 6b.

⁶³) Vgl. dazu Seelmann, *Recht und Rechtsethik in der Fortpflanzungsmedizin*, recht 1996, 240 (242).

⁶⁴) So Brückner, *Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik auf dem Prüfstand des Gesetzgebers*, SÄZ 1990, 93 (96) (eine solche Aussage finde sich beispielsweise in der ganzen Bibel nur mit Bezug auf den Verräter Judas!); Stepan, *Rechtsvergleichende Gedanken zur Regelung der heterologen Insemination*, in: von Overbeck-FS (1990) 545 (559ff); ähnlich Bernat, *Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung*, Frankfurt/Main 1990, 97ff (es erscheine vermessen, Persönlichkeitsschutz durch das Unterlassen der

gument des Kindeswohls allerdings nicht rechtsethische Begründungen, sondern wissenschaftliche Studien entgegengesetzt⁶⁵): Gemäss psychosozialen Studien solle die gefühlsmässige Bindung an das Kind nicht schwächer sein als bei homolog erzeugten Kindern, und sollen sich im Vergleich mit „normalen“ Familien keine erhöhten Schwierigkeiten beobachten lassen⁶⁶). Das Kind könnte zwar eines Tages erfahren, dass es genetisch nicht von seinem sozialen Vater abstamme, und dadurch in eine psychisch schwierige Situation geraten, es wäre dann aber Aufgabe der sozialen Eltern, das Kind mit der notwendigen Zuneigung und Hilfe aufzuklären.

Gleichermassen könnte diese bundesgerichtliche Argumentation auch auf die *heterologe IVF* angewendet werden. Damit würde aber erst dem Aspekt der Heterologie Rechnung getragen. Zusätzlich fragt sich aber noch, ob grundsätzlich etwas gegen In-vitro-Verfahren einzuwenden wäre. Die IVF unterscheidet sich ja von anderen Verfahren dadurch, dass eine Befruchtung in vitro erfolgt und demnach Embryonen ausserhalb des Körpers der Frau entstehen. Das Bundesgericht hatte genau diese Frage zu beurteilen. Dabei hat es geurteilt, dass ein generelles Verbot der IVF gegen die persönliche Freiheit verstösst. Die Richter aus Lausanne erklärten, dass die Bedenken der kantonalen Gesetzgeber in erster Linie in der „nicht unbegründeten Besorgnis“ über das Schicksal und die Verwendung von (überzähligen) Embryonen und die damit verbundenen Missbrauchsgefahren gelegen hätten⁶⁷). Unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismässigkeit könnte allfälligen Missbräuchen aber auch mit Auflagen entgegengewirkt werden, so zB mit einer Regelung, wonach keine überzähligen Eizellen in vitro befruchtet werden und alle so entstandenen Embryonen der Wunschmutter unmittelbar eingepflanzt werden. Dieselben Bedenken hinsichtlich einer hohen Missbrauchsgefahr an Embryonen stellen sich bei allen IVF-Verfahren. Da der österr. Gesetzgeber die homologe IVF zulässt, kann diese Besorgnis allein als Rechtfertigung für ein Verbot der heterologen IVF noch nicht ausschlaggebend gewesen sein. Wieder zeigt sich, dass der Ausschluss im österr. FMedG eigentlich auf der Heterologie beruht⁶⁸). Aus diesem Grund sind die Erwägungen der Bundesgerichtsrechtsprechung zum generellen Verbot der IVF für eine verfassungsrechtliche Betrachtung von § 3 österr. FMedG nicht ausschlaggebend. Dies umso mehr nicht, als das schweizerische Bundesgericht bei seinen Urteilen, dass die Methode der IVF nicht generell untersagt werden könne, vor allem die homologe Form im Auge hatte. So hält es ausdrücklich fest, dass die Frage der Zulässigkeit der hetero-

Zeugung verwirklichen zu wollen) sowie Harris, *Der Wert des Lebens – Einführung in die medizinische Ethik*, Berlin 1995, 209.

⁶⁵) Ebenso Botschaft FMedG, BBl 1996 III 205 (231ff zum Kindeswohl).

⁶⁶) Vgl. Stepan, in: von Overbeck-FS (1990) 545 (559ff); Ernst, *Psychosocial Aspects of Artificial Procreation*, in: *Procréation Artificielle, Génétique et Droit* (1986) 77ff.

⁶⁷) BGE 115 Ia 263 E. 9c; BGE 119 Ia 485 E. 7a. Vgl. dazu auch Koechlin Büttiker, *Schranken der Forschungsfreiheit bei der Forschung an menschlichen Embryonen*, Basel 1997, 220ff.

