

Valentina Christen-Zihlmann

Das Verbot der Embryonen- spende in der Schweiz

Eine rechtliche Analyse
des Verbots der Spende
«überzähliger Embryonen»
zu Fortpflanzungszwecken



Helbing Lichtenhahn

Valentina Christen-Zihlmann
Das Verbot der Embryonen-
spende in der Schweiz

GESUNDHEITSRECHT UND BIOETHIK

Herausgegeben von

Andrea Büchler, Stéphanie Dagron, Thomas Gächter, Tomas Poledna,
Bernhard Rüsche und Brigitte Tag

Valentina Christen-Zihlmann

Das Verbot der Embryonen- spende in der Schweiz

Eine rechtliche Analyse des Verbots
der Spende «überzähliger Embryonen»
zu Fortpflanzungszwecken

Helbing Lichtenhahn

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds
zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

DOI: https://doi.org/10.46455/HELBING_LICHTENHAHN/978-3-7190-4894-5



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung - Nicht kommerziell -
Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz.

ISBN 978-3-7190-4894-5 (gedruckte Ausgabe)

2024 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

www.helbing.ch

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Frühjahrssemester 2024 an der Juristischen Fakultät der Universität Basel als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Dezember 2023 fertiggestellt, für die Drucklegung konnten Rechtsprechung und Literatur noch vereinzelt bis Mai 2024 berücksichtigt werden.

Zum Gelingen dieser Arbeit haben viele Personen beigetragen. Grosser Dank gebührt zunächst meinem Doktorvater Prof. Dr. iur. Bijan Fateh-Moghadam, der mich bei der Themensuche und bei den – doch hin und wieder vorkommenden – Blockaden stets unterstützte und mir gleichzeitig bei der Umsetzung meines Dissertationsprojektes grosse Freiheit gewährte. Ich bedanke mich auch bei Prof. Dr. iur. Roland Fankhauser, LL.M., für seine hilfreichen Anregungen und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Bei Dr. iur. et dipl. biol. Matthias Till Bürgin bedanke ich mich für die wertvolle Teilnahme am Doktoratskolloquium als externer Experte.

Bei meinem Arbeitgeber Swiss Infosec AG bedanke ich mich für die grosse Flexibilität, welche eine berufsbegleitende Erstellung meiner Dissertation überhaupt erst ermöglichte.

Ich bedanke mich auch bei PD Dr. med. Gideon Sartorius, fertisuisse, für das interessante Hintergrundgespräch, welches mir spannende Eindrücke in die reproduktionsmedizinische Tätigkeit gewährte.

Weiter bedanke ich mich bei Ines Trilken für das umfassende Lektorat, beim Schweizerischen Nationalfonds für die Übernahme der Kosten für die Druckvorstufe dieses Werks und bei der Herausgeberschaft für die Aufnahme in die Schriftenreihe «Gesundheitsrecht und Bioethik».

Bei Dr. iur. Michèle Balthasar, eMBA, Dr. iur. Janine Dumont, LL.M., und Dr. iur. Anne-Sophie Morand, LL.M., bedanke ich mich von Herzen für ihre Unterstützung in Form von Tipps und motiviertem Zureden («Die beste Diss ist eine fertige Diss!»). Ihr habt mich dazu inspiriert, auf Kurs zu bleiben.

Der grösste Dank gilt meiner Familie: Dank der bedingungslosen Unterstützung meiner Eltern Flavio und Cornelia Zihlmann war mein Jus-Studium überhaupt erst möglich. Sie sind die Säulen, auf welchen mein erfolgreicher Doktoratsabschluss basiert. Ihnen sei dieses Werk gewidmet. Darüber hinaus haben meine Eltern wie auch meine Schwiegereltern Franz und Anna Christen insbesondere in der Endphase liebevolle Kinderhütedienste geleistet, «damit s Mami chan schriibe». Dafür danke ich ihnen allen herzlich.

Mein tiefster Dank gilt meinem Mann Michael Christen, der mir in jeder Phase meiner Arbeit als unerschütterlicher Fels in der Brandung eine unvergleichliche Stütze war. In meinen Höhen hat er mir wertvolle Entlastung verschafft, damit ich mich voll auf meine Forschung konzentrieren konnte, und in den Tiefen war er es, der mir stets die nötige Zuversicht schenkte, um weiterzumachen.

Ein spezieller Dank gilt meinem Sohn Jonathan, der gelassen die Fertigstellung der Arbeit ertrug und mir stets eine fröhliche Begleitung beim Bücherabholen in der Bibliothek war, und meiner Tochter Moira, welche den Schreibprozess allerdings nur noch beim Verfassen dieses Vorwortes erdulden musste.

Schlussendlich wurden mir die Aufwände, welche Kinderwunschpatientinnen und -patienten auf sich nehmen müssen, im Verlauf der Erstellung dieser Arbeit immer deutlicher bewusst. Diesen Personen wünsche ich viel Kraft und Zuversicht, um diesen Weg erfolgreich zu gehen.

Horw, im September 2024

Valentina Christen-Zihlmann

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XIX
Materialienverzeichnis	XXXIX
Abkürzungsverzeichnis	XLIII
1. Teil: Einleitung	1
1. Vorbemerkungen zur modernen Fortpflanzungsmedizin	1
2. Einführung in die Problemstellung	3
3. Untersuchungsgegenstand	5
2. Teil: Grundlagen	11
A. Reproduktionsmedizinische Grundlagen	11
1. Einleitung	11
2. Die Fortpflanzungsmedizin	11
3. Unfruchtbarkeit im medizinischen Sinn	12
4. Die reproduktionsmedizinischen Methoden und ihre Zulässigkeit in der Schweiz	13
B. Rechtliche Rahmenbedingungen zur Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz	24
1. Übersicht über das Schweizer Recht	24
2. Zugangsvoraussetzungen für die Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Methoden	34
C. Der «überzählige Embryo»	43
1. Einleitung	43
2. Der Embryo in vitro aus naturwissenschaftlicher Sicht	43
3. Rechtsrahmen der Entwicklung von Embryonen (Art. 17 FMedG) und Konservierung von imprägnierten Eizellen und Embryonen in vitro (Art. 16 FMedG)	48

4.	Der «überzählige Embryo» de lege lata	49
5.	Kritik: Der «überzählige Embryo» als rechtliche Fiktion und die Embryonenspende als Lebenschance	58
6.	Praxisrelevanz der Embryonenspende	61
3. Teil:	Untersuchung des Verbots der Embryonenspende	65
A.	Gang der Untersuchung	65
B.	Rechtsposition des Embryos in vitro	66
1.	Einleitung	66
2.	Der normative Status des Embryos in vitro	67
3.	Fazit zum normativen Status	97
4.	Schutzpflichten des Staates gegenüber dem überzähligen Embryo	99
C.	Das Embryonenspendeverbot im Lichte der Fortpflanzungsfreiheit	112
1.	Einleitung	112
2.	Die grundrechtlich geschützte Fortpflanzungsfreiheit	112
3.	Das Embryonenspendeverbot als Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit	119
D.	Die Argumentation des Verfassungs- und Gesetzgebers für das Verbot der Embryonenspende	126
1.	Einleitung	126
2.	Generelle Kritik an der Embryonenspende als fortpflanzungsmedizinisches Verfahren	132
3.	Missbrauchsgefahren aufgrund des Entstehens von (überzähligen) Embryonen in vitro	135
4.	Verlust der Natürlichkeit und Schutz herkömmlicher Familienformen	147
5.	Bewahrung des Kindeswohls	153
4. Teil:	Schlussbetrachtung	199
A.	Ergebnisse der Untersuchung	199
1.	Zusammenfassung und Gesamtfazit	199
2.	Empfehlung: Zulassung der Embryonenspende	204

B.	Überlegungen zur Embryonenspende de lege ferenda	206
1.	Grundsätzliches	206
2.	Der Umfang der Embryonenspende	207
3.	Überlegungen zum rechtlichen Verfahren der Embryonenspende de lege ferenda	212
C.	Schlusswort	228

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Literaturverzeichnis	XIX
Materialienverzeichnis	XXXIX
Abkürzungsverzeichnis	XLIII
1. Teil: Einleitung	1
1. Vorbemerkungen zur modernen Fortpflanzungsmedizin	1
2. Einführung in die Problemstellung	3
3. Untersuchungsgegenstand	5
3.1. Das Embryonenspendeverbot	5
3.2. Der Begriff der Embryonenspende	6
3.3. Ziel der Untersuchung	7
3.4. Gang der Untersuchung	8
2. Teil: Grundlagen	11
A. Reproduktionsmedizinische Grundlagen	11
1. Einleitung	11
2. Die Fortpflanzungsmedizin	11
3. Unfruchtbarkeit im medizinischen Sinn	12
4. Die reproduktionsmedizinischen Methoden und ihre Zulässigkeit in der Schweiz	13
4.1. Homologe Systeme	13
4.1.1. Verwendung eigener Keimzellen	13
4.1.2. Intrauterine Insemination	14
4.1.3. In-vitro-Fertilisation	14
4.1.3.1. «Klassische» IVF	14
4.1.3.2. Intrazytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI)	15
4.1.4. Gametentransfer	15
4.1.5. Eizellenvorsorge	16
4.2. Heterologe Systeme	17
4.2.1. Schwangerschaftsherbeiführung unter Einbezug Dritter	17
4.2.2. Samenspende	17

4.2.3. Eizellenspende	18
4.2.4. Kumulative Eizellen- und Samenspende	19
4.2.5. Embryonenspende	19
4.2.6. Embryo-Lavage	20
4.2.7. Leihmutterchaft	20
4.2.8. Uterustransplantation	20
4.2.9. Mitochondrienspende	21
4.3. Präimplantationsdiagnostik	21
B. Rechtliche Rahmenbedingungen zur Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz	24
1. Übersicht über das Schweizer Recht	24
1.1. Rechtshistorischer Abriss des Schweizer Fortpflanzungsmedizinrechts	24
1.2. Art. 119 BV	27
1.3. Rechtsprechung des Bundesgerichts	29
1.4. Das Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)	30
1.5. Das Stammzellenforschungsgesetz (StFG) und das Transplantationsgesetz (TxG)	31
1.6. Landesrecht und Nationale Ethikkommission	31
1.7. Völkerrechtliche Quellen zur Embryonenspende	33
2. Zugangsvoraussetzungen für die Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Methoden	34
2.1. Einleitung	34
2.2. Medizinische Indikation (Art. 5 FMedG)	35
2.3. Information und Beratung sowie Einwilligung der Wunscheltern (Art. 5b, Art. 6 und Art. 6a FMedG)	36
2.4. Gewährleistung des Kindeswohls (Art. 3 FMedG)	37
2.4.1. Grundsatznorm (Art. 3 Abs. 1 FMedG)	37
2.4.2. Zivilrechtliches Kindesverhältnis begründbar (Art. 3 Abs. 2 lit. a FMedG) und Samenspende nur bei Ehepaaren (Art. 3 Abs. 3 FMedG)	37
2.4.2.1. Normierung	37
2.4.2.2. Zivilrechtliche Mutterchaft	38
2.4.2.3. Zivilrechtliche Vaterschaft	39
2.4.2.4. Zivilrechtliche Elternschaft der Ehefrau der Mutter (zweiter Elternteil)	40
2.4.3. Alter und persönliche Verhältnisse der Wunscheltern (Art. 3 Abs. 2 lit. b FMedG)	40
2.4.4. Verbot der posthumen Verwendung von Keimzellen, imprägnierten Eizellen und Embryonen (Art. 3 Abs. 4 und 5 FMedG)	41
2.5. Fazit	41

C.	Der «überzählige Embryo»	43
1.	Einleitung	43
2.	Der Embryo in vitro aus naturwissenschaftlicher Sicht	43
	2.1. Entstehung: Von der Befruchtung bis zum Fötus	43
	2.2. Kryokonservierung	45
	2.3. Embryotransfer und Nidation	46
3.	Rechtsrahmen der Entwicklung von Embryonen (Art. 17 FMedG) und Konservierung von imprägnierten Eizellen und Embryonen in vitro (Art. 16 FMedG)	48
	3.1. Entwicklung von Embryonen (Art. 17 FMedG)	48
	3.2. Konservierung von imprägnierten Eizellen und Embryonen (Art. 16 FMedG)	48
4.	Der «überzählige Embryo» de lege lata	49
	4.1. Terminologie	49
	4.2. Verwendung überzähliger Embryonen de lege lata	51
	4.2.1. Medizinische Möglichkeiten des Umgangs mit überzähligen Embryonen	51
	4.2.2. Direkte Vernichtung auf Wunsch sowie nach Ablauf der Konservierungsdauer	51
	4.2.3. Verwendung von Embryonen in vitro in der Forschung	51
	4.2.3.1. Forschung mit Stammzellen	51
	4.2.3.2. Rechtliche Voraussetzungen für die Verwendung von Embryonen in vitro für die Stammzellenforschung	53
	4.2.3.3. Die Verwendung überzähliger Embryonen nach Transplantationsgesetz	54
	4.3. Begrenzung der Anzahl der zu entwickelnden Embryonen in vitro	55
	4.3.1. Vor dem 1. September 2017: Die Dreierregel	55
	4.3.2. Seit dem 1. September 2017: Die Zwölferregel	56
5.	Kritik: Der «überzählige Embryo» als rechtliche Fiktion und die Embryonenspende als Lebenschance	58
6.	Praxisrelevanz der Embryonenspende	61
	6.1. Überzählige Embryonen in der Schweiz	61
	6.2. Die Popularität der Embryonenspende im Ausland	62
3. Teil:	Untersuchung des Verbots der Embryonenspende	65
A.	Gang der Untersuchung	65
B.	Rechtsposition des Embryos in vitro	66
1.	Einleitung	66

2.	Der normative Status des Embryos in vitro	67
2.1.	Hat der Embryo in vitro ein verfassungsrechtlich geschütztes Recht auf Leben und Integrität?	67
2.1.1.	Völkerrechtliche Ebene	67
2.1.2.	Regelung in der Bundesverfassung	67
2.1.3.	Verschiedene Lehrmeinungen	69
2.1.3.1.	Einleitung: Vier grundsätzliche Positionen des Lebensschutzes	69
2.1.3.2.	Verschiedene Zäsuren als Beginn der Rechtsträgerschaft beim Ungeborenen	71
2.1.3.2.1.	Beginn ab Befruchtung	71
2.1.3.2.2.	Beginn ab Nidation oder Individuation	72
2.1.3.2.3.	Beginn ab gewissen körperlichen Eigenschaften	72
2.1.3.2.4.	Beginn ab extrauteriner Lebensfähigkeit	73
2.1.3.2.5.	Beginn ab Geburt	73
2.1.3.3.	SKIP-Argumente	74
2.1.3.3.1.	Einleitend	74
2.1.3.3.2.	Spezies- oder Spezialitätsargument	74
2.1.3.3.3.	Kontinuitätsargument	75
2.1.3.3.4.	Identitätsargument	76
2.1.3.3.5.	Potenzialitätsargument	76
2.1.3.4.	Vorwirkendes Integritätsrecht	78
2.1.3.5.	Potenzialität aufgrund der Entwicklungsfähigkeit oder Schwangerschaft	80
2.1.3.6.	Möglicher moraltheologischer Status des Embryos in vitro	81
2.2.	Kommt dem Embryo in vitro der Schutz der Menschenwürde zu?	83
2.2.1.	Einleitung	83
2.2.2.	Der Menschenwürdeschutz nach Art. 7 BV	83
2.2.3.	Die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip	85
2.3.	Zivilrechtlicher Status des Embryos in vitro	88
2.3.1.	Bedingte Rechtsfähigkeit: ab Befruchtung oder ab Nidation?	88
2.3.2.	Zivilrechtlicher Dualismus oder Qualifikation als Tertium?	91
2.3.3.	Zusammenfassung zum zivilrechtlichen Status	92
2.4.	Strafrechtlicher Schutz des Embryos in vitro	93
2.4.1.	Vergleich: Strafrechtlicher Schutz des Embryos in vivo nach StGB	93
2.4.2.	Strafrechtlicher Schutz des überzähligen Embryos in vitro	95
3.	Fazit zum normativen Status	97
3.1.	Minimalkonsens zum verfassungsmässigen Status des Embryos in vitro: Schutz trotz fehlender Rechtsträgerschaft	97
3.2.	Konsequenzen für das Verbot der Embryonenspende	99

4.	Schutzpflichten des Staates gegenüber dem überzähligen Embryo	99
4.1.	Schutz- und Nichtschädigungspflichten	99
4.2.	Die Embryonenspende als zulässige Notlösung im deutschen Recht	101
4.2.1.	Die Embryonenspende im deutschen Recht	101
4.2.2.	Die Spende überzähliger Embryonen als zulässige Notlösung bei der Dreierregel im deutschen Recht	104
4.3.	Die Embryonenspende im Lichte der Schweizer Zwölferregel	105
4.4.	Die Embryonenspende als Alternative zur Freigabe von Embryonen zu Forschungszwecken	108
4.4.1.	Ein Blick auf die Spende überzähliger Embryonen im US-amerikanischen Recht: Stammzellenforschungsgegner und religiöse Einflüsse	108
4.4.2.	Keine Abwägung zwischen der Spende zu Fortpflanzungszwecken und der Spende zu Forschungszwecken	110
4.5.	Würdigung	111
C.	Das Embryonenspendeverbot im Lichte der Fortpflanzungsfreiheit . .	112
1.	Einleitung	112
2.	Die grundrechtlich geschützte Fortpflanzungsfreiheit	112
2.1.	Reproduktive Autonomie	112
2.2.	Verfassungsrechtliche Grundlagen	113
2.2.1.	Persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV	113
2.2.2.	Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 13 Abs. 1 BV und Recht auf Achtung der Familie nach Art. 14 BV	115
2.3.	Umfang des Schutzbereichs der verfassungsrechtlich geschützten reproduktiven Autonomie	117
3.	Das Embryonenspendeverbot als Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit . . .	119
3.1.	Verbot der Embryonenspende als Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit der Wunschertern?	119
3.2.	Verbot der Embryonenspende als Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit der Embryonenspender?	121
3.2.1.	Als Teil der positiven Fortpflanzungsfreiheit	121
3.2.2.	Als Teil der negativen Fortpflanzungsfreiheit	123
3.3.	Fazit	124
D.	Die Argumentation des Verfassungs- und Gesetzgebers für das Verbot der Embryonenspende	126
1.	Einleitung	126
1.1.	Prüfung des Eingriffs in die Fortpflanzungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV	126
1.2.	Anwendbarkeit von Art. 36 BV	126

1.3.	Eingriffsvoraussetzungen	128
1.4.	Öffentliche Interessen am Verbot der Embryonenspende: eine Übersicht	130
2.	Generelle Kritik an der Embryonenspende als fortpflanzungsmedizinisches Verfahren	132
2.1.	Die «Herstellung» von Embryonen	132
2.2.	Risiken für das Kinderwunschaar bei fortpflanzungsmedizinischen Verfahren	133
3.	Missbrauchsgefahren aufgrund des Entstehens von (überzähligen) Embryonen in vitro	135
3.1.	Die Generalklausel des Missbrauchs in Art. 119 Abs. 1 BV: Menschenwürde, Eugenik und Damnbrüche	135
3.2.	Einordnung und Würdigung der Missbrauchsgefahren in Bezug auf die Embryonenspende	138
3.2.1.	Kritische Bewertung der Generalklausel	138
3.2.2.	Embryoselektion	139
3.2.2.1.	Generell: Genetische und weitere Untersuchungen am Embryo in vitro	139
3.2.2.2.	Embryoselektion bei der Embryonenspende	141
3.2.3.	Bewusstes Entstehenlassen überzähliger Embryonen	143
3.2.3.1.	Befürchtung der leichtfertigen Erzeugung (überzähliger) Embryonen	143
3.2.3.2.	Bewusstes Entstehenlassen überzähliger Embryonen bei der Zwölferregel	143
3.2.3.3.	Kommerzialisierung	145
3.3.	Fazit	146
4.	Verlust der Natürlichkeit und Schutz herkömmlicher Familienformen	147
4.1.	Inhalt des Arguments	147
4.2.	Ist die (Fortpflanzungs-)Medizin «natürlich»?	148
4.3.	Rechtliche Schutzwürdigkeit des «Natürlichen»?	149
4.4.	Schutz «herkömmlicher Familienformen»	150
4.4.1.	Die gespaltene Mutterschaft	150
4.4.2.	Gefährdet die Embryonenspende schützenswerte «herkömmliche» Familienformen?	152
5.	Bewahrung des Kindeswohls	153
5.1.	Das Kindeswohl als Begründung für das Verbot der Embryonenspende	153
5.2.	Charakterisierung des Kindeswohls	155
5.2.1.	Kindeswohl als Grundprinzip	155
5.2.2.	Kindeswohl in der Fortpflanzungsmedizin	156
5.3.	Das Kindeswohl als Begründung für die Nichtexistenz des Kindes	159
5.3.1.	Das «Non-Identity Problem»	159

5.3.2.	Kindeswohl als öffentliches Interesse oder als Schutz des Wohls zukünftiger Personen	161
5.4.	Kindeswohlargumente für das Verbot der Embryonenspende und deren Entkräftigung	163
5.4.1.	Risiken für die physische Gesundheit des Kindes	163
5.4.1.1.	Physische Risiken beim mittels IVF/ICSI gezeugten Kind	163
5.4.1.2.	Mehrlingsschwangerschaften und Fetozid	166
5.4.1.3.	Wertung	168
5.4.2.	Psychosoziale Folgen: Gespaltene Mutterschaft	169
5.4.2.1.	Argumentation des Gesetzgebers	169
5.4.2.2.	Unproblematische gespaltene Vaterschaft?	170
5.4.2.3.	Psychologische Folgen für das Kind bei der Embryonenspende	171
5.5.	Einordnung des Kindeswohls bei der Fremdkindadoption	175
5.6.	Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung	178
5.6.1.	Relevanz der Kenntnis für das Kind	178
5.6.2.	Verankerung im Recht	179
5.7.	Das Embryonenspende-Kind als «fremdplatziertes» Kind?	181
5.8.	Fokussierung auf die Wunscheltern	182
5.9.	Lösungsvorschlag: Kindeswohlüberprüfung im Einzelfall	185
5.9.1.	Eignungsabklärung analog der Fremdkindadoption?	185
5.9.2.	Beratung der Wunscheltern	186
5.9.3.	Inhalt der Prüfung	187
5.9.3.1.	Physisches Kindeswohl: Indikation und Höchstalter der Wunscheltern	187
5.9.3.2.	Persönliche Verhältnisse: Intention der langfristigen Betreuung	189
5.9.4.	Zuständige Stelle	190
5.9.5.	Risiko Fortpflanzungstourismus	192
5.9.5.1.	Internationaler Fortpflanzungstourismus	192
5.9.5.2.	Risiko des «Doctor Shoppings»	194
5.10.	Sonderproblem: Die posthume Embryonenspende	194
5.11.	Fazit	196
4. Teil:	Schlussbetrachtung	199
A.	Ergebnisse der Untersuchung	199
1.	Zusammenfassung und Gesamtfazit	199
2.	Empfehlung: Zulassung der Embryonenspende	204

B.	Überlegungen zur Embryonenspende de lege ferenda	206
1.	Grundsätzliches	206
2.	Der Umfang der Embryonenspende	207
2.1.	Die Embryonenspende im hier verstandenen Sinn	207
2.2.	Wann ist ein Embryo «überzählig»?	207
2.3.	Abgrenzung der Embryonenspende von der Eizellenspende: kombinierte Eizellen- und Samenspende, ROPA-Methode und Spende imprägnierter Eizellen	209
2.4.	Abgrenzung der Embryonenspende vom Post-mortem-Transfer	211
3.	Überlegungen zum rechtlichen Verfahren der Embryonenspende de lege ferenda	212
3.1.	Grundsatzentscheid: Orientierung an der Fremdkindadoption oder an der Samenspende	212
3.2.	Die Regelung der Embryonenspende im Rahmen bestehender FMedG-Vorgaben	213
3.3.	Regelung analog der Samenspende (Art. 3 Abs. 3 und Art. 18–27 FMedG)	214
3.3.1.	Anwendung nur bei verheirateten Paaren und zivilrechtliche Folgen (Art. 3 Abs. 3 FMedG und Art. 23 FMedG)	214
3.3.2.	Einwilligung des Spenders (Art. 18 FMedG)	215
3.3.3.	Auswahl des Spenders (Art. 19 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 4 FMedG)	217
3.3.4.	Unentgeltlichkeit (Art. 21 FMedG)	218
3.3.5.	Maximale Anzahl an zu zeugenden Kindern (Art. 22 Abs. 2 FMedG) und Samenzellen eines einzigen Spenders pro Zyklus (Art. 22 Abs. 1 FMedG)	220
3.3.6.	Dokumentationspflicht und Auskunftsrecht sowie Verbot der anonymen Spende (Art. 24 f. und 27 FMedG)	220
3.3.7.	Behandlung nur durch Ärztinnen und Ärzte mit entsprechender Bewilligung (Art. 8–14 und Art. 20 FMedG)	222
3.4.	Zivilrechtliches Eltern-Kind-Verhältnis	222
3.5.	Ausgewählte weitere Einzelfragen	224
3.5.1.	Offene oder gerichtete Spende	224
3.5.2.	Information über die Spendemöglichkeit	225
3.5.3.	Zur Einwilligung der Spendeeltern	226
C.	Schlusswort	228

Literaturverzeichnis

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors bzw. der Autorin sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

- AEBI-MÜLLER REGINA E. Anonyme Geburt im schweizerischen Rechtssystem, in: Jusletter 26. September 2005 (zit. AEBI-MÜLLER, Anonyme Geburt)
- DIES. Persönlichkeitsschutz und Genetik – Einige Gedanken zu einem aktuellen Thema, unter besonderer Berücksichtigung des Abstammungsrechts, in: ZBJV 144/2008, S. 82 ff. (zit. AEBI-MÜLLER, Persönlichkeitsschutz und Genetik)
- AEBI-MÜLLER REGINA E./FELLMANN WALTER/GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHÉ BERNHARD/TAG BRIGITTE *Arztrecht*, Bern 2016 (zit. AEBI-MÜLLER et al.)
- AEBI-MÜLLER REGINA/DÖRR BIANKA Künstliche Fortpflanzung im schweizerischen Recht, in: Dutta Anatol/Schwab Dieter/Henrich Dieter/Gottwald Peter/Löhnig Martin (Hrsg.), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht*, Bielefeld 2015, S. 151 ff.
- AMSTUTZ ESTHER/GÄCHTER THOMAS Zugang zur Fortpflanzungsmedizin – Verfassungs-, gesundheits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, in: Jusletter 31. Januar 2011
- ANNER MICHEL Das Prinzip der Natürlichkeit? – Untersucht am Beispiel von Fortpflanzungsmedizin und Human Enhancement, in: Zaugg Helena/Schläpfer Lea (Hrsg.), *Recht und Gesundheit – Junge Rechtswissenschaft Luzern*, LBR Nr. 70, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 239 ff.
- ARONS JESSICA *Future Choices – Assisted Reproductive Technologies and the Law*, Center for American Progress, Washington DC 2007, <https://www.americanprogress.org/article/future-choices-assisted-reproductive-technologies-and-the-law/> (besucht am 19. Mai 2024)
- BADENBERG FELOR *Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung unter Berücksichtigung der Problematik der anonymen Geburt*, Diss. Köln 2005, Frankfurt am Main 2006
- BADENHAUSEN GABRIELE *Die Reduktion von Mehrlingen*, Diss. Tübingen 2003
- BAERTSCHI BERNARD *La dignité de l'homme et l'intégrité de la personne – Quelques précisions conceptuelles*, in: Seilmann Kurt (Hrsg.), *Menschenwürde als Rechtsbegriff – Tagung der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR), Schweizer Sektion Basel*, 25. bis 28. Juni 2003, Stuttgart 2004, S. 13 ff.
- BEAUCHAMP TOM L./CHILDRESS JAMES F. *Principles of Biomedical Ethics*, 7. Aufl., New York 2013
- BECK SUSANNE *Stammzellforschung und Strafrecht – Zugleich eine Bewertung der Verwendung von Strafrecht in der Biotechnologie*, Diss. Würzburg, Berlin 2006

- BECKMANN RAINER Der Embryo und die Würde des Menschen, in: Beckmann Rainer/Löhr Mechthild (Hrsg.), Der Status des Embryos – Medizin – Ethik – Recht, Würzburg 2003, S. 170 ff.
- BEITZ ULRIKE Zur Reformbedürftigkeit des Embryonenschutzgesetzes – Eine medizinisch-ethisch-rechtliche Analyse anhand moderner Fortpflanzungstechniken, Diss. Halle-Wittenberg 2007, Frankfurt am Main 2009
- BELLUCK PAM It's Not So Easy to Adopt an Embryo, in: The New York Times, 12. Juni 2005, <<https://www.nytimes.com/2005/06/12/weekinreview/its-not-so-easy-to-adopt-an-embryo.html>> (besucht am 19. Mai 2024)
- BELSER EVA MARIA/JUNGO ALEXANDRA Elternschaft im Zeitalter medizinischer Machbarkeit – Das Recht auf Achtung des Kinderwunsches und seine Schranken, in: ZSR 2016 (135), S. 175 ff.
- BELSER EVA MARIA/MOLINARI EVA Kommentierung des Art. 119 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BELSER/MOLINARI, BSK BV, N ... zu Art. 119)
- BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD Grundrechte I – Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. BELSER/WALDMANN, Grundrechte I)
- DIES. Grundrechte II – Die einzelnen Grundrechte, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. BELSER/WALDMANN, Grundrechte II)
- BERGHÄUSER GLORIA Das Ungeborene im Widerspruch – Der symbolische Schutz des menschlichen Lebens in vivo und sein Fortwirken in einer allopoietischen Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft, Diss. Passau 2013/2014, Berlin 2015
- BERTSCHI NORA Leihmutterschaft – Theorie, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien, Diss. Zürich 2013, Bern 2014
- BIAGGINI GIOVANNI Kommentierung der Art. 7–14 und Art. 119 BV, in: Orell Füssli Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, OFK BV, N ... zu Art. ...)
- BIDERBOST YVO Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kind, in: Jusletter 10. Februar 2003
- BIRNBACHER DIETER Natürlichkeit, Berlin 2006 (zit. BIRNBACHER, Natürlichkeit)
- DERS. Menschenwürde – abwägbar oder unabwägbar?, in: Kettner Matthias (Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde, Frankfurt am Main 2004, S. 249 ff. (zit. BIRNBACHER, Menschenwürde)
- BLEISCH BARBARA/BÜCHLER ANDREA Kinder wollen – Über Autonomie und Verantwortung, München 2020
- BLYTH ERIC/LUI STEVE/FRITH LUCY Relationships and boundaries between provider and recipient families following embryo adoption, in: FRS 8(2) 2019, S. 267 ff.
- BÖCHER URS PETER Präimplantationsdiagnostik und Embryonenschutz – Zu den Problemen der strafrechtlichen Regelung eines neuen medizinischen Verfahrens, Diss. Mainz 2002, Göttingen 2004

- BORMANN FRANZ-JOSEF Der Status des Embryos aus der Sicht der katholischen Moraltheologie, in: Maio Giovanni/Just Hansjörg (Hrsg.), Die Forschung an embryonalen Stammzellen in ethischer und rechtlicher Perspektive, Baden-Baden 2003, S. 214 ff.
- BRAMBATI BRUNO/VAN STEIRTEGHEM ANDRÉ Overview: Human Embryo Research, in: Gunning Jennifer (Hrsg.), Assisted Conception – Research, Ethics and Law, Ashgate/Dartmouth 2000, S. 11 ff.
- BRAUN ELIANE Der Umgang mit überzähligen Embryonen, in: Magister, Editions Web-law, Bern 2021
- BREITSCHMID PETER/EGGEL MARTIN/EITEL PAUL/FANKHAUSER ROLAND/GEISER THOMAS/JUNGO ALEXANDRA Erbrecht, 4. Aufl., Zürich/Genf 2023 (zit. BREITSCHMID et al.)
- BRENDLER MICHAEL Zeugung mit Risiken und Nebenwirkungen, in: NZZ am Sonntag, 31. Mai 2020, S. 37 f.
- BREUNLICH BARBARA Fetozyd bei Mehrlingsschwangerschaft – Medizinische, psychologische, ethische und rechtliche Aspekte, Diss. Wien 2015, Wien/Graz 2016
- BUCHER ANDREAS Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Aufl., Basel 2009
- BÜCHLER ANDREA Das Recht der Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz – Eine kritische Betrachtung der geltenden Regelungen im Überblick, in: SJZ 115/2019, S. 375 ff. (zit. BÜCHLER, Fortpflanzungsmedizin)
- DIES. Die Eizellenspende in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda, Gutachten im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit (BAG), 2014 (zit. BÜCHLER, Eizellenspende)
- DIES. Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung – Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens, Basel 2017 (zit. BÜCHLER, Reproduktive Autonomie)
- DIES. Sag mir, wer die Eltern sind ... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, in: AJP 2004, S. 1175 ff. (zit. BÜCHLER, Konzeptionen)
- BÜCHLER ANDREA/CLAUSEN SANDRO Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl! Kindeswohl und Fortpflanzungsmedizin?, in: FamPra.ch 2014, S. 231 ff. (zit. BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl)
- DIES. Pränataler Kinderschutz – (K)eine Lösung bei vorgeburtlichen Gefährdungslagen?, in: FamPra.ch 2018, S. 652 ff. (zit. BÜCHLER/CLAUSEN, Pränataler Kinderschutz)
- BÜCHLER ANDREA/FREI MARCO Der Lebensbeginn aus juristischer Sicht – unter besonderer Berücksichtigung der Problematik des Schwangerschaftsabbruchs, in: Jusletter, 29. August 2011
- BÜCHLER ANDREA/MARANTA LUCA Leihmutterchaft im internationalen Verhältnis: Der aktuelle Stand der Schweiz, in: FamPra.ch 2015, S. 354 ff.
- BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT Medizin – Mensch – Recht – Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020

- BÜCHLER ANDREA/PARIZER KARÈNE Maternal Age in the Regulation of Reproductive Medicine – A Comparative Study, in: *Int. J. Law Policy Fam.*, 2017, S. 269 ff. (zit. BÜCHLER/PARIZER, Maternal Age)
- BÜCHLER ANDREA/PARIZER KARÈNE Mitochondrial donation – birth of a policy, in: *Bioethica Forum* 2017, Vol. 10/1, S. 15 ff. (zit. BÜCHLER/PARIZER, Mitochondrial donation)
- BÜCHLER ANDREA/RÜTSCHÉ BERNHARD (Hrsg.) Stämpflis Handkommentar zum Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG), Bern 2020 (zit. BEARBEITER/IN, SHK FMedG, N ... zu Art. ...)
- BÜCHLER ANDREA/RYSER NADINE Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, in: *FamPra.ch* 2009, S. 1 ff.
- BÜCHLER ANDREA/SCHLUMPF EVA Transplantiertes Mutterglück – Rechtliche und ethische Herausforderungen der Uterustransplantation, in: *Jusletter* 1. Mai 2017
- BÜCHLER ANDREA/SCHMUCKI ANTONELLA Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, in: *FamPra.ch* 2020, S. 1 ff.
- BÜRGIN MATTHIAS TILL Wen oder was schützt der Embryonenschutz? Eine kritische Analyse des strafbewehrten Verbots der Forschung an menschlichen Embryonen im schweizerischen Stammzellenforschungsgesetz, Diss. Basel 2010, 2011 (zit. BÜRGIN, Embryonenschutz)
- DERS. Zwei Mütter, ein Vater, in: *recht* 2016, S. 190 ff. (zit. BÜRGIN, Zwei Mütter)
- BÜRKLI PETER Teil II Autonomie zu Beginn des Lebens/§ 1 Autonomie am Lebensanfang: Problemfelder und Konflikte im Kontext der Reproduktionsmedizin aus juristischer Perspektive, in: Hafner Felix/Seelmann Kurt/Widmer Lüchinger Corinne (Hrsg.), *Selbstbestimmung an der Schwelle zwischen Leben und Tod*, Zürich 2014, S. 59 ff.
- CHOI MIN SU Der Umgang mit überzähligen Embryonen in Deutschland und Südkorea, Diss. Göttingen 2009, Frankfurt am Main 2010
- CHRISTENSEN BIRGIT Schwangerschaft als Dienstleistung – Kind als Ware? Eine rechtliche Annäherung an das komplexe Phänomen der sogenannten Leihmutterchaft, in: *hill* 2013 Nr. 86
- CLAUSEN JENS/SCHMITT STEPHANIE Zum moralischen Status des extrakorporalen Embryos, in: Maio Giovanni (Hrsg.), *Der Status des extrakorporalen Embryos – Perspektiven eines interdisziplinären Zugangs*, Stuttgart-Bad Cannstatt 2007, S. 65 ff.
- COHEN I. GLENN Circumvention Tourism, in: *Cornell Law Rev.*, 97/6, September 2012, S. 1309 ff. (zit. COHEN, Circumvention Tourism)
- DERS. How To Regulate Medical Tourism (and Why It Matters for Bioethics), in: *Dev. World Bioeth.*, 12/1 2012, S. 9 ff. (zit. COHEN, Medical Tourism)
- DERS. Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests, *Minn. L. Rev.* 96/2011, S. 101 ff. (zit. COHEN, Regulating Reproduction)

- DEERS. Religion and Reproductive Technology, in: Fernandez Lynch Holly/Cohen I. Glenn/Sepper Elizabeth (Hrsg.), Law, Religion, and Health in the United States, Cambridge 2017, S. 360 ff. (zit. COHEN, Religion)
- DEERS. Response: Rethinking Sperm-Donor Anonymity: Of Changed Selves, Nonidentity, and One-Night Stands, 100 Geo. L.J. 431 (2012) (zit. COHEN, Sperm-Donor Anonymity)
- DEERS. Sperm and Egg Donor Anonymity: Legal and Ethical Issues, in: Francis Leslie (Hrsg.), The Oxford Handbook of Reproductive Ethics, New York 2017, S. 499 ff. (zit. COHEN, Sperm and Egg Donor Anonymity)
- COHEN I. GLENN/ADASHI ELI Y. Embryo Disposition Disputes: Controversies and Case Law, in: Hastings Ctr. Rep. 46/2016, S. 13 ff.
- COHEN I. GLENN/CHEN DANIEL L. Trading-Off Reproductive Technology and Adoption: Does Subsidizing IVF Decrease Adoption Rates and Should It Matter?, in: Minn. L. Rev. 95/2010, S. 485 ff.
- CORBOZ BERNARD Les infractions en droit suisse – Volume I, 3. Aufl., Bern 2010
- COTTIER MICHELLE Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie: Leihmutterchaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich, in: Schwenzer Ingeborg/Büchler Andrea/Fankhauser Roland (Hrsg.), Siebte Schweizer Familienrechtstag – 23./24. Januar 2014 in Basel, Bern 2014, S. 3 ff.
- CRAIG ALEXANDER Die Bedeutung biologischer Befunde für eine ethisch-normative Betrachtung des moralischen Status des extrakorporalen Embryos, in: Maio Giovanni (Hrsg.), Der Status des extrakorporalen Embryos – Perspektiven eines interdisziplinären Zugangs, Stuttgart-Bad Cannstatt 2007, S. 239 ff.
- CROMER RISA Making the Ethnic Embryo: Enacting Race in US Embryo Adoption, in: Medical Anthropology, 38:7 2019, S. 603 ff.
- CZECH PHILIP Fortpflanzungsfreiheit – Das Recht auf selbstbestimmte Reproduktion in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Diss. Salzburg, Wien 2015
- DAHLKAMP HELEN Das Recht auf Zugang zur Elternschaft – Eine rechtsdogmatische und -philosophische Begründung auf supranationaler und nationaler Ebene, Diss. Münster, Baden-Baden 2023
- DAMSCHEN GREGOR/SCHÖNECKER DIETER In dubio pro embryone. Neue Argumente zum moralischen Status menschlicher Embryonen, in: Damschen Gregor/Schönecker Dieter (Hrsg.), Der moralische Status menschlicher Embryonen – Pro und contra Spezies-, Kontinuums-, Identitäts- und Potentialitätsargument, Berlin/New York 2003, S. 187 ff. (zit. DAMSCHEN/SCHÖNECKER, In dubio pro embryone)
- DIES. Argumente und Probleme in der Embryonendebatte – ein Überblick, in: Damschen Gregor/Schönecker Dieter (Hrsg.), Der moralische Status menschlicher Embryonen – Pro und contra Spezies-, Kontinuums-, Identitäts- und Potentialitätsargument, Berlin/New York 2003, S. 1 ff. (zit. DAMSCHEN/SCHÖNECKER, Embryonendebatte)

- DIEDRICH KLAUS/LUDWIG MICHAEL/GRIESINGER GEORG (Hrsg.) Reproduktionsmedizin, 2. Aufl., Berlin 2020 (zit. AUTOR/IN, Reproduktionsmedizin)
- DOLGIN JANET L./SHEPHERD LOIS L. Bioethics and the Law, 4. Aufl., New York 2019
- DOMINUS SUSAN Sperm Donors Can't Stay Secret Anymore. Here's What That Means., in: The New York Times Magazine, 26. Juni 2019 <<https://www.nytimes.com/2019/06/26/magazine/sperm-donor-questions.html>> (besucht am 19. Mai 2024)
- DONATSCH ANDREAS Kommentierung der Art. 118–119 StGB, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum StGB/JStG, 21. Aufl., Zürich 2022 (zit. DONATSCH, OFK StGB, N ... zu Art. ...)
- DORNECK CARINA Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda – Eine Analyse zum AME-FMedG, Diss. Halle-Wittenberg 2017, Baden-Baden 2018
- DUNCKER MARTIN ANDREAS Strafrechtlicher Lebensschutz in vivo – Das ungeborene menschliche Leben als Schutzgut des Strafgesetzbuches – eine medizinstrafrechtliche Untersuchung, Diss. Zürich, Hamburg 2006
- DUTTGE GUNNAR Der Embryo: ein «Niemand»? – Grenzen der Embryonen- und Stammzellforschung, in: ZRPh 2007, S. 76 ff.
- EHRENZELLER BERNHARD/EGLI PATRICIA/HETTICH PETER/HONGLER PETER/SCHINDLER BENJAMIN/SCHMID STEFAN G./SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.) Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. BEARBEITER/IN, SGK BV, N ... zu Art. ...)
- ENSKAT RAINER Pro Identitätsargument: Auch menschliche Embryonen sind jederzeit Menschen, in: Damschen Gregor/Schönecker Dieter (Hrsg.), Der moralische Status menschlicher Embryonen – Pro und contra Spezies-, Kontinuums-, Identitäts- und Potentialitätsargument, Berlin/New York 2003, S. 101 ff.
- FANKHAUSER ROLAND/VIONNET REBECCA Die Samenspende im schweizerischen Recht, in: recht 2015, S. 144 ff.
- FÄSSLER SARAH/AEBI-MÜLLER REGINA/MÜLLER FRANZISKA/HERTIG VERA/LUEGER ALEXANDER/KIND CHRISTIAN/BALTHASAR ANDREAS Social Freezing – Kinderwunsch auf Eis, Zürich 2019 (zit. FÄSSLER et al.)
- FATEH-MOGHADAM BIJAN Bioethische Diskurse zwischen Recht, Ethik und Religion. Juristische Perspektiven – Zum Einfluss der Religion in bioethischen Beratungsgremien, in: Voigt Friedemann (Hrsg.), Religion in bioethischen Diskursen – Interdisziplinäre, internationale und interreligiöse Perspektiven, Berlin 2010, S. 31 ff. (zit. FATEH-MOGHADAM, Bioethische Diskurse)
- DERS. Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG), in: Poledna Thomas/Rumetsch Virgilia (Hrsg.), Gesundheitsrecht – Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VIII/1., 2. Aufl., Basel 2023, S. 935 ff. (zit. FATEH-MOGHADAM, FMedG)
- DERS. Selbstbestimmung im biotechnischen Zeitalter, in: BJM 2018, S. 205 ff. (zit. FATEH-MOGHADAM, Selbstbestimmung)

- FATEH-MOGHADAM BIJAN/ATZENI GINA Ethisch vertretbar im Sinne des Gesetzes – Zum Verhältnis von Ethik und Recht am Beispiel der Praxis von Forschungs-Ethikkommissionen, in: Vöneky Silja/Hagedorn Cornelia/Clados Miriam/Achenbach Jelena (Hrsg.), *Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht – Interdisziplinäre Untersuchungen*, Berlin/Heidelberg 2009, S. 115 ff.
- FOUNTOULAKIS CHRISTIANA L'impact de la procréation médicalement assistée sur l'établissement et la destruction du lien de filiation, in: *FamPra.ch* 2011, S. 247 ff.
- FRISTER HELMUT Embryonenspende – auch für PN-Stadien?, in: *Der Gynäkologe* 11/2015, S. 840 ff.
- FRITH LUCY/BLYTH ERIC/PAUL MARYLIN S./BERGER RONI Conditional embryo relinquishment: choosing to relinquish embryos for family-building through a Christian embryo 'adoption' programme, in: *Hum. Reprod.* 26(12), 2011, S. 3327 ff. (zit. FRITH et al.)
- FROMMEL MONIKA Der Streit um die Auslegung des Embryonenschutzgesetzes, in: Herzog Felix/Neumann Ulfrid (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg 2010, S. 831 ff. (zit. FROMMEL, Streit um die Auslegung)
- DIES. Die Menschenwürde des Embryos in vitro, in: *KJ*, 4/2002, S. 411 ff. (zit. FROMMEL, Menschenwürde)
- FÜLLE FRANCA Embryonenforschung und Embryonenschutz – Rechtliche Rahmenbedingungen sowie nationale, regionale und internationale Standards der pränatalen Biomedizin, Diss. Potsdam 2006, Frankfurt am Main 2007
- FUSCALDO GIULIANA Spare embryos: 3000 reasons to rethink the significance of genetic relatedness, in: *Reprod. Biomed. Online*, 10/2005, S. 164 ff.
- FUSCALDO GIULIANA/RUSSELL SARAH/GILLAM LYNN How to facilitate decisions about surplus embryos: patients' views, in: *Hum. Reprod.* 22(12), 2007, S. 3129 ff.
- GÄCHTER THOMAS/SCHWENDENER MYRIAM Verwendungsverbot von Keimzellen und imprägnierten Eizellen Verstorbener, in: *SZG* 2005, S. 11 ff.
- GASSNER ULRICH/KERSTEN JENS/KRÜGER MATTHIAS/LINDNER JOSEF FRANZ/ROSENAU HENNING/SCHROTH ULRICH Fortpflanzungsmedizingesetz – Augsburg-Münchener Entwurf (AME-FMedG), Tübingen 2013 (zit. GASSNER et al.)
- GODENZI GUNHILD Kommentierungen der Art. 118–119 StGB, in: Wohlers Wolfgang/ Godenzi Gunhild/Schlegel Stephan (Hrsg.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar*, 4. Aufl., 2020 (zit. GODENZI, HK StGB, N ... zu Art. ...)
- GOEDEKE SONJA/DANIELS KEN We wanted to choose us: how embryo donors choose recipients for their surplus embryos, in: *J. Reprod. Infant Psychol.*, 36/2018, S. 132 ff.
- GOLOMBOK SUSAN *Modern Families – Parents and Children in New Family Forms*, Cambridge 2015
- GOUNALAKIS GEORGIOS *Embryonenforschung und Menschenwürde*, Baden-Baden 2006

- GROPP STEPHANIE Schutzkonzepte des werdenden Lebens, Diss. Kiel 2004, Frankfurt am Main 2005
- GUILLOD OLIVIER Le diagnostic préimplantatoire: quelques questions juridiques et éthiques, in: Winiger Bénédic/Becchi Paolo/Avramov Philippe/Bacher Mike (Hrsg.), Ethik und Recht in der Bioethik/Ethique et Droit en matière de Bioéthique – Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 11.–12. Mai 2012, Universität Luzern/Congrès de l'Association Suisse de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale, 11–12 mai 2012, Université de Lucerne, Stuttgart 2013, S. 25 ff.
- GUILLOD OLIVIER/ERARD FRÉDÉRIC Droit médical, Basel 2020
- GUILLOD OLIVIER/HELLE NOÉMIE Les voyages forment la jeunesse ou Tourisme et procréation médicalement assistée, in: Bohnet François/Wessner Pierre (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Basel/Genf 2005, S. 431 ff.
- GUNNING JENNIFER Overview: Legislative Approaches, in: Gunning Jennifer (Hrsg.), Assisted Conception – Research, Ethics and Law, Ashgate/Dartmouth 2000, S. 101 ff.
- GÜNTHER HANS-LUDWIG/TAUPITZ JOCHEN/KAISER PETER (Hrsg.) Embryonenschutzgesetz – Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Grundlagen, 2. Aufl., Stuttgart 2014 (zit. BEARBEITER/IN, Kommentar ESchG)
- GYNGELL CHRISTOPHER/SELGELID MICHAEL J. Twenty-First-Century Eugenics, in: Francis Leslie (Hrsg.), The Oxford Handbook of Reproductive Ethics, New York 2017, S. 141 ff.
- HAIMES ERICA/PORZ ROUVEN/SCULLY JACKIE/REHMANN-SUTTER CHRISTOPH «So, what is an embryo?» A comparative study of the views of those asked to donate embryos for hESC research in the UK and Switzerland, in: New Genet Soc. 27/2008, S. 113 ff. (zit. HAIMES et al.)
- HARTLEB TORSTEN Die verfassungsrechtliche Statusdebatte zum extrakorporalen Embryo anhand der Kriterien Intentionalität, Artspezifität, Entstehungsart, Extrakorporalität und Potentialität, in: Maio Giovanni (Hrsg.), Der Status des extrakorporalen Embryos – Perspektiven eines interdisziplinären Zugangs, Stuttgart-Bad Cannstatt 2007, S. 191 ff. (zit. HARTLEB, Verfassungsrechtliche Statusdebatte)
- DERS. Grundrechtsschutz in der Petrischale – Grundrechtsträgerschaft und Vorwirkungen bei Art. 2 Abs. 2 GG und Art. 1 Abs. 1 GG, Diss. Freiburg i.Br., Berlin 2006 (zit. HARTLEB, Grundrechtsschutz)
- HASKAMP THOMAS Embryonenschutz in vitro – Offene Fragen und Regelungsalternativen im deutschen und internationalen Recht, Diss. Würzburg 2011, Hamburg 2012
- HASSMANN HOLGER Embryonenschutz im Spannungsfeld internationaler Menschenrechte, staatlicher Grundrechte und nationaler Regelungsmodelle zur Embryonenforschung, Diss. Mannheim 2002, Berlin 2003
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E. Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020

- HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E. Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches – Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, Konkubinats, 7. Aufl., Bern 2022
- HEGNAUER CYRIL Künstliche Fortpflanzung und Grundrechte, in: Affolter Kurt/Breitschmid Peter/Reich Johannes/Steck Daniel (Hrsg.), Cyril Hegnauer – Gesammelte Schriften aus Anlass seines 90. Geburtstages, Zürich 2011, S. 247 ff. (zit. HEGNAUER, Künstliche Fortpflanzung und Grundrechte)
- DERS. Künstliche Fortpflanzung und persönliche Freiheit – Bemerkungen zu BGE 115 Ia 246 ff. Erw. 5 und 6 (= ZBI 91/1990, 68 ff.), in: Affolter Kurt/Breitschmid Peter/Reich Johannes/Steck Daniel (Hrsg.), Cyril Hegnauer – Gesammelte Schriften aus Anlass seines 90. Geburtstages, Zürich 2011, S. 295 ff. (zit. HEGNAUER, Künstliche Fortpflanzung und persönliche Freiheit)
- HEYDER CLEMENS Die normative Relevanz des Natürlichkeitsarguments. Zur Rechtfertigung des Verbots der heterologen Eizellspende, in: Maio Giovanni/Eichinger Tobias/Bozzaro Claudia (Hrsg.), Kinderwunsch und Reproduktionsmedizin – Ethische Herausforderungen der technisierten Fortpflanzung, Freiburg i. Br./München 2013, S. 214 ff.
- HILTI MARTIN Die Gewissensfreiheit in der Schweiz, Diss. Basel 2007, Zürich/St. Gallen 2008
- HOERSTER NORBERT Ethik des Embryonenschutzes – Ein rechtsphilosophischer Essay, Stuttgart 2002
- HÖFLING WOLFRAM Kommentierung des Art. 1 GG, in: Sachs Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl., München 2021 (zit. HÖFLING, Grundgesetz, N ... zu Art. 2)
- HOLDEREGGER ADRIAN Der moralische Status von menschlichen Embryonen – Embryonenverbrauch und Stammzellenforschung, in: Holderegger Adrian/Pahud de Mortanges René (Hrsg.), Embryonenforschung – Embryonenverbrauch und Stammzellenforschung. Ethische und rechtliche Aspekte, Freiburg i. Ue. 2003, S. 71 ff.
- HONNEFELDER LUDGER Pro Kontinuumsargument: Die Begründung des moralischen Status des menschlichen Embryos aus der Kontinuität der Entwicklung des ungeborenen zum geborenen Menschen, in: Damschen Gregor/Schönecker Dieter (Hrsg.), Der moralische Status menschlicher Embryonen – Pro und contra Spezies-, Kontinuums-, Identitäts- und Potentialitätsargument, Berlin/New York 2003, S. 61 ff.
- HOTZ SANDRA Eizellenvorsorge – eine rechtliche Annäherung unter besonderer Berücksichtigung der Rechte und Pflichten aus Behandlungsvertrag, in: recht 2017, S. 1 ff. (zit. HOTZ, Eizellenvorsorge)
- DIES. Zwischen Informed Consent und Verbot: Wertungswidersprüche in der Reproduktionsmedizin?, in: recht 2014, S. 27 ff. (zit. HOTZ, Informed Consent)
- HÜBNER ANKE Die Embryooption – Eine rechtliche Untersuchung de lege lata und de lege ferenda, Diss. Göttingen 2006, 2009

- ILKILIC ILHAN Stammzellforschung: Die innerislamische Diskussionslage, in: Körtner Ulrich H. J./Kopetzki Christian (Hrsg.), Stammzellforschung – Ethische und rechtliche Aspekte, Wien/New York 2008, S. 221 ff.
- JACKSON VICKI C. Baby M and the Question of Parenthood, in: 76 Geo. L.J. (1988), S. 1811 ff.
- JARASS HANS D. Kommentierungen der Art. 1 und 2 GG, in: Jarass Hans D./Kment Martin (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 18. Aufl., München 2024 (zit. JARASS, GG, N ... zu Art. ...)
- JOFER PATRICIA Regulierung der Reproduktionsmedizin – Fremdsamenspende, Ersatzmutterschaft und Umgang mit überzähligen Embryonen, Diss. Augsburg, Baden-Baden 2014
- JOHNSON NAOMI D. Excess Embryos: Is Embryo Adoption a New Solution or a Temporary Fix?, in: 68 Brook. L. Rev. (2003), S. 853 ff.
- JUNGFLEISCH FRANK Fortpflanzungsmedizin als Gegenstand des Strafrechts? Eine Untersuchung verschiedenartiger Regelungsansätze aus rechtsvergleichender und rechtspolitischer Perspektive, Diss. Freiburg i. Br. 2001, Berlin 2005
- JUNGO ALEXANDRA et al. Reformbedarf im Abstammungsrecht. Bericht der Expert-innengruppe, Freiburg/Zürich, 2021
- JUNOD VALÉRIE/WUNDER DOROTHEA/HURST SAMIA Procréation médicalement assistée & Préservation de la fertilité, in: Jusletter 27. August 2018
- KÄLIN OLIVER Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB, Diss. Zürich 2002
- KARAVAS VAGIAS Körperverfassungsrecht – Entwurf eines inklusiven Biomedizinrechts, Habil. Freiburg i. Ue. 2016, Zürich/Baden-Baden 2018 (zit. KARAVAS, Körperverfassungsrecht)
- DERS. Umstrittene Embryonen: Zur Rechtstellung des Embryos in vitro, in: Saliger Frank (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht – Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2017, S. 181 ff. (zit. KARAVAS, Umstrittene Embryonen)
- KARNEIN ANJA Zukünftige Personen – Eine Theorie des ungeborenen Lebens von der künstlichen Befruchtung bis zur genetischen Manipulation, Berlin 2013
- KAUFMANN MATTHIAS Contra Kontinuumsargument: Abgestufte moralische Berücksichtigung trotz stufenloser biologischer Entwicklung, in: Damschen Gregor/Schönecker Dieter (Hrsg.), Der moralische Status menschlicher Embryonen – Pro und contra Spezies-, Kontinuums-, Identitäts- und Potentialitätsargument, Berlin/New York 2003, S. 83 ff.
- KESSELRING FELIX Revidiertes Fortpflanzungsmedizingesetz, in: LSR 2018, S. 255 ff.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018
- KLEIN LAURA ANNA Reproduktive Freiheiten, Diss. Mainz 2022, Tübingen 2023
- KNOLL EVA-MARIA So weit gehen für ein Kind: Reproduktionstourismus als grenzüberschreitender Umweg, in: Bockenheimer-Lucius Gisela/Thorn Petra/Wendehorst

- Christiane (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind – Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, Göttingen 2008, S. 63 ff.
- KOHLER-VAUDAUX MARYAM Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l'enfant à naître – Etude de droit suisse et aperçu des droits français et allemand, Diss. Lausanne 2005, Zürich 2006
- KÜHLER ANNE Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, Diss. Bern 2010, 2012
- KUHN MATHIAS Recht auf Kinder? – Der verfassungsrechtliche Schutz des Kinderwunschs, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2008
- LEHMANN MICHAELA Die In-vitro-Fertilisation und ihre Folgen – Eine verfassungsrechtliche Analyse, Diss. Bonn, Frankfurt am Main 2007
- LEVY MÉLANIE Art. 119 – Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich, in: Weerts Sophie/Rossat-Favre Colette/Guy-Ecabert Christine/Benoit Anne/Flückiger Alexandre (Hrsg.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale – Mélanges en hommage au prof. Luzius Mader, Basel 2018, S. 199 ff.
- LUNGSTRAS ANNE BARBARA Der Umgang mit dem Embryo in vitro – Eine Analyse der Überzeugungsstrategien in der verfassungsrechtlichen Debatte um die embryonale Stammzellenforschung und die Präimplantationsdiagnostik, Diss. Heidelberg 2006/2007, Baden-Baden 2008
- MACCALLUM FIONA/GOLOMBOK SUSAN Embryo donation families: mothers' decisions regarding disclosure of donor conception, in: Hum. Reprod., 22(11), 2007, S. 2888 ff.
- MAIO GIOVANNI Das ausgesuchte Kind. Eine ethische Kritik der Präimplantationsdiagnostik, in: Winiger Bénédict/Becchi Paolo/Avramov Philippe/Bacher Mike (Hrsg.), Ethik und Recht in der Bioethik/Ethique et Droit en matière de Bioéthique – Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 11.–12. Mai 2012, Universität Luzern/Congrès de l'Association Suisse de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale, 11–12 mai 2012, Université de Lucerne, Stuttgart 2013, S. 43 ff. (zit. MAIO, Das ausgesuchte Kind)
- DERS. Der herstellbare Mensch? Warum der Mensch auch im Zeitalter der Reproduktionsmedizin Anfang bleibt, in: Müller Oliver/Maio Giovanni (Hrsg.), Orientierung am Menschen – Anthropologische Konzeptionen und normative Perspektiven, Göttingen 2015, S. 381 ff. (zit. MAIO, Der herstellbare Mensch)
- DERS. Vom Leben als Geschenk zum Leben als Produkt, in: ZfL, 21/2012, S. 34 ff. (zit. MAIO, Leben als Geschenk)
- DERS. Welchen Respekt schulden wir dem Embryo? Die embryonale Stammzellforschung in medizinethischer Perspektive, in: DMW 127/2002, S. 160 ff. (zit. MAIO, Respekt)
- DERS. Wenn die Technik die Vorstellung bestellbarer Kinder weckt, in: Maio Giovanni/Eichinger Tobias/Bozzaro Claudia (Hrsg.), Kinderwunsch und Reproduktionsmedizin – Ethische Herausforderungen der technisierten Fortpflanzung, Freiburg i.Br./München 2013, S. 11 ff. (zit. MAIO, Bestellbare Kinder)

- DERS. Zur Begründung der Schutzwürdigkeit des Embryos e contrario, in: Maio Giovanni/Just Hansjörg (Hrsg.), *Die Forschung an embryonalen Stammzellen in ethischer und rechtlicher Perspektive*, Baden-Baden 2003, S. 168 ff. (zit. MAIO, *Begründung der Schutzwürdigkeit*)
- MAIO GIOVANNI/HILT ANNETTE Einleitung – Der Status des extrakorporalen Embryos im interdisziplinären Zugang – Grundlagen, Herausforderungen und Ergebnisse, in: Maio Giovanni (Hrsg.), *Der Status des extrakorporalen Embryos – Perspektiven eines interdisziplinären Zugangs*, Stuttgart-Bad Cannstatt 2007, S. 11 ff.
- MALEK JANET The Possibility of Being Harmed by One's Own Conception, in: Francis Leslie (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Reproductive Ethics*, New York 2017, S. 571 ff.
- MALONE JAY R. Ethics of Cryopreserved Embryo Adoption: Defrosting Dignitas Personae, in: *HCEUSA* 27/4 2019, S. 2 ff.
- MANAI DOMINIQUE Considérations juridico-éthiques pour légitimer la recherche sur un embryon in vitro, in: Winiger Bénédicte/Becchi Paolo/Avramov Philippe/Bacher Mike (Hrsg.), *Ethik und Recht in der Bioethik/Ethique et Droit en matière de Bioéthique – Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*, 11.–12. Mai 2012, Universität Luzern/Congrès de l'Association Suisse de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale, 11–12 mai 2012, Université de Lucerne, Stuttgart 2013, S. 63 ff. (zit. MANAI, *Considérations juridico-éthiques*)
- DIES. L'embryon face au droit: une entité polymorphe à géométrie variable, in: *Jusletter* 19. Januar 2009 (zit. MANAI, *L'embryon face au droit*)
- MARSHALL LORNA A. Ethical Issues in the Evolving Realm of Egg Donation, in: Francis Leslie (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Reproductive Ethics*, New York 2017, S. 478 ff.
- MERKEL REINHARD Contra Speziesargument: Zum normativen Status des Embryos und zum Schutz der Ethik gegen ihre biologistische Degradierung, in: Damschen Gregor/Schönecker Dieter (Hrsg.), *Der moralische Status menschlicher Embryonen – Pro und contra Spezies-, Kontinuums-, Identitäts- und Potentialitätsargument*, Berlin/New York 2003, S. 35 ff.
- MERREM MARIE-THERES Reformbedürftigkeit des Fortpflanzungsmedizinrechts, Diss. Hamburg 2020, Baden-Baden 2021
- MICHELMANN HANS WILHEM Aktueller Sachstand und künftige Entwicklungen, in: Oduncu Fuat S./Platzer Katrin/Henn Wolfram (Hrsg.), *Der Zugriff auf den Embryo – Ethische, rechtliche und kulturvergleichende Aspekte der Reproduktionsmedizin*, Göttingen 2005, S. 15 ff.
- MOHLER-KUO MEICHUN/ZELLWEGER UELI/DURAN AYSUN/HOHL MICHAEL K./GUTZWILLER FELIX/MUTSCH MARGOT Attitudes of couples towards the destination of surplus embryos: results among couples with cryopreserved embryos in Switzerland, in: *Hum. Reprod.* 24(8), 2009, S. 1930 ff. (zit. MOHLER-KUO et al.)

- MÜLLER JÖRG PAUL Persönlichkeitsschutz im Verfahren der Eizellenspende, in: Jusletter 19. Dezember 2022
- MÜLLER-TERPITZ RALF Der Embryo ist Rechtsperson, nicht Sache, in: ZfL, 15/2006, S. 34 ff. (zit. MÜLLER-TERPITZ, Rechtsperson)
- DERS. Der Schutz des pränatalen Lebens – Eine verfassungs-, völker- und gemeinschaftsrechtliche Statusbetrachtung an der Schwelle zum biomedizinischen Zeitalter, Habil. Bonn 2005, Tübingen 2007 (zit. MÜLLER-TERPITZ, Schutz des pränatalen Lebens)
- NEWTON CHRISTOPHER R./MCDERMID ANN/TEKPETEV FRANCIS/TUMMON IAN S. Embryo donation: attitudes toward donation procedures and factors predicting willingness to donate, in: Hum. Reprod. 18(4), 2003, S. 878 ff.
- PALLY HOFMANN URSINA Die gesetzliche Regelung von medizinischen Eingriffen zugunsten des Nasciturus, in: AJP 2008, S. 855 ff.
- PARFIT DEREK Reasons and Persons, Oxford 1984
- PASSET-WITTIG JASMIN Unerfüllte Kinderwünsche und Reproduktionsmedizin – Eine sozialwissenschaftliche Analyse von Paaren in Kinderwunschbehandlung, Diss. Mainz 2016, Opladen/Berlin/Toronto 2017
- PETER CHRISTIAN Rechtliche, ethische und gleichstellungspolitische Aspekte des Social Freezing, Jusletter 10. August 2015
- PETERSEN NIELS/NOHLEN NICOLAS/VÖNEKY SILJA Regelungsvorschläge zum Schutz menschlicher extrakorporaler Embryonen im Völker- und Europarecht, in: Maio Giovanni (Hrsg.), Der Status des extrakorporalen Embryos – Perspektiven eines interdisziplinären Zugangs, Stuttgart-Bad Cannstatt 2007, S. 605 ff.
- PEFAFFINGER MONIKA Geheime und offene Formen der Adoption – Wirkungen von Information und Kontakt auf das Gleichgewicht im Adoptionsdreieck, Diss. Zürich 2007
- POPLUTZ CHRISTIAN Der «verwaiste Embryo» als Rechtssubjekt, in: Beckmann Rainer/Löhr Mechthild (Hrsg.), Der Status des Embryos – Medizin – Ethik – Recht, Würzburg 2003, S. 236 ff.
- PSCHYREMBEL WILLIBALD Klinisches Wörterbuch, 269. Aufl., Berlin/Boston 2023
- REHMANN-SUTTER CHRISTOPH Embryonenforschung, in: Elger Bernice S./Biller-Andorno Nikola/Rütsche Bernhard (Hrsg.), Ethik und Recht in Medizin und Biowissenschaften – Aktuelle Fallbeispiele aus klinischer Praxis und Forschung, Berlin 2014, S. 179 ff.
- REINKE MATHIAS Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, Diss. Berlin 2006, 2008
- RIXEN STEPHAN Kommentierung des Art. 2 GG, in: Sachs Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl., München 2021 (zit. RIXEN, Grundgesetz, N... zu Art. 2)
- ROHRER JENS Menschenwürde am Lebensanfang und am Lebensende und strafrechtlicher Lebensschutz, Diss. Heidelberg 2011, Berlin 2012

- ROTHÄRMEL SONJA Grundrechte für extrakorporale Embryonen?, in: Globalisierung der Biopolitik, des Biorechts und der Bioethik? Das Leben an seinem Anfang und an seinem Ende, Schreiber Hans-Ludwig/Lilie Hans/Rosenau Henning/Tadaki Makoto/Jong Pak Un (Hrsg.), Frankfurt am Main 2007, S. 159 ff.
- RÜETSCHI DAVID «Sorgerechtsstreit» um tiefgefrorene Embryonen – Bemerkungen zu neueren Entwicklungen im US-amerikanischen Recht, in: FamPra.ch 2002, S. 67 ff.
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA Kindesverhältnisse im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung, in: FamPra.ch 2014, S. 838 ff.
- RUSCH MARTINA Rechtliche Elternschaft – Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz, Diss. Zürich 2008, Bern 2009
- RÜTSCHÉ BERNHARD Art. 119 – Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich, in: Weerts Sophie/Rossat-Favre Colette/Guy-Ecabert Christine/Benoit Anne/Flückiger Alexandre (Hrsg.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale – Mélanges en hommage au prof. Luzius Mader, Basel 2018, S. 194 ff. (zit. RÜTSCHÉ, Art. 119)
- DERS. Die Menschenwürde in der Rechtswirklichkeit: Schutz subjektiver und objektiver Werte, in: Caroni Martina/Heselhaus Sebastian/Mathis Klaus/Norer Roland (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen: Verwaltungsrecht – Staatsrecht – Rechtssetzungslehre. Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2011, S. 3 ff. (zit. RÜTSCHÉ, Menschenwürde)
- DERS. Eugenik und Verfassung – Regulierung eugenischer Wünsche von Eltern im freiheitlichen Rechtsstaat, in: ZBl 111/2010, S. 297 ff. (zit. RÜTSCHÉ, Eugenik und Verfassung)
- DERS. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf bei einer Zulassung der Eizellenspende – Rechtsgutachten zum Fortpflanzungsmedizinengesetz (FMedG) im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit (BAG), 2023 (zit. RÜTSCHÉ, Rechtsgutachten)
- DERS. Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität – Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Habil. Zürich 2008, Zürich/St. Gallen 2009 (zit. RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen)
- DERS. Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht: Auslegungsmethode oder blosser Inspirationsquelle?, in: Schmid Jörg/Morawa Alexander H.E./Heckendorn Urscheler Lukas (Hrsg.), Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung – Praxis, Legitimität und Methodik. Referate und Diskussionen der Tagung vom 12. September 2013 in Luzern, Zürich 2014, S. 121 ff. (zit. RÜTSCHÉ, Rechtsvergleichung)
- DERS. Reproduktionsmedizin und Embryonenforschung: Legitimität der geltenden Forschungsverbote?, in: Winiger Bénédict/Becchi Paolo/Avramov Philippe/Bacher Mike (Hrsg.), Ethik und Recht in der Bioethik/Ethique et Droit en matière de Bioéthique – Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 11.–12. Mai 2012, Universität Luzern/Congrès de l'Association Suisse de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale, 11–12 mai 2012, Université de Lucerne, Stuttgart 2013, S. 81 ff. (zit. RÜTSCHÉ, Reproduktionsmedizin und Embryonenforschung)

- DERS. The Role of Human Dignity in the Swiss Legal System. Arguing for a dualistic notion of human dignity, in: *Journal international de bioéthique* 4/2010, S. 83 ff. (zit. RÜTSCHKE, Human Dignity)
- RÜTSCHKE BERNHARD/WILDHABER ISABELLE Verbote der Eispende und der Samenspende für In-Vitro-Fertilisation verletzen Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 8 EMRK – I. Sektion des EGMR, Kammerurteil vom 1. April 2010, Nr. 57813/2000, S.H. et al. gegen Österreich (noch nicht rechtskräftig), in: *AJP* 2010, S. 803 ff.
- SACKSOFSKY UTE Anforderungen an ein Fortpflanzungsmedizinengesetz – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen, in: Oduncu Fuat S./Platzer Katrin/Henn Wolfram (Hrsg.), *Der Zugriff auf den Embryo – Ethische, rechtliche und kulturvergleichende Aspekte der Reproduktionsmedizin*, Göttingen 2005, S. 52 ff.
- SAVIOZ-VIACCOZ VALÉRIE Entre autodétermination et restrictions à la procréation médicalement assistée, in: Besson Samantha/Mausen Yves/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), *Le consentement en droit*, Genf/Zürich/Basel 2018, S. 183 ff. (zit. SAVIOZ-VIACCOZ, Autodétermination)
- DIES. L'embryon in vitro: émergence d'un nouvel objet de droit – Qualification juridique et contrats, Diss. Freiburg i. Ue., Genf/Zürich/Basel 2021 (zit. SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro)
- SCHABER PETER Wie soll die PID geregelt werden? Eine ethische Perspektive, verfasst im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit (BAG), 2013
- SCHÄCHINGER MICHAEL Menschenwürde und Menschheitswürde – Zweck, Konsistenz und Berechtigung strafrechtlichen Embryonenschutzes, Diss. Regensburg, Berlin 2014
- SCHLATTER CHRISTINA/BÜCHLER ANDREA Der (zu) frühe Start ins Leben, in: *Fam-Pra.ch* 2016, S. 35 ff.
- SCHNEIDER NIKOLAUS Ethische Fragen am Beginn menschlichen Lebens: Die Position der evangelischen Kirche in Deutschland, in: *J. Reproduktionsmed. Endokrinol* 2018; 15 (2), S. 90 ff.
- SCHOCKENHOFF EBERHARD Der moralische Status des Embryos, in: Beckmann Rainer/Löhr Mechthild (Hrsg.), *Der Status des Embryos – Medizin – Ethik – Recht*, Würzburg 2003, S. 71 ff. (zit. SCHOCKENHOFF, Der moralische Status)
- DERS. Pro Speziesargument: Zum moralischen und ontologischen Status des Embryos, in: Damschen Gregor/Schönecker Dieter (Hrsg.), *Der moralische Status menschlicher Embryonen – Pro und contra Spezies-, Kontinuums-, Identitäts- und Potentialitätsargument*, Berlin/New York 2003, S. 11 ff. (zit. SCHOCKENHOFF, Pro Speziesargument)
- SCHÖNE-SEIFERT BETTINA Contra Potentialitätsargument: Probleme einer traditionellen Begründung für embryonalen Lebensschutz, in: Damschen Gregor/Schönecker Dieter (Hrsg.), *Der moralische Status menschlicher Embryonen – Pro und contra Spezies-, Kontinuums-, Identitäts- und Potentialitätsargument*, Berlin/New York 2003, S. 169 ff.

- SCHRÖDER BIRGIT/SOYKE KIRSTEN Ethische und rechtliche Fragen am Beginn menschlichen Lebens, Berlin 2008
- SCHROTH ULRICH Stammzellenforschung und Präimplantationsdiagnostik aus juristischer und ethischer Sicht, in: Roxin Claus/Schroth Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., Stuttgart 2010, S. 530 ff.
- SCHULER ANITA Kostenübernahme der Samenspende durch die Krankenversicherungen – Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis, in: Jusletter 27. August 2018
- SCHUMANN EVA Elternschaft nach Keimzellspende und Embryooption, in: MedR 32/2014, S. 736 ff.
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN Schwangerschaftsabbruch in der Spätphase – Kriminologische und rechtsdogmatische Perspektiven, in: Tag Brigitte (Hrsg.), Lebensbeginn im Spiegel des Medizinrechts – Beiträge der 2. Tagung der Medizinrechtslehrerinnen und Medizinrechtslehrer 2010 in Zürich, Baden-Baden 2011, S. 151 ff.
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/HEIMGARTNER STEFAN Kommentierungen der Vor Art. 111, Vor Art. 118, Art. 118–119 StGB in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1–136 StGB, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB, N ... zu Art. ...)
- SCHWEIZER RAINER J. Verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben für den Umgang mit Embryonen, Föten sowie Zellen und Geweben, Gutachten zu Händen des Bundesamts für Gesundheit, 2002
- SEELMANN KURT Bioethik – Irritationen und Reaktionen, in: Winiger Bénédict/Becchi Paolo/Avramov Philippe/Bacher Mike (Hrsg.), Ethik und Recht in der Bioethik/Ethique et Droit en matière de Bioéthique – Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 11.–12. Mai 2012, Universität Luzern/Congrès de l'Association Suisse de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale, 11–12 mai 2012, Université de Lucerne, Stuttgart 2013, S. 11 ff. (zit. SEELMANN, Bioethik)
- DERS. Haben Embryonen Menschenwürde? Überlegungen aus juristischer Sicht, in: Kettner Matthias (Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde, Frankfurt am Main 2004, S. 63 ff. (zit. SEELMANN, Biomedizin und Menschenwürde)
- DERS. Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?, Gutachten im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit (BAG), 2018 (zit. SEELMANN, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin)
- SEELMANN KURT/DEMKO DANIELA Welche eugenischen Tendenzen bei der PID sind abzulehnen und aus welchen Gründen? Gutachten im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit (BAG), 2014
- SEITH CAROLA Status und Schutz des extrakorporalen Embryos – Eine rechtsvergleichende Studie, Diss. Freiburg i. Br. 2006, Baden-Baden 2007
- ŞENTÜRK TUR MELIKE Lebensschutz für den Embryo in vitro, Diss. Berlin 2019, 2021

- SIEGL VERONIKA/BIGLER CHRISTINE/BÜCHLER TINA/PERLER LAURA/SCHURR CAROLIN Transnationale Reproduktive Mobilität aus der Schweiz, Gutachten im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit (BAG), 2021 (zit. SIEGL et al.)
- SIMONI HEIDI Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten «Kindeswohl, Familie und Elternschaft» im Fortpflanzungsmedizinengesetz, Gutachten im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit (BAG), 2012
- SITEK ANIA Informed Consent und genetische Beratung bei pränatalen Untersuchungen – Ein vielschichtiger Entscheidungsprozess aus rechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2017
- STAUB DEBORAH Verfassungsrechtlicher Rahmen der Präimplantationsdiagnostik-Verfahren (PID-Verfahren), Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2019
- STEGMÜLLER TIFFAINE Procréation médicalement assistée transfrontière et filiation de l'enfant – étude de droit suisse, Diss. Freiburg i.Ue., Genf/Zürich/Basel 2020
- STEINER REGULA/ROGGO ANTOINE Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der allogenen Eizelltransplantation – der so genannten «Eizellenspende», in: AJP 2012, S. 474 ff.
- STEINWEG NINA Der universelle Schutz des menschlichen Embryos in vitro – Struktur und Entwicklungsperspektiven der regionalen und globalen Rechtsetzung, Diss. Heidelberg, Hamburg 2012
- STOECKER RALF Contra Identitätsargument: Mein Embryo und ich, in: Damschen Gregor/Schönecker Dieter (Hrsg.), Der moralische Status menschlicher Embryonen – Pro und contra Spezies-, Kontinuums-, Identitäts- und Potentialitätsargument, Berlin/New York 2003, S. 129 ff.
- TAUPITZ JOCHEN 2-PN-Spende nicht strafbar – «Kuckucksei» für die Fortpflanzungsmedizin?, in: J. Reproduktionsmed. Endokrinol 2019; 16 (2), S. 74 ff. (zit. TAUPITZ, 2-PN-Spende)
- DERS. Lebensbeginn und Lebensschutz aus dem Blickwinkel des deutschen Rechts, in: Tag Brigitte (Hrsg.), Lebensbeginn im Spiegel des Medizinrechts – Beiträge der 2. Tagung der Medizinrechtslehrerinnen und Medizinrechtslehrer 2010 in Zürich, Baden-Baden 2011, S. 33 ff. (zit. TAUPITZ, Lebensbeginn)
- TAUPITZ JOCHEN/BREWE MANUELA Der Status des Embryos im Rechtsvergleich, in: Maio Giovanni/Just Hansjörg (Hrsg.), Die Forschung an embryonalen Stammzellen in ethischer und rechtlicher Perspektive, Baden-Baden 2003, S. 85 ff.
- TETTAMANTI LEONIE Social Egg Freezing: Eine neue Herausforderung für das schweizerische Fortpflanzungsmedizinrecht, in: hill 2013 Nr. 116
- THORN PETRA Kontakt zwischen Samenspendern und ihren durch Samenspende gezeugten Kindern – Eine kritische Würdigung des Samenspenderegistergesetzes, in: Gynäkologische Endokrinologie 2019/17, S. 39 ff.
- THORN PETRA/HILBIG-LUGANI KATHARINA/WISCHMANN TEWES Mein, dein, unser Embryo – Psychologische und rechtliche Aspekte bei der Familienbildung mit Embryonen Anderer, in: Gynäkologische Endokrinologie 2017/1, S. 73 ff.