⁶⁸) Siehe auch Bernat, in: Bernat (Hrsg.), *Fortpflanzungsmedizin* (1991) 65 (82).

logen IVF mangels ausdrücklicher Rüge offengelassen werde könne⁶⁹). Es muss also doch wieder auf die vorhin schon gemachten, vom Bundesgericht vorgebrachten Argumente gegen ein generelles Verbot der heterologen Insemination zurückgegriffen werden. Diese Argumente können jedoch höchstens für diejenige Form der heterologen IVF analog übernommen werden, bei der die Samenzellen von einem Spender stammen. Bei den anderen Formen der heterologen IVF, bei denen die Eizellen von einer Spenderin stammen, kommen noch die gegen eine gespaltene Mutterschaft geäußerten Bedenken hinzu. Auf diese wird als nächstes eingegangen.

B. Spende (§ 3 Abs 3 österr FMedG)

Eizellen und entwicklungsfähige Zellen dürfen in Österreich nur bei der Frau verwendet werden, von der sie stammen. Die Eizellenspende, die Embryonenspende und jede Form der Leihmutterschaft ist unzulässig. Dies wird damit begründet, dass eine Aufspaltung der biologischen Mutterschaft zu schwersten psychischen Konflikten sowohl des Kindes als auch der beteiligten Frauen führen könne⁷⁰).

Das schweizerische Bundesgericht hält in seinem St. Galler Entscheid en passant fest, dass bei der Beurteilung der heterologen IVF danach unterschieden werden müsse, welche Keimzellen von Spendern stammen würden⁷¹). Wie gesagt, hat sich das Bundesgericht zur Frage nach der Grundrechtswidrigkeit eines generellen Verbots der heterologen IVF nicht festgelegt. Es behandelt aber die Eispende in diesem Zusammenhang. Als Grund, welcher für die Zulassung einer heterologen IVF spreche, führt es Literatur an, die teilweise unter dem Gesichtswinkel der Gleichheit darauf hingewiesen hat, dass es in rechtlicher Hinsicht keinen Unterschied ausmache, ob angesichts eines Mangels beim Mann eine heterologe Insemination oder bei der Frau eine heterologe IVF vorgenommen würde⁷²). Das Bundesgericht gibt aber auch zu bedenken, dass es zwischen den zwei Methoden doch technische Unterschiede gäbe. So sei die IVF das „aufwendigere und risikoreichere“ Verfahren, und die Auswahl an geeigneten Eizellen sei beschränkt⁷³). Allerdings weist das Bundesgericht dann vier Jahre später in seinem Basel-Städter Entscheid selber darauf hin, dass die medizinischen Methoden und Techniken weiterentwickelt und verfeinert wor-

⁶⁹) BGE 115 Ia 266 E. 9e. In BGE 119 Ia 489 E. 7e verwies das Bundesgericht auf die bis zum Erlass eines eidgenössischen FMedG bestehende kantonale Gesetzgebungskompetenz: „Es ist (...) Sache des kantonalen Gesetzgebers, im Rahmen der vorstehenden Bedingungen gestützt auf das eigene Recht den Zugang zur IVF zu umschreiben, entsprechende Ansprüche einzuräumen oder aber Beschränkungen zu erlassen.“

⁷⁰) 216 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates, 18. Gesetzgebungsperiode (Regierungsvorlage samt Erläuterungen).

⁷¹) BGE 115 Ia 266f E. 9e.

⁷²) So Aubert, in: Wessner (Hrsg), *Problèmes de droit de la famille* (1987) 7 (18). Ebenso nach Erlass der zwei Bundesgerichtsentscheidungen *Mandofia Berney/Guillod*, SJZ 1993, 205.

⁷³) BGE 115 Ia 267 E. 9e.

den seien. Es solle möglich sein, einer Frau ambulant und mittels Punktion und Ultraschall ohne Narkose und Hospitalisation Eizellen zu entnehmen⁷⁴).

Weder das Bundesgericht noch die Bundesverfassung haben sich bei der Frage nach der Behandlung der Eispende festgelegt. Es bleibt deshalb dem schweizerischen Gesetzgeber überlassen, zu prüfen, ob eine unterschiedliche Behandlung von Ei- und Samenspende gerechtfertigt ist. Unter dem Blickpunkt des schweizerischen *Gleichstellungsartikels Art 8 BV* hat der Kinderwunsch gleiches Gewicht, ob nun der Grund für die Kinderlosigkeit in der Unfruchtbarkeit oder genetischen Belastung des Mannes oder der Frau liegt. Aus diesem Grund ist ein Verbot der Eispende nur dann gerechtfertigt, wenn schwerwiegende öffentliche Interessen dies als verhältnismässig erscheinen lassen. Meines Erachtens dürfte der Umstand der Aufspaltung der Mutterschaft in genetische und soziale Mutter sowie der Umstand, dass die Gewinnung von Zellen medizinisch aufwendiger als die Gewinnung von Samen ist, für eine Bejahung dieser Verhältnismässigkeit noch nicht ausreichen⁷⁵).