- TSCHANNEN PIERRE Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021
- TRECHSEL STEFAN/GETH CHRISTOPHER Kommentierung der Vor Art. 118–120 – Art. 119 StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021 (zit. TRECHSEL/GETH, PK StGB, N ... zu Art. ...)
- TROUNSON ALAN/LEETON JOHN/BESANKO MANDY/WOOD CARL/CONTI ANGELO Pregnancy established in an infertile patient after transfer of a donated embryo fertilised in vitro, in: The BMJ, 286/1983, S. 835 ff. (zit. TROUNSON et al.)
- TSCHUOR-NAYDOWSKI MICHAELA Der Spätabbruch in der Schweiz – Eine rechtswissenschaftliche und medizinethische Betrachtung, Diss. Zürich 2014
- VALENTIN JULIA MARIA Biologische Abstammung als Massstab rechtlicher Zuordnung? Eine rechtsvergleichende Betrachtung des Abstammungsrechts in Deutschland und der Schweiz, Diss. Kiel 2009, Frankfurt am Main 2010
- VOGT BRITTA Methoden der künstlichen Befruchtung: «Dreierregel» versus «Single Embryo Transfer» – Konflikt zwischen Rechtslage und Fortschritt der Reproduktionsmedizin in Deutschland im Vergleich mit sieben europäischen Ländern, Diss. Halle-Wittenberg 2007, Frankfurt am Main 2008
- VAYENA EFFY/GOLOMBOK SUSAN Challenges in intra-family donation, in: Richards Martin/Pennings Guido/Appleby John B. (Hrsg.), Reproductive Donation – Practice, Policy, and Bioethics, Cambridge 2012, S. 168 ff.
- WACHTER KATJA RIA In-vitro-Fertilisation: Vom Therapiemittel bei Fertilitätsstörungen zur Lebensplanungshilfe, Diss. Göttingen 2006, Hamburg 2007
- WEISZ EVA/WEISZ WILLY Stammzellforschung – aus der Sicht der jüdischen Medizinethik, in: Körtner Ulrich H. J./Kopetzki Christian (Hrsg.), Stammzellforschung – Ethische und rechtliche Aspekte, Wien/New York 2008, S. 211 ff.
- WENDEHORST CHRISTIANE C. Rechtliche Anforderungen an ein künftiges Fortpflanzungsmedizingesetz, in: Oduncu Fuat S./Platzer Katrin/Henn Wolfram (Hrsg.), Der Zugriff auf den Embryo – Ethische, rechtliche und kulturvergleichende Aspekte der Reproduktionsmedizin, Göttingen 2005, S. 35 ff.
- WEYRAUCH VERENA Zulässigkeitsfragen und abstammungsrechtliche Folgeprobleme bei künstlicher Fortpflanzung im deutschen und US-amerikanischen Recht, Diss. Düsseldorf 2002, Berlin 2003
- WICHTERMANN JÜRIG Le bébé de Madame Vo oder Wie künstlich sind natürliche Personen? Wann fängt der Mensch an, eine Person zu sein? Neue alte Diskussionen an der Schwelle vom menschlichen zum rechtlichen Leben, in: recht 2004, S. 235 ff.
- WIELAND WOLFGANG Pro Potentialitätsargument: Moralfähigkeit als Grundlage von Würde und Lebensschutz, in: Damschen Gregor/Schönecker Dieter (Hrsg.), Der moralische Status menschlicher Embryonen – Pro und contra Spezies-, Kontinuums-, Identitäts- und Potentialitätsargument, Berlin/New York 2003, S. 149 ff.
- WINNICOTT DONALD W. Kind, Familie und Umwelt, 6. Aufl., München 2020

- WISSER JOSEF Der menschliche Embryo vor der Implantation – Gedanken aus der vorgeburtlichen Medizin, in: Maio Giovanni/Just Hansjörg (Hrsg.), Die Forschung an embryonalen Stammzellen in ethischer und rechtlicher Perspektive, Baden-Baden 2003, S. 42 ff.
- WUNDER DOROTHEA Höchstalter der Frau für Fortpflanzungsverfahren, Gutachten im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit (BAG), 2014
- WÜRFEL WOLFGANG Reproduktionsmedizin zwischen Technologie und Magie: Vom Wunsch zur Wirklichkeit, in: Herzog-Schröder Gabriele/Gottwald Franz-Theo/Walterspiel Verena (Hrsg.), Fruchtbarkeit unter Kontrolle? Zur Problematik der Reproduktion in Natur und Gesellschaft, Frankfurt am Main 2008, S. 189 ff.
- ZADEH SOPHIE/ILIOI ELENA C./JADVA VASANTI/GOLOMBOK SUSAN The perspectives of adolescents conceived using surrogacy, egg or sperm donation, in: Hum. Reprod. 33 (6), 2018, S. 1099 ff. (zit. ZADEH et al.)
- ZIEGLER ANDREAS R. «Ehe für alle» und Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz, in: Jusletter 8. April 2019
- ZIMMERMANN ROLAND Reproduktionsmedizin und Gesetzgebung – Reformbedarf im Recht der Reproduktionsmedizin und Realisierungsoptionen in einem Fortpflanzungsmedizingesetz, Diss. Würzburg, Berlin 2011

Materialienverzeichnis

- Amstad-Bericht, Expertenkommission Humangenetik und Reproduktionsmedizin, Bericht vom 19. August 1988 erstattet an Eidgenössisches Departement des Inneren und Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, BBl 1989 III 1029 ff. (zit. Amstad-Bericht)
- Botschaft vom 18. September 1989 zur Volksinitiative «gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen», BBl 1989 III 989 ff. (zit. Botschaft Beobachter-Initiative)
- Botschaft vom 26. Juni 1996 über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)» und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG), BBl 1996 III 205 ff. (zit. Botschaft FMedG)
- Botschaft vom 12. September 2001 zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), BBl 2002 29 ff. (zit. Botschaft TxG)
- Botschaft vom 20. November 2002 zum Bundesgesetz über die Forschung an überzähligen Embryonen und embryonalen Stammzellen (Embryonenforschungsgesetz, EFG), BBl 2003 1163 ff. (zit. Botschaft EFG)
- Botschaft vom 7. Juni 2013 zur Änderung der Verfassungsbestimmung zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich (Art. 119 BV) sowie des Fortpflanzungsmedizinengesetzes (Präimplantationsdiagnostik), BBl 2013 5853 ff. (zit. Botschaft zur Präimplantationsdiagnostik)
- Botschaft vom 28. November 2014 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption), BBl 2015 877 ff. (zit. Botschaft ZGB)
- Bundesamt für Statistik, Geburten und Todesfälle, 2023 <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/geburten-todesfaelle.html> (zit. BFS, Geburten und Todesfälle) (besucht am 19. Mai 2024)
- Bundesamt für Statistik, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung, 26. April 2024 <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitszustand/reproduktive/medizinisch-unterstuetzte-fortpflanzung.html> (zit. BFS, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung) (besucht am 19. Mai 2024)
- Bundesamt für Statistik, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung: behandelte Personen, Indikationen und Anwendung von gespendeten Samenzellen 2007–2022, 26. April 2024 <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitszustand/reproduktive/medizinisch-unterstuetzte-fortpflanzung.assetdetail.31565634.html> (zit. BFS, Fortpflanzung 2007–2022) (besucht am 19. Mai 2024)

- Bundesamt für Statistik, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung: Behandlungen und Resultate, Gesamtansicht 2002–2022, 26. April 2024 <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitszustand/reproduktive/medizinisch-unterstuetzte-fortpflanzung.assetdetail.31565638.html> (zit. BFS, Fortpflanzung Gesamtansicht 2002–2022) (besucht am 19. Mai 2024)
- Bundesamt für Statistik, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung: Konservierung und Verwendung von Oozyten, imprägnierten Eizellen und Embryonen 2007–2022, 26. April 2024 <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitszustand/reproduktive/medizinisch-unterstuetzte-fortpflanzung.assetdetail.31565633.html> (zit. BFS, Konservierung 2007–2022) (besucht am 19. Mai 2024)
- Bundesamt für Statistik, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung: überzählige Embryonen 2007–2021, 26. April 2024 <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitszustand/reproduktive/medizinisch-unterstuetzte-fortpflanzung.assetdetail.31565635.html> (zit. BFS, Überzählige Embryonen 2007–2022) (besucht am 19. Mai 2024)
- Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung – Stellungnahme, Berlin 2016
- Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrates, Bericht vom 4. Juli 2006 zu 04.486 n Pa.lv. Freysinger. Embryo-Adoption (zit. WBK-N, Bericht vom 4. Juli 2006)
- Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrates, Motion 21.4341 «Kinderwunsch erfüllen, Eizellenspende für Ehepaare legalisieren» vom 5. November 2021 (zit. WBK-N, Motion Eizellenspende)
- Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Ständerates, Bericht vom 22. August 2022 zu 21.4341 n Mo. Nationalrat (WBK-NR). Kinderwunsch erfüllen, Eizellenspende für Ehepaare legalisieren (zit. WBK-S, Bericht vom 22. August 2022)
- Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK-CNE), Forschung an importierten embryonalen Stammzellen, Stellungnahme Nr. 1/2001, Bern 2001 (zit. NEK, Importierte embryonale Stammzellen)
- Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK-CNE), Zur Forschung an embryonalen Stammzellen, Stellungnahme Nr. 3/2002, Bern 2002 (zit. NEK, Embryonale Stammzellen)
- Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK-CNE), Präimplantationsdiagnostik, Stellungnahme Nr. 10/2005, Bern 2005 (zit. NEK, Präimplantationsdiagnostik)
- Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK-CNE), Forschung an menschlichen Embryonen und Föten, Stellungnahme Nr. 11/2006, Bern 2006 (zit. NEK, Forschung an Embryonen)
- Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK-CNE), Präimplantationsdiagnostik II – Spezielle Fragen zur gesetzlichen Regelung und zur HLA-Typisie-

- rung, Stellungnahme Nr. 14/2007, Bern 2007 (zit. NEK, Präimplantationsdiagnostik II)
- Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK-CNE), Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung – Ethische Überlegungen und Vorschläge für die Zukunft, Stellungnahme Nr. 22/2013, Bern 2013 (zit. NEK, Fortpflanzung)
- Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK-CNE), Social Egg Freezing – eine ethische Reflexion, Stellungnahme Nr. 28/2017, Bern 2017 (zit. NEK, Social Egg Freezing)
- Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK-CNE), Das Verfahren der Uterustransplantation – ethische Erwägungen, Stellungnahme Nr. 29/2018, Bern 2018 (zit. NEK, Uterustransplantation)
- Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK-CNE), Samenspende, Stellungnahme Nr. 32/2019, Bern 2019 (zit. NEK, Samenspende)
- Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK-CNE), Die Eizellenspende – Ethische und rechtliche Erwägungen, Stellungnahme Nr. 41/2022, Bern 2022 (zit. NEK, Eizellenspende)
- Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK-CNE), Richtlinien zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik im Fortpflanzungsmedizingesetz (PID-Richtlinien), Bern 2022 (zit. NEK, PID-Richtlinien)
- Nationalrat Felix Gutzwiller, Postulat 06.3586 vom 6. Oktober 2004, «Grundlagenerarbeitung für eine vertiefte Diskussion über die Embryonenspende» (zit. Nationalrat Gutzwiller, Grundlagenerarbeitung Embryonenspende)
- Nationalrat Oskar Freysinger, Parlamentarische Initiative 04.486 vom 16. Dezember 2004, «Embryo-Adoption» (zit. Nationalrat Freysinger, Embryo-Adoption)
- Nationalrätin Martine Brunschwig Graf, Parlamentarische Initiative 05.457 vom 15. Dezember 2005, «Zulassung der Embryonenspende zu Fortpflanzungszwecken» (zit. Nationalrätin Brunschwig Graf, Zulassung der Embryonenspende zu Fortpflanzungszwecken)
- World Health Organization (WHO), International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD), 11th Revision (ICD-11), <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/1237004558> (zit. WHO, ICD-11) (besucht am 19. Mai 2024)

Abkürzungsverzeichnis

a	alt (frühere Fassung eines Erlasses)
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.M.	anderer Meinung
AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Abs.	Absatz
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte durch die Vereinten Nationen, 10. Dezember 1948
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
AME-FMedG	Augsburg-Münchener-Entwurf für ein Fortpflanzungsmedizingesetz (Deutschland)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BBl	Bundesblatt
BFS	Bundesamt für Statistik
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGBI	Bundesgesetzblatt (Deutschland)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
Bioethica Forum	Bioethica Forum – Schweizerische Zeitschrift für Biomedizinische Ethik (Basel)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BMK	Biomedizinkonvention (Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin), SR 0.810.2
Brook. L. Rev.	Brooklyn Law Review (New York)
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101

BVerfGE	Entscheidungen der amtlichen Sammlung des Bundesverfassungsgerichts (Deutschland)
bzw.	beziehungsweise
Cornell Law Rev.	Cornell Law Review (Ithaca)
d.h.	das heisst
DC	District of Columbia
Der Gynäkologe	Die Gynäkologie (vormals Der Gynäkologe) (Berlin)
ders.	derselbe
DET	Double Embryo Transfer
Dev. World Bioeth.	Developing World Bioethics (Oxford)
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift (Stuttgart)
DNA	Desoxyribonukleinsäure
D-StGB	Strafgesetzbuch vom 13. 11. 1998 (BGBl I S. 3322) (Deutschland)
E.	Erwägung
EFG	Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Forschung anüberzähligen Embryonen und embryonalen Stammzellen (Embryonenforschungsgesetz)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101
ESchG	Embryonenschutzgesetz vom 13. 12. 1990 (BGBl I S. 2746) (Deutschland)
eSET	elective Single Embryo Transfer
et al.	et alii (und weitere)
etc.	et cetera
f./ff.	folgende Seite(n)/Ziffer(n)
FamPra.ch	Die Praxis des Familienrechts (Bern)
FMedG	Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz) vom 18. Dezember 1998, SR 810.11
FMedV	Fortpflanzungsmedizinverordnung vom 4. Dezember 2000, SR 810.112.2
FMH	Foederatio Medicorum Helveticorum
Fn.	Fussnote(n)
FRS	Families, Relationships and Societies (Bristol)

G.C.	Grande Chambre (Grosse Kammer)
Geo. L.J.	Georgetown Law Journal (Washington D.C.)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949 (BGBl S. 1)
gl.M.	gleicher Meinung
GUMG	Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 15. Juni 2018, SR 810.12
Gynäkologische Endokrinologie	Gynäkologische Endokrinologie (Berlin)
h.L.	herrschende Lehre
Habil.	Habilitation
Hastings Ctr. Rep.	The Hastings Center Report (Hastings-on-Hudson)
HCEUSA	Health Care Ethics USA (Online-Publikation)
HFG	Bundesgesetz über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz) vom 30. September 2011, SR 810.30
hill	HILL Zeitschrift für Recht und Gesundheit (Zürich)
HK	Handkommentar
Hrsg.	Herausgeber
Hum. Reprod.	Human Reproduction (Oxford/Washington D.C.)
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.Z.m.	in Zusammenhang mit
ICSI	intrazytoplasmatische Spermieninjektion
Int. J. Law Policy Fam.	International Journal of Law, Policy and The Family (Oxford)
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR 291
IVF	In-vitro-Fertilisation
J. Reprod. Infant Psychol.	Journal of Reproductive and Infant Psychology (London)
J. Reproduktionsmed. Endokrinol	Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie (Gablitz)
Journal international de bioéthique	Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences (Paris)
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz (Baden-Baden)

KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention) vom 20. November 1989, SR 0.107
LBR	Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft
LG Augsburg	Landgericht Augsburg
lit.	litera
LSR	Life Science Recht – Juristische Zeitschrift für Pharma, Medizin und Medtech (Bern)
m.w.V.	mit weiteren Verweisen
Medical Anthropology	Medical Anthropology: Cross Cultural Studies in Health and Illness (London)
MedR	Zeitschrift für Medizinrecht (München)
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review (Minneapolis)
N	Randnote
NEK/NEK-CNE	Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin
New Genet Soc.	New Genetics and Society (Basingstoke)
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
PID	Präimplantationsdiagnostik
PK	Praxiskommentar
PND	Pränataldiagnostik
recht	recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
Reprod. Biomed. Online	Reproductive BioMedicine Online (Cambridge)
resp.	respektive
Rn.	Randnummer
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
SAMW	Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften
SGK	St. Galler Kommentar
SHK	Stämpflis Handkommentar
sic!	so stand es geschrieben
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)

sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtsammlung)
StFG	Bundesgesetz über die Forschung an embryonalen Stammzellen (Stammzellenforschungsgesetz) vom 19. Dezember 2003, SR 810.31
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
SZG	Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht – Revue Suisse de droit de la santé (Bern)
Tenn.	Tennessee Supreme Court
The BMJ	British Medical Journal (London)
TxG	Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 8. Oktober 2004, SR 810.21
U.S.	United States (Vereinigte Staaten von Amerika)
UNO	Organisation der Vereinten Nationen
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.1
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2
v.	versus
vgl.	vergleiche
VNEK	Verordnung über die nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin vom 4. Dezember 2000, SR 810.113
Vol.	Volume
WBK-N	Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrates
WBK-S	Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Ständerates
WHO	World Health Organization (Weltgesundheitsorganisation)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht (Würzburg)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

ZRPh	Zeitschrift für Rechtsphilosophie (Münster)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZStV	Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004, SR 211.112.2

1. Teil: Einleitung

1. Vorbemerkungen zur modernen Fortpflanzungsmedizin

Gemäss Studien sind heutzutage rund zehn bis 15 Prozent der Paare in westlichen Ländern ungewollt kinderlos.¹ Oft wird diese ungewollte Kinderlosigkeit von den Betroffenen als schwere Belastung empfunden und beeinträchtigt deren körperliches und seelisches Wohlbefinden, da das Kinderhaben für viele als zentrale Sinngebung in ihrem Leben betrachtet wird.² Immer mehr Paare machen von den Möglichkeiten der modernen Fortpflanzungsmedizin Gebrauch: Die Fortpflanzungsmedizin, auch Reproduktionsmedizin genannt, hat die Adoption als erste Option bei Unfruchtbarkeit ersetzt und verzeichnet eine der höchsten Wachstumsraten im Gesundheitssektor.³ Gemäss dem Bundesamt für Statistik unterzogen sich in der Schweiz 2022 total 6'609 Frauen einem medizinisch unterstützten Fortpflanzungsverfahren mit In-vitro-Methoden, wobei 53'010 Eizellen entnommen wurden und daraus 27'852 Embryonen entstanden. Von diesen wurden 12'678 Embryonen vernichtet, 12'116 kryokonserviert und 3'058 transferiert. Zusätzlich dazu wurden 7'753 Embryonen aus Kryozyklen entwickelt, wobei 598 weiterhin tiefgefroren, 6'262 transferiert und 983 vernichtet wurden.⁴ Die Verfahren der In-vitro-Fertilisation führten 2022 in der Schweiz zu 2'370 Lebendgeburten.⁵ Diese Statistik erfasst jedoch nur die in der Schweiz durchgeführten Reproduktionsverfahren. Wenn Schweizer Einwohnerinnen und Einwohner eine Behandlung im Ausland in Anspruch nehmen, wird dies in der Schweiz statistisch nicht erfasst und bleibt regelmässig undokumentiert.

Die raschen Fortschritte in der Fortpflanzungsmedizin führen zu bis vor wenigen Jahrzehnten unbekanntem Behandlungsmöglichkeiten, welche komplexe Fragen aufwerfen. So bricht die medizinisch assistierte Fortpflanzung die herkömmliche Familienkonstellation von zwei gegengeschlechtlichen, in der Regel durch Heirat verbundenen Erwachsenen und ihren von ihnen biologisch und genetisch abstammenden Kindern auf. Sie erlaubt die Aufspaltung der genetischen, biologischen und sozialen Elternschaft, was mit einer Pluralisierung der Eltern- und Familienformen einhergeht.⁶ Auch wenn das Schweizer Recht dies nicht vorsieht, ist es faktisch bereits möglich, dass ein Kind bis zu fünf Elternteile haben kann: die sozialen und rechtlichen Eltern, welche das Kind grossziehen,

¹ BÜCHLER/MICHEL, S. 349.

² Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1039; BÜCHLER/MICHEL, S. 350.

³ BREUNLICH, S. 30; BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 49; vgl. auch Zahlen bei NEK, Social Egg Freezing, S. 10.

⁴ BFS, Konservierung 2007–2022; BFS, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung.

⁵ BFS, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung.

⁶ KUHN, S. 391; LEVY, S. 200.

einen Samenspender als biologischen und genetischen Vater, eine Eizellenspenderin als genetische Mutter und eine Leihmutter als biologische Mutter, welche das Kind austrägt.⁷ Dies allein ergibt schon eine Vielzahl von Fragestellungen bezüglich der familienrechtlichen Zuordnung und der entwicklungspsychologischen Einstufung des Kindes und dessen Wohl. Zudem wirft die Reproduktionsmedizin weitere ethische und moralische Fragen auf, so etwa die Möglichkeit der Auswahl von Embryonen nach einer genetischen Untersuchung (Präimplantationsdiagnostik), welche in der Bevölkerung zum Teil als bedrohlich und «gegen die Natur» angesehen wird.⁸

Dennoch hat sich mit den medizinischen Möglichkeiten auch die rechtliche Zulässigkeit verschiedener Verfahren erweitert. So wurde die Präimplantationsdiagnostik mit einhergehender Zunahme der Erzeugung extrakorporaler Embryonen und deren Aufbewahrung ebenso zugelassen (Art. 5a FMedG sowie Art. 16 f. FMedG) wie auch die Regelung einer zweiten Mutterschaft durch Samenspende bei Frauenpaaren (Art. 255a ZGB und Art. 23 FMedG). Des Weiteren ist die Zulassung der Eizellenspende derzeit ein politisches Thema in der Schweiz: Die Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrates (WBK-N) reichte am 5. November 2021 eine Motion zur Legalisierung der Eizellenspende ein, welche vom Nationalrat am 17. März 2022 angenommen und dem Ständerat überwiesen wurde.⁹ Die Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Ständerates (WBK-S) beantragte am 22. August 2022 die Annahme der Motion.¹⁰ Am 13. September 2022 folgte der Ständerat dieser Auffassung und die Motion wurde an den Bundesrat überwiesen. Mit dieser Motion wird der Bundesrat beauftragt, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen und die entsprechenden Rahmenbedingungen festzulegen, welche die Eizellenspende ermöglichen.¹¹

⁷ Vgl. auch GOLOMBOK, S. 2; FUSCALDO, S. 166. So etwa der Sachverhalt in einem Gerichtsfall aus den USA: *Buzzanca v. Buzzanca*, 61 California Court of Appeal 4th District 1410 (1998) (siehe Ausführungen dazu bei BÜCHLER, Konzeptionen, S. 1177 f.; BÜCHLER/SCHMUCKI, S. 2; KUHN, S. 391 f.). Theoretisch wäre mit der Mitochondrienspende sogar ein sechster Elternteil möglich, womit das Kind zwei genetische Mütter hätte (vgl. 2. Teil, Kapitel A, Ziff. 4.2.9).

⁸ Vgl. Ausführungen im 2. Teil, Kapitel B, Ziff. 1.1.

⁹ Motion WBK-N, Eizellenspende.

¹⁰ WBK-S, Bericht vom 22. August 2022, S. 1.

¹¹ Motion WBK-N, Eizellenspende; AB 2022 S 678 ff.

2. Einführung in die Problemstellung

Das Ziel der Reproduktionsmedizin besteht in der Herbeiführung einer Einlingsschwangerschaft in möglichst einem einzigen Behandlungszyklus.¹² Allerdings braucht es selbst bei Frauen, welche mühelos natürlich schwanger werden, oft mehrere Zyklen, bis sich eine in einem geborenen Kind resultierende Schwangerschaft ergibt. Aus diesem Grund wird bei Verfahren mit In-vitro-Fertilisation (nachfolgend «IVF») in der Regel mehr als ein Embryo erzeugt. Dies geschieht, um im Falle eines erfolglosen Versuchs die Möglichkeit zu haben, der Frau einen weiteren Embryo einpflanzen zu können, ohne dass ihr erneut Eizellen entnommen werden müssen. Diese nicht sofort transferierten Embryonen werden kryokonserviert, um sie für einen eventuell erforderlichen späteren Versuch aufzutauen und in den Uterus einsetzen zu können. Auch wenn ein Embryotransfer erfolgreich ist und die Frau ein lebendes Kind gebärt, können allfällige noch vorhandene konservierte Embryonen weiterhin aufbewahrt und für einen späteren weiteren Kinderwunsch verwendet werden. Diese konservierten Embryonen können also für IVF-Paare eine wertvolle Ressource sein. Dadurch ist es aber auch möglich, dass nach abgeschlossener Familienplanung noch tiefgefrorene Embryonen vorhanden sind, welche das Paar nun aber nicht mehr für eigene Reproduktionszwecke verwenden möchte oder kann. In diesem Fall gelten die Embryonen als überzählig. Medizinisch gesehen sind für diese überzähligen Embryonen vier Möglichkeiten der Verwendung denkbar: (1) Sie werden unmittelbar oder nach Ablauf einer festgelegten Frist vernichtet, (2) sie werden in der (verbrauchenden) Forschung verwendet, (3) sie werden auf unbestimmte Zeit weiter kryokonserviert, oder (4) sie werden einer anderen Frau zur Austragung eingesetzt. In der Schweiz sind nur die Optionen 1 und 2 rechtlich zulässig. Bei der Spende an die Forschung werden die Embryonen letztlich ebenfalls vernichtet. Das Paar muss sich also zwischen der direkten Vernichtung und der Spende an die verbrauchende Forschung entscheiden, wenn die Konservierungsfrist abgelaufen ist und das Paar die Embryonen nicht mehr für die eigene Fortpflanzung verwenden möchte oder kann, sei es, weil es die Familienplanung abgeschlossen hat, das Paar sich nach der Konservierung umentscheidet und gar keinen resp. keinen weiteren gemeinsamen Nachwuchs mehr wünscht (z.B. aufgrund einer Trennung) oder weil es dem Paar aus medizinischen Gründen nicht mehr möglich ist, das Kind auszutragen.

Aus fortpflanzungsmedizinischer Sicht käme jedoch auch die Spende der überzähligen Embryonen an ein anderes Paar in Frage, das den Embryo «adoptiert». Dabei wird der Embryo in eine andere Frau transferiert, welche ihn austrägt und zu dessen (biologischer) Mutter wird. Diese sogenannte Embryonenspende ist medizinisch möglich und in einigen Ländern auch zulässig. In der Schweiz ist diese Methode jedoch verboten. Für die Anwendung einer Embryonenspende spricht vor allem, dass sie unfruchtbaren Paaren helfen kann, ihren Kinderwunsch zu erfüllen, und gleichzeitig dem überzähligen Embryo eine Lebenschance eröffnet, er dadurch also zu einem geborenen Kind werden könnte. Durch

¹² WÜRFEL, S. 225.

das Verbot der Embryonenspende in der Schweiz ist es hier jedoch nicht möglich, dass überzähligen Embryonen eine Chance auf Entwicklung und somit auf ein geborenes Leben gegeben wird. Der überzählige Embryo hat also aufgrund rechtlicher Vorgaben keine Überlebensperspektive.

Seit einer Verfassungs- und Gesetzesänderung per 1. September 2017 dürfen neu pro Behandlungsversuch bis zu zwölf Embryonen entwickelt werden und solche, die der Frau nicht sofort eingepflanzt werden, aufbewahrt werden (sog. Zwölferregel). Vor dem 1. September 2017 war die Entwicklung von maximal drei Embryonen zulässig und deren Kryokonservierung und somit Aufbewahrung war verboten, d.h., sie mussten in der Regel sofort in den Uterus transferiert werden (sog. Dreierregel). Die Existenz überzähliger Embryonen hat sich mit der Zwölferregel erhöht, da sowohl mehr Embryonen erzeugt als auch kryokonserviert werden dürfen.

3. Untersuchungsgegenstand

3.1. Das Embryonenspendeverbot

Auf Verfassungsstufe normiert Art. 119 Abs. 2 lit. d BV¹³ das Verbot der Embryonenspende folgendermassen: «Die Embryonenspende und alle Arten von Leihmutterchaft sind unzulässig». Das Verbot wird auf Gesetzesstufe im Fortpflanzungsmedizinengesetz (FMedG)¹⁴ in Art. 4 wiederholt und findet seine strafrechtliche Absicherung in Art. 37 lit. c FMedG: So wird mit Busse bis CHF 100'000.00 bestraft, wer aus gespendeten Eizellen und gespendeten Samenzellen einen Embryo entwickelt oder wer einen gespendeten Embryo auf eine Frau überträgt. Art. 37 lit. c FMedG richtet sich also primär an Reproduktionsmedizinerinnen und -mediziner. Es handelt sich beim Verbot der Embryonenspende nach Art. 4 FMedG um zwingendes Recht, d.h., eine Embryonenspende darf auch dann nicht durchgeführt werden, wenn die involvierten Personen dies wünschen und dazu einwilligen.¹⁵ Es gibt keine Ausnahmeregelungen, welche eine Embryonenspende an ein anderes Paar zulässt.¹⁶ Das Verbot der Embryonenspende umfasst sowohl die Spende überzähliger Embryonen wie auch die kombinierte Eizellen- und Samenspende (sogenannte «zu Spendezwecken hergestellte Embryonen»)¹⁷ sowie die Embryonenspende in vivo.¹⁸ Art. 3 Abs. 2 lit. a StFG¹⁹ sieht mit strafrechtlicher Absicherung in Art. 24 Abs. 1 lit b StFG zudem vor, dass überzählige Embryonen zu keinem anderen Zweck als der Gewinnung embryonaler Stammzellen verwendet werden dürfen. Gerechtfertigt wird das Verbot der Embryonenspende vor allem damit, dass das Kindeswohl beim Auseinanderfallen der sozialen, genetischen und biologischen Elternschaft gefährdet sei.²⁰ Zudem wird befürchtet, dass die Zulassung der Embryonenspende Bemühungen zur Ver-

¹³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999, SR 101.

¹⁴ Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG) vom 18. Dezember 1998, SR 810.11.

¹⁵ BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 2 zu Art. 4; REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 63 zu Art. 119. Ob eine Teilnahme durch die Spende- oder Wunscherlern möglich ist, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Grundsätzlich kann der Tatbestand durch jedermann erfüllt werden (so auch BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, a.a.O.).

¹⁶ So auch KUHN, S. 349.

¹⁷ BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 7 zu Art. 4. Vgl. die vorgenommenen Abgrenzungen im 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.3 (u.a. auch zur so genannten ROPA-Methode, also die Inanspruchnahme einer Samenspende bei einem Frauenpaar, wobei die Eizelle der einen Frau entnommen, der daraus entstehende Embryo aber der Partnerin eingesetzt wird).

¹⁸ KUHN, S. 350; REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 63 zu Art. 119; implizit auch RÜTSCHÉ/PICCCHI, SHK FMedG, N 87 zu Art. 119 BV.

¹⁹ Bundesgesetz über die Forschung an embryonalen Stammzellen (Stammzellenforschungsgesetz, StFG), SR 810.31.

²⁰ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 253; REHMANN-SUTTER, S. 187.

meidung von überzähligen Embryonen untergraben würden; es käme vielmehr zu einem leichtfertigen Entstehen überzähliger Embryonen.²¹

3.2. Der Begriff der Embryonenspende

Der in dieser Untersuchung verwendete Begriff der Embryonenspende umfasst nur die Spende überzähliger Embryonen *in vitro* zu Fortpflanzungszwecken, welche nach den geltenden Vorgaben des FMedG erzeugt wurden, und somit folgende Situation: Ein Embryo wird für ein verheiratetes oder in Konkubinat lebendes Paar mittels IVF in der Absicht gezeugt, diesen Embryo der Frau zur Austragung und Geburt zu übertragen. Diese Frau ist die genetische Mutter des Embryos, d.h., von ihr stammt die Eizelle, und es ist vorgesehen, dass sie auch die biologische sowie rechtliche und soziale Mutter des daraus zu entstehenden Kindes sein wird, d.h., sie soll das Kind austragen und aufziehen. Der Ehemann oder Partner der Frau ist der genetische und biologische Vater, d.h., von ihm stammt die Samenzelle, und er soll auch der rechtliche und soziale Vater des Kindes werden. Ist der Embryo aus einer Samenspende entstanden, so stammt das Kind genetisch und biologisch vom Samenspender ab, und der Ehemann ist der rechtliche und soziale Vater oder die Ehefrau der Mutter der rechtliche und soziale zweite Elternteil des daraus zu entstehenden Kindes.²² Wird dieser Embryo überzählig, wird er für das Paar also endgültig nicht mehr zu Fortpflanzungszwecken verwendet, kann er medizinisch gesehen mittels Embryonenspende einem anderen Kinderwunschpaar zur Verfügung gestellt werden. Dabei trägt die den Embryo «adoptierende» Mutter den Embryo aus und wird damit dessen biologische und rechtliche Mutter.²³ Zudem zieht sie das daraus entstehende Kind auf und wird so zur sozialen Mutter. Der «adoptierende» Vater wird rechtlicher und sozialer Vater des Kindes, ist aber nicht dessen biologischer oder genetischer Vater. Im Falle einer gleichgeschlechtlichen Ehe wird die Ehefrau der Mutter die zweite rechtliche und soziale Mutter. Es geht also nicht darum, dass die Schwangere das Kind für ein anderes Paar oder eine andere Person austrägt (sog. Leihmutterchaft).

Die kombinierte Samen- und Eizellenspende (d.h. Zeugung in Spendeabsicht) wie auch die Embryo-Lavage²⁴ sind nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Zudem sind die Spende von unrechtmässig hergestellten Embryonen (wie z.B. durch Klonen) oder der Einbezug weiterer verbotener Praktiken (z.B. die Embryonenspende in Kombination mit einer Leihmutterchaft oder unzulässige genetische Untersuchungen) nicht Bestandteil der Analyse – dies würde den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen. Es

²¹ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 253.

²² Dies entspricht den derzeit nach FMedG zulässigen Möglichkeiten der IVF. Der einfacheren Lesbarkeit halber wird jeweils vom genetischen Vater geschrieben, auch wenn die Zeugung mittels Samenspende zulässig ist und dadurch nur ein rechtlicher Vater oder zweiter rechtlicher Elternteil zum Kinderwunschpaar gehört. Siehe Ausführungen zur genetischen, biologischen und sozialen Elternschaft im 2. Teil, Kapitel A, Ziff. 4.2.1.

²³ Die biologische Mutter wird manchmal auch als «Geburtsmutter» bezeichnet (so etwa bei JUNGO et al., N 96).

²⁴ Vgl. dazu 2. Teil, Kapitel A, Ziff. 4.2.6.

ergeben sich weitere Abgrenzungsfragen, so etwa die Spende imprägnierter Eizellen, das Austragen des Embryos durch die Partnerin der genetischen Mutter oder die Verwendung von Embryonen nach dem Tod des Partners durch die Witwe. Diese Fragen sind allerdings nicht Teil einer vertieften Prüfung, sondern werden gesondert im Rahmen der Kindeswohlklärung (so die Verwendung von Embryonen durch die Witwe²⁵) thematisiert oder als Differenzierungsfragen im Rahmen der Überlegungen zur Embryonenspende de lege ferenda²⁶ aufgeworfen.

Der Deutsche Ethikrat verwendet den Begriff der «Embryooption», soweit es um die Perspektive der Wunscheltern geht, und die Terminologie «Embryonenspende», soweit die genetischen Eltern betrachtet werden: Der Begriff der «Spende» beinhalte die altruistische Weitergabe, wohingegen beim Wort «Adoption» die elterliche Verantwortung für ein Lebewesen, welche von den genetischen Eltern zu den sozialen Eltern übergehe, im Zentrum stehe.²⁷ In der Literatur finden sich aber auch Begriffe wie «präinatale» oder «präimplantative» Adoption, oder, in Bezug auf die Fremdheit der Keimzellen, «heterologer Embryotransfer» oder «heterologe Implantation».²⁸ Als alternative Formulierung wird etwa auch die «Familienbildung mit Embryonen Anderer» vorgeschlagen.²⁹ In der vorliegenden Untersuchung wird mehrheitlich die Terminologie der «Embryonenspende» verwendet, bei Fragen des Kindeswohls, insbesondere im Vergleich mit der Fremdkindadoption, gelegentlich auch die «Embryooption».

3.3. Ziel der Untersuchung

In dieser Arbeit soll beleuchtet werden, weshalb die Embryonenspende in der Schweiz verboten ist und ob sich ihr Verbot mit den vorgebrachten Argumenten rechtfertigen lässt. Das Embryonenspendeverbot ist also auf die Plausibilität und Überzeugungskraft der Argumente hin zu untersuchen. Das Verbot der Embryonenspende führt dazu, dass sogenannte überzählige Embryonen in vitro keine Lebenschance mehr erhalten. Des Weiteren schränkt das Verbot die Fortpflanzungsmöglichkeit ein – so kann die Embryonenspende Paaren, welche nicht mit ihren Samen- und Eizellen Kinder bekommen können, eigenen Nachwuchs ermöglichen. Zudem fallen mit der Zwölferregel mehr Embryonen an, die schlussendlich überzählig werden können, als zuvor mit der Dreierregel. Aufgrund

²⁵ Siehe dazu 3. Teil, Kapitel C, Ziff. 5.10 und Ausführungen zur Embryonenspende de lege ferenda, 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.4.

²⁶ Siehe dazu 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.3 und 2.4.

²⁷ Deutscher Ethikrat, S. 13. LEHMANN hingegen unterscheidet die Begriffe Embryonenspende und Embryooption dahingehend, dass eine Embryooption das Einsetzen eines überzähligen Embryos in die Gebärmutter einer anderen Frau sei, wohingegen der Embryo bei der Embryonenspende für die sozialen Eltern zum Zweck der Spende gezeugt werde (d.h. eine kombinierte Samen- und Eizellenspende) (LEHMANN, S. 152).

²⁸ JOFER, S. 515, m.w.V. Ähnlich etwa HARTLEB, Grundrechtsschutz, S. 220 («Präimplantationsadoption»). KUHN verwendet zudem auch den Begriff der «In-vitro-Adoption» (KUHN, S. 352).

²⁹ So THORN/HILBIG-LUGANI/WISCHMANN, S. 73.

dessen ist es angebracht, die Argumentation für das verfassungsmässige Verbot genau zu analysieren.

Ziel der Untersuchung ist die Beantwortung der Frage, ob insbesondere im Lichte der neuen Regelungen der Entstehungsmöglichkeiten überzähliger Embryonen das Verbot der Embryonenspende reformiert oder sogar gänzlich aufgehoben werden muss. Die Frage des Umgangs mit überzähligen Embryonen hat sich zweifellos bereits bei der Geltung der Dreierregel gestellt.³⁰ Wenn man überzähligen Embryonen mit der Embryonenspende eine Chance auf Leben geben will, so gilt dies unabhängig davon, ob die Dreier- oder die Zwölferregel gilt. Jedoch ist mit der Zwölferregel die Dringlichkeit der Problematik gewachsen.

Mit der Zulassung der Kryokonservierung und der Zwölferregel hat sich die Schweiz an internationale IVF-Standards angepasst. Dies verhilft vielen unfruchtbaren Paaren in der Schweiz zum eigenen Kind und verringert gleichzeitig die physische Belastung durch IVF-Behandlungen bei der Frau. Eine Kritik an der Zwölferregel und der Kryokonservierung von Embryonen ist nicht Thema der vorliegenden Untersuchung. Vielmehr geht es um den Umgang mit den nun planmässig anfallenden überzähligen Embryonen, deren Existenz durch die Zwölferregel mindestens in Kauf genommen wird. Zudem soll die Freigabe zu Forschungszwecken nicht grundsätzlich in Frage gestellt, sondern stattdessen die Embryonenspende als alternative Verwendungsmöglichkeit zur Freigabe an die Forschung geprüft werden.

Mit der vorliegenden Abhandlung soll keine abschliessende Regelung für den Umgang mit überzähligen Embryonen zu Fortpflanzungszwecken erarbeitet werden. Vielmehr soll die Arbeit als Anregung dienen, den Umgang mit überzähligen Embryonen in die laufenden Überlegungen zu einer Reform des Schweizer Fortpflanzungsmedizingesetzes³¹ einzubeziehen. Sie wirft einen kritischen Blick auf die Scheu der Gesetzgebung, unter Inkaufnahme einer doppelt-heterologen Fortpflanzungsmethode Embryonen eine Chance auf Leben zu geben. Die Erweiterung der Nutzung überzähliger Embryonen um die Embryonenspende soll in die politische und rechtliche Diskussion eingebracht werden.

3.4. Gang der Untersuchung

Zunächst werden im 2. Teil die medizinischen (A.) und die rechtlichen (B.) Grundlagen zur Fortpflanzungsmedizin dargelegt. Die Übersicht über die verschiedenen Reproduktionsmethoden erfolgt, um die Embryonenspende im Gesamtgefüge des medizinisch Möglichen und rechtlich Zulässigen einzuordnen. Anschliessend wird der überzählige Embryo genauer betrachtet, sowohl aus medizinischer wie auch aus rechtswissenschaftlicher Sicht, wobei die Terminologie der Überzähligkeit kritisch hinterfragt wird. Zudem wird die Verwendung des überzähligen Embryos de lege lata dargelegt und des Weiteren die Praxisrelevanz der Embryonenspende geklärt (C.).

³⁰ Siehe dazu etwa die Diskussion in Deutschland.

³¹ Vgl. WBK-S, Bericht vom 22. August 2022.

Im 3. Teil wird das Verbot der Embryonenspende analysiert. Nach einer Einleitung (A.) wird zunächst die Rechtsposition des Embryos *in vitro* untersucht und danach gefragt, ob diese stark genug ist, um das Verbot in Frage zu stellen (B.): Dabei wird der Status des Embryos *in vitro* eingehend behandelt, da abzuklären ist, ob ein allfälliger Grundrechtsschutz des Embryos dem Verbot der Embryonenspende entgegensteht. Es wird erörtert, ob der Embryo ein Recht auf Leben und auf Achtung der Menschenwürde hat. Der in der Schweiz bestehende Embryonenschutz wird abgeklärt, und die entsprechenden Konsequenzen für das Verbot der Embryonenspende werden beleuchtet. Zudem wird der rechtliche Schutzzumfang des Embryos *in vitro* erörtert: Es wird analysiert, ob dem Staat dadurch, dass er das Anfallen überzähliger Embryonen ermöglicht, diesen gegenüber Schutzpflichten obliegen und was diese Schutzpflichten in Bezug auf das Verbot der Embryonenspende bedeuten. Anschliessend wird die Fortpflanzungsfreiheit der Betroffenen betrachtet (C.). Denn neben dem potenziellen Status und Schutzanspruch des Embryos *in vitro* kann auch die Reproduktionsfreiheit der potenziellen Eltern beim Embryonenspendeverbot tangiert sein: Den Wunscheltern verhilft man mit der Embryonenspende zum eigenen Kind mittels Fortpflanzungsmedizin, und die genetischen Eltern haben womöglich ein Interesse daran, ihre Embryonen «zur Adoption» freizugeben, anstatt sie vernichten zu lassen. In der vorliegenden Untersuchung nicht betrachtet wird eine allfällige Forschungs- und Wirtschaftsfreiheit der Reproduktionsmedizinerinnen und -mediziner sowie eine vertiefte Abklärung der Gewissensfreiheit. Sodann wird die Argumentation des Verfassungs- und Gesetzgebers für das Verbot der Embryonenspende beleuchtet und kritisch hinterfragt. Auch da wird die Konsequenz für das Verbot der Embryonenspende zu ziehen sein (D.).

Im 4. Teil werden die Ergebnisse betrachtet und ein Gesamtfazit gezogen (A.). Anschliessend werden Vorschläge *de lege ferenda* angeregt, wobei zuerst Abgrenzungsfragen zu stellen sind und eine grundsätzliche Entscheidung der Orientierung anhand der Regelungen der Samenspende oder der Regelungen zur Fremdkindadoption zu treffen ist (B.). Ein Schlusswort rundet die Gesamtanalyse ab (C.).

Die Schweiz hat im Vergleich zu den übrigen europäischen Ländern sehr restriktive Regelungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin.³² Im Verlauf der vorliegenden Arbeit wird regelmässig auf die Regelungen in Deutschland verwiesen, wo die Embryonenspende nicht verboten ist. Zudem wird gelegentlich ein Blick auf die Debatte rund um die Embryonenspende in den USA gerichtet, ohne die dortigen neuesten Entwicklungen der Reproduktionsfreiheit und deren Einschränkung einzubeziehen. Ein Rechtsvergleich im eigentlichen Sinne mit Recherche, Gegenüberstellung und Auswertung³³ wird in dieser Abhandlung nicht vorgenommen. Anstelle eines Ländervergleichs werden vereinzelt Informationen primär aus dem deutschen Recht vorgebracht, um Argumente für oder gegen die Zulassung der Embryonenspende zu finden. Dies dient nicht dazu, das Schweizer Recht auszulegen.³⁴

³² BÜCHLER, *Eizellenspende*, S. 50; GUILLOD/ERARD, S. 603. Zustimmend z.B. BERTSCHI, S. 213; FOUNTOLAKIS, S. 248; LEVY, S. 204.

³³ Vgl. RÜTSCHÉ, *Rechtsvergleichen*, S. 124 f.

³⁴ Vgl. Ausführungen bei RÜTSCHÉ, *Rechtsvergleichen*, S. 139.

2. Teil: Grundlagen

A. Reproduktionsmedizinische Grundlagen

1. Einleitung

Bevor auf die Embryonenspende als fortpflanzungsmedizinische Methode eingegangen werden kann, sollen zuerst die reproduktionsmedizinischen Grundlagen dargelegt werden: Zuerst wird die Fortpflanzungsmedizin definiert (Ziff. 2), anschliessend die Unfruchtbarkeit im medizinischen Sinn (Ziff. 3). Danach werden die derzeit medizinisch möglichen Methoden der Reproduktionsmedizin aufgezeigt (Ziff. 4). Dies dient dazu, die Embryonenspende innerhalb der modernen Fortpflanzungsmedizin einordnen zu können.

2. Die Fortpflanzungsmedizin

Die Fortpflanzungsmedizin kann definiert werden als «jener Bereich der Medizin [...], der sich mit Anatomie, Physiologie, Biochemie und Pathologie der Fortpflanzungsorgane und des Keimguts sowie den psychologischen Aspekten der Unfruchtbarkeit beschäftigt». ³⁵ In der Botschaft des Bundesrates zum FMedG werden Eingriffe in das Keim- und Erbgut per se als «künstlich» definiert. ³⁶ Auch das Bundesgericht unterscheidet zwischen «natürlicher» und «künstlicher» Fortpflanzung. ³⁷ Ganz auf die Terminologie der «Künstlichkeit» verzichten der Amstad-Bericht ³⁸ und das FMedG; dabei versteht der Amstad-Bericht unter Fortpflanzungs- oder Reproduktionsmedizin «alle jene Methoden, bei denen der Zeugungsvorgang nicht auf dem natürlichen Weg der geschlechtlichen Vereinigung von Mann und Frau, sondern instrumentell eingeleitet wird». ³⁹ Nach Art. 2 lit. a FMedG sind mit den «Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung» ebenfalls alle Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr gemeint. ⁴⁰ Durch das Kriterium des Geschlechtsverkehrs fallen etwa Hormontherapien nicht unter die Definition der medizinisch unterstützten Fortpflanzung im rechtlichen Sinn. ⁴¹

³⁵ BELSER/MOLINARI, BSK BV, N 10 zu Art. 119; vgl. auch REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 9 zu Art. 119.

³⁶ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 208; siehe auch ANNER, S. 247 f.

³⁷ BGE 115 Ia 234 (240 f.) E. 3; BGE 119 Ia 460 (466) E. 4a; siehe auch ANNER, S. 248.

³⁸ Amstad-Bericht, Expertenkommission Humangenetik und Reproduktionsmedizin, Bericht vom 19. August 1988, BBl 1989 III 1029 ff.

³⁹ Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1038.

⁴⁰ Der Anwendungsbereich wurde bewusst offen gelassen, um künftig entstehenden reproduktionsmedizinischen Methoden Platz zu lassen (Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 246).

⁴¹ ANNER, S. 248 f. Siehe zu Hormontherapien NEK, Forschung an Embryonen, S. 82.

Art. 119 BV wiederum hingegen umfasst mit dem Begriff der Fortpflanzungsmedizin neben der medizinisch unterstützten Fortpflanzung auch die Empfängnisverhütung, Ultraschalluntersuchungen und hormonelle Stimulationen.⁴²

3. Unfruchtbarkeit im medizinischen Sinn

Ausgangspunkt für die Inanspruchnahme eines fortpflanzungsmedizinischen Verfahrens ist in vielen Fällen die Unfruchtbarkeit. Ein Paar gilt nach der Definition der Weltgesundheitsorganisation WHO als unfruchtbar, wenn trotz ungeschütztem regelmässigem Geschlechtsverkehr innert eines Jahres keine Schwangerschaft entsteht.⁴³ In der Praxis wird jedoch grundsätzlich im Einzelfall entschieden, ob bei einer Person eine Unfruchtbarkeit vorliegt oder nicht.⁴⁴ Unfruchtbarkeit soll nach der medizinisch-klinischen Definition zudem eher als breites Spektrum verstanden werden, das von temporär verminderter Fruchtbarkeit bis hin zur vollständigen Sterilität oder Infertilität reicht.⁴⁵ Sterilität bedeutet die Unfähigkeit, Kinder zu zeugen. Bei der Frau spricht man von Sterilität, wenn sie keine fruchtbaren Eizellen produzieren kann. Infertilität dagegen bedeutet, dass eine Frau kein lebendes Kind gebären kann. Sie liegt vor, wenn die Frau eigene fruchtbare Eizellen hat, also schwanger werden kann, es aber stets zu Fehl- oder Totgeburten kommt.⁴⁶ Beim Mann bedeutet Sterilität, dass er entweder über keine Spermien verfügt oder eine verminderte Spermienzahl aufweist.⁴⁷ Viele ungewollt kinderlose Paare sind allerdings nicht absolut unfruchtbar, sondern in ihrer Fruchtbarkeit eingeschränkt: Diese sogenannte Subfertilität bedeutet eine geringe Wahrscheinlichkeit, auf natürlichem Wege Nachkommen zeugen zu können.⁴⁸

Die medizinische Ursache für die ungewollte Kinderlosigkeit heterosexueller Paare liegt zu 40 Prozent beim Mann, zu 20 Prozent bei der Frau und zu 30 Prozent bei beiden. In etwa zehn Prozent der Fälle kann die Ursache der Unfruchtbarkeit nicht genau bestimmt werden.⁴⁹ Generell sind Fruchtbarkeitsprobleme in den Industriestaaten steigend.⁵⁰ Der häu-

⁴² REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 9 zu Art. 119. Dies, da Art. 119 BV jeden Missbrauch im Umgang mit Keim- und Erbgut erfassen soll (REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, a.a.O.).

⁴³ WHO, ICD-11.

⁴⁴ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 255; PETER, Rz. 28 f. Da die Eintretenswahrscheinlichkeit einer Schwangerschaft mit dem Alter der Frau variieren kann, verwenden Mediziner teilweise Zeiträume von bis zu zwei Jahren, um die Unfruchtbarkeit festzulegen (Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 255; BÜCHLER, Eizellenspende, S. 29).

⁴⁵ BÜCHLER/RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 14 zu Art. 5; PASSET-WITTIG, S. 34.

⁴⁶ LUDWIG/DIEDRICH/NAWROTH, Reproduktionsmedizin, S. 3; PSCHYREMBEL, «Infertilität», S. 830; WÜRFEL, S. 190.

⁴⁷ BÜCHLER/RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 14 zu Art. 5; vgl. auch LUDWIG/DIEDRICH/NAWROTH, Reproduktionsmedizin, S. 4.

⁴⁸ LUDWIG/DIEDRICH/NAWROTH, Reproduktionsmedizin, S. 3 ff.; WÜRFEL, S. 190.

⁴⁹ NEK, Samenspende, S. 12; vgl. ähnliche Zahlen bei KAISER, Kommentar ESchG, A. IV., Rn. 170.

⁵⁰ BÜCHLER/MICHEL, S. 349. Es ist anzunehmen, dass die Fruchtbarkeit generell aufgrund von Umweltfaktoren wie hormonaktive Stoffe sowie aufgrund gesundheitlicher Faktoren wie Rauchen oder Übergewicht zurückgeht (NEK, Fortpflanzung, S. 12).

figste Grund für die Sterilität bei der Frau ist eine Ovulationsstörung, bei welcher das hormonelle Gleichgewicht nicht oder nicht mehr besteht, welches notwendig für das Heranreifen einer Eizelle ist. Daneben sind eine gestörte Eileiterfunktion und andere Erkrankungen oder Funktionsstörungen der Gebärmutter regelmässig Verursacher der weiblichen Unfruchtbarkeit.⁵¹ Zudem gibt es auch die altersbedingte Unfruchtbarkeit: Denn je älter eine Frau wird, desto weniger fruchtbare Eizellen sind bei ihr vorhanden, und heutzutage sind immer mehr Frauen bei der Geburt ihres ersten Kindes über 35 Jahre alt.⁵² Beim Mann ist zumeist ein Quantitäts- oder Qualitätsmangel der Spermien ausschlaggebend.⁵³ Zusätzlich gibt es die sogenannte «soziale Unfruchtbarkeit»: Sie betrifft alleinstehende Personen und homosexuelle Paare, die sich ihren Kinderwunsch mittels Reproduktionsmedizin oder Adoption erfüllen müssen, da auf natürlichem Wege keine Schwangerschaft möglich ist.⁵⁴ Die Qualifizierung der «sozialen Unfruchtbarkeit» als Unfruchtbarkeit im rechtlichen Sinn ist Gegenstand kontroverser Diskussionen in der Rechtswissenschaft.⁵⁵

4. Die reproduktionsmedizinischen Methoden und ihre Zulässigkeit in der Schweiz

4.1. Homologe Systeme

4.1.1. Verwendung eigener Keimzellen

Die Fortpflanzungsmedizin unterscheidet zwischen homologen und heterologen Methoden. Im Falle einer homologen Fortpflanzung stammt das Kind genetisch und biologisch von beiden Wunscheltern ab, es findet also keine Hinzuziehung Dritter statt.⁵⁶ Bei homologen Methoden der Reproduktionsmedizin werden folglich die eigenen Keimzellen der Wunscheltern verwendet. Es findet also eine Befruchtung der Eizelle der Frau mittels Spermias ihres Ehemannes oder Partners statt. Ein homologes System wird dann angewandt, wenn beide Partner zwar grundsätzlich fruchtbar sind, die Frau durch den Ge-

⁵¹ Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1172; BADENHAUSEN S. 5 ff. m.w.V.; PSCHYREMBEL, «Sterilität», S. 1718.

⁵² BÜCHLER, Eizellenspende, S. 6; BÜCHLER/MICHEL, S. 349; siehe Zahlen bei BFS, Geburten und Todesfälle.

⁵³ Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1172; BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 9; vgl. auch PSCHYREMBEL, «Sterilität», S. 1669.

⁵⁴ Siehe Ausführungen bei JOFER, S. 192 ff. Dies mit Ausnahme derjenigen homosexuellen und alleinstehenden Frauen, welche auf natürliche Weise schwanger werden, aber von Anfang an beabsichtigen, das Kind allein oder mit der Partnerin grosszuziehen und den biologischen Vater womöglich gar nicht erst über die Vaterschaft informieren.

⁵⁵ Siehe 2. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.2.

⁵⁶ CZECH, S. 148; WÜRFEL, S. 217. In der deutschen Literatur wird das homologe System teilweise auf die Ehe reduziert und die Anwendung von Fortpflanzungsmedizin bei eheähnlichen Lebensgemeinschaften als «quasi-homologes» System bezeichnet (so z.B. GÜNTHER, Kommentar ESchG, B. V., Rn. 92; HASKAMP, S. 14; JUNGFLEISCH, S. 18).

schlechtsverkehr jedoch nicht schwanger wird.⁵⁷ Homologe Methoden sind in allen europäischen Ländern grundsätzlich erlaubt.⁵⁸

4.1.2. *Intrauterine Insemination*

Die intrauterine Insemination ist die einfachste Methode der Fortpflanzungsmedizin und ist die instrumentelle Einführung von Spermien in den weiblichen Genitaltrakt zum Zweck der Befruchtung der Eizelle. Dabei werden Samenzellen des Mannes, die entweder durch Masturbation oder mittels eines mikrochirurgischen Eingriffs gewonnen wurden, gereinigt, selektiert und mit einem Katheter in den Genitaltrakt der Frau eingeführt und so in die unmittelbare Nähe des Befruchtungsortes gebracht, wo die Spermien respektive ein Spermium die herangereifte Eizelle befruchtet.⁵⁹ Eizellen müssen keine entnommen werden; die Fertilisation der Eizelle geschieht *in vivo*, also im Körper der Frau.⁶⁰

4.1.3. *In-vitro-Fertilisation*

4.1.3.1. *«Klassische» IVF*

Wenn von «künstlicher Befruchtung» gesprochen wird, so ist meistens das In-vitro-Fertilisationsverfahren gemeint. Die In-vitro-Fertilisation, die intrazytoplasmatische Spermieninjektion und die anschliessende Kryokonservierung sind die eigentlichen Kernverfahren der medizinisch assistierten Fortpflanzung.⁶¹ In-vitro-Fertilisation, kurz IVF, bedeutet die «Befruchtung im Glas», also die extrakorporale und somit «künstliche» Befruchtung.⁶² Bei der klassischen IVF werden Spermien und Eizellen in einem Nährmedium – einem Reagenzglas oder einer Petrischale – zusammengebracht. Dabei werden die Eizellen mit den Spermien befruchtet und anschliessend in die Gebärmutter der Frau eingesetzt.⁶³ Das Verfahren läuft in der Regel folgendermassen ab: Die Spermien des Mannes werden nach der Entnahme aufbereitet, um wenig erfolgversprechende Spermien auszusortie-

⁵⁷ AEBI-MÜLLER/DÖRR, S. 155; WEYRAUCH, S. 4.

⁵⁸ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 231.

⁵⁹ CZECH, S. 157; DORN, Reproduktionsmedizin, S. 201 ff.; JOFER, S. 146 f.; PSCHYREMBEL, «Insemination», S. 837.

⁶⁰ Weil der Prozess der Befruchtung im Körper der Frau und nicht *in vitro* geschieht, wird teilweise vorgebracht, dass es sich dabei gar nicht um eine medizinisch assistierte Reproduktion handelt (so ARONS, S. 5). Das Schweizer Recht subsumiert die intrauterine Insemination allerdings unter die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung (vgl. Art. 2 lit. a und b FMedG).

⁶¹ PASSET-WITTIG, S. 42.

⁶² WÜRFEL, S. 199. Oder gemäss Legaldefinition in Art. 2 lit. c FMedG «die Vereinigung einer Eizelle mit Samenzellen ausserhalb des Körpers der Frau». Genau genommen geht der Befruchtungsvorgang an sich ohne Eingriffe durch die Medizin vonstatten, sondern geschieht in dem Sinne «natürlich» wie bei der Fortpflanzung durch Geschlechtsverkehr – allerdings an einem «künstlichen» Ort, d.h. ausserhalb der Gebärmutter (so auch bspw. AB 1990 S 489 [Votum Gautier]; FÜLLE, S. 33; WÜRFEL, S. 200 und S. 243 f.).

⁶³ KAISER, Kommentar ESchG, A. IV., Rn. 191; NEK, Fortpflanzung, S. 13; PSCHYREMBEL, «In-vitro-Fertilisation», S. 852.

ren.⁶⁴ Vor Gewinnung ihrer Eizellen wird die Frau mittels hormoneller Stimulation behandelt, wodurch die Produktion mehrerer Eizellen angeregt wird. Dieses Verfahren ist nötig, damit mehrere Eizellen befruchtet werden können und somit eine höhere Anzahl Embryonen entsteht. Dadurch wird die Chance erhöht, dass sich wenigstens ein Embryo einnistet und in der Folge eine Schwangerschaft resultiert. Im nächsten Schritt werden die Eizellen bei einem chirurgischen Eingriff entnommen.⁶⁵ Anschliessend wird die Eizelle *in vitro* mit den Spermien zusammengeführt. Nach erfolgter Befruchtung wird der Embryo in die Gebärmutter eingepflanzt.⁶⁶ Eine Schwangerschaft nach IVF tritt pro Embryotransfer bei 23–27 Prozent der Frauen ein.⁶⁷ Die erste geglückte IVF fand 1978 in Grossbritannien statt.⁶⁸ Das erste durch IVF gezeugte Kind der Schweiz kam 1985 in Locarno zur Welt.⁶⁹

4.1.3.2. *Intrazytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI)*

Die intrazytoplasmatische Spermieninjektion, kurz ICSI, wurde als Abwandlung der IVF in den 1990er-Jahren entwickelt.⁷⁰ Dabei wird ein Spermium ausgewählt und mit einer Hohlnadel in die Eizelle injiziert. Weil nur ein einziges Spermium zur Befruchtung benötigt wird, eignet sich ICSI insbesondere für diejenigen Männer, deren Spermien eine niedrige Qualität oder Quantität aufweisen. Da es direkt in die Eizelle injiziert wird, muss das Spermium nicht einmal beweglich sein.⁷¹ Der Unterschied zur klassischen IVF liegt darin, dass das Eindringen des Spermiums in die Eizelle nicht nur unterstützt, sondern gänzlich vom Medizinpersonal durchgeführt wird.⁷² Die Bedeutung von ICSI in der Reproduktionsmedizin ist steigend; sie wird heutzutage zunehmend routinemässig angewandt.⁷³

4.1.4. *Gametentransfer*

Beim Gametentransfer werden die entnommenen Eizellen und das gewonnene Spermia gleichzeitig in einen Eileiter (intratubarer Gametentransfer) oder den Uterus (intrauteriner Gametentransfer) gegeben, wo sie aufeinandertreffen. Die Befruchtung findet somit

⁶⁴ EBNER/DIEDRICH, Reproduktionsmedizin, S. 220 f.; WACHTER, S. 8.

⁶⁵ NEK, Social Egg Freezing, S. 4; WACHTER, S. 8.

⁶⁶ LEHMANN, S. 70; PASSET-WITTIG, S. 42; WACHTER, S. 8.

⁶⁷ PSCHYREMBEL, «In-vitro-Fertilisation», S. 852.

⁶⁸ LUDWIG/DIEDRICH, Reproduktionsmedizin, S. 16; WUNDER/RÖTHLISBERGER, SHK FMedG, N 1 zu Medizinische und genetische Grundlagen.

⁶⁹ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 209.

⁷⁰ BERTSCHI, S. 15. Das erste durch ICSI gezeugte Kind kam 1992 zur Welt (WUNDER/RÖTHLISBERGER, SHK FMedG, N 1 zu Medizinische und genetische Grundlagen).

⁷¹ EBNER/DIEDRICH, Reproduktionsmedizin, S. 217 und S. 222 f.; GÜNTHER, Kommentar ESchG, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 2, Rn. 15. Siehe auch DORNECK, S. 91. Mit ICSI können auch hochgradige männliche Fruchtbarkeitsprobleme überwunden werden (BLEISCH/BÜCHLER, S. 210; EBNER/DIEDRICH, Reproduktionsmedizin, S. 217).

⁷² JUNGLEISCH, S. 13; LEHMANN, S. 8; PSCHYREMBEL, «Intracytoplasmatic Spermia Injection», S. 849.

⁷³ KAISER, Kommentar ESchG, A. IV., Rn. 192; NEK, Forschung an Embryonen, S. 82.

in vivo statt. Es handelt sich dabei um ein aufwendiges Verfahren, jedoch ist die Erfolgsrate höher als bei der IVF. Diese Methode kann nur angewandt werden, wenn die Fruchtbarkeitsstörung ausschliesslich beim Mann liegt.⁷⁴

4.1.5. Eizellenvorsorge

Präventive Eizellenvorsorge, auch «(Social) Egg Freezing» genannt, ist das vorsorgliche Kryokonservieren unbefruchteter Eizellen. Sie beruht auf der Erkenntnis, dass die Erfolgsrate einer möglichen Schwangerschaft bei Verwendung aufgetauter unbefruchteter Eizellen gleich hoch ist wie bei Verwendung «frischer» Eizellen.⁷⁵ Zudem wurde erkannt, dass nicht das Alter der Frau, sondern das biologische Alter der zu befruchtenden Eizellen für eine erfolgreiche Empfängnis und das Eintreten einer Schwangerschaft ausschlaggebend ist.⁷⁶ Beim Egg Freezing werden der Frau Eizellen entnommen, eingefroren und aufbewahrt, damit die Frau diese Eizellen zu einem späteren Zeitpunkt zwecks Erfüllung ihres Kinderwunsches auftauen, mittels IVF befruchten und sich wieder einpflanzen lassen kann. Somit bleibt die Möglichkeit erhalten, dass die Frau auch im höheren Alter mit eigenen Eizellen Nachwuchs bekommen kann.⁷⁷ Medizinisch gesehen können Eizellen mehr oder weniger beliebig lang kryokonserviert werden, denn eine Eizelle ist nach dem Auftauen noch genauso «jung» und intakt wie bei der Entnahme.⁷⁸

Die Eizellenvorsorge kann zum einen aus medizinischen Gründen erfolgen, beispielsweise vor einer Chemotherapie, wenn befürchtet wird, dass nach abgeschlossener Krebsbehandlung keine Eizellen mehr vorhanden oder die Eierstöcke beschädigt sind.⁷⁹ Die Kryokonservierung aus medizinischen Gründen kann auch für Samenzellen vorgenommen werden.⁸⁰ Zum anderen erfolgt eine Eizellenvorsorge häufig auch aus «sozialen» Gründen: Diese umfassen gesellschaftliche Faktoren wie längere Ausbildungsdauer, Berufskarriere oder Finden des richtigen Partners, welche für die Frau ausschlaggebend sind, um erst in einem späteren Lebensabschnitt Nachwuchs zu bekommen. Mit der Eizellenvorsorge soll Frauen der Zeitdruck bei der Familiengründung genommen werden.⁸¹ In der Schweiz muss die Eizellenvorsorge nicht registriert werden, womit auch keine verlässlichen Daten über deren hiesige Popularität vorliegen.⁸²

⁷⁴ JUNGFLAISCH, S. 13; KAISER, Kommentar ESchG, A. IV., Rn. 181; ZIMMERMANN, S. 6. Siehe auch RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 16 ff. zu Art. 2.

⁷⁵ NEK, Social Egg Freezing, S. 4; PETER, Rz. 1; WUNDER, S. 2.

⁷⁶ TETTAMANTI, Rz. 5, m.w.V.; WUNDER, S. 4. Siehe auch PETER, Rz. 7.

⁷⁷ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 47; HOTZ, Eizellenvorsorge, S. 1.

⁷⁸ HOTZ, Eizellenvorsorge, S. 3; TETTAMANTI, Rz. 2.

⁷⁹ HOTZ, Eizellenvorsorge, S. 1 f.; NEK, Social Egg Freezing, S. 12.

⁸⁰ JUNOD/WUNDER/HURST, Rz. 4.

⁸¹ HOTZ, Eizellenvorsorge, S. 1; NEK, Social Egg Freezing, S. 12; PETER, Rz. 1; TETTAMANTI, Rz. 5. Weiteres zur späten Mutterschaft und deren Gründe siehe ROST, SHK FMedG, N 10 ff. zu Soziologische Hintergründe der Fortpflanzungsmedizin.

⁸² NEK, Social Egg Freezing, S. 9. Weiteres zum Social Egg Freezing auch bei DÖRR, SHK FMedG, N 19 ff. zu Art. 15; sowie ausführlich FÄSSLER et al., S. 11 ff.

4.2. Heterologe Systeme

4.2.1. Schwangerschaftsherbeiführung unter Einbezug Dritter

Heterologe Fortpflanzungsmethoden bezeichnen Verfahren zur Herbeiführung einer Schwangerschaft unter Einbeziehung von Dritten.⁸³ Dabei fallen genetische, biologische und soziale Elternschaft regelmässig auseinander: Von der genetischen Mutter stammt die Eizelle, aus welcher das Kind entsteht. Biologische Mutter ist diejenige Frau, die das Kind austrägt und gebärt. Die genetische und biologische Vaterschaft lässt sich nicht teilen: Aus dem Samen des sowohl genetischen als auch biologischen Vaters wird das Kind gezeugt. Die sozialen Eltern werden als «Wunschmutter» oder «Wunschvater» bezeichnet. Sie sind diejenigen, welche das Kind aufziehen. Die soziale Elternschaft ist auch bei heterologen Methoden regelmässig teilweise identisch mit der genetischen oder mit der biologischen Elternschaft: So ist die Wunschmutter bei der Embryonenspende auch die biologische Mutter.⁸⁴ Die einzig zulässige heterologe Methode in der Schweiz ist bislang die Samenspende bei Ehepaaren (vgl. Art. 18 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 3 FMedG).

4.2.2. Samenspende

Die Samenspende ist, da technisch einfach, die am längsten angewandte Methode der heterologen Reproduktionsmedizin.⁸⁵ Das Verfahren ist gut erprobt und vergleichsweise günstig.⁸⁶ Die Samenspende wird auch heterologe oder donogene Insemination genannt, da Spermia eines Dritten, also nicht des Partners der Frau, verwendet wird.⁸⁷ Das aufgetaute und in einem Kulturmedium aufbereitete Spermia wird entweder mittels intrauteriner Insemination in die Gebärmutter eingebracht oder im IVF-Verfahren verwendet.⁸⁸ Seit der Möglichkeit der ICSI hat die heterologe Insemination an praktischer Bedeutung eingebüsst und wird bei heterosexuellen Paaren nur noch dann durchgeführt, wenn beim Wunschvater überhaupt keine verwendbaren Spermien mehr zu finden sind oder bestimmte genetische Erkrankungen vorliegen.⁸⁹ Hingegen wird die Samenspende weltweit gesehen vermehrt von alleinstehenden Frauen oder lesbischen Paaren ersucht.⁹⁰ Die

⁸³ WÜRFEL, S. 220.

⁸⁴ Siehe zum medizinischen Vorgang der Embryonenspende, 2. Teil, Kapitel B, Ziff. 4.2.5.

⁸⁵ CZECH, S. 194. Die erste dokumentierte heterologe Samenspende wurde 1884 in den USA durchgeführt, mit Wissen des Ehemannes, jedoch ohne Wissen der Ehefrau (COHEN/CHEN, S. 490; DOMINUS <https://www.nytimes.com/2019/06/26/magazine/sperm-donor-questions.html>; NZZ vom 6. Juli 2018, <https://www.nzz.ch/gesellschaft/gratulation-es-ist-ein-wilkin-ger-ld.1401175> [besucht am 19. Mai 2024]). Andere Quellen sprechen vom selben Jahr, jedoch mit Frankreich als Durchführungsort (so GOLOMBOK, S. 91).

⁸⁶ NEK, Samenspende, S. 4.

⁸⁷ AEBI-MÜLLER/DÖRR, S. 155; FANKHAUSER/VIONNET, S. 145.

⁸⁸ DORN, Reproduktionsmedizin, S. 204; PSCHYREMBEL, «Insemination», S. 837; WÜRFEL, S. 220 f.

⁸⁹ WÜRFEL, S. 221.

⁹⁰ BLEISCH/BÜCHLER, S. 209 f.

Samenspende ist in den meisten Ländern der Welt erlaubt und in keinem europäischen Staat verboten.⁹¹

4.2.3. *Eizellenspende*

Mittels einer Eizellenspende wird eine gespendete fremde Eizelle befruchtet und einer Frau eingesetzt und so versucht, eine Schwangerschaft herbeizuführen. 1984 kam in Australien das erste auf diese Weise gezeugte Kind zur Welt.⁹² Die Inanspruchnahme der Eizellenspende basiert hauptsächlich auf der altersbedingten Infertilität der Wunschmutter, aber auch auf anderen medizinischen Indikationen wie einer Fehlentwicklung der Eierstöcke, ovariellen Störungen nach Krebserkrankungen oder der Unfähigkeit, befruchtungsfähige Eizellen zu produzieren.⁹³ Die Eizellenspende ist im Gegensatz zur Samenspende ein medizinisch invasiver Eingriff: Der Spenderin wird Östrogen verabreicht, damit ihre Gebärmutter Schleimhaut empfänglich wird und so möglichst viele Eizellen gewonnen werden können. Die Gewinnung der Eizellen erfolgt wie bei der homologen IVF.⁹⁴ Nach der Befruchtung mit dem Samen des Wunschvaters wird die gespendete Eizelle anschliessend in den Uterus der Wunschmutter eingesetzt.⁹⁵ Die Eizellenspende ist in der Schweiz gemäss Art. 4 FMedG mit strafrechtlicher Absicherung in Art. 37 lit. c FMedG verboten.⁹⁶ In vielen Ländern ist die Eizellenspende jedoch bereits Standard in der Reproduktionsmedizin; nur noch wenige europäische Länder sehen wie die Schweiz ein ausdrückliches Verbot der Eizellenspende vor.⁹⁷ In der Schweizer Literatur finden sich denn auch viele Stimmen, welche eine Legalisierung der Eizellenspende befürworten.⁹⁸

Eine Abwandlung der Eizellenspende ist die Zytoplasmainjektion. Dabei wird das Zytoplasma einer jüngeren Eizelle in eine ältere injiziert, um deren Vitalität zu erhöhen.⁹⁹ Dieses noch nicht etablierte Verfahren ist in der Schweiz ebenfalls nicht zulässig und wird unter die Keimbahntherapie subsumiert.¹⁰⁰

⁹¹ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 239; NEK, Samenspende, S. 4.

⁹² BLEISCH/BÜCHLER, S. 212; STEINER/ROGGO, S. 474.

⁹³ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 6, m.w.V.; DEPENBUSCH/SCHULTZE-MOSGAU, Reproduktionsmedizin, S. 287 f.

⁹⁴ Siehe 2. Teil, Kapitel A, Ziff. 4.1.3.1.

⁹⁵ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 24; GOLOMBOK, S. 92; ausführlich LUDWIG, Reproduktionsmedizin, S. 213 ff.

⁹⁶ Erlaubt hingegen ist die Spende von Eierstockgewebe. Diese Spende ist aufgrund der engen Definition von Fortpflanzungsmedizin nicht im FMedG, sondern im TxG (vgl. Fn. 190) geregelt (HOTZ, Informed Consent, S. 33).

⁹⁷ BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 6 und N 13 zu Art. 4.

⁹⁸ So etwa BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 14 zu Art. 4; FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 46; NEK, Eizellenspende, S. 5; RUMO-JUNGO, S. 848. Siehe zu den derzeitigen politischen Bestrebungen zur Zulassung der Eizellenspende 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.3.

⁹⁹ WÜRFEL, S. 245 f.

¹⁰⁰ NEK, Forschung an Embryonen, S. 83 (wobei die NEK nicht von Zytoplasmainjektionen sondern von Ooplasma-Transfer spricht).

4.2.4. *Kumulative Eizellen- und Samenspende*

Die Kumulation von Eizellen- und Samenspende kommt medizinisch gesehen dann infrage, wenn beide Partner steril sind, die Frau jedoch ein Kind austragen könnte. Es handelt sich dabei um eine doppelt-heterologe In-vitro-Fertilisation.¹⁰¹ Manchmal wird die kombinierte Samen- und Eizellenspende in der Literatur auch als Embryonenspende bezeichnet.¹⁰² Im Unterschied zu dem in diesem Werk verwendeten Begriff der Embryonenspende¹⁰³, der auf die Spende «überzähliger» Embryonen beschränkt ist, wird das Kind bei der kumulativen Eizellen- und Samenspende spezifisch für die Spende an das Wunschelternpaar gezeugt.¹⁰⁴ Da nach Art. 4 FMedG bereits die Eizellenspende in der Schweiz unzulässig ist, ist eine kombinierte Eizellen- und Samenspende ebenso nicht erlaubt.

4.2.5. *Embryonenspende*

Wenn beide Partner steril sind, die Frau jedoch eine Schwangerschaft selbst austragen könnte, kommt alternativ zur kombinierten Eizellen- und Samenspende eine Embryonenspende in Betracht.¹⁰⁵ Bei der Embryonenspende wurde der Embryo ursprünglich für ein anderes Paar gezeugt, welches diesen Embryo allerdings nicht mehr verwenden möchte oder kann; die Embryonenspende an die Wunscheltern stellt für diesen überzähligen Embryo die einzige Überlebenschance dar.¹⁰⁶ Die Embryonenspende unterscheidet sich von der Kombination von Eizellen- und Samenspende also dadurch, dass nicht ein Embryo aus fremden Keimzellen für die Wunscheltern gezeugt wird, sondern der Embryo bereits existiert. Aus medizinischer Sicht gibt es bei der Einpflanzung keinen Unterschied zur homologen IVF; beide erfordern einen Embryotransfer.¹⁰⁷ Die empfangende Frau muss sich vor dem Embryotransfer einer Hormonbehandlung unterziehen, die rund zwei Wochen dauert. Diese ist im Vergleich zu einer IVF-Behandlung mit eigenen Eizellen für den Körper der Frau weniger belastend. Die Einnistung des Embryos und die Schwangerschaft verlaufen anschliessend wie bei einer natürlichen Zeugung.¹⁰⁸ Wie bei der Eizellenspende besteht zwischen Gebärender und Kind keine genetische Verbindung. Die erste Embryonenspende mit anschliessendem Eintreten einer Schwangerschaft fand 1983 in Australien statt.¹⁰⁹ In der Schweiz ist die Embryonenspende nach Art. 119 Abs. 2 lit. d BV und Art. 4 FMedG verboten.

¹⁰¹ LEHMANN, S. 194.

¹⁰² So z.B. bei COTTIER, S. 6 ff.; FOUNTOLAKIS, S. 256. MERREM nennt dies die «anfängliche Embryonenspende» (MERREM, S. 194 ff.).

¹⁰³ Siehe I. Teil, Ziff. 3.2., und nachfolgende Ziff. 4.2.5.

¹⁰⁴ So auch LEHMANN, S. 195.

¹⁰⁵ Vgl. auch DEPENBUSCH/SCHULTZE-MOSGAU, Reproduktionsmedizin, S. 288.

¹⁰⁶ CZECH, S. 204.

¹⁰⁷ CZECH, S. 204.

¹⁰⁸ HÜBNER, S. 32 f.

¹⁰⁹ TROUNSON et al., S. 835. Allerdings erlitt die empfangende Frau in der zehnten Woche eine Fehlgeburt (TROUNSON et al., a.a.O.).

4.2.6. *Embryo-Lavage*

Bei der Embryo-Lavage wird ein in vivo gezeugter Embryo vor seiner Einnistung ausgespült und einer anderen Frau übertragen, in deren Gebärmutter er sich einnisten und ihr zu einer Schwangerschaft verhelfen soll.¹¹⁰ Unter das Verbot der Embryonenspende nach Art. 119 Abs. 2 lit. d BV und Art. 4 FMedG fällt auch die Spende eines Embryos, welcher durch natürliche Zeugung entstanden ist, aber vor der Nidation ausgespült wurde.¹¹¹ Die Embryo-Lavage ist somit in der Schweiz unzulässig.

4.2.7. *Leihmutterschaft*

Bei der Leihmutterschaft erklärt sich eine Frau bereit, für ein Paar oder eine Einzelperson ein ihr genetisch fremdes Kind auszutragen und dieses den Wunscheltern nach der Geburt dauerhaft zu übergeben.¹¹² Mehrheitlich werden aus den Keimzellen des Wunschelternpaares gezeugte Embryonen in die Leihmutter eingesetzt, teilweise werden aber auch gespendete Samen- und Eizellen verwendet.¹¹³ Die Leihmutterschaft ist in vielen Rechtsordnungen unzulässig.¹¹⁴ In der Schweiz ist sie bereits auf Verfassungsstufe verboten (Art. 119 Abs. 2 lit. d BV), darüber hinaus ist das Verbot in Art. 4 FMedG nochmals verankert.¹¹⁵

4.2.8. *Uterustransplantation*

2014 kam in Schweden das erste Kind zur Welt, das in einer Gebärmutter (Uterus) heranwuchs, die nicht von der austragenden Mutter stammte.¹¹⁶ Eine Uterustransplantation kommt für Frauen infrage, die ohne Uterus geboren sind, deren Uterus nicht funktionsfähig ist oder die ihn beispielsweise aufgrund einer Krebserkrankung oder starker Blutun-

¹¹⁰ BÜCHLER/SCHMUCKI, S. 8.

¹¹¹ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 254; gl.M. AEBI-MÜLLER/DÖRR, S. 163. A.M. später Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1191, nach welcher die Embryonenspende nach Art. 119 Abs. 2 lit. d BV nur die Spende von Embryonen in vitro umfasst.

¹¹² BÜCHLER/MARANTA, S. 355; CHRISTENSEN, Rz. 29. Insbesondere in den USA erlangte die Leihmutterschaft grosse Bekanntheit durch den sogenannten «Baby M Case»: In diesem US-amerikanischen Fall schloss William Stern mit Mary Beth Whitehead 1985 einen Vertrag, indem Whitehead zustimmte, sich mittels intrauteriner Insemination den Samen von Stern spritzen zu lassen, schwanger zu werden und das Kind nach erfolgreicher Schwangerschaft Stern und seiner Ehefrau zu übergeben. Nach Geburt des Kindes jedoch nahm Whitehead dieses kurz nach Übergabe an das Ehepaar Stern wieder an sich und weigerte sich, das Kind zurückzugeben. Schlussendlich entschied ein Gericht, dass das Kind den Sterns zu übergeben sei (zitiert aus ARONS, S. 24). Ausführlich zum Fall «In the Matter of Baby M» siehe DOLGIN/SHEPHERD, S. 348 ff.; JACKSON, S. 1811 ff.

¹¹³ BÜCHLER/MARANTA, S. 355; WÜRFEL, S. 224.

¹¹⁴ BÜCHLER/MARANTA, S. 355 f.

¹¹⁵ Zur strafrechtlichen Ausgestaltung der Täterschaft siehe AEBI-MÜLLER/DÖRR, S. 164; BERTSCHI, S. 25.

¹¹⁶ BÜCHLER/SCHLUMPE, Rz. 7; NEK, Uterustransplantation, S. 4.

gen entfernen lassen mussten.¹¹⁷ Diesen Frauen kann mit einer Uterustransplantation eine eigene Schwangerschaft ermöglicht werden.¹¹⁸ Die Forschung zur Uterustransplantation steckt derzeit noch in den Kinderschuhen.¹¹⁹ Bei der Uterustransplantation handelt es sich rechtlich gesehen um eine Verbindung zwischen Fortpflanzungsmedizin und Organtransplantation. Sie ist in der Schweiz grundsätzlich nicht verboten, müsste jedoch wegen ihres experimentellen Charakters nicht als Standardtherapie, sondern zumindest vorläufig als reines Forschungsprojekt ausgestaltet werden.¹²⁰

4.2.9. *Mitochondrienspende*

Mitochondrien befinden sich im Zytoplasma der menschlichen Zellen, so auch in den Eizellen, und gelten als deren «Kraftwerk».¹²¹ Die Mitochondrienspende zielt darauf ab, Gendefekte in den Mitochondrien nicht an die Nachkommen weiterzugeben.¹²² Dabei wird der Zellkern aus der Eizelle der Wunschmutter entnommen und in die Eizelle der Spenderin eingesetzt, deren Zellkern zuvor entfernt wurde. Die defekten Mitochondrien der Wunschmutter werden so durch unbelastete der Spenderin ersetzt. Anschliessend folgt die IVF und der Transfer in die Wunschmutter.¹²³ Die Mitochondrienspende wird auch «Drei-Eltern-IVF» genannt.¹²⁴ Eine Mitochondrienspende könnte auch bei aus Altersgründen unfruchtbaren Frauen angewandt werden und zudem für Frauenpaare interessant sein, da der Nachwuchs so Gene beider Mütter in sich tragen könnte.¹²⁵ Die Sicherheit des Verfahrens der Mitochondrienspende konnte jedoch bislang noch nicht vollständig nachgewiesen werden.¹²⁶ Weil die Eizellenspende (Art. 4 FMedG) und Eingriffe in das Erbgut menschlicher Keimzellen (Art. 35 FMedG) verboten sind, ist die Mitochondrienspende in der Schweiz unzulässig.¹²⁷

4.3. **Präimplantationsdiagnostik**

Die Präimplantationsdiagnostik (PID), auch präimplantative genetische Diagnostik genannt, ist eine Kombination aus IVF und Gendiagnose. Dem drei bis fünf Tage alten Em-

¹¹⁷ BÜCHLER/SCHLUMPF, Rz. 9, m.w.V.; NEK, Uterustransplantation, S. 5.

¹¹⁸ BÜCHLER/SCHLUMPF, Rz. 9.

¹¹⁹ NEK, Uterustransplantation, S. 4 und S. 13.

¹²⁰ NEK, Uterustransplantation, S. 4 und S. 9 ff.

¹²¹ BÜCHLER/PARIZER, Mitochondrial donation, S. 15; KRÜSSEL/BASTON-BÜST/BIELFELD, Reproduktionsmedizin, S. 533.

¹²² BÜRGIN, Zwei Mütter, S. 190 f., m.w.V. So werden beispielsweise Epilepsie, Muskeldystrophie und Herzversagen durch Genmutationen in den Mitochondrien verursacht und vererbt (BÜRGIN, Zwei Mütter, S. 191).

¹²³ BÜRGIN, Zwei Mütter, S. 191; DORNECK, S. 105 f.

¹²⁴ So beispielsweise bei DORNECK, S. 105.

¹²⁵ BÜRGIN, Zwei Mütter, S. 192.

¹²⁶ BÜCHLER/PARIZER, Mitochondrial donation S. 17 und S. 19 f.; BÜRGIN, Zwei Mütter, S. 193 f.

¹²⁷ So auch BÜCHLER/PARIZER, Mitochondrial donation, S. 21. Weiteres zur Mitochondrienspende siehe bei BÜCHLER/PARIZER, Mitochondrial donation, S. 15 ff.

bryo in vitro werden Zellen entnommen, welche auf genetische Defekte untersucht werden, bevor der Embryo gegebenenfalls in den Mutterleib transferiert wird.¹²⁸ Die PID ermöglicht Paaren, welche die Veranlagung für eine schwere vererbte Krankheit in sich tragen, eigenen Nachwuchs zu bekommen, welcher von dieser Krankheit nicht betroffen ist.¹²⁹ Embryonen, welche die schwere Erbkrankheit in sich tragen, werden bei der PID in der Regel verworfen und nicht transferiert.¹³⁰ Die Präimplantationsdiagnostik hat also keinen therapeutischen Zweck; vielmehr geht es darum, nur diejenigen Embryonen zu selektieren, welche die schwere Erbkrankheit nicht in sich tragen. Das Erbgut wird somit nicht verändert und die Entstehung der genetischen Erkrankung beim Embryo nicht von vornherein verhindert.¹³¹ 1989 kam das erste Kind, das als Embryo in vitro mittels PID voruntersucht wurde, zur Welt und seit den 1990er-Jahren wird die Methode in zahlreichen Ländern angewandt.¹³² Von der PID im eigentlichen Sinn ist das Chromosomenscreening (auch Präimplantations- oder Aneuploidie-Screening genannt) abzugrenzen: Dabei wird in den Zellen des Embryos nach spontan entstandenen Chromosomenstörungen wie Trisomie 21 und Fehlbildungen gesucht, ohne dass eine erbliche Vorbelastung gegeben wäre. Ziel ist es, die IVF so gut wie möglich für eine Schwangerschaft auszugestalten.¹³³ Alternativ kann auch eine Polkörperdiagnostik durchgeführt werden, bei der Keimzellen, in der Regel der Polkörper einer noch unbefruchteten Eizelle, einer genetischen Diagnostik unterzogen werden.¹³⁴

Die PID ist in der Schweiz unter den Voraussetzungen von Art. 5a FMedG zulässig.¹³⁵ Nach Art. 5a Abs. 3 FMedG sind zudem Chromosomenscreenings zulässig.¹³⁶ Die strafrechtliche Absicherung findet sich in Art. 33 FMedG.

¹²⁸ Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5862; GOUNALAKIS, S. 17 f.; ZIMMERMANN, S. 9. Je nach Alter des Embryos handelt es sich um eine Blastomeren- oder Blastozystenbiopsie (vgl. BÜCHLER/RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 34 zu Art. 5a). Zu den verschiedenen Arten und Methoden der PID siehe WUNDER/RÖTHLISBERGER, SHK FMedG, N 49 ff. und N 54 ff. zu Medizinische und genetische Grundlagen.

¹²⁹ JUNG-FLEISCH, S. 32. Weitere Ausführungen zu den vererbten Krankheiten siehe GUILLOD/ERARD, S. 582 ff.; WUNDER/RÖTHLISBERGER, SHK FMedG, N 41 ff. zu Medizinische und genetische Grundlagen.

¹³⁰ STAUB, S. 80.

¹³¹ AEBI-MÜLLER, SHK FMedG, N 26 zu Art. 6a; GOUNALAKIS, S. 15; GUILLOD/ERARD, S. 607.

¹³² GUILLOD, S. 25.

¹³³ NEK, Fortpflanzung, S. 32; NEK, Präimplantationsdiagnostik II, S. 12; STAUB, S. 41. Weitere Ausführungen zu Chromosomenaberrationen siehe WUNDER/RÖTHLISBERGER, SHK FMedG, N 37 ff. zu Medizinische und genetische Grundlagen; zu medizinischen Grundlagen zum entsprechenden Screening siehe BÜCHLER/RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 101 ff. zu Art. 5a.

¹³⁴ BÜCHLER/RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 21 zu Art. 5a; HASKAMP, S. 18; NEK, Präimplantationsdiagnostik, S. 7.

¹³⁵ Siehe Ausführungen in 2. Teil, Kapitel B, Ziff. 1.1.

¹³⁶ Vgl. zur Zulässigkeit von Chromosomenscreenings Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5945; BÜCHLER/RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 7, N 23 und N 113 f. zu Art. 5a; JUNG-FLEISCH, S. 33. Für eine restriktivere Zulässigkeit siehe AEBI-MÜLLER, SHK FMedG, N 16 zu Art. 6a.

Von der PID abzugrenzen ist die Pränataldiagnostik (PND). Diese ist eine Untersuchung des Ungeborenen in vivo und der Schwangeren, um kindliche Erkrankungen oder Fehlbildungen vorgeburtlich erkennen zu können.¹³⁷ Die PND ist im GUMG¹³⁸ geregelt und beinhaltet nur die Untersuchung von genetischen Störungen (vgl. Art. 3 lit. e GUMG).

¹³⁷ PSCHYREMBEL, «Pränataldiagnostik», S. 1411 f. Vgl. weitere Ausführungen bei GUILLOD/ERARD, S. 585; KAISER, Kommentar ESchG, A. III., Rn. 131 ff.; KOHLER-VAUDAUX, S. 255 f.

¹³⁸ Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) vom 15. Juni 2018, SR 810.12.

B. Rechtliche Rahmenbedingungen zur Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz

1. Übersicht über das Schweizer Recht

1.1. Rechtshistorischer Abriss des Schweizer Fortpflanzungsmedizinrechts

Anfangs der 1980er-Jahre veröffentlichte die Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW) erste Regelungen zur Fortpflanzungsmedizin. Die damaligen «Medizinisch-ethische[n] Richtlinien für die artifizielle Insemination» sah in Richtlinie Nr. 4 erstmals ein Verbot der Embryonenspende vor («Der Transfer von in vitro gezeugten fremden Embryonen und die Übertragung von Embryonen von Frau zu Frau sind zu unterlassen»¹³⁹). Daraus entstanden 1990 die «Medizinisch-ethische[n] Richtlinien für die ärztlich assistierte Fortpflanzung», welche nicht allgemein rechtsverbindliche, standesrechtliche Weisungen enthielten.¹⁴⁰ Später folgten unterschiedliche kantonale Regelungen ohne einheitliche nationale Gesetzgebung.¹⁴¹ In der Zeit erlebten die Fortpflanzungsmedizin und die Humangenetik eine schnelle Entwicklung, gleichzeitig waren die gesetzlichen Regelungen dazu in der Schweiz sehr rudimentär, was bei der Bevölkerung mitunter Ängste hervorrief.¹⁴² Die Eidgenössische Volksinitiative «gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen», die sogenannte «Beobachter-Initiative», verlangte, dass für die medizinisch assistierte Reproduktion jede Zeugung ausserhalb des Körpers der Frau sowie die Verwendung von Keimzellen Dritter untersagt sein sollte.¹⁴³ Der Bundesrat erarbeitete einen liberaleren Gegenvorschlag, da das generelle Verbot der IVF und der heterologen Verfahren mit Blick auf die persönliche Freiheit der Menschen unverhältnismässig schien.¹⁴⁴ Der

¹³⁹ Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1211; vgl. auch Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 210.