Im Rahmen der *parlamentarischen Verhandlungen zum eidgenössischen FMedG*, welches die heterologe IVF wie erwähnt grundsätzlich zulässt, stand genau dieser Punkt der Zulässigkeit der Eispende denn auch zur Debatte. Der Entwurf des Bundesrates sieht in seinem Art 4 FMedG einen Ausschluss der Eispende vor. In der Botschaft des Bundesrates werden allgemein formulierte schwere Bedenken gegen die Eispende geäußert⁷⁶). Unter Ablehnung eines Vergleichs mit der gespaltenen Vaterschaft und einer potentiellen Diskriminierung der Frau wird ähnlich wie in den österr. Erläuterungen geltend gemacht, die Beziehung zwischen der schwangeren Frau und dem Kind sei wesentlich intensiver als die zwischen dem Vater des heterolog gezeugten Kindes und dem Kind, und damit eher geeignet, seelische Konflikte auszulösen. Man kann sich aber fragen, ob nicht genau der Umstand, dass die Mutter ein nicht von ihr abstammendes Kind trägt und zur Welt bringt, von Vorteil ist, weil sich so zwischen dem Kind und der Mutter schon vor und während der Geburt ein durch die Schwangerschaft bedingtes, sehr enges Verhältnis entwickeln kann⁷⁷). Ein weiterer in der Botschaft angeführter Grund gegen die Zulassung der Eispende ist darin zu sehen, dass die Eindeutigkeit der Mutterschaft bei der Geburt, welche im Satz „mater semper certa est“ zum Ausdruck kommt, nicht preisgegeben werden solle⁷⁸). Art 252 Abs 1 ZGB bestimmt, dass bezüglich der Mutter das Kindesverhältnis mit der Geburt entsteht. Hinsichtlich des schweizerischen Zivilrechts besteht daher kein Zweifel, dass das Kind jene Frau zur Mutter hat, die es geboren hat, auch wenn das Kind heterolog erzeugt

⁷⁴) BGE 119 Ia 470 E. 4c.

⁷⁵) Vgl auch *Schweizer*, Kommentar BV (Stand 1995) Art 24^{novis} aBV Rz 69.

⁷⁶) Botschaft FMedG, BBl 1996 III 205 (254f).

⁷⁷) So *Reusser*, ZBJV 1997, 472 (488); *Schweizer*, Kommentar BV (Stand 1995) Art 24^{novis} aBV Rz 69.

⁷⁸) So Botschaft FMedG, BBl 1996 III 205 (254) (die gespaltene Vaterschaft hingegen sei schon heute bei der natürlichen Fortpflanzung eine Erfahrungstatsache).

wurde⁷⁹⁾. Die genetische Mutter, also die Spenderin des Eis, kann nur nach den für die Adoption massgebenden Grundsätzen gesetzliche Mutter des Kindes werden. Da aber die Leihmutterchaft gemäss Art 119 BV sowieso verboten ist, beschränken sich die Fälle der Eispende auf solche, bei denen die austragende Mutter mit der „psychosozialen“ Wunschmutter übereinstimmt. Gerade wegen des Grundsatzes, dass die Geburtmutter in jedem Fall die rechtliche Mutter des Kindes ist, fallen bei der Eispende diejenigen Probleme ausser Betracht, die beispielsweise bei der heterologen Insemination unverheirateter Frauen in Bezug auf die Vaterschaft entstehen⁸⁰⁾. Im Ständerat, der Kammer des Parlaments, in der das vom Bundesrat vorgeschlagene Verbot der Eispende heiss umstritten war⁸¹⁾, machten die Befürworter der Eispende in erster Linie geltend, dass unter Gleichberechtigungsgesichtspunkten nicht einzusehen sei, weshalb Fortpflanzungsprobleme beim Mann, nicht jedoch bei der Frau mit Hilfe von Spenderkeimzellen überbrückt werden dürften. Der Sprecher der ständerätlichen Minderheit für die Zulassung der Eispende hatte sich gegen das Argument gewehrt, die Aufspaltung in eine soziale und gebärende und eine genetische Mutter sei der Identität des Kindes abträglich. Er frage sich, ob das Wohl des Kindes nicht eher durch eine anonyme Eispende als durch eine anonyme Samenspende garantiert sei. Entscheidend müsse sein, ob der Umstand, dass die Mutter ein nicht von ihr abstammendes Kind trägt und zur Welt bringt, für dieses Kind eine Gefahr bedeutet. Dies könne verneint werden. Die Gegner der Eispende im Ständerat verwiesen demgegenüber auf Fälle in den USA, wo Frauen über 60 Jahre Kinder bekommen hätten⁸²⁾. Auch bezüglich der restriktiven Volksinitiative für eine menschenwürdige Fortpflanzung sei ein Verbot klug. Nach heftigen Diskussionen schloss sich der Ständerat schliesslich der restriktiveren Linie von Bundes- und Nationalrat an und sprach sich für ein Verbot der Eispende aus⁸³⁾.

C. Personen (§ 2 Abs 1 österr FMedG)

Die Bestimmung von § 2 Abs 1 österr FMedG sagt aus, dass eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur in einer Ehe oder einer stabilen eheähnlichen Gemeinschaft zwischen Mann und Frau zulässig ist. Daraus folgt e contrario, dass Fortpflanzungshilfen sowohl nach der Auflösung der Ehe oder Lebensgemeinschaft, sei es durch Tod oder Scheidung, als auch bei alleinstehenden Personen und gleichgeschlechtlichen Paaren unzulässig sind.

⁷⁹⁾ Vgl. Ben-Am, *Gespaltene Mutterschaft*, Basel 1998, 120ff (128); Buchli-Schneider, *Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht* (1987) 148ff; Dubler-Nüss, *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Bern 1988, 136ff.

⁸⁰⁾ So schon *Amstad-Bericht*, BBl 1989 III 1029 (1093). Ähnlich *Mandofia Berney*, *Vérités de la filiation et procréation assistée* (1993) 173ff.

⁸¹⁾ Vgl. dazu die Debatten im Parlament in Amtl Bull SR 1998, 937–946.

⁸²⁾ Wobei Altersgrenzen mE durch Regulierung eingeführt werden könnten, siehe auch Reusser, ZBJV 1997, 472 (487) (zu Art 3 Abs 2 lit b FMedG-Entwurf).

⁸³⁾ Mit 24:13 Stimmen. Siehe Amtl Bull SR 1998, 937 (342).

Die Beschränkung des Zugangs zu den medizinisch unterstützten Fortpflanzungsmethoden stellt gemäss *bundesgerichtlicher Rechtsprechung* einen Eingriff in das Recht der persönlichen Freiheit und damit der positiven Freiheit, Kinder zu haben und aufzuziehen, dar. Diese Freiheit, Kinder zu haben und aufzuziehen, schützt nicht nur Paare; auch einzelne Menschen können sich darauf berufen, wie das Bundesgericht für die Möglichkeit der Samendeponierung feststellte⁸⁴⁾. Es braucht demnach neben einer genügenden gesetzlichen Grundlage auch überwiegende öffentliche Interessen, welche die Zugangsbeschränkung rechtfertigen. Diese öffentlichen Interessen können sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hinsichtlich einer Beschränkung medizinisch assistierter Fortpflanzung auf Ehepartner aus dem Kindeswohl und dem Schutz der Familie ergeben.

Ob eine Beschränkung des Zugangs für *unverheiratete Paare* die persönliche Freiheit oder die Rechtsgleichheit verletzt, konnte das Bundesgericht bisher offenlassen. Es stellte aber immerhin fest, dass es sich dabei um einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit handle⁸⁵⁾. Daher verlangt das Bundesgericht, dass eine solche Massnahme auf eine klare und hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage abgestützt wird. Angesichts der „Wichtigkeit des Problems und der unterschiedlichen kantonalen Regelungen“, hielt es das Bundesgericht dennoch für angebracht, zur Anwendung der heterologen künstlichen Insemination bei unverheirateten Paaren Stellung zu nehmen und – ohne bereits ein Urteil zu fällen – seine zukünftige Praxis anzudeuten⁸⁶⁾. Es hat dazu ausgeführt, dass die Bestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Falle der heterologen Insemination bei eheähnlichen Gemeinschaften keine rechtliche Vaterschaft entstehen lassen. Eine solche kann auch nicht ohne weiteres hergestellt werden. Zwar kann der Partner der Mutter das heterolog erzeugte Kind anerkennen. Fehlt es aber an der genetischen Vaterschaft, so ist die Gültigkeit der Anerkennung zweifelhaft und kann „ohne weiteres angefochten werden“, wenn und weil es an der genetischen Vaterschaft fehle⁸⁷⁾. Eine Adoption durch den Partner der Mutter ist nur im Falle der Verheiratung möglich, es sei denn die Mutter selber würde die Rechte am Kind aufgeben. Und eine Vaterschaftsklage gegenüber dem genetischen Vater stösst auf rechtliche und tatsächliche Schwierigkeiten. Die fehlende rechtliche Vaterschaft führe zudem zu schwierigen erbrechtlichen Fragen. Unter dem Gesichtswinkel des Kindeswohls und damit aus öffentlichen Interessen könnte es daher gerechtfertigt sein, die Zahl der Kinder, die keinen rechtlichen Vater haben, nicht zu vergrössern und damit heterologe Verfahren auf verheiratete