¹⁴⁰ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 209; BERTSCHI, S. 23; KUHN, S. 338. Vgl. die Aufführung der Richtlinien im Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1210 f. Für weitere Ausführungen siehe RÜTSCHÉ/ZEGG, SHK FMedG, N 4 ff. zu Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts.

¹⁴¹ REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 1 zu Art. 119. So waren etwa im Kanton Basel-Stadt sämtliche Fortpflanzungsmedizinmethoden verboten, wohingegen der Kanton Aargau die IVF und die heterologe Insemination legalisierte (BERTSCHI, S. 23). Vgl. auch die Ausführungen im Amstad-Bericht (Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1074 ff.).

¹⁴² Botschaft Beobachter-Initiative, BBl 1989 III S. 994.

¹⁴³ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 206; BÜCHLER/MICHEL, S. 351; siehe auch RÜTSCHÉ/ZEGG, SHK FMedG, N 49 ff. zu Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts. Die Initiative wurde «Beobachter-Initiative» genannt, da die Unterschriften-sammlung von der Redaktion der Zeitschrift «Der Schweizerische Beobachter» initiiert wurde (Botschaft Beobachter-Initiative, BBl 1989 III S. 994).

¹⁴⁴ Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1162; Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 206 und S. 213; vgl. auch Botschaft Beobachter-Initiative, BBl 1989 III S. 1001 und RÜTSCHÉ/ZEGG, SHK FMedG, N 53 zu Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts.

Gegenvorschlag des Bundesrates stützte sich auf die Empfehlungen der Expertenkommission Humangenetik und Reproduktionsmedizin unter dem Vorsitz des ehemaligen Bundesrichters Eduard Amstad. Diese Empfehlungen wurden im sogenannten «Amstad-Bericht» zusammengefasst¹⁴⁵, der eine zentrale Rolle beim Rechtsetzungsprozess im Bereich Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik einnahm.¹⁴⁶ Das Parlament folgte grundsätzlich dem Gegenvorschlag des Bundesrates, näherte ihn aber etwas an die Volksinitiative an und inkludierte materielle Vorschriften inklusive konkreter Verbote zur Fortpflanzungsmedizin und zur Gentechnologie. Die Verhinderung der Entstehung überzähliger Embryonen aus IVF war ein zentraler Punkt: Die Räte einigten sich darauf, eine Begrenzung der Anzahl von ausserhalb des Körpers der Frau zu entwickelnden Embryonen in die Verfassung aufzunehmen, damit möglichst keine überzähligen Embryonen entstünden. Daraufhin zogen die Initiantinnen und Initianten der Beobachter-Initiative diese zurück, und der Gegenvorschlag wurde in der Volksabstimmung im Jahr 1992 deutlich angenommen.¹⁴⁷ Seit dem dadurch neu geschaffenen Art. 24^{novies} aBV weist die Schweiz die internationale Besonderheit auf, dass bereits auf Verfassungsstufe detaillierte Verbote der Reproduktionsmedizin geregelt werden.¹⁴⁸ Zudem erhielt der Bund damit die Kompetenz, Vorschriften über den Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut zu erlassen.¹⁴⁹ Mit Art. 24^{novies} aBV wurde die medizinisch assistierte Reproduktion zwar nicht verboten, jedoch wurden ihr – wie durch das Verbot der Embryonenspende – einige Schranken gesetzt.¹⁵⁰ Art. 24^{novies} Abs. 2 lit. d aBV lautete: «Die Embryonenspende und alle Arten von Leihmutterchaft sind unzulässig.» Zudem war nach Art. 24^{novies} Abs. 2 lit. c aBV die Kryokonservierung von Embryonen verboten – es durften nur so viele Embryonen erzeugt werden, wie der Frau sofort eingepflanzt werden konnten.

Bereits 1994 wurde eine weitere eidgenössische Volksinitiative, die Initiative «zum Schutze des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung [FMF])», eingereicht. Ziel der Initiative war ein generelles Verbot der IVF und von heterologen Reproduktionsverfahren, um die Gefahren gewisser Techniken der Fortpflanzungsmedizin auszuschliessen.¹⁵¹ Die Initiative wurde zwar abgelehnt, doch sie führte dazu, dass sich das Parlament erneut mit der Fortpflanzungsmedizin auseinandersetzte und in der Folge das eidgenössische Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) erarbeitet wurde. Die Ausarbeitung des Gesetzesentwurfs war als in-

¹⁴⁵ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 213; BERTSCHI, S. 23. Vgl. Bericht in Botschaft Beobachter-Initiative, BBl 1989 III 1029 ff.

¹⁴⁶ RÜTSCHÉ/ZEGG, SHK FMedG, N 2 zu Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts.

¹⁴⁷ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 206 und S. 213; BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 27 f.; RÜTSCHÉ/ZEGG, SHK FMedG, N 61 zu Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts und N 2 zu Art. 119 BV.

¹⁴⁸ RÜTSCHÉ, Human Dignity, S. 2 f.

¹⁴⁹ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 210.

¹⁵⁰ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 206.

¹⁵¹ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 206; BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 29; siehe auch <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis241.html> (besucht am 19. Mai 2024).

direkter Gegenvorschlag zur «Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung» zu verstehen.¹⁵² Das FMedG trat am 1. Januar 2001 in Kraft.

Im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung wurde Art. 24^{novies} aBV per 1. Januar 2000 in zwei Artikel, Art. 119 und 120 BV, aufgeteilt, und das Verbot des Klonens wurde eingefügt.¹⁵³ Parlamentarisch wurde die Embryonenspende darauffolgend gleich mehrmals Thema: 2004 reichte der Nationalrat Freysinger eine parlamentarische Initiative zur «Embryo-Adoption»¹⁵⁴ ein, 2005 folgte eine parlamentarische Initiative zur «Zulassung der Embryonenspende zu Fortpflanzungszwecken» der Nationalrätin Brunschwig Graf¹⁵⁵, und 2006 reichte Nationalrat Gutzwiller ein Postulat zur «Grundlagenerarbeitung für eine vertiefte Diskussion über die Embryonenspende»¹⁵⁶ ein. Alle drei Vorstösse wurden im Nationalrat für die Einreichenden erfolglos erledigt. 2015 gelangte eine neue Volksinitiative zur «Änderung der Verfassungsbestimmung zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich» zur Abstimmung, mit deren Annahme schliesslich das verfassungsrechtliche Verbot der Präimplantationsdiagnostik aufgehoben wurde.¹⁵⁷ Gegen das anschliessend zu ändernde FMedG wurde 2016 das Referendum ergriffen, welches in der Volksabstimmung allerdings abgelehnt wurde.¹⁵⁸ Vor dem 1. September 2017 waren in der Schweiz nur die PND und die Polkörperdiagnostik zugelassen.¹⁵⁹ Art. 5a FMedG, das «Herzstück» des revidierten Fortpflanzungsmedizingesetzes¹⁶⁰, regelt seit dem 1. September 2017 die PID, d.h. die Untersuchung des Erbguts von Keimzellen und Embryonen in vitro und deren Auswahl: Nach Art. 5a Abs. 1 FMedG ist die «Untersuchung des Erbguts von Keimzellen und deren Auswahl zur Beeinflussung des Geschlechts oder anderer Eigenschaften des Kindes [...] zur Erkennung chromosomaler Eigenschaften, die die Entwicklungsfähigkeit des zu zeugenden Embryos beeinträchtigen können, oder wenn die Gefahr, dass die Veranlagung für eine schwere Krankheit übertragen wird, anders nicht abgewendet werden kann», zulässig. Abs. 2 legt fest, wann die Untersuchung des Erbguts von Embryonen in vitro und deren Auswahl nach Geschlecht oder anderen

¹⁵² Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 206 und S. 236; BERTSCHI, S. 24; BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 30; KUHN, S. 340.

¹⁵³ RÜTSCHÉ/ZEGG, SHK FMedG, N 64 zu Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts; STAUB, S. 96.

¹⁵⁴ Nationalrat Freysinger, Embryo-Adoption (vom Nationalrat keine Folge gegeben).

¹⁵⁵ Nationalrätin Brunschwig Graf, Zulassung der Embryonenspende zu Fortpflanzungszwecken (zurückgezogen).

¹⁵⁶ Nationalrat Gutzwiller, Grundlagenerarbeitung Embryonenspende (abgeschrieben, weil der Urheber aus dem Rat ausgeschieden ist).

¹⁵⁷ BÜCHLER, Fortpflanzungsmedizin, S. 380, m.w.V. auf Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5896 ff. Vgl. Abstimmungsresultat unter <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20150614/index.html> (besucht am 19. Mai 2024).

¹⁵⁸ <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/rechtsetzungsarbeiten-fortpflanzungsmedizin/volksabstimmung-2016.html>; siehe Abstimmungsresultat unter <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20160605/index.html> (beide besucht am 19. Mai 2024).

¹⁵⁹ AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 71.

¹⁶⁰ So AEBI-MÜLLER et al., Rz. 218 zu § 8.

Eigenschaften zulässig ist.¹⁶¹ Die genetische Untersuchung darf demnach nur für das Entdecken einer Veranlagung für schwere Krankheiten verwendet werden.¹⁶² Im Rahmen der Zulassung der PID wurde auch das Konservierungsverbot für Embryonen aufgehoben – es dürfen seither mehr Embryonen entwickelt werden, als der Frau sofort eingesetzt werden. Zudem dürfen die nicht sofort eingesetzten Embryonen für spätere Fortpflanzungsversuche konserviert werden.

Derzeit ist die Zulassung der Eizellenspende politisches Thema: National- und Ständerat beauftragten den Bundesrat mit der Ausarbeitung einer gesetzlichen Grundlage und der Festlegung von Rahmenbedingungen zur Zulassung der Eizellenspende für Ehepaare.¹⁶³

1.2. Art. 119 BV

Art. 119 BV bildet die Grundnorm zur Fortpflanzungsmedizin.¹⁶⁴ Nach Art. 119 Abs. 1 BV ist der Mensch vor Missbräuchen der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie geschützt. Nach Abs. 2 erlässt der Bund Vorschriften über den Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut. Es handelt sich dabei um eine umfassende Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie im Humanbereich mit nachträglich derogatorischer Wirkung.¹⁶⁵ Der Bund sorgt dabei für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie und beachtet insbesondere die in Abs. 2 lit. a bis g aufgeführten Grundsätze. Diese Grundsätze enthalten materielle Vorgaben und explizite Verbote, welche der Gesetzgeber zu beachten hat: So sind gemäss lit. a alle Arten des Klonens und Eingriffe in das Erbgut menschlicher Keimzellen und Embryonen unzulässig. Zudem darf nichtmenschliches Keim- und Erbgut nicht in menschliches Keimgut eingebracht oder mit ihm verschmolzen werden (lit. b). Medizinisch assistierte Fortpflanzungsmethoden sollen nur als Ultima Ratio angewandt werden, nämlich wenn eine Unfruchtbarkeit vorliegt oder die Gefahr einer Übertragung einer schweren Krankheit auf die Nachkommen nicht anders behoben werden kann (lit. c). Lit. c führt weiter aus, dass Fortpflanzungsmedizinverfahren nicht dazu gebraucht werden dürfen, um bei einem Kind bestimmte Eigenschaften herbeizuführen oder um Forschung zu betreiben. Die Befruchtung ausserhalb des Körpers der Frau ist nur unter den vom Gesetz festgelegten Bedingungen erlaubt. Zudem dürfen nur so viele menschliche Eizellen

¹⁶¹ Zu den medizinischen Methoden der genetischen Untersuchung des Erbguts von Keimzellen siehe BÜCHLER/RÜTSCHÉ, SHK FMedG, N 20 f. zu Art. 5a und zu den medizinischen Methoden der genetischen Untersuchung des Erbguts von Embryonen siehe BÜCHLER/RÜTSCHÉ, SHK FMedG, N 33 ff. zu Art. 5a.

¹⁶² BÜCHLER/RÜTSCHÉ, SHK FMedG, N 8 zu Art. 5a. In der Praxis führen die Vorschriften der PID jedoch zu Unsicherheiten bei Ärztinnen und Ärzten, da vieles nicht klar definiert ist, so nicht einmal, was unter einer schweren Krankheit zu verstehen ist (BÜCHLER, Fortpflanzungsmedizin, S. 380 f.; kritisch auch NEK, Präimplantationsdiagnostik II, S. 21). Gewisse Anhaltspunkte liefert die NEK (NEK, PID-Richtlinien, S. 18 ff.).

¹⁶³ Motion WBK-N, Eizellenspende; WBK-S, Bericht vom 22. August 2022, S. 1.

¹⁶⁴ BÜCHLER/MICHEL, S. 351.

¹⁶⁵ Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5956; BIAGGINI, OFK BV, N 6 zu Art. 119.

ausserhalb des Körpers der Frau zu einem Embryo entwickelt werden, als für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung notwendig sind. Gemäss lit. d sind die Embryonenspende und alle Arten von Leihmutterchaft unzulässig. Ebenso darf mit menschlichem Keimgut und Erzeugnissen aus Embryonen kein Handel getrieben werden (lit. e), und das Erbgut einer Person darf nur untersucht, registriert oder offenbart werden, wenn die betroffene Person zustimmt oder das Gesetz es vorschreibt (lit. f). Schlussendlich hält lit. g fest, dass jede Person Zugang zu den Daten über ihre Abstammung hat. Nicht eindeutig ist, ob es sich bei den in Art. 119 Abs. 2 BV aufgeführten Verboten um unmittelbar geltende Verbote («self-executing») handelt oder um eine Zielnorm. Die Lehre geht zumindest beim Embryonenspendeverbot mehrheitlich von einer unmittelbar anwendbaren (self-executing) Bestimmung aus.¹⁶⁶ Konkretisierungen dieser Verbote und die Verknüpfung mit Rechtsfolgen finden sich im FMedG.

Art. 119 BV umfasst alle medizinischen Therapieformen, die das Herbeiführen oder Verhindern einer Schwangerschaft zum Ziel haben. Dies beinhaltet sowohl die Fortpflanzungsmedizin als auch die Gentechnik.¹⁶⁷ Die Schutzbestimmungen von Art. 119 BV umfassen jede Interaktion mit menschlichem Keim- und Erbgut, also beispielsweise auch Ultraschalluntersuchungen oder die hormonelle Stimulation mit anschliessender natürlicher Zeugung.¹⁶⁸ Vom Gesetzgebungsauftrag umfasst sind auch Verwendungen von Keimzellen, die nicht der Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr dienen, also etwa die missbräuchliche Verwendung von menschlichem Keim- und Erbgut.¹⁶⁹ Der Begriff des Keimguts ist weit zu verstehen: Damit sind alle Keimzellen (Samen- und Eizellen), Keimdrüsen (Hoden und Eierstöcke), imprägnierte Eizellen, Embryonen und Föten gemeint. Das Erbgut umfasst die «Gesamtheit der genetischen Informationen» eines jeden Einzelnen.¹⁷⁰

Schutzobjekt von Art. 119 Abs. 1 BV ist der einzelne Mensch als individuelles Subjekt.¹⁷¹ Schutzzweck ist die Missbrauchsverhinderung – es gilt, als bedrohlich betrachteten Entwicklungen in der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie im Humanbereich etwas entgegenzusetzen.¹⁷² Gemäss der Formulierung in der BV sind medizinisch assistierte Reproduktionsmethoden grundsätzlich zulässig und sollen der eigenverantwortlichen Entscheidung der Bürgerinnen und Bürger überlassen werden. Dennoch dürfen die Verfas-

¹⁶⁶ Siehe dazu Ausführungen im 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 1.2.

¹⁶⁷ Die beiden Bereiche werden in der Bundesverfassung gemeinsam normiert, da gentechnische Verfahren auch im Rahmen der Fortpflanzungsmedizin angewandt werden können; sie überschneiden sich in den Bereichen der Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik sowie der Keimbahntherapie (KUHN, S. 341; REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 13 zu Art. 119).

¹⁶⁸ REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 9 zu Art. 119; SITEK, S. 10.

¹⁶⁹ KUHN, S. 344, m.w.V. auf REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 10 zu Art. 119.

¹⁷⁰ Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1029 f.; BIAGGINI, OFK BV, N 7 f. zu Art. 119; KUHN, S. 343; REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 17 zu Art. 119.

¹⁷¹ Botschaft Beobachter-Initiative, BBl 1989 III S. 992; KUHN, S. 342; RÜTSCHÉ/PICECCHI, SHK FMedG, N 15 zu Art. 119 BV.

¹⁷² RÜTSCHÉ/PICECCHI, SHK FMedG, N 17 f. zu Art. 119 BV.

sung und die darauf gestützten Gesetze sachlich begründete Verbote einzelner Fortpflanzungsverfahren vorsehen.¹⁷³ Beim Erlass von Normen über die Fortpflanzungsmedizin hat der Bund die verfassungsrechtlichen Vorgaben von Art. 119 Abs. 2 Satz 2 BV zu berücksichtigen, wonach Missbräuche insbesondere dann vorliegen, wenn die Menschenwürde, die Persönlichkeit oder die Familie durch ein bestimmtes Verfahren verletzt wird, wobei diese Liste der Achtungs-, Schutz- und Berücksichtigungspflichten nicht abschliessend ist.¹⁷⁴ Wann die Schwelle zum Missbrauch jeweils überschritten ist, erläutert die BV nicht, sie ist für den Verfassungsgeber allerdings zumindest in den Fällen von Abs. 2 gegeben, somit auch bei Anwendung der Embryonenspende. Lit. a bis g zeigen also auf, welche weiteren Fortpflanzungs- und Gentechnikmethoden als Missbrauch eingestuft werden.¹⁷⁵ Unerheblich ist, ob die Missbrauchsgefahr seitens Privater oder seitens des Staates ausgeht.¹⁷⁶

1.3. Rechtsprechung des Bundesgerichts

In den Jahren 1989 und 1993 fällte das Bundesgericht mit BGE 115 Ia 234 und BGE 119 Ia 460 zwei prägende Entscheide im Fortpflanzungsmedizinrecht. Diese betrafen zwar das damals geltende kantonale Recht¹⁷⁷ – einmal St. Galler und einmal basel-städtisches –, jedoch hatten die beiden Entscheide grundlegende Auswirkungen und werden seit ihrer Fällung in der Schweizer Literatur regelmässig zitiert. Im «St. Galler Urteil» von 1989 (BGE 115 Ia 234) hielt das Bundesgericht fest, dass der Kinderwunsch eine «elementare Erscheinung der Persönlichkeit» darstelle und dass eine Beschränkung des Zugangs zur modernen Reproduktionsmedizin die Personen in ihrem Grundrecht auf persönliche Freiheit berühre, wobei Einschränkungen allerdings zulässig seien, sofern sie die Vorgaben von Art. 36 BV einhielten.¹⁷⁸ Das totale Verbot sämtlicher medizinisch assistierter Reproduktionsmethoden stufte das Bundesgericht dabei als verfassungswidrig ein.¹⁷⁹ 1993 folgte das «basel-städtische Urteil» BGE 119 Ia 460, welches die Rechtsprechung von BGE 115 Ia 234 bestätigte. Das basel-städtische Urteil befasste sich zudem auch mit dem Anteil an der Menschenwürde des Embryos in vitro.

Da die Verbote der Reproduktionsmedizin seit 2001 in einem Bundesgesetz geregelt sind und Art. 190 BV die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen untersagt, ist seit diesem Zeitpunkt das Bundesgericht zur Anwendung der FMedG-Bestimmungen

¹⁷³ BIAGGINI, OFK BV, N 3 zu Art. 119; BÜCHLER, Eizellenspende, S. 12.

¹⁷⁴ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 214; BELSER/MOLINARI, BSK BV, N 17 zu Art. 119; BÜCHLER, Eizellenspende, S. 12; KUHN, S. 344; REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 8 zu Art. 119.

¹⁷⁵ BIAGGINI, OFK BV, N 3 zu Art. 119; RÜTSCHÉ/PICECCHI, SHK FMedG, N 20 ff. zu Art. 119 BV.

¹⁷⁶ KUHN, S. 342; SCHWEIZER, S. 29.

¹⁷⁷ Bis zum Inkrafttreten des FMedG am 1. Januar 2001 waren die Kantone befugt, eigene Gesetze im Bereich der Fortpflanzungsmedizin zu erlassen (REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 8 zu Art. 119).

¹⁷⁸ BGE 115 Ia 234 (247), E. 5a f.

¹⁷⁹ BGE 115 Ia 234 (267), E. 9 f. Vgl. auch BERTSCHI, S. 23.

verpflichtet.¹⁸⁰ Neuere Bundesgerichtsentscheide beschränken sich somit auf andere Bereiche: Sie betreffen etwa die Kostenübernahme von Reproduktionsmedizinverfahren durch die Krankenversicherung¹⁸¹, die privatrechtliche Anerkennung von Leihmutter-schaftsverhältnissen¹⁸² oder die Bewilligung der Anwendung von Fortpflanzungsmedizin-verfahren¹⁸³.¹⁸⁴ Mit Bezug auf die Embryonenspende ist noch kein Bundesgerichtsurteil gefällt worden. Da es sich dabei um ein in einem Bundesgesetz geregeltes Verbot handelt (Art. 4 FMedG), ist eine bundesgerichtliche Überprüfung auch hier ausgeschlossen.

1.4. Das Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)

Das FMedG wurde am 18. Dezember 1998 verabschiedet und ist seit dem 1. Januar 2001 in Kraft. Es wurde bislang dreimal einer Teilrevision unterzogen, wobei die wichtigste Änderung die Einfügung der Zulassung der PID mit den dazugehörigen Änderungen (Aufhebung der Dreierregel) betraf.¹⁸⁵ Das FMedG regelt nicht alle möglichen Aspekte der Reproduktionsmedizin, sondern lediglich die «Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung» im Sinne von Art. 2 lit. a FMedG, also die «Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr».¹⁸⁶ Das FMedG konkretisiert die Verbote der Fortpflanzungsmedizin, welche Art. 119 Abs. 2 BV nennt, und macht Vorgaben für die Gestaltung der zulässigen reproduktionsmedizinischen Methoden wie die Aufbewahrung von Keimzellen und Embryonen und die Durchführung der Samenspende. Das Embryonenspendeverbot wird in Art. 4 FMedG aufgeführt und in Art. 37 lit. c FMedG als Übertretung qualifiziert. Eine Konkretisierung erfährt das FMedG in der Fortpflanzungsmedizinverordnung (FMedV)¹⁸⁷. Die FMedV enthält vor allem Vorgaben zur ärztlichen Bewilligung und zu den Abstammungsdaten.

¹⁸⁰ Bedauert wird dies etwa von BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, Rz. 52 zu Kapitel 2: «Es ist teilweise fraglich, ob [die FMedG-]Regelungen vor der Bundesverfassung standhalten; aufgrund von Art. 190 BV ist das Bundesgericht indessen zu ihrer Anwendung verpflichtet.» Vgl. auch BELSER/JUNGO, S. 217.

¹⁸¹ So z.B. BGE 113 V 42; BGE 119 V 26; BGE 121 V 289; BGE 121 V 302; BGE 125 V 21; BGer 9C_835/2011 vom 01.10.2012; BGE 142 V 249; BGer 9C_800/2019 vom 21.10.2020.

¹⁸² So z.B. BGE 141 III 312; BGE 141 III 328; BGE 148 III 245; BGE 148 III 384.

¹⁸³ Z.B. BGer 2C_39/2018 vom 18.06.2019.

¹⁸⁴ Siehe auch RÜTSCHÉ/ZEGG, SHK FMedG, N 44 zu Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts.

¹⁸⁵ Vgl. auch RÜTSCHÉ/ZEGG, SHK FMedG, N 2 zu Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts. Zur Aufhebung der Dreierregel siehe 2. Teil, Kapitel C, Ziff. 4.3.

¹⁸⁶ Die medizinische Unterstützung beispielsweise im Bereich der hormonellen Stimulation zwecks Herbeiführung einer Schwangerschaft durch Geschlechtsverkehr ist vom FMedG – im Gegensatz zu Art. 119 BV – also nicht erfasst (vgl. auch AEBI-MÜLLER/DÖRR, S. 154).

¹⁸⁷ Fortpflanzungsmedizinverordnung (FMedV) vom 4. Dezember 2000, SR 810.112.2.

1.5. Das Stammzellenforschungsgesetz (StFG) und das Transplantationsgesetz (TxG)

Das Stammzellenforschungsgesetz (StFG) trat am 1. März 2005 in Kraft und legt die Voraussetzungen für die Verwendung überzähliger Embryonen in der Forschung an menschlichen embryonalen Stammzellen fest. Ursprünglich war der Erlass eines Embryonenforschungsgesetzes geplant («Bundesgesetz über die Forschung an überzähligen Embryonen und embryonalen Stammzellen [Embryonenforschungsgesetz, EFG]»), schlussendlich entschied das Parlament aber, die Forschung an überzähligen Embryonen auf die Stammzellengewinnung zu beschränken, woraufhin das StFG erlassen wurde.¹⁸⁸ Das StFG verfolgt zwei Schutzzwecke: Erstens soll die Persönlichkeit der Paare, welche extrakorporale Embryonen erzeugen liessen, geschützt werden, zweitens soll missbräuchlicher Umgang mit überzähligen Embryonen und mit embryonalen Stammzellen verhindert und die Menschenwürde geschützt werden.¹⁸⁹ Daneben regelt das Transplantationsgesetz (TxG)¹⁹⁰ unter anderem die Verwendung von embryonalem oder fötalem Gewebe für die medizinische Praxis. Dieses wird in der Regel aus einem Schwangerschaftsabbruch gewonnen,¹⁹¹ jedoch können auch überzählige Embryonen für die Transplantation von embryonalem Gewebe verwendet werden (vgl. Art. 37 Abs. 2 lit. a und Art. 40 TxG). Auch das TxG bezweckt den Schutz der Persönlichkeit der schwangeren Frau und der IVF-Paare, welche frei von Druck und finanziellen Anreizen entscheiden sollen, ob sie ihren Embryo oder Fötus zu Transplantationszwecken spenden möchten.¹⁹²

1.6. Standesrecht und Nationale Ethikkommission

Die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) erliess schon früh Richtlinien für die Anwendung der Fortpflanzungsmedizin. Seit dem Inkrafttreten des FMedG haben die Richtlinien jedoch ihre Bedeutung verloren und wurden von der

¹⁸⁸ JOFER, S. 111 f.; RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 535. Die Embryonenforschung wurde vom Parlament als für grundsätzlich unzulässig erklärt und nur die Gewinnung embryonaler Stammzellen sowie die Gewinnforschung erlaubt (BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 48).

¹⁸⁹ Vgl. auch RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 536. Die Persönlichkeit der Paare wird dadurch geschützt, dass sie sich frei und ohne finanzielle Anreize zur Spende des Embryos an die Forschung entscheiden können (RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 537). Der Schutz der Menschenwürde nach StFG umfasst nicht nur den Schutz des Embryos, sondern auch des Paares, von welchem der überzählige Embryo stammt (RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 536, m.w.V. auf Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1242).

¹⁹⁰ Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 8. Oktober 2004, SR 810.21.

¹⁹¹ DUNCKER, S. 227 f.

¹⁹² RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 549 f. Zu erwähnen bleibt das Bundesgesetz über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz, HFG) vom 30. September 2011, SR 810.30, welches die Forschung an Embryonen und Föten aus Schwangerschaftsabbrüchen und Spontanaborten einschliesslich Totgeburten (Art. 39 ff. HFG) und die Forschung am Embryo in vivo (Art. 25 ff. HFG) inkludiert, nicht jedoch die Forschung an Embryonen in vitro (so ausdrücklich in Art. 2 Abs. 2 lit. a HFG).

SAMW 2001 entsprechend zurückgezogen. Bis dahin aber waren die Richtlinien sehr bedeutsam, da sie in die Standesordnung der Dachorganisation der Schweizer Ärzteschaft FMH (Foederatio Medicorum Helveticorum) aufgenommen wurden und folglich für deren Mitglieder verbindlich waren.¹⁹³ Das Bundesgericht nimmt auch heute noch bei medizinrechtlichen Fragestellungen regelmässig Bezug auf Richtlinien der SAMW.¹⁹⁴

Im Jahre 2001 setzte der Bundesrat basierend auf den Vorgaben von Art. 28 FMedG die Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK-CNE) ein und erliess eine entsprechende Verordnung (VNEK¹⁹⁵). Die NEK-CNE (nachfolgend «NEK») ist eine beratende, unabhängige und ausserparlamentarische Fachkommission, welche die Entwicklungen in der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie verfolgen soll und eine beratende Stellung bei gesellschaftlichen, rechtlichen und naturwissenschaftlichen Fragen im Zusammenhang mit den Entwicklungen der Wissenschaft über Gesundheit und Krankheit einnimmt (vgl. Art. 1 Abs. 1 VNEK).¹⁹⁶ Ihre grundlegende Zielsetzung ist «der adäquate Schutz von keimendem menschlichem Leben und von betroffenen Frauen in ihrer Verletzbarkeit gegenüber Fremdinteressen».¹⁹⁷ Die NEK erarbeitet Richtlinien zum Fortpflanzungsmedizinengesetz, welche allerdings keine rechtliche Bindungswirkung haben, sondern darlegen, welche Aspekte in der entsprechenden Situation aus Sicht der NEK für die Entscheidfällung wichtig sind und zu welchem Ergebnis sie unter Berücksichtigung dieser Aspekte kommt.¹⁹⁸ Bislang hat die NEK allerdings erst eine Richtlinie (zur Präimplantationsdiagnostik) erlassen,¹⁹⁹ dafür aber viele Stellungnahmen zu unterschiedlichen ethischen Fragestellungen im Medizinbereich, so auch zur Fortpflanzungsmedizin, publiziert.²⁰⁰ Der NEK obliegt denn auch die Pflicht, die Politik auf neue Methoden der Fortpflanzungsmedizin aufmerksam zu machen.²⁰¹

¹⁹³ Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1199; JOFER, S. 114 f.

¹⁹⁴ RÜTSCHKE, Rechtsvergleichung, S. 132.

¹⁹⁵ Verordnung über die nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (VNEK) vom 4. Dezember 2000, SR 810.113.

¹⁹⁶ JOFER, S. 107; KUHN, S. 343; REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 15 zu Art. 119. Im Bereich des Medizinrechts gewinnen interdisziplinäre Ethikkommissionen vermehrt an Gewicht und entscheiden von Rechts wegen darüber, ob eine medizinische Methode ethisch zu vertreten ist (FATEH-MOGHADAM/ATZENI, S. 115 f.). Durch Ethikkommissionen können juristische und medizinische Positionen, welche auf den ersten Blick unvereinbar scheinen, miteinander in Bezug gesetzt und somit für jeweils die Mediziner und die Juristen leichter akzeptierbar werden (so FATEH-MOGHADAM/ATZENI, S. 141).

¹⁹⁷ NEK, Forschung an Embryonen, S. 5.

¹⁹⁸ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 207 und S. 276; JOFER, S. 106; NEK, Importierte embryonale Stammzellen, S. 2; RÜTSCHKE/ZEGG, SHK FMedG, N 68 zu Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts. Weitere Ausführungen zu den Aufgaben der NEK siehe KELLER LÄUBLI, SHK FMedG, N 12 ff. zu Art. 28.

¹⁹⁹ Siehe NEK, PID-Richtlinien, passim.

²⁰⁰ Siehe Übersicht unter <https://www.nek-cne.admin.ch/de/publikationen/stellungnahmen> (besucht am 19. Mai 2024).

²⁰¹ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 246.

1.7. Völkerrechtliche Quellen zur Embryonenspende

Auf internationaler Ebene gibt es beim Fortpflanzungsmedizinrecht und dem Recht der Gentechnologie wenig Konsens. Einstimmigkeit herrscht lediglich in wenigen Bereichen, so bei der Unzulässigkeit der positiven Selektion menschlichen Lebens oder beim Verbot des reproduktiven Klonens.²⁰² Die Embryonenspende wird in keiner Völkerrechtsquelle geregelt oder verboten. Die einschlägigen Normen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)²⁰³ gehen nicht über die Garantien der Schweizerischen Bundesverfassung hinaus.²⁰⁴ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ist in seiner Rechtsprechung rechtsfortbildend tätig und hat im Bereich der Reproduktionsmedizin einige Urteile mit wegweisendem Charakter gefällt.²⁰⁵ Zur Embryonenspende hat sich der EGMR allerdings bislang nicht ausdrücklich geäußert.²⁰⁶ Die Biomedizinkonvention des Europarates aus dem Jahre 1997 (BMK)²⁰⁷ ist für die Schweiz seit dem 1. November 2008 verbindliches Staatsvertragsrecht, geht allerdings nicht über die von der Schweiz normierten Regelungen hinaus.²⁰⁸ Ziel der BMK ist es, die Würde und die Identität des menschlichen Lebens im Zusammenhang mit der Anwendung von Biologie und Medizin zu schützen (vgl. Art. 1 BMK). Sie enthält fragmentarische Regelungen zur Fortpflanzungsmedizin,²⁰⁹ allerdings

²⁰² RÜTSCHÉ/ZEGG, SHK FMedG, N 89 zu Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts.

²⁰³ [Europäische] Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK), SR 0.101.

²⁰⁴ RÜTSCHÉ/ZEGG, SHK FMedG, N 92 zu Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts.

²⁰⁵ RÜTSCHÉ/ZEGG, SHK FMedG, N 92 zu Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts.

²⁰⁶ Aus Sicht von Spendeeltern sind allerdings zwei EGMR-Urteile im Hinblick auf die Embryonenspende aufschlussreich: So das Urteil des EGMR *Evans v. The United Kingdom* vom 10. April 2007, Nr. 6339/05 [GC], welches den Widerruf der Einwilligung zur Verwendung von Embryonen *in vitro* zum Gegenstand hat, und das Urteil des EGMR *Parillo v. Italy* vom 27. August 2015, Nr. 46470/11 [GC], welches sich mit der Zulässigkeit der Spende überzähliger Embryonen zu Forschungszwecken befasst. Zudem behandelt das Urteil des EGMR *S.H. and Others v. Austria* vom 3. November 2011, Nr. 57813/00 [GC] die Vereinbarkeit des Verbots der Eizellenspende mit Art. 8 EMRK.

²⁰⁷ Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) vom 4. April 1997, SR 0.810.2.

²⁰⁸ RÜTSCHÉ/ZEGG, SHK FMedG, N 90 zu Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts. Die Effektivität der BMK wird verschiedentlich in Frage gestellt, da sie den Unterzeichnerstaaten viel Spielraum bei der Umsetzung lässt (FÜLLE, S. 124). So ist es auch den Unterzeichnerstaaten überlassen, den Embryo *in vitro* überhaupt unter den Anwendungsbereich der BMK zu subsumieren, da der Beginn des menschlichen Lebens von der BMK nicht festgelegt wird (so SAVIOZ-VIACCOZ, *L'embryon in vitro*, Rz. 309). Ausführlich zur BMK siehe SAVIOZ-VIACCOZ, *L'embryon in vitro*, Rz. 269 ff.

²⁰⁹ Vgl. dazu BERTSCHI, S. 36 f.

keine zur Embryonenspende.²¹⁰ Der Europarat hat weitere Empfehlungen und Resolutionen erlassen, bei welchen es sich allerdings um Soft Law handelt und welche somit nicht rechtlich verbindlich sind.²¹¹ Zudem enthalten der UNO-Pakt I²¹² und der UNO-Pakt II²¹³ wie auch die UN-Kinderrechtskonvention²¹⁴ Rechte mit Bezug zur Reproduktionsmedizin,²¹⁵ ohne allerdings die Embryonenspende zu erwähnen. Es gibt also kein (zwingendes) Völkerrecht, gegen welches das Schweizer Embryonenspendeverbot verstossen würde.

2. Zugangsvoraussetzungen für die Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Methoden

2.1. Einleitung

Nicht alle Menschen dürfen in der Schweiz fortpflanzungsmedizinische Methoden in Anspruch nehmen. Das FMedG legt gewisse Zugangsschranken fest. Die Zugangsvoraussetzungen, die für Wunscheltern gelten, um die Reproduktionsmedizin in der Schweiz in Anspruch nehmen zu können, geben wichtige Hinweise auf die Grundsätze und Prioritäten, nach denen der Schweizer Gesetzgeber die reproduktionsmedizinischen Methoden regelt. Diese können aufzeigen, warum Verfahren wie die Embryonenspende verboten sind, und künftig Grundlage bilden für eine regulierte Ausgestaltung der Embryonenspende in der Schweiz. Nachfolgend werden deshalb die Zugangsvoraussetzungen nach FMedG in komprimierter Form wiedergegeben.

²¹⁰ So auch HÜBNER, S. 44.

²¹¹ Siehe RÜTSCHÉ/ZEGG, SHK FMedG, N 108 ff. zu Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts.

²¹² Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.1.

²¹³ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2.

²¹⁴ Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, SR 0.107.

²¹⁵ Der UNO-Pakt I enthält in Art. 12 das Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit. Dies umfasst auch das Recht auf reproduktive Autonomie. Zudem sollen die Vertragsstaaten Massnahmen zum Schutz der reproduktiven Gesundheit treffen, wie beispielsweise den Zugang zu Verhütungsmitteln gewährleisten. Der UNO-Pakt II statuiert in Art. 17 ein Recht auf den Schutz des Privatlebens, was auch das Recht auf Kenntnis der eigenen biologischen Abstammung umfasst. Die UN-Kinderrechtskonvention enthält in Art. 7 Abs. 1 das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner biologischen Eltern (soweit möglich) und in Art. 8 Abs. 1 die Verpflichtung für die Vertragsstaaten, das Recht des Kindes auf seine Identität zu achten, einschliesslich seiner gesetzlich anerkannten Familienbeziehungen (RÜTSCHÉ/ZEGG, SHK FMedG, N 110–112 zu Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts). Siehe weitere Ausführungen zu den Instrumenten der UNO bei SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro, Rz. 262 ff.

2.2. Medizinische Indikation (Art. 5 FMedG)

Art. 5 FMedG enthält die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Anwendung von Fortpflanzungsverfahren. So dürfen diese nur angewendet werden, wenn damit die Unfruchtbarkeit eines Paares überwunden werden soll und die anderen Behandlungsmethoden versagt haben oder aussichtslos sind (lit. a) oder wenn die Gefahr, dass eine schwere Krankheit auf die Nachkommen übertragen wird, nicht anders abgewendet werden kann (lit. b).

Unfruchtbarkeit in einem engen Sinn bedeutet, dass es bei einem heterosexuellen Paar nach einem Jahr ungeschützten Geschlechtsverkehrs nicht zu einer Schwangerschaft kommt. Bei einer weiten Interpretation des Begriffs gilt auch die «soziale Unfruchtbarkeit» als zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren zugelassen – diese betrifft gleichgeschlechtliche Paare und alleinstehende Personen, da für sie auf natürlichem Wege keine Schwangerschaft möglich ist.²¹⁶ Nach Art. 3 Abs. 2 lit. a FMedG dürfen Fortpflanzungsverfahren nur bei Paaren angewendet werden, zu denen ein Kindesverhältnis nach Art. 252–263 ZGB begründet werden kann. Seit dem 1. Juli 2022 erfasst Art. 255a ZGB auch die Elternschaft der Ehefrau bei Nutzung einer Samenspende, womit neu die Anwendung von Verfahren der Fortpflanzungsmedizin (Samenspende) auch für verheiratete Frauenpaare zulässig ist. In diesem Sinne gilt für den Schweizer Gesetzgeber inzwischen die weiter gefasste Interpretation der Unfruchtbarkeit und die soziale Unfruchtbarkeit ist zumindest für weibliche Ehepaare eingeschlossen. Männliche Ehepaare und Alleinstehende erfüllen allerdings weiterhin die Zulassungsvoraussetzungen nach FMedG nicht: Männer sind sowohl auf eine Eizellenspende wie auch auf Leihmutterchaft angewiesen, welche in der Schweiz weiterhin unzulässig sind. Alleinstehenden Frauen würde der Zugang zur Samenspende genügen, dies ist ihnen jedoch verwehrt aufgrund der Vorgabe von Art. 3 Abs. 3 FMedG, wonach gespendete Samen nur bei Ehepaaren angewendet werden dürfen.

Für die Feststellung des Vorliegens einer medizinischen Indikation ist eine sorgfältige Abklärung durch den behandelnden Arzt oder die behandelnde Ärztin erforderlich.²¹⁷ Bevor ein Fortpflanzungsverfahren im Sinne des FMedG durchgeführt wird, sind nach Möglichkeit zuerst andere Behandlungen zur Überwindung der Unfruchtbarkeit anzuwenden, so zum Beispiel eine Hormontherapie zur Unterstützung eines regelmässigen Zyklus oder die Änderung des Lebensstils, z.B. zum Abbau von Übergewicht.²¹⁸ Ausser zur Überwin-

²¹⁶ JOFER, S. 192; RÜTSCHEN/PICECCHI, SHK FMedG, N 68 f. zu Art. 119 BV. Für eine kritische Betrachtung der engen Interpretation siehe FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 40 (welcher die «ungewollte Kinderlosigkeit» als Kriterium für die Definition der Unfruchtbarkeit vorschlägt), und ZIEGLER, *passim*. FANKHAUSER/VIONNET sehen zudem auch posttraumatische oder religiöse Gründe, welche den Geschlechtsverkehr verhindern, als zulässige Indikatoren für die Unfruchtbarkeit (FANKHAUSER/VIONNET, S. 150). Für medizinische Ausführungen zur Unfruchtbarkeit siehe 2. Teil, Kapitel A, Ziff. 3.

²¹⁷ JUNGFLAISCH, S. 17.

²¹⁸ BÜCHLER/RÜTSCHEN, SHK FMedG, N 24 zu Art. 5. Siehe auch FREUNDL/FREUNDL-SCHÜTT/GNOTH, Reproduktionsmedizin, S. 109 ff., für medizinische Ausführungen zur Optimierung der natürlichen Konzeption.

dung der Unfruchtbarkeit dürfen Fortpflanzungsverfahren nach Art. 5 lit. b FMedG auch eingesetzt werden, wenn die Gefahr, dass eine schwere Krankheit auf die Nachkommen übertragen wird, nicht anders abgewendet werden kann. Damit ist die Anwendung der Präimplantationsdiagnostik gemeint.

2.3. Information und Beratung sowie Einwilligung der Wunscheltern (Art. 5b, Art. 6 und Art. 6a FMedG)

Nach Art. 5b Abs. 1 FMedG dürfen Fortpflanzungsverfahren nur angewendet werden, wenn das betroffene Paar nach hinreichender Information und Beratung dazu schriftlich eingewilligt hat. Diese schriftliche Einwilligung ist nach drei erfolglos gebliebenen Behandlungszyklen zu erneuern, unter Einhaltung einer «angemessenen» Bedenkfrist. Ebenso ist nach Abs. 2 eine zusätzliche schriftliche Einwilligung beim Reaktivieren von konservierten Embryonen und imprägnierten Eizellen nötig. Wenn zudem ein erhöhtes Risiko einer Mehrlingsschwangerschaft besteht, muss das Paar darauf aufmerksam gemacht werden; das entsprechende Verfahren darf nur durchgeführt werden, wenn das Paar mit der Geburt von Mehrlingen einverstanden ist (Abs. 3). Für jeden Verfahrensschritt ist die Zustimmung beider Elternteile vonnöten. Kein Partner kann allein über die Reaktivierung der imprägnierten Eizellen oder Embryonen entscheiden. Dies korreliert mit der Vorschrift nach Art. 16 Abs. 3 FMedG, wonach jeder der Wunscheltern seine Einwilligung jederzeit widerrufen kann.²¹⁹

Art. 6 Abs. 1 und 2 FMedG beinhalten den Umfang der Information und Beratung durch den behandelnden Arzt resp. die behandelnde Ärztin, bevor ein Fortpflanzungsverfahren durchgeführt werden darf. Zudem ist in Abs. 3 eine Bedenkfrist vorgesehen, sodass zwischen dem Beratungsgespräch und der Behandlung in der Regel mindestens vier Wochen vergehen sollen. Auf die Möglichkeit einer unabhängigen Beratung ist hinzuweisen. Nach Abs. 4 ist vor, während und nach der reproduktionsmedizinischen Behandlung eine psychologische Begleitung anzubieten. Ziel der Information und Beratung ist es, die Entscheidungsfreiheit der Wunscheltern zu wahren, indem sie einen informierten Entscheid treffen können.²²⁰ Art. 6a FMedG statuiert zusätzliche Informationspflichten bei Anwendung einer PID oder bei Auswahl von gespendeten Samenzellen zur Verhinderung der Übertragung einer schweren Krankheit.²²¹

²¹⁹ AEBI-MÜLLER/ODERMATT, SHK FMedG, N 34 zu Art. 5b; BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 59 f. Eingehend zur Einwilligung siehe AEBI-MÜLLER/ODERMATT, SHK FMedG, N 1 ff. zu Art. 5b.

²²⁰ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 258. Siehe auch AEBI-MÜLLER, SHK FMedG, N 10 zu Art. 6.

²²¹ Ausführlich zu den Informations- und Beratungspflichten siehe AEBI-MÜLLER, SHK FMedG, N 1 ff. zu Art. 6, und AEBI-MÜLLER, SHK FMedG, N 1 ff. zu Art. 6a.

2.4. Gewährleistung des Kindeswohls (Art. 3 FMedG)

2.4.1. Grundsatznorm (Art. 3 Abs. 1 FMedG)

Die (angebliche) Gefährdung des Kindeswohls ist ein regelmässig gegen die Zulassung der Embryonenspende vorgebrachter Einwand.²²² Aufgrund dessen sind die Grundzüge der Gewährleistung des Kindeswohls nach Art. 3 FMedG nachfolgend aufzuzeigen. Im 3. Teil wird die Gewährleistung des Kindeswohls in Bezug auf die Embryonenspende eingehend untersucht.²²³ Nach Art. 3 Abs. 1 FMedG dürfen Fortpflanzungsverfahren nur angewendet werden, wenn das Kindeswohl gewährleistet ist. Während Art. 3 Abs. 1 FMedG als Grundsatznorm und direkte Handlungsanweisung gilt, dienen die Abs. 2–5 der Konkretisierung und zeigen unmittelbare Pflichten und Restriktionen für die Fortpflanzungsmedizin auf.²²⁴ Diese Konkretisierungen werden nachfolgend aufgezeigt.

2.4.2. Zivilrechtliches Kindesverhältnis begründbar (Art. 3 Abs. 2 lit. a FMedG) und Samenspende nur bei Ehepaaren (Art. 3 Abs. 3 FMedG)

2.4.2.1. Normierung

In der Schweiz werden sämtliche rechtlichen Wirkungen der Beziehung zwischen Eltern und Kind an die zivilrechtliche Elternschaft geknüpft.²²⁵ Somit ist es verständlich, wenn das Kindeswohl nach Schweizer Recht unter anderem beinhaltet, dass medizinisch assistierte Fortpflanzungsverfahren nur bei Paaren angewendet werden dürfen, die nach schweizerischem Zivilrecht ein Kindesverhältnis zum Wunschkind begründen können (Art. 3 Abs. 2 lit. a FMedG). Angestrebt wird, dass das Kind ab Geburt rechtliche Eltern hat: Im Sinne des Kindeswohls ist das Familienrecht darauf ausgerichtet, einem Kind eine rechtliche Mutter und einen rechtlichen Vater bzw. zweiten Elternteil zuzuordnen.²²⁶ Die einzig zulässige heterologe Methode, die Samenspende, darf gemäss Art. 3 Abs. 3 FMedG sogar nur bei verheirateten Paaren durchgeführt werden. Denn mit dieser Regelung hat das aus Samenspende gezeugte Kind ab Geburt einen Vater resp. zweiten Elternteil (vgl. nachfolgend Ziff. 2.4.2.3 und Ziff. 2.4.2.4). Homologe Methoden sind auch für unverheiratete Paare zulässig; für das Konkubinat bestehen keine weiteren Voraussetzungen, wie beispielsweise eine Mindestdauer des Zusammenlebens.²²⁷ Die «mehrfache Eltern-

²²² Vgl. ausführlich in 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.

²²³ Vgl. 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.

²²⁴ BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 5 zu Art. 3.

²²⁵ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1159; RUSCH, S. 35 und 70 f. Vgl. zur Begründung der zivilrechtlichen Elternschaft auch STEGMÜLLER, Rn. 139 ff.

²²⁶ BGE 115 Ia 234 (253), E. 6c, wobei das Gericht nur von «Vater» spricht (da es um die Samenspende geht, ist die rechtliche Mutterschaft zudem bereits impliziert). Nach heutiger Rechtsauffassung muss dies um die Bezeichnung «zweiter Elternteil» erweitert werden.

²²⁷ Der Bundesrat begründet den Verzicht auf solche Voraussetzungen damit, dass die Stabilität der Paarbeziehung bei IVF-Therapien ohnehin gegeben sei: Die Inanspruchnahme der Fortpflanzungsmedizin gilt nach Art. 5 lit. a FMedG als Ultima Ratio, womit bereits einige Zeit an Versuchen, auf natürlichem Wege schwanger zu werden, verstrichen sei, woraus sich die geforderte Stabilität der Paarbeziehung ergebe (Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 250).

schaft»²²⁸, oder «rechtlich multiple Elternschaft»²²⁹, d.h., die Zuordnung von mehr als zwei rechtlichen Elternteilen zu einem Kind, ist in der Schweiz nicht zulässig. Die rechtliche Elternchaft kann höchstens zwei Personen (gleichzeitig) zufallen.

2.4.2.2. *Zivilrechtliche Mutterschaft*

Gebärt eine Frau in der Schweiz ein Kind, so entsteht nach dem Grundsatz «mater semper certa est» («die Mutter ist immer sicher») von Gesetzes wegen ein Kindesverhältnis zwischen der Gebärenden als Mutter und dem Kind (Art. 252 Abs. 1 ZGB). Das Prinzip «mater semper certa est» ist ein fundamentales Grundprinzip des schweizerischen Familienrechts.²³⁰ Dieser römisch-rechtliche Grundsatz basiert auf der früher eindeutigen Sachlage, dass ein Kind von der es gebärenden Frau abstammt.²³¹ Die moderne Reproduktionsmedizin ermöglicht es mit Leihmutterschaft, Eizellen- und Embryonenspende, dass biologische (d.h., gebärende) und genetische Mutter (d.h., diejenige, von welcher die Eizelle stammt, aus der das Kind entstanden ist) nicht immer identisch sind.²³² Selbst, wenn die Gebärende sich einer unzulässigen Eizellen- oder Embryonenspende unterzogen hat, womit die genetische Abstammung des Kindes zur Frau nicht mehr gegeben ist, wird das Kindesverhältnis dennoch von Gesetzes wegen begründet. Die Einheit von Geburt und Abstammung ist für den Gesetzgeber untrennbar, eine Spaltung in eine biologische Mutter (Gebärende) und eine genetische Mutter (Eizellenspenderin) ist nicht vorgesehen.²³³ Eine Schwangere kann zudem nicht vor der Geburt auf ihre Rechte in Bezug auf das Ungeborene verzichten (vgl. Art. 265b ZGB), auch dann nicht, wenn sie sich als Leihmutter bereit erklärt hat.²³⁴ Eine Mutterschaftsanfechtung oder -anerkennung gibt es in der Schweiz nicht; der Wille zur Mutterschaft spielt also keine Rolle.²³⁵ Auch das Kind und die Eizellenspenderin können somit die Mutterschaft der Gebärenden nicht anfechten. Die einzige Möglichkeit zur Abänderung der Mutterschaft ist die Adoption.²³⁶

²²⁸ BÜCHLER, Konzeptionen, S. 1177; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1157.

²²⁹ BÜCHLER, Konzeptionen, S. 1183.

²³⁰ AEBI-MÜLLER, Anonyme Geburt, Rz. 33.

²³¹ KUHN, S. 392.

²³² BÜCHLER, Konzeptionen, S. 1177; COTTIER, S. 5; RUSCH, S. 33.

²³³ AEBI-MÜLLER/DÖRR, S. 161; BERTSCHI, S. 52; RUSCH, S. 73. In der Schweiz gilt für jede Geburt die Registrierungspflicht, sie ist innert drei Tagen zur Eintragung im Geburtenregister anzuzeigen (Art. 40 ZGB und Art. 35 Abs. 1 ZStV). Die Mutterschaft ist dabei anzugeben (RUSCH, S. 37).

²³⁴ BGE 141 III 328 (338), E. 5.2. Vgl. Ausführungen bei KUHN, S. 393 f.

²³⁵ BIDERBOST, Rz. 25; GUILLOD/HELLE, S. 442; KUHN, S. 393; siehe auch FOUNTOULAKIS, S. 261. Siehe allerdings Klage auf Feststellung der Mutterschaft bei sog. Findelkindern (HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1180).

²³⁶ AEBI-MÜLLER/DÖRR, S. 161; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1181.

2.4.2.3. *Zivilrechtliche Vaterschaft*

Das Schweizer Recht knüpft an den Grundsatz «*pater is est, quem nuptiae demonstrant*» («Vater ist, wer durch die Heirat als solcher erwiesen ist») an.²³⁷ Die rechtliche Vaterschaft entsteht aufgrund der Ehe mit der Kindsmutter, durch Vaterschaftsanerkennung, mittels Vaterschaftsurteil nach einer Vaterschaftsklage oder durch Adoption.²³⁸ Nach Art. 255 ZGB wird die Vaterschaft des Ehemannes vermutet, d.h., das während der Ehe geborene Kind gilt als Kind des Ehemannes der Kindsmutter. Dies gilt auch, wenn das Kind mittels heterologer Insemination entstanden ist (vgl. Art. 23 FMedG). Die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes kann grundsätzlich angefochten werden.²³⁹ Wenn der Ehemann der heterologen Insemination zugestimmt hat, kann er die rechtliche Vaterschaft hingegen nicht anfechten (Art. 23 Abs. 1 FMedG und Art. 256 Abs. 3 ZGB).²⁴⁰ Bei nicht verheirateten Eltern entsteht das Kindesverhältnis zum Vater mit Anerkennung der Vaterschaft (Art. 260 ZGB).²⁴¹ Nach wie vor gründet die rechtliche Vaterschaft weiterhin primär auf Rechtsvermutungen und stellt nicht unmittelbar auf die biologische und genetische Abstammung des Kindes ab – was vorrangig zählt, ist die Ehe mit der Kindsmutter oder die Anerkennung der Elternschaft, somit die psychosoziale Beziehung des Kindes zum Vater.²⁴² Die Abstammung entscheidet nur dann, wenn die Vaterschaft umstritten ist.²⁴³ Ausser bei der Adoption kann das Kindesverhältnis zum Vater nur entstehen, wenn die Kindsmutter bekannt ist.²⁴⁴

²³⁷ RUSCH, S. 79.

²³⁸ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1171 und Rz. 1185.

²³⁹ Siehe zum Kreis der Anfechtungsberechtigten BÜCHLER, Konzeptionen, S. 1179. Ausführlicher zur Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung und zur Vaterschaftsklage siehe z.B. BIDERBOST, Rz. 40 ff.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1200 ff.

²⁴⁰ Wird die Samenspende allerdings «im heimischen Badezimmer» durchgeführt, so steht dem Kind die Vaterschaftsklage gegen den Samenspender offen (COTTIER/CREVOISIER, SHK FMedG, N 16 zu Art. 23; FANKHAUSER/VIONNET, S. 157, m.w.V.), nicht jedoch dem Ehemann der Mutter, welcher dieser «Becherspende» zugestimmt hat (COTTIER/CREVOISIER, SHK FMedG, N 18 zu Art. 23).

²⁴¹ Ausführlich zur Vaterschaftsanerkennung siehe KOHLER-VAUDAUX, S. 221 ff. Vgl. auch AEBI-MÜLLER/DÖRR, S. 157, zur Anerkennung nach einer im Ausland durchgeführten Samenspende bei unverheirateten Paaren.

²⁴² FOUNTOULAKIS, S. 250; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1188; KUHN, S. 390; RUSCH, S. 84. Der Ehemann wird selbst dann als Kindsvater vermutet, wenn er unfruchtbar ist, er im betreffenden Zeitraum nachweislich keinen Geschlechtsverkehr mit der Ehefrau hatte oder er aufgrund der äusserlichen Merkmale des Kindes wie beispielsweise die Hautfarbe eindeutig als biologischer Vater ausgeschlossen werden kann (HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1190).

²⁴³ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1188.

²⁴⁴ AEBI-MÜLLER, Anonyme Geburt, Rz. 30; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1186.

2.4.2.4. *Zivilrechtliche Elternschaft der Ehefrau der Mutter (zweiter Elternteil)*²⁴⁵

Seit dem 1. Juli 2022 ist die Eheschliessung zwischen zwei gleichgeschlechtlichen Partnern möglich. Dadurch steht weiblichen Ehepaaren die Samenspende offen. Nach Art. 252 Abs. 2 ZGB wird das Kindesverhältnis zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil kraft der Ehe der Mutter originär begründet oder, soweit gesetzlich vorgesehen, durch Anerkennung oder durch gerichtliche Feststellung. Die Elternschaft der Ehefrau der Mutter wird nur dann vermutet, wenn die Mutter zum Zeitpunkt der Geburt mit der Ehefrau verheiratet ist und das Kind durch eine Samenspende nach den Vorgaben des FMedG gezeugt wurde (Art. 255a Abs. 1 ZGB). Eine Anfechtung der Mutterschaft der Ehefrau nach heterologer Insemination ist, wie beim Ehemann, nicht möglich (vgl. Art. 23 Abs. 1 FMedG).²⁴⁶ Männlichen Ehepaaren ist der Zugang zur Fortpflanzungsmedizin weiterhin verwehrt; ihnen steht nur die gemeinschaftliche Adoption nach Art. 264a ZGB und die Stiefkindadoption nach Art. 264c ZGB offen.

2.4.3. *Alter und persönliche Verhältnisse der Wunscheltern (Art. 3 Abs. 2 lit. b FMedG)*

Um die Fortpflanzungsmedizin in Anspruch nehmen zu können, müssen Paare gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b FMedG aufgrund ihres Alters und ihrer persönlichen Verhältnisse in der Lage sein, voraussichtlich bis zur Volljährigkeit für die Erziehung und Pflege des durch ein Fortpflanzungsverfahren entstehenden Kindes zu sorgen. Eine Altersgrenze für die Inanspruchnahme der Reproduktionsmedizin sieht das Gesetz nicht vor.²⁴⁷ Somit liegt es praktisch an der Ärzteschaft und den Kliniken, die Alterskriterien festzulegen: Die meisten Reproduktionszentren in der Schweiz behandeln Frauen bis zu einem Alter von 43 Jahren, da die Erfolgchancen mit eigenen Eizellen danach kaum mehr vorhanden seien.²⁴⁸ Bei Verwendung eigener Eizellen, welche nicht vorab konserviert wurden, stellt die natürliche Fruchtbarkeit der Frau in der Regel die Altersgrenze für IVF-Behandlungen dar.²⁴⁹ Wenn eine IVF nach einem Egg Freezing mit eigenen jüngeren Eizellen erfolgt, legen die entsprechenden Zentren die Altersgrenze bei 50 Jahren fest, da es sich dabei um das mittlere Alter des Eintretens der Menopause handelt.²⁵⁰ Die Zahlen des Bundesamtes für Statistik zeigen allerdings, dass das höchste Alter einer Frau bei einer in der Schweiz durchgeführten medizinisch unterstützten Fortpflanzung 2022 bei 52 Jahren lag, 2020 sogar bei 59 Jahren. Das höchste Alter eines Mannes in einem Schweizer Reproduktionsmedizinverfahren betrug 2022 74 Jahre, im Jahr 2016 sogar 81 Jahre.²⁵¹ Insgesamt ist die Altersgrenze aufgrund der zulässigen Möglichkeit des Egg Freezing sowie

²⁴⁵ Oder auch «originäre Mit-Mutterschaft» (so JUNGO et al., N 257 f.).

²⁴⁶ Siehe auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1212 ff.; JUNGO et al., N 151.

²⁴⁷ BGE 142 V 249 (256), E. 6.4.

²⁴⁸ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 30 f.; BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 49 zu Art. 3. Manche Kliniken legen die Grenze bereits beim Alter von 41 oder 42 Jahren fest (WUNDER, S. 11).

²⁴⁹ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 251 f.; AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 42.

²⁵⁰ WUNDER, S. 11.

²⁵¹ BFS, Fortpflanzung 2007–2022.

bei einer möglichen Zulassung der Verwendung von fremden Eizellen – sei dies durch Eizellen- oder durch Embryonenspende – neu zu diskutieren.²⁵²

Zu den «persönlichen Verhältnissen» nach Art. 3 Abs. 2 lit. b FMedG äussert sich der Gesetzgeber nicht. Welche Kriterien abgesehen vom Alter noch für die Prognose der langfristigen Sorge für das Kind zu berücksichtigen sind, ist unklar.²⁵³

2.4.4. *Verbot der posthumen Verwendung von Keimzellen, imprägnierten Eizellen und Embryonen (Art. 3 Abs. 4 und 5 FMedG)*

Nach Art. 3 Abs. 4 FMedG dürfen Keimzellen von verstorbenen Personen nicht mehr verwendet werden, mit Ausnahme der Samenzellen von Samenspendern. Es handelt sich also um ein Zeugungsverbot mit Keimzellen Verstorbener.²⁵⁴ Als die Kryokonservierung von Embryonen erlaubt wurde (Art. 16 FMedG), wurde gleichzeitig Art. 3 Abs. 5 FMedG eingefügt, welcher das Verbot der posthumen Verwendung auf imprägnierte Eizellen und Embryonen in vitro ausdehnte. Sollte einer der Partner versterben, so sind bereits kryokonservierte Embryonen oder imprägnierte Eizellen sofort zu vernichten, und zwar selbst dann, wenn sich das Paar zum Zeitpunkt des Todes eines der Partner mitten im fortpflanzungsmedizinischen Behandlungsprozess befand.²⁵⁵ Begründet wird dies damit, dass das Kindeswohl höher zu gewichten ist als der Wunsch der Partnerin nach einem Kind mit dem Verstorbenen: Es soll verhindert werden, dass Kinder gezeugt werden, deren genetische Eltern bereits verstorben sind.²⁵⁶ Wäre die Embryonenspende zulässig, könnten diese Embryonen grundsätzlich zur Spende an Dritte freigegeben werden. Jedoch ist fraglich, ob es bei Versterben des genetischen und biologischen Vaters der genetischen Mutter einerseits verwehrt sein sollte, sich den Embryo einpflanzen zu lassen, es ihr aber andererseits gestattet sein sollte, den Embryo zur Spende freizugeben. Diese Vorgehensweise erinnert an frühere Zeiten, als alleinstehende Frauen als nicht geeignet angesehen wurden, ihre Kinder grosszuziehen, und diese zur Adoption freigegeben wurden. Auf dieses Sonderproblem wird noch einzugehen sein.²⁵⁷

2.5. **Fazit**

Die rechtlichen Rahmenbedingungen zeigen auf, dass die Embryonenspende grundsätzlich in die Vorgaben des FMedG eingebettet werden kann, d.h., die bestehenden allgemeinen Zugangsvoraussetzungen des FMedG stehen einer Aufhebung des Verbots der Embryonenspende nicht entgegen: Bei Vorliegen einer medizinischen Indikation bei den genetischen Eltern darf der Embryo in vitro gezeugt und entwickelt werden; bei Vorliegen einer medizinischen Indikation der Wunscheltern dürfen diese die Embryonenspende in

²⁵² Siehe dazu Ausführungen im 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.9.3.1.

²⁵³ KUHN, S. 369. Siehe dazu Ausführungen im 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.9.3.2.

²⁵⁴ BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 81 zu Art. 3.

²⁵⁵ DÖRR, SHK FMedG, N 41 zu Art. 16.

²⁵⁶ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 264; GÄCHTER/SCHWENDENER, S.12 und S. 17.

²⁵⁷ Siehe dazu Ausführungen im 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.10.

Anspruch nehmen. Durch die Geburt wird die Wunschmutter zur rechtlichen Mutter, ihr Ehemann oder ihre Ehefrau wird zum rechtlichen Vater oder rechtlichen zweiten Elternteil. Das Höchstalter sowie die übrigen persönlichen Verhältnisse der Wunscheltern können analog zu den derzeitigen Vorgaben umgesetzt werden (Art. 3 Abs. 2 lit. b FMedG). Da der gespendete Embryo aber aus einer fremden Eizelle entstanden ist, ist zu klären, ob ein Höchstalter für die Schwangere festgelegt werden muss aufgrund der erhöhten Gesundheitsrisiken einer sehr späten Schwangerschaft für das Kind (Art. 3 Abs. 1 FMedG).²⁵⁸ Die Einbettung der Embryonenspende im Rahmen des Verbots der posthumer Verwendung von Embryonen wird zu klären sein.²⁵⁹

²⁵⁸ Vgl. 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.4.1 und Ziff. 5.9.3.1.

²⁵⁹ Vgl. 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.10.

C. Der «überzählige Embryo»

1. Einleitung

Die Embryonenspende im hier betrachteten Sinn meint die Spende überzähliger Embryonen zu Fortpflanzungszwecken Dritter. Der «überzählige Embryo» steht also im Mittelpunkt der Embryonenspende. Daher ist es wichtig, den «überzähligen Embryo» näher zu analysieren. Zuerst ist der Embryo und dessen Entstehung aus naturwissenschaftlicher Sicht zu betrachten (Ziff. 2). Anschliessend werden die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Erzeugung und Konservierung von Embryonen *in vitro* erörtert (Ziff. 3). Die Definition de lege lata des «überzähligen Embryos» wird dargelegt (Ziff. 4) und kritisch hinterfragt (Ziff. 5). Schlussendlich wird die praktische Relevanz der Embryonenspende untersucht, um abschätzen zu können, ob es in der Schweiz überhaupt überzählige Embryonen gibt, welche für eine Embryonenspende in Frage kommen, und ob die Embryonenspende in Ländern, wo sie erlaubt ist, überhaupt nachgefragt wird (Ziff. 6).

2. Der Embryo *in vitro* aus naturwissenschaftlicher Sicht

2.1. Entstehung: Von der Befruchtung bis zum Fötus

Die Befruchtung kann zeitlich nicht genau fixiert werden, sondern entwickelt sich in einem Zeitraum von rund 24 Stunden. Der Befruchtungsprozess beginnt mit dem Eindringen der Samenzelle in die Eizelle. Nachdem das Spermium in die Eizelle eingedrungen ist oder injiziert wurde, befindet sich das Erbgut in zwei verschiedenen Bereichen, dem männlichen und dem weiblichen Vorkern. In diesem Vorkern-Stadium wird von der imprägnierten Eizelle gesprochen.²⁶⁰ Die Eizelle ist zu diesem Zeitpunkt noch nicht befruchtet: Die Samenzelle ist zwar bereits in die Eizelle eingedrungen, jedoch sind die Kerne noch nicht verschmolzen und das genetische Material von Ei- und Samenzelle wurde noch nicht ausgetauscht.²⁶¹ Bereits in diesem Vorkernstadium enthält die imprägnierte Eizelle allerdings schon das gesamte individuelle Erbgut der künftigen Person – vorbehalten bleiben lediglich später noch entstehende Chromosomenaberrationen.²⁶²

²⁶⁰ JOFER, S. 324; NEK, Embryonale Stammzellen, S. 10; NEK, Forschung an Embryonen, S. 31; NEK, Fortpflanzung, S. 13. Andere Bezeichnungen sind 2-Vorkernstadium oder die 2-PN-Zelle (so BayObLG, Urteil vom 04. 11. 2020 – 206 St RR 1459/19-1461/19, Rz. 45). Im englischsprachigen Schrifttum wird teilweise von «Präembryo» gesprochen (JUNGFLEISCH, S. 12; NEK, Fortpflanzung, S. 13). Aber auch in der deutschen Lehre findet sich der Begriff, so bei DAMSCHEN/SCHÖNECKER, In dubio pro embryone, S. 193; GÜNTHER, Kommentar ESchG, B. IV., Rn. 42; sowie seltener auch in der Schweizer Lehre (z.B. bei KOHLER-VAUDAUX, S. 8 ff.).

²⁶¹ RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 26 zu Art. 2; WUNDER/RÖTHLISBERGER, SHK FMedG, N 6 zu Medizinische und genetische Grundlagen. So auch BayObLG, Urteil vom 04. 11. 2020 – 206 St RR 1459/19-1461/19, Rz. 32; anders das Landgericht Augsburg, welches in der 2-PN-Zelle eine bereits vollendete Befruchtung sah (LG Augsburg, Urteil vom 13. 12. 2018 – 16 Ns 202 Js 143548/14, Rz. 57).

²⁶² RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 28 zu Art. 2.

Nach Abschluss des Vorkernstadiums verschmelzen die beiden Vorkerne und eine erste Zellteilung findet statt. Der Befruchtungsvorgang ist abgeschlossen und die Zygote entstanden.²⁶³ Die Zygote ist die erste Zelle eines Embryos. In der Medizin wird die Zygote teilweise noch als imprägnierte Eizelle gesehen und erst ab dem 2-Zell-Stadium wird von einem Embryo gesprochen.²⁶⁴ Etwa sechs Stunden nach der Befruchtung beginnt sich die Zygote zu teilen und Tochterzellen zu bilden, wodurch sie sich in eine Blastozyste wandelt, welche sich ab dem vierten Tag nach der Befruchtung bildet. Die Blastozyste ist von einer Hülle, der Zona pellucida, umgeben, die sich nach einigen Tagen auflöst und eine Nidation, also die Einnistung des Embryos in die Gebärmutter, ermöglicht.²⁶⁵

In der zweiten Woche nach der Befruchtung bildet sich die Embryonalscheibe. Zu Beginn der dritten Entwicklungswoche entsteht der Primitivstreifen; ab hier ist keine Mehrlingsbildung mehr möglich.²⁶⁶ Die Embryonalperiode, also der Zeitraum, in welchem man von einem Embryo spricht, dauert von der Kernverschmelzung bis zum Ende der achten Entwicklungswoche. Dann sind alle wesentlichen Organe bereits angelegt. Ab der neunten Woche beginnt die Fetalperiode, womit ab diesem Zeitpunkt nicht mehr von einem Embryo, sondern von einem Fötus gesprochen wird.²⁶⁷

Der Schweizer Gesetzgeber definiert die imprägnierte Eizelle als die befruchtete Eizelle vor der Kernverschmelzung (Art. 2 lit. h FMedG). Es ist nicht eindeutig, ob er die imprägnierte Eizelle als Keimzelle oder als Embryo betrachtet. Mit Zulassung der Zwölferregel und der Kryokonservierung wurde gleichzeitig Art. 3 Abs. 5 FMedG eingefügt, welcher das Verbot der posthumer Verwendung auf imprägnierte Eizellen und Embryonen in vitro ausdehnte. Art. 3 Abs. 4 FMedG besagt: «Keimzellen dürfen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, nicht mehr verwendet werden. Ausgenommen sind Samenzellen von Samenspendern.» Und Art. 3 Abs. 5 FMedG lautet: «Imprägnierte Eizellen und Embryonen in vitro dürfen nach dem Tod eines Teils des betroffenen Paares nicht mehr verwendet werden.» Dies lässt darauf schliessen, dass die imprägnierte Eizelle weder als Keimzelle noch als Embryo verstanden wird. Laut RÜTSCHÉ ist jedoch insbesondere aufgrund von Art. 5a FMedG davon auszugehen, dass imprägnierte Eizellen nach FMedG de lege lata grundsätzlich als Keimzellen anzusehen sind, da ansonsten Art. 5a FMedG eine Lücke aufweisen und die Untersuchung imprägnierter Eizellen nicht vom Gesetz er-

²⁶³ RÜTSCHÉ, SHK FMedG, N 27 zu Art. 2. Bei der Kernverschmelzung handelt es sich nicht um eine eigentliche Verschmelzung der beiden Vorkerne, sondern sie lösen sich auf und die elterlichen Chromosomensätze werden zusammengeführt (RÜTSCHÉ, SHK FMedG, N 28 zu Art. 2).

²⁶⁴ <https://www.isscr.org/guidelines/glossary> (besucht am 19. Mai 2024).

²⁶⁵ Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1170; SCHWEIZER, S. 21.

²⁶⁶ BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 8; NEK, Forschung an Embryonen, S. 32. Nun treten auch erste Anzeichen einer Schwangerschaft wie das Ausbleiben der Menstruation, morgendliche Übelkeit und Brustspannungen auf (NEK, Forschung an Embryonen, a.a.O.).

²⁶⁷ BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 6; NEK, Embryonale Stammzellen, S. 11; NEK, Forschung an Embryonen, S. 32. Eine Übersicht über die menschliche Embryonalentwicklung siehe z.B. bei BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 9.

fasst werden würde.²⁶⁸ Der Embryo wird nach Art. 2 lit. i FMedG sowie Art. 2 lit. a StFG als Frucht von der Kernverschmelzung bis zum Abschluss der Organentwicklung definiert. Die Zygote gilt nach Schweizer Rechtsauffassung also als früher Embryo. Die Definition des Embryos umfasst sowohl den Embryo in vivo als auch in vitro, da es keine morphologischen Unterschiede zwischen der Entwicklung in vivo und in vitro gibt.²⁶⁹ Der Fötus ist nach Art. 2 lit. j FMedG die Frucht vom Abschluss der Organentwicklung bis zur Geburt.

Seit der Zulässigkeit der Zwölferregel und der Kryokonservierung hat die imprägnierte Eizelle in der Schweiz in Praxis²⁷⁰ und juristischer Literatur²⁷¹ an Relevanz verloren. Der rechtlichen Abgrenzung zwischen imprägnierter Eizelle und Embryo kommt mittlerweile nachrangige Bedeutung zu.²⁷² RÜTSCHÉ äussert sich kritisch zur rechtlichen Unterscheidung von imprägnierter Eizelle und Embryo und sieht den Begriff der Kernverschmelzung als rechtliche Fiktion. Er schlägt de lege ferenda vor, den Embryo als «Frucht von der Befruchtung der Eizelle bis zum Abschluss der Organentwicklung» zu definieren.²⁷³ Im Rahmen der möglichen Zulassung der Eizellen- und der Embryonenspende stellt sich jedoch (noch) die Abgrenzungsfrage, ob es sich bei der Spende einer imprägnierten Eizelle um eine Eizellen- oder um eine Embryonenspende handelt.²⁷⁴

2.2. Kryokonservierung

Die Kryokonservierung ist die «Lagermethode von vitalen Zellen des menschlichen Körpers».²⁷⁵ Spermata, Eizellen, imprägnierte Eizellen und IVF-Embryonen können bei einer Temperatur von -196 Grad Celsius in flüssigem Stickstoff gefrierkonserviert, zu einem beliebigen späteren Zeitpunkt wieder aufgetaut und zu Fortpflanzungszwecken wie auch zur Forschung verwendet werden. Der Entwicklungsstand der Keimzellen, imprägnierten Eizellen und Embryonen bleibt während der Dauer der Kryokonservierung derselbe.²⁷⁶ Das Einfrieren geschieht heutzutage meistens mittels der Einfrieremethode der Vitrifikation.

²⁶⁸ RÜTSCHÉ, SHK FMedG, N 26 zu Art. 2.

²⁶⁹ SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro, Rz. 380. Der «Embryo in vitro» im Speziellen wird weder im FMedG noch in einer sonstigen Rechtsquelle definiert (SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro, Rz. 9).

²⁷⁰ So wurden 2022 total 2'429 imprägnierte Eizellen und 12'116 Embryonen kryokonserviert. 2016 wurden noch 15'500 imprägnierte Eizellen und 202 Embryonen eingefroren (BFS, Konservierung 2007–2022).

²⁷¹ So auch SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro, Rz. 390.

²⁷² So auch SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro, Rz. 493. Anders jedoch in Deutschland aufgrund der geltenden Dreierregel, des Eizellenspendeverbots und der erlaubten Embryonenspende.

²⁷³ RÜTSCHÉ, SHK FMedG, N 32 zu Art. 2; vgl. auch RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 509 f.; gl.M. SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro, Rz. 391.

²⁷⁴ Siehe dazu Ausführungen bei Überlegungen de lege ferenda im 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.3.

²⁷⁵ DÖRR, SHK FMedG, N 13 zu Art. 16.

²⁷⁶ CHOI, S. 32 und S. 152; LIEBERMANN, Reproduktionsmedizin, S. 235; WÜRFEL, S. 208.

tion, einer Schock-Einfrierung innert eines Sekundenbruchteils.²⁷⁷ Wenn sich mehr Embryonen *in vitro* entwickeln, als der Frau sofort eingesetzt werden sollen, können diejenigen, die im aktuellen Behandlungszyklus nicht transferiert werden, für einen späteren Schwangerschaftsversuch konserviert werden. Eine Kryokonservierung ist auch im Sinne der behandelten Frau zu sehen, da sie sich auf diese Weise nicht erneut einer Follikelpunktion mit dazugehöriger hormoneller Stimulation zur Gewinnung mehrerer Eizellen unterziehen muss.²⁷⁸ Die Kryokonservierung von imprägnierten Eizellen oder Embryonen und die spätere Einsetzung in die Frau zwecks Erreichung einer Schwangerschaft bedeutet für die Betroffene einen relativ geringen Aufwand.²⁷⁹ Die Überlebensrate von Embryonen nach dem Auftauen liegt bei gut 90 Prozent.²⁸⁰ Aufgrund dessen ist die Kryokonservierung heute Standard bei IVF-Verfahren.²⁸¹

Bei Embryonen am zweiten oder dritten Tag nach der Fertilisation sind viele der für die Entwicklung massgeblichen Faktoren noch unbekannt, das Entwicklungspotenzial des Embryos lässt sich folglich noch nicht bestimmen. Bei diesen jüngeren Embryonen sind die Erfolgchancen für eine Geburt somit niedriger. Man geht davon aus, dass sich zwischen 20 und 50 Prozent der befruchteten Eizellen zum Blastozystenstadium weiterentwickeln, also den fünften bis sechsten Tag nach der Befruchtung erreichen.²⁸² Die Schwangerschaftsrate beim Transfer eines Embryos am fünften oder sechsten Tag ist um einiges höher, als wenn der Embryo im Alter von zwei bis drei Tagen eingesetzt wird. Deswegen werden Embryonen oft am fünften Entwicklungstag (d.h. im Blastozystenstadium) transferiert oder eingefroren.²⁸³

2.3. Embryotransfer und Nidation

In allen Fällen der IVF muss der daraus entstandene Embryo auf die Frau übertragen werden, wenn eine Schwangerschaft erreicht werden soll. Dieser Vorgang wird als Embryotransfer bezeichnet.²⁸⁴ Der Embryo wird dabei mittels eines sehr dünnen, weichen Katheters in die Gebärmutter eingefügt, ein Vorgang, der für die Frau physisch wenig belastend ist. Es ist auch möglich, mehrere Embryonen gleichzeitig zu transferieren. Der Transfer kann grundsätzlich zu verschiedenen Zeitpunkten während der Embryonalentwicklung stattfinden, vom frühen Vorkernstadium bis zum fortgeschritteneren Blastozystensta-

²⁷⁷ NEK, Social Egg Freezing, S. 4; WUNDER/RÖTHLISBERGER, SHK FMedG, N 4 zu Medizinische und genetische Grundlagen, Ausführlich LIEBERMANN, Reproduktionsmedizin, S. 237 ff.

²⁷⁸ BEITZ, S. 87; LEHMANN, S. 5 und 124. Siehe auch LIEBERMANN, Reproduktionsmedizin, S. 235.

²⁷⁹ CHOI, S. 153; WÜRFEL, S. 209.

²⁸⁰ LIEBERMANN, Reproduktionsmedizin, S. 241; NEK, Präimplantationsdiagnostik, S. 11.

²⁸¹ DÖRR, SHK FMedG, N 15 zu Art. 16.

²⁸² HÜBNER, S. 9 f. (mit Zahlen von 40 bis 50 Prozent); NEK, Präimplantationsdiagnostik, S. 17 (welche von 20 Prozent der Zygoten, die sich zu Blastozysten weiterentwickeln, ausgehen).

²⁸³ AL-HASANI/DIEDRICH, Reproduktionsmedizin, S. 231; HÜBNER, S. 9 f. Siehe auch Ausführungen bei MÜLLER-TERPITZ, Schutz des pränatalen Lebens, S. 512 ff.

²⁸⁴ JUNGFLAISCH, S. 12.

dium,²⁸⁵ obschon in der Regel Embryonen im Blastozystenstadium transferiert werden (siehe Ziff. 2.2). Mit dem Embryotransfer endet die reproduktionsmedizinische Behandlung zum Zustandekommen einer Schwangerschaft.²⁸⁶

Die anschliessende Einnistung in die Gebärmutter wird auch Nidation oder Implantation genannt.²⁸⁷ In bis zu zwei Dritteln aller Nidationsversuche gelingt es dem Embryo nicht, sich erfolgreich in der Gebärmutter einzunisten.²⁸⁸ Diese eher niedrige Zahl begründet sich damit, dass die Einnistung weder medizinisch beeinflussbar ist noch sich durch einen Vorgang im Labor ersetzen lässt.²⁸⁹ Die Nidation wird denn auch als «erhebliche Zäsur» im Entwicklungsprozess des Embryos bezeichnet, denn ohne Einnistung stirbt der Embryo ab.²⁹⁰ Sie ist auch der Übergang von der Eigenversorgung des Embryos zur Fremdversorgung durch den mütterlichen Körper.²⁹¹ Die Nidation ist in etwa am 14. Tag nach der Empfängnis abgeschlossen.²⁹²

Im Rahmen des «elective single embryo transfer» (eSET) werden mehrere Embryonen erzeugt und der Embryo mit der aus morphologischer Sicht höchsten Implantationswahrscheinlichkeit wird ausgewählt und übertragen. Dadurch wird die Mehrlingsschwangerschaftsrate reduziert, die Schwangerschaftsrate allgemein hingegen erhöht. Die anderen, sich weniger gut entwickelnden Embryonen werden für allfällige später folgende Befruchtungsversuche kryokonserviert.²⁹³ Das Hauptziel bei der IVF ist es, die höchste Wahrscheinlichkeit für eine Schwangerschaft zu erreichen und die Belastung für die Frau zu minimieren. Daher ist der eSET heutzutage ein Standardverfahren.²⁹⁴

²⁸⁵ JOFER, S. 150. Detaillierte medizinische Ausführung bei AL-HASANI/DIEDRICH, Reproduktionsmedizin, S. 257 ff.

²⁸⁶ AL-HASANI/DIEDRICH, Reproduktionsmedizin, S. 257.

²⁸⁷ NEK, Embryonale Stammzellen, S. 11; PSCHYREMBEL, «Implantation», S. 823, und «Nidation», S. 1215.

²⁸⁸ NEK, Forschung an Embryonen, S. 32.

²⁸⁹ CRAIG, S. 259; LEHMANN, S. 70. Die Nidation kann durch die Medizinerinnen/Mediziner allerdings mittels sog. «Assisted Hatching» unterstützt werden (siehe MONTAG/TOTH, Reproduktionsmedizin, S. 263 ff.).

²⁹⁰ HASKAMB, S. 11; vgl. auch NEK, Embryonale Stammzellen, S. 11; NEK, Forschung an Embryonen, S. 32.

²⁹¹ BECKMANN, S. 177.

²⁹² KAISER, Kommentar ESchG, A. II., Rn. 40. Vgl. zum Ganzen auch KAISER, Kommentar ESchG, A. II., Rn. 36 ff.

²⁹³ GÜNTHER, Kommentar ESchG, B. V., Rn. 75 und C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 5, Rn. 12; KUHN, S. 380 f.; PASSET-WITTIG, S. 43. Siehe auch LIEBERMANN, Reproduktionsmedizin, S. 242. Diese morphologische Untersuchung ist nicht zu verwechseln mit der Präimplantationsdiagnostik; bei ersterer findet nämlich kein Eingriff in die Zellen des Embryos statt (HASKAMB, S. 18). Zur Erkennung und Auswahl der sich optimal entwickelnden Embryonen siehe AL-HASANI/DIEDRICH, Reproduktionsmedizin, S. 232.

²⁹⁴ DÖRR, SHK FMedG, N 35 zu Art. 16; NEK, Präimplantationsdiagnostik II, S. 14. Es besteht auch die Möglichkeit des «double embryo transfer» (DET), bei welchem die zwei Embryonen mit den höchsten Entwicklungschancen ausgewählt werden und beide in den Mutterleib eingesetzt werden (PASSET-WITTIG, S. 43).