⁸⁴⁾ BGE 115 Ia 259f E. 8b; BGE 119 Ia 491ff E. 9. AM Hegnauer, *Künstliche Fortpflanzung und Grundrechte*, in: Häfelin-FS (1989) 127 (133) (Fortpflanzungsfreiheit als Paarrecht).

⁸⁵⁾ Urteil iS P und R vom 26. Oktober 1989, RDAF 1990, 153 (156f E. 2).

⁸⁶⁾ BGE 115 Ia 252 E. 6c; BGE 119 Ia 483 E. 6e.

⁸⁷⁾ Dubler-Nüss, *Les nouveaux modes de procréation artificielle* (1988) 66f, 156; Buchli-Schneider, *Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht* (1987) 158ff; Mandofia Berney, *Vérités de la filiation et procréation assistée* (1993) 165ff.

Ehepaare zu beschränken⁸⁸). Die persönliche Freiheit würde also keinen unbedingten Anspruch von eheähnlichen Gemeinschaften auf Zulassung zu heterologen Verfahren einräumen, und es sei den Kantonen überlassen, ob sie insbesondere die heterologe Insemination auf Ehepaare beschränken wollen⁸⁹).

Der Hauptgrund für eine Beschränkung medizinisch unterstützter Fortpflanzungshilfe auf Ehepaare würde also darin bestehen, dass nach geltendem Recht der Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft das heterolog gezeugte Kind seiner Partnerin nicht rechtlich als das seine anerkennen kann, weil die Anerkennung biologische Verwandtschaft voraussetzt. Er kann das Kind auch nicht adoptieren, denn hierzu wäre erforderlich, dass die Mutter das Kind zur Adoption freigibt und auf ihre Elternrechte verzichtet. Würden demnach heterologe Fortpflanzungsverfahren anerkannt, so müsste eine *neue Form der nicht-biologischen Vaterschaft* ins schweizerische Recht eingeführt werden, die allein auf der Zustimmung des Mannes zu einer Insemination der Partnerin mit gespendeten Samenzellen beruhen würde⁹⁰). Eine solche Einführung kann aber vom schweizerischen Gesetzgeber zum momentanen Zeitpunkt (noch?) nicht erwartet werden. Denn selbst bei natürlicher Fortpflanzung hat sich der Gesetzgeber bis anhin gesträubt, für die eheähnliche Gemeinschaft irgendeinen Regelungsrahmen zur Verfügung zu stellen, der die eheähnliche Gemeinschaft als Fortpflanzungsgemeinschaft zivilrechtlich anerkennen würde. Dass er diesen Schritt dann ausgerechnet im Zusammenhang mit der medizinisch unterstützten Fortpflanzung der eheähnlichen Gemeinschaft unternehmen würde, scheint unrealistisch⁹¹). Genausowenig ist deshalb mit einer allfälligen Meinungsänderung des Bundesgerichts zu rechnen. Eine Beschränkung heterologer Fortpflanzungsverfahren auf verheiratete Ehepaare kann demnach im öffentlichen Interesse und verhältnismässig sein.

Was den Zugang alleinstehender Frauen und gleichgeschlechtlicher Paare zu Verfahren der Fortpflanzungshilfe anbelangt, so hatte das Bundesgericht diese Frage nicht zu behandeln. Die soeben für eheähnliche Gemeinschaften gemachten Überlegungen sind aber auch bei diesen Konstellationen heranzuziehen. Nimmt eine *alleinstehende Frau* Fortpflanzungshilfe in Anspruch, um auf diesem Weg zu einem Kind zu kommen, so werden Kinder geboren, wel-

⁸⁸) Zustimmend Hegnauer, in: Häfelin-FS (1989) 127 (136) (will auch homologe Verfahren auf Ehepaare beschränken, um die „künstliche Zeugung von Kindern, denen von vornherein die rechtliche Sicherung der ehelichen Familie versagt ist“, zu vermeiden).