3. Rechtsrahmen der Entwicklung von Embryonen (Art. 17 FMedG) und Konservierung von imprägnierten Eizellen und Embryonen in vitro (Art. 16 FMedG)

3.1. Entwicklung von Embryonen (Art. 17 FMedG)

Nach Art. 17 Abs. 1 FMedG dürfen ausserhalb des Körpers der Frau innerhalb eines Behandlungszyklus höchstens so viele menschliche Eizellen zu Embryonen entwickelt werden, als für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung oder für die Untersuchung des Erbgutes der Embryonen notwendig sind; es dürfen jedoch höchstens zwölf sein. Nach Art. 17 Abs. 2 FMedG darf der Embryo ausserhalb des Körpers der Frau nur so weit entwickelt werden, als für die Einnistung in der Gebärmutter unerlässlich ist. Damit sollen keine Embryonen in vitro über das Altersstadium der Nidation hinaus weiterentwickelt werden, denn andernfalls kann sich dieser Embryo nicht mehr im Mutterleib einnisten und es kann keine Schwangerschaft resultieren.²⁹⁵ Die IVF dient der Herbeiführung einer Schwangerschaft, weswegen eine Weiterentwicklung des Embryos in vitro über das Nidationsalter hinaus nicht zulässig ist.²⁹⁶ Den genauen Zeitpunkt legt das FMedG nicht fest, jedoch ist aus Art. 3 Abs. 2 lit. c StFG und Art. 37 Abs. 2 lit. a TxG ersichtlich, dass für den Schweizer Gesetzgeber die Implantation nach dem siebten Entwicklungstag nicht mehr möglich ist.²⁹⁷ Der Transfer erfolgt also spätestens am siebten Tag nach der Befruchtung. Das Verbot von Art. 17 Abs. 2 FMedG ist in Art. 30 Abs. 1 FMedG strafrechtlich abgesichert, indem bestraft wird, wer einen Embryo ausserhalb des Körpers der Frau über den Zeitpunkt hinaus sich entwickeln lässt, in dem die Einnistung in die Gebärmutter noch möglich ist.

3.2. Konservierung von imprägnierten Eizellen und Embryonen (Art. 16 FMedG)

Gemäss Art. 16 Abs. 1 FMedG dürfen imprägnierte Eizellen und Embryonen in vitro konserviert werden, wenn das betroffene Paar seine schriftliche Einwilligung gibt (lit. a) und die Konservierung der späteren Herbeiführung einer Schwangerschaft dient (lit. b). Die Konservierungsdauer ist nach Abs. 2 auf fünf Jahre beschränkt, kann aber auf Antrag des betroffenen Paares um maximal fünf weitere Jahre verlängert werden. Jeder der beiden Partner kann nach Abs. 3 seine Einwilligung jederzeit schriftlich widerrufen, womit die noch vorhandenen imprägnierten Eizellen und Embryonen in vitro sofort zu vernichten

²⁹⁵ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 266; DÖRR, SHK FMedG, N 14 zu Art. 17.

²⁹⁶ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 278.

²⁹⁷ DÖRR, SHK FMedG, N 15 zu Art. 17. So Art. 3 Abs. 2 lit. c StFG: «Es ist überdies verboten, [...] aus einem überzähligen Embryo nach dem siebten Tag seiner Entwicklung Stammzellen zu gewinnen» (mit strafrechtlicher Absicherung in Art. 24 Abs. 1 lit. b StFG). Art. 37 Abs. 2 lit. a TxG besagt: «Es ist verboten, [...] überzählige Embryonen nach dem siebten Tag ihrer Entwicklung [...] künstlich am Leben zu erhalten, um ihnen Gewebe oder Zellen zu Transplantationszwecken zu entnehmen» (mit strafrechtlicher Absicherung in Art. 69 Abs. 1 lit. k TxG).

sind – ebenso bei Ablauf der Konservierungsdauer. Vorbehalten bleibt eine Spende an die Forschung nach Stammzellenforschungsgesetz (Abs. 4). Der Reproduktionsmediziner resp. die Reproduktionsmedizinerin hat das Patientenpaar über die Entwicklungsschritte seiner Embryonen zu informieren, sodass das Paar basierend darauf entscheiden kann, welche Embryonen transferiert und welche aufbewahrt werden sollen.²⁹⁸ Weil die Kryokonservierung von imprägnierten Eizellen und Embryonen nach Art. 16 Abs. 1 lit. b FMedG nur zur späteren Herbeiführung einer Schwangerschaft zulässig ist, handelt es sich somit stets um ein Fortpflanzungsverfahren i.S.v. Art. 2 lit. a FMedG.²⁹⁹ Deswegen werden auch nur diejenigen Embryonen kryokonserviert, welche intakte Entwicklungschancen aufweisen.³⁰⁰ Die Aufbewahrung von Embryonen *in vitro* ist erst seit der Zulassung der PID gestattet. Art. 16 FMedG gilt jedoch für Fortpflanzungsverfahren sowohl mit als auch ohne PID.³⁰¹

4. Der «überzählige Embryo» *de lege lata*

4.1. Terminologie

Die Expertenkommission Humangenetik und Reproduktionsmedizin erwähnte 1989 als eines der ersten Fachgremien in der Schweiz den Begriff der «überzähligen Embryonen». Die Kommission erläuterte dabei, dass bei der IVF «mehrere Eizellen befruchtet werden und mehr Embryonen entstehen können, als der Frau aus medizinischen Gründen eingepflanzt werden sollten».³⁰² Eine Definition der überzähligen Embryonen erfolgte durch die Expertenkommission allerdings nicht. Bei den parlamentarischen Diskussionen zu Art. 24^{novies} aBV wurde der Begriff zwar regelmässig erwähnt, jedoch ebenfalls nie ausdrücklich definiert. Damals wie auch später setzten sich National- und Ständerat kaum mit dem Begriff des überzähligen Embryos im Detail auseinander, sondern betrachteten überzählige Embryonen kurzerhand als diejenigen, die der Frau nicht im selben Behandlungszyklus eingesetzt werden konnten.³⁰³ Der Begriff wurde mit Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. f FMedG per 1. Januar 2001 erstmals ins positive Recht aufgenommen: Demnach müssen die Reproduktionsmedizinerinnen und -mediziner «die Anzahl überzähliger Embryonen» jährlich der Bewilligungsbehörde mitteilen.³⁰⁴ Eine Legaldefinition folgte

²⁹⁸ DÖRR, SHK FMedG, N 13 zu Art. 17.

²⁹⁹ DÖRR, SHK FMedG, N 3 zu Art. 16.

³⁰⁰ DÖRR, SHK FMedG, N 35 zu Art. 16.

³⁰¹ DÖRR, SHK FMedG, N 1 und N 3 zu Art. 16. Imprägnierte Eizellen durften vorher schon konserviert werden, dabei galt allerdings eine absolute Frist von fünf Jahren (Art. 16 Abs. 2 aF-MedG).

³⁰² Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1113; siehe auch Ausführungen bei BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 40.

³⁰³ AB 1991 S 452 f. (Votum Simmen); BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 40 f. Anstelle vieler siehe etwa AB 1990 S 478 (Votum Piller): «[...] die In-vitro-Fertilisation [...] zu überzähligen Embryonen führt, die nicht eingepflanzt werden».

³⁰⁴ BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 43.

im Stammzellenforschungsgesetz vom 20. November 2002:³⁰⁵ Gemäss Art. 2 lit. b StG ist ein überzähliger Embryo ein «im Rahmen der In-vitro-Fertilisation erzeugter Embryo, der nicht zur Herbeiführung einer Schwangerschaft verwendet werden kann und deshalb keine Überlebenschance hat». Überzählige Embryonen sind also zu Fortpflanzungszwecken erzeugte Embryonen in vitro, die endgültig nicht mehr für eine Schwangerschaft verwendet werden. Das FMedG definiert den überzähligen Embryo nicht. Basierend auf den im Rechtsetzungsprozess gemachten Ausführungen kann für die nachfolgende Analyse davon ausgegangen werden, dass die StFG-Definition auch für überzählige Embryonen aus dem Fortpflanzungsprozess gilt.³⁰⁶ Eine FMedG-spezifische Definition ist allerdings wünschenswert.³⁰⁷

Die Existenz überzähliger Embryonen wird als problematisch angesehen, da extrakorporal verfügbare Embryonen ein Missbrauchspotenzial bergen, beispielsweise durch unzulässige Forschung.³⁰⁸ Die Existenz überzähliger Embryonen gilt als eine der Hauptherausforderungen der modernen Reproduktionsmedizin.³⁰⁹ Werden die Embryonen nicht kryokonserviert, so fallen überzählige Embryonen nur dann an, wenn der Embryo medizinische Indikationen aufweist, die einen Transfer nicht sinnvoll erscheinen lassen (d.h., er sich nicht normal entwickelt), die Frau in der kurzen Zeit zwischen Entwicklung der imprägnierten Eizelle zum Embryo und dem Transfer dieses Embryos stirbt oder ihre Meinung ändert.³¹⁰ Werden Embryonen kryokonserviert, so können sie zudem überzählig werden, wenn das Paar, für welches sie erzeugt wurden, die Embryonen nicht mehr verwenden möchte. Dies entweder, weil die vorherigen IVF-Behandlungen erfolgreich waren und für den Abschluss der Familienplanung nicht alle erzeugten Embryonen verwendet werden mussten, oder weil das Paar das IVF-Verfahren vorzeitig abgebrochen hat. Es besteht für die Frau keine Pflicht zur Übertragung ihrer Embryonen in vitro, auch dann nicht, wenn sie dem IVF-Verfahren grundsätzlich zugestimmt hat.³¹¹ Eine vorübergehende Nicht-Transferierbarkeit, z.B. weil sich die Frau eine heilbare Infektionskrankheit zugezogen hat, führt nicht dazu, dass der Embryo überzählig wird.³¹² Der kryokonservierte Embryo an sich ist ebenfalls noch kein überzähliger Embryo.³¹³ Die Überzähligkeit tritt bei kryokonservierten Embryonen mit dem definitiven Entscheid ein, dass die Embryonen für das entsprechende Paar nicht mehr verwendet werden. Dies wird wohl regelmässig erst nach Ablauf der zulässigen Höchstaufbewahrungsfrist der Fall sein.³¹⁴

³⁰⁵ BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 43.

³⁰⁶ Vgl. auch BRAUN, S. 9.

³⁰⁷ Siehe dazu Überlegungen de lege ferenda im 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.2.

³⁰⁸ BGE 119 Ia 460 (488), E. 7e/aa; BELSER/MOLINARI, BSK BV, N 38 zu Art. 119.

³⁰⁹ AB 1991 N 599 f. (Votum Koller); JOFER, S. 340 f. Dazu treffend: «Überzählige Embryonen und die Frage ihres Schicksals wurden seit Anbeginn der Diskussion als Achillesferse der In-vitro-Fertilisation erkannt.» (SCHÄCHINGER, S. 179).

³¹⁰ Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1195; vgl. auch BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 44.

³¹¹ DÖRR, SHK FMedG, N 13 zu Art. 17; vgl. auch ähnlich SCHWEIZER, S. 67.

³¹² BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 43.

³¹³ So auch DÖRR, SHK FMedG, N 36 zu Art. 16.

³¹⁴ Vgl. auch LEHMANN, S. 129.

4.2. Verwendung überzähliger Embryonen de lege lata

4.2.1. *Medizinische Möglichkeiten des Umgangs mit überzähligen Embryonen*

Wenn nach Abschluss eines Fortpflanzungsverfahrens kryokonservierte Embryonen überzählig sind, kommen medizinisch gesehen die folgenden Möglichkeiten in Betracht: (1) Die Embryonen werden weiterhin auf unbestimmte Zeit tiefgefroren, (2) die Embryonen werden sofort vernichtet, (3) die Embryonen werden für die (Stammzellen-)Forschung zur Verfügung gestellt oder (4) die Embryonen werden auf eine oder mehrere andere Frauen zwecks Herbeiführung einer Schwangerschaft und Geburt übertragen.³¹⁵ Damit ein überzähliger Embryo eine Lebenschance hat, kommt nur die vierte Variante – also die Embryonenspende – in Betracht, wenn die genetische Mutter den Embryo nicht selbst austrägt. Rechtlich zulässig sind jedoch nur die zweite (unmittelbare Vernichtung) und die dritte Möglichkeit (Verwendung in der Forschung und dadurch mittelbare Vernichtung).

4.2.2. *Direkte Vernichtung auf Wunsch sowie nach Ablauf der Konservierungsdauer*

Wenn Embryonen nicht verwendet werden, beispielsweise weil sie sich schlecht entwickeln, so werden sie verworfen. Die Vernichtung ist nach Art. 16 Abs. 4 FMedG zudem geboten, wenn die Einwilligung zur Kryokonservierung widerrufen wurde oder die Konservierungsfrist abgelaufen ist. Zur Vernichtung vor Fristablauf genügt es, dass einer der Partner mit der weiteren Konservierung der Embryonen nicht mehr einverstanden ist und seine Einwilligung schriftlich widerruft. Nach Art. 16 Abs. 2 FMedG dürfen Embryonen höchstens fünf Jahre lang kryokonserviert werden, mit der Möglichkeit einer einmaligen Verlängerung um maximal fünf weitere Jahre. Nach Ablauf dieser Frist müssen sie vernichtet werden, wenn sie nicht zur Fortpflanzung der genetischen Eltern verwendet werden. Vorbehalten bleiben nach Art. 16 Abs. 4 FMedG die Bestimmungen des StFG (d.h. die Spende an die Forschung). Eine unbefristete Kryokonservierung ist für die Embryonen nicht von Vorteil, da sie nur den Zeitpunkt ihrer Vernichtung hinauszögert, solange eine Embryonenspende nicht zulässig ist.³¹⁶

4.2.3. *Verwendung von Embryonen in vitro in der Forschung*

4.2.3.1. *Forschung mit Stammzellen*

Stammzellen sind Körperzellen, die sich in mehrere unterschiedliche Zellarten entwickeln können. Je nachdem, ob die Stammzellen von einem Embryo oder einem geborenen Menschen stammen, unterscheidet man embryonale und adulte Stammzellen.³¹⁷ Die Forschung an und mit menschlichen Stammzellen ist vielversprechend und man erhofft sich daraus die Heilung von schweren Krankheiten.³¹⁸

³¹⁵ Vgl. ARONS, S. 14; Deutscher Ethikrat, S. 100.

³¹⁶ Siehe auch BRAUN, S. 47.

³¹⁷ FÜLLE, S. 27; SCHWEIZER, S. 85 f.

³¹⁸ BECK, S. 98; SCHRÖDER/SOYKE, S. 74.

Art. 2 lit. c StFG definiert die embryonale Stammzelle als «Zelle aus einem Embryo in vitro, die sich in die verschiedenen Zelltypen zu differenzieren, aber nicht zu einem Menschen zu entwickeln vermag, und die daraus hervorgegangene Zelllinie». Humane embryonale Stammzellen lassen sich beinahe unendlich teilen, altern nicht und sind somit unsterblich. Zudem sind sie pluripotent, d.h., sie wandeln sich in bestimmte Stammzellen um und können sich zu Zellen unterschiedlicher Art spezialisieren. Die Stammzellenforschung ermöglicht das Vermehren und Kultivieren dieser Stammzellen in vitro.³¹⁹ Aus embryonalen Stammzellen können keine lebenden Individuen entstehen, sondern es ist nur noch eine Entwicklung zu einem spezifischen Gewebe oder zu einer spezifischen Funktion möglich, wie beispielsweise eine Niere. Jedoch können sie sich zu jeder Art Gewebe weiterentwickeln. Dies macht die Verwendung embryonaler Stammzellen in der Stammzellenforschung und für die regenerative Medizin sehr interessant.³²⁰ Längerfristig erhofft man sich mit der embryonalen Stammzellenforschung neue Therapien für nur schwer behandelbare Krankheiten wie Parkinson, Typ-1-Diabetes oder Alzheimer.³²¹

Embryonale Stammzellen werden von Embryonen in vitro im Blastozystenstadium entnommen. Dadurch wird der Embryo vernichtet.³²² Da der Embryo durch diese Entnahme abstirbt, wird – insbesondere in Deutschland – auch von «verbrauchender Embryonenforschung» gesprochen.³²³ Embryonale Stammzellen können derzeit medizinisch gesehen aus überzähligen Embryonen, aus eigens zur Stammzellenforschung hergestellten Embryonen, durch therapeutisches Klonen oder aus abgetriebenen Embryonen gewonnen werden.³²⁴ Embryonen aus Spontanaborten hingegen können kaum verwendet werden; sie sind oft nicht kulturfähig, mit Zellschäden behaftet und/oder mit Bakterien kontaminiert.³²⁵

Auch Föten verfügen über eine eigene Art Stammzellen, die fetalen Stammzellen. Sie sind für die Forschung nur von begrenztem Nutzen.³²⁶ Zudem existieren adulte Stammzellen, welche unterschiedliche Arten von Ersatzzellen bilden können. Diese haben jedoch nur ein begrenztes Entwicklungspotenzial, da ihre Vermehrbarkeit und ihre Lebensdauer limitiert sind. Adulte Stammzellen können allerdings einem Menschen entnommen werden, ohne dass dies – anders als bei embryonalen Stammzellen – zu dessen Tod führt.³²⁷ Die

³¹⁹ Botschaft Embryonenforschungsgesetz, BBl 2003 S. 1169 und S. 1183; KAISER, Kommentar ESchG, A. V., Rn. 220.

³²⁰ MANAI, *Considérations juridico-éthiques*, S. 71.

³²¹ Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1164. Die Erfolge der embryonalen Stammzellenforschung sind allerdings noch bescheiden. Bislang können sie noch nicht für die Heilung dieser Krankheiten eingesetzt werden (MANAI, *Considérations juridico-éthiques*, S. 71).

³²² JOFER, S. 451; NEK, *Importierte embryonale Stammzellen*, S. 2; REHMANN-SUTTER, S. 182.

³²³ Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1167; JOFER, S. 451.

³²⁴ FÜLLE, S. 28 f.; POPLUTZ, S. 236. Zum detaillierteren Verfahren der Gewinnung embryonaler Stammzellen siehe Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1179 f.

³²⁵ KAISER, Kommentar ESchG, A. V., Rn. 227; ROHRER, S. 158.

³²⁶ BECK, S. 94; JOFER, S. 448. Deren Begriffsbezeichnung wird in der Wissenschaft allerdings nicht einheitlich verwendet (KAISER, Kommentar ESchG, A. V., Rn. 221 ff.).

³²⁷ FÜLLE, S. 27 und S. 30; REINKE, S. 25.

Forschung mit adulten Stammzellen kann aber die Forschung mit embryonalen Stammzellen noch nicht ersetzen, denn ihr Potenzial ist weit geringer und die Kultivierung der Zellen aufwendiger.³²⁸

4.2.3.2. *Rechtliche Voraussetzungen für die Verwendung von Embryonen in vitro für die Stammzellenforschung*

Embryonen dürfen nach Art. 119 Abs. 2 lit. c BV nicht zum Zwecke der Forschung hergestellt werden. Das Verbot wird in Art. 29 Abs. 1 FMedG als Straftatbestand konkretisiert («Wer durch Imprägnation einen Embryo in der Absicht erzeugt, diesen zu einem anderen Zweck als der Herbeiführung einer Schwangerschaft zu verwenden oder verwenden zu lassen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft»). Art. 3 Abs. 1 lit. a StFG verweist auf Art. 29 Abs. 1 FMedG und wiederholt, dass die Herstellung von Embryonen zum Zwecke der Forschung verboten ist. Auf internationaler Ebene verbietet Art. 18 Abs. 2 BMK die Erzeugung menschlicher Embryonen zu Forschungszwecken. Art. 26 Abs. 1 BMK lockert dieses Verbot allerdings, wenn Einschränkungen zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer oder im öffentlichen Interesse notwendig sind.³²⁹

Überzählige Embryonen hingegen dürfen für die Forschung verwendet werden.³³⁰ Allerdings dürfen sie ausschliesslich für den Zweck der Gewinnung embryonaler Stammzellen verwendet werden (Art. 3 Abs. 2 lit. a StFG). Der Embryo darf zudem nicht weiter als bis zum siebten Tag entwickelt worden sein, damit ihm noch Stammzellen entnommen werden dürfen (Art. 3 Abs. 2 lit. c StFG). Ausserdem darf ein Embryo, dem Stammzellen entnommen wurden, nicht auf eine Frau übertragen werden (Art. 3 Abs. 2 lit. d StFG), sondern ist sofort nach der Gewinnung zu vernichten (Art. 9 Abs. 1 lit. a StFG). Die Forschung am überzähligen Embryo selbst ist verboten. Eine Ausnahme besteht nach Art. 8 StFG dann, wenn mit der Embryonenforschung die Verfahren zur Stammzellengewinnung verbessert werden können.³³¹ Die imprägnierte Eizelle fällt im Übrigen nicht unter das StFG.³³²

Damit ein Paar seine überzähligen Embryonen der Stammzellenforschung zur Verfügung stellen darf, müssen einige formelle Vorgaben erfüllt werden. So muss die Spende unent-

³²⁸ Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1164; CRAIG, S. 246.

³²⁹ Vgl. auch RÜTSCHKE, Reproduktionsmedizin und Embryonenforschung, S. 82. Vgl. auch Ausführungen bei GUNNING, S. 105; MÜLLER-TERPITZ, Schutz des pränatalen Lebens, S. 423.

³³⁰ Denn Art. 119 Abs. 2 lit. c Satz 1 BV und die gesetzlichen Vorgaben im FMedG und StFG zielen lediglich darauf ab, dass keine Embryonen für Forschungszwecke erzeugt werden dürfen (RÜTSCHKE/PICECCHI, SHK FMedG, N 75 f. zu Art. 119 BV).

³³¹ BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 23; RÜTSCHKE, Reproduktionsmedizin und Embryonenforschung, S. 84. Siehe auch BRAUN, S. 58 f., für Ausführungen zur Verwendung von überzähligen Embryonen in der Stammzellenforschung.

³³² Vgl. STAUB, S. 76. Da für die Stammzellenforschung Zellen aus dem Blastozystenstadium verwendet werden, fällt die imprägnierte Eizelle für die Stammzellenforschung ohnehin nicht in Betracht.

geltlich geschehen (Art. 4 StFG), das Paar muss schriftlich und frei einwilligen, nachdem es vorgängig über die Verwendung seines Embryos informiert wurde (Art. 5 Abs. 1 StFG), und es darf erst angefragt werden, nachdem der Embryo endgültig überzählig geworden ist (Art. 5 Abs. 2 StFG). Die Einwilligung kann bis zum Beginn der Stammzellengewinnung widerrufen werden, womit der Embryo sofort zu vernichten ist (Art. 5 Abs. 3 und 4 StFG). Erteilt das Paar seine Einwilligung nicht, ist der Embryo ebenfalls sofort zu vernichten (Art. 5 Abs. 4 StFG). Stirbt einer der Partner, so entscheidet nach Art. 5 Abs. 5 StFG der überlebende Partner unter Berücksichtigung des mutmasslichen Willens des resp. der Verstorbenen.

Wer aus überzähligen Embryonen Stammzellen für die Forschung gewinnen will, benötigt eine Bewilligung des Bundesamtes für Gesundheit (Art. 7 Abs. 1 StFG). Voraussetzung der Bewilligungserteilung ist unter anderem eine Bewilligung der NEK für die Durchführung des Forschungsprojektes (Art. 7 Abs. 2 lit. a StFG).³³³

4.2.3.3. *Die Verwendung überzähliger Embryonen nach Transplantationsgesetz*

Embryonales Gewebe und embryonale Zellen dürfen zu Transplantationszwecken verwendet werden (Art. 37–42 TxG). In der Regel werden dafür Gewebe und Zellen aus abgetriebenen Embryonen verwendet, sie können aber auch aus Fehlgeburten oder aus überzähligen Embryonen stammen.³³⁴ Auch das TxG sieht bei der Verwendung überzähliger Embryonen eine Beschränkung auf die Verwendung von maximal bis zum siebten Tag entwickelten Embryonen vor (Art. 37 Abs. 2 lit. a TxG). Wie beim StFG muss die Einwilligung des betroffenen Paares vorliegen (Art. 40 Abs. 2 TxG) und die Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 38 TxG müssen erfüllt sein. Eine Bewilligung wird nur dann erteilt, wenn ein therapeutischer Nutzen entweder festgestellt oder zu erwarten ist.³³⁵ Obschon den überzähligen Embryonen keine Lebenschance mehr zukommt, sehen das StFG und

³³³ Für die Bewilligungserteilung des Bundesamtes für Gesundheit für ein Forschungsprojekt ist zusammengefasst vorausgesetzt, dass Embryonen nur dann verbraucht werden dürfen, wenn dies für die Durchführung des Forschungsprojekts unbedingt notwendig ist. Zwischen der Wichtigkeit des Forschungsziels und der Forschungsfreiheit einerseits und der Schutzwürdigkeit des Embryos andererseits muss eine Güterabwägung durch die NEK vorgenommen werden (RÜTSCHKE, Reproduktionsmedizin und Embryonenforschung, S. 83, m.w.V. auf Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1247). Art. 12 StFG stellt zudem wissenschaftliche und ethische Anforderungen an Forschungsprojekte mit embryonalen Stammzellen. Zu den genaueren Voraussetzungen für die Bewilligung eines Forschungsprojektes siehe Art. 11 ff. StFG. Die Verwendung überzähliger Embryonen für die Stammzellenforschung ist also ein enger Erlaubnistatbestand und an einen sehr spezifischen Zweck gebunden (HAIMES et al., S. 123).

³³⁴ Botschaft TxG, BBl 2002 S. 161; siehe auch RÜTSCHKE, Reproduktionsmedizin und Embryonenforschung, S. 85. Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler versprechen sich von diesen Transplantationen eine wirksamere Behandlung von gewissen schweren Krankheiten, da, wie bei den Stammzellen, embryonales Gewebe im Vergleich zu Gewebe von Erwachsenen mehr Potenzial aufweist (Botschaft TxG, BBl 2002 S. 124).

³³⁵ Botschaft TxG, BBl 2002 S. 162; siehe auch RÜTSCHKE, Reproduktionsmedizin und Embryonenforschung, S. 85.

das TxG enge Verwendungsmöglichkeiten für sie und strikte Vorgaben für den Umgang mit ihnen vor. Dies weist darauf hin, dass auch überzähligen Embryonen bis zu einem gewissen Umfang rechtlicher Schutz zukommt.³³⁶

4.3. Begrenzung der Anzahl der zu entwickelnden Embryonen in vitro

4.3.1. Vor dem 1. September 2017: Die Dreierregel

Ab 1992 lautete Art. 24^{novies} Abs. 2 lit. c aBV letzter Satz und ab dem 1. Januar 2000 Art. 119 Abs. 2 lit. c letzter Teilsatz aBV: «[...] es dürfen nur so viele menschliche Eizellen ausserhalb des Körpers der Frau zu Embryonen entwickelt werden, als ihr sofort eingepflanzt werden können.» Art. 17 Abs. 1 aFMedG hielt fest: «Ausserhalb des Körpers der Frau dürfen nur so viele imprägnierte Eizellen zu Embryonen entwickelt werden, als innerhalb eines Zyklus für die Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich sind; es dürfen jedoch höchstens drei sein.» Abs. 3 ergänzte: «Das Konservieren von Embryonen ist verboten».³³⁷ Der Verfassungs- und Gesetzgeber war sich der Problematik der überzähligen Embryonen bewusst und wollte mit dieser sogenannten «Dreierregel» und dem Konservierungsverbot erreichen, dass überzählige Embryonen gar nicht erst entstehen oder zumindest eine seltene Ausnahmerecheinung bleiben. Dabei wurde in der ständerätlichen Debatte festgehalten, dass die Aufnahme des Verbots der Embryonenspende in die Verfassung dank der Dreierregel «eher akademischer Natur» sei, «da Embryonenspenden kaum je vorkommen».^{338, 339} Mit der Dreierregel und dem Konservierungsverbot sollten überzählige Embryonen nur noch selten entstehen, und zwar dann, wenn man aufgrund medizinischer Indikationen beim Embryo von einem Transfer absah oder die Frau zwischen Entnahme der Eizelle und Einsetzung des Embryos starb, krank wurde oder ihre Meinung änderte.³⁴⁰ Mit der Dreierregel wollte man – indem nicht mehr als drei Embryonen transferiert werden durften – zudem die Zahl der gefährlichen höhergradigen Mehrlingsschwangerschaften und der daraus möglicherweise resultierenden Fetozide verringern.³⁴¹

³³⁶ Siehe dazu umfassend 3. Teil, Kapitel B.

³³⁷ Bis zum Inkrafttreten des FMedG im Jahre 2001 war die Kryokonservierung von Embryonen für die spätere Verwendung eine Standardprozedur (MOHLER-KUO et al., S. 1930; vgl. auch BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 27). Embryonen, welche vor Inkrafttreten des FMedG konserviert wurden, durften gemäss Art. 42 Abs. 2 aFMedG bis spätestens Ende 2003 aufbewahrt werden, danach waren sie zu vernichten (vgl. auch SCHWEIZER, S. 65).

³³⁸ AB 1991 S 457 (Votum Piller).

³³⁹ BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 41; RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 234. Bspw.: AB 1991 S 452 (Votum Simmen): «[...] nur so viele Eizellen zu befruchten, als sofort – also im selben Zyklus – eingepflanzt werden könnten. Damit gibt es keine überzähligen Embryonen mehr, und dieses schwerwiegende Problem ist gelöst.» Vgl. auch AB 1991 N 617 (Votum Koller); AB 1990 S 490 (Votum Simmen); AB 1991 N 608 (Votum Nabholz). Siehe auch in späteren Debatten AB 1997 S 693 (Votum Koller): «[W]ir haben (...) das Prinzip, dass es nicht zu überzähligen Embryonen kommen darf, ausdrücklich in der Verfassung festgehalten.»

³⁴⁰ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 227; BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 42.

³⁴¹ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 266; NEK, Forschung an Embryonen, S. 53. Siehe zu Mehrlingsschwangerschaften und Fetoziden 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.4.1.2.

In der Praxis kam es allerdings auch vor, dass Embryonen nicht in den Mutterleib transferiert wurden.³⁴² Es konnte also auch mit der Dreierregel nicht gänzlich verhindert werden, dass überzählige Embryonen entstanden: Gemäss Botschaft des Bundesrates durfte der behandelnde Arzt oder die behandelnde Ärztin in singularär auftretenden Fällen «Vorkehrungen zur Lebenserhaltung des Embryos» treffen, womit die Konservierung gemeint war.³⁴³ Es war somit dennoch zulässig, Embryonen zu kryokonservieren und für einen späteren Transfer vorzusehen, sollte die Frau diesen beispielsweise aufgrund eines Unfalls oder einer Erkrankung vorübergehend nicht vornehmen lassen können.³⁴⁴ Erlaubt war zudem auch die Kryokonservierung befruchteter Eizellen im Vorkernstadium. Trotz der Dreierregel wurden also regelmässig mehr als drei Eizellen befruchtet, aber anstatt diese zu Embryonen heranwachsen zu lassen, wurden sie im Stadium der imprägnierten Eizelle konserviert.³⁴⁵ Mit der Kryokonservierung von imprägnierten Eizellen konnte man das formelle Verbot der Konservierung von Embryonen einhalten und trotzdem mussten Spermien und Eizellen weder separat konserviert noch mehrmals entnommen werden.³⁴⁶

4.3.2. *Seit dem 1. September 2017: Die Zwölferregel*

Die Dreierregel führte zu einer starken Einschränkung der Reproduktionsmedizin in der Schweiz: Wenn sich die Frau nicht drei Embryonen, sondern nur einen oder zwei einpflanzen lassen wollte, so durften auch nur ein oder zwei Embryonen entwickelt werden, was die Erfolgchancen einer IVF stark limitierte.³⁴⁷ Der Transfer von jeweils zwei oder drei Embryonen hingegen führt oft zu (generell risikobehafteten) Mehrlingsschwangerschaften.³⁴⁸ Da die Lebendgeburt auch bei der IVF nicht gesichert ist, sind aus medizinischer Sicht mehrere Embryonen zu erzeugen; ferner ist die Selektion erst auf der Stufe des Embryos und nicht bereits auf der Stufe der imprägnierten Eizelle vorzunehmen, damit die Entwicklung besser eingeschätzt werden kann. Denn die Wahrscheinlichkeit einer erfolgreich verlaufenden Schwangerschaft erhöht sich, wenn sich sehr gut entwickelnde Embryonen transferiert werden.³⁴⁹ Die Einschränkung auf drei Embryonen stellte zudem eine unzureichende Grundlage für die Durchführung einer PID dar. Vergleichbare Erfahrungen aus anderen Ländern belegen, dass für einen Embryotransfer bei PID-Patienten mindestens neun bis zehn Embryonen entwickelt werden müssen.³⁵⁰ Um also eine sinn-

³⁴² MANAI, *Considérations juridico-éthiques*, S. 67.

³⁴³ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 266, zit. aus BÜRGIN, *Embryonenschutz*, S. 42.

³⁴⁴ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 266.

³⁴⁵ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 215; Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5864; RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 30 zu Art. 2, m.w.V. auf RÜTSCHKE, *Rechte von Ungeborenen*, S. 508 ff.

³⁴⁶ NEK, *Fortpflanzung*, S. 14. Imprägnierte Eizellen waren von der Regel ausgenommen (Art. 16 aFMedG) (siehe auch SAVIOZ-VIACCOZ, *L'embryon in vitro*, Rz. 228).

³⁴⁷ Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5944.

³⁴⁸ NEK, *Fortpflanzung*, S. 17. Vgl. zu den medizinischen Risiken von Mehrlingsschwangerschaften 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.4.1.2.

³⁴⁹ JUNGFLAISCH, S. 29; VOGT, S. 32; WÜRFEL, S. 212.

³⁵⁰ NEK, *Präimplantationsdiagnostik II*, S. 15.

volle und dem Stand der Medizin angemessene IVF und PID durchführen zu können, waren die Dreierregel und das Verbot der Kryokonservierung von Embryonen ungeeignet, und so wurden mit der Zulassung der PID auch die Dreierregel und das Kryokonservierungsverbot aufgehoben.³⁵¹ Seit dem 1. September 2017 lautet Art. 119 Abs. 2 lit. c letzter Teilsatz BV: «[...] es dürfen nur so viele menschliche Eizellen ausserhalb des Körpers der Frau zu Embryonen entwickelt werden, als für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung notwendig sind.» Damit wird die Zahl der zu entwickelnden Embryonen vom konkreten Fortpflanzungsmedizinverfahren abhängig gemacht und nicht mehr davon, wie viele Embryonen der Frau sofort eingepflanzt werden können. Zudem darf nunmehr ein einzelner Embryo für den Transfer ausgewählt werden (eSET³⁵²), während die übrigen für spätere Transfers kryokonserviert werden dürfen, sollte der erste Versuch nicht zur Geburt eines Kindes führen oder sollte sich das Kinderwunschpaar weiteren Nachwuchs wünschen. Gleichwohl dürfen nicht beliebig viele Embryonen entwickelt werden, denn der Gesetzgeber hatte eine Obergrenze festzulegen.³⁵³ Art. 17 Abs. 1 FMedG lautet entsprechend: «Ausserhalb des Körpers der Frau dürfen innerhalb eines Behandlungszyklus höchstens so viele menschliche Eizellen zu Embryonen entwickelt werden, als für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung oder für die Untersuchung des Erbgutes der Embryonen notwendig sind; es dürfen jedoch höchstens zwölf sein.» Die Kryokonservierung von Embryonen ist somit zulässig geworden, sofern sie Fortpflanzungszwecken dient (Art. 16 Abs. 1 FMedG). Durch diese Regelung ist es nun möglich, einen einzelnen Embryo zu transferieren und so das Risiko einer Mehrlingsschwangerschaft zu verringern. Zudem muss sich die Frau unter Umständen nicht mehr mehrfach einer Eizellpunktion unterziehen.³⁵⁴ Mit der neuen Regelung wurde auch die Unterscheidung zwischen der erlaubten Konservierung von imprägnierten Eizellen und der verbotenen Konservierung von Embryonen aufgehoben.³⁵⁵

Die «Zwölferregel» wurde als Kompromiss festgelegt, da einerseits genügend Embryonen entwickelt werden müssen, damit eine PID nach medizinischer Expertenmeinung Erfolg versprechend durchgeführt werden kann, andererseits wollte man eine fixe Obergrenze, damit die Verhinderung der Entstehung überzähliger Embryonen nicht gänzlich aufgegeben wird.³⁵⁶ Die Anzahl zu entwickelnder Embryonen *in vitro* wurde zwar im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips auf das Notwendige begrenzt, jedoch wurde die vorher verbotene planmässige Erzeugung von überzähligen Embryonen erlaubt resp. zumindest in Kauf genommen, denn das Kriterium der Notwendigkeit ist ungenau formuliert und

³⁵¹ Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5894; BÜCHLER, Fortpflanzungsmedizin, S. 380.

³⁵² Vgl. 2. Teil, Kapitel C, Ziff. 2.3.

³⁵³ Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5917 f.

³⁵⁴ Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5933; AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 64.

³⁵⁵ Siehe dazu auch HOTZ, Eizellenvorsorge, S. 7.

³⁵⁶ AEBI-MÜLLER et al., Rz. 223 zu § 8; DÖRR, SHK FMedG, N 5 zu Art. 17 m.w.V. auf AB 2014 S 714 f. (Votum Gutzwiller), AB 2014 N 1889 (Votum Quadranti) und AB 2014 N 1889 (Votum Neiryneck); KESSELRING, S. 259. Vgl. auch Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5934; RÜTSCHÉ/PICCCCHI, SHK FMedG, N 81 zu Art. 119 BV.

führt letztendlich dazu, dass der behandelnde Reproduktionsmediziner resp. die behandelnde Reproduktionsmedizinerin entscheidet, wie viele Embryonen beim entsprechenden Paar entwickelt werden sollen.³⁵⁷ Aufgrund der Tatsache, dass die nötige Anzahl Embryonen für einen Behandlungserfolg, d.h. eine Lebendgeburt, nicht vorhergesehen werden kann, ist das Entstehen überzähliger Embryonen oft integraler Bestandteil der modernen IVF.³⁵⁸

Zu beachten ist die seit Zulassung der Zwölferregel signifikante Abnahme von Mehrlingschwangerschaften: Waren 2017 noch 15,9 Prozent der Geburten nach IVF Mehrlingsgeburten, sank dieser Wert danach kontinuierlich und betrug im Jahre 2022 nur noch 3,7 Prozent.³⁵⁹ Dies scheint eine direkte Folge der Änderung der Rechtslage (Aufhebung der Dreierregel) zu sein, seit der die Reproduktionsfachleute häufiger auf Mehrfachtransfers verzichten können.

Insgesamt ist die Zwölferregel als sinnvolle und für die betroffenen IVF-Paare vorteilhafte Regelung einzustufen. Allerdings führt die Zwölferregel im Vergleich zur Dreierregel zu einem deutlich erhöhten Auftreten von überzähligen Embryonen. Nachfolgend ist die Existenz des überzähligen Embryos aufgrund der derzeitigen Rechtslage zu betrachten.

5. Kritik: Der «überzählige Embryo» als rechtliche Fiktion und die Embryonenspende als Lebenschance

Aus den bisherigen Erläuterungen wird klar, dass es keinen Embryo gibt, der im Rahmen einer natürlich entstandenen Schwangerschaft als «überzählig» bezeichnet werden kann. Der «überzählige Embryo» entsteht vielmehr als Folge der Fortpflanzungsmedizin und des geltenden Rechts³⁶⁰ – denn mittels der in der Schweiz zulässigen In-vitro-Fertilisation werden extrakorporale Embryonen erzeugt. Dadurch, dass sie – wenn auch teilweise nur für einen kurzen Zeitraum – ausserhalb des mütterlichen Körpers existieren, besteht für die Embryonen die potenzielle Gefahr, dass sie nicht in die Gebärmutter transferiert und somit nicht für eine Schwangerschaft der Frau verwendet werden können, für die sie erzeugt wurden, sie also nach Schweizer Recht überzählig werden.

Wenn die Übertragung des Embryos auf die genetische Mutter nicht mehr möglich ist, darf er de lege lata überhaupt nicht mehr für eine Schwangerschaft verwendet werden, sondern darf nur, entweder unmittelbar oder mittelbar via Forschungsverwendung, ver-

³⁵⁷ DÖRR, SHK FMedG, N 8 f. zu Art. 17; RÜTSCHÉ/PICCCCHI, SHK FMedG, N 81 zu Art. 119 BV. Laut DÖRR soll Art. 37 lit. f FMedG, welcher die Entwicklung von Embryonen «entgegen von Art. 17 Abs. 1 FMedG» bestraft, nur zum Zuge kommen, wenn deutlich mehr Embryonen erzeugt werden, als nach aktueller reproduktionsmedizinischer Usanz üblich ist, oder wenn die Reproduktionsmediziner resp. -medizinerinnen die Obergrenze von zwölf Embryonen überschreiten (DÖRR, SHK FMedG, N 10 zu Art. 17).

³⁵⁸ CHOI, S. 150; JUNGLEISCH, S. 29; MANAI, *Considérations juridico-éthiques*, S. 63.

³⁵⁹ BFS, Fortpflanzung Gesamtansicht 2002–2022.

³⁶⁰ BRAUN, S. 5; CHOI, S. 150. Vgl. Auch AB 1991 S 453 (Votum Gautier), wonach die Entstehung überzähliger Embryonen eine «Sine qua non»-Voraussetzung für die IVF sei.

nichtet werden. Dadurch hat der überzählige Embryo keine Überlebenschance mehr; er ist aus Rechtsgründen «seinem Schicksal zu überlassen».³⁶¹ In der Literatur werden überzählige Embryonen deshalb auch als «totgeweihte» oder «verwaiste» Embryonen bezeichnet.³⁶² Die Festlegung des «überzähligen Embryos» als «Embryo ohne Überlebenschance» ist zu kritisieren: Diese Formulierung suggeriert, dass der Embryo objektiv keine Überlebenschance mehr hat, was so jedoch nicht stimmt – denn aus medizinischer Sicht hat er mit der Embryonenspende eine Chance zu überleben, es ist vielmehr das geltende Recht, welches sein Überleben vereitelt. Die «Überzähligkeit» ist eine normative Konstruktion und hat keine naturwissenschaftliche Grundlage.³⁶³ Überzählige Embryonen sind biologisch gesehen keine andere Kategorie als Embryonen *in vitro*:³⁶⁴ Aus naturwissenschaftlicher Sicht gibt es entwicklungsfähige und nicht-entwicklungsfähige Embryonen (sowie wohl auch Graustufen dazwischen). Ob ein Embryo *in vitro* überzählig ist oder wird, hängt nicht primär von seiner Morphologie ab, sondern von den rechtlichen Beschränkungen, die den Umgang mit denjenigen Embryonen regeln, welche nicht mehr für die Fortpflanzung des ursprünglichen Paares verwendet werden können. In diesem Sinne kann sogar von einer «Erfindung» der überzähligen Embryonen durch das Recht gesprochen werden. BÜRGIN meint hierzu, dass der Gesetzgeber es «wohl nicht für erforderlich [hielt], die [...] genannten Gründe für die Entstehung überzähliger Embryonen kritisch zu hinterfragen und auf ihre Vollständigkeit hin zu überprüfen.»³⁶⁵ Gemäss BÜRGIN wird der Begriff des überzähligen Embryos denn auch missverständlich verwendet und ungenau erläutert: So erwecke die Formulierung den Eindruck, dass niemand die Verantwortung für das Absterben des Embryos trage, dass jedoch sehr wohl derjenige, der den Embryo bewusst in die Situation der potenziellen Überlebensfähigkeit bringe, sich der Verantwortung für das Absterben nicht entziehen könne.³⁶⁶

Die Zwölferregel an sich ist zu begrüßen, da sie IVF-Paaren die Erfüllung ihres Kinderwunsches gegenüber der Dreierregel deutlich erleichtern kann. Mit der Zwölferregel steigt im Vergleich zur Dreierregel allerdings unweigerlich die Möglichkeit, dass überzählige Embryonen entstehen. Die Existenz überzähliger Embryonen dürfte ihren klassischen Anwendungsfall dann finden, wenn ein Paar mittels IVF seinen Kinderwunsch erfüllen konnte und die Familienplanung abgeschlossen hat, jedoch noch Embryonen kryokonserviert sind. Diese Situation gab es mit dem Verbot der Kryokonservierung in der Regel

³⁶¹ Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1188.

³⁶² So z.B. HARTLEB, Grundrechtsschutz, S. 42; HOLDEREGGER, S. 91; JUNGFLIECH, S. 81; MAIO, Leben als Geschenk, S. 37; und POPLUTZ, S. 236 ff. Der Bundesrat bezeichnete sie in seiner Botschaft 1996 noch als «überschüssige Embryonen» (z.B. Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 226 f.). Gesichtet wurde auch der Begriff der «überflüssigen Embryonen» (so bei AB 1991 N 607 [Votum Grossenbacher]). LEHMANN schlägt den Begriff «elternfreie» Embryonen vor (LEHMANN, S. 121).

³⁶³ So auch BRAUN, S. 8; BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 46; KARAVAS, Körperverfassungsrecht, S. 144 ff.; STAUB, S. 82.

³⁶⁴ KARAVAS, Körperverfassungsrecht, S. 99.

³⁶⁵ BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 44.

³⁶⁶ BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 45 f.

nicht. Mit der Zwölferregel wurde das Hauptargument der Dreierregel, das Verhindern des Entstehens überzähliger Embryonen, hinfällig. Die zulässige Verwendung überzähliger Embryonen blieb auch bei Anwendung der Zwölferregel bei der Wahl zwischen der unmittelbaren Vernichtung (Art. 16 Abs. 4 FMedG) und der Spende an die (Stammzellen-)Forschung (Art. 3 lit. a StFG und Art. 40 Abs. 2 TxG). Beide Varianten enden schlussendlich mit der Vernichtung des Embryos. Es scheint, dass mit Ablösung der Dreierregel durch die Zwölferregel der Zunahme an überzähligen Embryonen nicht die erforderliche Beachtung geschenkt wurde. Zwar gilt mit der Formulierung «als für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung notwendig sind» nach Art. 119 Abs. 2 lit. c BV weiterhin, dass die Entstehung überzähliger Embryonen möglichst zu vermeiden ist.³⁶⁷ Allerdings existieren überzählige Embryonen mit der Verfassungs- und Gesetzesänderung nun nicht mehr nur in seltenen Ausnahmefällen, sondern sind geplant und werden bewusst in Kauf genommen.³⁶⁸ Bedauerlicherweise hat sich das Recht aber nicht dahingehend angepasst, den Umgang mit den nun häufiger entstehenden überzähligen Embryonen neu zu regeln und deren Vernichtung, wo möglich, zu verhindern.³⁶⁹

Die Embryonenspende ist die einzige Verwendungsmöglichkeit, bei welcher überzählige Embryonen eine Chance auf Leben haben. Bei den Verwendungsmöglichkeiten *de lege lata* werden die Embryonen vernichtet. Der Embryo *in vitro* ist losgelöst von der genetischen Mutter verfügbar und kann sich ohne sie entwickeln, wenn sich denn eine andere Frau bereit erklärt, ihn auszutragen und er ein ausreichendes Entwicklungspotenzial aufweist.³⁷⁰ Wenn die Embryonenspende zulässig wird, so wäre vorerst kein Embryo überzählig und jeder Embryo hätte eine Überlebenschance: Alle entwicklungsfähigen Embryonen könnten, durch eine Spende, weiterhin zur Herbeiführung einer Schwangerschaft verwendet werden, auch wenn das ursprüngliche Paar, für das sie gezeugt wurden, sie nicht mehr verwenden möchte oder kann. Entscheidet sich dieses Paar gegen die Freigabe zur Spende, so werden die Embryonen überzählig im Sinne des StFG. Kann für die zur Spende freigegebenen Embryonen kein weiteres Kinderwunschpaar gefunden werden, so würden diese Embryonen – wohl nach Ablauf einer gewissen Suchfrist – ebenfalls «überzählig» im gesetzlich definierten Sinn. So lange aber die Embryonen noch im Fortpflanzungsprozess verwendet werden können, so mutet es befremdlich an, sie als «überzählig» im Sinne von «keine Überlebenschance mehr» aufgrund rechtlicher Vorgaben zu qualifizieren.

Es ist anschliessend zu prüfen, wie viele überzählige Embryonen in der Schweiz existieren, d.h., ob überhaupt ein genug grosses Angebot für die Embryonenspende bestünde. Zudem ist zu vergleichen, wie populär die Embryonenspende in Ländern ist, in denen sie erlaubt ist, um beurteilen zu können, ob eine Nachfrage an überzähligen Embryonen zu Fortpflanzungszwecken Dritter besteht.

³⁶⁷ BIAGGINI, OFK BV, N 14a zu Art. 119.

³⁶⁸ Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5890.

³⁶⁹ So auch BRAUN, S. 7; SAVIOZ-VIACCOZ, *L'embryon in vitro*, Rz. 472.

³⁷⁰ Vgl. KARNEIN, S. 132 f.

6. Praxisrelevanz der Embryonenspende

6.1. Überzählige Embryonen in der Schweiz

Die Statistiken zeigen, dass im Jahr 2022 in der Schweiz (inklusive Kryozyklen) 35'605 Embryonen in vitro entwickelt wurden. 9'320 Embryonen wurden transferiert, 12'714 Embryonen wurden kryokonserviert (davon befanden sich bereits 598 Embryonen im Kryozyklus). Seit der Zulassung der Kryokonservierung ist eine stete Zunahme von kryokonservierten Embryonen zu beobachten.³⁷¹ 2022 wurden insgesamt 17'313 Embryonen überzählig, wobei die meisten (12'602) aufgrund eines Entwicklungsstopps überzählig wurden. 1'841 Embryonen wurden aufgrund des Behandlungsabbruchs durch das Paar überzählig, 142 aufgrund des Ablaufs der vereinbarten Konservierungsdauer.³⁷² Für eine Embryonenspende aus medizinischer Sicht kämen grundsätzlich die 1'333 Embryonen in Frage, die aufgrund des Behandlungsabbruchs des Paares überzählig wurden, wie auch die 33, welche durch Ablauf der Konservierungsdauer überzählig wurden (wobei das jeweilige Paar auch diese mutmasslich nicht mehr zu verwenden gedachte, da sie ansonsten vor Fristablauf transferiert worden wären). Allerdings ist es auch bei diesen Embryonen möglich, dass sie Auffälligkeiten oder Entwicklungsstopps aufzeigen, welche sie für die Spende ungeeignet machen. Insgesamt ist dabei aber von einem eher kleinen Prozentsatz der medizinisch ungeeigneten kryokonservierten Embryonen auszugehen, da sich nicht oder nur sehr schlecht entwickelnde Embryonen in der Regel gar nicht erst kryokonserviert, sondern schon vorher verworfen werden.

Die bis dato vorhandenen Statistiken zeigen die Embryonen, die konserviert und erst nach Ablauf der maximalen Frist vernichtet wurden, noch nicht an. Solange die Embryonen für das Elternpaar noch kryokonserviert sind, sind sie nicht überzählig. Die Kryokonservierung ist – von wenigen Ausnahmesituationen abgesehen – erst seit September 2017 zulässig, womit die ersten Fristen per September 2022 abgelaufen sind. Macht ein Paar von seiner Verlängerungsmöglichkeit nach Art. 16 Abs. 3 FMedG Gebrauch, so werden die im September 2017 kryokonservierten Embryonen erst spätestens im September 2027 überzählig, falls sie für das Kinderwunschpaar nicht mehr verwendet werden. Es wird zu sehen sein, inwieweit sich die Statistik der überzähligen Embryonen entsprechend angleichen wird. Aufgrund der bisherigen Entwicklungen ist davon auszugehen, dass sich zumindest die Anzahl kryokonservierter Embryonen in Zukunft noch vergrössern wird. Infolgedessen kann angenommen werden, dass auch die Zahl der überzähligen Embryonen zunehmen wird und somit auch die Anzahl Embryonen, die aus medizinischer Sicht grundsätzlich für die Embryonenspende in Frage kommen.

³⁷¹ BFS, Konservierung 2007–2022.

³⁷² BFS, Überzählige Embryonen 2007–2022. Zudem wurden 575 Embryonen wegen schlechten Entwicklungspotenzials überzählig, 1'770 wegen einer genetischen Anomalie und 379 aus «anderen Gründen». Vier Embryonen wurden zudem durch einen vaginalen Transfer klinisch vernichtet (BFS, Überzählige Embryonen 2007–2022).

6.2. Die Popularität der Embryonenspende im Ausland

In einigen Ländern ist die Spende von überzählig gewordenen Embryonen zulässig und mehrere Studien haben sich bisher mit der Beliebtheit dieser heterologen Reproduktionsform befasst. Während der eigenen Kinderwunschbehandlung geben zwar relativ viele Paare an, allfällige überzählige Embryonen anderen Paaren spenden zu wollen, nach Abschluss der IVF-Behandlung entschieden sich aber nur wenige Paare zur tatsächlichen Freigabe.³⁷³ Als Grund wird häufig angegeben, dass die Paare ihre überzähligen Embryonen dennoch als ihre potenziellen Kinder und potenzielle Vollgeschwister ihrer geborenen Kinder sähen.³⁷⁴ Es gibt Indizien, dass die Spendebereitschaft bei Eltern, deren Embryonen selbst aus gespendeten Samen- und/oder Eizellen bestehen, höher ist.³⁷⁵ Zudem ist es auch bei spendewilligen Paaren nicht immer so, dass die Embryonen tatsächlich gespendet werden können: So schliessen teilweise genetisch bedingte Vorerkrankungen spendewillige Paare von der Embryonenspende aus.³⁷⁶ Bei der Freigabe an die Forschung zeigen Studien, dass es Paaren leichter fällt, wenn sie bereits seit längerem Ex-IVF-Patienten sind und es um teilweise langjährig eingefrorene Embryonen geht, da diese Paare einen grösseren emotionalen Abstand zu diesen Embryonen haben.³⁷⁷ Insgesamt lassen Studien erkennen, dass die Nachfrage an Embryonenspenden generell grösser ist als das Angebot.³⁷⁸ Zu beachten ist allerdings auch, dass sich die homologe IVF stets verbessert; so ist etwa die Samenspende seit der Einführung der ICSI rückläufig.³⁷⁹

In Deutschland gibt es keine Statistiken zu den insgesamt durchgeführten Embryonenspenden. Es ist aber davon auszugehen, dass die Embryonenspende eher selten erfolgt. Dies liegt unter anderem auch an der geringen Spendebereitschaft der genetischen Eltern. Zudem bestand bis zum Urteil des Bayerischen Obersten Landesgericht (BayObLG) im Herbst 2020 bezüglich der Zulässigkeit der Embryonenspende Rechtsunsicherheit, weswegen das Medizinpersonal bei diesem Thema eher zurückhaltend war.³⁸⁰ Von vermutlich 2013 bis Ende 2015 wurden in Deutschland beim Netzwerk Embryonenspende 179 Anfragen für eine Embryonenspende gestellt, wovon 141 Paare auf eine Warteliste gesetzt wurden. Insgesamt wurden 57 Embryonenspenden in 45 Transfers vorgenommen. Dies führte zu 15 Schwangerschaften, aus denen schliesslich sieben Geburten mit neun gebore-

³⁷³ BELLUCK, <https://www.nytimes.com/2005/06/12/weekinreview/its-not-so-easy-to-adopt-an-embryo.html>; FRITH et al., S. 3336. Vgl. auch Studienverweise bei HÜBNER, S. 33 f.

³⁷⁴ THORN/HILBIG-LUGANI/WISCHMANN, S. 73 f.

³⁷⁵ BELLUCK, <https://www.nytimes.com/2005/06/12/weekinreview/ist-not-so-easy-to-adopt-an-embryo.html>.

³⁷⁶ So in der Regel in den USA (BELLUCK, <https://www.nytimes.com/2005/06/12/weekinreview/its-not-so-easy-to-adopt-an-embryo.html>), nicht aber in Deutschland (siehe «Häufig gestellte Fragen» des Netzwerks Embryonenspende, abrufbar unter https://kinderwunsch-bayern.de/wp-content/uploads/2021/02/Haeufig_gestellte_Fragen.pdf, besucht am 19. Mai 2024).

³⁷⁷ HAIMES et al., S. 123.

³⁷⁸ FUSCALDO, S. 166.

³⁷⁹ Siehe dazu GUILLOD/ERARD, S. 604 f.

³⁸⁰ DORNECK, S. 148; JOFER, S. 519 f.; ZIMMERMANN, S. 154. Vgl. auch Ausführungen im 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 4.2.1.

nen Kindern resultierten.³⁸¹ Es ist allerdings zu beachten, dass in Deutschland überzählige Embryonen aufgrund der dort geltenden Dreierregel deutlich seltener anfallen als in der Schweiz.³⁸² Die geringe Nachfrage nach Embryonenspenden in Deutschland erstaunt dennoch, da die Eizellenspende nach deutschem Recht illegal ist und die Embryonenspende für die entsprechenden Wunschmütter die einzige Möglichkeit wäre, Kinder auszutragen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass sich die entsprechenden Frauen und Paare passende Angebote zur Eizellspende (gegebenenfalls in Kombination mit einer Samenspende) im Ausland suchen.³⁸³

Es ist infolgedessen anzunehmen, dass auch in der Schweiz die mögliche Zulassung der Embryonenspende nicht zwangsläufig zu einer regen Nutzung dieser Methode führen würde. Aus normativer Sicht genügt es jedoch, wenn sich die Frage nach der Embryonenspende auch nur für einen einzigen Embryo stellt. Jede Embryonenspende betrifft einen Embryo, ein Wunschelternpaar und ein genetisches Elternpaar mit abgeschlossener oder abgebrochener Kinderwunschbehandlung. Die Interessen aller Beteiligten erfordern eine gründliche Diskussion. Die reproduktive Autonomie der beteiligten Personen³⁸⁴ wie auch der Umgang mit dem Embryo *in vitro* sind bedeutende Fragen, die einen breiten Diskurs innerhalb der Gesellschaft erfordern. Die Häufigkeit, mit der die Frage konkret gestellt wird, ist sekundär – entscheidend ist, dass die Situation vorkommt und eine entsprechende rechtliche und politische Diskussion zu führen ist.

Im Falle einer möglichen Zulassung der Embryonenspende in der Schweiz könnten IVF-Paare, die diese Möglichkeit in Betracht ziehen, mit umfassenden Informationen und Beratungsdiensten unterstützt werden. Eine solche Unterstützung würde es den Paaren ermöglichen, eine fundierte Entscheidung über ihre überzähligen Embryonen zu treffen. Möglicherweise könnte dies auch den Bekanntheitsgrad der Embryonenspende steigern und sie aus dem Bereich der Randerscheinungen zu einer validen Methode zur Verwendung überzähliger Embryonen und zur Überwindung von Unfruchtbarkeit führen.³⁸⁵ Insgesamt kann die Embryonenspende aufgrund der Anzahl der kryokonservierten Embryonen sowie der Tatsache, dass sie im Ausland, z.B. in Deutschland (wenn auch nicht oft) durchgeführt wird, als Alternative zur direkten Verwerfung oder Verwendung in der Forschung in Betracht gezogen werden.

³⁸¹ Deutscher Ethikrat, S. 18, m.w.V. auf eine persönliche Kommunikation mit dem Netzwerk Embryonenspende.

³⁸² Auch in Deutschland existiert keine Meldepflicht, und so ist unklar, wie viele überzählige Embryonen dort anfallen (HÜBNER, S. 6 f.).

³⁸³ Vgl. zum Fortpflanzungstourismus 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.9.5.

³⁸⁴ Vgl. zur reproduktiven Autonomie 3. Teil, Kapitel C, Ziff. 2.

³⁸⁵ Siehe dazu Ausführungen bei Überlegungen de lege ferenda im 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 3.5.2.

3. Teil:

Untersuchung des Verbots der Embryonenspende

A. Gang der Untersuchung

Wie bereits in der Einleitung³⁸⁶ ausgeführt, wird in diesem 3. Teil zuerst die Rechtsposition des Embryos in vitro analysiert (B.). Anschliessend wird die Reproduktionsfreiheit der involvierten genetischen Eltern und Wunscheltern im Lichte des Embryonenspendeverbots betrachtet (C.). Danach werden die Argumente des Gesetzgebers für das Verbot der Embryonenspende untersucht (D.).

³⁸⁶ 1. Teil, Ziff. 3.4.

B. Rechtsposition des Embryos in vitro

1. Einleitung

Für die Frage, ob die Embryonenspende in der Schweiz erlaubt werden sollte, ist zuerst der Status des Embryos in vitro abzuklären: Wenn der Embryo ein Recht auf Leben hat, hat er auch das Recht, – in Abwägung mit der reproduktiven Selbstbestimmung der Eltern – in eine Gebärmutter transferiert zu werden, um zu einem geborenen Menschen zu werden. Dies würde bedeuten, dass für überzählige Embryonen die Embryonenspende offenstehen müsste, um ihnen eine Chance auf Geburt zu ermöglichen, da ihre genetische Mutter ihnen diese nicht mehr bieten kann oder möchte.

Gleichwohl muss bedacht werden, dass viele überzählige Embryonen nicht für die Embryonenspende verwendet werden können: Einige weisen dafür ein zu schlechtes Entwicklungspotenzial auf; zudem müssten genügend Wunschmütter zur Verfügung stehen. Erfahrungen aus anderen Ländern legen nahe, dass es höchst fraglich ist, ob jedem überzähligen Embryo in der Schweiz tatsächlich eine biologische Mutter zugewiesen werden könnte. Hat der Embryo in vitro einen grundrechtlichen Schutz, so stellt sich auch die Frage, ob nicht vielmehr die Existenz überzähliger Embryonen möglichst verhindert werden sollte. Mit der Zwölferregel werden pro Behandlungszyklus mehr Embryonen erzeugt als für die Geburt von einem oder auch zwei Kindern grundsätzlich erforderlich. Dabei wird in Kauf genommen, dass einige der Embryonen aufgrund der Tatsache, dass es ihnen an Entwicklungspotenzial mangelt oder zu viele Embryonen erzeugt wurden, nie übertragen, sondern vernichtet werden. Zudem dient die Zwölferregelung als Rückversicherung im Sinne einer Ersatzlösung für den Fall, dass die transferierten Embryonen nicht zu einer erfolgreichen Schwangerschaft und Geburt führen. Wenn aber die vorangegangenen Transfers erfolgreich waren und die konservierten Embryonen nicht mehr für eine weitere Schwangerschaft der genetischen Mutter vonnöten sind, müssen sie vernichtet werden. Die Zwölferregel wäre somit nur dann zulässig, wenn dem Embryo in vitro kein Grundrechtsschutz zukommt – andernfalls wäre die Absicht, pro Behandlungszyklus deutlich mehr Embryonen zu erzeugen, als eine Chance auf Entwicklung im Uterus haben, unzulässig.

Zu beachten ist, dass solche Fragen stets im Zusammenhang und in Abwägung mit der grundrechtlich geschützten Fortpflanzungsfreiheit der involvierten Personen zu betrachten sind.³⁸⁷ Dass ein allfälliges Lebensrecht des Embryos (in vivo wie in vitro) nicht gegen den Willen der austragenden Frau durchgesetzt werden kann, ergibt sich schon allein aus der – hier nicht hinterfragten – Straflosigkeit eines Schwangerschaftsabbruchs.³⁸⁸

Die Frage des Status des sehr frühen Embryos wurde erst mit der Verbreitung der IVF relevant, da der Embryo seitdem extrakorporal sicht- und verfügbar ist. Vorher konnte er

³⁸⁷ Siehe zur grundrechtlich geschützten Fortpflanzungsfreiheit 3. Teil, Kapitel C, Ziff. 2.

³⁸⁸ Siehe dazu 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.4.1.

nur gemeinsam mit dem mütterlichen Körper betrachtet werden.³⁸⁹ Nachfolgend wird primär der Status des extrakorporalen Embryos beleuchtet, da nur er überzählig werden und für eine Embryonenspende in Frage kommen kann.

2. Der normative Status des Embryos in vitro

2.1. Hat der Embryo in vitro ein verfassungsrechtlich geschütztes Recht auf Leben und Integrität?

2.1.1. Völkerrechtliche Ebene

Verschiedene Völkerrechtsquellen verbürgen ein Recht auf Leben,³⁹⁰ allerdings geben sie keine klare Antwort darauf, wann der Schutz des Lebens beginnt – eindeutig ist einzig, dass er spätestens mit der Geburt einsetzt.³⁹¹ So schützt Art. 2 EMRK das Recht auf Leben, geht aber nicht auf den Schutz des ungeborenen Lebens ein.³⁹² Der EGMR entschied sich bewusst dagegen, dem Ungeborenen ein Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK anzuerkennen, und überlässt die Entscheidung über den Beginn des menschlichen Lebens den Vertragsstaaten, da kein europäischer Konsens über den Lebensbeginn besteht.³⁹³ Weiter gewährt die BMK dem extrakorporalen Embryo zwar völkerrechtlichen Schutz («Die Rechtsordnung hat einen angemessenen Schutz des Embryos zu gewährleisten, sofern sie Forschung an Embryonen in vitro zulässt» [Art. 18 Abs. 1 BMK]), regelt jedoch lediglich die Embryonenforschung, nicht aber den Status des Embryos selbst, da diesbezüglich zu grosse Divergenzen bei den Mitgliedstaaten bestehen.³⁹⁴

2.1.2. Regelung in der Bundesverfassung

Nach Art. 10 Abs. 1 BV hat jeder Mensch das Recht auf Leben. Die Todesstrafe ist verboten. Damit gilt für den Staat ein absolutes Verbot einer gezielten oder fahrlässigen Tö-

³⁸⁹ CLAUSEN/SCHMITT, S. 65; HONNEFELDER, S. 61; NEK, Forschung an Embryonen, S. 40; REHMANN-SUTTER, S. 182.

³⁹⁰ So Art. 2 Abs. 1 EMRK, Art. 3 AMRE, Art. 6 Abs. 1 UNO-Pakt II und für Kinder speziell noch Art. 6 Abs. 1 der Kinderrechtskonvention (vgl. auch Ausführungen bei SCHWARZENEGGER, S. 173). Zudem sieht Art. 6 Abs. 5 UNO-Pakt II vor, dass die Todesstrafe bei Schwangeren nicht durchgeführt werden darf (vgl. dazu MANAÏ, *Considérations juridico-éthiques*, S. 64).

³⁹¹ MANAÏ, *Considérations juridico-éthiques*, S. 64; RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 341.

³⁹² HASSMANN, S. 69. Vgl. auch BÜCHLER/CLAUSEN, Pränataler Kinderschutz, S. 654; KOHLER-VAUDAUX, S. 47 f.; RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 94 ff.; STEINWEG, S. 80.

³⁹³ Vo v. France, Nr. 53924/00, § 82, 8. Juli 2004; BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 21; BÜCHLER/CLAUSEN, Pränataler Kinderschutz, S. 654; DÖRR, SHK FMedG, N 10–12 zu Art. 16. Siehe auch Urteil des EGMR *Evans v. The United Kingdom* vom 10. April 2007, Nr. 6339/05 [GC], § 54.

³⁹⁴ JOFER, S. 387; MANAÏ, *L'embryon face au droit*, Rz. 22; MÜLLER-TERPITZ, Schutz des pränatalen Lebens, S. 422; STAUB, S. 78. Vgl. auch TAUPITZ, Kommentar ESchG, B. II., Rn. 13; TAUPITZ/BREWE, S. 86. Für Vorschläge möglicher Regelungen zum Schutz des Embryos in vitro auf internationaler Ebene siehe PETERSEN/NOHLEN/VÖNEKY, S. 621 ff.

tung eines Menschen und zudem eine Pflicht, den Menschen vor Tötung durch andere Menschen zu schützen.³⁹⁵ Nach Art. 10 Abs. 2 BV hat jeder Mensch unter anderem das Recht auf körperliche Unversehrtheit («Integrität»³⁹⁶). Unbestritten ist, dass jede geborene Person zu schützen ist, unabhängig von ihrer geistigen, körperlichen oder gesundheitlichen Verfassung. Es gibt in dem Sinne kein lebensunwertes Leben.³⁹⁷ Die Bundesverfassung definiert allerdings nicht, wann das menschliche Leben beginnt und lässt somit offen, ob bereits dem Embryo ein verfassungsrechtlich geschütztes Recht auf Leben und Unversehrtheit zukommt.³⁹⁸ Der Status des Embryos wurde in der Schweiz nie positivrechtlich festgelegt.³⁹⁹ Auch das Bundesgericht hat lediglich festgehalten, dass der Rechtsgemeinschaft «das Schicksal des Embryos [...] nicht gleichgültig sein» dürfe.⁴⁰⁰

RÜTSCHÉ legt in seiner Habilitationsschrift umfassend dar, dass sich aus der Verfassung keine Grundrechtsträgerschaft von Embryonen und Föten ergibt, die BV vielmehr keine Antwort auf diese Frage enthält.⁴⁰¹ Gemäss herrschender Lehre und Bundesrat kommt dem Embryo und Fötus kein umfassender Lebensschutz nach Art. 10 Abs. 1 BV oder das in Art. 10 Abs. 2 BV verankerte Recht auf Integrität zu; beides setzt erst mit der Geburt ein.⁴⁰² Auch das Verbot der Embryonenspende in Art. 119 Abs. 2 lit. d BV spricht klar gegen ein Recht des Embryos auf Entwicklung, denn aufgrund dieser verfassungsrechtlichen Bestimmung muss der überzählige Embryo vernichtet werden.⁴⁰³ Die unbegrenzte Rechtssubjektivität beginnt in der Schweiz folglich erst im Zeitpunkt der Geburt.⁴⁰⁴

³⁹⁵ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 10 zu § 11; SCHWEIZER, S. 54. Der Kerngehalt ist das Verbot der Todesstrafe; in der Lehre wird das Verbot der willkürlichen Tötung oft auch als Kerngehalt betrachtet (KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 36 zu § 11).

³⁹⁶ RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 216.

³⁹⁷ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 6 zu § 11.

³⁹⁸ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 223 f.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 7 und 9 zu § 5; RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 242 und S. 340. Vgl. auch TSCHUOR-NAYDOWSKI, S. 114.

³⁹⁹ Vgl. auch MANAI, *Considérations juridico-éthiques*, S. 65.

⁴⁰⁰ BGE 119 Ia 460 (485), E. 7a; vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 9 zu § 5. Siehe Ausführungen 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.2.2.

⁴⁰¹ Siehe RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 102 ff.; vgl. Ausführungen bei BÜCHLER, *Reproduktive Autonomie*, S. 21.

⁴⁰² Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1188; Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5946; für die h.L. z.B. BIAGGINI, OFK BV, N 8 zu Art. 10; BÜCHLER, *Reproduktive Autonomie*, S. 21; PALLY HOFMANN, S. 860; REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 20 zu Art. 119; RÜTSCHÉ, SHK FMedG, N 17 zu Art. 1; SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB, N 2 und N 7 zu Vor Art. 118. A.M. z.B. SEELMANN, *Biomedizin und Menschenwürde*, S. 72 ff.

⁴⁰³ KUHN, S. 209; REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 20 zu Art. 119; RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 234.

⁴⁰⁴ NEK, *Forschung an Embryonen*, S. 18.

2.1.3. *Verschiedene Lehrmeinungen*

2.1.3.1. *Einleitung: Vier grundsätzliche Positionen des Lebensschutzes*

Obschon die Bundesverfassung nach herrschender Lehre dem Embryo in vitro kein umfassendes Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit zuspricht, herrscht doch Meinungsvielfalt über den Beginn eines Lebensschutzes des Ungeborenen. Die nachfolgenden Ausführungen dienen als Überblick über den Stand der Schweizer Lehre unter Einbezug einiger deutscher Lehrmeinungen.

Die Lehrmeinungen lassen sich grundsätzlich in einen «gradualistischen» und «nicht-gradualistischen» Ansatz zweiteilen: Beim nicht-gradualistischen Embryonenschutz wird nicht zwischen Embryo und geborenem Menschen unterschieden; das Ungeborene gilt von Anfang an als grundrechtlich geschützter Mensch. Beim gradualistischen Ansatz wird eine Differenzierung in den unterschiedlichen Entwicklungsstadien des Ungeborenen vorgenommen, und dem Ungeborenen kommt erst ab Eintritt in das entsprechende Stadium ein Grundrechtsschutz zu.⁴⁰⁵ Zusammengefasst und vereinfacht lassen sich die Lehrmeinungen in vier Positionen einteilen:⁴⁰⁶

a) Erste Position: Bejahung der Grundrechtsträgerschaft, absoluter Lebensschutz (nicht-gradualistisch)

Eine erste Position will den Embryonen umfassenden Lebensschutz gewähren, und zwar ab dem Moment der Befruchtung. In der Folge hätte der Staat die Pflicht, den absoluten Lebensschutz des Embryos durchzusetzen. Jede Handlung, die nicht das Leben des Embryos zum Ziel hat, ist laut dieser Position unzulässig: Eine Zerstörung des Embryos in vitro wäre genauso strafrechtlich verboten wie ein Schwangerschaftsabbruch – da das absolute Recht auf Leben nicht gegen ein anderes Leben abgewogen werden könne, sei die Grundrechtsposition der Schwangeren nicht höher zu gewichten als das Leben des Embryos. Der Embryo wäre also gleich zu behandeln wie eine geborene Person.⁴⁰⁷ Eine solche Ansicht teilt etwa die katholische Kirche.⁴⁰⁸ Diese Position ist in der Schweiz de lege lata in Anbetracht des straflosen Schwangerschaftsabbruchs, der zulässigen Vernichtung von Embryonen in vitro sowie der bedingten Rechtsfähigkeit nach ZGB⁴⁰⁹ nicht umsetzbar.

b) Zweite Position: Bejahung der Grundrechtsträgerschaft mit Ausnahmen vom Lebensschutz (nicht-gradualistisch)

Eine zweite Position bejaht zwar ebenfalls den Grundrechtsschutz des Embryos ab dem Moment der Befruchtung, jedoch sollen auch die Rechte der Schwangeren berücksichtigt werden. Schwangerschaftsabbrüche seien demnach grundsätzlich verboten, sollten jedoch

⁴⁰⁵ HASKAMP, S. 25, m.w.V.

⁴⁰⁶ Einteilung nach SCHWARZENEGGER, S. 173 ff.

⁴⁰⁷ MANAI, *Considérations juridico-éthiques*, S. 64; SCHWARZENEGGER, S. 173. Zur Begründung einer solchen Ansicht siehe die SKIP-Argumente im 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.1.3.3.

⁴⁰⁸ HASKAMP, S. 26; REHMANN-SUTTER, S. 183.

⁴⁰⁹ Siehe 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.3.

in Ausnahmefällen gerechtfertigt werden können.⁴¹⁰ Der Embryo *in vitro* hätte ein Recht auf einen Transfer in den Uterus, allerdings könne die Frau gewisse zu bestimmende schützenswerte Gründe gegen den Transfer geltend machen. Diese Ansicht ist mit dem Schweizer Recht *de lege lata* im Hinblick auf den straflosen Schwangerschaftsabbruch und der bedingten Rechtsfähigkeit des Ungeborenen nach ZGB nur schwer vereinbar.⁴¹¹

c) Dritte Position: Verneinung der Grundrechtsträgerschaft, aber abgestufter Lebensschutz (gradualistisch)

Gemäss der dritten Position haben Embryonen kein einklagbares Recht auf Leben, jedoch habe der Staat die sich aus der Grundrechtsordnung der Verfassung ergebende Pflicht, das ungeborene Leben zu schützen. Dieser Schutz nehme mit der Entwicklung des Embryos und Fötus stets zu. In der Folge müssten die Interessen des Ungeborenen und der Schwangeren stets neu gegeneinander abgewogen werden.⁴¹² Durch einen graduellen Anstieg der Schutzwürdigkeit spricht das Prinzip des abgestuften Lebensschutzes diejenigen an, welche das Ungeborene nicht schutzlos stellen wollen und gleichzeitig mit seiner fortschreitenden Entwicklung ein fortschreitendes Schutzbedürfnis für es wünschen.⁴¹³ Der Embryo habe zwar einen gewissen Wert und sei schützenswert, entgegen dem Schutz des geborenen Menschen sei der Embryo allerdings nicht vor jedweder Instrumentalisierung, wie beispielsweise durch die Embryonenforschung, geschützt.⁴¹⁴ Dieser anwachsende Schutz kommt insbesondere im Strafrecht (Art. 119 StGB) zum Ausdruck.⁴¹⁵ Der Embryo *in vitro* profitiert bei dieser Position nur dann vom anwachsenden Lebensschutz, wenn dieser bereits ab Befruchtung zugesprochen wird. Allerdings schützt Art. 119 StGB den präinformativen Embryo nicht.

d) Vierte Position: Vorrang des Selbstbestimmungsrechts der Schwangeren in allen Phasen der Schwangerschaft (nicht-gradualistisch)

Aufgrund der Einheit von Frau und Embryo oder Fötus komme dem Ungeborenen gar kein eigenständiges Lebensrecht zu, welches gegen die Schwangere durchgesetzt werden könne, da ansonsten die Menschenwürde der Frau und ihr Recht auf körperliche Autonomie und einen selbstbestimmten Lebenslauf verletzt würde.⁴¹⁶ Bei dieser Auffassung kommt dem Embryo *in vitro* folglich kein Recht auf einen Transfer zu und er darf stets vernichtet werden, zudem dürfte die Frau zu jedem Zeitpunkt der Schwangerschaft einen Abbruch vornehmen lassen. Diese Ansicht ist nicht mit dem Schweizer Recht kompatibel: Der Embryo *in vitro* darf zwar *de lege lata* stets vernichtet werden, Art. 119 Abs. 1 StGB lässt jedoch den späten Schwangerschaftsabbruch nicht bedingungslos zu.

⁴¹⁰ SCHWARZENEGGER, S. 174 f.

⁴¹¹ SCHWARZENEGGER, S. 176.

⁴¹² BREUNLICH, S. 155; SCHWARZENEGGER, S. 177.

⁴¹³ SCHÄCHINGER, S. 75. Vgl. auch JOFER, S. 379 f.; SCHWEIZER, S. 10.

⁴¹⁴ JOFER, S. 379 f.; MANAÏ, *Considérations juridico-éthiques*, S. 65.

⁴¹⁵ BÜCHLER, *Reproduktive Autonomie*, S. 27; vgl. auch 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.4.1.

⁴¹⁶ BÜCHLER/CLAUSEN, *Pränataler Kinderschutz*, S. 655; RÜTSCHKE, *Rechte von Ungeborenen*, S. 387 f.; SCHWARZENEGGER, S. 180.

2.1.3.2. *Verschiedene Zäsuren als Beginn der Rechtsträgerschaft beim Ungeborenen*

Unabhängig von der Lehrmeinung wird in Bezug auf den Schutzbeginn eine Zäsur festgelegt (bei nicht-gradualistischer Ansicht liegt diese entweder bei der Kernverschmelzung oder bei der Geburt). Zusammenfassend gewähren die verschiedenen Lehrmeinungen einen Lebensschutz mit Eintritt folgender Zäsuren: (1) Kernverschmelzung, (2) Nidation oder Individuation, (3) gewisse körperliche Eigenschaften, (4) extrauterine Lebensfähigkeit und (5) Geburt.⁴¹⁷

2.1.3.2.1. *Beginn ab Befruchtung*

Es gibt keine Lehrmeinung, nach welcher vor Beginn der Befruchtung schützenswertes menschliches Leben besteht.⁴¹⁸ Die Befruchtung ist somit der frühestmögliche Zeitpunkt für die Festlegung einer Zäsur.⁴¹⁹ Dies ist auch die einzige Zäsur, bei welcher dem Embryo in vitro ein Grundrechtsschutz zukäme, da er bei den nachfolgenden Zeitpunkten bereits in utero (oder sogar geboren) sein muss.

Für MÜLLER-TERPITZ etwa ist – zumindest im deutschen Recht – für den Beginn des Lebensschutzes auf den Zeitpunkt der Befruchtung abzustellen, weil das Lebewesen ab dann über «das aktive Potenzial verfügt, sich bei Hinzutreten der erforderlichen Umgebungsbedingungen kontinuierlich zu einem erwachsenen Lebewesen zu entfalten»; die weiteren Entwicklungsschritte des Embryos seien nur noch Realisierung seines Entwicklungspotenzials.⁴²⁰ Für Vertreter des Lebensbeginns ab Befruchtung ist die Kernverschmelzung der einzige nicht willkürliche Moment, «an dem etwas substanziiell Neues in der ansonsten konstanten Entwicklung von Ei und Samen hin zu einem Erwachsenen geschieht. (...) Sie ist der Beginn eines neuen, eigenständigen Individuums.»⁴²¹ Auch für SEELMANN sind Embryonen ab Kernverschmelzung Träger von Grundrechten.⁴²²

Die herrschende Lehre sieht bei der Befruchtung keinen «Lebensbeginn mit Rechtsträgerschaft und rechtlichem Lebensschutz»⁴²³, allerdings wird regelmässig im Sinne einer Zwischenlösung gefordert, dass dem Embryo ab abgeschlossener Kernverschmelzung ein bedingter oder relativer Schutz zukommen solle, ohne dass die volle Rechtsträgerschaft schon einsetze.⁴²⁴

⁴¹⁷ Ähnlich LEHMANN, S. 25 ff.; SCHNEIDER, S. 92.

⁴¹⁸ Obschon Keimzellen durch Art. 119 BV schützenswerter sind als «normale» menschliche Zellen, da sie über das biologische Potenzial verfügen, dass überhaupt neues Leben entstehen kann (NEK, Forschung an Embryonen, S. 29).

⁴¹⁹ STAUB, S. 152, m.w.V.

⁴²⁰ MÜLLER-TERPITZ, Rechtsperson, S. 36. Vgl. auch MÜLLER-TERPITZ, Schutz des pränatalen Lebens, S. 214 ff.; SCHOCKENHOFF, Der moralische Status, S. 73.

⁴²¹ KARNEIN, S. 42. Dies, auch wenn sich dieser Befruchtungsprozess über bis zu 24 Stunden hinziehen kann (so SCHOCKENHOFF, Der moralische Status, S. 73).

⁴²² SEELMANN, Biomedizin und Menschenwürde, S. 76 und S. 80.

⁴²³ BÜCHLER/FREI, Rz. 31.

⁴²⁴ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 242; RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 34 zu Art. 2; ähnlich SCHWEIZER/BONGIOVANNI, SGK BV, N 14 zu Art. 10. Für eine Schutzträgerschaft bereits ab

2.1.3.2.2. *Beginn ab Nidation oder Individuation*

Auch die Nidation wird in der Lehre mitunter als Zeitpunkt des Beginns des Lebensschutzes betrachtet. Argumentiert wird hierbei damit, dass rund 50 Prozent der befruchteten Eizellen vor der Nidation absterben. Vor der Nidation sei zwar das Potenzial gegeben, aber erst danach ist das individuelle, personale Element des menschlichen Lebens vorhanden. Die Einheit mit der Mutter beginnt mit der Einnistung, wodurch der Embryo seine soziale Existenz aufbaue, und gleichzeitig die Möglichkeit verliere, sich zu Mehrlingen zu entwickeln – am 14. Tag nach der Befruchtung ist die Nidation abgeschlossen und die Individuation setzt ein, womit es sich ab diesem Zeitpunkt um ein und dasselbe Individuum wie der schlussendlich geborene Mensch handle.⁴²⁵ Dies wird auch als der letzte Moment betrachtet, bei dem eine Trennung in «vorher» und «nachher» nicht als willkürlich erscheine, denn später lassen sich die einzelnen Entwicklungsschritte nur schwer voneinander unterscheiden.⁴²⁶ Nach Schweizer StGB beginnt der strafrechtliche Schutz ab Nidation.⁴²⁷

Dagegengehalten wird, dass die Nidation nur ein notwendiger Schritt sei, damit der Embryo zum geborenen Menschen heranwache. Die Nidation ändere aber nicht das Wesen des Embryos, sondern nur dessen Umgebungsbedingungen.⁴²⁸

2.1.3.2.3. *Beginn ab gewissen körperlichen Eigenschaften*

Einige Autoren stellen auf den Beginn gewisser körperlicher Eigenschaften und Fähigkeiten des Embryos oder Fötus ab, um ihm aufgrund dessen ein Recht auf Leben zuzusprechen. Als möglicher Beginn des Lebensschutzes wird teilweise der Start der Hirnaktivität beim Ungeborenen betrachtet, welche ab etwa dem 70. Schwangerschaftstag messbar ist.⁴²⁹ Weitere mögliche Zäsuren sind der Beginn der Schmerzempfindung ab etwa der 20. Entwicklungswoche⁴³⁰ oder das selbständige Denken, welches etwa im sechsten Schwangerschaftsmonat einsetzt⁴³¹. Oft ist das Einsetzen gewisser Entwicklungsstufen

imprägnierter Eizelle: NEK, *Forschung an Embryonen*, S. 53; RÜTSCHKE, *Rechte von Ungeborenen*, S. 509; SAVIOZ-VIACCOZ, *L'embryo in vitro*, Rz. 389. Dem entgegengehalten wird, dass aus einhelliger wissenschaftlicher Sicht das genetische Programm des Menschen erst nach Abschluss der Kernverschmelzung festgelegt werde und im Zeitpunkt der befruchteten Eizelle noch keine Individualisierung vorliege (Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 215 f.).

⁴²⁵ BÜCHLER/FREI, Rz. 34; JOFER, S. 378 f.; SAVIOZ-VIACCOZ, *L'embryo in vitro*, Rz. 887; SCHROTH, S. 560. Der Körper der Frau produziert Schwangerschaftshormone erst nach der Einnistung des Embryos in die Gebärmutter (BEITZ, S. 100). Gegen das Argument, aufgrund der hohen Absterbequote habe der Embryo vor Nidation einen geringeren Schutz, siehe MÜLLER-TERPITZ, *Schutz des pränatalen Lebens*, S. 202 f.

⁴²⁶ KARNEIN, S. 42.

⁴²⁷ Vgl. 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.4.1.

⁴²⁸ HÜBNER, S. 112; SACKSOFSKY, S. 55.

⁴²⁹ BÜCHLER/FREI, Rz. 40.

⁴³⁰ NEK, *Forschung an Embryonen*, S. 100 f. Vgl. auch BERGHÄUSER, S. 71 f.