⁸⁹) BGE 119 Ia 483 E. 6e.

⁹⁰) Ähnlich schlug der Amstad-Bericht vor, „dass die Zustimmung des Partners zur heterologen Insemination seiner Partnerin das väterliche Kindesverhältnis begründet und die Vaterschaftsklage gegen den Samenspender ausschliesst“, BBl 1989 III 1095. Vgl. auch Buchli-Schneider, Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht (1987) 158ff; Reusser, ZBJV 1997, 472 (487) (dies wäre jedoch ein grundlegender Einbruch in das schweizerische Kindsrecht).

⁹¹) Siehe Brückner, SÄZ 1990, 93 (95); Botschaft FMedG, BBl 1996 III 205 (252).

che keinen rechtlichen Vater haben⁹²). Damit sind Benachteiligungen für das Kind verbunden, da nur ein Elternteil für Beistand, Unterhalt, Pflege und Erziehung zu sorgen hat. Das geltende Familienrecht beabsichtigt denn auch mit verschiedenen Mitteln, dem Kind zu seinem Wohle einen Vater zuzuordnen⁹³). Unter diesem Aspekt mag es widersprüchlich scheinen, wenn mit der medizinisch unterstützten Fortpflanzung die Anzahl der vaterlosen Kinder steigen würde. Gemäss Bundesgericht kann die Beachtung des Kindeswohls deshalb den Kindeswunsch einer alleinstehenden Person überwiegen und könnte aus diesem Grund unter Umständen grundrechtskonform sein. Auf der anderen Seite würde es ebenfalls nicht gegen Art 119 Abs 2 lit c BV verstossen, wenn einer alleinstehenden Person der Zugang zu ärztlich assistierten Fortpflanzungsverfahren gestattet wäre.

Die Zugangsbeschränkung für *gleichgeschlechtliche Paare* könnte nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wohl ebenfalls mit den Überlegungen gerechtfertigt werden, wie sie für die alleinstehende Person soeben dargelegt worden sind. Der Zugang von gleichgeschlechtlichen Paaren würde aber ebenfalls nicht gegen Art 119 Abs 2 lit c BV verstossen.

Für eine solche „analoge Anwendung“ der bundesgerichtlichen Überlegungen auf alleinstehende Frauen und gleichgeschlechtliche Paare spricht auch, dass die Bundesverfassung diese Personen indirekt durch Art 119 Abs 2 lit c BV vom Zugang zu reproduktionsmedizinischen Techniken ausschliesst. Diese Bestimmung führt als grundsätzliche Voraussetzung die „Unfruchtbarkeit“ an, dh die ungewollte Kinderlosigkeit während einer bestimmten Zeit trotz regelmässigem ungeschützten Geschlechtsverkehr. Ausgeschlossen werden mit dieser Voraussetzung alleinstehende Frauen und gleichgeschlechtliche Frauen, weil sie zwar fruchtbar, aber eben ohne Partner nicht fortpflanzungsfähig sind⁹⁴).

D. Indikation (§ 2 Abs 2 österr FMedG)

Gemäss § 2 Abs 2 österr FMedG ist für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung Voraussetzung, dass nach dem Stand der Wissenschaft und Erfahrung alle anderen möglichen und zumutbaren Behandlungen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft durch Geschlechtsverkehr erfolglos oder aussichtslos sind. Durch diese ultima-ratio-Klausel wollte der österr Gesetzgeber sicherstellen, dass Fortpflanzungshilfen nur für Sterilitätsbehandlungen und nicht für andere Zwecke eingesetzt werden. Die ultima-ratio-Klausel hat aber

⁹²) Vgl. Buchli-Schneider, Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht (1987) 160.

⁹³) Allerdings sieht Art 264b ZGB vor, dass auch eine Einzelperson ein Kind adoptieren kann, wenn besondere Umstände vorliegen (BGE 111 II 232), womit das Kind nur einen Elternteil hat. Die Situation ist bei der künstlichen Fortpflanzung insofern anders, als nicht zwischen verschiedenen Kindesverhältnissen abgewogen werden soll, sondern lediglich, ob überhaupt ein Kindesverhältnis entstehen soll.

⁹⁴) Botschaft FMedG, BBl 1996 III 205 (251); Schweizer, Kommentar BV (Stand 1995) Art 24^{novies} aBV Rz 73.

andererseits zur Folge, dass eine heterologe Insemination auch dann nicht möglich ist, wenn die Verwendung von Spendersamen angezeigt wäre, um Nachkommenschaft des Wunschvaters mit Erb- oder sonstigen Krankheiten zu vermeiden.

In der Schweiz ist der Zugang zu Fortpflanzungshilfen auch in diesem Fall gegeben. Dies wird von Art 119 Abs 2 lit c BV explizit vorgesehen⁹⁵). Auch Art 5 FMedG sieht unter dem Stichwort Indikationen in Abs 1 vor, dass ein Fortpflanzungsverfahren (nur) angewendet werden darf, wenn damit entweder die Unfruchtbarkeit eines Paares überwunden werden soll und die anderen Behandlungsmethoden versagt haben oder aussichtslos sind, oder wenn die Gefahr der Übertragung einer schweren, unheilbaren Krankheit auf die Nachkommen nicht anders abgewendet werden kann. Abs 2 hält fest, dass durch die Auswahl von Keimzellen das Geschlecht oder andere Eigenschaften des zu zeugenden Kindes nur beeinflusst werden dürfen, wenn die Gefahr, dass eine schwere, unheilbare Krankheit auf die Nachkommen übertragen wird, anders nicht abgewendet werden kann. Vorbehalten bleibt Art 22 Abs 3, wonach bei der Auswahl gespendeter Samenzellen die Blutgruppe und die Ähnlichkeit der äusseren Erscheinung des Spenders mit dem Mann, zu dem ein Kindesverhältnis begründet werden soll, berücksichtigt werden dürfen.

Die vor dem Bundesgericht angefochtene st. gallische Regelung sah ähnlich der österr. Regelung vor, dass Fortpflanzungshilfen nur dann gewährt werden dürfen, wenn andere Behandlungsmethoden erfolglos oder aussichtslos sind. Diese Bedingung wurde aber von den Beschwerdeführern nicht angefochten. Aus diesem Grund musste sich das Bundesgericht nicht dazu äussern, wie die Einschränkung der ultima-ratio-Klausel auf die reine Fortpflanzungsunfähigkeit verfassungsrechtlich zu deuten sei. Die Beschränkung der Indikationen für eine Fortpflanzungshilfe auf die Fortpflanzungsunfähigkeit nannte es aber „sich als verhältnismässig erweisend“⁹⁶). Bei der Beschränkung der Indikationen geht es zudem nicht um generelle Verbote, sondern um die Frage, unter welchen Bedingungen und Auflagen diese zulässig sind. Das sind aber zwei klar zu unterscheidende Fragen. Während das Bundesgericht in Fällen von generellen Verboten von Fortpflanzungstechniken eingegriffen hat und diese als verfassungswidrig erklärt hat, kommt bei der Frage, in welchem Ausmass und unter welchen Bedingungen und Modalitäten von diesen Gebrauch gemacht werden darf, dem kantonalen Gesetzgeber ein gewisser Spielraum zu. Genauso würde dies der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wohl gegenüber der nationalen Gesetzgebung sehen. Ich will mit dieser Bemerkung den Kreis schliessen. Wie schon am Anfang meiner Ausführungen dargetan, scheint mir bei einer analogen Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf das österr. FMedG das „A und O“ die Erkenntnis zu sein, dass die Ausführungen des Bundesgerichts nicht verallgemeinert werden dürfen. Bei jeder einschränkenden Regulierung ist nicht nur zu prüfen, ob sie in den An-

⁹⁵) Vgl. dazu ausführlich die Kommentierungen von Schweizer, Kommentar BV (Stand 1995) Art 24^{novies} aBV Rz 71 ff.

⁹⁶) RGE 115 Ia 252 E. 6b.

wendungsbereich der persönlichen Freiheit oder eines anderen verfassungsmässigen Rechts fällt, sondern auch, ob die ganz konkreten Regelungen nicht doch gerechtfertigt sein können. Nur wenn sie nicht verhältnismässig oder nicht im öffentlichen Interesse sind, verletzen sie die Grundrechte der einen Kinderwunsch hegenden Person.