⁴³¹ SCHRÖDER/SOYKE, S. 28. MERREM erwähnt als weiteren möglichen Anknüpfungspunkt die ersten Kindsbewegungen (MERREM, S. 80). DAMSCHEN/SCHÖNECKER führen zudem noch die

nicht genau bestimmbar, da je nach Embryo oder Fötus verschieden und auch von den jeweils neuesten medizinischen Erkenntnissen abhängig. Die Gewährung der Grundrechtsträgerschaft ab Einsetzen der genannten körperlichen Eigenschaften ist denn auch in der Literatur nicht mehrheitsfähig und wird kritisiert.⁴³²

2.1.3.2.4. *Beginn ab extrauteriner Lebensfähigkeit*

Ab dem Zeitpunkt der extrauterinen Lebensfähigkeit ist ein Fötus ausserhalb des Mutterleibes überlebensfähig. Dank moderner Intensivmedizin hat sich dieser Zeitpunkt deutlich vorverlegt und wird bereits ab der 23. oder 24. Schwangerschaftswoche als realistisch angesehen.⁴³³ Die internationale Rechtentwicklung signalisiert, dass sich der Zeitpunkt der extrauterinen Lebensfähigkeit immer mehr als Zäsur für den Beginn des Lebensschutzes etabliert.⁴³⁴ Befürworter argumentieren mit der Potenzialität des Ungeborenen, durch die extrauterine Lebensfähigkeit ein tatsächliches Mitglied der Rechtsgemeinschaft zu werden.⁴³⁵ Die Überlebensfähigkeit des Fötus hängt allerdings stark vom aktuellen Stand der Medizin und der Ausstattung des jeweiligen Krankenhauses ab. Der Zeitpunkt der extrauterinen Lebensfähigkeit variiert also je nach Aufenthaltsort der Mutter: So kann ein Frühgeborenes in einem Land mit modernster Neonatologie überleben, in vielen Entwicklungsländern allerdings nicht. Einige Lehrmeinungen lehnen die Grenzziehung bei der extrauterinen Überlebensfähigkeit deswegen ab.⁴³⁶

2.1.3.2.5. *Beginn ab Geburt*

Der Lebensschutz ab Geburt beruht auf dem Gedanken, dass das Neugeborene nach der physischen Trennung von der Mutter biologisch unabhängig ist und als eigenständiges Individuum in Kontakt mit seiner Umwelt tritt. Vorher war der Fötus noch unselbständiger Teil des mütterlichen Organismus.⁴³⁷ Auch aus historischer, soziologischer und pragmatischer Sicht sprächen viele Punkte dafür: Die Geburt markiert den Beginn der möglichen Kommunikation des Babys mit der Aussenwelt, zudem ist es in der Gesellschaft ein wichtiger Tag, der gefeiert wird. Das Zur-Welt-Kommen sei eine klare, sichtbare Zäsur für den Beginn der Rechtsfähigkeit des einzelnen Individuums. Aus diesen Grün-

Entwicklung eines menschenähnlichen Aussehens als mögliche Zäsur auf (DAMSCHEN/SCHÖNECKER, In dubio pro embryo, S. 212).

⁴³² MERREM, S. 81; SCHRÖDER/SOYKE, S. 28. Kritisch zum Hirnfunktionsargument BÜCHLER/FREI, Rz. 42; MÜLLER-TERPITZ, Schutz des pränatalen Lebens, S. 184 f. Kritisch zur Zäsur der Schmerzempfindung NEK, Forschung an Embryonen, S. 100 f.

⁴³³ BÜCHLER/FREI, Rz. 43; NEK, Forschung an Embryonen, S. 32 f.

⁴³⁴ BLEISCH/BÜCHLER, S. 137; BÜCHLER/FREI, Rz. 45 und Rz. 69.

⁴³⁵ BÜCHLER/FREI, Rz. 48. So BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 27; BÜCHLER/FREI, Rz. 65 ff.; vgl. auch SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB, N 7 zu Vor Art. 118.

⁴³⁶ BÜCHLER/FREI, Rz. 49; siehe auch MÜLLER-TERPITZ, Schutz des pränatalen Lebens, S. 179 f. Zu den Kritikern gehören bspw. HOERSTER, S. 95, und die NEK (NEK, Forschung an Embryonen, S. 100).

⁴³⁷ BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 117; BÜCHLER/FREI, Rz. 50; KARNEIN, S. 42 f. und S. 59. So etwa ROTHÄRMEL, S. 169.

den sehen viele Rechtsordnungen die Geburt als Beginn des subjektiv-rechtlichen Lebensschutzes an.⁴³⁸

Kritisiert wird diese Ansicht unter anderem damit, dass der Fötus im Endstadium der Schwangerschaft über die gleichen kognitiven, sensorischen und physiologischen Fähigkeiten verfüge wie das Neugeborene.⁴³⁹ Der Fötus und das Neugeborene seien grundsätzlich dasselbe Wesen mit denselben menschlichen Zügen und Fähigkeiten. Ein zu früh geborenes Neugeborenes könne sogar weniger weit entwickelt sein als ein Fötus kurz vor dem regulären Geburtstermin.⁴⁴⁰

2.1.3.3. *SKIP-Argumente*

2.1.3.3.1. *Einleitend*

Im deutschsprachigen Raum wird bei der Begründung eines Grundrechtsschutzes von Embryonen ab Kernverschmelzung regelmässig von den «SKIP-Argumenten» gesprochen, wobei SKIP für Spezialität, Kontinuität, Identität und Potenzialität steht.⁴⁴¹ Oft wird von Vertretern dieser Positionen jeweils eine Kombination der Argumente vorgebracht.⁴⁴²

2.1.3.3.2. *Spezies- oder Spezialitätsargument*

Mit diesem Argument wird aus der Tatsache, dass es sich um menschliche Embryonen handelt, ein besonderer Status für diese abgeleitet.⁴⁴³ Da jedem Mitglied der Spezies Mensch ein Recht auf Leben und Würde zukommt, komme dies auch dem menschlichen Embryo zu, unabhängig davon, wie es um seine aktuellen Eigenschaften oder Fähigkeiten wie Empfindung oder Selbstbewusstsein stehe.⁴⁴⁴ Denn auch Neugeborene, Schwerstbehinderte und Komatöse seien Träger des Lebensrechts und der Menschenwürde und nicht minder schützenswert als gesunde Erwachsene.⁴⁴⁵ Die Zugehörigkeit zur Spezies Mensch genüge, um dem Embryo Schutzwürdigkeit zuzusprechen: Der Embryo entwickle sich nicht «zum Mensch», sondern «als Mensch».⁴⁴⁶ Der Schutz gelte somit ab Befruchtung.⁴⁴⁷

Kritisiert wird, dass die bloss biologische Eigenschaft der Zugehörigkeit zur menschlichen Spezies nicht genüge, um daraus etwas Normatives zu schliessen: Man müsse kon-

⁴³⁸ BÜCHLER/FREI, Rz. 53; ROTHÄRMEL, S. 170.

⁴³⁹ BÜCHLER/FREI, Rz. 51.

⁴⁴⁰ BÜCHLER/FREI, Rz. 52; ähnlich MÜLLER-TERPITZ, Schutz des pränatalen Lebens, S. 173 f.

⁴⁴¹ HASKAMP, S. 26; JOFER, S. 359. So auch anstelle vieler BÜCHLER/FREI, Rz. 21 ff.

⁴⁴² BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 91; z.B. bei DUTTGE, S. 85; HONNEFELDER, S. 68.

⁴⁴³ CLAUSEN/SCHMITT, S. 85; JOFER, S. 360.

⁴⁴⁴ BÜCHLER/FREI, Rz. 21; BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 91 f.; DAMSCHEN/SCHÖNECKER, Embryonendebatte, S. 2 f.; DUNCKER, S. 22; NEK, Forschung an Embryonen, S. 41. Vgl. auch MERKEL, S. 36.

⁴⁴⁵ DAMSCHEN/SCHÖNECKER, Embryonendebatte, S. 3; siehe auch GOUNALAKIS, S. 6.

⁴⁴⁶ BERGHÄUSER, S. 101, m.w.V. auf BVerfGE 88, 203 (252); SCHOCKENHOFF, Pro Speziesargument, S. 31. Weiter Ausführungen z.B. bei RÜTSCHKE, Reproduktionsmedizin und Embryonenforschung, S. 91 f.

⁴⁴⁷ ROHRER, S. 88; WISSER, S. 47.

krete menschliche Eigenschaften aufzählen, welche moralischen Schutz verdienten und nur bei der Spezies Mensch und schon in dessen Embryostadium zu finden seien.⁴⁴⁸ Zudem wird vorgebracht, das Argument sei «speziesistisch» und schliesse alle anderen Lebewesen vom Würdeschutz aus.⁴⁴⁹ Insgesamt gibt es viel Kritik am Speziesargument.⁴⁵⁰

2.1.3.3.3. *Kontinuitätsargument*

Das Argument der Kontinuität oder des Kontinuums besagt, dass es sich bei der Entwicklung vom Embryo zum lebenden Menschen um einen graduellen Prozess ohne scharfe Abgrenzung handle.⁴⁵¹ Somit sei es willkürlich, eine Grenze des Lebensschutzes irgendwann während dieses Prozesses festzulegen.⁴⁵² Das komplette genetische Programm liege ab der Kernverschmelzung vor, was bedeute, dass Embryo und geborener Mensch dasselbe Lebewesen seien und der Grundrechtsschutz ab diesem Zeitpunkt anerkannt werden sollte.⁴⁵³ Unterstützung findet das Argument beim Deutschen Bundesverfassungsgericht.⁴⁵⁴

Kritiker halten fest, dass die kontinuierliche Entwicklung als Mensch das Festlegen rechtlich oder moralisch relevanter Einschnitte nicht ausschliesse. Diese Einschnitte könnten als Zäsur für den Beginn des schützenswerten Lebens betrachtet werden.⁴⁵⁵ Auch folge aus der Kontinuität noch kein Anspruch auf moralische Gleichberechtigung.⁴⁵⁶ Zudem würde das Kontinuitätsargument die Unterschiede zu Beginn der Entwicklung und kurz vor der Geburt unterschlagen,⁴⁵⁷ und die Befruchtung selbst sei kein punktuelles Ereignis.⁴⁵⁸

⁴⁴⁸ BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 93; DAMSCHEN/SCHÖNECKER, Embryonendebatte, S. 3; MERKEL, S. 35 und S. 44; REINKE, S. 82. Vgl. auch Ausführungen bei DAMSCHEN/SCHÖNECKER, In dubio pro embryo, S. 205 ff.; RÜTSCHKE, Reproduktionsmedizin und Embryonenforschung, S. 91. Zustimmung auch NEK, Forschung an Embryonen, S. 41.

⁴⁴⁹ BECKMANN, S. 185; DAMSCHEN/SCHÖNECKER, Embryonendebatte, S. 3; GOUNALAKIS, S. 26; MÜLLER-TERPITZ, Schutz des pränatalen Lebens, S. 51. Vgl. auch Ausführungen bei KARNEIN, S. 33 f.

⁴⁵⁰ DAMSCHEN/SCHÖNECKER, In dubio pro embryo, S. 208. Weitere Ausführungen zugunsten des Speziesarguments bei SCHOCKENHOFF, Pro Speziesargument, S. 11 ff.; für weitere Ausführungen gegen das Speziesargument siehe MERKEL, S. 35 ff.

⁴⁵¹ BÜCHLER/FREI, Rz. 23; DUNCKER, S. 24; ZIMMERMANN, S. 85.

⁴⁵² BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 93 f.; DAMSCHEN/SCHÖNECKER, Embryonendebatte, S. 3 f.; RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 189.

⁴⁵³ HONNEFELDER, S. 61, S. 67 und S. 77; NEK, Forschung an Embryonen, S. 41; REINKE, S. 85.

⁴⁵⁴ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 189, m.w.V. auf BVerfGE 39, 1 (37); vgl. auch BERGHÄUSER, S. 103 ff.

⁴⁵⁵ BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 95; DAMSCHEN/SCHÖNECKER, Embryonendebatte, S. 4; DAMSCHEN/SCHÖNECKER, In dubio pro embryo, S. 210 f.; REINKE, S. 86; ZIMMERMANN, S. 86.

⁴⁵⁶ NEK, Forschung an Embryonen, S. 41.

⁴⁵⁷ So BLEISCH/BÜCHLER, S. 140; ähnlich DAMSCHEN/SCHÖNECKER, In dubio pro embryo, S. 214 f.

⁴⁵⁸ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 190. Für weitere Ausführungen zugunsten des Kontinuitätsarguments siehe HONNEFELDER, S. 61; für eine kritische Analyse vgl. KAUFMANN, S. 83 ff.

2.1.3.3.4. *Identitätsargument*

Das Identitätsargument besagt, dass jeder Mensch von seinen eigenen frühesten Entwicklungsstadien sagen kann: «Das war schon ich», dass also der Embryo identisch mit der später geborenen Person sei. Es gebe keinen Bruch, ab dem wir «wir selbst» seien und vorher «jemand anders». ⁴⁵⁹ Weil alle lebenden Menschen aus Embryonen entstünden und mit ihnen identisch seien, seien diese Embryonen Menschen und folglich komme ihnen Schutz und Würde zu. Dies auch dann, wenn sie nicht geboren würden. ⁴⁶⁰ Vertreter des Arguments berufen sich denn auch entweder auf die genetische Identität, womit der Schutz ab Befruchtung zu gewähren ist, oder aber auf die numerische Identität, womit der Schutz ab Bildung des Primitivstreifens zuzusprechen ist. ⁴⁶¹

Kritisiert wird das Identitätsargument damit, dass unklar sei, in welcher Hinsicht man den Embryo und die später geborene Person als gleiche Entität betrachten könne. ⁴⁶² Medizinische Erkenntnisse wiesen zudem darauf hin, dass der frühe Embryo nicht mit dem später geborenen Menschen identisch sei: Viele Zellen der Blastozyste differenzierten sich in Plazenta und Fruchtblase, während nur wenige Zellen zum eigentlichen Embryo führten. ⁴⁶³ Auch wenn eine Identität zwischen Embryo und geborenem Menschen angenommen würde, begründe dieses Argument nicht, warum dieselben moralischen Werte für den Embryo gelten sollten wie für den geborenen Menschen. ⁴⁶⁴

2.1.3.3.5. *Potenzialitätsargument*

Das Potenzialitätsargument ist gemäss Schweizer Lehre das wohl wichtigste Argument, um dem Embryo Schutzwürdigkeit zuzusprechen. ⁴⁶⁵ Die Argumentationslinie kann folgendermassen dargelegt werden: «1. Der aktuelle Mensch hat Würde und ein Lebensrecht. 2. Der Embryo ist zwar nicht aktueller Mensch, aber er hat das Potenzial

⁴⁵⁹ BÜCHLER/FREI, Rz. 25; BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 95; MAIO, Das ausgesuchte Kind, S. 45; NEK, Forschung an Embryonen, S. 41.

⁴⁶⁰ BECKMANN, S. 189.

⁴⁶¹ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 191. So auch z.B. HOLDEREGGER, S. 86. Es wird teilweise auch auf weitere Identitätsformen abgestützt (siehe RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, a.a.O.; so z.B. SCHÖNE-SEIFERT, S. 183).

⁴⁶² BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 96. Die Meinung, insb. solange noch die Möglichkeit der Mehrlingsbildung bestehe, vertreten DAMSCHEN/SCHÖNECKER, Embryonendebatte, S. 4; NEK, Forschung an Embryonen, S. 41; ROTHÄRMEL, S. 168; STOECKER, S. 137. A.M. BECKMANN, S. 179 f.; GOUNALAKIS, S. 37 f.; WISSER, S. 44.

⁴⁶³ DAMSCHEN/SCHÖNECKER, In dubio pro embryone, S. 247; ZIMMERMANN, S. 87.

⁴⁶⁴ GOUNALAKIS, S. 33. Für weitere Ausführungen pro Identitätsargument siehe ENSKAT, S. 101 ff.; gegen das Identitätsargument siehe STOECKER, S. 129 ff.

⁴⁶⁵ So BÜCHLER/FREI, Rz. 26; NEK, Forschung an Embryonen, S. 42; RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 154; RÜTSCHKE, Reproduktionsmedizin und Embryonenforschung, S. 91. Vgl. auch CRAIG, S. 256; DAMSCHEN/SCHÖNECKER, Embryonendebatte, S. 5; GOUNALAKIS, S. 23; HARTLEB, Verfassungsrechtliche Statusdebatte, S. 220 f., welche dies für die deutsche Rechtslehre ebenso sehen.

zum aktuellen Menschen. 3. Deshalb hat auch der Embryo Würde und ein Lebensrecht.»⁴⁶⁶

Das Kriterium der Potenzialität besagt, dass der Embryo eine potenzielle Person sei und es nicht rechtens sei, eine potenzielle Person zu töten. Sein grundrechtlicher Schutz beruhe auf dem Potenzial, sich zum geborenen Menschen zu entwickeln.⁴⁶⁷ Der Embryo besitze zwar die Fähigkeiten des lebenden Menschen aktuell noch nicht, er habe jedoch das Vermögen dazu, wenn bestimmte äussere Faktoren gegeben seien, diese in absehbarer Zeit zu entwickeln.⁴⁶⁸ Auch Neugeborene, reversibel Komatöse oder schlafende Menschen würden die Eigenschaften, welche für das Bestehen moralischer Würde vorausgesetzt seien, nicht aufweisen, dennoch erhielten sie den Würdeschutzstatus; dies solle bei Embryonen nicht anders sein.⁴⁶⁹

Kritiker bemängeln, dass mit einem Verweis auf etwas Potenzielles etwas Aktuelles die gleiche Schutzwürdigkeit erhalten solle, ohne dass eine konkrete Begründung dafür geliefert werde.⁴⁷⁰ Ausserdem müsse nach dem Potenzialitätsargument auch isolierten Samen- und Eizellen ein Grundrechtsschutz zugesprochen werden, da auch sie das Potenzial zur Entwicklung zum Menschen hätten.⁴⁷¹ Dieser Kritik entgegnet RÜTSCHÉ zu Recht, dass Keimzellen nicht das Erbgut der künftigen Person aufweisen und sich nicht in einem «Prozess biologischer Selbststeuerung» zum Menschen entwickeln können.⁴⁷² Gemäss RÜTSCHÉ lässt sich frühestens ab der befruchteten Eizelle im Vorkernstadium von einer potenziellen Person sprechen.⁴⁷³ Teilweise wird dem Potenzialitätsargument entgegengebracht, dass der Embryo in vitro seine Potenzialität nicht einzulösen vermöge, wenn er nicht in einen Mutterleib eingesetzt werde. Ohne fremde Hilfe könne er sich also nicht als Mensch entwickeln.⁴⁷⁴ Befürworter bringen hingegen vor, dass sich der Embryo nicht auf-

⁴⁶⁶ REINKE, S. 89. Vgl. auch CLAUSEN/SCHMITT, S. 89 f.; DAMSCHEN/SCHÖNECKER, Embryonen-debatte, S. 5; ausführlich SCHÖNE-SEIFERT, S. 170. RÜTSCHÉ unterscheidet zudem drei Varianten des Potenzialitätsarguments: die assoziative, die ontologische und die psychologische (RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 154 ff.).

⁴⁶⁷ JOFER, S. 361 f.; MERKEL, S. 51; RÜTSCHÉ, Reproduktionsmedizin und Embryonenforschung, S. 91.

⁴⁶⁸ BECKMANN, S. 194; HOERSTER, S. 110; RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 154.

⁴⁶⁹ BÜCHLER/FREI, Rz. 26; NEK, Forschung an Embryonen, S. 42.

⁴⁷⁰ NEK, Forschung an Embryonen, S. 44; REINKE, S. 89. Gelegentlich vorgebracht wird die Analogie der Anwartschaft, dass einem Thronfolger auch nicht dieselben Rechte zustünden wie dem aktuellen König (vgl. dazu anstelle vieler BERGHÄUSER, S. 80 ff.).

⁴⁷¹ NEK, Forschung an Embryonen, S. 42. So z.B. REINKE, S. 91.

⁴⁷² RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 173; ähnlich BECKMANN, S. 194 f. Vorgebracht wird auch, dass es sich bei Samen- und Eizellen um eine «passive Potenzialität» handle, bei welcher noch etwas Wesentliches – die Kernverschmelzung – hinzukommen müsse, um zur Entstehung eines Menschen zu führen, im Gegensatz zum Embryo, welcher über eine «aktive Potenzialität» verfüge (so MÜLLER-TERPITZ, Schutz des pränatalen Lebens, S. 56 f.).

⁴⁷³ RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 174. Andere Lehrmeinungen setzen die Zäsur später an (siehe Ausführungen bei RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 179 ff.).

⁴⁷⁴ BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 97; CHOI, S. 55; CLAUSEN/SCHMITT, S. 90 f.

grund des Transfers in den Uterus entwickle, sondern dass sein Entwicklungspotenzial von Anfang an gegeben sei. Der Transfer diene lediglich dazu, die Entwicklung fortzuführen.⁴⁷⁵

Gemäss RÜTSCHÉ ist das Potenzialitätsargument das überzeugendste der SKIP-Argumente.⁴⁷⁶ Allerdings liefere das Potenzialitätsargument zwar Gründe für die Schutzwürdigkeit menschlicher Embryonen, jedoch handle es sich um einen Schutz im Allgemeininteresse, welcher gegen entgegenstehende Rechtspositionen, wie etwa die Forschungsfreiheit und die öffentliche Gesundheit, abgewogen werden könne. Ein absoluter Lebensschutz der Embryonen liesse sich damit nicht begründen, sondern vielmehr ein «Anteil an der Menschenwürde».⁴⁷⁷ RÜTSCHÉ schlägt vor, mittels des Potenzialitätsarguments eine Zäsur festzulegen, ab welcher dann von einer kontinuierlichen Entwicklung von einer potenziellen zu einer aktuellen Person gesprochen werden könne.⁴⁷⁸

2.1.3.4. *Vorwirkendes Integritätsrecht*

Nach herrschender Lehre beginnt das Recht auf Leben ab vollendeter Geburt. Das Recht auf Integrität im Sinne des Rechts auf Gesundheit und Selbstbestimmung über den eigenen Körper stehe dem Menschen ebenfalls ab Geburt zu, entfaltet laut RÜTSCHÉ allerdings eine Vorwirkung auf die pränatale Phase.⁴⁷⁹ Mittels der Vorwirkung des Integritätsrechts könnten so pränatale Eingriffe, welche die Gesundheit geborener Kinder gefährdeten, als entsprechendes Unrecht erfasst werden. Die Vorwirkung des Integritätsrechts mache das Ungeborene noch nicht zu einem Grundrechtsträger; vielmehr würden dabei Handlungen, die Embryonen oder Föten schädigen könnten, als Eingriffe in das Integritätsrecht geborener Menschen qualifiziert.⁴⁸⁰ Eingriffe in die Integrität von entwicklungs-fähigen Embryonen und Föten, welche eine Gefährdung für die Gesundheit des später

⁴⁷⁵ BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 96; JOFER, S. 363. Zustimmend NEK, Forschung an Embryonen, S. 16.

⁴⁷⁶ RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 187 f.

⁴⁷⁷ RÜTSCHÉ, Reproduktionsmedizin und Embryonenforschung, S. 94. Vgl. Ausführungen dazu im 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.2.

⁴⁷⁸ RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 190 f. Das Kontinuitätsargument steht ohnehin in engem Zusammenhang mit dem Identitäts- und Potenzialitätsargument (DAMSCHE/SCHÖNECKER, Embryonendebatte, S. 6; HONNEFELDER, S. 61. Vgl. auch WIELAND, S. 167). Für weitere befürwortende Ausführungen zum Potenzialitätsargument siehe WIELAND, S. 149 ff.; unterstützend auch MAIO/HILT, S. 23; DUNCKER, S. 31. Für weitere Ausführungen gegen das Potenzialitätsargument siehe SCHÖNE-SEIFERT, S. 169 ff. Gelegentlich wird in der Literatur zudem das Argument der Konditionalität angetroffen, nach welchem sich der menschliche Embryo aufgrund seiner Fähigkeiten bei günstigen Bedingungen zum geborenen Menschen entwickeln kann (NEK, Forschung an Embryonen, S. 42). Kritisiert wird dieses Argument gleich wie das Potenzialitätsargument: Im Zeitpunkt des gewünschten Schutzbeginns besteht das, worauf man sich als schutzwürdig beruft, noch nicht (NEK, Forschung an Embryonen, a.a.O.).

⁴⁷⁹ RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 562.

⁴⁸⁰ RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 272 f.

geborenen Kindes darstellen, seien damit verboten. Zudem ergebe sich durch die Vorwirkung des Integritätsrechts auch eine Pflicht des Staates, entwicklungsfähige Embryonen und Föten vor potenziellen Schädigungen zu schützen und im Falle einer bereits bestehenden Schädigung entsprechend zu therapieren, sofern geeignete Methoden zur Verfügung stünden.⁴⁸¹ Mitunter wird auch aus Art. 119 Abs. 2 BV («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 [...]») ein vorwirkendes Integritätsrecht gesehen, welches dem Embryo in vitro einen teilweisen Gesundheits- und Lebensschutz gebe. Das vorwirkende Integritätsrecht könne bei Art. 119 Abs. 2 BV beispielsweise dann verletzt sein, wenn mit Genmanipulation unter Inkaufnahme von Risiken wie einer Behinderung oder eines frühzeitigen Todes des später geborenen Kindes auf den Embryo eingewirkt werde.⁴⁸²

Hieraus ergeben sich für RÜTSCHÉ Überlegungen, ob das Integritätsrecht bis zum Zeugungszeitpunkt vorwirkt und die Zeugung an sich gegen das Integritätsrecht verstösst, wenn das geborene Kind daraus geschädigt wird. Ebenso stellt sich ihm die Frage, ob geschädigte Embryonen, wenn die Schädigung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des geborenen Kindes führt, gar nicht erst in den Uterus transferiert oder später abgetrieben werden müssten.⁴⁸³ RÜTSCHÉ verneint allerdings beides: Das vorwirkende Integritätsrecht gehe nicht bis zum Zeugungsakt und enthalte auch keine Pflicht zur Abtötung geschädigter Embryonen oder Föten.⁴⁸⁴

Kritisiert wird die Lehrmeinung des vorwirkenden Integritätsrechts beispielsweise von BÜCHLER, welche darin insbesondere negative Auswirkungen auf die reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung der Frau oder des Paares sieht: «Auch wenn damit nicht behauptet wird, Embryonen oder Föten seien Träger des Integritätsrechts, so impliziert diese Ansicht doch, dass es zwar kein Recht auf Leben gibt, aber eines auf ein gesundes Leben; dass die Verfassung zwar keine Aussage zum Schwangerschaftsabbruch macht, sehr wohl aber eine Grundlage für staatliche Vorschriften bietet, welche etwa die Einnahme von Folsäure während der Schwangerschaft zur Pflicht erklären. Das scheint wenig konsistent.»⁴⁸⁵ Die Besorgnis, dass so der Schutz von Embryonen zu Lasten der Rechte (schwangerer) Frauen aufgewertet werden könnte, ist durchaus berechtigt. Allerdings kann das vorwirkende Integritätsrecht mit einem weiteren Grundsatz verbunden werden, um diese Befürchtungen zu zerstreuen: Indem dieses vorwirkende Integritätsrecht nur auf diejenigen Embryonen und Föten erstreckt wird, welche aufgrund ihrer Entwicklungsfähigkeit sowie der gewollten Schwangerschaft zu geborenen Kindern werden können (siehe nachfolgend Ziff. 2.1.3.5).

⁴⁸¹ RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 273.

⁴⁸² RÜTSCHÉ/PICCCHI, SHK FMedG, N 40 zu Art. 119 BV.

⁴⁸³ RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 274 ff.

⁴⁸⁴ RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 476.

⁴⁸⁵ BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 26; zustimmend SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro, Rz. 355 f.; ähnlich AB 1991 S 454 (Votum Gautier).

2.1.3.5. *Potenzialität aufgrund der Entwicklungsfähigkeit oder Schwangerschaft*

BRAUN unterteilt die überzähligen Embryonen in solche, die gesund sind und Entwicklungspotenzial haben und denen mittels Embryonenspende somit eine Überlebenschance zukäme, und in solche ohne Weiterentwicklungspotenzial und somit ohne Chance, zu einem geborenen Menschen zu werden.⁴⁸⁶ Gemäss einigen Lehrmeinungen soll es je nach Entwicklungsfähigkeit des Embryos einen Unterschied beim zu erhaltenden Schutz und Status geben. Dabei könne das Potenzialitätsargument für nicht-entwicklungsfähige Embryonen kein Lebensrecht begründen, hingegen sollten entwicklungsfähige Embryonen Schutzrechte erhalten.⁴⁸⁷ Entwicklungsfähig bedeutet in diesem Fall, dass keine (genetischen) Defekte vorliegen, die es verunmöglichen, zu einem geborenen und lebenden Menschen zu werden. Ob der Embryo kryokonserviert ist oder nicht, spielt dabei keine Rolle.⁴⁸⁸ Der Status des Embryos könne dabei je nach Umständen wie dem Entwicklungsstadium und -potenzial jeweils in casu festgelegt werden.⁴⁸⁹

Dieses Argument der Entwicklungsfähigkeit kann weiter ausgedehnt werden: Die blosse entwicklungsfähige Existenz des Embryos *in vitro* genügt für seine Menschwerdung nicht. Vielmehr benötigt er eine Frau, die ihn austrägt. Embryonen sind also nur weiter entwicklungsfähig und haben nur ein Potenzial auf geborenes Leben in Kombination mit einer Frau, die sie austragen möchte.⁴⁹⁰ Embryonen benötigen von der Schwangeren eine Unterstützung, die für sie lebensnotwendig ist, und Frauen haben das Recht, sich aus dieser Verbindung zu lösen und den Embryo oder Fötus sterben zu lassen. Die Lebenserwartung des Embryos ist also durch die überwiegenden Interessen seiner Erzeuger (*in vitro*) resp. der Schwangeren (*in vivo*) beschränkt.⁴⁹¹ Beim Embryo *in vitro* hat nach Schweizer Recht sowohl die Frau als auch der Mann/zweite Elternteil die Möglichkeit, der Übertragung in den Uterus zu widersprechen, womit die Embryonen sofort zu vernichten sind (Art. 16 Abs. 4 FMedG). *In vivo* greifen die Regeln des straffreien Schwangerschaftsabbruchs.⁴⁹²

Nur diejenigen Embryonen, die sich zu einer geborenen Person entwickeln sollen, erhalten somit einen vorwirkenden Persönlichkeitsschutz im Sinne des vorwirkenden Integritätsrechts.⁴⁹³ Gemäss dem von FATEH-MOGHADAM und KARNEIN vertretenen Ansatz schützt das Fortpflanzungsmedizinrecht «künftige Personen» und bezieht sich darauf, Embryonen mit der Erwartung zu behandeln, dass aus ihnen einmal lebende Menschen werden. Demnach erstreckt sich ein solches «präinatales Persönlichkeitsrecht» im Sinne des

⁴⁸⁶ BRAUN, S. 16.

⁴⁸⁷ DAMSCHEN/SCHÖNECKER, *In dubio pro embryone*, S. 191 f.; GOUNALAKIS, S. 37. A.M. HARTLEB, *Grundrechtsschutz*, S. 264.

⁴⁸⁸ DAMSCHEN/SCHÖNECKER, *In dubio pro embryone*, S. 191 f.

⁴⁸⁹ BRAUN, S. 66.

⁴⁹⁰ KARNEIN, S. 14, S. 27 und S. 56; STAUB, S. 148.

⁴⁹¹ BUCHER, Rz. 205; KARNEIN, S. 38 f. und S. 41. A.M. MAIO, *Begründung der Schutzwürdigkeit*, S. 170 f.; MÜLLER-TERPITZ, *Schutz des pränatalen Lebens*, S. 207 ff.

⁴⁹² Vgl. dazu 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.4.1.

⁴⁹³ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 61.

vorwirkenden Integritätsrechts nur auf diejenigen (zukünftigen) Embryonen, bei denen die Absicht besteht, dass sie zu geborenen Kindern werden, sie also mit dem Einverständnis einer Frau in deren Uterus transferiert werden sollen (sei dies im Rahmen der homologen IVF oder nach einer Embryonenspende).⁴⁹⁴ In Kombination damit steht das Prinzip des vorwirkenden Integritätsrechts dem Selbstbestimmungsrecht der (schwangeren) Frau nicht entgegen.⁴⁹⁵

KARNEIN schlägt im Sinne eines Vorsichtsprinzips vor, zunächst alle Embryonen in vitro so zu behandeln, als ob sie einmal Personen werden, da noch nicht klar sei, ob sie sich dann tatsächlich einnisten und eine Schwangerschaft resultiert. Man habe jedoch nicht die Pflicht, die Embryonen und Föten am Leben zu erhalten.⁴⁹⁶ Dies gilt zumindest für diejenigen Embryonen, welche aufgrund ihrer Entwicklungsfähigkeit noch in fortpflanzungsmedizinischer Absicht weiterentwickelt und aufbewahrt werden. Sobald sie endgültig nicht mehr im Reproduktionsprozess verwendet werden (können), kann ihnen kein vorwirkendes Integritätsrecht mehr zugesprochen werden.

2.1.3.6. *Möglicher moraltheologischer Status des Embryos in vitro*

Ergänzend ist auf moraltheologische Statusbegründungen des Embryos hinzuweisen. Eine moraltheologische Ansicht kann allerdings nicht helfen, einen Status für den Embryo in vitro festzulegen. Interdisziplinäre Ethikkommissionen zur Beantwortung von bioethischen Fragestellungen wie zum Status des Embryos in vitro werden zwar eingesetzt, und dieser interdisziplinäre Austausch, in dem auch soziologische, ökonomische, moraltheologische und weitere Ansichten Platz haben sollen, ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings müssen sich diese ethischen Argumente in der Rechtsanwendung auch als rechtliche Kriterien bewähren können.⁴⁹⁷ Rein religiös begründete Argumente – insbesondere, wenn sie sich auf eine einzige Religion beziehen – sind in der pluralistischen und weltanschaulich neutralen Schweiz unzulässig. Wenn die moralischen Wertvorstellungen aber auf Gründen beruhen, welche unabhängig von einer bestimmten Religion oder Weltanschauung überzeugen, so wird nicht gegen das Neutralitätsgebot verstossen.⁴⁹⁸

Allerdings finden sich allein schon in den drei grossen Weltreligionen (Christentum, Judentum und Islam) unterschiedliche «Beseelungsspekulationen»⁴⁹⁹: Aufseiten des Christentums definiert die offizielle Lehre der römisch-katholischen Kirche die Empfängnis als

⁴⁹⁴ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 15; KARNEIN, S. 64 und S. 76.

⁴⁹⁵ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 15.

⁴⁹⁶ KARNEIN, S. 48.

⁴⁹⁷ So auch FATEH-MOGHADAM/ATZENI, S. 126.

⁴⁹⁸ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 74 f. Vgl. auch FATEH-MOGHADAM, Bioethische Diskurse, S. 40 ff. MÜLLER-TERPITZ hingegen befürwortet den Einbezug des christlich-theologischen Standpunkts zum Status des extrakorporalen Embryos in der rechtlichen Diskussion: Obwohl der Staat nicht für die religiösen Bedürfnisse seiner Bürger zuständig sei, dürfe die prägende Rolle des Christentums in der abendländischen Kultur und Rechtsetzung nicht ausser Acht gelassen werden (MÜLLER-TERPITZ, Schutz des pränatalen Lebens, S. 65 f.).

⁴⁹⁹ KRESS, Reproduktionsmedizin, S. 664.

den Beginn menschlichen Lebens.⁵⁰⁰ Der Embryo werde direkt nach der Befruchtung be-seelt und gelte somit von Beginn an als Person mit Menschenwürde mit absolutem Le-bensschutz.⁵⁰¹ Die Reproduktionsmedizin wird von der katholischen Kirche generell kriti-siert, die verbrauchende Embryonenforschung und die Kryokonservierung werden abge-lehnt.⁵⁰² Die Embryonenspende ist innerhalb der katholischen Kirche umstritten.⁵⁰³ Als weitere Vertreterin des Christentums vertritt die protestantische Lehre wiederum die An-sicht, dass das menschliche Leben ab Befruchtung einen Anteil an der Menschenwürde hat, die IVF soll als *Ultima Ratio* zulässig sein. Die Embryonenforschung sowie die Ver-wendung von Fortpflanzungsmedizin generell wird allerdings innerhalb der protestanti-schen Kirche kontrovers diskutiert.⁵⁰⁴ Der jüdische Glaube hingegen erlaubt die medizi-nisch assistierte Reproduktion, wenn diese auf natürliche Weise nicht möglich ist.⁵⁰⁵ Laut jüdischer Tradition ist das unter 40-tägige Leben weniger schützenswert und der Embryo *in vitro* wird noch nicht als menschliches Leben betrachtet. Die Vernichtung von überzähligen Embryonen und ihre Verwendung in der Forschung sind folglich zuläs-sig.⁵⁰⁶ Die islamische Lehre ist stark fragmentiert und sich uneinig über die Beseelung des Ungeborenen. Für die überwiegende islamische Lehre beginnt sie am 40. Tag nach der Befruchtung, für eine Minderheit mit dem Befruchtungzeitpunkt.⁵⁰⁷

Die Frage nach dem Status des Embryos lässt sich laut BLEISCH/BÜCHLER nicht aus rein naturwissenschaftlicher Perspektive beantworten; vielmehr brauche es dazu auch religiöse oder metaphysische Bewertungen. Die Vielzahl philosophischer und rechtlicher Stand-punkte zu dieser Fragestellung zeige allerdings auf, dass eine eindeutige Festlegung des moralischen Status des Embryos nicht möglich sei.⁵⁰⁸ Obwohl die Belange von Embryo-

⁵⁰⁰ BEAUCHAMP/CHILDRESS, S. 81; MÜLLER-TERPITZ, *Schutz des pränatalen Lebens*, S. 73; SCHNEIDER, S. 93.

⁵⁰¹ Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1057; NEK, *Embryonale Stammzellen*, S. 40; NEK, *Forschung an Embryonen*, S. 42.

⁵⁰² Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1058; MALONE, S. 6, m.w.V. auf «Donum Vitae» von Joseph Kardinal Ratzinger (abrufbar unter https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for%20human-life_ge.html) [besucht am 19. Mai 2024]). Vgl. auch BORMANN, S. 220; HÜBNER, S. 93 f.; MÜLLER-TERPITZ, *Schutz des pränatalen Lebens*, S. 74.

⁵⁰³ HÜBNER, S. 94; MALONE, S. 2 f. und S. 13, m.w.V. auf «Dignitas Personae» von William Kar-dinal Levada (abrufbar unter https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/docu-ments/rc_con_cfaith_doc_20090516_levada-radom_en.html) [besucht am 19. Mai 2024]).

⁵⁰⁴ Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1060; BEAUCHAMP/CHILDRESS, S. 81 f.; HÜBNER, S. 92 f.

⁵⁰⁵ WEISZ/WEISZ, S. 215. Vgl. dazu auch SAVIOZ-VIACCOZ, *L'embryon in vitro*, Rz. 826.

⁵⁰⁶ NEK, *Forschung an Embryonen*, S. 42; SEITH, S. 193; WEISZ/WEISZ, S. 216 f. Auch wenn sich die jüdische Lehre somit für die Stammzellenforschung ausspricht (WEISZ/WEISZ, S. 219), wird diese dennoch innerhalb der Glaubensgemeinschaft kontrovers diskutiert (BEAU-CHAMP/CHILDRESS, S. 81 f.). Vgl. zum Ganzen auch FATEH-MOGHADAM, *Bioethische Dis-kurse*, S. 42.

⁵⁰⁷ FATEH-MOGHADAM, *Bioethische Diskurse*, S. 42; ILKILIC, S. 222 und S. 228; NEK, *Forschung an Embryonen*, S. 42.

⁵⁰⁸ BLEISCH/BÜCHLER, S. 141; vgl. auch SEITH, S. 317.

nen für viele Menschen von Bedeutung seien und ein moralisch korrekter Umgang mit ihnen gewünscht sei, dürften diese moralischen Vorgaben nicht als verbindliche rechtliche Normen gestaltet werden.⁵⁰⁹ Nach FATEH-MOGHADAM muss auf säkularer Ebene eine gesellschaftsweit verbindliche Antwort formuliert werden, die unabhängig von ethischen oder religiösen Partikularvorstellungen gilt.⁵¹⁰ Eine solche Antwort sieht RÜTSCHKE in der Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip (siehe nachfolgend Ziff. 2.2.3).⁵¹¹

2.2. Kommt dem Embryo in vitro der Schutz der Menschenwürde zu?

2.2.1. Einleitung

Wie in Ziff. 2.1 ausgeführt, besteht also kein grundrechtlich geschütztes Lebensrecht des überzähligen Embryos, das dem Verbot der Embryonenspende entgegensteht. Im Folgenden ist zu prüfen, ob dem Embryo in vitro ein etwaiger Menschenwürdeschutz zukommt. Der Schutz der Menschenwürde könnte einer Verwerfung des Embryos und somit dem Verbot der Embryonenspende entgegenstehen, wie nachfolgend ausgeführt wird.

2.2.2. Der Menschenwürdeschutz nach Art. 7 BV

Art. 7 BV besagt, dass die Würde des Menschen zu achten und zu schützen ist. In der Schweiz war die Menschenwürde lange ungeschriebener Verfassungsgrundsatz und wurde erst mit der Normierung von Art. 24^{novies} aBV im Jahre 1992 im Zusammenhang mit der Regulierung der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie in die Verfassung aufgenommen. Im Zuge der BV-Revision 1999 erhielt die Menschenwürde mit Art. 7 BV einen eigenständigen Artikel.⁵¹² Die Menschenwürde nach Art. 7 BV kann als allgemeines Verfassungsprinzip resp. Leitgrundsatz für jede Tätigkeit des Staates oder aber auch als selbständig durchsetzbares Grundrecht interpretiert werden.⁵¹³ Daraus folgt, dass der Embryo in vitro, auch wenn er nicht Grundrechtsträger ist, nicht grundsätzlich von einem Menschenwürdeschutz ausgeschlossen ist, wie nachfolgend ausgeführt wird.

Der Gehalt der Menschenwürde kann nicht exakt umrissen werden – der Begriff definiert sich primär in seiner Negation.⁵¹⁴ Das Gebot der Menschenwürde verbietet es, den Men-

⁵⁰⁹ HÜBNER, S. 67 ff.; KARAVAS, Körperverfassungsrecht, S. 101; REINKE, S. 98.

⁵¹⁰ FATEH-MOGHADAM, Bioethische Diskurse, S. 43.

⁵¹¹ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 471 f.

⁵¹² Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1186; REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 21 zu Art. 119; RÜTSCHKE, Menschenwürde, S. 8. Die Menschenwürde nach schweizerischem Verfassungsrecht entspringt zwei verschiedenen Wurzeln: einerseits der in den 1980er-Jahren geführten internationalen bioethischen Diskussion um die medizinisch assistierte Reproduktion und die Gentechnologie, andererseits aus der Menschenwürdeklausel in Art. 1 des Deutschen Grundgesetzes. Diese zwei unterschiedlichen Quellen führen zu zwei verschiedenen Interpretationen von Funktion und Rolle der Menschenwürde im Schweizer Recht (BIAGGINI, OFK BV, N 2 zu Art. 7; RÜTSCHKE, Human Dignity, S. 2).

⁵¹³ BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, Rz. 11 zu Kapitel 1; BIAGGINI, OFK BV, N 7 zu Art. 7; KOHLER-VAUDAUX, S. 71; SCHWEIZER/SPENLÉ, SGK BV, N 19 zu Art. 7.

⁵¹⁴ Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1187; RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 339.

schen zum Objekt zu degradieren (sog. Dürig'sche Objektformel). Durch dieses «Verdinglichungs-» oder «Instrumentalisierungsverbot» ist es geboten, jeden Menschen als Subjekt zu respektieren.⁵¹⁵ Die herrschende Lehre verweist dabei oft auch auf die Position von Immanuel Kant.⁵¹⁶ Die Menschenwürde kommt allen Menschen voraussetzungslos zu, unabhängig von körperlichen, geistigen oder seelischen Gebrechen oder Eigenschaften wie Selbst-Bewusstsein und Sprachfähigkeit.⁵¹⁷ Die Zuschreibung der Menschenwürde verleiht dem Menschen einen umfassenden Schutz und lässt eine Abwägung mit anderen Interessen nicht mehr zu; der subjektiv-rechtliche Gehalt von Art. 7 BV ist somit gleichzeitig dessen Kerngehalt.⁵¹⁸

Klar ist, dass spätestens ab Geburt ein Grundrecht auf Menschenwürde besteht.⁵¹⁹ Die Menschenwürde ist somit sicherlich bei jedem geborenen Menschen zu achten und zu schützen. Das Bundesgericht musste sich bislang allerdings noch nicht mit der Frage auseinandersetzen, ob sich die Reichweite von Art. 7 BV auch auf das ungeborene Leben erstreckt.⁵²⁰ Ob bereits dem Embryo *in vitro* Menschenwürde zukommt, ist unter anderem darum schwierig zu beantworten, weil der normative Gehalt des Begriffes der Menschenwürde weiterhin noch ungeklärt ist.⁵²¹ Bislang hielt das Bundesgericht 1989 im St. Galler-Entscheid betreffend künstliche Fortpflanzung und Schutz des Embryos *in vitro* fest, dass «[a]ngesichts des Umstandes, [...] dass mit der Befruchtung einer Eizelle eine menschliche Individualität determiniert ist und zu einer Geburt eines Menschen führen kann, [...] das Schicksal des Embryos *in vitro* für die Rechtsgemeinschaft nicht gleichgültig sein [kann].»⁵²² Auch sei laut Bundesgericht die Forschung an Embryonen *in vitro* im Sinne einer Beobachtung, welche der Gesundheitserhaltung des Embryos diene und diesen nicht verbrauche, «mit der Würde des Menschen, welche schon dem Embryo *in vitro* zukommt, durchaus vereinbar»⁵²³.

Die Menschenwürde nach Art. 7 BV kann nicht stufenweise gewährt werden: Erhält der Embryo *in vitro* also einen Menschenwürdeschutz nach Art. 7 BV, so kann dieser nicht gegen andere Rechte wie die Reproduktionsfreiheit der austragenden Frau abgewogen werden. Auch spricht die planmässige Erzeugung überzähliger Embryonen nach Art. 119

⁵¹⁵ Anstelle vieler SCHWEIZER/SPENLÉ, SGK BV, N 51 zu Art. 7. Siehe aber Einschränkungen gemäss BIRNBACHER, Menschenwürde, S. 257.

⁵¹⁶ BAERTSCHI, S. 14. So z.B. SCHWEIZER/SPENLÉ, SGK BV, N 43 zu Art. 7. Weitere Ausführungen zum Kant'schen Modell der Menschenwürde bei BAERTSCHI, S. 13 ff.; vgl. auch MÜLLER-TERPITZ, Schutz des pränatalen Lebens, S. 298 ff.

⁵¹⁷ BIRNBACHER, Menschenwürde, S. 252; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 7 zu § 10; SEELMANN, Bioethik, S. 19.

⁵¹⁸ BIRNBACHER, Menschenwürde, S. 252 f.; HASSMANN, S. 81; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 8 und Rz. 20 zu § 10; SCHROTH, S. 560.

⁵¹⁹ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 325 f.

⁵²⁰ SCHWARZENEGGER, S. 181.

⁵²¹ KARAVAS, Körperverfassungsrecht, S. 94. Vgl. auch Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5948.

⁵²² BGE 115 Ia 234 (264), E. 9c; vgl. auch BGE 119 Ia 460 (485), E. 7a.

⁵²³ BGE 119 Ia 460 (503), E. 12e; vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 9 zu § 5.

Abs. 2 lit. c BV dafür, dass der Embryo kein Grundrechtsträger ist und ihm somit kein grundrechtlicher Menschenwürdeschutz zukommt.⁵²⁴ In der Schweizer Rechtslehre ist die Annahme eines Menschenwürdeschutzes des Embryos nur vereinzelt anzutreffen.⁵²⁵ Vielmehr wird vorgebracht, dass die Menschenwürde dem Embryo gegenüber als objektives Verfassungsprinzip gilt (so nachfolgend Ziff. 2.2.3).

2.2.3. *Die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip*

Art. 119 BV beinhaltet, dass der Mensch vor Missbräuchen der Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie geschützt ist und der Bund beim Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut unter anderem die Menschenwürde zu achten hat. RÜTSCHÉ führt aus, dass bei der systematischen Auslegung von Art. 7 BV mithilfe von Art. 119 BV (und 120 BV) erkennbar wird, dass die Menschenwürde zumindest verlangt, ungeborenes Leben würdig zu behandeln.⁵²⁶ Dem Embryo kommt also ein gewisser verfassungsrechtlicher Schutz zu: Er erhält zwar laut herrschender Lehre kein individuell-anspruchs begründendes Grundrecht auf Menschenwürde, jedoch steht ihm die Menschenwürde als sogenanntes objektives Verfassungsprinzip zu.⁵²⁷ Das objektive Verfassungsprinzip der Menschenwürde unterscheidet sich von der grundrechtlich geschützten Würde einer Person nach Art. 7 BV: Beim objektiven Prinzip geht es nicht darum, einen bestimmten Menschen zu achten, sondern dass dem beginnenden menschlichen Leben ein intrinsischer Wert zukommt.⁵²⁸ Aufgrund ihrer potenziellen Nähe zum geborenen Menschen besitzen Embryonen und Föten einen objektiven Eigenwert, der auf «Gefühlen der Verbundenheit»⁵²⁹ innerhalb der Gesellschaft basiert. Daher kann ihr Schicksal nicht gleichgültig bleiben (vgl. BGE 115 Ia 234 [264], E. 9c; BGE 119 Ia 460 [485], E. 7a), und die Rechtsgemeinschaft ist verpflichtet, die Interessen der Embryonen und Föten zu schützen.⁵³⁰ Insofern schützt die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip auch öffentliche Interessen.⁵³¹ Die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip schützt den objektiven Wert des Menschen aufgrund seiner Vernunft- und Autonomiefähigkeit und verschafft der moralischen Werterhaltung der Gesellschaft eine rechtliche Anerkennung. Dieser Schutz gilt auch für

⁵²⁴ RÜTSCHÉ/PICECCHI, SHK FMedG, N 37 zu Art. 119 BV.

⁵²⁵ BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 22.

⁵²⁶ RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 314 f.

⁵²⁷ RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 314 f. So etwa Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1187; BELSER/JUNGO, S. 210 f.; BELSER/MOLINARI, BSK BV, N 39 zu Art. 119; BIAGGINI, OFK BV, N 11 zu Art. 119; BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 22; JUNGO et al., N 58; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 19 zu § 10; RÜTSCHÉ/PICECCHI, SHK FMedG, N 37 zu Art. 119 BV.

⁵²⁸ REHMANN-SUTTER, S. 190.

⁵²⁹ RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 472.

⁵³⁰ RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 471 f. und S. 502. Vgl. auch BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 22.

⁵³¹ RÜTSCHÉ/PICECCHI, SHK FMedG, N 35 zu Art. 119 BV. Die Menschenwürde kann demnach z.B. beim Klonen verletzt sein, da dadurch «die Idee des Menschseins» leide (JUNGO et al., N 58).

diejenigen, die noch keine Rechtssubjektivität aufweisen oder deren Rechtssubjektivität bereits vorbei ist.⁵³² So werden auch sich entwickelndes menschliches Leben, d.h. Embryonen und Föten, sowie verstorbene Leben, d.h. Leichname, geschützt.⁵³³

Ein Zuspruch auf Anteil an der Menschenwürde entfaltet Schutzwirkungen gegenüber dem Embryo, hat aber nicht zur Folge, dass ihm eine Grundrechtsträgerschaft zukommt. Vielmehr ist es zulässig, dass dieser Anteil mit anderen hochrangigen Rechtsgütern abgewogen werden kann.⁵³⁴ Im Konfliktfall hat die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip gegenüber entgegenstehenden Grundrechten wie der Fortpflanzungsfreiheit zurückzutreten.⁵³⁵ Die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip gewährt somit einen viel begrenzteren Schutz als die Menschenwürde als Grundrecht.⁵³⁶ Für RÜTSCHÉ ist die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip ab Vorkernstadium und somit vor Abschluss der Befruchtung zuzusprechen.⁵³⁷ Dieser Anteil an der Menschenwürde nimmt im Verlauf der Schwangerschaft stetig zu und manifestiert seine volle Auswirkung mit der Geburt – der Gesetzgeber darf also die unterschiedlichen Entwicklungsstadien berücksichtigen und den Fötus stärker schützen als die imprägnierte Eizelle.⁵³⁸

Aus dem Schutz durch die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip ergibt sich ein Verbot der leichtfertigen Opferung pränatalen Lebens, jeglicher Behandlung dieses Lebens als austauschbares Objekt oder dem willkürlichen Umgang damit sowie der Verweh- rung von Entwicklungschancen.⁵³⁹ So dürfen Embryonen nur zu Fortpflanzungszwecken hergestellt werden; die Herstellung zu Forschungszwecken ist dagegen eine verpönte In- strumentalisierung des beginnenden menschlichen Lebens und mit der Menschenwürde nicht vereinbar.⁵⁴⁰ Die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip soll primär alle entwicklungsfähigen Embryonen und Föten ab dem Zeitpunkt der Befruchtung schützen und verbietet grundsätzlich Handlungen, die dazu dienen, dass der Embryo oder Fötus zerstört wird oder sich nicht weiterentwickeln kann. Diese Handlungen sind nur dann zu- lässig, wenn sie geeignet und erforderlich sind, um ein grundrechtlich geschütztes elemen-

⁵³² BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, Rz. 14 zu Kapitel 1; REHMANN-SUTTER, S. 190; RÜTSCHÉ, Human Dignity, S. 7 f.; RÜTSCHÉ, Menschenwürde, S. 18 und S. 21; RÜTSCHÉ/PICECCHI, SHK FMedG, N 34 zu Art. 119 BV.

⁵³³ RÜTSCHÉ, Human Dignity, S. 8; RÜTSCHÉ, Menschenwürde, S. 18. Vgl. auch BGE 123 I 112 (118 f.) E. 4a und b; SCHWEIZER, S. 64; SEELMANN, Biomedizin und Menschenwürde, S. 76.

⁵³⁴ Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1234; BIAGGINI, OFK BV, N 11 zu Art. 119; BÜCHLER/CLAUSEN, Pränataler Kinderschutz, S. 656; RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 315.

⁵³⁵ RÜTSCHÉ, Human Dignity, S. 8 f.; RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 502; RÜTSCHÉ/PICECCHI, SHK FMedG, N 37 zu Art. 119 BV.

⁵³⁶ RÜTSCHÉ/PICECCHI, SHK FMedG, N 36 zu Art. 119 BV.

⁵³⁷ RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 472.

⁵³⁸ Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5947; BELSER/MOLINARI, BSK BV, N 21 zu Art. 119.

⁵³⁹ BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 22; RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 472 f.

⁵⁴⁰ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 227 und S. 283; Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5948. Vgl. auch BGE 119 Ia 460 (502 f.), E. 12e.

tares Bedürfnis zu verwirklichen.⁵⁴¹ Jeder Eingriff, welcher zum Ziel hat, den entwicklungsfähigen Embryo abzutöten oder dessen Entwicklungschance zu verhindern, negiert den Eigenwert dieses Embryos.⁵⁴² Zu den ausreichend wichtigen Gründen, die einen Eingriff in den Eigenwert des Embryos rechtfertigen können, gehört primär die Fortpflanzungsfreiheit. Gemäss RÜTSCHKE ist auch die Forschungsfreiheit gewichtig genug, um Eingriffe zu begründen.⁵⁴³

Die strengen Regelungen, wann ein überzähliger Embryo für die Stammzellenforschung verwendet werden darf – wobei die Zulässigkeit zur Stammzellenforschung auch von der Wichtigkeit des Forschungsziels abhängt –, zeigen laut RÜTSCHKE auf, dass menschliche Embryonen für den Gesetzgeber schutzwürdig sind, denn sie sollen nicht «leichtfertig»⁵⁴⁴ der Forschung zum Opfer fallen. Das StFG sei auch Beweis dafür, dass der Gesetzgeber Embryonen unter den Schutz der Menschenwürde als Verfassungsprinzip stellen wolle.⁵⁴⁵ Auch, dass die für die Stammzellenforschung oder für Transplantationszwecke vorgesehenen überzähligen Embryonen nur bis zum siebten Tag entwickelt werden dürfen, um sie in der Forschung zu verwenden (Art. 3 Abs. 2 lit. c StFG und Art. 37 Abs. 2 lit. a TxG), sei ein Ausfluss des Prinzips der Menschenwürde. Damit sollten Missbräuche verhindert und eine Instrumentalisierung menschlichen Lebens verunmöglicht werden.⁵⁴⁶ Aus dem TxG wird ersichtlich, dass für den Gesetzgeber «die Würde menschlichen Lebens auch dann nicht verloren geht, wenn es keine Entwicklungschancen mehr hat».⁵⁴⁷ Auch die NEK geht davon aus, dass auch überzähligen Embryonen Respekt und eine fürsorgliche Haltung entgegenzubringen sind. Dies gelte auch für einen Embryo in vivo, welcher abgetrieben werden soll.⁵⁴⁸

⁵⁴¹ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 472 und S. 475 f.

⁵⁴² RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 472 f.; vgl. auch BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 23.

⁵⁴³ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 473 f.

⁵⁴⁴ So RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 538.

⁵⁴⁵ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 538. Auch für BÜRGIN legen die Regelungen zur Forschung an Embryonen nahe, dass der Embryo «grundsätzlich schützenswert», aber «nicht unantastbar» ist (BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 72). Vgl. 2. Teil, Kapitel C, Ziff. 4.2.3.

⁵⁴⁶ Botschaft TxG, BBl 2002 S. 161; RÜTSCHKE, Reproduktionsmedizin und Embryonenforschung, S. 85.

⁵⁴⁷ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 551. Es ist für RÜTSCHKE vertretbar, das objektive Verfassungsprinzip der Menschenwürde auf Embryonen anzuwenden, die älter als sieben Tage sind, und auf abgetriebene Embryonen und Föten, obwohl sie nicht länger als potenzielle Personen betrachtet werden können (RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 551 f.). RÜTSCHKE plädiert allerdings dafür, dass die Zuschreibung von Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip voraussetzt, dass der Embryo entwicklungsfähig ist und sich zum geborenen Menschen entwickeln kann. Sei dies aus biologischen Gründen von Anfang an ausgeschlossen, so komme dem Embryo keine Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip zu (RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 531).

⁵⁴⁸ NEK, Forschung an Embryonen, S. 79 f. Die NEK schlägt zur Bewertung der Schutzwürdigkeit des Embryos in vitro das Respektmodell vor, welches auf denselben Prinzipien wie die

Auf der Grundlage dieser Ausführungen soll der Staat Massnahmen vorsehen, um den entwicklungsfähigen Embryo in vitro in seiner Entwicklungschance zu schützen. Für den überzähligen Embryo bedeutet dies, dass seine Freigabe zur Embryonenspende grundsätzlich dem Menschenwürdeschutz als objektives Verfassungsprinzip entspricht und nur Grundrechte wie die Fortpflanzungsfreiheit der Beteiligten oder andere höher gewichtete Interessen diesen einschränken können. Es ist abzuklären, ob der Staat gewisse Schutzmassnahmen implementieren muss, um diesem Schutzanspruch gerecht zu werden, oder es zumindest zu unterlassen hat, die Embryonenspende zu verbieten, um dem entwicklungsfähigen überzähligen Embryo so die weitere Entwicklungschance nicht zu nehmen.⁵⁴⁹ Bevor diese Abklärung vorgenommen wird, wird nachfolgend der zivilrechtliche und der strafrechtliche Status des Embryos in vitro analysiert.

2.3. Zivilrechtlicher Status des Embryos in vitro

2.3.1. *Bedingte Rechtsfähigkeit: ab Befruchtung oder ab Nidation?*

Art. 31 ZGB ist die einzige normierte Regel, die den Beginn und das Ende der Persönlichkeit im Sinne der Rechtsfähigkeit eines Menschen ausdrücklich regelt.⁵⁵⁰ Art. 31 ZGB lautet: «(1) Die Persönlichkeit beginnt mit dem Leben nach der vollendeten Geburt und endet mit dem Tode. (2) Vor der Geburt ist das Kind unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass es lebendig geboren wird.» Die vollendete Geburt bedingt den vollständigen Austritt aus dem Körper der Mutter und das Vonsichgeben von Lebenszeichen. Damit ist das Kind ausserhalb des Mutterleibs lebensfähig.⁵⁵¹ Ab diesem Zeitpunkt stehen dem Kind sämtliche Persönlichkeitsrechte zu.⁵⁵² Das Ungeborene erhält nach Art. 31 Abs. 2 ZGB rückwirkend Rechtsfähigkeit unter der Bedingung, dass es lebend geboren wird.⁵⁵³ Das bedeutet, dass das Kind ab vollendeter Lebendgeburt so gestellt wird, als sei es bereits ab Zeugung (oder Nidation) rechtsfähig gewesen. Dies führt aber nicht dazu, dass das ungebore-

Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip basiert (siehe Ausführungen bei Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1207 f.; NEK, Embryonale Stammzellen, S. 53 f.; NEK, Forschung an Embryonen, S. 41). Die Idee des Respektmodells stammt ursprünglich von MAIO, Respekt, passim. Dabei habe auch der totgeweihte Embryo einen intrinsischen Wert aufgrund seiner Existenz und eine Instrumentalisierung sei nur dann zulässig, wenn sie aus wichtigem Grund erfolge (Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1209).

⁵⁴⁹ Vgl. dazu 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 4.

⁵⁵⁰ BÜCHLER/FREI, Rz. 54. Dass diese Bestimmung seit 1912 unverändert geblieben ist, zeigt die hohe Akzeptanz dieser Regelung in der Gesellschaft (BÜCHLER/FREI, a.a.O.).

⁵⁵¹ BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 23; BÜCHLER/FREI, Rz. 55; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 40. Welche Arten der Lebenszeichen vonnöten sind, ist umstritten; grundsätzlich kann schon ein geringstes Anzeichen von Leben während kürzester Dauer ausreichen, um Leben anzunehmen (BÜCHLER/CLAUSEN, Pränataler Kinderschutz, S. 656 f., m.w.V. auf z.B. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, R. 41. Vgl. auch BUCHER, Rz. 196 f.).

⁵⁵² BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 23; BÜCHLER/CLAUSEN, Pränataler Kinderschutz, S. 656.

⁵⁵³ MANAI, L'embryon face au droit, Rz. 11; RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 483.

rene Leben zivilrechtlich geschützt wird.⁵⁵⁴ Punktuelle Relevanz erhält die bedingte Rechtsfähigkeit beispielsweise beim Erbenspruch des Nasciturus oder bei der Vaterschafts- anerkennung vor der Geburt. Darüber hinaus hat die bedingte Rechtsfähigkeit Auswirkungen auf haftungsrechtliche Fragen wie etwa pränatal verursachte Körperschädigungen, sofern der Fötus lebend geboren wird.⁵⁵⁵ Gibt das Geborene keine Lebenszeichen von sich, so gilt es als Totgeburt. Es hat die Rechtsfähigkeit nicht erlangt, wurde mithin nicht Kind im juristischen Sinn, und es wird retrospektiv angenommen, es habe niemals über ein Persönlichkeitsrecht im juristischen Sinn verfügt.⁵⁵⁶ Das Ungeborene erhält durch die bedingte Rechtsfähigkeit nicht das Recht auf Leben, da im Falle der Tötung die Bedingung der Lebendgeburt nie eingetreten ist und somit kein zivilrechtliches Persönlichkeitsrecht verletzt werden kann.⁵⁵⁷ In der Lehre ist umstritten, ob es sich um eine resolutiv oder eine suspensiv bedingte Rechtsfähigkeit handelt, jedoch sind die Auswirkungen der Unterscheidung lediglich akademischer Natur.⁵⁵⁸

Das ZGB erläutert nicht, wann die bedingte Rechtsfähigkeit beginnt. Die juristische Lehre ist sich uneins; je nach Ansicht tritt die bedingte Rechtsfähigkeit entweder mit der Befruchtung oder mit der Nidation ein.⁵⁵⁹ Dies hat Auswirkungen auf die zivilrechtliche Stellung des Embryos in vitro: Plädiert man für den Beginn mit der Befruchtung, ist der Embryo in vitro – oder generell der sich noch nicht eingenistete Embryo – bedingt rechtsfähig und in der Folge wie ein Nasciturus nach Art. 31 Abs. 2 ZGB zu behandeln.⁵⁶⁰ Stützt man sich auf den Beginn mit der Nidation, ist der Embryo in vitro nicht bedingt rechtsfähig. In letzterem Fall stellt sich die Folgefrage, ob der Embryo in vitro allenfalls zivilrechtlich als Sache zu qualifizieren ist.

Für KÄLIN und die Expertenkommission Humangenetik und Reproduktionsmedizin nach Amstad-Bericht beginnt die bedingte Rechtsfähigkeit des Ungeborenen erst mit der Nidation: Es soll erst dann eine bedingte Rechtsfähigkeit angenommen werden, wenn alle Bedingungen für eine Lebendgeburt gegeben sind (resp. wenn «die reale Möglichkeit [...], in absehbarer Zeit geboren zu werden»⁵⁶¹, vorliegt), und dies sei erst mit Beginn der Schwangerschaft, d.h. der Nidation des Embryos in die Gebärmutter, der Fall.⁵⁶²

⁵⁵⁴ BÜCHLER, Reproductive Autonomie, S. 23; BÜCHLER/CLAUSEN, Pränataler Kindesschutz, S. 569.

⁵⁵⁵ BÜCHLER, Reproductive Autonomie, S. 23; BÜCHLER/CLAUSEN, Pränataler Kindesschutz, S. 569; RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 483; SCHWEIZER, S. 44.

⁵⁵⁶ KOHLER-VAUDAUX, S. 269; RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 479. Vgl. zum Ganzen auch KÄLIN, S. 146 f.

⁵⁵⁷ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 481. Vgl. auch KOHLER-VAUDAUX, S. 249 f.

⁵⁵⁸ KOHLER-VAUDAUX, S. 187; MANAI, L'embryon face au droit, Rz. 14. Vgl. auch RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 482. Der grössere Teil der Lehre geht von einer suspensiv bedingten Rechtsfähigkeit aus (KÄLIN, S. 149).

⁵⁵⁹ BÜCHLER, Reproductive Autonomie, S. 24; KÄLIN, S. 152.

⁵⁶⁰ KOHLER-VAUDAUX, S. 198; KÄLIN, S. 155.

⁵⁶¹ Amstad-Bericht BBl 1989 III 1114.

⁵⁶² Amstad-Bericht BBl 1989 III 1114; KÄLIN, S. 156 und S. 163. Dem Embryo in vitro kommt laut KÄLIN zudem auch deswegen keine bedingte Rechtsfähigkeit zu, da ansonsten die Em-

Für RÜTSCHÉ⁵⁶³, HAUSHEER/AEBI-MÜLLER⁵⁶⁴ sowie KOHLER-VAUDAUX⁵⁶⁵ beginnt die bedingte Rechtsfähigkeit mit der Befruchtung. Begründet wird dies von RÜTSCHÉ und KOHLER-VAUDAUX damit, dass die französische Version von Art. 31 Abs. 2 ZGB vom «enfant conçu» spricht, weswegen vom Zeitpunkt der Befruchtung als Beginn der bedingten Rechtsfähigkeit auszugehen sei.⁵⁶⁶ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER wiederum begründen ihre Auffassung damit, dass das Gesetz von «vor der Geburt» spreche, ohne ein weiteres Erfordernis wie die Implantation vorzusehen.⁵⁶⁷ RÜTSCHÉ sieht dabei aus erbrechtlicher Sicht bei den Embryonen in vitro ein Problem, da viel Zeit verstreichen kann, bis sie transfertiert werden und sich implantieren können, was unter Umständen zu einer sehr verzögerten Erbteilung führen kann. In der Folge plädiert er dafür, die bedingte Erbfähigkeit – anders als die bedingte Rechtsfähigkeit – erst mit Implantation beginnen zu lassen.⁵⁶⁸ Auch für das Bundesgericht, zumindest in Bezug auf den arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz nach Art. 336 Abs. 1 lit. c OR⁵⁶⁹, beginnt die Schwangerschaft mit dem Zeitpunkt der Befruchtung.⁵⁷⁰

KARAVAS wiederum möchte nur diejenigen Embryonen in vitro, welche sich noch im Reproduktionsprozess befinden, die bedingte Rechtsfähigkeit zusprechen. «Totgeweihte» Embryonen, seien sie nun in vitro oder in vivo, soll hingegen keine bedingte Rechts- oder Erbfähigkeit im Sinne von Art. 31 Abs. 1 ZGB zugesprochen werden, da sie gar nicht mehr eine Lebendgeburt erreichen können.⁵⁷¹ Dies bedeutet, dass Embryonen in vitro definitionsgemäss zuerst eine bedingte Rechtsfähigkeit zukommt, sie diese allerdings verlieren, sobald sie «endgültig überzählig» werden, d.h. von den genetischen Eltern nicht verwendet werden und nicht (mehr) für eine Embryonenspende in Frage kommen, sie also endgültig nicht zu einem geborenen Menschen werden können.

Gemäss MANAI hingegen ist nur für den Embryo in vivo auf den Zeitpunkt der Befruchtung abzustellen, da der Embryo in vitro dem grösseren Zufall ausgesetzt sei, weil seine Implantation von der Zustimmung der Eltern abhängt. Zudem stelle sich die Frage,

bryonenspende nicht explizit verboten sein müsste, «da Personen nicht Gegenstand einer Spende und damit eines Rechtsgeschäfts sein können». KÄLIN räumt aber ein, dass der Gesetzgeber solche Überlegungen nicht angestellt habe und sich aus den gesetzlichen Grundlagen keine Hinweise auf die zivilrechtliche Natur des Embryos in vitro ableiten liessen (KÄLIN, S. 143).

⁵⁶³ RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 483.

⁵⁶⁴ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 61.

⁵⁶⁵ KOHLER-VAUDAUX, S. 205.

⁵⁶⁶ KOHLER-VAUDAUX, S. 205; RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 483.

⁵⁶⁷ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 61.

⁵⁶⁸ RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 484. Kritisch dazu BRAUN, S. 21 f.; KARAVAS, Körperverfassungsrecht, S. 102 f. Vgl. auch Ausführungen in 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 3.4.

⁵⁶⁹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.

⁵⁷⁰ BGE 143 III 21 E. 2.1–2.3, S. 23 f.; siehe Ausführungen bei SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro, Rz. 424.

⁵⁷¹ KARAVAS, Körperverfassungsrecht, S. 102.

wann der Embryo seine potenzielle Persönlichkeit verliere, wenn er überzählig werde. Aufgrund dessen schlägt MANAI vor, dem Embryo erst ab Status in vivo eine bedingte Rechtsfähigkeit zuzusprechen.⁵⁷² Dem ist allerdings zu entgegnen, dass Schwangerschaftsabbrüche – welche naturgemäss erst nach der Einnistung des Embryos in die Gebärmutter stattfinden können – erlaubt sind. Selbst wenn man sich für die Nidation als Beginn der bedingten Rechtsfähigkeit ausspricht, führt ein strafloser Schwangerschaftsabbruch dazu, dass man Embryonen oder Föten ihre durch das Recht bereits zugesprochene bedingte Rechtsfähigkeit wieder absprechen muss.⁵⁷³

2.3.2. *Zivilrechtlicher Dualismus oder Qualifikation als Tertium?*

Da man im Schweizer Recht vom Dualismus Person/Sache de lege lata nicht abweichen könne, muss der Embryo in vitro für KÄLIN entweder dem Personen- oder dem Sachenrecht zugeordnet werden.⁵⁷⁴ Nach KÄLIN sind Embryonen in vitro zwingend als Sache zu qualifizieren, da vor dem Beginn der bedingten Rechtsfähigkeit keine Persönlichkeit bestehe und für ihn die bedingte Rechtsfähigkeit erst mit der Nidation beginne. Mit diesem Merkmal der Unpersönlichkeit weise der Embryo in vitro folglich Sachqualität auf.⁵⁷⁵

Andere Lehrmeinungen wollen den Embryo in vitro allerdings nicht dem zivilrechtlichen Dualismus unterstellen. In den USA wurde der Embryo in vitro vom Tennessee Supreme Court als Tertium, etwas zwischen werdender Person und Sache, qualifiziert: Das Gericht führte im Fall *Davis v. Davis* aus, es handle sich bei kryokonservierten Embryonen weder um Personen noch um eigentumsfähige Sachen, sondern sie seien ein Tertium, das aber unseren Respekt verdiene. An ihnen könnten eigentumsähnliche Interessen geltend gemacht werden.⁵⁷⁶ Ein solcher Status sui generis wird in der Schweizer Lehre teilweise befürwortet: So ist für BLEISCH/BÜCHLER eindeutig, dass Embryonen nicht einfach als Sache deklariert werden dürfen; dies verdingliche sie, auch wenn sie sich nie zu einem lebenden Menschen entwickelten. Andererseits bestehe ein Konsens darüber, dass Embryonen kein Personenstatus zukomme.⁵⁷⁷ Der Embryo in vitro weise zwar die Voraussetzungen zum Leben auf, allerdings sei er zur Verwirklichung dessen auf Dritte angewiesen, weswegen auch bei STAUB ein Status sui generis Unterstützung findet.⁵⁷⁸

⁵⁷² MANAI, *L'embryon face au droit*, Rz. 62. Gl.M. KÄLIN, S. 154 f.

⁵⁷³ Gl.M. KARAVAS, *Körperverfassungsrecht*, S. 101 f.

⁵⁷⁴ KÄLIN, S. 144 f.

⁵⁷⁵ KÄLIN, S. 150 und S. 163 f. Die Qualifikation als Sache führt dazu, dass die Eigentumsrechte am Embryo in vitro geklärt werden müssten (vgl. auch Ausführungen bei KARAVAS, *Umstrittene Embryonen*, S. 191 f.).

⁵⁷⁶ *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992), zit. aus KARAVAS, *Umstrittene Embryonen*, S. 182 und S. 192. Vgl. aber etwa neuere Entwicklungen in Alabama, wo der Supreme Court of Alabama kryokonservierte Embryonen als schützenswerte ungeborene Kinder qualifizierte (*LePage v Center for Reproductive Medicine*, No. SC-2022–0515 [Ala. S Ct 2024]) (siehe auch Fn. 677).

⁵⁷⁷ BLEISCH/BÜCHLER, S. 225 f.; zustimmend auch BUCHER, Rz. 205.

⁵⁷⁸ STAUB, S. 148.

Der Amstad-Bericht hielt fest, dass der Embryo in vitro nicht als Sache qualifiziert werden könne, da er potenzieller Nachkomme seiner Eltern sei. Allerdings weise er selbst keine Rechtspersönlichkeit auf und müsse somit zivilrechtlich der Persönlichkeit seiner Eltern zugeordnet werden.⁵⁷⁹ Damit weist der Amstad-Bericht laut KÄLIN dem Embryo in vitro nicht den Status sui generis zu, sondern gibt ihm gar keine eigene Rechtsnatur.⁵⁸⁰ Der Bundesrat bestätigte in der späteren Botschaft zum damals geplanten Embryonenforschungsgesetz, dass Embryonen in vitro nicht als «reine Sachen» behandelt werden dürfen, ohne aber klar Stellung zu einem Status sui generis zu beziehen.⁵⁸¹

2.3.3. Zusammenfassung zum zivilrechtlichen Status

Zusammengefasst herrscht in der Schweiz kein Konsens über den Beginn der bedingten Rechtsfähigkeit nach Art. 31 Abs. 2 ZGB, weswegen auf den zivilrechtlichen Status des Embryos in vitro keine abschliessende Antwort gegeben werden kann. Dem überzähligen Embryo kommt definitionsgemäss de lege lata keine Überlebenschance zu (vgl. nochmals Art. 3 Abs. 2 lit. a StFG: «Es ist überdies verboten, überzählige Embryonen zu einem anderen Zweck als der Gewinnung embryonaler Stammzellen zu verwenden»). Der überzählige Embryo hat de lege lata also keine Möglichkeit, zum geborenen Kind zu werden. Folglich kann er gar nicht über eine bedingte Rechtspersönlichkeit verfügen, da sich diese nie verwirklichen kann. Die Gewährung einer bedingten Rechtsfähigkeit ab Befruchtung würde ihn ohnehin nicht vor Verwerfung oder Verwendung in der Forschung schützen, da er de lege lata nicht mehr lebend geboren werden kann.⁵⁸² Bei Zulassung der Embryonenspende hingegen würde der überzählige Embryo so lange nicht überzählig im Sinne des StFG, wie für ihn noch eine Chance auf Leben im Reproduktionsprozess besteht. Die Auffassung von KARAVAS, Embryonen in vitro eine bedingte Rechtsfähigkeit zuzugestehen und diese erst nach Austritt aus dem Reproduktionsprozess – d.h., wenn sie endgültig überzählig und entweder der Forschung zur Verfügung gestellt oder sogleich verworfen werden – abzusprechen,⁵⁸³ überzeugt. Sie ist sowohl kompatibel mit der Verwendung in der Stammzellenforschung als auch mit der zum verfassungsmässigen Status des Embryos ausgeführten Ansicht, dass dem Embryo in vitro ein Anteil an der Menschenwürde zukomme. Basierend auf diesen Argumenten ist vorstellbar, die Qualifikation des Embryos in vitro als Sache abzulehnen und den dualistischen Ansatz zu durchbrechen,⁵⁸⁴ allerdings bedarf dies eingehender zivilrechtlicher Überprüfung, auf welche die vorliegende Untersuchung jedoch nicht abzielt.

⁵⁷⁹ Amstad-Bericht BBl 1989 III 1114.

⁵⁸⁰ KÄLIN, S. 144.

⁵⁸¹ Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1188.

⁵⁸² Ähnlich BRAUN, S. 20 und S. 22; WICHTERMANN, S. 244.

⁵⁸³ KARAVAS, Körperverfassungsrecht, S. 102.

⁵⁸⁴ Vgl. auch BRAUN, S. 22 f.

2.4. Strafrechtlicher Schutz des Embryos in vitro

2.4.1. Vergleich: Strafrechtlicher Schutz des Embryos in vivo nach StGB

Das StGB differenziert zwischen Schwangerschaftsabbruch und Tötung,⁵⁸⁵ Tatobjekt der Tötungsdelikte nach Art. 111 bis 117 StGB ist ein lebender Mensch. Allerdings legt das StGB nicht explizit fest, ab welchem Zeitpunkt ein menschliches Wesen als lebender Mensch im Sinne des Tatobjekts qualifiziert werden kann.⁵⁸⁶ Art. 116 StGB, die Kindstötung, stellt die Tötung des eigenen Kindes durch die Mutter während des Geburtsvorgangs unter Strafe. Für die herrschende Lehre beginnt folglich das menschliche Leben im Sinne des StGB mit dem Geburtsvorgang, welcher mit dem Einsetzen der Geburtswehen (Eröffnungswehen) oder mit Beginn des Kaiserschnitts startet.⁵⁸⁷

Vor dem Beginn der Geburt greifen die Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch (Art. 118 ff. StGB).⁵⁸⁸ Der Schutz des ungeborenen Lebens nach Art. 118 ff. StGB beginnt mit Abschluss der Nidation des Embryos in die Gebärmutter – damit beginnt die Schwangerschaft im strafrechtlichen Sinn.⁵⁸⁹ Vor der Nidation bietet das StGB keinen Schutz, d.h., sowohl eisprungverhindernde als auch nidationshemmende Verhütungsmittel fallen folglich nicht unter den Schutzbereich der Art. 118 ff. StGB.⁵⁹⁰ Der Schutz von Art. 118 ff. StGB endet mit Einsetzen des Geburtsvorgangs oder mit dem Absterben des Ungeborenen.⁵⁹¹ Gegen Fahrlässigkeitsdelikte ist das Ungeborene nicht geschützt: Die fahrlässige Schädigung des Ungeborenen, einschliesslich des fahrlässigen Abbruchs, ist straflos.⁵⁹²

⁵⁸⁵ BÜCHLER/CLAUSEN, Pränataler Kindesschutz, S. 657; SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB, N 5 zu Vor Art. 111.

⁵⁸⁶ AEBI-MÜLLER et al., Rz. 173 zu § 8.

⁵⁸⁷ AEBI-MÜLLER et al., Rz. 174 zu § 8; BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 25; BÜCHLER/FREI, Rz. 56; DUNCKER, S. 201 f.; PALLY HOFMANN, S. 861; RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 487; SCHWARZENEGGER, S. 157; SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB, N 12 zu Vor Art. 118; TRECHSEL/PIETH, PK StGB, N 4 zu Vor Art. 118 StGB. Vgl. auch BGE 119 IV 207 (209), E. 2.

⁵⁸⁸ AEBI-MÜLLER et al., Rz. 175 zu § 8.

⁵⁸⁹ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 278; AEBI-MÜLLER et al., Rz. 191 zu § 8; CORBOZ, N 11 zu Art. 118; DONATSCH, OFK StGB, N 1 zu Art. 118; DUNCKER, S. 167; GODENZI, HK StGB, N 1 zu Art. 118; SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB, N 9 zu Vor Art. 118. Für einen Schutzbeginn ab Befruchtung: KOHLER-VAUDAUX, S. 210.

⁵⁹⁰ AEBI-MÜLLER et al., Rz. 191 f. zu § 8; CORBOZ, N 11 zu Art. 118; DONATSCH, OFK StGB, N 2 zu Art. 118; SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB, N 10 zu Vor Art. 118; TSCHUOR-NAYDOWSKI, S. 81. Laut TRECHSEL/GETH liegt dies daran, weil sehr viele befruchtete Eizellen (sowie wohl auch frühe Embryonen) spontan und praktisch ohne Spuren zu hinterlassen absterben, bevor die Nidation vollzogen ist (TRECHSEL/GETH, PK StGB, N 3 zu Vor Art. 118–120).

⁵⁹¹ SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB, N 12 zu Vor Art. 118; TRECHSEL/GETH, PK StGB, N 4 zu Vor Art. 118–120.

⁵⁹² AEBI-MÜLLER et al., Rz. 176 und Rz. 182 zu § 8.

Das Gesetz unterscheidet zwischen dem frühen und dem späten Schwangerschaftsabbruch, wobei ersterer in den ersten zwölf Schwangerschaftswochen stattfindet.⁵⁹³ Die Tathandlung des Schwangerschaftsabbruchs ist die Tötung des Embryos oder Fötus im Mutterkörper, je nach Auffassung mit oder ohne Entfernung aus dem Körper der Mutter.⁵⁹⁴ Bestraft wird nach Art. 118 StGB, wer mit oder ohne Einwilligung der schwangeren Frau einen Abbruch der Schwangerschaft vornimmt oder diese zum Abbruch anstiftet, sowie die schwangere Frau selbst, wenn sie in irgendeiner Weise am Abbruch beteiligt ist. Die Ausnahme bildet der straflose Schwangerschaftsabbruch nach Art. 119 StGB: Nach Art. 119 Abs. 2 StGB ist der Schwangerschaftsabbruch straflos, wenn er innerhalb von zwölf Wochen seit Beginn der letzten Periode durchgeführt wird. Um eine Schwangerschaft innerhalb dieser Frist durchzuführen, muss die Frau gemäss Gesetzestext eine Notlage geltend machen und ein Beratungsgespräch führen.⁵⁹⁵

Nach vollendeter zwölfter Schwangerschaftswoche ist ein Schwangerschaftsabbruch nach Art. 119 Abs. 1 StGB dann noch straflos, wenn er nach ärztlichem Urteil notwendig ist, damit die Gefahr einer schwerwiegenden körperlichen Schädigung oder einer schweren seelischen Notlage von der schwangeren Frau abgewendet werden kann. Über das Vorliegen einer solchen Schädigung oder Notlage entscheidet die behandelnde Ärztin resp. der behandelnde Arzt, welcher resp. welchem in Bezug auf das Vorliegen einer medizinisch-sozialen oder embryopathischen Indikation ein grosses Ermessen zugestanden wird.⁵⁹⁶ Es gibt keine explizite Regelung, wonach Schwangerschaftsabbrüche mit Eintritt der extrauterinen Lebensfähigkeit, d.h. i.d.R. in der 24. Schwangerschaftswoche, nur noch aus sehr restriktiven Gründen zulässig sind; immerhin sieht Art. 119 Abs. 1 letzter Satz StGB vor, dass die Gefahr einer schwerwiegenden körperlichen Schädigung oder einer schweren seelischen Notlage umso grösser sein muss, je weiter fortgeschritten die Schwangerschaft ist. Die Lehre ist sich uneinig, wie lange ein Spätabbruch zulässig sein soll: Ein Teil der Lehre sieht den Spätabbruch bis zum Einsetzen der Geburtswehen respektive der operativen Entbindung als zulässig, soweit die Indikationen gegeben sind.⁵⁹⁷ Ein anderer Teil der

⁵⁹³ RÜTSCH, Rechte von Ungeborenen, S. 493.

⁵⁹⁴ TRECHSEL/GETH, PK StGB, N 5 zu Vor Art. 118–120. Für SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER beispielsweise genügt das Abtöten des Embryos oder Fötus (ohne Entfernung aus dem Körper der Frau) (SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB, N 10 zu Art. 118).

⁵⁹⁵ AEBI-MÜLLER et al., Rz. 196 zu § 8. Siehe auch CORBOZ, N 16 zu Art. 119. Kritisch zum Erfordernis einer Notlage RÜTSCH, Rechte von Ungeborenen, S. 502 f.

⁵⁹⁶ DONATSCH, OFK StGB, N 5 zu Art. 119; RÜTSCH, Rechte von Ungeborenen, S. 500; SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB, N 13 zu Art. 119; TRECHSEL/GETH, PK StGB, N 3 zu Art. 119; TSCHUOR-NAYDOWSKI, S. 210 f. Vgl. Ausführungen bei AEBI-MÜLLER et al., Rz. 199 zu § 8; SCHWARZENEGGER, S. 151 ff.; TSCHUOR-NAYDOWSKI, S. 93.