Schweizerische und österreichische Rechtsgrundlagen im Vergleich⁹⁷)

Entscheid des schweiz. Bundesgerichtes von 1989	Richtlinien der Schweiz. Akademie der Med. Wissenschaften von 1990	Art 119 BV	Entscheid des schweiz. Bundesgerichtes von 1993	Eidg. FMedG	Österr. FMedG
---	--	------------	---	-------------	---------------

Verfahren

homologe Insemination	zulässig	zulässig	zulässig	zulässig	zulässig	zulässig
heterologe Insemination	zulässig	zulässig	zulässig	zulässig	zulässig	zulässig
homologe IVF	zulässig	zulässig	zulässig	zulässig	zulässig	zulässig
heterologe IVF	offen gelassen	zulässig ⁹⁸)	zulässig ⁹⁹)	offen gelassen ¹⁰⁰)	zulässig	unzulässig
homologe GIFT	–	zulässig	zulässig	zulässig	zulässig	zulässig
heterologe GIFT	–	zulässig	zulässig	offen gelassen ¹⁰¹)	zulässig	unzulässig

⁹⁷) Siehe auch die ähnliche Tabelle bei Schuler, Europarat und Fortpflanzungsmedizin im Verhältnis zum schweizerischen Recht, Aarau 1993, 56f.

⁹⁸) Es dürfen nur entweder Eizellen oder Samenzellen Dritter verwendet werden, nicht aber gleichzeitig beides.

⁹⁹) Wie Fn 98.

¹⁰⁰) Bis zum Erlass eines eidgenössischen FMedG ist dieser Entscheid dem kantonalen Gesetzgeber überlassen.

¹⁰¹) Wie Fn 100.

Entscheid des schweiz. Bundes- gerichtes von 1989	Richtlinien der Schweiz. Akademie der Med. Wissen- schaften von 1990	Art 119 BV	Entscheid des schweiz. Bundes- gerichtes von 1993	Eidg. FMedG	Österr. FMedG
---	---	------------	---	----------------	------------------

Spende

Embryonen	–	unzulässig	unzulässig	–	unzulässig	unzulässig
Eizellen	offen gelassen	zulässig	–	–	unzulässig	unzulässig
Anonymität	offen gelassen (eher nein)	ja	nein	–	nein	nein

Personen

Konkubinat: homologe Verfahren	uU zulässig	zulässig	–	uU zuläs- sig ¹⁰²⁾	zulässig	zulässig
Konkubinat: heterologe Verfahren	uU zulässig	unzulässig	–	uU zuläs- sig ¹⁰³⁾	unzulässig	zulässig
Alleinstehende Personen	–	unzulässig	unzuläs- sig ¹⁰⁴⁾	–	unzulässig	unzulässig

Indikation

Fortpflanzungs- unfähigkeit	–	ja	ja	–	ja	ja
schwere Krank- heit der Nach- kommen	–	ja	ja	–	ja	nein

¹⁰²⁾ Wie Fn 100.

¹⁰³⁾ Wie Fn 100.

¹⁰⁴⁾ Dies ergibt sich aus Art 119 Abs 2 lit c BV, wonach Voraussetzung für Fortpflanzungshilfe grundsätzlich „Unfruchtbarkeit“ ist.

IV. Postskriptum

Die Initiative „für menschenwürdige Fortpflanzung“ ist am Wochenende vom 12. März 2000 am deutlichen Veto von Volk und Ständen gescheitert. Die FMF-Initiative wurde mit Nein-Anteilen von 62% bis 85% in allen Kantonen klar abgelehnt. 71,9% stimmten gegen die Initiative, 28,1% dafür. Einstimmig fiel auch das Verdikt der Stände gegen die Initiative aus¹⁰⁵⁾.

Anders als noch vor einem Jahrzehnt gingen die Wogen in der Debatte um die künstliche Fortpflanzung nicht mehr sonderlich hoch. Dies kann damit begründet werden, dass sich seit Ende der achtziger Jahre Wesentliches verändert hat. Mittlerweile ist die Reproduktionstechnologie auch hierzulande zur nicht mehr besonders hinterfragten Alltagsmedizin geworden. So kommen denn heute in der Schweiz im Durchschnitt jeden Tag zwei Kinder zur Welt, die mit Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung gezeugt wurden. Indiz für ein differenzierteres Denken ist etwa der Umstand, dass sich viele kirchliche Organisationen nicht für die FMF-Initiative stark machten. Mit dem Fortpflanzungsmedizingesetz, das nun demnächst in Kraft treten kann, hat das Parlament ein recht rigides Regime vorgeschrieben. Dessen restriktive Normen haben ebenfalls dazu beigetragen, der FMF-Initiative den Wind aus den Segeln zu nehmen.

¹⁰⁵⁾ Die Ergebnisse der eidgenössischen Abstimmung sind im Detail wiedergegeben in NZZ (int Ausg) Nr 61 v 13. März 2000, 14; vgl hiezu auch den redaktionellen Kommentar aaO 15.