⁵⁹⁷ GODENZI, HK StGB, N 5 zu Art. 119; SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB, N 18 zu Art. 119, welche sich de lege ferenda wünschen, dass Schwangerschaftsabbrüche nach der 24. Schwangerschaftswoche nur noch in Fällen der Nichtüberlebensfähigkeit des Fötus oder der Lebensgefahr der Schwangeren zulässig sein sollen (SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB, N 18 zu Art. 119). Vgl. auch implizit DONATSCH, OFK StGB, N 2 zu Art. 119.

Lehre hält den Schwangerschaftsabbruch für faktisch kaum mehr zulässig, sobald der Fötus die extrauterine Lebensfähigkeit erreicht hat.⁵⁹⁸

Die Zäsur des StGB zeigt auf, dass für den Gesetzgeber das ungeborene Leben nicht gleich schutzwürdig ist wie das geborene.⁵⁹⁹ Mit Heranwachsen des Embryos oder Fötus nimmt aber dessen Schutzwürdigkeit zu (vgl. Art. 119 Abs. 1 Satz 2 StGB). Der Schwangerschaftsabbruch in den ersten zwölf Wochen der Schwangerschaft ist zulässig, da eine Abwägung vorgenommen wird zwischen dem zunehmenden Schutzanspruch des Embryos resp. des Fötus und der Rechte der Frau auf persönliche Freiheit und Selbstbestimmung.⁶⁰⁰ Vor Ablauf der zwölften Schwangerschaftswoche überwiegen letztere stets.⁶⁰¹ Dass nach Art. 119 Abs. 2 StGB ein Beratungsgespräch vor dem Schwangerschaftsabbruch vorgesehen ist, sieht RÜTSCHKE allerdings als Beweis dafür, dass der Gesetzgeber dem Embryo und Fötus auch vor Beendigung der zwölften Schwangerschaftswoche einen Eigenwert zuschreibt, der von der Menschenwürde im Sinne eines objektiven Verfassungsprinzips geschützt wird.⁶⁰²

2.4.2. *Strafrechtlicher Schutz des überzähligen Embryos in vitro*

Der Embryo erhält vor seiner Nidation keinen Schutz durch das StGB. Das FMedG und das StFG sowie teilweise das TxG legen Verbote für gewisse Zeugungsarten und Umgangsweisen mit Embryonen in vitro fest. Da der Embryo in vitro nicht mit dem Körper der Frau verbunden ist, findet keine Abwägung mit der reproduktiven Freiheit der Frau statt.

Die Art. 29 ff. FMedG enthalten verschiedene Verbote in Bezug auf die Reproduktionsmedizin. Einige betreffen den Embryo in vitro, teilweise wird auch seine Zeugung dadurch pönalisiert. Besonders zu erwähnen sind die folgenden Verbote: So ist es nach Art. 29 Abs. 1 FMedG verboten, Embryonen für andere Zwecke als die Reproduktion herzustellen, somit gilt ein Verbot der Herstellung zu Forschungszwecken. In Art. 3 Abs. 1 lit. a StFG wird auf dieses Verbot verwiesen. Auch ist es nach Art. 36 FMedG verboten, einen Klon, eine Chimäre oder eine Hybride zu bilden oder eine Chimäre oder

⁵⁹⁸ So AEBI-MÜLLER et al., Rz. 200 zu § 8; BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 116. Zustimmend auch SCHWARZENEGGER, S. 185, für welchen es allerdings dafür einen zusätzlichen Absatz in Art. 119 StGB braucht.

⁵⁹⁹ BÜCHLER/CLAUSEN, Pränataler Kinderschutz, S. 657; RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 488.

⁶⁰⁰ SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB, N 5 zu Vor Art. 118.

⁶⁰¹ TSCHUOR-NAYDOWSKI, S. 210. Der Gesetzgeber gibt keinen Grund für die Zäsur bei der zwölften Woche an; eine Frist musste gesetzt werden, damit der Gesetzgeber der zunehmenden Schutzwürdigkeit des Lebens die entsprechende Widerspiegelung im Recht geben konnte (RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 501).

⁶⁰² RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 503. Theoretisch stünde dieser Menschenwürdeschutz in Abwägung mit dem Grundrechtsschutz der Schwangeren. Faktisch gehe es dem Gesetzgeber aber darum, dass sich die Frau einen Schwangerschaftsabbruch gut überlegt und ihre Entscheidungsfreiheit verantwortungsvoll ausübt (RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 504).

eine Hybride auf eine Frau oder auf ein Tier zu übertragen, und Art. 30 Abs. 2 FMedG untersagt, einen menschlichen Embryo auf ein Tier zu übertragen (siehe auch Art. 119 Abs. 2 lit. b BV und Art. 24 Abs. 1 StFG).⁶⁰³ Art. 35 FMedG pönalisiert Eingriffe in die Keimbahn (vgl. auch Art. 119 Abs. 2 lit. a BV und Verweis in Art. 3 Abs. 1 lit. b StFG). Wer eine Imprägnation oder eine Weiterentwicklung zum Embryo mit Keimgut bewirkt, das einem Embryo oder einem Fötus entnommen wurde, wird ebenfalls bestraft (Art. 32 Abs. 1 FMedG). Zudem ist der Handel mit Embryonen untersagt (Art. 32 Abs. 2 FMedG, siehe auch Art. 119 Abs. 2 lit. e BV und Art. 24 Abs. 2 StFG).⁶⁰⁴

Art. 3 Abs. 2 lit. a StFG besagt, dass überzählige Embryonen zu keinem anderen Zweck als der Gewinnung embryonaler Stammzellen verwendet werden dürfen. Darin sieht BÜRGIN einen erstmaligen ausdrücklichen Schutz des überzähligen Embryos in vitro, der mit der Einführung des StFG per 1. März 2005 gewährt wurde: Die überzähligen Embryonen seien dadurch mit Strafabsticherung in Art. 24 Abs. 1 lit. b StFG ausdrücklich vor missbräuchlicher Verwendung streng geschützt.⁶⁰⁵ Zu diesem Zeitpunkt ist der Embryo in vitro allerdings bereits aus dem Reproduktionsprozess ausgeschieden; zwar wird durch die Bestimmung die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip so weit als dabei möglich gewahrt, dem überzähligen Embryo verhilft dies allerdings nicht zur Entwicklungsmöglichkeit in utero.

Dass der Embryo nur zu Fortpflanzungszwecken hergestellt werden darf (Art. 29 Abs. 1 FMedG und Art. 3 Abs. 1 lit. a StFG), gibt ihm einen gewissen strafrechtlichen Schutz: Somit ist jeder erzeugte Embryo in erster Linie in der Fortpflanzungsmedizin zu verwenden, d.h., seine Zeugung erfolgt in der Absicht, ihn in eine Gebärmutter zu transferieren in der Hoffnung, dass aus ihm ein lebendes Kind wird. Ein im Rahmen des IVF-Verfahrens überzählig gewordener Embryo wird aber dadurch nicht strafrechtlich geschützt: Ob schon auch er zu Fortpflanzungszwecken erzeugt wurde, scheidet er bei Überzähligkeit von Gesetzes wegen aus dem Fortpflanzungsverfahren aus. Dass er nur entstehen darf, um zu Fortpflanzungszwecken genutzt zu werden, schützt ihn in seinen Entwicklungschancen nicht, wenn die genetische Mutter ihn nicht mehr austragen kann oder will. Denn in diesem Fall scheidet er de lege lata stets aus dem Fortpflanzungsprozess aus und darf sich nicht mehr weiterentwickeln.

Ein gewisser weiterer strafrechtlicher Schutz für den Embryo in vitro ergibt sich aus Art. 3 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 24 Abs. 1 lit. b und Abs. 4 StG: Die Gewinnung von Stammzellen aus einem Embryo in vitro über seinen siebten Entwicklungstag hinaus ist strafbar, und

⁶⁰³ Unter einem Klon versteht das FMedG die künstliche Erzeugung genetisch identischer Wesen (Art. 2 lit. l FMedG). Eine Chimäre ist gemäss Art. 2 lit. m FMedG die Vereinigung totipotenter Zellen aus zwei oder mehreren genetisch unterschiedlichen Embryonen zu einem Zellverband, sprich, die Kreierung eines Embryos aus zwei Embryonen. Die Hybridbildung meint das Bewirken des Eindringens einer nichtmenschlichen Samenzelle in eine menschliche Eizelle oder einer menschlichen Samenzelle in eine nichtmenschliche Eizelle (Art. 2 lit. n FMedG), somit die künstliche Erzeugung eines Tier-Mensch-Mischwesens.

⁶⁰⁴ Siehe auch SAVIOZ-VIACCOZ, *L'embryon in vitro*, Rz. 478.

⁶⁰⁵ BÜRGIN, *Embryonenschutz*, S. 1.

zwar bereits als Fahrlässigkeitstat.⁶⁰⁶ Auch nach Art. 37 Abs. 2 lit. a TxG ist es verboten, überzählige Embryonen länger als bis zum siebten Tag ihrer Entwicklung am Leben zu erhalten. Im FMedG wird die Entwicklung eines Embryos in vitro über den Nidationszeitpunkt hinaus ebenfalls pönalisiert (Art. 30 Abs. 1 FMedG). Somit besteht ein Verbot der extrakorporalen Weiterentwicklung nach der Nidationsmöglichkeit. Denn nach Ablauf der Nidationsmöglichkeit kann sich der Embryo nicht mehr in die Gebärmutter einnisten und kann so nie zum geborenen Kind werden. Einzig dieses Verbot nach Art. 30 Abs. 1 FMedG eröffnet dem Embryo die Möglichkeit, womöglich nicht zu einem überzähligen Embryo zu werden – denn solange er sich noch im reproduktionsmedizinischen Prozess befindet und noch nidationsfähig ist, kann er gegebenenfalls noch zur Herbeiführung einer Schwangerschaft verwendet werden. Der überzählig gewordene Embryo in vitro hat allerdings aufgrund des Embryonenspendeverbots trotz Nidationsfähigkeit keine Chance auf Transfer in eine genetisch fremde Mutter; er wird entweder der Forschung zur Verfügung gestellt oder verworfen. Das Verbot der Weiterentwicklung über den Nidationszeitpunkt hinaus hat auch nicht den Schutz des überzähligen Embryos, sondern den Schutz vor Missbräuchen in der Fortpflanzungsmedizin zum Ziel: Ein Embryo, der über den Nidationszeitpunkt hinaus entwickelt wird, kann nicht mehr zu Fortpflanzungszwecken verwendet werden; befürchtet wird hierbei eine Instrumentalisierung des extrakorporalen Embryos zu «fremdnützigen» Zwecken.⁶⁰⁷

Dem überzähligen Embryo kommt also kein strafrechtlicher Schutz zu, der seinem Überleben dient. Sämtliche Verbote dienen entweder öffentlichen Interessen, wie der Verhinderung von Missbrauch, oder dem Menschenwürdeschutz von nicht mehr entwicklungsfähigen Embryonen. Der überzählige Embryo ist strafrechtlich somit nicht vor Vernichtung geschützt.

3. Fazit zum normativen Status

3.1. Minimalkonsens zum verfassungsmässigen Status des Embryos in vitro: Schutz trotz fehlender Rechtsträgerschaft

Insgesamt kann festgehalten werden, dass nach Schweizer Recht sowie auch nach herrschender Lehrmeinung dem Embryo in vitro kein Recht auf Leben im Sinne eines absoluten Lebensschutzes zukommt. Insofern kann ihm auch kein Recht auf Transfer in einen Uterus zukommen, um zum geborenen Menschen zu werden. Der Minimalkonsens besteht insoweit, als dem Menschen spätestens ab Geburt ein absoluter Lebensschutz zusteht.⁶⁰⁸ Die Lehre ist sich auch einig, dass das Ungeborene zumindest einen gewissen ver-

⁶⁰⁶ Dies ist insofern bemerkenswert, als das StGB beim Embryo in vivo und das FMedG beim Embryo in vitro Fahrlässigkeitsdelikte nicht vorsehen (vgl. ähnlich DUNCKER, S. 262 f.). Die Verwendung eines Embryos zur Embryonenspende wird zudem als Übertretung geahndet (Art. 37 lit. c FMedG), solange er noch nicht für die Stammzellenforschung verwendet worden ist. Danach wird die Embryonenspende als Vergehen geahndet (Art. 24 Abs. 1 lit. b StFG).

⁶⁰⁷ TAG, SHK FMedG, N 1 f. zu Art. 30.

⁶⁰⁸ BÜCHLER/FREI, Rz. 65.

fassungsrechtlichen Schutz erhält, da das werdende Leben als besonders verletzungsgefährdet betrachtet wird. Die Tragweite dieses Schutzes ist jedoch ungeklärt.⁶⁰⁹ Gemäss Bundesrat kommt dem Embryo in vitro zwar ein gewisser Grundrechtsschutz zu, nicht aber im gleichen Masse wie dem geborenen Menschen, da sich eine eigentliche Grundrechtsträgerschaft nicht aus der Verfassung ableiten lässt.⁶¹⁰ Der Lebensschutz ist vielmehr ein gradueller, welcher im Verlauf der Entwicklung zunimmt.⁶¹¹ Laut hier vertretener Ansicht verfügt der Embryo ab Nidation über einen anwachsenden Lebensschutz. Das zeigt sich auch im StGB: Nidationshemmende Verhütungsmittel sind erlaubt, ein früher Schwangerschaftsabbruch braucht zumindest ein vorgängiges Beratungsgespräch. Das Anwachsen des pränatalen Lebensschutzes ist explizit in Art. 119 Abs. 1 Satz 2 StGB verankert: Dem Fötus kommt eine umso höhere Schutzwürdigkeit zu, je weiter sein Entwicklungsprozess fortgeschritten ist.⁶¹² Ein absoluter Lebensschutz ist ab Geburt gegeben, wobei ein solcher ab extrauteriner Lebensfähigkeit zumindest im Einzelfall zu prüfen ist. Vor der Nidation kommt dem Embryo ein Lebensschutz nur im Sinne eines vorwirkenden Integritätsrechts zu, soweit zugleich eine Frau ihn austragen möchte. Dies fällt ihm aufgrund der Potenzialität zu, dass er sich zu einem lebenden Menschen entwickeln kann, sofern er entwicklungsfähig ist und im Sinne der Wunscheltern in den Uterus transferiert werden soll.

Zudem verleiht die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip dem Embryo in vitro eine gewisse Schutzwürdigkeit und ist von der herrschenden Lehre anerkannt.⁶¹³ In diesem Sinne erhält der Embryo in vitro zwar keinen subjektivrechtlichen Schutz, ist aber objektivrechtlich schützenswert. Ausdruck dieser Schutzwürdigkeit de lege lata sind die verschiedensten einschlägigen Vorschriften, so etwa Bestimmungen zur Erzeugung von Embryonen (Höchstgrenze festgelegt mit der Zwölferregel in Art. 17 Abs. 1 FMedG und Verbot der Erzeugung zu fortpflanzungsfremden Zwecken in Art. 29 FMedG und Art. 3 Abs. 1 lit. a StFG) sowie die engen Vorgaben für die Verwendung überzähliger Embryonen in der Forschung.

Es scheint ungewiss, ob die Frage nach dem Lebensbeginn je endgültig beantwortet werden kann, hängt sie doch stark von persönlichen und weltanschaulichen Vorstellungen und Überzeugungen ab. Der US-amerikanische Supreme Court hielt 1973 passend fest: «We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medicine, philosophy, and theology are unable to arrive at any consensus, the judiciary, at this point in the development of man's knowledge, is not in a position to speculate as to the answer.»⁶¹⁴

⁶⁰⁹ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 224; BÜCHLER/CLAUSEN, Pränataler Kinderschutz, S. 655.

⁶¹⁰ Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1188; Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5946.

⁶¹¹ NEK, Forschung an Embryonen, S. 100.

⁶¹² So auch SCHWARZENEGGER, S. 179; vgl. auch FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 16.

⁶¹³ DÖRR, SHK FMedG, N 10–12 zu Art. 16. Zustimmung z.B. BELSER/MOLINARI, BSK BV, N 19 zu Art. 119; BIAGGINI, OFK BV, N 11 zu Art. 119; REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 22 zu Art. 119; SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB, N 8 zu Vor Art. 118.

⁶¹⁴ Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 159 (1973). Vgl. auch ähnliche Ausführungen bei SCHRÖDER/SOYKE, S. 38; SITEK, S. 20; TAUPITZ/BREWE, S. 95.

3.2. Konsequenzen für das Verbot der Embryonenspende

Dem Embryo in vitro kommt kein grundrechtlich geschütztes Recht auf Leben oder auf Achtung der Menschenwürde zu; seine objektivrechtliche Schutzwürdigkeit kann nicht gegen entgegenstehende Grundrechte wie diejenigen der betroffenen Frau abgewogen werden. Eine Aufhebung des Verbots der Embryonenspende lässt sich also nicht mit einem Grundrechtsschutz des überzähligen Embryos in vitro fordern. Das Embryonenspendeverbot ist sogar klarer Ausdruck dafür, dass der Lebensschutz des Embryos in vitro nicht im gleichen Masse gewährleistet ist wie beim geborenen Kind.⁶¹⁵ Käme dem Embryo in vitro ein verfassungsmässiges Recht auf Leben zu, müsste die Embryonenspende eindeutig zulässig sein.⁶¹⁶ Allerdings gebietet die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip eine Schutzpflicht des Staates, womit gefragt werden muss, inwieweit das Verbot der Embryonenspende Ausdruck dieser Schutzpflicht ist oder diese untergräbt. Dies ist nachfolgend abzuklären.

4. Schutzpflichten des Staates gegenüber dem überzähligen Embryo

4.1. Schutz- und Nichtschädigungspflichten

Wie dargelegt, führt der Schutz der Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip für den Embryo in vitro dazu, dass er in seiner Entwicklungsfähigkeit prinzipiell zu schützen ist. Die Freigabe zur Embryonenspende würde dem überzähligen Embryo grundsätzlich die Möglichkeit zur Entfaltung seiner Entwicklungsfähigkeit eröffnen, ist mitunter seine einzige Chance auf Weiterentwicklung und Geburt. Die neben dem Embryonenspendeverbot existierenden strafrechtlichen Vorgaben zum Embryonenschutz sollen den Missbrauch von Embryonen in vitro unterbinden. Sie schützen also nicht den Embryo um seiner selbst willen, denn die Chance auf Leben erhält er dadurch nicht. Die bestehenden Verbote zum Umgang mit dem überzähligen Embryo sollen bis auf das Embryonenspendeverbot jedoch nicht hinterfragt werden. Vielmehr stellt sich die Frage, ob mit dem Embryonenspendeverbot den Schutzpflichten, die aus der Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip abzuleiten sind, Genüge getan wird. Dies soll nachfolgend analysiert werden.

Das Verbot der Embryonenspende nach Art. 119 Abs. 2 lit. d BV und Art. 4 FMedG nimmt dem entwicklungsfähigen überzähligen Embryo die Chance auf Weiterentwicklung und somit die Möglichkeit auf geborenes Leben. Überzählige Embryonen erhalten keinen Überlebensschutz, wenn sie nur direkt vernichtet oder für verbrauchende Forschungszwecke verwendet werden dürfen. Ein echter Schutz für diese Embryonen würde bedeuten, dass sie vor Vernichtung bewahrt werden könnten – natürlich stets in Abwägung mit damit zusammenhängenden Grundrechten Dritter, d.h. der Reproduktions-

⁶¹⁵ Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5948 f.; REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 20 zu Art. 119.

⁶¹⁶ Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1188; vgl. auch BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 81 f.

freiheit der Betroffenen.⁶¹⁷ Die «aussichtslose» Überzähligkeit entwicklungsfähiger Embryonen ist einer normativen und nicht einer biologischen Entscheidung geschuldet. Die tatsächliche Überlebenschance fällt weg, wenn der Embryo sich nicht gut entwickelt, keine Zustimmung der Eltern zur Freigabe für die Embryonenspende besteht oder keine Empfängereatern vorhanden sind. Wie bereits ausgeführt, kann die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip nie so weitgehend sein, dass sie Eingriffe in entgegenstehende Grundrechte, insbesondere der betroffenen Frau, rechtfertigen könnte. Andernfalls käme dem Embryo *in vitro* dadurch das Recht auf einen Transfer in einen Mutterleib zu, womit er nicht verworfen werden dürfte. Dies würde die reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung der Frau unverhältnismässig einschränken; das Recht des Kinderwunschaars, den Embryotransfer stets verweigern zu dürfen, und das Recht der Schwangeren auf Beendigung der Schwangerschaft sind in der vorliegenden Untersuchung nicht Gegenstand der Diskussion.

Auch wenn der Embryo *in vitro* über keine Grundrechte verfügt, hat der Staat ihm gegenüber Schutzpflichten.⁶¹⁸ Aus der Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip leitet sich eine Pflicht des Staates ab, den Embryo zu schützen. Aus dieser Schutzpflicht des Staates für das ungeborene Leben folgt grundsätzlich, dass der Staat das ungeborene Leben nicht verhindert oder schädigt, sondern den Entwicklungschancen des Embryos gegenüber positiv eingestellt sein muss.⁶¹⁹ Dem Staat obliegen also nicht nur Schutzpflichten, sondern auch Nichtschädigungspflichten: Er hat den Embryo vor schädlichen Einflüssen Dritter zu schützen und darf somit erst recht nicht selbst schädigend auf den Embryo *in vitro* einwirken.⁶²⁰ Der Staat muss also vermeiden, selbst zusätzliche Gefahren für den Embryo zu schaffen. Das Verbot der Embryonenspende ist eine solche zusätzliche Gefahr, da es dem überzähligen Embryo die Überlebenschance nimmt. Denn wenn die medizinischen Möglichkeiten für die Embryonenspende gegeben und überzählige Embryonen vorhanden sind und sowohl Spende- als auch Wunscheatern dazu bereit sind, ist das Einzige, was der Spende entgegensteht, das rechtliche Verbot. In dieser Hinsicht ist der Staat der Verursacher der Schädigung des Embryos: Denn durch das Verbot der Embryonenspende wird der Gesetzgeber nicht nur seiner Schutzpflicht nicht gerecht, sondern ist auch ursächlich dafür verantwortlich, dass der Embryo zur Vernichtung verurteilt ist.⁶²¹ Um den überzähligen Embryo in seiner Entwicklungschance zu schützen, genügt

⁶¹⁷ Zur Reproduktionsfreiheit siehe 3. Teil, Kapitel C, Ziff. 2.

⁶¹⁸ Zustimmend z.B. JUNGO et al., nach welchen es Aufgabe des Verfassungs- und Gesetzgebers ist, «der Achtung und dem Schutz der Menschenwürde Nachachtung zu verschaffen, Abwägungen vorzunehmen und bei Bedarf staatliche Schutzmassnahmen vorzusehen» (JUNGO et al., N 58). Auch für BELSER/WALDMANN ergibt sich aus BGE 119 Ia 460 (dass einem das Schicksal des Embryos nicht gleichgültig sein kann) ein programmatischer Schutzauftrag (BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, Rz. 12 zu Kapitel 2). Gegen einen Schutzanspruch des Embryos *in vitro* REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 63 zu Art. 119, da der Embryo kein Lebensrecht habe.

⁶¹⁹ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 61.

⁶²⁰ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 50.

⁶²¹ Vgl. auch MANAI, *Considérations juridico-éthiques*, S. 67.

bereits, wenn der Staat die Embryonenspende nicht verbietet: Es ist vielmehr bereits hinreichend, wenn der Staat nicht aktiv durch das Embryonenspendeverbot die Entwicklungschancen dieses Embryos unterwandert.

Der Verfassungs- und Gesetzgeber wiederum argumentiert, dass der Embryo und das aus dem Embryo entstehende Kind mit dem Verbot der Embryonenspende eben gerade geschützt wird: Befürchtet wird zum einen, dass durch die Embryonenspende die Erzeugung überzähliger Embryonen gefördert wird.⁶²² Zum anderen nimmt der Verfassungs- und Gesetzgeber an, dass mit der Embryonenspende das Kindeswohl verletzt würde.⁶²³ In diesem Sinne sieht er das Embryonenspendeverbot als Ausdruck der Schutzwürdigkeit der Embryonen und der daraus entstehenden Kinder. Diese Argumente sind zu analysieren (vgl. 3. Teil, Kapitel D). Ergibt die Prüfung, dass die vorgebrachten Argumente nicht stichhaltig sind, ist das Verbot der Embryonenspende mit den Schutzpflichten des Staates für das ungeborene Leben nicht vereinbar.

In Deutschland ist, wie nachfolgend ausgeführt wird, die Embryonenspende nicht verboten. Die Zulassung der Spende überzähliger Embryonen zu Fortpflanzungszwecken ist nach in Deutschland regelmässig vertretener Lehrmeinung Ausdruck des Lebensschutzes des überzähligen Embryos (vgl. Ziff. 4.2). Vor diesem Hintergrund ist es interessant, nachfolgend die Embryonenspende im deutschen Recht zu betrachten.

4.2. Die Embryonenspende als zulässige Notlösung im deutschen Recht

4.2.1. Die Embryonenspende im deutschen Recht

1991 trat in Deutschland das Embryonenschutzgesetz (ESchG) in Kraft.⁶²⁴ Das ESchG ist als strafrechtliches Nebengesetz konzipiert; somit sind alle Behandlungsmethoden erlaubt, die im ESchG nicht explizit verboten sind.⁶²⁵ Es richtet sich an Ärztinnen und Ärzte sowie Naturwissenschaftlerinnen und Naturwissenschaftler und beschränkt sich darauf, möglichen Missbräuchen reproduktionsmedizinischer Techniken zu begegnen. Verbote sind nur da aufgestellt, wo sie zum Schutz besonders hochrangiger Rechtsgüter unerlässlich erscheinen.⁶²⁶ Das ESchG verfolgt sechs Teilziele: (1) Die In-vitro-Fertilisation soll nur zu Fortpflanzungszwecken vorgenommen werden; (2) die gespaltene Mutterschaft ist zum Wohl des dadurch entstehenden Kindes zu verhindern; (3) das Entstehen überzähliger Embryonen soll verhindert werden; (4) fremdnützige Experimente mit Embryonen in vitro dürfen nicht durchgeführt werden; (5) Eugenik ist zu verhindern; und (6) das Recht auf Selbstbestimmung über die eigene Fortpflanzung muss gewährleistet

⁶²² Vgl. 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 3.2.3.

⁶²³ Vgl. 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.

⁶²⁴ Vgl. Ausführungen bei FÜLLE, S. 69; LEHMANN, S. 13 f.; SCHÄCHINGER, S. 118.

⁶²⁵ BÖCHER, S. 65; TAUPITZ, Kommentar ESchG, B. III., Rn. 17; VOGT, S. 45.

⁶²⁶ JOFER, S. 66; VOGT, S. 45 f. Kritisch zum Erlass als reines Strafgesetz z.B. BÖCHER, S. 136; JOFER, S. 533 ff.; JUNGFLEISCH, S. 135; WENDEHORST, S. 47.

sein.⁶²⁷ Der Embryo *in vivo* wird vom Schutzbereich des ESchG nicht erfasst.⁶²⁸ § 2 Abs. 1 ESchG hält fest, dass extrakorporal erzeugte oder einer Frau vor Abschluss der Einnistung entnommene Embryonen nicht veräussert oder zu einem nicht ihrer Erhaltung dienenden Zweck abgegeben, erworben oder verwendet werden dürfen. Abs. 2 ergänzt, dass Embryonen nicht für einen anderen Zweck als die Herbeiführung einer Schwangerschaft weiterentwickelt werden dürfen. Verboten ist somit die embryonale Stammzellenforschung.⁶²⁹

Gemäss § 1 Abs. 1 Nr. 1 ff. ESchG dürfen nur diejenigen Eizellen künstlich befruchtet und einer Frau eingesetzt werden, welche von dieser Frau stammen (Nr. 2), womit die Eizellenspende verboten ist (Nr. 1), und es dürfen nur so viele Eizellen befruchtet werden, als der Frau innerhalb eines Zyklus übertragen werden sollen (Nr. 5), wobei diese Zahl auf höchstens drei beschränkt ist (Nr. 3). Diese sogenannte Dreierregel hat auch zum Ziel, die Entstehung überzähliger Embryonen weitmöglichst zu vermeiden.⁶³⁰ In der Praxis kommt es vermehrt zu einer weiten Interpretation der Dreierregel, welche bei ungünstigen Prognosen über die Entwicklungsfähigkeit der Embryonen bei einem Paar die Erzeugung von mehr als drei Embryonen zulässt.⁶³¹ Embryonen *in vitro* dürfen kryokonserviert werden, allerdings ist sich die Lehre über die Anwendungsfälle uneins.⁶³² Weder der Umgang mit überzähligen Embryonen noch die Embryonenspende wird im ESchG erwähnt.⁶³³ In der Lehre wird mehrheitlich die Meinung vertreten, dass die Bestimmungen des ESchG der Embryonenspende im Sinne der Spende überzähliger Embryonen, welche entgegen der ursprünglichen Absicht nicht der genetischen Mutter eingepflanzt werden können, nicht entgegenstehen.⁶³⁴ Für den deutschen Gesetzgeber ist die Embryonenspende zwar nicht erwünscht, allerdings hat er eine bewusste Gesetzeslücke im ESchG geschaffen, um im Sinne einer «Notlösung» zugunsten des Embryos die ausserplanmässige Möglichkeit vorzusehen, diesen auf eine andere Frau zu übertragen und ihm so die einzige

⁶²⁷ BÖCHER, S. 65; GÜNTHER, Kommentar ESchG, C. II. Vor § 1, Rn. 4. Vgl. auch ROHRER, S. 216.

⁶²⁸ GÜNTHER, Kommentar ESchG, C. II. Vor § 1, Rn. 5.

⁶²⁹ CHOI, S. 121; HÜBNER, S. 21 f.; JUNGLEISCH, S. 84 f.

⁶³⁰ MICHELMANN, S. 17; PASSET-WITTIG, S. 48 f. Siehe auch Deutscher Ethikrat, S. 10 f.

⁶³¹ Deutscher Ethikrat, S. 11 und S. 44. Der Frau eingesetzt werden dürfen aber weiterhin maximal drei Embryonen (Deutscher Ethikrat, S. 42 ff.).

⁶³² Bei der Kryokonservierung von Embryonen sieht § 2 Abs. 1 ESchG vor, dass nur solche Verwendungen erlaubt sind, die deren Lebensinteressen schützen (CHOI, S. 156). Gemäss FROMMEL ist es zulässig, bei zwei vorhandenen Embryonen nur einen zu transferieren und den anderen zu kryokonservieren (FROMMEL, Streit um die Auslegung, S. 840). Für CHOI ist dies nur dann zulässig, wenn der Embryotransfer zum anstehenden Behandlungszyklus aus medizinischen Gründen nicht möglich ist (CHOI, S. 156). DORNECK wiederum hält die Kryokonservierung von Embryonen generell für erlaubt, da sie das ESchG nicht verbietet (DORNECK, S. 238).

⁶³³ CHOI, S. 149; VOGT, S. 90; ZIMMERMANN, S. 150. Es ist jedoch auch in Deutschland davon auszugehen, dass es sich bei überzähligen Embryonen um solche handelt, die endgültig nicht mehr auf die genetische Mutter übertragen werden können (DORNECK, S. 234 und S. 395).

⁶³⁴ CHOI, S. 183; HASKAMP, S. 239; HÜBNER, S. 106.

Möglichkeit zu gewähren, ihn vor dem Absterben zu bewahren.⁶³⁵ Die Nicht-Strafbarkeit der Embryonenspende in diesem Sinn wurde mittlerweile von Gerichten bestätigt.⁶³⁶ In Deutschland wird die Embryonenspende spätestens seit 2013 durchgeführt und von Reproduktionskliniken öffentlich angeboten.⁶³⁷ Überzählige Embryonen dürfen allerdings nicht für die Stammzellenforschung verwendet werden.⁶³⁸

Aufgrund der Einschränkung bei der Kryokonservierung von Embryonen werden oft imprägnierte Eizellen eingefroren.⁶³⁹ Für imprägnierte Eizellen im Vorkernstadium gilt die Dreierregel nicht – die Befruchtung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG meint die Kultivierung von unter Befruchtung stehenden Eizellen über das Vorkernstadium hinaus.⁶⁴⁰ Umstritten ist diejenige Situation, in welcher imprägnierte Eizellen kryokonserviert wurden und die schlussendlich überzählig sind. Diese zur Spende freizugeben, bedeutet, sie aufzutauen und zu Embryonen weiterzuentwickeln in der Absicht, diese einer anderen Frau als der genetischen Mutter einzupflanzen. Die Befruchtung der Eizelle mit dem Ziel, sie einer anderen Frau zu übertragen als derjenigen, von der die Eizelle stammt, ist nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG verboten. Jedoch ist die Auslegung des Befruchtungsbegriffs umstritten; die Befruchtung wird im deutschen Recht nirgendwo explizit definiert.⁶⁴¹ Wenn die imprägnierte Eizelle bereits als befruchtet gilt, so fällt die Spende imprägnierter Eizellen nicht unter das Verbot. Wenn man jedoch das Auftauen und Weiterkultivieren ebenfalls noch unter den Vorgang des Befruchtens zählt, so ist § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG erfüllt.⁶⁴² 2020 entschied das Bayerische Oberste Landesgericht (BayObLG), dass das Weiterentwickeln von imprägnierten Eizellen zu Embryonen noch unter den Begriff des Befruchtens fällt; eine imprägnierte Eizelle darf also nicht zur Embryonenspende verwendet werden. Denn damit wird ein Embryo in der Intention erzeugt, ihn einer anderen Frau als der genetischen Mutter einzupflanzen.⁶⁴³ Das deutsche Recht sieht also nur für den Em-

⁶³⁵ Deutscher Ethikrat, S. 11 und S. 35; GÜNTHER, Kommentar ESchG, C. II. Vor § 1, Rn. 86.

⁶³⁶ So vom Landgericht Augsburg in LG Augsburg, Urteil vom 13.12.2018 – 16 Ns 202 Js 143548/14 Rz. 45, bestätigt vom Bayerischen Obersten Landesgericht in BayObLG, Urteil vom 04.11.2020 – 206 St RR 1459/19-1461/19, Rz. 130, siehe auch Rz. 73 und Rz. 78.

⁶³⁷ Deutscher Ethikrat, S. 9. So z.B. von den Mitgliedern des «Netzwerk Embryonenspende Deutschland e.V.» (<https://www.netzwerk-embryonenspende.de> [besucht am 19. Mai 2024]).

⁶³⁸ CHOI, S. 115 und S. 133; SCHROTH, S. 536 f.; siehe auch Ausführungen bei ŞENTÜRK TUR, S. 124 ff.

⁶³⁹ CHOI, S. 156 f. Siehe auch Deutscher Ethikrat, S. 16.

⁶⁴⁰ Deutscher Ethikrat, S. 43; JOFER, S. 337 f.; SEITH, S. 34 f.

⁶⁴¹ BayObLG, Urteil vom 04.11.2020 – 206 St RR 1459/19-1461/19, Rz. 42.

⁶⁴² Deutscher Ethikrat, S. 37 f.

⁶⁴³ BayObLG, Urteil vom 04.11.2020 – 206 St RR 1459/19-1461/19, Rz. 37. Gl.M. Deutscher Ethikrat, S. 12 und S. 41 f.; FRISTER, S. 841 f.; MERREM, S. 199 f.; TAUPITZ, 2-PN-Spende, S. 78. Anders noch das Landgericht Augsburg, welches im Auftauen und Weiterentwickelnlassen von imprägnierten Eizellen zum Embryo keine Befruchtung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG sah (LG Augsburg, Urteil vom 13.12.2018 – 16 Ns 202 Js 143548/14, Rz. 47 f. und Rz. 57). Eine höchstrichterliche Entscheidung vor dem Bundesgerichtshof kann mangels Zuständigkeit nicht erfolgen (TAUPITZ, 2-PN-Spende, S. 74).

bryo, nicht aber für die imprägnierte Eizelle, einen Schutz vor Verwerfung durch Spende vor. Denn erst im Stadium des Embryos läge für den deutschen Gesetzgeber ein entwicklungsfähiges, menschliches Leben vor, welches mit einer Spende vor Verwerfung geschützt werden könne und dessen Erhalt die Verhinderung der gespaltenen Mutterschaft überwiege.⁶⁴⁴

4.2.2. *Die Spende überzähliger Embryonen als zulässige Notlösung bei der Dreierregel im deutschen Recht*

Das Deutsche Grundgesetz (GG) regelt weder den Schutz noch den Status des Embryos.⁶⁴⁵ Der Status des Embryos ist umstritten, genauso die Frage, ab welchem Entwicklungsstadium ihm der grundrechtliche Lebensschutz gewährt werden soll.⁶⁴⁶ Das Deutsche Bundesverfassungsgericht hat bislang zwei Entscheide bezüglich des Grundrechtsstatus des Embryos gefällt. Bei beiden ging es um Fragen zum Schwangerschaftsabbruch, weswegen der Embryo vor der Nidation nicht thematisiert wurde. Im ersten Entscheid aus dem Jahre 1975 – BVerfGE 39, 1 ff. – hielt das Gericht fest, dass «Leben im Sinne der geschichtlichen Existenz eines menschlichen Individuums nach gesicherter biologisch-physiologischer Erkenntnis jedenfalls vom 14. Tage nach der Empfängnis (Nidation, Individuation) an»⁶⁴⁷ bestehe und auch das «sich im Mutterleib entwickelnde Leben als selbständiges Rechtsgut»⁶⁴⁸ durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützt sei.⁶⁴⁹ In einem zweiten Entscheid aus dem Jahre 1993 – BVerfGE 88, 203 ff. – hat das Gericht diese Aussagen bestätigt.⁶⁵⁰ Der Beginn des verfassungsrechtlichen Lebensschutzes ist in Deutschland umstritten.⁶⁵¹ Nach einem Teil der deutschen Lehre beginnt der grundrechtliche Lebensschutz mit der Kernverschmelzung und gilt somit auch für den Embryo in vitro.⁶⁵²

⁶⁴⁴ BayObLG, Urteil vom 04. 11. 2020 – 206 St RR 1459/19-1461/19, Rz. 78 ff.

⁶⁴⁵ HASKAMP, S. 83 f.; HOERSTER, S. 65.

⁶⁴⁶ Deutscher Ethikrat, S. 69; vgl. auch Ausführungen bei KLEIN, S. 313 ff.

⁶⁴⁷ BVerfGE 39, 1 (37).

⁶⁴⁸ BVerfGE 39, 1 (36).

⁶⁴⁹ BVerfGE 39, 1 (36 f.); vgl. auch CHOI, S. 45 f.; REINKE, S. 78.

⁶⁵⁰ BVerfGE 88, 203 (251 f.); vgl. auch CHOI, S. 46. Ausführungen zu den Urteilen z.B. bei BERGHÄUSER, S. 61 ff.; GOUNALAKIS, S. 57; KLEIN, S. 163 ff.; MÜLLER-TERPITZ, Schutz des pränatalen Lebens, S. 136 ff.

⁶⁵¹ Anstelle vieler HÖFLING, Grundgesetz, N 60 zu Art. 1.

⁶⁵² Deutscher Ethikrat, S. 69. So BEITZ, S. 28; CHOI, S. 55 f.; HÜBNER, S. 109 f.; MÜLLER-TERPITZ, Schutz des pränatalen Lebens, S. 345; RIXEN, Grundgesetz, N 143 ff. zu Art. 2; ROHRER, S. 118; ŞENTÜRK TUR, S. 128; VOGT, S. 81. Vgl. auch BRAMBATI/VAN STEIRTEGHEM, S. 12; BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 21. Die Embryonen seien ab dem Zeitpunkt der Kernverschmelzung grundrechtlich geschützt, auch wenn das Bundesverfassungsgericht in den Schwangerschaftsabbruch-Urteilen erst die Nidation als Beginn des Grundrechtsschutzes nannte. Denn wenn die Grundsätze dieser Urteile auf den Embryo in vitro übertragen würden, ergebe sich ein Grundrechtsschutz ab Kernverschmelzung (FROMMEL, Menschenwürde, S. 420). Kritisch wegen der daraus folgenden Ungleichbehandlung von Embryonen in vivo und in vitro (aufgrund Nidationshemmer, Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruchs) z.B. DORNECK, S. 75; FATEH-MOGHADAM, Bioethische Diskurse, S. 48. Gegen einen Grundrechts-

Das Bundesverfassungsgericht kam 1975 und 1993 zudem zu dem Schluss, dass der Schutzbereich der Menschenwürde auch den Embryo in vivo ab Nidation umfasse («[W]o menschliches Leben existiert, da kommt ihm Menschenwürde zu»)⁶⁵³. Ein Teil der juristischen Literatur nimmt aber auch hier einen Menschenwürdeschutz bereits ab Kernverschmelzung an.⁶⁵⁴ Insgesamt herrscht über den verfassungsmässigen Status des Embryos in vitro Uneinigkeit; gemäss einem Teil der Lehre kommt dem Embryo aber eine Grundrechtsträgerschaft und somit sowohl ein Recht auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG als auch ein Recht auf Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG zu.⁶⁵⁵

Bei der in Deutschland zulässigen Embryonenspende geht es um die Behandlung von «in Notlage» geratenen Embryonen, die ohne Spende absterben würden. Es geht nicht darum, Embryonen zum Zwecke der Kinderwünscherfüllung für ein genetisch fremdes Paar zu erzeugen.⁶⁵⁶ Aufgrund des in der Lehre regelmässig vorgebrachten Lebens- und Menschenwürdeschutzes des Embryos in vitro ist auch die Spende überzähliger Embryonen im Sinne einer Notlösung nach dieser Ansicht zulässig, um eine Vernichtung des Embryos zu verhindern. Dem Embryo kommt aber weder ein Recht auf einen Transfer zu, noch hat die genetische Mutter die Pflicht, sich den Embryo einpflanzen zu lassen.⁶⁵⁷ Dass im Rahmen der IVF überzählige Embryonen entstehen können, ist in Deutschland auch nicht pönalisiert. Diese überzähligen Embryonen dürfen, anstatt sie zur Embryonenspende freizugeben, auch direkt verworfen werden.⁶⁵⁸

4.3. Die Embryonenspende im Lichte der Schweizer Zwölferregel

Der Deutsche Ethikrat sieht in der Embryonenspende eine «Notstandsüberlegung»⁶⁵⁹, denn eigentlich sollte diese «Notsituation», also das Vorhandensein überzähliger Embryo-

schutz des Embryos vor dem 14. Tag z.B. FÜLLE, S. 49; JARASS, GG, N 98 zu Art. 2; HASSMANN, S. 103; MERKEL, S. 35 und S. 55 f.

⁶⁵³ BVerfGE 39, 1 (41); BVerfGE 88, 203 (252); vgl. auch VOGT, S. 91.

⁶⁵⁴ VOGT, S. 92. So auch CHOI, S. 77; GOUNALAKIS, S. 60; HÖFLING, Grundgesetz, N 61 zu Art. 1; MÜLLER-TERPITZ, Rechtsperson, S. 36; REINKE, S. 95; ROHRER, S. 80; SCHÄCHINGER, S. 66 und S. 77; ŞENTÜRK TUR, S. 128. A.M. etwa JARASS, GG, N 8 zu Art. 1. Auch, ob der Menschenwürdeschutz abgestuft ist, ist umstritten. Gegen eine Abstufung etwa HOERSTER, S. 31; JOFER, S. 383 f.; LEHMANN, S. 51; SCHRÖDER/SOYKE, S. 34; WIELAND, S. 157. Vertreter eines abgestuften Würdeschutzes hingegen betonen, dass so den Wertungswidersprüchen zwischen dem Recht auf Schwangerschaftsabbruch und der Zulassung von nidationshemmenden Verhütungsmitteln Rechnung getragen würde (JOFER, S. 383. So DORNECK, S. 66; MERREM, S. 80 und S. 90. Für SCHRÖDER/SOYKE ist ein abgestufter Würdeschutz zumindest vor Nidation denkbar [SCHRÖDER/SOYKE, S. 34]).

⁶⁵⁵ CHOI, S. 59 und S. 231; DORNECK, S. 63 f.; HÜBNER, S. 121; VOGT, S. 80. Kritisch etwa KLEIN, S. 318 f.

⁶⁵⁶ HÜBNER, S. 77.

⁶⁵⁷ GÜNTHER, Kommentar ESchG, C. II. § 2, Rn. 37; HARTLEB, Grundrechtsschutz, S. 219; HÜBNER, S. 29; PASSET-WITTIG, S. 48; vgl. auch POPLUTZ, S. 247 ff.

⁶⁵⁸ GÜNTHER, Kommentar ESchG, B. V., Rn. 76B; ähnlich FROMMEL, Menschenwürde, S. 412.

⁶⁵⁹ Deutscher Ethikrat, S. 91.

nen, aufgrund der in Deutschland geltenden Dreierregel gar nicht erst entstehen.⁶⁶⁰ In der Schweiz ist die geringe Wahrscheinlichkeit des Vorkommens überzähliger Embryonen jedoch mit Aufhebung der Dreierregel grösser geworden. Wenn von Anfang an bis zu zwölf Embryonen pro Behandlungszyklus für ein Paar gezeugt werden dürfen, ist der Umgang mit der Existenz überzähliger Embryonen wohl kaum mehr als «Notlösung» zu betrachten, wie dies in Deutschland der Fall ist. In Deutschland wird bei der Dreierregel mit dem hohen Schutz des Embryos *in vitro* argumentiert und dass wirksame Vorkehrungen getroffen werden müssten, damit nicht ständig neue überzählige Embryonen entstünden.⁶⁶¹

Der Bundesrat hielt fest, dass die ehemals in Art. 24^{novies} aBV aufgelisteten Verbote der Embryonenspende und der Kryokonservierung ein «für den Embryo *in vitro* sehr hohes Schutzniveau» erreichten.⁶⁶² Mit der Aufhebung der Dreierregel wurde auch nach vielen Schweizer Lehrmeinungen der Embryonenschutz abgeschwächt.⁶⁶³ Allerdings kam dem überzähligen Embryo auch bei der Dreierregel keine Lebenschance zu; dies hat sich mit der Zwölferregel nicht verändert. Jedoch verschärft sich die Problematik, wie mit überzähligen Embryonen umzugehen ist, mit der Zwölferregel deutlich, da mit ihr die Existenz überzähliger Embryonen von vornherein geplant ist und diese nun auch deutlich häufiger vorkommen.⁶⁶⁴ Zwar dürfen auch mit der Aufhebung der Dreierregel nicht beliebig viele Embryonen entwickelt werden, sondern die Höchstzahl ist abhängig von den Erfordernissen des konkreten Fortpflanzungsverfahrens. Damit komme gemäss Bundesrat zum Ausdruck, «dass Embryonen *in vitro* schützenswert sind».⁶⁶⁵ Der Bundesrat hält in seiner Botschaft zur Präimplantationsdiagnostik fest, dass am verfassungsmässigen Ziel des Embryonenschutzes nicht gerüttelt werde, denn es dürften weiterhin nicht beliebig viele Embryonen entwickelt werden.⁶⁶⁶ REUSSER/SCHWEIZER beispielsweise halten die Verfassungsänderung dadurch für eine Leerformel, da auch mit dem neuen Text Embryonen nicht zu einem anderen Zweck als zur Reproduktionsmedizin erzeugt werden dürfen.⁶⁶⁷ Allerdings ist eher davon auszugehen, dass bei Vorliegen von Unfruchtbarkeit, welche eine IVF erforderlich macht, jeweils so viele entwicklungsfähige Embryonen erzeugt werden wie rechtlich zulässig, sicherlich aber deutlich mehr als bei der Dreierregel. Die Zwölferregel und die Zulassung der Kryokonservierung dienen den Interessen der Wunschertern und insbesondere auch denen der behandelten Frau, weil einerseits deren körperliche Belastung durch die seltenere Entnahme von Eizellen sinkt, und andererseits die Erfolgsaussichten der Behandlung, d.h. die erfolgreiche Schwangerschaft, steigen, da eine

⁶⁶⁰ Deutscher Ethikrat, S. 91.

⁶⁶¹ Deutscher Ethikrat, S. 92 und S. 135 (Sondervotum HEINEMANN/LOSINGER/SCHOCKENHOFF); vgl. auch FROMMEL, Menschenwürde, S. 418; MÜLLER-TERPITZ, Rechtsperson, S. 40.

⁶⁶² Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 206 f.

⁶⁶³ So BÜCHLER/RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 9 und N 50 zu Art. 5a; RÜTSCHKE/PICECCHI, SHK FMedG, N 81 zu Art. 119 BV; SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon *in vitro*, Rz. 1920.

⁶⁶⁴ Ähnlich FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 55.

⁶⁶⁵ Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5917 f.

⁶⁶⁶ Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5855.

⁶⁶⁷ REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 60 zu Art. 119; vgl. ähnlich BRAUN, S. 61.

grössere Auswahl an Embryonen für den Transfer zur Verfügung steht als bei der Dreierregel. Die Zwölferregel bringt also eine deutliche Verbesserung der Erfolgsaussichten bei IVF und soll als Behandlungsmethode bei Unfruchtbarkeit (oder im Rahmen der PID) nicht hinterfragt werden. Grundsätzlich sollte bei IVF-Behandlungen in Anbetracht der physischen, psychischen und finanziellen Mühen für das Kinderwunschpaar der behandelnden Frau die grösstmögliche Chance auf eine Schwangerschaft und Geburt eingeräumt werden.⁶⁶⁸

Der Staat hat mit der Duldung resp. Zulassung der IVF und insbesondere mit der Zwölferregel und der Aufhebung des Konservierungsverbots allerdings erst die Möglichkeit geschaffen, dass überzählige Embryonen entstehen. Die Schutzpflicht des Staates gegenüber dem Embryo in vitro aus der Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip heraus wie auch aus dem Respekt «künftigen Personen»⁶⁶⁹ gegenüber wird so noch deutlicher.⁶⁷⁰ Denn durch die Erzeugung des Embryos in vitro wird dieser in eine «Situation der potenziellen Überlebensfähigkeit»⁶⁷¹ gebracht. Der Staat lässt diese Erzeugung zu, fördert sie mit der Zwölferregel gar. Diese Ausgangslage spricht für die Zulassung einer Lebenschance für überzählige Embryonen durch die Embryonenspende.

Über die Hälfte der Embryonen hat aufgrund nicht gelingender Einnistung oder wegen Chromosomenstörungen gar keine Chance, zu einem lebenden Menschen zu werden.⁶⁷² Weil ein beträchtlicher Teil der Embryonen in vivo ohne fremdes Zutun spontan abstirbt (und somit in einer Fehlgeburt resultiert), wird vorgebracht, dass die Natur selbst verschwenderisch mit Embryonen umgehe und der Wunsch eines starken Schutzes durch den Menschen nicht plausibel sei.⁶⁷³ Jedoch ist dies ein natürlicher Prozess, die Vernichtung eines Embryos hingegen ein bewusster Entscheid, für den jemand die Verantwortung trägt.⁶⁷⁴ Zudem können auch aus biologischer Sicht gut entwicklungsfähige Embryonen rechtlich überzählig werden. Das Argument der «verschwenderischen Natur» kann hier nicht greifen, vielmehr handelt es sich bei diesem Vergleich um einen naturalistischen Fehlschluss.⁶⁷⁵

⁶⁶⁸ So auch Deutscher Ethikrat, S. 90 f., in seiner Ausführung zu den Befürwortern des abgestuften Lebensschutzes. Betreffend die physischen, psychischen und finanziellen Mühen für das Kinderwunschpaar siehe 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 2.2.

⁶⁶⁹ Vgl. 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.1.3.5.

⁶⁷⁰ Ähnlich HÜBNER, S. 120; siehe auch STEGMÜLLER, Rn. 1037.

⁶⁷¹ BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 45 f.

⁶⁷² NEK, Forschung an Embryonen, S. 17.

⁶⁷³ MAIO, Begründung der Schutzwürdigkeit, S. 168 f. So NEK, Embryonale Stammzellen, S. 49. So etwa AB 1991 N 611 (Votum Fierz): «Drei Viertel der befruchteten Embryonen [sic] gehen weg, ohne dass eine Schwangerschaft bemerkbar wird. Für jeden von uns, der hier sitzt, gibt es drei «Ueberzählige» [sic] – die Natur ist verschwenderisch. Ich denke, wenn wir bei der In-vitro-Fertilisation für ein gewünschtes lebendes Kind im Schnitt vier vernichtete Embryonen in Kauf nehmen, handeln wir nicht gegen die Gesetze der Natur [...]»

⁶⁷⁴ BECK, S. 308.

⁶⁷⁵ Zum naturalistischen Fehlschluss siehe 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 4.3; vgl. auch NEK, Embryonale Stammzellen, S. 57.

Vorgebracht wird teilweise auch, dass die Freigabe zu Forschungszwecken die Entwicklungschancen des überzähligen Embryos verhindert, weswegen die Forschung an überzähligen Embryonen untersagt werden oder nur subsidiär zur Embryonenspende zur Anwendung gelangen soll. Auch diese Argumentation ist nicht zielführend, wie nachfolgend erläutert wird.

4.4. Die Embryonenspende als Alternative zur Freigabe von Embryonen zu Forschungszwecken

4.4.1. *Ein Blick auf die Spende überzähliger Embryonen im US-amerikanischen Recht: Stammzellenforschungsgegner und religiöse Einflüsse*

In den USA herrscht grundsätzlich ein Freiheitsgedanke vor, der auch bezüglich der Reproduktionsmedizin greift. Diese Grundhaltung machen die USA zum «Eldorado der Fortpflanzungsmedizin»⁶⁷⁶ mit kaum Einschränkungen für Fortpflanzungskliniken.⁶⁷⁷ Der Fokus liegt auf den Freiheitsrechten der Eltern und dem freien Markt: Die Entscheidung über die angewandten Methoden liegt in den Händen der genetischen oder der Wunscheltern sowie der Anbieter, die Möglichkeiten der modernen Medizin sind grundsätzlich zugelassen und werden auch genutzt.⁶⁷⁸ Seit den 1980er-Jahren gibt es in den USA klinikbasierte Embryonenspendeprogramme.⁶⁷⁹ Zurzeit gibt es auf föderaler Ebene kaum Regelungen zur Fortpflanzungsmedizin, und die Embryonenspende wird als verfassungsmässig zulässig erachtet.⁶⁸⁰ Die Regelung des Reproduktionsmedizinrechts fällt in die Kompetenz der einzelnen Bundesstaaten, und diese erliessen teilweise sehr unterschiedliche Regelungen, von sehr liberal bis zu äusserst restriktiv mit religiöser Prägung.⁶⁸¹ Gerichtsfälle mit Bezug auf das Reproduktionsmedizinrecht beschränken sich in der Regel auf die zivilrechtlichen Folgen, wie die Festlegung der rechtlichen Eltern oder «Sorgerechtsstreite» um kryokonservierte Embryonen.⁶⁸²

⁶⁷⁶ JOFER, S. 132.

⁶⁷⁷ HÜBNER, S. 45; NEK, Embryonale Stammzellen, S. 44; NZZ vom 6. Juli 2018, <<https://www.nzz.ch/gesellschaft/gratulation-es-ist-ein-wikinger-ld.1401175>> (besucht am 19. Mai 2024). Vgl. aber etwa neuere Entwicklungen im Februar 2024 in Alabama, wo der Supreme Court of Alabama kryokonservierte Embryonen als «extrauterine children» qualifizierte, welche als «unborn children» vom «Wrongful Death of a Minor Act» erfasst seien und deren Eltern Schadenersatzforderungen aufgrund der Tötung eines ungeborenen Kindes geltend machen können, wenn die Embryonen unzulässigerweise vernichtet werden (LePage v Center for Reproductive Medicine, No. SC-2022–0515 [Ala. S Ct 2024]). Die Auswirkungen dieser Entscheidung auf IVF-Verfahren in Alabama sind noch unklar.

⁶⁷⁸ JOFER, S. 132; LUNGSTRAS, S. 151; WEYRAUCH, S. 3.

⁶⁷⁹ CROMER, S. 606.

⁶⁸⁰ JOFER, S. 517; JOHNSON, S. 875; WEYRAUCH, S. 144.

⁶⁸¹ JOFER, S. 132; NEK, Embryonale Stammzellen, S. 44.

⁶⁸² ARONS, S. 1; vgl. dazu 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 3.5.3. Vgl. aber Qualifikation des konservierten Embryos als ungeborenes Kind in Alabama in LePage v Center for Reproductive Medicine, No. SC-2022–0515 (Ala. S Ct 2024) (siehe Fn. 677).

1973 urteilte der oberste Gerichtshof der USA, der Supreme Court, im Fall *Roe v. Wade*⁶⁸³, dass restriktive Gesetze zum Schwangerschaftsabbruch das Recht auf Privatsphäre und Rechtssicherheit gemäss dem 14. Verfassungszusatz verletzen.⁶⁸⁴ Der Supreme Court entschied, dass ein Embryo oder Fötus keine Person im Sinne des 14. Verfassungszusatzes sei und ihm ein verfassungsmässiges Recht auf Leben erst zukomme, wenn er ausserhalb des Mutterleibes überlebensfähig sei.⁶⁸⁵ Der Supreme Court hat im Fall *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* im Jahr 2022 die bisherige Rechtsprechung aufgehoben und das Recht auf Schwangerschaftsabbruch nicht mehr unter den 14. Verfassungszusatz subsumiert. Dadurch ist das Recht auf Schwangerschaftsabbruch nicht mehr verfassungsrechtlich geschützt, und den Bundesstaaten kommt diesbezüglich Entscheidungsfreiheit zu.⁶⁸⁶ Inzwischen haben viele konservative Gliedstaaten das Recht auf Schwangerschaftsabbruch eingeschränkt.⁶⁸⁷ Zudem wurden kryokonservierte Embryonen etwa in Alabama im Februar 2024 durch den Supreme Court of Alabama als «ungeborene Kinder» qualifiziert.⁶⁸⁸ Es bleibt abzuwarten, ob sich der Status des Embryos (in vivo oder in vitro) auf föderaler Ebene ändert.

In den USA erhält die Embryonenspende starken Rückhalt durch Abtreibungsgegner. Aus deren meist religiöser Perspektive geht es bei der Embryonenspende insbesondere darum, den Status der Embryonen als Menschen zu betonen und deren Vernichtung oder Verwendung in der Wissenschaft zu verhindern. Diese Gruppierungen spielen in den USA eine tragende Rolle bei der Etablierung der Embryonenspende.⁶⁸⁹ Nach ihrer Überzeugung handelt es sich bei ihren Embryonenspendeprogrammen um Adoptionen, die dazu dienen, das bereits bestehende Problem der überzähligen Embryonen zu lösen.⁶⁹⁰ Die Embryonenspende erlangte in den USA anfangs der Nullerjahre erhöhte Medienaufmerksamkeit, als der Bevölkerung durch die Debatte über Stammzellenforschung das Problem der überzähligen Embryonen erstmals bewusst wurde. Zu dieser Zeit hatte der damalige US-Präsident George W. Bush die öffentliche Förderung der Stammzellenforschung stark

⁶⁸³ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁶⁸⁴ JOFER, S. 396.

⁶⁸⁵ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, S. 156–159 (1973); siehe dazu HASSMANN, S. 127 ff.; JOFER, S. 396; JOHNSON, S. 869. Zwei weitere Leitentscheide über den verfassungsrechtlichen Schutz und die Rechtsstellung des ungeborenen Lebens sind *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989) und *Casey v. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania*, 505 U.S. 833 (1992) (HASSMANN, S. 125).

⁶⁸⁶ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022).

⁶⁸⁷ NZZ am Sonntag vom 26. Mai 2019, S. 7. Vgl. auch BLEISCH/BÜCHLER, S. 130.

⁶⁸⁸ *LePage v. Center for Reproductive Medicine*, No. SC-2022–0515 (Ala. S Ct 2024); vgl. Fn. 677.

⁶⁸⁹ COHEN, Religion, S. 364 ff.; CROMER, S. 606. So beispielsweise das «Snowflakes Embryo Adoption Program» (<https://nightlight.org/snowflakes-embryo-adoption-donation/>), besucht am 19. Mai 2024), das neben dem «National Embryo Donation Center» zu den zwei grössten amerikanischen Embryoadoptionsprogrammen gehört (CROMER, a.a.O.).

⁶⁹⁰ JOHNSON, S. 860 f. Teilweise werden sogar Embryonen mit geringer Qualität für die Embryonenspende zur Verfügung gestellt, um sicherzustellen, dass auch die «Schwächsten» eine Chance auf ein Leben bekommen (MALONE, S. 4).

eingeschränkt, ohne sie jedoch gänzlich zu verbieten.⁶⁹¹ Bush teilte zwar die Hoffnung vieler Amerikaner auf Heilung schwerer Krankheiten wie Parkinson oder Typ-1-Diabetes durch die Forschung, nichtsdestotrotz sah er auch die schweren moralischen und ethischen Bedenken: Potenziell lebensfähige Embryonen sollten dafür nicht sterben – die Embryonenspende sei eine «lebensbejahende Alternative» zur Zerstörung überzähliger Embryonen oder deren Verwendung in der Forschung.⁶⁹² Die öffentliche Diskussion zur Embryonenspende in den USA beinhaltet also bisweilen ein Ausspielen gegen die Stammzellenforschung, da mit ersterer einem Embryo zum Leben verholfen, mit zweiterer dieser zerstört wird. Diese Haltung ist für die Zulassung der Embryonenspende allerdings nicht zielführend (vgl. nachfolgend Ziff. 4.4.2).

4.4.2. *Keine Abwägung zwischen der Spende zu Fortpflanzungszwecken und der Spende zu Forschungszwecken*

Einige Ansichten halten die Stammzellenforschung für die attraktivere Alternative im Vergleich zur Embryonenspende, weil damit der überzählige Embryo zur potenziellen Rettung bestehender Leben genutzt werden kann: Durch die Forschung an embryonalen Stammzellen können möglicherweise grosse Heilungschancen für andere Embryonen und Menschen entwickelt werden.⁶⁹³ Andere Meinungen ziehen die Spende zu Fortpflanzungszwecken der Überlassung zu Forschungszwecken vor, so für die deutsche Lehre etwa MAIO⁶⁹⁴ und DORNECK⁶⁹⁵. Beim Verbot der Embryonenspende stirbt der überzählige Embryo ohnehin, unabhängig davon, ob die Verwendung in der Forschung erlaubt ist oder nicht. Es sei hier ausdrücklich betont, dass, obwohl die Spende zu Forschungszwecken und die Spende zu Fortpflanzungszwecken sich gegenseitig ausschliessende Verwendungsmöglichkeiten sind, vorliegend nicht gegen die Freigabe zu Forschungszwecken argumentiert werden soll. Die Verwendung überzähliger Embryonen in der Forschung wird denn auch nicht weiter vertieft. Obwohl es aus der Perspektive des überzähligen Embryos konkurrierende Optionen sind, kann der Staat sowohl die eine als auch die andere Möglichkeit zulassen und es den betroffenen Paaren überlassen, eine Entscheidung über die Verwendung ihrer überzähligen Embryonen zu treffen. Indem der Staat diese Wahlmöglichkeiten respektiert, wird den Eltern ein gewisser Spielraum gewährt, ihre eigenen moralischen und ethischen Überzeugungen in die Entscheidung über die Zukunft ihrer überzähligen Embryonen einfließen zu lassen. Die Gestaltung einer möglichen Entscheidung für betroffene genetische Eltern ist eine De-lege-ferenda-Überlegung, welche im 4. Teil vorgenommen wird.⁶⁹⁶

⁶⁹¹ JOHNSON, S. 853 f.; HASSMANN, S. 159. Vgl. auch Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1206.

⁶⁹² The New York Times vom 24. Mai 2005, <https://www.nytimes.com/2005/05/24/politics/bushs-remarks-on-bioethics-and-stem-cell-research.html> (besucht am 19. Mai 2024).

⁶⁹³ Zustimmend CHOI, S. 167; JOHNSON, S. 872; MANAI, *Considérations juridico-éthiques*, S. 70; SCHROTH, S. 566. A.M. DUTTGE, S. 91 f.; HOLDEREGGER, S. 92 f.; MAIO, *Begründung der Schutzwürdigkeit*, S. 173; WISSER, S. 48.

⁶⁹⁴ MAIO, *Begründung der Schutzwürdigkeit*, S. 173 f.

⁶⁹⁵ DORNECK, S. 151.

⁶⁹⁶ Vgl. 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 3.5.2 und 3.5.3.

4.5. Würdigung

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip gebietet, die Möglichkeit der Embryonenspende als Alternative zur direkten Vernichtung oder Verwendung in der Forschung zuzulassen, sofern die Argumente des Verfassungs- und Gesetzgebers nicht für eine Aufrechterhaltung des Verbots sprechen (vgl. 3. Teil, Kapitel D). Die Reproduktionsfreiheit der Betroffenen ist dabei stets zu wahren (vgl. 3. Teil, Kapitel C). Zudem soll nicht Ziel der Zulassung der Embryonenspende sein, dadurch die Verwendung überzähliger Embryonen in der Forschung zu verhindern. Der Staat soll allerdings diejenigen Reproduktionsverfahren, welche die Schutzwürdigkeit des Embryos in vitro im Sinne der Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip unterstützen, nicht verbieten. Die Wertschätzung der Erzeugung von Personen verlangt von Staat und Gesellschaft, Embryonen in vitro die Chance auf Weiterentwicklung nicht zu nehmen, wenn es Frauen gibt, die sie austragen möchten.⁶⁹⁷

Um das Embryonenspendeverbot von Art. 119 Abs. 2 lit. d BV/Art. 4 FMedG auf den Prüfstand zu stellen, genügt die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip allerdings nicht. Vielmehr braucht es einen Eingriff in den Schutzbereich eines verfassungsmässigen Rechts. Bei der Begründung für die Aufhebung des Verbots wirken die Schutzpflichten des Staates gegenüber dem überzähligen Embryo aber auch als eine Art Katalysator. Die Schutzpflicht des Staates gegenüber den Embryonen in vitro steht im Falle der Embryonenspende nicht gegen die Fortpflanzungsfreiheit der Involvierten: Wenn sowohl Spende- als auch Wunscherlern die Embryonenspende wünschen, verstärken sich deren Interessen und die Schutzwürdigkeit des Embryos in vitro gegenseitig.⁶⁹⁸ Unter diesem Gesichtspunkt kann das Verbot der Embryonenspende nur dann gerechtfertigt sein, wenn dem Spende- und Wunscherlern keine verfassungsmässigen Rechte entgegenstehen (so die Fortpflanzungsfreiheit, siehe dazu 3. Teil, Kapitel C) und gewichtige öffentliche Interessen unter Wahrung der Verhältnismässigkeit das Verbot genügend rechtfertigen können (vgl. 3. Teil, Kapitel D).

⁶⁹⁷ KARNEIN, S. 64 und S. 257.

⁶⁹⁸ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 17.

C. **Das Embryonenspendeverbot im Lichte der Fortpflanzungsfreiheit**

1. **Einleitung**

Wie ausgeführt, ist der Embryo *in vitro* nicht als Grundrechtsträger zu qualifizieren. Somit können mit dem Verbot der Embryonenspende auch keine verfassungsmässig geschützten Rechte des Embryos verletzt werden. Stattdessen ist zu prüfen, ob durch das Verbot der Embryonenspende Grundrechte der weiteren Beteiligten betroffen sind. In diesem Kontext sind die Grundrechte der Wunscheltern relevant sowie möglicherweise auch die Grundrechte der genetischen Eltern, welche ihre Embryonen zur Embryonenspende freigeben möchten. Nicht geprüft wird eine mögliche Forschungs- oder Wirtschaftsfreiheit der Reproduktionsmedizinerinnen und -mediziner. Vielmehr liegt der Fokus auf den direkt betroffenen Personen, welche die Embryonenspende in Anspruch nehmen möchten. Auch das Gleichberechtigungsverbot nach Art. 8 BV wird nicht untersucht. Eine Verletzung dessen wird etwa bei der Eizellenspende regelmässig vorgebracht, da der Mann durch die Samenspende den Kinderwunsch verwirklichen könne, der Frau dies aber mit dem Verbot der Eizellenspende verwehrt bliebe.⁶⁹⁹ Dieser Vorwurf ist bei der Embryonenspende nicht einschlägig, da sie die Fortpflanzung beider Partner betrifft.⁷⁰⁰

Zuerst ist zu prüfen, ob der Schutzbereich eines Grundrechts durch das Verbot der Embryonenspende berührt ist. Dabei handelt es sich um die grundrechtlich geschützte Fortpflanzungsfreiheit (vgl. anschliessend Ziff. 2). Ist der Schutzbereich berührt, so ist in Teil D zu prüfen, ob dieser Eingriff gerechtfertigt werden kann (Art. 36 BV).

2. **Die grundrechtlich geschützte Fortpflanzungsfreiheit**

2.1. **Reproduktive Autonomie**

Reproduktive Autonomie kann definiert werden als «Recht darüber, ob, wann und mit wem jemand Kinder haben möchte».⁷⁰¹ Die Ursprünge dieses Selbstbestimmungsrechts liegen in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, im Bestreben um Rechte zu Empfäng-

⁶⁹⁹ So z.B. bei BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 14 zu Art. 4; FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 48; KUHN, S. 357.

⁷⁰⁰ Da beim Verbot der Embryonenspende der unfruchtbare Wunschvater dennoch mittels Samenspende Vater werden könnte und der unfruchtbare Wunschmutter die heterologe Option verwehrt bleibt, ist die Diskussion der Verletzung von Art. 8 BV im Zusammenhang mit dem Verbot der Eizellenspende zu führen.

⁷⁰¹ BLEISCH/BÜCHLER, S. 261; vgl. auch BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 5; BÜRKLI, S. 64. FATEH-MOGHADAM verwendet zudem den Begriff der «biomedizinischen Selbstbestimmung» als Sammelbegriff für die biomedizinischen Ausprägungen der Freiheits- und Persönlichkeitsrechte, namentlich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, die reproduktive Autonomie und das Recht auf Selbstbestimmung über die geschlechtliche Identität (FATEH-MOGHADAM, Selbstbestimmung, S. 213).

nisverhütung und Schwangerschaftsabbruch.⁷⁰² Der Umfang der reproduktiven Autonomie oder Selbstbestimmung ist nicht definiert, sondern ist jeweils im Rahmen der konkreten Fragestellung ad hoc festzulegen.⁷⁰³ Das ursprüngliche Recht auf Freiheit vor Fremdbestimmung wird der heutigen Interpretation der reproduktiven Autonomie allerdings nicht mehr gerecht: Heutzutage erfordert die Ausübung der reproduktiven Autonomie auch angemessene Rahmenbedingungen, damit sich die betroffenen Personen ihren Kinderwunsch erfüllen können. Das Recht zum Zugang zur fortpflanzungsmedizinischen Unterstützung ist von der reproduktiven Autonomie grundsätzlich erfasst, in seinem Umfang aber nach wie vor umstritten.⁷⁰⁴ Die reproduktive Autonomie oder Fortpflanzungsfreiheit ist in der Bundesverfassung nicht als eigenständiges Grundrecht erfasst. Vielmehr ist ihre Subsumtion unter andere verfassungsrechtliche Grundlagen zu prüfen.

2.2. Verfassungsrechtliche Grundlagen

2.2.1. *Persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV*

Das Recht auf persönliche Freiheit in Art. 10 Abs. 2 BV («Jeder Mensch hat das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit») schützt den Menschen vor ungerechtfertigten Eingriffen in seine Persönlichkeit. Dazu gehört das Selbstbestimmungsrecht in dem Umfang, als der Mensch die wesentlichen Aspekte seines eigenen Lebens selbst gestalten und darüber frei von staatlichen Zwängen entscheiden kann. Reine Alltagsbedürfnisse ohne grundrechtliche Bedeutung gehören nicht dazu; vielmehr geht es um diejenigen Aspekte des Lebens, welche eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung darstellen. Die persönliche Freiheit hat nicht die Funktion einer allgemeinen Handlungsfreiheit und schützt auch nicht vor jeglichem Missbehagen.⁷⁰⁵ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung garantiert Art. 10 Abs. 2 BV «ein bestimmtes Mindestmass an persönlicher Entfaltungsmöglichkeit und schützt den Bürger in der ihm eigenen Fähigkeit, eine gewisse tatsächliche Begebenheit zu würdigen und danach zu handeln».⁷⁰⁶

Viele Menschen erachten die Erfüllung ihres Kinderwunsches als zentrales Lebensziel.⁷⁰⁷ Die herrschende Lehre anerkennt, dass die Verwirklichung des Kinderwunsches – wie auch der Wunsch, keine Kinder zu haben – als Aspekt von Art. 10 Abs. 2 BV grundrechtlich schützenswert ist und der Schutz der reproduktiven Autonomie auch primär über Art. 10 Abs. 2 BV erfolgt.⁷⁰⁸ So qualifiziert das Bundesgericht den Kinderwunsch und des-

⁷⁰² BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 357; BÜCHLER/SCHLUMPF, Rz. 59.

⁷⁰³ BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 17.

⁷⁰⁴ BLEISCH/BÜCHLER, S. 37 und S. 40; JUNGO et al., N 68 f.

⁷⁰⁵ BGE 115 Ia 234 (246), E. 5a; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Rz. 10 zu § 12; KOHLER-VAUDAUX, S. 89; KUHN, S. 55 f.

⁷⁰⁶ BGE 115 Ia 234 (246), E. 5a.

⁷⁰⁷ KUHN, S. 12.

⁷⁰⁸ BGE 115 Ia 234 (246), E. 5a; AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 6 ff.; BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, Rz. 53 zu Kapitel 2; BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 13; FATEH-MOGHA-

sen Verwirklichung als elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung: «Kinder zu haben und aufzuziehen bedeutet für viele Menschen eine zentrale Sinngebung ihres Lebens, und die ungewollte Kinderlosigkeit wird von den Betroffenen häufig als schwere Belastung erlebt»⁷⁰⁹; staatliche Vorschriften, die den Zugang zu den modernen Methoden der Fortpflanzungsmedizin einschränken, sind in der Folge für die Betroffenen ein Eingriff in die persönliche Freiheit.⁷¹⁰ Der Erfüllung des Kinderwunsches sollen also keine ungerechtfertigten staatlichen Einschränkungen im Weg stehen.⁷¹¹

Zudem umfasst das Recht auf körperliche Unversehrtheit als Teilgehalt des Rechts auf persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV den Anspruch des einzelnen Menschen, über seinen eigenen Körper zu bestimmen und Verletzungen der physischen Unversehrtheit nicht hinnehmen zu müssen.⁷¹² Ob Einschränkungen der reproduktiven Autonomie bei ungewollter Kinderlosigkeit auch die grundrechtlich geschützte körperliche Unversehrtheit betreffen, ist nicht eindeutig: So hat das Bundesgericht zwar festgehalten, dass nicht altersbedingte Fruchtbarkeitsstörungen als Gesundheitsschädigungen mit Krankheitswert zu kategorisieren sind, also als Krankheit im juristischen Sinn.⁷¹³ Nach BELSER/WALDMANN erfasst der Grundrechtsschutz jedoch nur Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit, nicht jedoch die Nicht-Behandlung einer Krankheit.⁷¹⁴ Gemäss KUHN hingegen ist die Beschränkung des Zugangs zu einer verfügbaren (reproduktionsmedizinischen) Therapie ein staatlicher Eingriff in die physische Integrität nach Art. 10 Abs. 2 BV.⁷¹⁵ Die Inanspruchnahme der Fortpflanzungsmedizin im Sinne des FMedG kann den Wunscheltern trotz Infertilität oder Sterilität zu einem eigenen Kind verhelfen und somit die negativen Folgen eines unerfüllten Kinderwunsches beheben, aber nicht die medizinischen Ursachen der Fortpflanzungsunfähigkeit selbst beseitigen.⁷¹⁶ Die Embryonenspende eliminiert nicht die medizinischen Gründe, warum die Wunscheltern keine eigenen Kinder zeugen können. Sie ermöglicht nur, dass ein gespendeter Embryo in den Körper der Frau übertragen wird, der dann zu einer Schwangerschaft und zur Geburt eines Kindes führen kann. Beim Mann bleibt die Krankheit der Unfruchtbarkeit unverändert: Da ein fremder Samen verwendet wird, ändert sich beim Mann aus biologischer und medizinischer Sicht nichts – aus seinem Samen kann kein Kind entstehen. Da die reproduktive Autonomie

DAM, FMedG, Rz. 3; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 14 zu § 12; KUHN, S. 62 ff.; NEK, Eizellenspende, S. 13; SCHWEIZER, SGK BV, N 38 zu Art. 10. Kritisch dazu HEGNAUER, Künstliche Fortpflanzung und persönliche Freiheit, S. 297.

⁷⁰⁹ BGE 115 Ia 234 (247), E. 5a.

⁷¹⁰ BGE 115 Ia 234 (247), E. 5a.

⁷¹¹ PETER, Rz. 20, m.w.V. auf AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 9.

⁷¹² BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, Rz. 36 zu Kapitel 2.

⁷¹³ BGE 125 V 21 (25), E. 3a; BGE 113 V 42 (44), E. 3b; siehe auch BÜCHLER/RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 15 zu Art. 5; GÄCHTER/HACK-LEONI, SHK FMedG, N 8 zu Krankenversicherungsrechtliche Bezüge; SCHULER, Rz. 10. Vgl. auch BGer 9C/800_2019 vom 21. 10. 2020.

⁷¹⁴ So BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, Rz. 36 zu Kapitel 2.

⁷¹⁵ KUHN, S. 67 f.

⁷¹⁶ BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 267; BÜCHLER/CLAUSEN, Pränataler Kinderschutz, S. 267.

von Art. 10 Abs. 2 BV aber bereits im Bereich der persönlichen Freiheit klar erfasst wird, erübrigen sich weitere Ausführungen zur körperlichen Unversehrtheit.

2.2.2. *Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 13 Abs. 1 BV und Recht auf Achtung der Familie nach Art. 14 BV*

Einschränkungen der Fortpflanzungsfreiheit können neben Folgen für die persönliche Freiheit auch Auswirkungen auf das Recht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV) sowie das Recht auf Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) haben.⁷¹⁷

Nach Art. 13 Abs. 1 BV hat jede Person Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens. Jene privaten Lebenssachverhalte, die der resp. die Einzelne als Privatsache behandelt haben möchte, werden durch das Recht auf Achtung des Privatlebens geschützt.⁷¹⁸ Die Erfüllung des Kinderwunschs via Reproduktionsmedizin ist vom Teilgehalt des Rechts auf Achtung des Privatlebens erfasst.⁷¹⁹ Der Teilgehaltsanspruch auf Familienleben hingegen setzt voraus, dass eine Familie bereits besteht.⁷²⁰ Obschon es sich um die Achtung des Privatlebens handelt, ist Art. 13 Abs. 1 BV auch dann berührt, wenn Dritte, so etwa Ärztinnen und Ärzte oder Keimzellen- resp. Embryonenspenderrinnen und -spender, in die eigene Reproduktion einbezogen werden sollen und so ein gewisser Bezug zur Öffentlichkeit hergestellt wird.⁷²¹ Art. 13 Abs. 1 BV ist stets mit Art. 8 Ziff. 1 EMRK auszuliegen (vgl. dazu übernächsten Absatz).⁷²²

Art. 14 BV statuiert die Gewährleistung des Rechts auf Ehe und Familie und ist an Art. 12 EMRK angelehnt.⁷²³ Art. 12 EMRK schützt das Recht eines Ehepaares, eine Familie zu gründen, was das Zeugen eigener Kinder wie auch das Adoptieren fremder Kinder umfasst.⁷²⁴ Der Schutzbereich von Art. 14 BV wurde bislang noch nicht bundesgerichtlich festgelegt. Welche Tragweite das Recht auf Familie nach Art. 14 BV hat, ist noch nicht abschliessend beurteilt; etabliert ist vielmehr der andere Teilaspekt des Artikels, das Recht auf Ehe.⁷²⁵ Die Fortpflanzungsfreiheit wird zwar auch durch Art. 14 BV geschützt, wobei aber auch hier die Tragweite noch wenig geklärt ist. Zumindest die natürliche Fortpflanzung wird geschützt. Inwieweit die medizinisch unterstützte Fortpflanzung umfasst wird, ist unklar.⁷²⁶ So sehen etwa FATEH-MOGHADAM⁷²⁷ und KUHN⁷²⁸ den Zugang zu künst-

⁷¹⁷ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 4.

⁷¹⁸ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 11 zu § 14.

⁷¹⁹ KUHN, S. 76.

⁷²⁰ KUHN, S. 81.

⁷²¹ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 5; KUHN, S. 76.

⁷²² AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 15.

⁷²³ AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 22; BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, Rz. 102 zu Kapitel 2; KUHN, S. 91.

⁷²⁴ BGE 115 Ia 234 (248), E. 5c.

⁷²⁵ AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 25; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 4 zu § 15.

⁷²⁶ KUHN, S. 104 f.; REUSSER, SGK BV, N 44 zu Art. 14.

⁷²⁷ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 4.

⁷²⁸ KUHN, S. 107.

licher Fortpflanzung als vom Schutzbereich von Art. 14 BV erfasst. Zudem geht die herrschende Lehre davon aus, dass das Recht auf Adoption vom Recht auf Familie nach Art. 14 BV eingeschlossen ist.⁷²⁹

Der EGMR hat in verschiedenen Urteilen bestätigt, dass der Zugang zu Verfahren der Reproduktionsmedizin grundsätzlich in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK, also das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, fällt.⁷³⁰ Staatliche Massnahmen, welche die Möglichkeit, Reproduktionsmedizin in Anspruch zu nehmen, einschränken, stellen demnach eine Einschränkung des Rechts auf persönliche Freiheit nach Art. 8 EMRK dar und bedürfen folglich einer Rechtfertigung nach Art. 36 BV resp. Art. 8 Ziff. 2 EMRK.⁷³¹ Der blosse Wunsch, eine Familie zu gründen, fällt nicht unter den Schutzbereich von Art. 8 EMRK.⁷³² Allerdings haben die Mitgliedstaaten einen grossen Ermessensspielraum im Bereich der Reproduktionsmedizin, da darüber noch kein gesamteuropäischer Konsens gefunden ist.⁷³³ Zudem kommt den Mitgliedstaaten ein grosser Freiraum in der Frage zu, wie mit überzähligen Embryonen umzugehen ist. Eine übereinstimmende Meinung bezüglich der Spende überzähliger Embryonen ist unter den Mitgliedstaaten des Europarats nicht gegeben.⁷³⁴ Gemäss Bundesgericht verschaffen Art. 13 und 14 BV keine weitergehenden Rechte als Art. 8 EMRK.⁷³⁵

Zwischen Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 13 BV sowie auch Art. 14 BV kommt es teilweise zu parallelen Schutzbereichen und daraus folgenden Abgrenzungsschwierigkeiten.⁷³⁶ Auf welches Grundrecht sich eine Person berufen kann, hängt vom Einzelfall ab. Soweit mehrere Grundrechte betroffen sind, geniesst das spezifischere Grundrecht grundsätzlich Vorrang vor dem allgemeineren. Bei der Abwägung zwischen dem Anspruch auf persönliche Freiheit und auf Achtung des Privat- und Familienlebens hingegen ist oft nicht klar, wel-

⁷²⁹ So BIAGGINI, OFK BV, N 5 zu Art. 14; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 27 zu § 15; KUHN, S. 106; REUSSER, SGK BV, N 46 zu Art. 14.

⁷³⁰ BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 12. So Urteil des EGMR *Costa and Pavan v. Italy* vom 28. August 2012, Nr. 54270/10, § 56; Urteil des EGMR *S.H. and Others v. Austria* vom 3. November 2011, Nr. 57813/00 [GC], § 82; Urteil des EGMR *Dickson v. The United Kingdom* vom 4. Dezember 2007, Nr. 44362/04, § 66; Urteil des EGMR *Evans v. The United Kingdom* vom 10. April 2007, Nr. 6339/05 [GC], § 71 (vgl. BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 12).

⁷³¹ RÜTSCHÉ/PICECCHI, SHK FMedG, N 40 zu Art. 119 BV.

⁷³² JUNGO et al., N 72.

⁷³³ Urteil des EGMR *S.H. and Others v. Austria* vom 3. November 2011, Nr. 57813/00 [GC], § 118; BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 12.

⁷³⁴ Urteil des EGMR *Parillo v. Italy* vom 27. August 2015, Nr. 46470/11 [GC], § 175 f.; vgl. RÜTSCHÉ/ZEGG, SHK FMedG, N 105 ff. zu Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts.

⁷³⁵ BGE 141 III 328 (349), E. 7.3. Für weitere internationale Rechtsquellen zur reproduktiven Selbstbestimmung, die hier nicht weiter ausgeführt werden (so z.B. Art. 17 des internationalen Paks über politische und bürgerliche Rechte), siehe BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 11.

⁷³⁶ BIAGGINI, OFK BV, N 2 zu Art. 13; BREITENMOSER, SGK BV, N 4 f. zu Art. 13.

ches Recht das vorrangige ist. Eine entsprechende Abgrenzung hat das Bundesgericht bislang nicht vorgenommen.⁷³⁷ Es hat im Zusammenhang mit Fragen des Fortpflanzungsmedizinrechts bisher nur das Recht auf persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV einbezogen.⁷³⁸ Somit wird nachfolgend der Schutzbereich und ein möglicher Eingriff in die reproduktive Autonomie im Rahmen von Art. 10 Abs. 2 BV geprüft.

2.3. Umfang des Schutzbereichs der verfassungsrechtlich geschützten reproduktiven Autonomie

Wie weit der Schutzbereich der reproduktiven Autonomie geht, ist umstritten und wurde noch nicht definiert.⁷³⁹ Basierend auf dem Urteil des Bundesgerichts, wonach der Kinderwunsch eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung darstellt und damit der Zugang zur Fortpflanzungsmedizin garantiert ist, ist für FATEH-MOGHADAM die Inanspruchnahme jeglicher reproduktionsmedizinischer Verfahren zur Erfüllung des Kinderwunschs vom Schutzbereich erfasst. Der Schutzbereich weitet sich demnach auch mit den fortschreitenden medizinischen Möglichkeiten aus.⁷⁴⁰ Somit sei jede Einschränkung des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin ein Eingriff in den Schutzbereich der persönlichen Freiheit und müsse folglich nach Art. 36 BV gerechtfertigt werden, egal, auf welche Weise sich die Wunscherfüllung ihren Kinderwunsch zu verwirklichen gedenken. Nicht die Praxis an sich, sondern das Verbot der Praxis sei verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftig.⁷⁴¹

Konsens über den Schutzbereich besteht bislang in einigen Bereichen. So umfasst die reproduktive Autonomie oder Fortpflanzungsfreiheit als Teil der persönlichen Freiheit sowohl die negative wie auch die positive Fortpflanzungsfreiheit: Die positive Fortpflanzungsfreiheit schützt das Individuum vor Einschränkungen in seiner Fortpflanzungsfähigkeit und zeigt sich in der Verwirklichung des Kinderwunsches (so sind beispielsweise Zwangssterilisationen verboten). Im negativen Sinn bedeutet sie, dass der Mensch nicht gezwungen werden darf, sich fortzupflanzen (gewährt durch Zugang zur Empfängnisverhütung und zum Schwangerschaftsabbruch).⁷⁴² So gibt es keine Verpflichtung einer Schwangeren zur Austragung des Kindes, soweit die Voraussetzungen nach Art. 118 f. StGB gegeben sind. Andererseits darf eine Frau das Kind auch dann austragen, wenn medizinische Indikationen ihr den Abbruch erlauben würden.⁷⁴³ Ein weiteres Beispiel für die

⁷³⁷ KUHN, S. 109 f. Vgl. Ausführungen bei KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 63 zu § 12.

⁷³⁸ BGE 115 Ia 234 (246 ff.), E. 5; BGE 119 Ia 460 (474 ff.), E. 5 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 29 zu § 15. Vgl. auch BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, Rz. 48 f. zu Kapitel 2; BREITENMOSER, SGK BV, N 5 zu Art. 13.

⁷³⁹ BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 133; FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 6.

⁷⁴⁰ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 6.

⁷⁴¹ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 8; zustimmend für einen weiten Schutzbereich KUHN, S. 107 f.

⁷⁴² AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 13; KUHN, S. 59; HEGNAUER, Künstliche Fortpflanzung und Grundrechte, S. 251 f.; HEGNAUER, Künstliche Fortpflanzung und persönliche Freiheit, S. 296.

⁷⁴³ AEBI-MÜLLER et al., Rz. 204 zu § 8. Der legale Schwangerschaftsabbruch gehört zum Kern der reproduktiven Selbstbestimmung (BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 82). Insofern ist der

negative Fortpflanzungsfreiheit ist Art. 15 Abs. 4 FMedG; dieser regelt, dass ein Widerruf eines der beiden Wunschaltern zum Abbruch des Fortpflanzungsverfahrens und zur Vernichtung allfälliger bestehender extrakorporaler Embryonen führt.

Nach klassischem Verständnis handelt es sich bei den Rechten auf persönliche Freiheit und Achtung des Privatlebens um Abwehrrechte, die den Staat zu einem Dulden oder Unterlassen verpflichten. Diese Grundrechte gewähren dem Einzelnen Abwehrensprüche gegen staatliche Beschränkungen bezüglich der eigenen individuellen Kinderplanung.⁷⁴⁴ Diese umfasst sowohl die natürliche wie auch die künstliche Befruchtung und die Adoption.⁷⁴⁵ Der Staat darf keine Handlungen vornehmen, welche die Reproduktionsfähigkeit seiner Bürgerinnen und Bürger beeinträchtigt, und er hat individuelle Verhaltensweisen, welche es den potenziellen Eltern ermöglichen, Kinder zu bekommen und grosszuziehen, zu dulden. Weiter hat er den Bestand von Normen, welche die Entstehung und die Rechtsfolgen der Eltern-Kind-Beziehung regeln, zu schützen.⁷⁴⁶

Gemäss den beiden Bundesgerichtsentscheiden BGE 115 Ia 234 und BGE 119 Ia 460 gehört zur Fortpflanzungsfreiheit auch ein Recht auf Zugang zu den Verfahren der medizinisch assistierten Reproduktion.⁷⁴⁷ Das Bundesgericht anerkannte im Jahr 1989 im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde gegen kantonale Beschränkungen des Zugangs zur Reproduktionsmedizin, dass die Verwirklichung des Kinderwunsches, also die Möglichkeit, Kinder zu haben und diese aufzuziehen, grundrechtlichen Schutz genießt. Das Verbot gewisser Methoden der Fortpflanzungsmedizin subsumierte das Bundesgericht als Eingriff in das damals noch ungeschriebene Grundrecht der persönlichen Freiheit.⁷⁴⁸ Zum damaligen Zeitpunkt war das Fortpflanzungsmedizinrecht noch nicht auf Bundesebene geregelt, womit die Kantone die Reproduktionsmedizin in kantonalen Gesetzen regeln konnten.

Die Verwirklichung des Kinderwunsches beschränkt sich dabei nicht auf die natürliche Fortpflanzung, wie das Bundesgericht ausführt: Auch die Mitwirkung von Dritten, seien dies medizinisches Personal oder Keimzellenspender resp. -spenderinnen, ändere nichts daran, dass die ungewollte Kinderlosigkeit von den betroffenen Personen als schwere Beeinträchtigung der Sinngebung ihres Lebens wahrgenommen werde.⁷⁴⁹ Dabei ist nicht

strafbare Schwangerschaftsabbruch nach Art. 118 StGB denn auch ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die reproduktive Autonomie der davon betroffenen Frau (FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 7).

⁷⁴⁴ AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 30; BELSER/WALDMANN, Grundrechte I, Rz. 40 f. zu Kapitel 1 zu Abwehrensprüchen; BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 6; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 12 f. zu § 3; KUHN, S. 118. Vgl. auch Ausführungen des Bundesgerichts in z.B. BGE 101 Ia 336 (346 f.), E. 7a f.

⁷⁴⁵ KUHN, S. 120.

⁷⁴⁶ KUHN, S. 120 f. und S. 140.

⁷⁴⁷ SEELMANN, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, S. 17 f.

⁷⁴⁸ BGE 115 Ia 234 (246 f.), E. 5a; bestätigt in BGE 119 Ia 460 (474 f.), E. 5a; vgl. auch KUHN, S. 48.

⁷⁴⁹ BGE 119 Ia 460 (475 f.), E. 5b; KUHN, S. 59.

nur die genetische Verwandtschaft massgebend: Schon das Zusammenleben mit dem Kind, seine Erziehung und die Entwicklung einer engen emotionalen Beziehung stellen eine zentrale Sinnggebung dar und gehören somit zum grundlegenden Aspekt der individuellen Persönlichkeitsentfaltung, unabhängig davon, von wem das Keimmateriale stammt.⁷⁵⁰ Damit stuft das Bundesgericht ein generelles Verbot der heterologen Insemination als die persönliche Freiheit verletzend und verfassungswidrig ein.⁷⁵¹

Neben Abwehrensprüchen begründen Grundrechte auch einen Anspruch auf Leistungen, d.h. ein positives Tun des Staates. Dem Staat verbleibt allerdings ein weiter Spielraum, um seine zu erbringenden Leistungen bei Leistungsansprüchen aus Grundrechten zu definieren.⁷⁵² Zumindest besteht kein «Grundrecht auf Kinder», sondern der Staat hat den Kinderwunsch grundsätzlich zu achten und zu seiner Verwirklichung beizutragen, ohne dass daraus justiziable Leistungspflichten erwachsen und der Staat verpflichtet wäre, entsprechende reproduktionsmedizinische Angebote zu schaffen oder solche Institutionen zu unterstützen.⁷⁵³

Einige Restriktionen in der Fortpflanzungsmedizin zulasten von Paaren aber auch von Einzelpersonen werden heutzutage von der juristischen Lehre als nicht mehr zeitgemäss angesehen.⁷⁵⁴ Das Bundesgericht ist jedoch aufgrund von Art. 190 BV zu der Anwendung der FMedG-Regelungen verpflichtet.

3. Das Embryonenspendeverbot als Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit

3.1. Verbot der Embryonenspende als Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit der Wunscheltern?

Festgestellt wurde, dass die reproduktive Autonomie einen verfassungsrechtlichen Schutz geniesst und die Verwirklichung des Kinderwunsches grundsätzlich geschützt ist. Ob das Verbot der Embryonenspende unter diese Fortpflanzungsfreiheit fällt, soll nachfolgend abgeklärt werden. Ein Eingriff in ein Grundrecht liegt einerseits vor, wenn eine Person daran gehindert wird, beispielsweise mittels rechtlicher Verbote, das betreffende Grundrecht auszuüben. Ein Grundrechtseingriff liegt aber auch dann vor, wenn die Bedingungen für die Ausübung dieses Grundrechts insoweit verändert werden, dass die Ausübung nicht

⁷⁵⁰ KUHN, S. 62 f.; siehe auch AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 11. A.M. z.B. HEGNAUER, Künstliche Fortpflanzung und persönliche Freiheit, S. 342.

⁷⁵¹ BGE 115 Ia 234 (267), E. 9; BGE 119 Ia 460 (481), E. 6d; siehe auch AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 10.

⁷⁵² KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 15 zu § 4; KUHN, S. 122.

⁷⁵³ BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 15; JUNGO et al., N 70; a.M. NEK, Fortpflanzung, S. 30. Insbesondere kann daraus keine Übernahme der Kosten durch Sozialversicherungen abgeleitet werden (BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 16, m.w.V. auf AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 111, und KUHN, S. 128 ff.).

⁷⁵⁴ SEELMANN, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, S. 4. So etwa das Verbot der Eizellenspende (siehe dazu 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.3).

oder nur unter Inkaufnahme objektiv unzumutbarer Nachteile möglich ist.⁷⁵⁵ Schliesslich braucht es zwischen staatlichem Tun oder Unterlassen und der Verkürzung des Grundrechtsanspruchs einen Wirkungszusammenhang.⁷⁵⁶

Das Recht auf persönliche Freiheit begründet keinen Anspruch darauf, dass der Staat fortpflanzungsmedizinische Verfahren zur Verfügung zu stellen hat. Ebenso wenig verleiht es dem Wunschelternpaar einen Anspruch auf ein Kind oder auf eine durch Reproduktionsmedizin herbeigeführte Schwangerschaft. Der Gesetzgeber darf allerdings die Verfahren der Fortpflanzungsmedizin nicht generell verbieten; dies verletzt den Grundrechtsanspruch von Art. 10 Abs. 2 BV.⁷⁵⁷ Der Amstad-Bericht hielt fest, dass es zwar eine Fortpflanzungsfreiheit gebe und diese auch die künstliche Reproduktion umfasse, sie jedoch auf die Fortpflanzung mit eigenen Keimzellen beschränkt sei und weder die Adoption noch die Fortpflanzung mit fremden Keimzellen einschliesse.⁷⁵⁸ So wie das Bundesgericht den Eingriff in die persönliche Freiheit in BGE 115 Ia 243 (247), E. 5a allerdings skizziert («Die Beschränkung des Zugangs zu den modernen Methoden künstliche Fortpflanzung berührt die Beschwerdeführer daher in ihrem Verfassungsrecht der persönlichen Freiheit»), greift jede Beschränkung der medizinisch assistierten Reproduktion in die persönliche Freiheit ein. Da das Bundesgericht keine Differenzierung zwischen den verschiedenen Verfahren vornimmt, gilt dies somit auch für Verbote heterologer Fortpflanzungsmethoden wie der Embryonenspende. Es obliegt somit dem Gesetzgeber, die Einschränkungen des Zugangs zu den Methoden der Fortpflanzungsmedizin zu rechtfertigen.⁷⁵⁹ Das Recht auf Zugang zu den Methoden der Reproduktionsmedizin bedeutet also, dass der Staat den Kinderwunsch achtet und Wunscheltern somit grundsätzlich ein Recht auf die Verwirklichung ihres Kinderwunsches, resp. auf den «Versuch, Eltern zu werden», zukommt, anstatt ein Recht darauf, genetisch verwandte Nachkommen zu zeugen. Die Embryonenspende stellt für Betroffene häufig die einzige oder letzte Möglichkeit dar, Nachwuchs zu bekommen, welcher biologischen Bezug mindestens zur Wunschmutter aufweist – dies im Unterschied zur Fremdkindadoption. Für die Wunscheltern ist die Embryonenspende wahrscheinlich die letzte Chance auf eine eigene Schwangerschaft. Auf andere Weise kann für die Betroffenen das Recht auf eigene Fortpflanzung gar nicht wahrgenommen werden.⁷⁶⁰ Somit ist der Schutzbereich der reproduktiven Autonomie der betroffenen Wunscheltern vom Verbot der Embryonenspende erfasst.

⁷⁵⁵ KUHN, S. 187. Ein Beispiel für einen objektiv unzumutbaren Nachteil ist für KUHN Art. 3 Abs. 3 FMedG, der besagt, dass die Samenspende nur verheirateten Paaren offensteht. Ein Konkubinatspaar kann die Samenspende also nur dann in Anspruch nehmen, wenn es heiratet (KUHN, S. 188).

⁷⁵⁶ KUHN, S. 188.

⁷⁵⁷ BGE 119 Ia 460 (476), E. 5b; Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 226; KUHN, S. 126.

⁷⁵⁸ Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1083 f.

⁷⁵⁹ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 11; FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 2. Vgl. zur Diskussion um die Weite des Schutzbereichs der reproduktiven Autonomie FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 6 ff.

⁷⁶⁰ Ähnlich BLEISCH/BÜCHLER, S. 207; KUHN, S. 13; vgl. auch SEELMANN, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, S. 6. So sieht etwa DAHLKAMP in Art. 8 Abs. 1 EMRK ein Recht auf Zugang zu

3.2. Verbot der Embryonenspende als Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit der Embryonenspender?

3.2.1. *Als Teil der positiven Fortpflanzungsfreiheit*

Wenn genetischen Eltern untersagt wird, ihre eigenen Embryonen in vitro anderen zu Fortpflanzungszwecken zu spenden, stellt sich die Frage, ob ihre reproduktive Autonomie damit beschnitten wird. Wie oben ausgeführt, umschliesst die Erfüllung des Kinderwunsches das Recht auf Zugang zur Reproduktionsmedizin in der Hoffnung, Eltern werden zu können, unabhängig von der genetischen Verwandtschaft zum Kind. Es ist nachfolgend zu klären, ob die Spende der eigenen Embryonen zur Fortpflanzung anderer auch zum Kinderwunsch als Ausdruck der eigenen Persönlichkeit gehört, also darauf, genetische Nachkommen haben zu können, ohne Eltern zu werden.

Die genetischen Eltern pflanzen sich mit der Embryonenspende zwar im medizinischen Sinne fort (genetische Reproduktion), sie werden aber nicht Eltern des daraus geborenen Kindes. Der Samenspender wird auch nicht Vater des aus der Samenspende geborenen Kindes, wie in Art. 255 Abs. 1 i.V.m. Art. 256 Abs. 3 ZGB (sowie Art. 255a Abs. 1 ZGB für die Elternschaft der Ehefrau der Mutter) und Art. 23 FMedG gesetzlich festgelegt. Der Spender pflanzt sich bei der Samenspende genetisch fort, ohne zum rechtlichen Vater zu werden; die rechtliche Vaterschaft ist vielmehr von Anfang an ausgeschlossen (vgl. Art. 23 Abs. 2 FMedG). Bei der Samenspende besteht keine Pflicht von Reproduktionskliniken, einen Spender zu akzeptieren.⁷⁶¹ Durch den originären Ausschluss der Vaterschaft ist die Reproduktionsfreiheit des Samenspenders nicht berührt. Seine Reproduktionsfreiheit ist auch nicht beeinträchtigt, wenn seine Samen nicht verwendet werden oder die Klinik ihn gar nicht erst als Samenspender zulässt. Das Recht auf Samenspende wird in der Lehre ausschliesslich aus der Perspektive der Wunscheltern betrachtet.

Der EGMR hat immerhin bei der Spende zu Forschungszwecken festgehalten, dass das Recht, Embryonen für die wissenschaftliche Forschung zu spenden, nicht zu den geschützten Kernrechten von Art. 8 EMRK gehört, da es keinen besonders bedeutsamen Aspekt der Existenz und Identität der genetischen Eltern betreffe.⁷⁶² Dem ist beizupflichten. Auch die Spende an Dritte dient nicht der eigenen Reproduktion im Sinne des «Rechts auf Elternschaft», auch wenn der Embryo genetisch von einem selbst abstammt. Der Kinderwunsch als elementare Erscheinung der Persönlichkeit, so wie vom Bundesgericht skiz-

jeder Form von Elternschaft, unabhängig von genetischer und biologischer Verwandtschaft. Dieses Recht umfasst den Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft, indem die Beziehung zum Kind wesentlicher Bestandteil der eigenen Identitätsbildung und -entfaltung ist (DAHLKAMP, S. 98 und S. 282). Laut DAHLKAMP wird dieses Recht primär durch intentionale und soziale Elternschaft verwirklicht: Denn auch losgelöst von der genetischen Abstammung gäbe es ein grosses Interesse vieler Menschen, sich um ein Kind zu kümmern und es grosszuziehen, wobei jede ernsthafte Entscheidung, dauerhaft soziale Verantwortung und emotionale Fürsorge für ein Kind zu übernehmen, ausreichend sei (DAHLKAMP, S. 661 ff.).

⁷⁶¹ FANKHAUSER, SHK FMedG, N 7 zu Art. 18.

⁷⁶² Urteil des EGMR Parillo v. Italy vom 27. August 2015, Nr. 46470/11 [GC], § 174.

ziert, beinhaltet, wie ausgeführt, nicht die genetische Reproduktion an sich, sondern das Recht auf Elternschaft resp. den «Versuch, Eltern zu werden».⁷⁶³ Auch nach BELSER/JUNGO gilt richtigerweise, dass der Wunsch, Embryonen zu spenden – ebenso wie der Wunsch, als Keimzellenspender resp. -spenderin oder Leihmutter zur Verfügung zu stehen – nicht verfassungsmässig geschützt ist: Denn durch die Spende beteilige man sich an der Fortpflanzung anderer, und dabei handle es sich «nach allgemeiner Auffassung nicht um eine Handlungsfreiheit, die zur wesentlichen Sinngabe eines Lebens gehört und die so zentral ist, dass sie jedem Menschen zustehen sollte».⁷⁶⁴ Auf die (positive) Fortpflanzungsfreiheit kann also sich nur berufen, wer eigene Kinder, für welche er oder sie die Elternschaft zu übernehmen gedenkt, zeugen, entwickeln und in den Uterus transferieren lassen möchte oder eben nicht. Personen, die ihre Keimzellen an andere spenden, fallen nicht darunter.⁷⁶⁵ Die Spende ist keine Verwirklichung des eigenen Kinderwunsches, da das Spenderpaar eben gerade nicht Eltern wird. Somit gehört die Keimzellen- oder Embryonenspende nicht zu den elementaren Erscheinungen der Persönlichkeit, welche laut Bundesgericht grundrechtlich geschützt sind. Erst recht kann kein Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 13 Abs. 1 BV oder das Recht auf Familie nach Art. 14 BV gesehen werden, denn mit der Freigabe zur Spende soll keine Familiengründung oder -erweiterung aufseiten der Spendeeltern stattfinden.

Für SAVIOZ-VIACCOZ hingegen ist das Verbot der Embryonenspende ein starker Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der potenziellen Embryonenspender, da diese keine andere Wahl hätten, als ihre überzähligen Embryonen direkt vernichten zu lassen oder der Forschung zu spenden.⁷⁶⁶ Allenfalls könnte man die persönliche Freiheit dann tangiert sehen, wenn die Frau den Embryo aus medizinischen Gründen nicht austragen kann, das Paar ihn aber nicht «sterben» lassen möchte, sondern ihn aus moralischen, ethischen oder religiösen Gründen zu Fortpflanzungszwecken Dritter zur Verfügung stellen möchte. Paare, die sich einer medizinisch assistierten Reproduktion unterziehen, sehen einen kryokonservierten Embryo möglicherweise bereits als ihr Kind an.⁷⁶⁷ Die Embryonenspende würde es diesen Eltern ermöglichen, «ihrem» Embryo eine Lebensperspektive zu schenken. Für die Embryonenspenderinnen und -spender kann die Embryonenspende einen «ideellen Gewinn» darstellen, wenn sie beispielsweise hilft, den moralischen Konflikt zu lösen, falls das Verwerfen als Problem empfunden wird, oder wenn die genetischen Eltern einem anderen Paar zu einem Kind verhelfen möchten.⁷⁶⁸ Ob die Schwelle zum Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV damit erreicht ist, mag zweifelhaft bleiben. Denkbar wäre

⁷⁶³ Vgl. Ausführungen in 3. Teil, Kapitel C, Ziff. 3.1.

⁷⁶⁴ BELSER/JUNGO, S. 205. Vgl. ebenso für das deutsche Recht Deutscher Ethikrat, S. 67; ZIMMERMANN, S. 102. ZIMMERMANN sieht allerdings auch bei den Wunscheletern keinen Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit, da sich diese nicht mit ihrem eigenen genetischen Material fortpflanzen (ZIMMERMANN, a.a.O.).

⁷⁶⁵ Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1085 f.; HEGNAUER, Künstliche Fortpflanzung und Grundrechte, S. 260.

⁷⁶⁶ SAVIOZ-VIACCOZ, Autodétermination, S. 194.

⁷⁶⁷ Siehe Deutscher Ethikrat, S. 91, m.w.V.

⁷⁶⁸ Deutscher Ethikrat, S. 113; ähnlich JOHNSON, S. 856 und S. 864.

hingegen, dass der Schutzbereich der Gewissensfreiheit nach Art. 15 Abs. 1 BV tangiert sein könnte. Der Schutz der Gewissensfreiheit bezweckt, eine Person vor «unzumutbaren Gewissenkonflikten» zu bewahren.⁷⁶⁹ Der Begriff der Gewissensfreiheit ist allerdings in der Rechtsprechung bisher nur selten verwendet worden und die tatsächlichen Anwendungsfälle der Gewissensfreiheit sind relativ gering.⁷⁷⁰ Auch ist der Schutzbereich der Gewissensfreiheit eingegrenzt: Er greift nur, wenn es der Person nicht zuzumuten ist, die ihr zur Verfügung stehenden und rechtlich zulässigen Handlungsalternativen auszuschöpfen, um dem Gewissenkonflikt zu entkommen.⁷⁷¹ Ob der Schutzbereich beim Verbot der Embryonenspende überhaupt tangiert wäre, ist fraglich: Eine Alternative für die Wunscheltern liesse sich in diesen Fällen bereits darin sehen, keine Embryonen konservieren zu lassen. Die Gewissensfreiheit nach Art. 15 BV ist im Folgenden nicht weiter auszuführen. Die Anwendung der Embryonenspende mit dem Zweck, die Vernichtung überzähliger Embryonen aus Glaubens- oder Gewissensgründen zu verhindern, scheint vielmehr in den USA in den entsprechenden religiösen Kreisen Zuspruch zu finden.⁷⁷²

Da der Embryo *in vitro* normativ nicht dem Status als Sache zugewiesen wurde und diesbezüglich Unklarheit herrscht,⁷⁷³ kann hier auch die Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV nicht greifen.

Auch im deutschen Recht ist unklar, ob die Spendeeltern in ihren Grundrechten betroffen sind. Für das Bayerische Oberste Landesgericht zumindest ist ein Recht auf Embryonenspende sowohl aus der Perspektive der Spende- wie auch der Empfängereltern «durchaus zweifelhaft», könne «aber letztlich dahinstehen»⁷⁷⁴ (denn in Deutschland wird die Zulassung der Embryonenspende vielmehr mit dem Lebensrecht des Embryos als mit der reproduktiven Autonomie der Involvierten begründet).

3.2.2. *Als Teil der negativen Fortpflanzungsfreiheit*

Ein Samenspender hat kein Recht darauf, dass seine Samen in einem Fortpflanzungsverfahren für Dritte verwendet werden und ihm stehen auch keine Rechte bezüglich der von ihm genetisch abstammenden Embryonen zu. Allerdings hat er ein Recht darauf, dass seine Samen nicht gegen seinen Willen für reproduktionsmedizinische Verfahren für Dritte verwendet werden. In Art. 15 Abs. 3 FMedG heisst es dazu: «Die Person, von der die Keimzellen stammen, kann ihre Einwilligung in die Konservierung und Verwendung jederzeit schriftlich widerrufen», und Abs. 4 ergänzt: «Bei Widerruf der Einwilligung [...] sind die Keimzellen sofort zu vernichten.» Art. 34 Abs. 1 FMedG besagt darüber hinaus: «Wer ein Fortpflanzungsverfahren ohne Einwilligung der Person, von der die Keimzellen stammen, oder des betroffenen Paares anwendet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jah-

⁷⁶⁹ KÜHLER, S. 175; vgl. auch HILTI, S. 179.

⁷⁷⁰ HILTI, S. 177; KÜHLER, S. 23.

⁷⁷¹ KÜHLER, S. 175.

⁷⁷² Vgl. 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 4.4.1; vgl. zur Gewissensfreiheit in den USA auch KÜHLER, S. 143 ff.

⁷⁷³ Vgl. 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.3.2.

⁷⁷⁴ BayObLG, Urteil vom 04.11.2020 – 206 St RR 1459/19-1461/19, Rz. 92.

ren oder Geldstrafe bestraft.» Der Spender darf also in negativer Weise über seine Samen insofern verfügen, als sie nicht (mehr) für die Erzeugung von Embryonen verwendet werden dürfen. Auch für die eigene Fortpflanzung darf jede Person die weitere Verwendung ihrer Keimzellen (Art. 15 Abs. 3 und 4 FMedG; Art. 34 Abs. 1 FMedG) und ihrer Embryonen (Art. 16 Abs. 3 und 4 FMedG; Art. 34 Abs. 1 FMedG) untersagen, worauf diese zu vernichten sind. Durch diese Bestimmungen wird die reproduktive Autonomie der Personen geschützt, von welchen die Keimzellen stammen: Teil der persönlichen Freiheit ist es, dass sowohl der Mann wie auch die Frau ihre Zustimmung dazu geben müssen, dass ihre überzähligen Embryonen für Forschungszwecke verwendet werden dürfen.⁷⁷⁵ Diese Gedanken fortführend, ist der Schutzbereich der reproduktiven Autonomie der genetischen Eltern im Sinne einer negativen Fortpflanzungsfreiheit berührt, wenn ihre genetischen Embryonen für die Fortpflanzung anderer verwendet werden: In analoger Anwendung der oben erwähnten Bestimmungen zur Samenspende dürfte die Embryonenspende nicht gegen den Willen der genetischen Eltern durchgeführt werden. Es gehört also nicht zu den elementaren Erscheinungen der Persönlichkeit, seine Keimzellen für die Fortpflanzung Dritter zur Verfügung zu stellen (rein genetische Fortpflanzung), allerdings berührt die zwangsweise durchgeführte genetische Fortpflanzung, also die Verwendung der eigenen Keimzellen für Fortpflanzungsverfahren Dritter, die reproduktive Autonomie.

Im Gegensatz dazu stellen sich insbesondere einige deutsche Lehrmeinungen die Frage, ob denn Menschen, welche sich für eine medizinisch assistierte Reproduktionsmethode entscheiden, bei welcher überzählige Embryonen entstehen können, sich nicht einem höheren Mass an Rechtfertigung ausgesetzt sehen müssten und die Freigabe zur Embryonenspende somit auch gegen deren Willen zulässig sein sollte. Die Wunscheltern hätten sich bewusst für die Fortpflanzungsmethode entschieden und damit die entstehende Ausgangslage, nämlich die Existenz von Embryonen, geschaffen und bewusst in Kauf genommen.⁷⁷⁶ Der Schutz des Embryos *in vitro* geht aber zumindest in der Schweiz nicht so weit, dass er gegen die grundrechtlich geschützte negative Reproduktionsfreiheit der genetischen Eltern abgewogen werden könnte. Die Verpflichtung der Eltern würde auch dazu führen, dass es zu Wertungswidersprüchen mit dem Schutz des Embryos *in vivo* käme – Schwangerschaftsabbrüche im Embryonalstadium dürfen stets durchgeführt werden, wenn die Schwangere dies wünscht. Eine solche Verpflichtung würde somit in den meisten Fällen ins Leere laufen, ausser, der Embryotransfer wäre aus medizinischen Gründen unmöglich (z.B. nach einer Hysterektomie).

⁷⁷⁵ Botschaft EFG, BBl 2003 S. 1188; TAG, SHK FMedG, N 2 zu Art. 34.

⁷⁷⁶ Für eine Verpflichtung oder zwangsweise Weggabe von überzähligen Embryonen für Fortpflanzungszwecke Dritter im deutschen Recht siehe HÜBNER, S. 121 und S. 156 ff.; ähnlich LEHMANN, S. 156; MÜLLER-TERPITZ, Schutz des pränatalen Lebens, S. 511 f.; VOGT, S. 87 f. A.M. Deutscher Ethikrat, S. 102.

3.3. Fazit

Das Verbot der Embryonenspende tangiert den Schutzbereich der Fortpflanzungsfreiheit der Wunscheltern als Teilgehalt der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV. Ob die Fortpflanzungsfreiheit der Spendeeltern beim Verbot der Embryonenspende betroffen ist, bleibt unklar und wird hier zumindest im Umfang der positiven Fortpflanzungsfreiheit verneint. Zumindest die zwangsweise Verwendung der Embryonen jedoch, sei es für die Spende zu Fortpflanzungszwecken Dritter oder zu anderen Zwecken, berührt die persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV im Sinne der negativen Fortpflanzungsfreiheit. Schlussendlich genügt für eine Überprüfung des Embryonenspendeverbots, dass der Schutzbereich der grundrechtlich geschützten Fortpflanzungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV der Wunscheltern berührt ist. In der Folge ist zu prüfen, ob das Verbot der Embryonenspende gerechtfertigt ist.

D. Die Argumentation des Verfassungs- und Gesetzgebers für das Verbot der Embryonenspende

1. Einleitung

1.1. Prüfung des Eingriffs in die Fortpflanzungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV

Im diesem Teil D wird geprüft, ob sich das Verbot der Embryonenspende im Lichte der Fortpflanzungsfreiheit der Wunscheltern nach Art. 10 Abs. 2 BV mit den von Verfassungs- und Gesetzgeber vorgebrachten Argumenten rechtfertigen lässt.

1.2. Anwendbarkeit von Art. 36 BV

In einem freiheitlichen Rechtsstaat soll es so viel persönliche Freiheit wie möglich und so wenige staatliche Einschränkungen und Verbote wie notwendig geben. Ein Eingriff in individuelle Rechte muss sehr gut begründet sein.⁷⁷⁷ Das heisst, es ist nicht darzulegen, in welchem Umfang die Embryonenspende erlaubt sein sollte; vielmehr muss argumentiert werden, aus welchen Gründen sie zu verbieten ist. Rechtliche Einschränkungen des Zugangs zur Reproduktionsmedizin greifen in die Verwirklichung des Kinderwunsches und somit in die reproduktive Autonomie nach Art. 10 Abs. 2 BV ein. Sie bedürfen folglich einer Rechtfertigung nach Art. 36 BV, d.h., es bedarf einer gesetzlichen Grundlage, eines gerechtfertigten öffentlichen Interesses und einer Verhältnismässigkeitsprüfung.⁷⁷⁸

Die Anwendbarkeit von Art. 36 BV ist vorliegend aber fraglich, weil das Verbot der Embryonenspende bereits auf Verfassungsebene verankert ist. Bei auf Verfassungsebene normierten Verbot greifen die Voraussetzungen von Art. 36 BV nicht, da die Bundesverfassung selbst das Grundrecht einschränkt. Dies gilt aber nur, soweit es sich um eine verfassungsunmittelbare Schranke handelt, das BV-Verbot also über eine ausreichende Normdichte aufweist und keiner Konkretisierung auf Gesetzesebene bedarf. In diesen Fällen geht das unmittelbar geltende verfassungsrechtliche Verbot dem allgemein gehaltenen Grundrecht vor.⁷⁷⁹ Art. 119 Abs. 2 lit. d BV hält fest: «Die Embryonenspende und alle Arten von Leihmutterchaft sind unzulässig.» Für KUHN ist dies eine eindeutige Formulierung, sie gelte deswegen als verfassungsunmittelbare Schranke, also als self-executing wirksames Verbot, das offen formulierten Grundrechtsbestimmungen vorgehe.⁷⁸⁰ Die Eingriffsvoraussetzungen von Art. 36 BV greifen laut KUHN somit nicht, obwohl das Verbot der Embryonenspende die grundrechtlich gewährleisteten Ansprüche der Fortpflanzungs-

⁷⁷⁷ AB 1990 S 481 (Votum Huber); RÜTSCHKE, Eugenik und Verfassung, S. 310; SEELMANN/DEMKO, S. 27. Vgl. auch BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, Rz. 76 zu Kapitel 2.

⁷⁷⁸ BELSER/JUNGO, S. 188. Vgl. auch BGE 115 Ia 234 (247 f.), E. 5b; BIAGGINI, OFK BV, N 24 zu Art. 10; BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 14.

⁷⁷⁹ KUHN, S. 189 f.

⁷⁸⁰ KUHN, S. 189 f.

freiheit beschneide, denn der Verfassungsgeber habe hier bereits eine Güterabwägung zwischen den öffentlichen Interessen und den Interessen der Grundrechtsträger vorgenommen.⁷⁸¹ Auch verschiedene weitere Lehrmeinungen halten das Embryonenspendeverbot in der BV für ein unmittelbar geltendes (self-executing) Verbot.⁷⁸²

Nach FATEH-MOGHADAM allerdings hat der Verfassungsgeber bei Art. 119 BV so ungewöhnlich detaillierte Vorgaben aufgestellt, da die Verfassungsbestimmung als direkter Gegenvorschlag zur Beobachter-Initiative ausgearbeitet wurde, und man deren Zielsetzung, Missbräuchen in der Fortpflanzungsmedizin vorzubeugen, zumindest teilweise ausdrücklich in die BV aufnehmen wollte. Dies sei aber nicht so zu verstehen, dass der Verfassungsgeber hier dem Gesetzgeber vorgegriffen habe; vielmehr seien die «inhaltlichen Vorgaben der Verfassung lediglich als Konkretisierungen des Schutzauftrags zu verstehen, dessen Umsetzung in die Kompetenz des Bundes fällt»⁷⁸³. Die Bestimmungen seien jedenfalls dort nicht unmittelbare verfassungsrechtliche Verbote, wo Art. 119 BV Vorgaben dazu mache, welche Praktiken unzulässig sein sollten.⁷⁸⁴ Das Tatbestandselement des Embryonenspendeverbots müsse durch den Gesetzgeber weiter konkretisiert werden.⁷⁸⁵ Diesem Konkretisierungsbedürfnis auf Gesetzesebene ist grundsätzlich zuzustimmen, denn es ist nicht klar, welche Konstellationen genau unter die Embryonenspende fallen. So wurde in Deutschland etwa diskutiert, ob die Weiterentwicklung einer konservierten imprägnierten Eizelle und die anschliessende Spende zu Fortpflanzungszwecken Dritter unter die verbotene Eizellenspende (Befruchtung einer Eizelle zur Herbeiführung einer Schwangerschaft einer anderen Frau) oder unter die zulässige Embryonenspende fällt.⁷⁸⁶

Insbesondere kritisch zu betrachten ist auch, dass bei einem self-executing geltenden Verbot eine verfassungsrechtliche Überprüfung am Massstab von Art. 36 BV von Anfang an ausgeschlossen ist, was bei intensiven Eingriffen in die persönliche Freiheit rechtstaatlich bedenklich ist. Deswegen sollen laut FATEH-MOGHADAM die Verbote von Art. 119 BV nicht unmittelbar gelten; vielmehr seien die Verbote des FMedG einer Überprüfung nach Art. 36 BV zu unterziehen.⁷⁸⁷ Jedoch ist trotz der plausiblen Argumente FATEH-MOGHADAMS beim Embryonenspendeverbot in Art. 119 Abs. 2 lit. d BV von einem self-executing wirksamen Verbot auszugehen aufgrund der doch deutlichen Formulierung

⁷⁸¹ KUHN, S. 190 f. und S. 350.

⁷⁸² So BELSER/MOLINARI, BSK BV, N 24 zu Art. 119; BIAGGINI, OFK BV, N 10 zu Art. 119; BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 15 zu Art. 4; REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 27 zu Art. 119.

⁷⁸³ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 19.

⁷⁸⁴ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 18 ff., wobei es für Art. 119 Abs. 2 lit. f und g BV anders sein könnte (FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 20, m.w.V. auf RÜTSCHKE/PICECCHI, SHK FMedG, N 48 zu Art. 119 BV).

⁷⁸⁵ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 21.

⁷⁸⁶ Vgl. 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 4.2.1.

⁷⁸⁷ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 22. Vgl. auch zum Problem des «verfassungswidrigen Verfassungsrechts» (d.h., ob die BV dem Verfassungsgeber verbietet, bestimmte Verfassungssätze zu ändern oder neue Verfassungsbestimmungen mit einem bestimmten Inhalt zu erlassen) TSCHANNEN, Rz. 448 ff.

(«Die Embryonenspende und alle Arten von Leihmutterschaft sind unzulässig»). Es muss davon ausgegangen werden, dass dies auch die Spende überzähliger Embryonen zu Fortpflanzungszwecken Dritter umschliesst, auch wenn ein weiterer Konkretisierungs- und Abgrenzungsbedarf besteht.⁷⁸⁸

Offen ist nun, ob das Embryonenspendeverbot auf Gesetzesstufe einer Überprüfung nach Art. 36 BV unterzogen werden kann. Zwar ergibt sich aus Art. 119 Abs. 2 Satz 1 BV die Grundlage für verfassungsmittelbare Einschränkungen der Reproduktionsfreiheit, indem der Bund zum Erlass von Regelungen zum Umgang mit Keim- und Erbgut beauftragt wird. Die Regelungen des FMedG unterstünden somit grundsätzlich den Eingriffsvoraussetzungen von Art. 36 BV.⁷⁸⁹ Obschon Art. 4 FMedG («Die Ei- und die Embryonenspende sowie die Leihmutterschaft sind unzulässig.») das Verbot der Embryonenspende auf Gesetzesstufe normiert, wiederholt er doch lediglich den Wortlaut von Art. 119 Abs. 2 lit. d BV, ergänzt um das Verbot der Eizellenspende. In Bezug auf die Embryonenspende enthält Art. 4 FMedG keinen Zusatz zur verfassungsunmittelbaren Beschränkung, sondern zitiert diese bloss. Aufgrund dessen können die Eingriffsvoraussetzungen von Art. 36 BV auch beim Embryonenspendeverbot in Art. 4 FMedG nicht angewandt werden.⁷⁹⁰ Es gibt auch kein einschlägiges zwingendes Völkerrecht, das als Grundlage für eine gerichtliche Aufhebung des Embryonenspendeverbots dienen könnte.⁷⁹¹

Als unmittelbar geltendes Verbot auf Verfassungsstufe geht Art. 119 Abs. 2 lit. d BV somit Art. 10 Abs. 2 BV als allgemein gehaltenes Grundrecht vor. Dennoch ist es gleichwohl sinnvoll, die Begründung des Verbots auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen.⁷⁹² Beim Embryonenspendeverbot handelt es sich um einen deutlichen Eingriff in die Reproduktionsfreiheit der Wunscheltern. Zudem ist das Fortpflanzungsmedizinrecht ein sehr dynamisches Rechtsgebiet, bei welcher ein Stillstand der Rechtsentwicklung nicht wünschenswert ist.⁷⁹³ In der Folge ist die Argumentation des Verfassungsgebers für das Embryonenspendeverbot auf dessen Überzeugungskraft hin zu überprüfen, auch wenn keine formelle verfassungsmässige Überprüfung nach Art. 36 BV möglich ist.

1.3. Eingriffsvoraussetzungen

Ein strafrechtliches Verbot ist nur dann gerechtfertigt, wenn es Rechte oder Rechtsgüter vor Verletzung oder Gefährdung schützt.⁷⁹⁴ Damit die Verhältnismässigkeit gewahrt ist, darf das Verbot erst dann angewandt werden, wenn weniger einschneidende Massnahmen nicht greifen würden. Nach dem Gebot der Verhältnismässigkeit muss eine Massnahme

⁷⁸⁸ Vgl. dazu 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.

⁷⁸⁹ KUHN, S. 190.

⁷⁹⁰ Vgl. auch KUHN, S. 190.

⁷⁹¹ BELSER/JUNGO, S. 217; vgl. dazu 2. Teil, Kapitel B, Ziff. 1.7.

⁷⁹² So nimmt z.B. auch KUHN, obschon der Überzeugung der verfassungsunmittelbaren Schranke, eine materielle Prüfung des Embryonenspendeverbots mit den Vorgaben von Art. 36 BV vor (KUHN, S. 351).

⁷⁹³ Vgl. FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 22.

⁷⁹⁴ BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 2.

(1) geeignet, (2) erforderlich und (3) angemessen (d.h. verhältnismässig im engeren Sinn) sein. Erst, wenn diese drei Teilgehalte erfüllt sind, ist eine Grundrechtsbeschränkung verhältnismässig.⁷⁹⁵ Ein Verbot ist geeignet, wenn es das Rechtsgut wirksam vor Beeinträchtigungen oder Gefährdungen schützt und den öffentlichen Zweck erreichen kann. Das Kriterium der Erforderlichkeit besagt, dass eine Strafnorm nicht implementiert werden sollte, wenn ein milderes Mittel dasselbe Ziel erreichen kann. Als Letztes muss eine Strafnorm auch angemessen (zumutbar) sein: Besteht ein Missverhältnis zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung, so führt die Strafnorm zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Rechte der betroffenen Personen.⁷⁹⁶ Beeinträchtigt eine Grundrechtsbeschränkung deren Kerngehalt, so ist sie unzulässig, ohne dass eine weitere Verhältnismässigkeitsprüfung stattzufinden hat.⁷⁹⁷ Im Bereich der Fortpflanzungsmedizin ist der Kernbereich, d.h. die Verwirklichung des Kinderwunsches, noch nicht fixiert. Das Bundesgericht hielt fest, dass der Anspruch auf Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Methoden nicht absolut gelte, ohne aber den Kernbereich der Fortpflanzungsfreiheit als Teil der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV festzulegen.⁷⁹⁸ Das absolute Verbot der Samenspende fällt gemäss Bundesgericht (St. Galler-Entscheidung) nicht in den Kernbereich.⁷⁹⁹ Es ist aufgrund dessen davon auszugehen, dass auch das Embryonenspendeverbot den noch zu definierenden Kernbereich der Fortpflanzungsfreiheit nicht berührt.

Absolute Verbote sind gemäss Bundesgericht oft unverhältnismässig; den befürchteten Missbräuchen sollte besser mit wirksamen Kontrollen, Einschränkungen und Auflagen begegnet werden.⁸⁰⁰ In BGE 115 Ia 234 hat das Bundesgericht eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen: Dabei war das absolute Verbot der heterologen Insemination im Kanton St. Gallen mit dem Recht auf persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV nicht vereinbar und wurde mangels überwiegender und verhältnismässiger öffentlicher Interessen als grundrechtswidrig eingestuft.⁸⁰¹ Das Bundesgericht hat aber auch festgehalten, dass die Beurteilung des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit nicht für alle medizinisch assistierten Reproduktionsmethoden gleich vonstattengehen kann.⁸⁰² Zu beachten ist auch, dass eine Erschwerung der Verwirklichung des Kinderwunsches nicht einer Verunmöglichung gleichkommt.⁸⁰³ Bei doppel-unfruchtbaren Paaren ist die Em-

⁷⁹⁵ BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 58 f.; KUHN, S. 233.

⁷⁹⁶ BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 59 f. und S. 65 f.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 127 ff. zu § 9; KUHN, S. 234 ff.; SCHWEIZER/KREBS, SGK BV, N 54 f. zu Art. 36.

⁷⁹⁷ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 5 zu § 9; vgl. auch BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, Rz. 77 zu Kapitel 2.

⁷⁹⁸ BGE 115 Ia 234 (247 f.), E. 5b; BGE 119 Ia 460 (478), E. 5d; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 6 zu § 6; KUHN, S. 239 f.

⁷⁹⁹ BGE 115 Ia 234 (247 f.), E. 5b.

⁸⁰⁰ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 225, m.w.V. auf BGE 119 Ia 460 (487), E. 5d, und BGE 115 Ia 234 (265), E. 9c.

⁸⁰¹ BGE 115 Ia 234 (252), E. 6ee und E. 7b; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 17 zu § 12.

⁸⁰² BGE 115 Ia 234 (248), E. 5b; BGE 119 Ia 460 (478), E. 5d; BÜCHLER, Eizellenspende, S. 12.

⁸⁰³ KUHN, S. 385.

bryonenspende – abgesehen von der kombinierten Samen- und Eizellenspende – allerdings die einzige Möglichkeit, ein Kind zu bekommen resp. es selbst zu gebären. Insofern handelt es sich bei diesen Paaren um eine Verunmöglichung der Erfüllung des Kinderwunsches.

1.4. Öffentliche Interessen am Verbot der Embryonenspende: eine Übersicht

Grundsätzlich ist die Verwirklichung des Kinderwunsches eine höchstpersönliche Angelegenheit für die Wunscheltern. Allerdings berühren zahlreiche Aspekte der Fortpflanzungsmedizin auch öffentliche Interessen; so bestehen etwa öffentliche Interessen am Schutz vor Missbrauch der Fortpflanzungsmedizin wie auch am Wohl der daraus entstehenden Kinder.⁸⁰⁴ Die öffentlichen Interessen sind dann legitim, wenn sie langfristig als solche Interessen der Allgemeinheit in der Rechtsordnung anerkannt sind. Allerdings sind sie auch wandelbar und hängen von der konkreten Gesellschaft und deren Wertvorstellungen ab.⁸⁰⁵ Der Bundesrat hielt in der Botschaft zum FMedG fest, dass die Embryonenspende dazu führen würde, «dass künstlich ein Kind gezeugt wird, das weder von seiner sozialen Mutter noch von seinem sozialen Vater abstammt. Eine solche Aufspaltung der Elternschaft ist mit Rücksicht auf das Kindeswohl unerwünscht. Das Kind soll mindestens von einer der beiden Personen, die seine rechtlichen Eltern sind, auch genetisch abstammen.»⁸⁰⁶ Zudem könne die Embryonenspende «zu einer leichtfertigen Erzeugung überzähliger Embryonen führen.»⁸⁰⁷ Dem Begriff der Natur resp. des Natürlichen kommt in der Botschaft zum FMedG ebenfalls eine grosse Bedeutung zu.⁸⁰⁸ Die Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrats hielt in ihrem Bericht vom 4. Juli 2006 zur Vorprüfung der parlamentarischen Initiativen von Nationalrat Freysinger und Nationalrätin Brunschwig Graf zusammengefasst fest, dass die Lockerung des Verbotes der Embryonenspende viele neue Fragen und Probleme aufwerfen würde: So wäre der Weg für weitere Forderungen nach Eizellenspende und Leihmutterchaft geebnet. Die gespaltene Elternschaft wäre mit dem Kindeswohl nicht vereinbar. Zudem stünden juristische Fragen über die Mutterschaft an, wobei die Gesellschaft die Gewissheit verlöre, wer die Mutter eines Kindes sei, und es frage sich, ob diese Kinder Recht auf Kenntnis ihrer Abstammung hätten. Befürchtet wurden zudem eine Kommerzialisierung und eine absichtliche Erzeugung überzähliger Embryonen, «um der Nachfrage entsprechen zu können». Embryonen seien ohnehin keine Personen und könnten somit auch nicht adoptiert werden. Insgesamt sollte diese «Büchse der Pandora» nicht «weiter geöffnet» werden und somit die Embryonenspende nicht erlaubt werden.⁸⁰⁹

⁸⁰⁴ BÜCHLER, Fortpflanzungsmedizin, S. 383; KUHN, S. 78 und S. 185; LEVY, S. 202.

⁸⁰⁵ BELSER/WALDMANN, Grundrechte I, Rz. 35 f. zu Kapitel 7.

⁸⁰⁶ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 253.

⁸⁰⁷ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 253.

⁸⁰⁸ NEK, Fortpflanzung, S. 20, m.w.V. auf Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 253.

⁸⁰⁹ WBK-N, Bericht vom 4. Juli 2006, S. 3; zu den parlamentarischen Initiativen vgl. 2. Teil, Kapitel B, Ziff. 1.1.

Zusammenfassend geht es bei den nachfolgend zu prüfenden öffentlichen Interessen um die Missbrauchsgefahren aufgrund des – angeblich vermehrten – Entstehens von (überzähligen) Embryonen in vitro (Ziff. 3), um den Verlust der Natürlichkeit und den Schutz herkömmlicher Familienformen (Ziff. 4) und um die Bewahrung des Kindeswohls (insbesondere in Bezug auf die gespaltene Mutterschaft) (Ziff. 5). Zuvor soll jedoch die Kritik betrachtet werden, der sich die Fortpflanzungsmedizin generell ausgesetzt sieht (Ziff. 2), da sich eine generelle Kritik an der Fortpflanzungsmedizin und der IVF naheliegenderweise auch gegen die Embryonenspende als fortpflanzungsmedizinische Methode mit vorangegangener IVF richtet.

Bei der nachfolgenden Analyse wird mitunter Rückgriff auf die Argumentation für oder gegen die Eizellenspende genommen, da beide Formen der Spende zumindest teilweise überlappen. Das Verbot der Eizellenspende wird in der Schweizer Lehre immer mehr kritisiert; auch gibt es immer weniger Länder, welche eine solche Spende verbieten. Es ist anzunehmen, dass die Eizellenspende auch hierzulande zu gegebener Zeit legalisiert werden wird.⁸¹⁰ Die Materialien geben keinen eindeutigen Grund für die Aufnahme des Verbots der Embryonenspende in die Verfassung einerseits und den Verzicht der Aufnahme des Verbots der Eizellenspende andererseits. Gemäss Botschaft zum FMedG sollten die wichtigsten Kriterien und Voraussetzungen für die Anwendung fortpflanzungsmedizinischer Verfahren aufgenommen werden, wozu auch der Grundsatz, dass das künstlich gezeugte Kind von mindestens einem sozialen Elternteil genetisch abstammen habe, gehört.⁸¹¹ Beim Argumentarium zum Verbot der Eizellenspende werden grundsätzlich drei Problemkreise vorgebracht: Erstens entferne sich die Eizellenspende von der weitgehend natürlichen Fortpflanzung, zweitens widerspräche sie dem Wohl des Kindes, welches sich ansonsten bei der Spaltung von sozialer und genetischer Mutterschaft Schwierigkeiten bei der Identitätsfindung ausgesetzt sehe, und drittens instrumentalisieren die Eizellenspende den weiblichen Körper und setze die Spenderin gesundheitlicher Belastung und einem erhöhten Risiko von Ausbeutung und Ausnutzung aus.⁸¹² Das dritte Argument kann nicht auf die Embryonenspende übertragen werden, da der Embryo bereits existiert und keine Eizelle spezifisch für die Wunscheltern entnommen wird. Die Problemkreise der natürlichen Fortpflanzung (erstes Argument) und der Spaltung der Mutterschaft (zweites Argument) werden jedoch auch gegen die Embryonenspende vorgebracht. In diesen Bereichen wird also auch auf die Diskussion über die Legalisierung der Eizellenspende verwiesen.

⁸¹⁰ BÜCHLER, Fortpflanzungsmedizin, S. 377. Kritik gegen das Verbot der Eizellenspende anstelle vieler BÜCHLER, Eizellenspende, S. 27; RÜTSCH/WILDHABER, S. 806. Vgl. zu den neueren Entwicklungen WBK-N, Motion Eizellenspende; WBK-S, Bericht vom 22. August 2022; sowie Ausführungen im 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.3.

⁸¹¹ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 221 und 253; BÜCHLER, Eizellenspende, S. 13.

⁸¹² BÜCHLER, Eizellenspende, S. 16.

2. Generelle Kritik an der Embryonenspende als fortpflanzungsmedizinisches Verfahren

2.1. Die «Herstellung» von Embryonen

Nicht nur die Embryonenspende, sondern auch die Fortpflanzungsmedizin allgemein wird teilweise kritisiert. So wird vorgebracht, dass Kinder damit zum «Lifestyle-Produkt» gemacht würden und anstelle eines bescheidenen «Wünschens» ein skrupelloses «Wollen» trete.⁸¹³ Teils wird kritisch dargelegt, die IVF diene nicht nur der Therapie von Unfruchtbarkeit, sondern sei auch eine «Lebensplanungshilfe», indem sie einem aufgrund der persönlichen Lebensplanung aufgeschobenen Kinderwunsch zur späteren Realisierung ver helfe.⁸¹⁴ Die Entstehung des Menschen werde zudem entpersonalisiert, da für die Fortpflanzung keine Beziehung zwischen den genetischen Eltern mehr nötig sei. Der Beziehungscharakter werde durch ein rein technisches Verfahren ersetzt.⁸¹⁵

So macht es für MAIO einen wesentlichen Unterschied, ob ein Mensch natürlich in vivo durch Mann und Frau gezeugt oder mittels Reproduktionsmedizin in vitro mittels Technik produziert wurde; durch Letzteres werde der Mensch zum Produkt im Sinne eines Herstellens.⁸¹⁶ Herstellen heisse denn auch Beherrschen und ein beliebiges Reproduzieren.⁸¹⁷ Menschliches Leben könne aber eben gerade nicht hergestellt werden, sondern man könne ihm lediglich zum Entstehen verhelfen. Es lasse sich nicht machen, sondern nur empfangen und annehmen.⁸¹⁸ Zudem hiesse Herstellen auch das Eingehen einer «Rücknahmepflicht», wenn das Produkt nicht den gewünschten Vorgaben entspreche. Dieser Gedanke der Reversibilität widerspreche der Handlung der Zeugung.⁸¹⁹ Allein die Idee, dass es gut sei, ein Kind zu bekommen, weil man sich ein Kind wünsche, stufe das Kind bereits zum Instrument herab, da in seinem Sein lediglich die Erfüllung einer dienenden Funktion gesehen werde.⁸²⁰ Dem entgegenen BLEISCH/BÜCHLER, dass die meisten

⁸¹³ BLEISCH/BÜCHLER, S. 34 f.

⁸¹⁴ WACHTER, S. 86 f. So scheint die Eizellenvorsorge aus medizinischen Gründen gesellschaftlich deutlich akzeptierter zu sein als die Eizellenvorsorge durch Frauen, welche die Familiengründung zeitlich hinauszögern möchten (BLEISCH/BÜCHLER, S. 105).

⁸¹⁵ Deutscher Ethikrat, S. 76 f.; MAIO, Bestellbare Kinder, S. 24. Ähnlich BRENDLER: «Bei jedem fünfzigsten Kind, das in der Schweiz geboren wird, ist der Weg zum Wunschkind inzwischen ein Prozess, der nicht mehr nur von Glück und Liebe, sondern von Technik, gutem Einkommen und gutem Gefrierschutzmittel abhängig ist» (BRENDLER, S. 37).

⁸¹⁶ MAIO, Der herstellbare Mensch, S. 383; MAIO, Leben als Geschenk, S. 34 f. Die Erzeugung durch den natürlichen Akt des Geschlechtsverkehrs sei eher als «Schenkungs» zu verstehen (MAIO, Der herstellbare Mensch, S. 383 f.).

⁸¹⁷ MAIO, Leben als Geschenk, S. 34.

⁸¹⁸ MAIO, Der herstellbare Mensch, S. 385; MAIO, Leben als Geschenk, S. 35.

⁸¹⁹ MAIO, Leben als Geschenk, S. 36, welcher seine Kritik noch weiter zuspitzt, indem er Reproduktionsmedizinern vorwirft, die Embryonen als produzierbare und in Güterklassen einzuteilende Waren oder Konsumgüter zu betrachten (MAIO, Leben als Geschenk, S. 37). Vgl. auch MAIOS ausführliche Kritik am Begriff des Herstellens in MAIO, Bestellbare Kinder, S. 14 ff.

⁸²⁰ MAIO, Leben als Geschenk, S. 35.

Kinder heutzutage ohnehin geplant seien, unabhängig von der Art ihrer Zeugung.⁸²¹ Darüber hinaus erscheine die allgemeine Kritik an den Praktiken der Fortpflanzungsmedizin als moralisierend und nicht frei von weltanschaulicher Beeinflussung, was im modernen Rechtsstaat unzulässig sei.⁸²² Kritische Stimmen zur homologen IVF an sich sind heutzutage allerdings weitgehend verstummt. Die Kritik an der «Herstellung» der Embryonen bezieht sich mehr auf die Missbrauchsgefahren im Umgang mit den extrakorporal verfügbaren Embryonen.⁸²³

2.2. Risiken für das Kinderwunschaar bei fortpflanzungsmedizinischen Verfahren

Um die Befruchtungsrates zu steigern, werden der Frau bei IVF-Behandlungen mehrere Eizellen gleichzeitig entnommen. Dies bedingt, dass in einem Zyklus mehrere Eizellen heranreifen müssen, was aufgrund hormoneller Stimulation geschieht. Während bei einem natürlichen Zyklus in der Regel eine Eizelle heranreift, sind es nach hormoneller Stimulation bei der IVF bis zu 15 Eizellen.⁸²⁴ Dies birgt die Gefahr eines ovariellen Hyperstimulationssyndroms bei der behandelten Frau, welches bis zum Nierenversagen führen kann.⁸²⁵ Heutzutage kommt es dank intensiverem Monitoring allerdings nur noch bei weniger als einem Prozent der behandelten Frauen zu einem ovariellen Hyperstimulationssyndrom.⁸²⁶ Die physischen Belastungen der Frau bei Hormonbehandlungen sind aber auch sonst hoch, da weitere Nebenwirkungen durch die Medikamente auftreten können. So ist mit Hitzewallungen, Stimmungs- und Gewichtsschwankungen sowie Übelkeit zu rechnen.⁸²⁷ Da die Entnahme der Eizellen ein operativer Eingriff ist, gelten zudem die normalen Risiken einer Operation wie beispielsweise Blutungen, Infektionen oder Verletzungen an umliegenden Organen.⁸²⁸ Insbesondere bei der Eizellenspende werden die physischen Risiken der Spenderin regelmässig thematisiert; aufgrund der genannten Risiken wird eine Gefahr der Instrumentalisierung und Ausbeutung der Eizellenspenderin gesehen.⁸²⁹ Diese Kritik kann jedoch nicht auf die Embryonenspende angewandt werden: Die überzähligen Embryonen, welche zur Spende freigegeben werden könnten, wurden mit Eizellen gezeugt, welche der Frau in eigener Fortpflanzungsabsicht entnommen wur-

⁸²¹ BLEISCH/BÜCHLER, S. 34 f.

⁸²² BLEISCH/BÜCHLER, S. 28 f.

⁸²³ Siehe 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 3; vgl. auch BLEISCH/BÜCHLER, S. 28 f.

⁸²⁴ Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5863; BERTSCHI, S. 17.

⁸²⁵ KAISER, Kommentar ESchG, A. IV., Rn. 189.

⁸²⁶ WUNDER/RÖTHLISBERGER, SHK FMedG, N 23 zu Medizinische und genetische Grundlagen, m.w.V. auf <https://www.sgrm.org/de/kommissionen/fivnat-main_de/fivnat-statistiken> (besucht am 19. Mai 2024).

⁸²⁷ ROST, SHK FMedG, N 7 zu Soziologische Hintergründe der Fortpflanzungsmedizin.

⁸²⁸ AEBI-MÜLLER, SHK FMedG, N 47 zu Art. 6; WUNDER/RÖTHLISBERGER, SHK FMedG, N 24 zu Medizinische und genetische Grundlagen, m.w.V. auf <https://www.sgrm.org/de/kommissionen/fivnat-main_de/fivnat-statistiken> (besucht am 19. Mai 2024).

⁸²⁹ Siehe Ausführungen bei BÜCHLER, Eizellenspende, S. 24; CZECH, S. 190 f.; GOLOMBOK, S. 92; STEINER/ROGGO, S. 478; WÜRFEL, S. 222.

den. Die Spenderin lässt sich die Eizellen nicht für Spendezwecke entnehmen. Eine Instrumentalisierung der genetischen Mutter kann hier also nicht gesehen werden.

Die Risiken der physischen Belastung für die Mutter durch die Hormonstimulation und die Operation sind bei der Embryonenspende durchaus ernst zu nehmen. Allerdings unterscheiden sie sich nicht von der homologen IVF: In der Phase der Eizellentnahme befindet sich das Paar noch im IVF-Prozess mit eigenen Keimzellen resp. de lege lata zumindest mit eigenen Eizellen. Das medizinische Verfahren der IVF hat sich weitgehend etabliert. Trotz Etablierung und Erfolgsquote der IVF-Behandlung dürfen potenzielle physische Risiken für die behandelte Frau nicht ausser Acht gelassen werden. Diese sind allerdings durch das Gesetz bereits abgedeckt: Der Arzt oder die Ärztin hat nach Art. 5b–6a FMedG abzuklären, ob das Kinderwunschpaar den psychischen und physischen Anforderungen der Behandlung gewachsen ist. Das Fortpflanzungsverfahren soll nur durchgeführt werden, solange das gesundheitliche Wohl der Patientin im Mittelpunkt steht, die Behandlung nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft durchgeführt wird und dafür Sorge getragen wird, dass voraussehbare oder vermeidbare Gesundheitsbeeinträchtigungen nicht auftreten. Folglich sind all jene Methoden zu verbieten, die ein übermässiges Risiko für die Patientin oder das Ungeborene bergen, einen Experimentalcharakter aufweisen oder sehr ungewisse Erfolgchancen haben (sog. Nichtschädigungs-Prinzip).⁸³⁰

Die psychischen Beeinträchtigungen der reproduktionsmedizinischen Behandlung, insbesondere bei ausbleibendem Erfolg, sind ebenfalls zu beachten.⁸³¹ So sind einige Paare durch die IVF-Behandlungen erheblichem psychischem Stress ausgesetzt.⁸³² Es kann auch zu Druck auf das kinderlose Paar seitens Gesellschaft oder Ärzteschaft kommen, sich den Kinderwunsch mit der Fortpflanzungsmedizin erfüllen zu müssen; dies umso mehr, als die ungewollte Kinderlosigkeit als überwindbare Krankheit angesehen wird und somit nur bestehe, weil die Frau oder das Paar nicht genug in die Beratung oder technischen Möglichkeiten investiert hätten.⁸³³ IVF-Verfahren sind zudem teuer: In der Schweiz belaufen sich die Kosten für Medikamente zur hormonellen Stimulation der Frau, die operative Entnahme der Eizellen, die Befruchtung in vitro, das Kultivieren der Embryonen und den anschliessenden Transfer in die Gebärmutter (wobei oft mehrere Therapiezyklen und Transfers erforderlich sind) auf mindestens CHF 10'000.00 (Stand 2017).⁸³⁴

⁸³⁰ BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 269.

⁸³¹ ROST, SHK FMedG, N 8 zu Soziologische Hintergründe der Fortpflanzungsmedizin.

⁸³² AEBI-MÜLLER, SHK FMedG, N 52 zu Art. 6; DORN/WISCHMANN, Reproduktionsmedizin, S. 497. Zu beachten ist auch, dass Paare oft unterschiedlich mit dem ausbleibendem Kinderwunsch-Erfolg umgehen und dies folglich auch die Paarbeziehung belasten kann (AEBI-MÜLLER, SHK FMedG, N 53 zu Art. 6).

⁸³³ So auch AEBI-MÜLLER, SHK FMedG, N 63 zu Art. 6; MAIO, Der herstellbare Mensch, S. 381; MAIO, Leben als Geschenk, S. 39.

⁸³⁴ NEK, Social Egg Freezing, S. 7. Ausführungen zur Kostenübernahme von fortpflanzungsmedizinischen Behandlungen durch die Krankenversicherungen siehe GÄCHTER/HACK-LEONI, SHK FMedG, N 25 ff. zu Krankenversicherungsrechtliche Bezüge; NZZ vom 5. Februar

Die Wunscheltern sind grundsätzlich als handlungs- und entscheidungsfähige Patientinnen und Patienten in einem Fortpflanzungsmedizinverfahren zu betrachten. Gesetzliche Restriktionen aufzuerlegen, weil es bei einigen der Paare zu finanziellen Engpässen, physischen Risiken bei der Eizellentnahme oder psychischen Problemen führen könnte, wirken paternalistisch. Eine Aufklärung über die Risiken ist vonnöten, allerdings sollte die Entscheidungsfreiheit in Bezug auf die eigenen Risiken bei den Wunscheltern liegen. Potenziellen Wunscheltern den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin uneingeschränkt zu verweigern mit dem Argument, dass sie damit einem gesellschaftlichen Druck zur Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Eingriffe unterlägen, hält insbesondere FATEH-MOGHADAM für nicht haltbar: Die Entscheidungsfreiheit der Wunscheltern sei nach wie vor gewahrt, solange dieser Druck «nicht im Einzelfall die Qualität eines nach allgemeinen medizin- bzw. strafrechtlichen Kriterien nötigen Zwanges» annehme.⁸³⁵ Für die Embryonenspende stellt sich dann eine Differenzierungsfrage, wenn sich die Wunscheltern an den Kosten für die IVF der Spendeeltern beteiligen: Durch die finanzielle Unterstützung der Spendeeltern durch die Wunscheltern könnte ein zu grosser Anreiz für die Spendeeltern geschaffen werden, ihre überzähligen Embryonen zu spenden. Die Spendeeltern könnten vor dem Entscheid stehen, aus Kostengründen entweder gar keine eigenen Kinder zu haben oder aber eigene Kinder zu haben mit der Zwangsfolge, einige ihrer Embryonen spenden zu müssen. Durch ein Verbot der Kommerzialisierung lässt sich ein allfälliger ökonomischer Druck oder Zwang zur Spende überzähliger Embryonen jedoch unterbinden.⁸³⁶

3. Missbrauchsgefahren aufgrund des Entstehens von (überzähligen) Embryonen in vitro

3.1. Die Generalklausel des Missbrauchs in Art. 119 Abs. 1 BV: Menschenwürde, Eugenik und Damnbrüche

Die Möglichkeiten der Fortpflanzungsmedizin wecken in der Gesellschaft die Befürchtung, dass daraus gewonnene wissenschaftliche Erkenntnisse zum Nachteil der künftigen Generationen missbraucht werden könnten und dies schlussendlich zu einer Instrumentalisierung des menschlichen Lebens führen könnte.⁸³⁷ Das Verbot der Embryonenspende spiegelt den Zeitgeist bei der Entstehung von Art. 24^{novies} aBV wider, als die Themen der Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie mit verschiedenen Ängsten der Gesellschaft über mögliche Auswüchse und Missbräuche dieser damals noch weitgehend unbekanntem Technologien der Fortpflanzungsmedizin in Verbindung gebracht wurden.⁸³⁸ Missbrauchsbefürchtungen wurden auch anschliessend im Rahmen der Volksabstimmungen im Vorgang zum FMedG laut.⁸³⁹

2020, <<https://www.nzz.ch/schweiz/unfruchtbarkeit-eine-krankenkasse-ruettelt-am-tabu-ld.1538419>> (besucht am 19. Mai 2024).

⁸³⁵ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 13, m.w.V.

⁸³⁶ Vgl. dazu 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 3.2.3.3.

⁸³⁷ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 208.

⁸³⁸ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 14; KUHN, S. 352; RÜTSCHKE, Art. 119, S. 195.

⁸³⁹ Siehe NEK, Fortpflanzung, S. 21.

Art. 119 Abs. 1 BV sieht vor, dass der Mensch vor Missbräuchen der Fortpflanzungsmedizin geschützt wird. Das Argument der Menschenwürde wird in der Fortpflanzungsmedizin als Rechtfertigung der Beschränkung zum Zugang zur Reproduktionsmedizin genannt.⁸⁴⁰ Es ist allerdings nicht so zu verstehen, dass sämtliche heterologen Fortpflanzungsmethoden unzulässig seien.⁸⁴¹ Als Missbrauch i.S.v. Art. 119 Abs. 1 BV kommen für den Verfassungsgeber die Instrumentalisierung sowie die Kommerzialisierung des Menschen, die Diskriminierung einzelner Gruppen und eugenische Tendenzen in Betracht.⁸⁴² Wann die Schwelle zum Missbrauch erreicht ist, erläutert Art. 119 BV nicht. Der Verfassungsgeber geht davon aus, dass sie zumindest in den Fällen von Abs. 2 überschritten ist, also auch bei einer Embryonenspende.⁸⁴³ Diese Bestimmungen sollen unter anderem die Entstehung überzähliger Embryonen und deren Zweckentfremdung verhindern, was wegen der Missbrauchsverhinderung als Anliegen der Gesellschaft betrachtet wird.⁸⁴⁴ Durch die Festlegung rechtlicher Voraussetzungen und Grenzen für die Reproduktionsmedizin in Art. 119 BV respektiert der Verfassungsgeber die Menschenwürde, indem er den besonderen Wert des Menschen anerkennt und seine Degradierung zum fremdbestimmten Objekt verhindert. Das Ziel besteht darin, den Menschen als einzigartiges und unverwechselbares Individuum zu schützen, ohne ihn zu instrumentalisieren oder herabzuwürdigen.⁸⁴⁵

Bei der Embryonenspende lassen sich drei mögliche Bereiche des Missbrauchs identifizieren, die sich teilweise auch überschneiden: die Embryoselektion, eine Kommerzialisierung der Spende (und die damit verbundene Instrumentalisierung des Embryos) und das bewusste Entstehenlassen überzähliger Embryonen. In diesem Kontext sind auch die Gefahren im Hinblick auf die Eugenik und einen möglichen «Dambruch»⁸⁴⁶ relevant. Nicht behandelt wird die mögliche missbräuchliche Verwendung von Embryonen *in vitro* in der Forschung: Die Frage, ob die Embryonenspende zulässig ist oder nicht, soll keinen Einfluss auf den Umgang mit überzähligen Embryonen haben, die in der Forschung Verwendung finden. Im vorliegenden Rahmen behandelt werden also nur mögliche Missbräuche im Reproduktionskontext.

⁸⁴⁰ KUHN, S. 245. Vgl. auch BIRNBACHER, Menschenwürde, S. 250. Kritisch dazu insbesondere FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 25.

⁸⁴¹ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 215.

⁸⁴² RÜTSCHÉ/PICECCHI, SHK FMedG, N 17 f. zu Art. 119 BV.

⁸⁴³ Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5940 f.; RÜTSCHÉ/PICECCHI, SHK FMedG, N 20 ff. zu Art. 119 BV.

⁸⁴⁴ Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5945; KUHN, S. 201. Schon bei der Normierung von Art. 24^{novies} aBV wurde durch die Limitierung der zu erzeugenden Embryonen die Bannung der Missbrauchsgefahr angestrebt (vgl. Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 113 f.).

⁸⁴⁵ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 223 und S. 245. Laut RÜTSCHÉ/PICECCHI geht es um den Schutz der Würde des einzelnen Menschen und nicht etwa um eine Gattungswürde (RÜTSCHÉ/PICECCHI, SHK FMedG, N 33 zu Art. 119 BV). Dies ist allerdings umstritten (vgl. FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 25).

⁸⁴⁶ Siehe dazu Erläuterungen in Fn. 850.

Eugenik bedeutet die «Selektion menschlichen Lebens auf der Basis von dessen Bewertung»⁸⁴⁷. Es handelt sich dabei um eine Wissenschaft, welche durch «Heranzüchtung» den Anteil von positiv bewerteten Erbanlagen in der Gesellschaft vergrößern möchte und so das menschliche Erbgut zu verbessern sucht. Die dadurch vorgenommene Selektion kann entweder durch die Förderung der Reproduktion von gesunden oder wünschenswerten Menschen geschehen (sog. «positive Eugenik») oder durch die Verhinderung, dass sich kranke oder nicht wünschenswerte Menschen fortpflanzen (sog. «negative Eugenik»)⁸⁴⁸. Die Ablehnung gegenüber insbesondere der heterologen oder selektiven Fortpflanzungsmedizin gründet oftmals auf der Vorstellung, dass mit diesen Methoden der Eugenik der Weg bereitet wird und sogar «Züchtungsverfahren» mit genetischer Diagnostik oder Manipulation folgen und dadurch eine gezielte Herstellung wünschenswerter Qualitätsmerkmale erreicht werden soll, um den Ansprüchen der Eltern oder der Gesellschaft zu genügen.⁸⁴⁹

Dammbruch- oder «Slippery Slope»-Argumente besagen, dass, selbst wenn eine Massnahme im Einzelfall angemessen oder moralisch vertretbar sei, diese den Weg für Verschiebungen in den moralischen Wertvorstellungen der Gesellschaft ebne.⁸⁵⁰ Die Kernidee des Dammbruch-Arguments ist die «Behauptung, dass eine [moralisch unproblematische] Praxis zu einer anderen, verwerflichen Praxis führt.»⁸⁵¹ Dammbruch-Argumente werden beispielsweise von Gegnern der PID vorgebracht: Befürchtet wird, dass von einer anfänglichen Diagnose einer vererblichen Krankheit automatisch in kleinen Schritten weitergegangen wird und schlussendlich Massnahmen wie die Geschlechtswahl eingeführt oder triviale Aspekte wie soziale Auffälligkeiten selektioniert werden. Die Folge wäre ein «Mensch nach Mass», die Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen oder die

⁸⁴⁷ SEELMANN/DEMKO, S. 2.

⁸⁴⁸ Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5880; GYNGELL/SELGELID, S. 151; KUHN, S. 19; MARSHALL, S. 485; NEK, Präimplantationsdiagnostik II, S. 6.

⁸⁴⁹ BIRNBACHER, Natürlichkeit, S. 140; VOGT, S. 18. Oft wird dabei auch auf die eugenischen Verbrechen der Nazizeit verwiesen, wo die heterologe Insemination regelmässig angewandt worden sein soll, um rassentechnisch wünschenswerte Kinder zu zeugen (WEYRAUCH, S. 94. Vgl. auch Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5880; GYNGELL/SELGELID, S. 146). RÜTSCHKE weist allerdings darauf, dass es eugenische Bestrebungen keineswegs nur in Deutschland gab, sondern sie sich ab Ende des 19. Jahrhunderts in Europa und Nordamerika verbreiteten (RÜTSCHKE, Eugenik und Verfassung, S. 298).

⁸⁵⁰ ZIMMERMANN, S. 68. Beim Dammbruch lautet die Analogie, dass bei einem Damm, der Wassermassen davon abhalten soll, sich über Wohngebenden oder landwirtschaftlich genutzten Flächen auszubreiten, sich eine kleine undichte Stelle rasant vergrößern kann, sodass es zu einer Kettenreaktion kommt und schlussendlich das ganze Wasser über den Damm strömt. Bei der «Slippery Slope» oder schiefen Ebene wiederum geht es darum, dass ethische Grundsätze ins Rutschen geraten können (LUNGSTRAS, S. 99). Weitere rechtstheoretische Unterscheidungen und Ausführungen zur «Slippery Slope» werden nachfolgend nicht vorgenommen. Die Bezeichnungen Dammbruch und «Slippery Slope» werden in diesem Zusammenhang synonym verwendet. Der einfacheren Lesbarkeit halber wird nachfolgend von Dammbruch gesprochen.

⁸⁵¹ SCHABER, S. 6.

Aufweichung der Verbote von anderen bioethischen Verfahren wie therapeutisches Klonen oder Keimbahntherapien. Deswegen sei bereits der erste Schritt, in diesem Beispiel also die Zulassung der PID, zu unterbinden, damit es nicht zu einem Dammbuch käme.⁸⁵² Dammbuch-Argumente haben ihre Berechtigung, wenn Beweise vorliegen, dass eine Praktik tatsächlich zu einem unerwünschten Zustand führen wird und dass dieser Zustand irreversibel ist. Der neu eingetretene Zustand muss zudem moralisch so unerwünscht sein, dass dies den Nutzen der Praktik überwiegt.⁸⁵³ Dammbuch-Argumente sind jedoch insofern schwierig, als man das Eintreten der prognostizierten Folgen weder beweisen noch widerlegen kann, da es sich stets um eine Ex-ante-Betrachtung handelt.⁸⁵⁴ Bedenken bezüglich einer möglichen Ereigniskette allein genügen zudem nicht: Es liegt in der Verantwortung des Gesetzgebers, genau und nachvollziehbar darzulegen, welche Annahmen seiner negativen Prognose zugrunde liegen und wie er daraus seine Vorhersage ableitet. Es reicht nicht aus, lediglich auf mögliche Dammbuchgefahren hinzuweisen; vielmehr muss der befürchtete Dammbuch bei einer reproduktionsmedizinischen Praxis in nachvollziehbarer Weise dargelegt werden können.⁸⁵⁵

3.2. Einordnung und Würdigung der Missbrauchsgefahren in Bezug auf die Embryonenspende

3.2.1. Kritische Bewertung der Generalklausel

Die Generalklausel des Missbrauchs in Art. 119 Abs. 1 BV ist unbestimmt und wird deswegen auch kritisiert: So kann sie aufgrund dieser Unbestimmtheit nicht als hinreichende Rechtfertigungsgrundlage für Eingriffe in die Fortpflanzungsfreiheit dienen. Vielmehr müssen konkret benennbare öffentliche Interessen oder Grundrechte Dritter durch die Reproduktionsmethode verletzt sein, damit sie als missbräuchlich eingestuft werden kann.⁸⁵⁶ Der Staat darf Verbote nicht aufgrund abstrakter Befürchtungen «auf Vorrat»⁸⁵⁷ erlassen, ohne eine genaue Prüfung der Missbrauchsgefahren der entsprechenden Fortpflanzungstechnik vorzunehmen.⁸⁵⁸ Zudem genügt der Begriff der Menschenwürde nicht, um die reproduktive Autonomie (lediglich) unter Berufung auf herrschende gesellschaftliche Vorstellungen über Moral und Sittlichkeit zu beschränken.⁸⁵⁹ Art. 119 Abs. 1 BV umfasst des Weiteren auch die Persönlichkeit als Schutzobjekt; darunter fällt auch die reproduktive Autonomie. Der Gesetzgeber ist also gehalten, die Einschränkungen in der

⁸⁵² GUILLOD, S. 38; NEK, Präimplantationsdiagnostik, S. 27; RÜTSCHKE, Reproduktionsmedizin und Embryonenforschung, S. 95 f.

⁸⁵³ ZIMMERMANN, S. 68. Siehe auch BECK, S. 109.

⁸⁵⁴ GUILLOD, S. 38.

⁸⁵⁵ BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 58; DORNECK, S. 86. Vgl. ähnlich BECK, S. 109; ZIMMERMANN, S. 68.

⁸⁵⁶ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 23.

⁸⁵⁷ So RÜTSCHKE, Eugenik und Verfassung, S. 311.

⁸⁵⁸ RÜTSCHKE, Eugenik und Verfassung, S. 310 f. Vgl. ähnlich SEELMANN/DEMKO, S. 27.

⁸⁵⁹ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 25.

Fortpflanzungsmedizin stets auch in Abwägung mit der Fortpflanzungsfreiheit der Betroffenen zu prüfen.⁸⁶⁰

Bei den genannten Missbrauchsgefahren handelt es sich zudem um Momentaufnahmen der Risiken und der gesellschaftlichen Wertung im Zeitpunkt der Entstehung von Art. 119 BV: Die gesellschaftlichen Wertvorstellungen können sich so geändert haben, dass einzelne der aufgezählten Fälle von Abs. 2 von einer Mehrheit der Gesellschaft nicht mehr als Missbrauch betrachtet werden und in der Folge eine Anpassung des Gesetzes wie auch von Art. 119 BV notwendig wird.⁸⁶¹ So betrachtete der historische Gesetzgeber die PID als missbräuchliche Anwendung der Gentechnologie im Humanbereich.⁸⁶² Von einer Mehrheit der Schweizer Stimmbevölkerung wurde sie später allerdings nicht mehr als unerlaubter Missbrauch angesehen und per 1. September 2017 legalisiert.⁸⁶³

3.2.2. *Embryoselektion*

3.2.2.1. *Generell: Genetische und weitere Untersuchungen am Embryo in vitro*

Bevor auf die Embryoselektion bei der Embryonenspende eingegangen wird (vgl. nachfolgend Ziff. 3.2.2.2), sind zuerst einige Anmerkungen zur Embryoselektion in der modernen Fortpflanzungsmedizin im Allgemeinen zu machen. Heutzutage sind sowohl genetische Daten wie auch menschliche Embryonen verfügbar, was das Potenzial für Missbrauch durchaus erhöht: Es besteht die Angst, dass dadurch der Respekt vor dem menschlichen Leben insgesamt abnimmt und in der Folge auch fundamentale Rechtsprinzipien wie die Menschenwürde vernachlässigt werden.⁸⁶⁴ So kann eine Selektion der Keimzellenspende aufgrund äusserer Erscheinung oder sonstiger Qualifikationen (Stichwort «Nobelpreisträger-Samenbank») eugenische Bestrebungen unterstützen.⁸⁶⁵ Beim Einsatz von IVF und Genom-Tests sind Eugenik-Gefahren nicht von der Hand zu weisen. So gibt es beispielsweise in den USA bereits Tendenzen, dass sich Paare freiwillig einer künstlichen Befruchtung unterziehen, um das Genom des Embryos zu testen und so Krankheitsrisiken zu minimieren.⁸⁶⁶ Die PID wurde bei der Erarbeitung des FMedG für verboten erklärt, da man befürchtete, sie könne zu einer immer weiter ausgebauten und sich auf genetische Manipulationen fokussierten Embryonenselektion und somit zu Eugenik führen.⁸⁶⁷ So berge die Qualifikation einer Krankheit als für die PID zugelassen die Gefahr

⁸⁶⁰ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 26, m.w.V. auf RÜTSCHÉ/PICÉCCHI, SHK FMedG, N 41 zu Art. 119 BV.

⁸⁶¹ KUHN, S. 345; RÜTSCHÉ/PICÉCCHI, SHK FMedG, N 20 ff. zu Art. 119 BV.

⁸⁶² RÜTSCHÉ, SHK FMedG, N 22 zu Art. 1, mit Hinweis auf Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 207, 237, 245.

⁸⁶³ RÜTSCHÉ/PICÉCCHI, SHK FMedG, N 22 zu Art. 119 BV. Ähnliche Tendenzen sind auch bei der Eizellenspende erkennbar (vgl. WBK-S, Bericht vom 22. August 2022).

⁸⁶⁴ BÜCHLER, Fortpflanzungsmedizin, S. 376; BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 112.

⁸⁶⁵ HEGNAUER, Künstliche Fortpflanzung und Grundrechte, S. 247 f.

⁸⁶⁶ NZZ am Sonntag vom 23. September 2018, S. 51 (Interview mit Bioethiker Jeffrey Kahn).

⁸⁶⁷ RÜTSCHÉ/ZEGG, SHK FMedG, N 72 f. zu Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts m.w.V. Vgl. auch NZZ vom 13. Januar 2009, <<https://www.nzz.ch/>

einer Diskriminierung von mit dieser Krankheit lebenden Menschen. Zudem könne so ein Druck auf werdende Eltern entstehen, Embryonen auf solche Krankheiten untersuchen und gegebenenfalls nicht einpflanzen zu lassen.⁸⁶⁸ Gegner der PID sehen in ihr eine Gefahr der Kreierung eines «Designer-Babys», womit Eltern ein nach ihren Wünschen passendes Kind zeugen könnten; auch ein Zwang zu gesunden Babys wird befürchtet.⁸⁶⁹

Die PID kann also auch mit eugenischen Absichten und somit missbräuchlich verwendet werden, was es durch Aufstellen gesetzlicher Schranken zu verhindern gilt.⁸⁷⁰ Deswegen unterliegt die PID Zugangsbeschränkungen und weiteren Bedingungen (vgl. Art. 119 Abs. 2 lit. c BV und Art. 5a FMedG).⁸⁷¹ Die PID bedient sich zudem ausschliesslich einer negativen Selektion, d.h. des Ausschlusses einer Keimzelle oder eines Embryos mit entsprechender Trägereigenschaft. Mit Ausnahme der positiven Selektion bei der heterologen Samenspende verbietet bereits Art. 119 Abs. 2 lit. c BV die positive Selektion in jeglicher Form.⁸⁷² Ein Recht auf positive Eugenik wird verneint.⁸⁷³

Wie bereits ausgeführt, unterliegen auch fortpflanzungsmedizinische Methoden und darauf bezogene Bedenken einem gesellschaftlichen Wandel. So sind gewisse reproduktions-

die_fortpflanzungsmedizin__ein_stiefkind_der_politik-ld.539239» (besucht am 19. Mai 2024). Diese Art der Eugenik hat aber keine Rassenideologie oder Verbesserung des Genpools der Bevölkerung zum Ziel, sondern es geht um den Wunsch von Eltern, gesunde Kinder zu haben. Im Zentrum stehen somit deren private Interessen und nicht öffentliche Ziele (RÜTSCHKE, Eugenik und Verfassung, S. 300).

⁸⁶⁸ LUNGSTRAS, S. 170 f. Siehe auch Ausführungen bei BÜCHLER, Fortpflanzungsmedizin, S. 380; ZIMMERMANN, S. 160 f. Kritisch ist insbesondere auch MAIO, Das ausgesuchte Kind, S. 43 ff.

⁸⁶⁹ So z.B. bei CHOI, S. 184 f.; MAIO, Das ausgesuchte Kind, S. 44. Die NEK und BLEISCH/BÜCHLER kritisieren den Begriff des «Designer-Babys», da er fälschlicherweise suggeriere, Menschen würden gezüchtet und Eigenschaften eines Babys seien nach dem Geschmack und Wunsch seiner Erzeuger auswählbar. Dies sei jedoch falsch, da unsere Eigenschaften nicht nur von unseren Genen, sondern auch von der Umwelt und den Lebensbedingungen abhängen (BLEISCH/BÜCHLER, S. 179; NEK, Präimplantationsdiagnostik, S. 44; NEK, Präimplantationsdiagnostik II, S. 6; NEK, Samenspende, S. 24). Eine negative Selektion, wie sie bei der PND und PID vorgenommen wird, eignet sich laut FROMMEL ohnehin nicht zur Wahl eines «Designer-Babys» (FROMMEL, Menschenwürde, S. 419).

⁸⁷⁰ NEK, Präimplantationsdiagnostik II, S. 8.

⁸⁷¹ So dürfen nach Art. 119 Abs. 2 lit. c BV Fortpflanzungsverfahren nicht angewendet werden, um beim daraus zu entstehenden Kind bestimmte Eigenschaften herbeizuführen. Zudem darf die genetische Untersuchung nicht für das Entdecken einer Veranlagung zu einer beliebigen Krankheit, sondern nur für das Aufspüren schwerer Krankheiten verwendet werden (vgl. Art. 5a FMedG).

⁸⁷² AEBI-MÜLLER et al., Rz. 228 zu § 8; BIAGGINI, OFK BV, N 14 zu Art. 119; BÜCHLER/RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 8 zu Art. 5a; RÜTSCHKE/PICECCHI, SHK FMedG, N 72 ff. zu Art. 119 BV. Für Ausführungen zu den Voraussetzungen siehe Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5921 und S. 5945; AEBI-MÜLLER et al., Rz. 219 zu § 8; BÜCHLER/RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 32 ff. zu Art. 5 und N 39 ff. zu Art. 5a.

⁸⁷³ SEELMANN, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, S. 25.

medizinische Verfahren, welche noch bei den Volksabstimmungen in den 1990er-Jahren Ängste hervorriefen, heutzutage standardmässig angebotene Therapien.⁸⁷⁴ Weil sich Wissenschaft und Technik rasch fortentwickeln, kann nicht immer abschliessend beurteilt werden, ob ein gewisses Reproduktionsverfahren missbräuchlich ist. Die Beurteilung, ob eine Methode Missbrauchsgefahren birgt, ist eine Daueraufgabe; Chancen und Risiken einer solchen Methode sind laufend neu zu evaluieren.⁸⁷⁵ So ist es auch möglich, rechtliche Barrieren zu errichten, sobald festgestellt wird, dass eine Technologie tatsächlich missbräuchliche Auswirkungen hat. Die rechtlichen Vorschriften können im Hinblick auf technologische Entwicklungen kontinuierlich kontrolliert und bei Bedarf angepasst werden. Auf diese Weise kann der Gesetzgeber sicherstellen, dass neue Technologien angemessen reguliert und mögliche Missbräuche verhindert werden, während die reproduktive Autonomie der Betroffenen so weit als möglich gewahrt wird.

3.2.2.2. *Embryoselektion bei der Embryonenspende*

Bei der kumulativen Eizellen- und Samenspende könnte eine besondere Gefahr in eugenischen Bestrebungen liegen, da in diesem Fall sowohl fremde Samen als auch eine fremde Eizelle verwendet werden. Dies könnte den Selektionsprozess im Vergleich zur singular angewandten Eizellen- oder Samenspende, wo immerhin 50 Prozent des genetischen Materials nicht «wählbar» ist, sondern von einem der beiden Wunscheltern stammt, stärker in den Vordergrund rücken. Auf die Spende überzähliger Embryonen trifft diese Situation jedoch nicht zu: Es geht dabei um die Adoption überzähliger Embryonen von «echten Paaren», ohne dass bei deren Entstehung eine Selektion nach dem gesellschaftlich wünschenswerten Aussehen der genetischen Eltern oder deren Fähigkeiten und Talente eine Rolle spielte. Bei der Embryonenspende geht es nicht um die Auswahl oder Selektion eines bestimmten Kindes; vielmehr handelt es sich dabei um einen zufälligerweise endgültig überzähligen Embryo. Zufällig deswegen, weil sein(e) Geschwister erfolgreich ausgetragen wurde(n) und die Familienplanung für das entsprechende Elternpaar somit abgeschlossen ist oder weil sich die genetische Mutter auch ohne vorangegangene Geburt den Embryo anders als noch bei der Erzeugung geplant nicht mehr einpflanzen lassen wollte oder konnte. Der Embryo wird weder selektiert noch verändert. Es sind vermutlich sogar eher die sich schwächer entwickelnden Embryonen, welche nach Abschluss der Familienplanung überzählig bleiben – denn Ziel bei der IVF ist es, die sich jeweils am besten entwickelnden Embryonen für den Transfer auszuwählen, um die Chancen auf eine erfolgreiche Schwangerschaft zu erhöhen.

Die Gefahr, dass durch die Embryonenspende gezielt Kinder ausgesucht oder gar «kriert» werden, muss jedoch ernst genommen werden: Durch gezielte Suche nach entsprechenden Spendern kann eine Kombination von Samen- und Eizellenspende zu einer Embryonenspende führen, bei welcher sich die Wunscheltern die genetischen Eltern nach ihren Vorstellungen aussuchen könnten. Die Embryonenspende aufgrund dieser Gefahr gänzlich zu verbieten, greift aber zu weit. Das Risiko eines Dammbrochs kann bei der Em-

⁸⁷⁴ RÜTSCHÉ, Art. 119, S. 196.

⁸⁷⁵ KUHN, S. 343.

bryonenspende sogar einfacher als bei der kombinierten Eizellen- und Samenspende eingedämmt werden: Nämlich indem strikt darauf geachtet wird, dass es sich nur um tatsächlich überzählige Embryonen handelt. Der betreffende Embryo wurde nicht in Spendeabsicht gezeugt, und die genetischen Geschwister dieses Embryos sind folglich für die IVF des genetischen Paares verwendet worden (sofern die IVF nicht bereits vor dem ersten Transfer abgebrochen wurde). Wenn der Embryo durch eine Samenspende gezeugt wurde, so ist auch hier noch kein Dammbbruch erkennbar: Die Regeln betreffend der Spenderauswahl sind in der Schweiz relativ streng (vgl. Art. 19 FMedG). Diese Regeln könnten auch für die Embryonenspende beibehalten werden. Somit würden die Wunscheltern mindestens bis zum Zeitpunkt des Transfers nicht wissen, von wem ihr Embryo genetisch abstammt. Die Auswahl würde über das Medizinpersonal erfolgen, welches eine phänotypische Angleichung des Embryos an die Wunscheltern vornehmen kann und eine allfällige Krankheitsgeschichte der genetischen Eltern einbeziehen darf. Inwieweit eine gerichtete Spende, z.B. im Familienumfeld, solchen Anforderungen genügen könnte, wäre de lege ferenda zu klären.⁸⁷⁶

Auch das Bundesgericht hielt bei der Beurteilung des kantonalen Verbots der Samenspende fest, dass man eugenischen Gefahren durchaus ohne Verbot der heterologen Samenspende entgegenwirken könne. Missbräuchen könne durch entsprechende Weisungen oder Kontrollen begegnet werden.⁸⁷⁷ Wird die Embryonenspende mit konkreten gesetzlichen Vorgaben nach den bestehenden Rahmenbedingungen des FMedG institutionalisiert, können mittels solcher Kontrollinstanzen und strafrechtlich abgesicherter Verbote die genannten Missbrauchsgefahren eingedämmt werden.⁸⁷⁸

Es scheint fraglich, ob mit einer solchen Ausgestaltung der Embryonenspende Missbrauch durch Selektion betrieben werden kann – dazu müsste ein Paar, unter Vorspiegelung der Tatsache, ihn sich einpflanzen zu lassen, einen Embryo aus eigenen Keimzellen kreieren lassen und ihn dann aber doch zur Spende freigeben. Für die homologe IVF ist die Ehe keine Voraussetzung und die Medizinerinnen und Mediziner werden die Dauer des Konkubinats nicht prüfen. Insofern könnten Wunscheltern sich die Spender aussuchen, gemeinsam mit ihnen einen Embryo erzeugen und ihn dann überzählig werden lassen. Dies könnte allerdings durch das Verbot einer gerichteten Embryonenspende unterbunden werden. Zu beachten ist bei einem solchen Szenario auch, dass teilweise im Ausland die Möglichkeit besteht, Samenspender und Eizellenspenderinnen aufgrund von Äusserlichkeiten und Charaktereigenschaften selbst auszusuchen. Eine Reise ins entsprechende Land mit dortiger Vornahme der kombinierten Samen- und Eizellenspende dürfte einfacher zu bewerkstelligen sein, als ein aufwendiges Lügenkonstrukt aufzubauen, um eine rechtsmissbräuchliche Embryonenspende in der Schweiz zu erhalten. Das Argument der Embryoselektion überzeugt also nicht zur Einschränkung der reproduktiven Auto-

⁸⁷⁶ Siehe Ausführungen im 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 3.5.1.

⁸⁷⁷ BGE 115 Ia 234 (250 f.), E. 6cc; vgl. ähnlich auch Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 222.

⁸⁷⁸ Siehe ähnlich BELSER/JUNGO, S. 211; GROPP, S. 330 (in Bezug auf die PID); MÜLLER-TERPITZ, Schutz des pränatalen Lebens, S. 511; RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 13 zu Art. 1; vgl. Ausführungen in 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.9, und im 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 3.2 und 3.3.

nomie. Zu prüfen bleibt, ob die Missbrauchsgefahren durch das befürchtete bewusste Entstehenlassen überzähliger Embryonen eintreten könnten.

3.2.3. *Bewusstes Entstehenlassen überzähliger Embryonen*

3.2.3.1. *Befürchtung der leichtfertigen Erzeugung (überzähliger) Embryonen*

Es wird weiter befürchtet, dass die Zulassung der Embryonenspende zu einer leichtfertigen Erzeugung überzähliger Embryonen führt. Auch die Dreierregel und das dazugehörige Kryokonservierungsverbot wurden damals erlassen, da man überzählige Embryonen möglichst verhindern wollte.⁸⁷⁹ Das Vorhandensein von (überzähligen) Embryonen in vitro bringt das bereits genannte Missbrauchspotenzial mit sich, wie etwa eugenische Tendenzen. Bei der Diskussion um die Zwölferregel mit der geplanten Inkaufnahme überzähliger Embryonen wurden zudem Bedenken gehegt, dass die Embryonen zu einem Material reduziert, vielleicht sogar am Markt gehandelt oder zu verschiedensten verwerflichen Zwecken missbraucht würden.⁸⁸⁰ Es besteht also grundsätzlich ein öffentliches Interesse an der Verhinderung der Entstehung überzähliger Embryonen.⁸⁸¹ Bereits 1989 urteilte das Bundesgericht, dass die Existenz von Mehrlingsschwangerschaften hinzunehmen sei, um den Missbrauchsgefahren, die durch die Existenz überzähliger Embryonen entstehen könnten, zu begegnen, nämlich indem stets alle Embryonen in vitro der Mutter eingepflanzt würden.⁸⁸² Ein Teil der Expertenkommission Humangenetik und Reproduktionsmedizin lehnte damals die Embryonenspende mit der Begründung ab, dass dadurch vorsätzlich oder zumindest leichtfertig überzählige Embryonen erzeugt würden und deren Vorhandensein Missbrauchsgefahren mit sich bringe.⁸⁸³

Auch bei einer Begrenzung der Anzahl der zu erzeugenden Embryonen und bei einem Konservierungsverbot kann das Risiko der Entstehung überzähliger Embryonen nicht ausgeschlossen werden. Es kann immer vorkommen, dass der gezeugte Embryo nicht transferiert werden kann.⁸⁸⁴ Die Entstehung überzähliger Embryonen kann nur dann verhindert werden, wenn die extrakorporale Befruchtung absolut verboten wird.

3.2.3.2. *Bewusstes Entstehenlassen überzähliger Embryonen bei der Zwölferregel*

Mit der Dreierregel war ein überzähliger Embryo in der Praxis nur gegeben, wenn die Frau innert der zwei bis drei Tage zwischen Entstehung des Embryos im Reagenzglas und dem Transfer in den Uterus ihre Meinung änderte, krank wurde oder starb. In der

⁸⁷⁹ Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1093; Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 253 und S. 266.

⁸⁸⁰ Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 S. 5890; vgl. auch MATO, *Leben als Geschenk*, S. 37.

⁸⁸¹ KUHN, S. 351.

⁸⁸² BGE 115 Ia 234 (265), E. 9c.

⁸⁸³ Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1093; zustimmend REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 63 zu Art. 119.

⁸⁸⁴ So auch JUNGFLIECH, S. 30.

Folge war nur von vereinzelt überzähligen Embryonen in der Schweiz auszugehen.⁸⁸⁵ Nicht berücksichtigt bei der Argumentation der Dreierregel wurde allerdings das Risiko des Fetozids⁸⁸⁶ und die Überzähligkeit bei imprägnierten Eizellen.

Bei der Zwölferregel wurde befürchtet, dass mit dem Kryokonservieren von Embryonen überzählige Embryonen planmässig in Kauf genommen werden.⁸⁸⁷ Dies bestätigt sich so weit in den Statistiken: Seit der Zwölferregel werden mehr Embryonen in vitro erzeugt und gleichzeitig sinkt die Anzahl der transferierten Embryonen.⁸⁸⁸ Mit der Zwölferregel ist das Verbot der Embryonenspende kaum mehr geeignet, die Existenz überzähliger Embryonen zu verhindern. Die Kritik des bewussten Entstehenlassens überzähliger Embryonen scheint in diesem Kontext widersprüchlich. Die Erhöhung auf zwölf Embryonen führt dazu, dass mehr Embryonen überzählig werden als mit der Dreierregel. Inwiefern das Embryonenspendeverbot zur Verhinderung überzähliger Embryonen beiträgt, ist nicht ersichtlich; vielmehr werden mehr Embryonen vor dem Absterben bewahrt. Diese Frage wurde in der erfolgten Verfassungs- und Gesetzesrevision mit der neu zugelassenen Zwölferregel nicht ausreichend berücksichtigt. Die Zulassung der Herstellung von zwölf Embryonen bei gleichzeitiger Beibehaltung des Verbots der Embryonenspende führt gerade dazu, dass mehr Embryonen überzählig und definitiv dem Tod geweiht sind. Es kann nicht auf die Argumentation aus der Zeit zurückgegriffen werden, als nur drei Embryonen erzeugt werden durften und diese auch sofort transferiert werden mussten. In der gegenwärtigen rechtlichen Situation hat sich die Ausgangslage wesentlich gewandelt.

Mit der Embryonenspende entstehen gerade weniger überzählige Embryonen respektive kann der Verwendungszweck dieser Embryonen erweitert werden. Somit steht die Embryonenspende «sogar im Dienst des Embryonenschutzes»⁸⁸⁹, wäre also eine Lösung zur Verringerung der Existenz überzähliger Embryonen. Deren Anteil an der Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip⁸⁹⁰ würde durch die Spende an unfruchtbare oder mit einer Erbkrankheit belastete Paare besser Rechnung getragen, als wenn sie zwingend vernichtet werden müssten. Zudem wäre die Embryonenspende im Hinblick auf die Beschneidung der reproduktiven Autonomie ein milderer Mittel im Umgang mit überzähligen Embryonen als ein totales Verbot.⁸⁹¹

Nichtsdestotrotz braucht es gesetzliche Rahmenbedingungen, um ein leichtfertiges Entstehenlassen überzähliger Embryonen bei Zulassung der Embryonenspende zu unterbinden. Diese Regelungen lassen sich aber bereits jetzt aus den bestehenden Vorgaben des

⁸⁸⁵ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 227. Wobei bei einer vorübergehenden Erkrankung der Frau die Embryonen bis zur Genesung konserviert und dann transferiert werden durften (Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 227).

⁸⁸⁶ Vgl. 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.4.1.2.

⁸⁸⁷ Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 2013 5890.

⁸⁸⁸ Siehe Zahlen im 2. Teil, Kapitel C, Ziff. 6.1; BRAUN, S. 6.

⁸⁸⁹ BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 15 zu Art. 4.

⁸⁹⁰ Siehe dazu 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.2.3 und Ziff. 4.

⁸⁹¹ BELSER/JUNGO, S. 211; BÜCHLER, Eizellenspende, S. 46; KUHN, S. 352; NEK, Fortpflanzung, S. 45.

FMedG ablesen und müssten gegebenenfalls für die Embryonenspende konkretisiert werden.⁸⁹² So kann etwa die Vorgabe, dass medizinische Reproduktionsmethoden nur als *Ultima Ratio* genutzt werden dürfen⁸⁹³, aufrechterhalten werden: Art. 5 FMedG sieht vor, dass Fortpflanzungsverfahren nur angewendet werden dürfen, wenn die anderen Behandlungsmethoden versagt haben oder aussichtslos sind (lit. a), oder aber dann, wenn die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit auf die Nachkommen nicht anders abgewendet werden kann (lit. b). Die Erzeugung von Embryonen soll also nur dann vorgenommen werden, wenn sie unerlässlich ist, um legitime Zwecke zu erreichen, d.h., die Unfruchtbarkeit zu überwinden oder schwere Krankheiten zu verhindern.⁸⁹⁴ Fortpflanzungsmethoden, die typischerweise zur Entstehung überzähliger Embryonen führen, sind demnach subsidiär gegenüber solchen Methoden anzuwenden, welche dieses Entstehungsrisiko nicht bergen. IVF-Verfahren sollen also nur bei Ausschöpfung aller anderen möglichen Massnahmen vorgenommen werden.⁸⁹⁵ Je weniger Personen die IVF in Anspruch nehmen, desto geringer ist das Risiko, dass überzählige Embryonen entstehen.

3.2.3.3. *Kommerzialisierung*

Es muss allerdings beachtet werden, dass die Erweiterung der Verwendungsmöglichkeiten durchaus Anreize schaffen könnte, mehr Embryonen entstehen und somit auch überzählig werden zu lassen. Das Verbot der Embryonenspende hat auch zum Ziel, die Gefahr der Verdinglichung menschlichen Lebens und einer Kommerzialisierung von Embryonen zu unterbinden.⁸⁹⁶ Eine Minderheitenmeinung der NEK wünscht denn auch keine Zulassung der Embryonenspende mit der Argumentation, dass so bald biologische Entitäten ausserhalb des Körpers der Frau verfügbar und der Gefahr der Verdinglichung ausgesetzt seien, was aufgrund des Druckes des internationalen Marktes zu einer Kommerzialisierung führen könnte.⁸⁹⁷ Dies könnte z.B. dadurch geschehen, dass Paare vereinbaren, dass ein unfruchtbares Paar die Kosten der (homologen) IVF eines anderen Paares übernimmt, wenn sich dieses im Gegenzug zur Spende seiner überzähligen Embryonen bereit erklärt. Bei multiplen IVF-Versuchen können die Kosten mehrere zehntausend Schweizer Franken erreichen. Manche Paare könnten der Versuchung erliegen, überzählige Embryonen zu spenden, um sich eigene Kinder «leisten» zu können, d.h., um die eigenen Kosten zu decken oder sogar Gewinn zu erzielen. Dies kann zu der befürchteten Kommerzialisierung führen. Dem kann etwa mit dem Verbot der gerichteten Spende begegnet werden.

⁸⁹² Siehe dazu Vorschläge de lege ferenda im 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 3.

⁸⁹³ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 255; vgl. auch BÜCHLER/RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 9 zu Art. 5.

⁸⁹⁴ BÜCHLER/RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 8 f. zu Art. 5. Kritisch FATEH-MOGHADAM (in Bezug auf Art. 5a Abs. 2 lit. a FMedG), der festhält, dass mit der Gesetzesrevision nun mit jeder IVF die Entwicklung mehrerer Embryonen einhergeht und nun überzählige Embryonen anfallen, egal wie eng der Begriff der schweren Krankheit gefasst werde (FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 58).

⁸⁹⁵ BÜCHLER/RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 9 und 27 zu Art. 5; ähnlich DORNECK, S. 86.

⁸⁹⁶ BELSER/JUNGO, S.193; BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG N 9 zu Art. 4.

⁸⁹⁷ NEK, Fortpflanzung, S. 45.

Aber auch bei Nichtabsprache mit einem anderen Paar kann mittels entgeltlicher Spende ein negativer Anreiz zur Erzeugung vieler Embryonen und zur Freigabe der überzähligen gegen Bezahlung geschaffen werden. Dies könnte mit einem Verbot der Übernahme der Kryokonservierungskosten durch das Wunschelternpaar für das genetische Elternpaar – mindestens bis zur endgültigen Aufgabe der Embryonen – unterbunden werden. Im Mindesten müsste eine allfällige Entschädigungszahlung an das Spendepaar klar begrenzt sein.⁸⁹⁸

Ob eine unentgeltliche Spende den überzähligen Embryo auch einer Gefahr der Instrumentalisierung oder Verdinglichung aussetzt, entspricht der Argumentation gegen die generelle «Herstellung» von Embryonen, welche sich derselben Kritik ausgesetzt sieht (etwa zum «beliebigen Reproduzieren» oder einer «Rücknahmepflicht»), welche aber mittlerweile in der Rechtslehre weitgehend an Überzeugungskraft verloren haben.⁸⁹⁹ Die Embryonenspende ist auch dann verboten, wenn sie unentgeltlich erfolgt⁹⁰⁰, jedoch ist davon auszugehen, dass sich das Verbot dabei weniger auf die Instrumentalisierung des Embryos als auf andere Gründe wie die gespaltene Mutterschaft⁹⁰¹ gründet.

3.3. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass, um die Entstehung überzähliger Embryonen zu reduzieren, die Embryonenspende «nicht nur ein besser geeignetes, sondern auch ein milderes Mittel als ein absolut wirkendes Spendeverbot»⁹⁰² ist. Die Praxis aus anderen Ländern zeigt allerdings, dass de facto nur wenige überzählige Embryonen an andere Menschen gespendet werden, sondern sie viel häufiger direkt vernichtet oder der Forschung zur Verfügung gestellt werden.⁹⁰³ Die Embryonenspende könnte die Entstehung endgültig überzähliger Embryonen also wohl nur eher geringfügig verhindern. Jedoch würde sie deren Entstehung eindeutig nicht fördern, wenn entsprechende Massnahmen ergriffen würden. Wie das Bundesgericht bereits im St. Galler-Entscheid in Bezug auf das damalige kantonale Verbot der heterologen Insemination festhielt, kann Missbrauchsgefahren «durch entsprechende Weisungen oder Kontrollen in anderer Weise als durch ein generelles Verbot [...] begegnet werden.»⁹⁰⁴ Beispielsweise dürfte durch die Möglichkeit der Embryonenspende kein Anreiz für die Erzeugung überzähliger Embryonen zwecks Spende an andere Paare geschaffen werden, so etwa durch (hohe) Entschädigungszahlungen an das Spendepaar.⁹⁰⁵

⁸⁹⁸ Siehe auch Überlegungen de lege ferenda im 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 3.3.4.

⁸⁹⁹ Siehe 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 2.1.

⁹⁰⁰ Vgl. auch BELSER/JUNGO, S. 193.

⁹⁰¹ Siehe dazu 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 4.4.1 und Ziff. 5.4.2.

⁹⁰² KUHN, S. 352.

⁹⁰³ Vgl. 2. Teil, Kapitel C, Ziff. 6.2.

⁹⁰⁴ BGE 115 Ia 234 (251), E. 6a.cc.

⁹⁰⁵ Vgl. Überlegungen de lege ferenda im 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 3.3.4.

4. Verlust der Natürlichkeit und Schutz herkömmlicher Familienformen

4.1. Inhalt des Arguments

Als Argument für die Einschränkung der Verwendung von Reproduktionsmedizin wird oft die Natürlichkeit als bionormatives Konzept vorgebracht: Eine Familie solle nur so weit entstehen, wie sie auch in der Natur vorkäme.⁹⁰⁶ Entscheidend sei laut Botschaft zum FMedG, «dass die medizinisch unterstützte Fortpflanzung nicht zu Familienverhältnissen führen sollte, die von dem, was sonst natürlicherweise möglich ist, abweichen. Das Erfordernis der Eindeutigkeit der Mutterschaft bei der Geburt, das im Satz *«mater semper certa est»*⁹⁰⁷ zum Ausdruck kommt, sollte nicht preisgegeben werden.»⁹⁰⁸ Aus diesem Grund ist gemäss Bundesrat die Samenspende in der Schweiz erlaubt, die Eizellenspende jedoch verboten. Es sei eine «Erfahrungstatsache» und komme somit auch natürlicherweise vor, dass ein (Ehe-)Mann die Vaterrolle für ein Kind übernehme, dessen genetischer und biologischer Vater er nicht sei – beispielsweise aufgrund eines Seitensprungs der Mutter. Eine entsprechende Parallele in der Natur für die Ei- oder Embryonenspende fehle; die Gebärende sei natürlicherweise immer sowohl die genetische wie auch die biologische Mutter. Dementsprechend läge auch keine Diskriminierung der Frau vor.⁹⁰⁹ Die Möglichkeit, dass aufgrund der Eizellen- oder Embryonenspende die genetische und die biologische Mutter nicht identisch sind, führe in der Gesellschaft zu einer unbekanntem Zusammenstellung der Familie, welche de lege lata als «unnatürlich» und somit unerwünscht angesehen werde.⁹¹⁰

Nach der Botschaft des Bundesrates zum FMedG soll die Fortpflanzungsmedizin familienstiftend wirken.⁹¹¹ Art. 119 Abs. 2 BV bezweckt unter anderem auch den «Schutz der Familie». Dies bedeutet, dass die aus Reproduktionsmedizin gezeugten Kinder einerseits ein Recht auf Familienleben haben, d.h., darauf, innerhalb einer Familie aufzuwachsen. Andererseits soll die Familie als gesellschaftliches Institut geschützt werden.⁹¹² Die Bundesverfassung legt allerdings nicht fest, welche Art von Familie hier genau geschützt wird. Der Begriff der Familie wird im Schweizer Recht nicht definiert, sondern lässt sich nur aus den jeweiligen Umständen erschliessen.⁹¹³

⁹⁰⁶ LEVY, S. 202.

⁹⁰⁷ Vgl. zum Grundsatz 2. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.4.2.2.

⁹⁰⁸ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 254.

⁹⁰⁹ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 254 f.

⁹¹⁰ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 252 f.; STEINER/ROGGO, S. 477.

⁹¹¹ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 246.

⁹¹² FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 27; RÜTSCHÉ/PICHECCI, SHK FMedG, N 42 zu Art. 119 BV.

⁹¹³ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 27; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1. Vgl. Ausführungen bei KUHN, S. 220; FATEH-MOGHADAM, FMedG, a.a.O.; REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 26 zu Art. 119.

4.2. Ist die (Fortpflanzungs-)Medizin «natürlich»?

Reproduktionsmedizinische Verfahren haben gerade zum Ziel, die natürliche Zeugung im Mindesten «künstlich» zu unterstützen, um die gegebene Unfruchtbarkeit zu überwinden. Es fragt sich, wo hier die Grenzen der «Natürlichkeit» gesetzt werden und wer diesen Massstab festlegt.⁹¹⁴ Generell wird in der Medizin versucht, sich gegen die «natürliche Ordnung» zu stellen, indem Krankheiten bekämpft werden.⁹¹⁵ Bei konsequenter Fortführung des Natürlichkeitsarguments müssten sämtliche fortpflanzungsmedizinischen Verfahren untersagt werden, da diese eben darauf abzielen, etwas zu schaffen, was auf natürlichem Wege nicht möglich ist (nämlich die «Überwindung der natürlich nicht vorhandene[n] Fortpflanzungsfähigkeit»⁹¹⁶).⁹¹⁷ Reproduktionsmedizinische Verfahren sind also per se «unnatürlich».⁹¹⁸ Selbst bei auf den ersten Blick «natürlich» anmutenden fortpflanzungsmedizinischen Methoden ist die Abgrenzung zwischen «natürlich» und «künstlich» schwierig, wie beispielsweise bei intrauteriner Insemination oder Hormonbehandlungen.⁹¹⁹ Es stellt sich die Frage, wieso bei der künstlichen Fortpflanzung so exkludierend auf den Begriff der «Natur» abgestellt wird, wenn es doch gerade darum geht, die von der Natur verwehrte eigene Fortpflanzung zu ersetzen.⁹²⁰ Paare nehmen die Fortpflanzungsmedizin eben deswegen in Anspruch, um die ihnen von der Natur auferlegten Schranken, nämlich ein gemeinsames Kind zu bekommen, zu überwinden. Zudem sind viele reproduktionsmedizinische Methoden wie IVF, ICSI und die Kryokonservierung, welche in der Natur so ebenfalls nicht vorkommen, erlaubt.⁹²¹ Es erscheint also paradox, wenn man die In-vitro-Fertilisation mit heterologer Samenspende noch als «natürlich genug» betrachtet, die Embryonenspende als «präinatale Adoption» jedoch bereits zu unnatürlich scheint, als dass sie zulässig sein sollte.

Zum Zeitpunkt der Schaffung des Fortpflanzungsmedizingesetzes wurde die heterologe Samenspende bereits praktiziert. So kann es denn sein, dass die Kategorisierung von «Natürlichem» und «Unnatürlichem» auch von kulturellen und entwicklungsgeschichtlichen Veränderungen abhängig ist.⁹²² BLEISCH/BÜCHLER merken an, dass der Begriff der Natürlichkeit häufig rein suggestiv verwendet werde und auch nicht klar sei, wogegen diese «Na-

⁹¹⁴ So auch BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 260; LEVY, S. 203.

⁹¹⁵ JUNOD/WUNDER/HURST, Rz. 43.

⁹¹⁶ BERTSCHI, S. 47.

⁹¹⁷ So auch BERTSCHI, S. 47; KUHN, S. 231; SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro, Rz. 235.

⁹¹⁸ BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 25 zu Art. 3.

⁹¹⁹ Vgl. Ausführungen bei BIRNBACHER, Natürlichkeit, S. 138.

⁹²⁰ So auch BÜCHLER, Konzeptionen, S. 1182; BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 243.

⁹²¹ Vgl. ähnlich NEK, Eizellenspende, S. 14; REHMANN-SUTTER, S. 181; SEELMANN/DEMKO, S. 4.

⁹²² BÜCHLER, Eizellenspende, S. 17, m.w.V. Nicht gefolgt werden kann dem Argument, dass, da die Samenspende wegen deren Einfachheit sogar von Laien zuhause angewendet werden könne, ein entsprechendes Verbot der Samenspende kaum durchgesetzt und kontrolliert werden könne und sie deshalb legal sei (so vorgebracht von GÜNTHER, Kommentar ESchG, B. V., Rn. 90). Dazu ist widersprüchlich, dass die Samenspende für alleinstehende Frauen nach wie vor nicht zugelassen ist. Zudem ist die Umgehung des Verbots der Eizellen- und Embryonen-

türlichkeit» kontrastiert werden solle, ob gegen gesellschaftlichen Wandel, technischen Fortschritt oder kulturelle Neuformungen. Eindeutig sei nur die Kritik, dass das von Natur aus Seiende dem vom Menschen Hervorgebrachten grundsätzlich vorzuziehen sei. Damit komme aber vielmehr ein «diffuses Unbehagen» zum Ausdruck, das sich gegen die fortschreitende Technologisierung der Möglichkeiten der Reproduktion richte.⁹²³ Es fragt sich auch, inwieweit das «Natürliche» überhaupt rechtlich schützenswert ist. Zudem zu kritisieren ist die Qualifizierung der «herkömmlichen Familie» als die «natürliche» Familienform. Diese beiden Aspekte werden nachfolgend in Ziff. 4.3 und 4.4 ausgeführt.

4.3. Rechtliche Schutzwürdigkeit des «Natürlichen»?

Argumentiert wird, dass das «Natürliche» im Kontext der Fortpflanzungsmedizin auf zwei verschiedene Arten verstanden werden kann: Einerseits, um «das Tatsächliche» zu überwinden, also unfruchtbaren Paaren zu Nachwuchs zu verhelfen, andererseits im Sinne von «das üblicherweise Erwünschte, für gesund und richtig Gehaltene». Wenn man diese Unterscheidung zugrunde lege, erscheine das Argument der Natürlichkeit gegen die Embryonenspende nicht mehr paradox.⁹²⁴ Aber auch bei einer solchen Interpretation des Natürlichen eignet sich das Argument nicht zur Begründung des Verbots der Embryonenspende: Wenn man den natürlichen Prozess *tel quel* bevorzugt, weil er «von Natur» aus abläuft, würde dies einen weitgehend als nicht akzeptabel angesehenen «naturalistischen Fehlschluss» darstellen: Dabei wird von einer beschreibenden Aussage auf eine normative Aussage geschlossen («Weil die Natur so ist, sollte man dies oder jenes nicht tun»).⁹²⁵ Mit dem naturalistischen Fehlschluss wird vom natürlich Vorkommenden automatisch auf das Normativ für das ethisch Richtige und moralisch Gebotene geschlossen, was in der Lehre als problematisch angesehen wird. In der Medizinethik und dem Medizinrecht bedarf es vielmehr eines Zusatzargumentes, warum das in der Natur Vorkommende als das normativ Gesollte gewünscht wird. Es reicht nicht aus, etwas als unmoralisch oder illegitim zu bewerten, nur weil es in der Natur nicht vorkommt.⁹²⁶ Als Gegenbeispiel bringt die NEK vor, dass Chimären, also die Vermischung zweier Embryonen, auch spontan im Mutterleib entstehen könnten. Dies führe allerdings nicht dazu, dass die Chimärenbildung im experimentellen Umfeld erlaubt sein solle.⁹²⁷ Die heterologe Samenspende könne auch nicht nur schon deswegen als legitim betrachtet werden, weil tatsächlich Kinder ausserhalb einer Ehe gezeugt würden.⁹²⁸

spende mit dem Fortpflanzungstourismus (siehe dazu 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.9.5) auch relativ einfach möglich.

⁹²³ BLEISCH/BÜCHLER, S. 21 f. und S. 33. Ähnlich BIRNBACHER, *Natürlichkeit*, S. 141.

⁹²⁴ SEELMANN, *Zugang zur Fortpflanzungsmedizin*, S. 24.

⁹²⁵ SEELMANN/DEMKO, S. 5, m.w.V. auf BIRNBACHER, *Natürlichkeit*, S. 44 ff.

⁹²⁶ BERTSCHI, S. 47 f.; FATEH-MOGHADAM, *FMedG*, Rz. 38; HEYDER, S. 227; KUHN, S. 231 f.; LEVY, S. 203; NEK, *Embryonale Stammzellen*, S. 30.

⁹²⁷ NEK, *Forschung an Embryonen*, S. 18.

⁹²⁸ BÜCHLER, *Eizellenspende*, S. 18. BÜCHLER fragt sich ob der Argumentation des Bundesrates, ob die Samenspende somit als «kulturell autorisierter, künstlich-genetischer Seitensprung»

Die Lehre negiert ein verfassungsrechtlich anerkanntes öffentliches Interesse, wonach das «Natürliche» als solches schützenswert ist und zur Legitimation eines Verbotes ausreicht.⁹²⁹ Die Bewahrung dieses «Natürlichen» genügt folglich den Anforderungen nicht, welche im Rahmen von Art. 36 BV an die mit der Einschränkung von Freiheitsrechten verfolgten Ziele zu stellen sind. Es ist laut BÜCHLER auch unklar, welche konkreten Gefährdungen das «Unnatürliche» hervorruft.⁹³⁰ Auch die Expertenkommission Human-genetik und Reproduktionsmedizin hielt bereits 1989 fest, dass die Künstlichkeit des Verfahrens allein nicht zur Ablehnung der Reproduktionsmedizin führen dürfe.⁹³¹

4.4. Schutz «herkömmlicher Familienformen»

4.4.1. Die gesplattene Mutterschaft

Die Eizellenspende brachte der Menschheit etwas bisher vollkommen Unbekanntes, nämlich die Spaltung zwischen der genetischen und der biologischen Mutterschaft.⁹³² Die gesplattene Mutterschaft ist somit eine «Erfindung der Fortpflanzungsmedizin»⁹³³. Auch die Embryonenspende führt zu einer gesplatteten Mutterschaft, denn eine Frau trägt ein Kind aus, welches nicht aus ihrer Eizelle stammt. Es ist folglich genetisch nicht mit ihr verwandt. Die Austragende ist allerdings die biologische Mutter, da sie das Kind gebärt. Bei der hier behandelten Form der Embryonenspende ist die biologische Mutter ebenfalls die soziale und rechtliche Mutter.

FATEH-MOGHADAM hält die Begründung, dass die gesplattene Mutterschaft in der Natur nicht vorkomme, es aber Erfahrungstatsache sei, dass der Ehemann der Schwangeren nicht zwingend der biologische Vater des Kindes sein müsse, für ein Musterbeispiel eines naturalistischen Fehlschlusses, dessen empirische Annahmen heute zudem durch den technischen Fortschritt überholt seien: Es sei heute auch eine Erfahrungstatsache, dass die biologische und erst recht die soziale Mutter nicht zwingend auch die genetische Mutter des Kindes sein muss. Elternschaft sei mit der modernen Fortpflanzungsmedizin nicht mehr ein «vom Recht lediglich anzuerkennendes biologisches Faktum», sondern vielmehr eine «normative Konstruktion, welche das Verhältnis von genetischer, biologischer und sozialer Elternschaft mit guten inhaltlichen Gründen regulieren sollte.»⁹³⁴

gelte, und spricht von einer «Rhetorik der Scheinnatürlichkeit» (BÜCHLER, Konzeptionen, S. 1182).

⁹²⁹ So BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, Rz. 75 zu Kapitel 2; BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 259; LEVY, S. 203; NEK, Eizellenspende, S. 14; RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 521; STEINER/ROGGO, S. 477; TETTAMANTI, Rz. 53.

⁹³⁰ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 18. Vgl. zu den diffus bleibenden angeblichen Gefahren die Ausführungen zu den Missbrauchsgefahren bei der Embryonenspende im 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 3.

⁹³¹ Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1084.

⁹³² BLEISCH/BÜCHLER, S. 213.

⁹³³ BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 255 f.

⁹³⁴ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 47, m.w.V. auf JUNGO et al., Rz. 168; NEK, Fortpflanzung, S. 45.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit soll zudem die Frage aufgeworfen werden, ob überhaupt von einer «gespaltenen Mutterschaft» bei Verwendung einer fremden Eizelle gesprochen werden soll: Die Eizellenspenderin wird nicht Mutter des Kindes im rechtlichen oder gesellschaftlichen Sinn. Auch der Samenspender übernimmt keine Vaterrolle für das Kind (vgl. die ausdrücklich im Gesetz verankerte Unmöglichkeit der Vaterschaftsklage in Art. 23 Abs. 2 FMedG und Art. 256 Abs. 3 ZGB). Bei der Samenspende wird die Terminologie der «gespaltenen Vaterschaft» nicht verwendet. Man kann sich deswegen fragen, ob man bei der Embryonen- oder Eizellenspende von «gespaltenen Mutterschaft» reden soll. Der Grundsatz «mater semper certa est», d.h. das Zuordnungskriterium von Geburt zu gebärender Frau, gilt auch dann, wenn eine Fortpflanzungsmethode (illegalerweise in der Schweiz oder legal im Ausland) durchgeführt wurde, bei welcher die biologische und die genetische Abstammung nicht identisch sind.⁹³⁵ Der Grundsatz «mater semper certa est» wird durch die Embryonenspende weiterhin aufrechterhalten: Rechtliche Mutter ist diejenige Frau, die das Kind zur Welt bringt.⁹³⁶ Für Mütter, welche mittels Embryonenspende ein Kind ausgetragen haben, ist an Art. 252 Abs. 1 ZGB nichts zu ändern; sie gebären das Kind, das sie als ihr eigenes aufziehen wollen. Die biologische und soziale Mutterschaft ist gegeben, einzig die genetische Abstammung nicht.⁹³⁷

Das Bundesgericht hat die Spaltung der Mutterschaft bereits seit mehreren Jahren in Leihmutterschaftsfällen in die Zivilstandsregister aufnehmen lassen: Im «St. Galler Leihmutterschaftsfall» vom 21. Mai 2015 (BGE 141 III 312) liess ein Männerpaar ein Kind von einer amerikanischen Leihmutter austragen. Das Kind stammte vom Samen des einen Partners und von der Eizelle einer anonymen Spenderin ab. Die beiden Männer beantragten, als rechtliche Eltern des Kindes im Personenstandsregister eingetragen zu werden. Das Bundesgericht anerkannte die kalifornische Geburtsurkunde in dieser Hinsicht nicht und wies das Amt für Bürgerrecht und Zivilstand des Kantons St. Gallen an, das Kindesverhältnis wie folgt in das Personenstandsregister einzutragen:

- «– Genetischer Vater: A.B. _____
- Genetische Mutter: anonyme Eizellenspenderin
- Gebärende Mutter: E.G. _____ (samt Hinweis auf Geburtsdatum, Geburtsort und Wohnsitz [...])»⁹³⁸.

Als rechtlicher Vater galt der genetische Vater, auf die Eintragung einer rechtlichen Mutter wurde verzichtet. Das Bundesgericht verwies das Paar auf die bald nach dem Urteil in Kraft tretende Stiefkindadoption, womit der Partner des genetischen Vaters das Kind später adoptieren könne, und das Kind somit über zwei Elternteile verfügen werde.⁹³⁹ Dieses Novum der Teilung zwischen der genetischen und der biologischen Mutterschaft im Per-

⁹³⁵ BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 235.

⁹³⁶ CZECH, S. 186; STEINER/ROGGO, S. 477. Vgl. auch BÜCHLER/SCHMUCKI, S. 22.

⁹³⁷ So auch KUHN, S. 394.

⁹³⁸ So das Dispositiv des unpublizierten Urteils BGer 5A_748/2014 vom 21.05.2015, welches als BGE 141 III 312 publiziert wurde.

⁹³⁹ BGE 141 III 312 (327), E. 6.4.4.

sonenstandsregister begründete das Bundesgericht implizit mit dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung.⁹⁴⁰ Das Bundesgericht hat sich seither mit weiteren internationalen Leihmutterchaftsfällen befasst. Dabei wird in der Regel die genetische und die biologische Mutter je mit Eizellenspenderin und Leihmutter angegeben. Die sozialen Mütter resp. zweiten Elternteile werden auf die Möglichkeit der Stiefkindadoption verwiesen.⁹⁴¹

4.4.2. *Gefährdet die Embryonenspende schützenswerte «herkömmliche» Familienformen?*

Es stellt sich die Frage, ob die «gespaltene Mutterschaft», d.h. die Spaltung der biologischen und genetischen Mutterschaft, die Institution Familie als Fundament der Gesellschaft tatsächlich in ihren Grundfesten erschüttern würde, insbesondere dann, wenn neue Familienformen in einem Normalisierungsprozess immer alltäglicher und somit zum «Gewöhnlichen» werden.⁹⁴² Es ist sehr gut denkbar, dass gewisse fortpflanzungsmedizinische Methoden wie die Eizellen- oder Embryonenspende künftig so üblich werden, dass sie als eine Form der reproduktionsmedizinischen Verfahren, die als «natürlich genug» gelten, angesehen werden.⁹⁴³ Inwieweit das «traditionelle Familienbild» als öffentliches Interesse im Sinne von Art. 36 BV einschränkend wirken kann, ist fraglich.⁹⁴⁴ Zudem geht es bei dem Konzept der «Familie» oft nicht (nur) um natürliche Gegebenheiten, sondern um rechtliche und soziale Konstruktionen. Diese können auch einem gesellschaftlichen Wandel unterliegen.⁹⁴⁵ In diesem Zusammenhang zu beachten ist, dass das heutige Verständnis der bürgerlichen Kleinfamilie ein Phänomen ist, das erst mit der Industrialisierung im 18. Jahrhundert aufkam: Der Tod, einschliesslich der tödlichen Gefahren, die eine Geburt für eine Frau mit sich bringen konnte, gehörte früher viel stärker zum Alltag, sodass Kinder regelmässig von anderen Personen als ihren biologischen Eltern aufgezogen wurden. Die hohe Kindersterblichkeit führte zudem dazu, dass Eltern keine enge Bindung zu ihren Kindern aufbauten.⁹⁴⁶

In Deutschland ist die Spende überzähliger Embryonen trotz des auch dort geltenden Prinzips von «mater semper certa est» zulässig. Die Spende von planmässig erzeugten überzähligen Embryonen oder von nicht überzähligen Embryonen ist in Deutschland ver-

⁹⁴⁰ Vgl. Dispositiv von BGER 5A_748/2014 vom 21.05.2015.

⁹⁴¹ Vgl. BGE 141 III 328; BGE 148 III 245; BGE 148 III 384. Die jeweiligen Lösungen mögen im Einzelfall unbefriedigend scheinen; das Bundesgericht betonte jedoch bereits mehrfach, dass die abstammungsrechtlichen Regelungen beim Auseinanderfallen der genetischen, biologischen und sozialen Elternschaft durch den Gesetzgeber zu regeln sind (vgl. Urteil BGER 5A_545/2020 vom 7. Februar 2022, E. 8.7, welches – ohne die zitierte Erwägung – als BGE 148 III 245 publiziert wurde).

⁹⁴² HEYDER, S. 230.

⁹⁴³ So auch HEYDER, S. 219.

⁹⁴⁴ Kritisch etwa BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, Rz. 75 zu Kapitel 2; JUNGO et al., N 70.

⁹⁴⁵ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 38, in Bezug auf die Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare und alleinstehender Personen.

⁹⁴⁶ BLEISCH/BÜCHLER, S. 66; BÜCHLER/SCHLUMPF, Rz. 16, m.w.V.

boten und wird gleich begründet wie die verbotene Eizellenspende: Eine gespaltene Mutterschaft soll verhindert werden.⁹⁴⁷ Bei der Spende überzähliger, sonst totgeweihter Embryonen nimmt der deutsche Gesetzgeber die gespaltene Mutterschaft hingegen in Kauf.⁹⁴⁸ In denjenigen Fällen, in denen eine Frau ihren Embryo in vitro nicht mehr austragen kann oder möchte, wird die Chance auf Weiterentwicklung des Embryos höher gewichtet als die unerwünschte gespaltene Mutterschaft.⁹⁴⁹ Auch wenn dem Embryo in vitro in Deutschland nach einigen Lehrmeinungen ein Lebensrecht zukommt, was in der Schweiz nach überwiegender Ansicht nicht der Fall ist⁹⁵⁰, so stellt sich doch die Frage, ob der Entwicklungschance des Embryos nicht auch hierzulande ein höheres Gewicht beizumessen ist als der derzeit als unnatürlich empfundenen gespaltenen Mutterschaft. Ohne dem Natürlichkeitsargument bei der Eizellenspende zu viel Bedeutung zuerkennen zu wollen, ist doch zu beachten, dass der Embryo bei der Embryonenspende bereits gezeugt wurde. Bei der Embryonenspende wird kein Kind für ein genetisch fremdes Paar erzeugt, sondern die natürliche Zeugung des Kinderwunschpaares wird mit dessen eigenen Keimzellen – allenfalls unter Inanspruchnahme der als «natürlich genug» betrachteten Samenspende – durch ein als «natürlich genug» betrachtetes IVF-Verfahren ersetzt. Erst in einem späteren Schritt, nämlich bei Überzähligkeit, werden die Embryonen an genetisch nicht mit ihnen verwandte Wunscheltern weitergegeben. Man könnte auch sagen, dass die Adoption um den Schritt der Schwangerschaft vorgezogen wird. Aus diesem Blickwinkel wird deutlich, dass die Embryonenspende nicht im Widerspruch zum Schutz herkömmlicher Familienformen steht.

Zu berücksichtigen ist aber auch das Kindeswohl im Falle einer gespaltenen Mutterschaft. In diesem Zusammenhang sind die Folgen einer gespaltenen Mutterschaft für das Kind und dessen Wohl ebenfalls zu analysieren.⁹⁵¹ Die vorgebrachten Argumente der Natürlichkeit und dem Schutz herkömmlicher Familienformen sind als Kritik an der Embryonenspende nicht stichhaltig genug, um ein Verbot der Spende zu rechtfertigen. Das Argument des Natürlichen wird aber auch regelmässig als Teil des Kindeswohlarguments vorgebracht.⁹⁵² Dieses Argument des Kindeswohls ist nachfolgend zu beleuchten.

5. Bewahrung des Kindeswohls

5.1. Das Kindeswohl als Begründung für das Verbot der Embryonenspende

Es wird regelmässig vorgebracht, dass die Embryonenspende das Kindeswohl gefährde: Gemäss Verfassungs- und Gesetzgeber verletzt die Embryonenspende das Kindeswohl, da ein Kind bei Eltern, die genetisch nicht mit ihm verwandt sind, aufwachsen soll. Eine sol-

⁹⁴⁷ DORNECK, S. 150; PASSET-WITTIG, S. 48.

⁹⁴⁸ CHOI, S. 186.

⁹⁴⁹ Deutscher Ethikrat, S. 34 f.

⁹⁵⁰ Vgl. 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.1.

⁹⁵¹ Vgl. dazu 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.4.2.

⁹⁵² BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 25 zu Art. 3.

che Aufspaltung der Elternschaft sei mit Rücksicht auf das Kindeswohl unerwünscht – das Kind solle zumindest von einem rechtlichen Elternteil genetisch abstammen.⁹⁵³ Insbesondere die gespaltene Mutterschaft wird kritisch betrachtet, wie nachfolgend noch auszuführen sein wird.⁹⁵⁴ Der Bundesrat hielt in der Botschaft zum Fortpflanzungsmedizin-gesetz fest, dass im Sinne des Kindeswohls insbesondere Risiken für die gesundheitliche Entwicklung des Kindes wie auch Lebensumstände, die schwerwiegende psychosoziale Folgen für das Kind haben können, zu vermeiden sind. Es geht also nicht nur um den Zeugungsvorgang, sondern auch um die späteren Lebensbedingungen und die dann möglichen psychosozialen Belastungen des Kindes.⁹⁵⁵ Dies gilt es nachfolgend zu analysieren.

Zudem ist mit dem Kindeswohl in der Fortpflanzungsmedizin die körperliche Unversehrtheit des zu zeugenden Kindes gemeint, weswegen medizinische Verfahren, welche mit grosser oder überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einer Schädigung dieser körperlichen Unversehrtheit führen, zu untersagen sind.⁹⁵⁶ Es ist zu klären, inwiefern die Embryonenspende höhere Risiken für die psychische und physische Gesundheit des Kindes hervorruft als eine Schwangerschaft und Geburt basierend auf einer natürlichen oder zumindest homologen Zeugung. Sollte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit der Transfer eines genetisch fremden Embryos zu einer psychischen oder physischen Schädigung des dadurch entstehenden Kindes führen – oder wenn die Risikohaftigkeit einer Embryonenspende noch gänzlich unerforscht ist –, dürfte diese Methode nicht angewandt werden.⁹⁵⁷

Wer für ein Verbot plädiert, trägt die Begründungslast. Wenn also die Embryonenspende mit der Begründung eines zu erwartenden Schadens (die Beeinträchtigung des Kindeswohls) begründet wird, so muss die Gefahr des Eintretens dieses Schadens bestehen.⁹⁵⁸ Es ist nachfolgend zu prüfen, ob sich das Verbot der Embryonenspende mit der Berufung auf das Kindeswohl rechtfertigen lässt. Dabei wird zuerst das Kindeswohlprinzip charakterisiert (Ziff. 5.2). Danach wird auf das Kindeswohl als Begründung für die Nichtexistenz eines Kindes eingegangen und auf die Frage, ob mit dem Kindeswohl der Schutz dieses zu entstehenden oder eben nicht zu entstehenden Kindes gemeint ist oder ob das Kindeswohl vielmehr als öffentliches Interesse anzusehen ist (Ziff. 5.3). Sodann werden die konkreten Argumente des Gesetzgebers betrachtet (Ziff. 5.4). Da die Embryonenspende eine gewisse Nähe zur Adoption aufweist, wird das Kindeswohl bei der Fremdkindadoption analysiert (Ziff. 5.5) und das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung betrachtet (Ziff. 5.6). Dabei ist auch die Thematik des Embryonenspendekindes als «fremdplatziertes» Kind anzuschauen (Ziff. 5.7). Anschliessend wird vorgeschlagen, den

⁹⁵³ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 253.

⁹⁵⁴ Siehe 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.4.2; vgl. auch 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 4.4.1.

⁹⁵⁵ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 249 und S. 254; BERTSCHI, S. 44; BÜCHLER, Eizellenspende, S. 21 f.; BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 56.

⁹⁵⁶ BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 55 f.; vgl. 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.4.1.

⁹⁵⁷ Vgl. BÜCHLER, Eizellenspende, S. 18 m.w.V. auf Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1029 ff.; HEGNAUER, Künstliche Fortpflanzung und Grundrechte, S. 236; KUHN, S. 228 f. in Bezug auf die Eizellenspende.

⁹⁵⁸ SEELMANN, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, S. 15.

Fokus auf die Kinderwunschpatientinnen und -patienten zu legen (Ziff. 5.8) sowie ein Lösungsvorschlag, nämlich die Kindeswohlüberprüfung im Einzelfall, präsentiert (Ziff. 5.9). Danach ist das Sonderproblem der posthumen Embryonenspende zu betrachten (Ziff. 5.10) und ein Fazit zu ziehen (Ziff. 5.11).

5.2. Charakterisierung des Kindeswohls

5.2.1. *Kindeswohl als Grundprinzip*

Das Prinzip des Kindeswohls ist auf Verfassungsstufe verankert: Nach Art. 11 Abs. 1 BV haben Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Die programmatische Bedeutung des Kindeswohls ergibt sich zunächst aus Art. 3 Abs. 1 KRK,⁹⁵⁹ der besagt, dass bei «allen Massnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, [...] das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt [ist], der vorrangig zu berücksichtigen ist».

Das Prinzip des Kindeswohls ist tragender Grundsatz und oberste Maxime im Familienrecht.⁹⁶⁰ Jedoch handelt es sich schlussendlich um einen unbestimmten Rechtsbegriff; eine Legaldefinition fehlt, und so muss der Begriff im Einzelfall anhand der Umstände konkretisiert werden.⁹⁶¹ Das Kindeswohl beschreibt «die Pflicht, nach Lösungen zu suchen, die den Interessen des betroffenen Kindes bestmöglich gerecht werden.»⁹⁶² Es geht also um eine Einzelfallgerechtigkeit, frei von pauschalisierten Wertungen und Beurteilungen aufgrund allgemeiner Erfahrungen, wobei das Kindeswohl ganzheitlich im Kontext der jeweiligen Gegebenheiten zu betrachten ist.⁹⁶³ Der Begriff des Kindeswohls hat folglich einen variablen Inhalt.⁹⁶⁴ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gehört zum Kindeswohl «die Förderung der Entwicklung in geistiger, körperlicher und seelischer Hinsicht, ein Umfeld von Kontinuität und Stabilität, die Möglichkeit einer inneren Bindung des Kindes an die Beziehungspersonen, eine positive Beziehung zu den Eltern sowie die Achtung des Willens und seines Selbstbestimmungsrechts»⁹⁶⁵, wobei diese Umschreibung

⁹⁵⁹ JUNGO et al., N 59.

⁹⁶⁰ BGer 8C_25/2018 vom 19. Juni 2018, E. 4.1 m.w.V. auf BGE 132 III 359 (373), E. 4.2.2; BGE 142 III 481 (491), E. 2.6. Vgl. auch BGE 115 Ia 234 (253), E. 6c; PETER, Rz. 18. Im Familienrecht gilt das Kindeswohl als Handlungsdirektive, welche die fehlende Volljährigkeit des Kindes ausgleicht (HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1164). Für die Behörden gilt das Kindeswohl im Familienrecht als Leitlinie und Legitimationsgrundlage für einen Eingriff in die familiären Verhältnisse (HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1166; PFAFFINGER, Rz. 78 f.).

⁹⁶¹ BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 55; BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 237; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1165; RUSCH, S. 38; SCHLATTER/BÜCHLER, S. 45.

⁹⁶² SCHLATTER/BÜCHLER, S. 45.

⁹⁶³ JOFER, S. 17; SIMONI, S. 7. Siehe auch BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 8 zu Art. 3.

⁹⁶⁴ PFAFFINGER, Rz. 76.

⁹⁶⁵ BGer 5P.83/2006 vom 3.5.2006, E. 4.1.

nicht abschliessend ist.⁹⁶⁶ Anzustreben sei «eine altersgerechte Entfaltungsmöglichkeit in geistig-psychischer, körperlicher und sozialer Hinsicht»⁹⁶⁷ und es solle, unter Beachtung der bestehenden Umstände, nach der bestmöglichen Lösung für das Kind gesucht werden.⁹⁶⁸

SIMONI listet folgende Bedingungen auf, die aus sozialwissenschaftlicher Sicht zentral für die Gewährleistung des Kindeswohls sind: (1) eine verlässliche soziale Elternschaft, (2) vertraute, verlässliche und verfügbare Betreuungspersonen für das Kind, (3) ein Beziehungsnetz mit sowohl mütterlichen wie auch väterlichen Bezugspersonen, (4) existenzsichernde und entwicklungsfördernde Lebensumstände, (5) Transparenz in Bezug auf die Abstammung des Kindes und (6) die Möglichkeit, dass das Kind das eigene Verhältnis zu seinen Eltern klären kann.⁹⁶⁹ Eine Gefährdung des Kindeswohls wiederum liegt vor in einer Misshandlung oder Vernachlässigung sowie einer akuten oder chronischen Unter- oder Überforderung des Kindes. Kumulierende Belastungen stellen eine erhöhte Kindeswohlgefährdung dar. Insbesondere zu beachten sind laut SIMONI die folgenden Gefahren: (1) das Fehlen oder der Verlust mindestens einer vertrauten, verlässlichen und verfügbaren Betreuungsperson, (2) anhaltende feindselige oder gewalttätige Konflikte der Eltern, (3) starker oder chronischer psychosozialer Stress im nahen Umfeld und (4) die Reduktion der Biografie des Kindes auf dessen genetische Abstammung oder Zeugung.⁹⁷⁰ Daraus wird für SIMONI ersichtlich, dass Kinder nicht unbedingt ihre genetischen oder biologischen Eltern brauchen, viel wichtiger ist ein geklärtes Verhältnis zu all ihren Eltern; dass die sozialen Eltern ihre Verantwortungsrolle übernehmen, ist deutlich essenzieller als eine biologische oder genetische Abstammung.⁹⁷¹

5.2.2. *Kindeswohl in der Fortpflanzungsmedizin*

Der Bundesrat deklarierte das Kindeswohl als oberste Maxime bei der Fortpflanzungsmedizin.⁹⁷² Das Kindeswohl ist sowohl Voraussetzung wie auch allgemeines Leitprinzip für die Anwendung von Reproduktionsmedizin (Art. 3 FMedG). Teilweise wird auch vom Kindeswohl als «conditio sine qua non» für die Fortpflanzungsmedizin gesprochen.⁹⁷³ Der Begriff des Kindeswohls in der Fortpflanzungsmedizin umfasst das Wohl jedes einzelnen Kindes, ist aber auch ein wichtiges öffentliches Interesse der Gesellschaft.⁹⁷⁴

⁹⁶⁶ BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 8 zu Art. 3.

⁹⁶⁷ BGE 129 III 250 (255) E. 3.4.2.

⁹⁶⁸ BGE 129 III 250 (255) E. 3.4.2; vgl. auch Ausführungen bei KUHN, S. 223.

⁹⁶⁹ SIMONI, S. 7 f. Vgl. ähnlich PFAFFINGER, Rz. 76.

⁹⁷⁰ SIMONI, S. 8. Vgl. ähnlich PFAFFINGER, Rz. 76.

⁹⁷¹ SIMONI, S. 8. Dies gelte insbesondere für die Väter (SIMONI, a.a.O.).

⁹⁷² Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 206.

⁹⁷³ BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 5 zu Art. 3; FANKHAUSER/VIONNET, S. 147.

⁹⁷⁴ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 249; NEK, Eizellenspende, S. 16; siehe auch Medienmitteilung des Bundesamtes für Justiz vom 4. Dezember 2000 anlässlich des Inkrafttretens des Fortpflanzungsmedizingesetzes mit der Überschrift «Wohl des Kindes ist oberster Grundsatz der medizinisch unterstützten Fortpflanzung», <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-22389.html> (besucht am 19. Mai 2024).

Das Kindeswohl ist eines der am häufigsten vorgebrachten Argumente, um eine Fortpflanzungsmethode einzuschränken. Es steht insbesondere über den Wünschen der potenziellen Eltern und ist somit als Einschränkung der reproduktiven Autonomie zu sehen. Die wichtige Stellung des Kindeswohls im Fortpflanzungsmedizinrecht belegt, dass die Wunscheltern keinen Anspruch auf Durchführung einer reproduktionsmedizinischen Behandlung haben.⁹⁷⁵ Im reproduktionsmedizinischen Bereich ist das Kindeswohl zu berücksichtigen, um sicherzustellen, dass die gesundheitliche und psychosoziale Entwicklung des Kindes keinen Schaden durch die Verwendung von reproduktionsmedizinischen Massnahmen nimmt.⁹⁷⁶ Verfahren der medizinisch assistierten Reproduktion dürfen nur angewandt werden, wenn sie gegenüber der natürlichen Zeugung keine erhöhten Risiken für die Entwicklung des daraus entstehenden Kindes aufweisen.⁹⁷⁷ Auf eine Behandlung muss verzichtet werden, wenn die behandelnde Ärztin resp. der behandelnde Arzt zu der Überzeugung gelangt, dass die Lebensbedingungen des zu entstehenden Kindes mit schweren psychosozialen Risiken belastet wären.⁹⁷⁸ Die Expertenkommission Humanogenetik und Reproduktionsmedizin hielt im Amstad-Bericht fest, dass ein Paar zwar selbst über die Verwendung von Reproduktionsmedizin entscheiden dürfe, soweit aber «das Kind durch die mit der künstlichen Zeugung eröffneten besonderen Möglichkeiten betroffen ist, kann und muss die Gesetzgebung bei der Regelung der Anwendung der Methoden das Nötige zu seinem Schutz vorkehren».⁹⁷⁹ Es geht um eine Vorauswürdigung des Umstands, unter welchem das Kind schlussendlich geboren wird.⁹⁸⁰ So soll das durch Reproduktionsmedizin gezeugte Kind in Familienverhältnissen aufwachsen, wie sie gewöhnlicherweise und unter natürlich gezeugten Kindern vorkommen. Insbesondere sind stabile Betreuungsverhältnisse anzustreben.⁹⁸¹

Nach Art. 3 Abs. 1 FMedG dürfen Fortpflanzungsverfahren nur angewendet werden, wenn das Kindeswohl gewährleistet ist. Art. 3 Abs. 2–5 FMedG konkretisieren, was dies für den Gesetzgeber heisst: So dürfen Fortpflanzungsverfahren nur bei Paaren angewendet werden, zu denen ein Kindesverhältnis im Sinne der Art. 252–263 ZGB begründet werden kann und die aufgrund ihres Alters und persönlichen Verhältnisse voraussichtlich bis zur Volljährigkeit des Kindes für dessen Pflege und Erziehung sorgen können (Abs. 2). Gespendete Samenzellen dürfen zudem nur bei verheirateten Paaren angewendet werden (Abs. 3). Keimzellen dürfen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, nicht mehr verwendet werden (eine Ausnahme besteht bei der Verwendung von Samenzellen von Samenspendern) (Abs. 4); zudem dürfen imprägnierte Eizellen und Embryonen *in vitro* nach dem Tod eines Teils des betroffenen Paares nicht mehr verwendet werden (Abs. 5).⁹⁸²

⁹⁷⁵ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 250; BLEISCH/BÜCHLER, S. 48; BÜCHLER, Reproductive Autonomie, S. 55.

⁹⁷⁶ KUHN, S. 348.

⁹⁷⁷ Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1086.

⁹⁷⁸ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 249.

⁹⁷⁹ Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1084.

⁹⁸⁰ NEK, Fortpflanzung, S. 26.

⁹⁸¹ AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 39.

⁹⁸² Vgl. dazu 2. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.4.

Jedoch fehlt es an weiteren Konkretisierungen im FMedG. Art. 3 Abs. 1 FMedG ist zu unbestimmt, als dass sich das Kindeswohl in der Reproduktionsmedizin damit abschliessend klären liesse.⁹⁸³ Nichtsdestotrotz wird die Freiheit der Eltern in Bezug auf die Reproduktionsmedizin durch das Kindeswohl nach Art. 3 Abs. 1 FMedG eingeschränkt.⁹⁸⁴ Diese Ungenauigkeit ist zu kritisieren: Es ist problematisch, wenn eine Einschränkung von Grundrechten aufgrund unbestimmter Rechtsbegriffe erfolgt. Die Unbestimmtheit birgt die Gefahr, dass das Kindeswohl von verschiedenen Parteien als Projektionsfläche für ihre subjektiven Vorstellungen verwendet wird.⁹⁸⁵ So war umstritten, ob das Prinzip des Kindeswohls einen so hohen Stellenwert im Fortpflanzungsmedizinrecht einnehmen sollte.⁹⁸⁶ Gerade weil der Begriff aus dem Familienrecht stammt, wo das entsprechende Kind bereits existiert, ist es problematisch, den Begriff *tel quel* ins Fortpflanzungsmedizinrecht zu übernehmen.⁹⁸⁷ Der Begriff scheint laut NEK einer geplanten Elternschaft generell entgegenzustehen und die empirischen Nachweise, wann denn das Kindeswohl geschädigt wird, fehlen.⁹⁸⁸

Beim Begriff des Kindeswohls als das Wohl des einzelnen Kindes ist eine Abstufung je nach Anspruchsniveau möglich: Nach SIMONI verwirklicht sich die maximale Erfüllung des Kindeswohls in den idealen Voraussetzungen für das Wohlbefinden und die Entwicklung des Kindes, eine «Gut genug»-Variante wird erreicht, wenn ein bestimmter Umstand nicht im Widerspruch zum Kindeswohl steht, und ein Minimalstandard ist erreicht, sobald kein aktiver Schutz des Kindes nötig ist.⁹⁸⁹ Die Minimalvariante des Kindeswohls im Fortpflanzungsmedizinrecht sei der Schutz vor Gefahr, die «Gut genug»-Variante sei, dass eine bestimmte Aktivität nur dem Wohl des Kindes zu dienen habe oder diesem zumindest nicht widerspreche, und als Maximalvariante sei das Kindeswohl das, was dem Wohl des Kindes am besten entspreche.⁹⁹⁰ Für den Deutschen Ethikrat sehen Minimal- und Maximalstandard wie folgt aus: Der Minimalstandard ist die «Untergrenze, deren Verletzung oder unmittelbare Gefährdung ein Einschreiten Dritter, vornehmlich des Staates, zur Sicherstellung des Kindeswohls erforderlich macht»⁹⁹¹, während der Maximalstandard ein «handlungsleitendes Ideal der optimalen Förderung des kindlichen Wohlergehens»⁹⁹² beschreibt. Der Maximalstandard kann in der Fortpflanzungsmedizin nicht Ziel sein; andernfalls müsste die Entscheidung gefällt werden, dass Menschen unter einer gewissen Einkommensgrenze, mit bereits einer gewissen Anzahl Kinder oder mit anderen

⁹⁸³ So auch BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 6 und N 15 zu Art. 3.

⁹⁸⁴ So auch SAVIOZ-VIACCOZ, *Autodétermination*, S. 191.

⁹⁸⁵ So auch BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 10 zu Art. 3; KUHN, S. 223.

⁹⁸⁶ BÜCHLER/CLAUSEN, *Kindeswohl*, S. 264, m.w.V. auf Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1086. Im internationalen Vergleich ist die Schweiz eines der wenigen Länder, die das Kindeswohl explizit im Fortpflanzungsmedizinrecht verankern (BÜCHLER/PARIZER, *Maternal Age*, S. 280).

⁹⁸⁷ Gl.M. BÜCHLER/PARIZER, *Maternal Age*, S. 280.

⁹⁸⁸ NEK, *Fortpflanzung*, S. 38.

⁹⁸⁹ SIMONI, S. 7. Siehe auch BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 11 zu Art. 3.

⁹⁹⁰ SIMONI, S. 11 und S. 20.

⁹⁹¹ Deutscher Ethikrat, S. 86.

⁹⁹² Deutscher Ethikrat, S. 85.

vorbestehenden und für das Kindeswohl objektiv belastenden Faktoren nicht zur Reproduktionsmedizin zugelassen werden dürfen. Die «persönlichen Verhältnisse» in Art. 3 Abs. 2 FMedG können nicht darauf hinzielen⁹⁹³; vielmehr muss es darum gehen, «ausreichend gute»⁹⁹⁴ Eltern zu sein.

5.3. Das Kindeswohl als Begründung für die Nichtexistenz des Kindes

5.3.1. Das «Non-Identity Problem»

Es stellt sich die Frage, ob das Kindeswohl wirklich als Argument dienen kann, um die Existenz eines Kindes zu verhindern: «Das Wohl eines Kindes kann nicht verletzt werden, wenn es ohne diese Verletzung gar nicht existieren würde[.]»⁹⁹⁵ Dies ist das Grundproblem dieser Diskussion: Die Person, deren Interessen geschützt werden sollen, existiert im Zeitpunkt der Beurteilung noch gar nicht, und die Wahrung ihrer Interessen führt letztendlich dazu, dass die Existenz dieser Person verhindert wird. Im Sinne des Kindeswohls müssten eigentlich alle Methoden als dem Kindeswohl entsprechend qualifiziert werden, welche das Leben überhaupt erst ermöglichen, schaut man denn dieses Leben als lebenswert an.⁹⁹⁶ Das Konzept des Kindeswohls wird dazu verwendet, das Kind gar nicht erst werden zu lassen und es faktisch vor seiner eigenen Geburt zu schützen.⁹⁹⁷ Wenn der Gesetzgeber die Embryonenspende basierend auf dem Kindeswohl verbietet, so sagt er im Grunde aus, dass es besser für das Kind ist, gar nicht geboren zu werden, da seine zu erwartenden Lebensumstände derart schlecht sind.⁹⁹⁸ Dazu müsste man jedoch nachweisen können, dass seine künftige Existenz für das Kind schlimmer wäre, als nie geboren zu werden.⁹⁹⁹ Es dürfte nur ausnahmsweise der Fall sein, dass die Umstände der Zeugung das Leben des Kindes nicht lebenswert machen. Eine objektive Bewertung dieser Umstände ist ohnehin schwierig, denn in eine solche Einschätzung fließen auch moralische Wertungen über ein «gutes Leben» hinein, was objektiv schwierig festzulegen ist.¹⁰⁰⁰ Es gilt der

⁹⁹³ Vgl. Ausführungen zu den persönlichen Verhältnissen im 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.9.3.2.

⁹⁹⁴ Siehe dazu die Arbeit des Kinderarztes und Psychoanalytikers DONALD W. WINNICOTT, z.B. in WINNICOTT, S. 174 f. Ähnlich BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 241 f.

⁹⁹⁵ BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 57.

⁹⁹⁶ BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 265; CZECH, S. 81. Gl.M. JUNGLEISCH, S. 113 f.; KUHN, S. 348 f.; NEK, Fortpflanzung, S. 27; STEINER/ROGGO, S. 478; TETTAMANTI, Rz. 48; ZIMMERMANN, S. 69 und S. 104.

⁹⁹⁷ BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl S. 265; NEK, Samenspende, S. 20. In diesem Zusammenhang wird auch die «wrongful life»-Problematik aufgeworfen: Bei den «wrongful life»-Klagen geht es darum, dass das Kind als «Schaden» zu qualifizieren ist, für welchen der behandelnde Arzt/die behandelnde Ärztin Ersatz zu leisten hat, da die Eltern bei Wissen um die Fehlbildung des Kindes einen Schwangerschaftsabbruch vorgenommen hätten (TSCHUOR-NAYDOWSKI, S. 166; vgl. BGE 132 III 359 [374 f.] E. 4.5. Ausführlich zum Thema z.B. RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 484 ff.; TSCHUOR-NAYDOWSKI, S. 163 ff.).

⁹⁹⁸ Vgl. auch BERTSCHI, S. 44; BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 238.

⁹⁹⁹ NEK, Samenspende, S. 20.

¹⁰⁰⁰ FANKHAUSER/VIONNET sehen die Frage nur in Extremfällen bejaht, beispielsweise wenn Pädophile oder Kindsmisshandler mit der entsprechenden Absicht Nachwuchs wünschen (FANK-

Grundsatz der Gleichwertigkeit allen menschlichen Lebens. D.h., es ist nicht erlaubt, bestimmte Kriterien wie physische Merkmale oder Lebensbedingungen eines Kindes festzulegen, unter denen es für das Kind vorteilhafter wäre, gar nicht erst geboren zu werden.¹⁰⁰¹

Dieses so genannte «Non-Identity Problem»¹⁰⁰² oder «Problem der Nicht-Identität»^{1003/} «Nicht-Identitäts-Problem»¹⁰⁰⁴ zeigt auf, dass, solange ein Kind durch Entstehung mittels Reproduktionsmedizin kein «lebensunwertes Leben» erhält – also ein Leben so voller Leid und Schmerz und Abwesenheit von Gutem, dass es das Individuum bevorzugen würde, nie geboren worden zu sein –, nicht gesagt werden kann, dass es durch seine Entstehung geschädigt wird, wenn die Alternative wäre, gar nicht zu existieren.¹⁰⁰⁵ Die Zeugung eines Kindes kann diesem nur dann schaden, wenn die zu erwartende Beeinträchtigung der Existenz schwerer wiegt als die subjektive Beeinträchtigung bei der Nichtexistenz. Dieser Status der Nicht-Existenz kann jedoch nicht bewertet werden, denn er unterliegt keiner Erfahrungstatsache, weswegen sich ein Schaden für das zu zeugende Kind mangels empirischer Grundlagen nicht bestimmen lässt.¹⁰⁰⁶ Die Argumentation des Kindeswohls ist dadurch z.B. für COHEN vielmehr ein Vorwand für staatliche Intervention in der Reproduktionsmedizin.¹⁰⁰⁷ Das Kindeswohl als Begründung für die Nichtexistenz des Kindes sieht sich in der Lehre heftiger Kritik ausgesetzt.¹⁰⁰⁸

Insgesamt bedeutet dies, so RÜTSCHKE, «dass mit der Zeugung prinzipiell nicht Rechte des möglichen Kindes verletzt werden können».¹⁰⁰⁹ Auch im Stadium des Embryos in vitro

HAUSER/VIONNET, S. 147). KUHN sieht sie beispielsweise bejaht, wenn eine Zeugungsmethode die Subjektqualität des Kindes untergräbt (KUHN, S. 348 f.).

¹⁰⁰¹ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 33, m.w.V. auf BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 24 zu Art. 3.

¹⁰⁰² COHEN, *Regulating Reproduction*, S. 103; NEK, *Eizellenspende*, S. 18. Vgl. auch Ausführungen bei BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 24 zu Art. 3.

¹⁰⁰³ RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 17 zu Art. 1.

¹⁰⁰⁴ BLEISCH/BÜCHLER, S. 48 f.

¹⁰⁰⁵ COHEN, *Regulating Reproduction*, S. 115; COHEN, *Sperm and Egg Donor Anonymity*, S. 516; COHEN, *Sperm-Donor Anonymity*, S. 435; ähnlich RÜTSCHKE, SHK FMedG, N 17 zu Art. 1, m.w.V. auf RÜTSCHKE, *Rechte von Ungeborenen*, S. 272 f. und S. 280 ff. Zur grundlegenden philosophischen Diskussion zum «Non-Identity Problem» siehe PARFIT, S. 351 ff.

¹⁰⁰⁶ MALEK, S. 587; RÜTSCHKE, *Rechte von Ungeborenen*, S. 274; SEELMANN, *Zugang zur Fortpflanzungsmedizin*, S. 11. SEELMANN widerspricht allerdings der Ansicht, dass es stets besser für das Wohl des Kindes sei, zu existieren als nicht zu existieren, und somit keine Restriktionen beim Zugang zur Fortpflanzungsmedizin vorzusehen seien: Diese Position entspräche antiker Ethik, wonach das Sein unter sonst gleichen Bedingungen immer besser sei als das Nichtsein, was in der modernen Ethik nicht mehr zwingend überzeuge (SEELMANN, *Zugang zur Fortpflanzungsmedizin*, a.a.O.).

¹⁰⁰⁷ COHEN, *Regulating Reproduction*, S. 104.

¹⁰⁰⁸ Anstelle vieler BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 23 zu Art. 3; FANKHAUSER/VIONNET, S. 147; SAVIOZ-VIACCOZ, *L'embryon in vitro*, Rz. 232.

¹⁰⁰⁹ RÜTSCHKE, *Rechte von Ungeborenen*, S. 523.

besteht (noch) kein Grundrechtsschutz,¹⁰¹⁰ weswegen diese Aussage RÜTSCHES auch für den Embryo in vitro übernommen werden kann. Folglich greift das Verbot der Embryonenspende zwar in die Fortpflanzungsfreiheit der Eltern, nicht jedoch in die Grundrechte eines zukünftigen Kindes oder eines Embryos ein. Insgesamt kann das Verbot der Embryonenspende also nicht mit dem Wohl des daraus nicht gezeugten Kindes gerechtfertigt werden. Um dennoch konkrete Argumente des Kindeswohls gegen die Embryonenspende vorbringen zu können, darf man das Kindeswohl infolgedessen nicht als streng individuelles Wohl des einzelnen Kindes sehen.¹⁰¹¹ Das Kindeswohl ist vielmehr als öffentliches Interesse zu begründen (vgl. nachfolgend Ziff. 5.3.2).

5.3.2. *Kindeswohl als öffentliches Interesse oder als Schutz des Wohls zukünftiger Personen*

Im Fortpflanzungsmedizinrecht sind zwei Arten von Kindeswohl zu unterscheiden: Das Kindeswohl als Interesse der Gesellschaft und das Kindeswohl als Wohl des einzelnen, potenziellen Kindes.¹⁰¹² Wenn es nicht im Interesse des Kindes ist, nicht geboren zu werden, so müsste konsequenterweise jegliche Reproduktionsmethode erlaubt werden. So wäre auch etwa die gezielte Erzeugung eines schwer kranken Kindes zulässig und sogar im Interesse des zu erzeugenden Kindes, und auch das reproduktive Klonen liesse sich nicht verbieten. Das Kindeswohl als öffentliches Interesse hingegen besagt, dass das Interesse des aus der Reproduktionsmedizin entstehenden Kindes (d.h. Vorzug der Existenz vor der Nichtexistenz) nicht als Argument für die entsprechende Reproduktionsmassnahme geeignet ist; die Reproduktionsmassnahme ist hingegen aufgrund öffentlicher Interessen zu verbieten.¹⁰¹³ Das Kindeswohl kann ebenfalls unter dieses öffentliche Interesse subsumiert werden.¹⁰¹⁴ Der Gesetzgeber versteht das Kindeswohl als Rechtfertigung für die Zeugungsverbote nach FMedG nicht im grundrechtlichen Sinn, sondern als «Interessen der Gesellschaft am Wohlergehen der Kinder».¹⁰¹⁵ Dieses gesellschaftliche Interesse am Schutz und Wohlergehen des Kindes kann als Legitimation für Beschränkungen von Rechten anderer Personen dienen.¹⁰¹⁶ Damit gemeint sind gesundheits-, familien-, sozial-, kriminal- und staatspolitische sowie auch volkswirtschaftliche Interessen. Kinder sollen in günstigen Verhältnissen aufwachsen und sich psychisch und sozial gut entwickeln.¹⁰¹⁷ Ein

¹⁰¹⁰ Siehe 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 2 und 3.

¹⁰¹¹ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 34.

¹⁰¹² BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 50.

¹⁰¹³ JOFER, S. 185; TAUPITZ, Kommentar ESchG, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 1, Rn. 8 (beide in Bezug auf das Klonen nach deutschem Recht; in der Schweiz stützt sich das Klonverbot hingegen vielmehr auf die Menschenwürde des geklonten Menschen [Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 283; TAG, SHK FMedG, N 5 zu Art. 36]).

¹⁰¹⁴ RÜTSCHÉ/PICCCHI, SHK FMedG, N 41 zu Art. 119 BV.

¹⁰¹⁵ RÜTSCHÉ/WILDHABER, S. 806, m.w.V. auf Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 249.

¹⁰¹⁶ BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 9 zu Art. 3, m.w.V. auf BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 243, und RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 524.

¹⁰¹⁷ RÜTSCHÉ/WILDHABER, S. 806 f., m.w.V. auf Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 249. Siehe auch RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 524 f. und S. 557.

mithilfe von Fortpflanzungsmedizin zu zeugendes Kind soll in einer stabilen Familienstruktur aufwachsen, also Eltern haben, welche für es sorgen können; die Fortpflanzungsmedizin soll familienstiftende Wirkung entfalten.¹⁰¹⁸

Allerdings legen weder der Bundesrat noch das Bundesgericht, welches sich in BGE 115 Ia 234 (253), E. 6c auf das Kindeswohl als öffentliches Interesse beruft, dar, worin ganz konkret das öffentliche Interesse des Kindeswohls besteht und welche spezifischen Interessen darunter geschützt werden sollen.¹⁰¹⁹ Auch als öffentliches Interesse bleibt das Kindeswohl ein allgemeines, aber unscharf umrissenes Interesse am Schutz und Wohlergehen von Kindern.¹⁰²⁰ So wird kritisiert, dass das Kindeswohl als rechtspolitisches Instrument verwendet werde, um gewissen Personen den Zugang zur Reproduktionsmedizin zu verwehren oder um Verbote reproduktionsmedizinischer Methoden zu errichten.¹⁰²¹ Das Kindeswohl als öffentliches Interesse kann dazu dienen, gewisse Zeugungsverbote aufzustellen. Ob dieses öffentliche Interesse ausreicht, um die reproduktive Autonomie einzuschränken, ist im Einzelfall anhand einer Verhältnismässigkeitsprüfung zu beurteilen. Es muss abgeklärt werden, ob die tatsächliche Gefahr besteht, dass der in Frage stehende Zeugungsakt negative Auswirkungen auf die Gesellschaft hat, ohne dabei rein spekulativ zu bleiben. Die Interessen müssen denn auch gewichtig genug sein, um die Einschränkung der Fortpflanzungsfreiheit aufwiegen zu können. Einschränkungen der reproduktiven Autonomie können ihre Berechtigung haben, wenn sie empirisch plausibel sind.¹⁰²²

Statt vom Kindeswohl als öffentliches Interesse kann alternativ vom Kindeswohl als Schutz des Wohls zukünftiger Personen im Sinne einer Vorwirkung von Persönlichkeitsrechten gesprochen werden. Diesen Schutz des Wohls zukünftiger Kinder bezeichnet FATEH-MOGHADAM als «intertemporalen Kindeswohlschutz»¹⁰²³: Weil das Kind erst durch die Anwendung der reproduktionsmedizinischen Methode entsteht, sind «bei der Bewertung eines Fortpflanzungsverfahrens die (Selbstbestimmungs-)Interessen der Person zu berücksichtigen, die der erzeugte oder zu erzeugende Embryo einmal – nach der Geburt – sein wird. Hierzu ist es erforderlich, die Auswirkungen des Verfahrens auf die

¹⁰¹⁸ BÜCHLER, Fortpflanzungsmedizin, S. 379; BÜCHLER/MICHEL, S. 352, m.w.V. auf Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 246; RÜTSCHÉ/PICECCHI, SHK FMedG, N 41 zu Art. 119 BV.

¹⁰¹⁹ RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 524.

¹⁰²⁰ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 31, m.w.V. auf BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 9 zu Art. 3.

¹⁰²¹ JOFER, S. 184.

¹⁰²² RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 525 f.; RÜTSCHÉ/WILDHABER, S. 807; ähnlich auch TAUPITZ, Kommentar ESchG, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 1, Rn. 8. RÜTSCHÉ sieht diese Gefahr beispielsweise bei Alleinstehenden oder bei Paaren, die aufgrund ihres Alters voraussichtlich nicht bis zur Volljährigkeit des Kindes für dessen Pflege und Erziehung sorgen können. Die daraus resultierende potenzielle Vernachlässigung der Kinder könne sich negativ auf deren Entwicklung auswirken, was schlussendlich dazu führen könne, dass der Staat finanziell und tatsächlich für die Betreuung der Kinder aufkommen müsse (RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, S. 525 f.).

¹⁰²³ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 33.

Rechtsgüter dieser zukünftigen Person in Rechnung zu stellen».¹⁰²⁴ Nur so liesse sich etwa rechtfertigen, dass Methoden der Reproduktionsmedizin, welche experimentellen Charakter aufweisen und ein hohes Risiko für schwere Gesundheitsbeeinträchtigungen des daraus zu entstehenden Kindes bürgen, verboten seien. Obschon die beiden Terminologien im Ergebnis auf dasselbe hinauslaufen können, bezeichnet der Schutz des Wohls zukünftiger Personen vielmehr den Respekt gegenüber der künftigen Person, die aus dem Embryo entsteht, während das Kindeswohl als öffentliches Interesse vielmehr kollektive Anliegen formuliert.¹⁰²⁵

Insgesamt kann festgehalten werden, dass das Kindeswohl in der Fortpflanzungsmedizin nicht als Interesse des Kindes daran, nicht geboren zu werden, angesehen werden kann, sondern als öffentliches Interesse oder im Sinne eines «intertemporalen Kindeswohlschutzes». Zu beachten ist jedoch, dass konkrete Risiken der Kindeswohlgefährdung benannt werden müssen, um eine fortpflanzungsmedizinische Methode mit der Begründung des Kindeswohls zu verbieten. Wenn es explizite Anhaltspunkte dafür gibt, dass das Wohl des zukünftigen Kindes nicht gewährleistet werden kann, dann wäre ein Eingriff in die reproduktive Autonomie gerechtfertigt.¹⁰²⁶ Die konkret vorgebrachten Gefahren für das Kindeswohl bei der Embryonenspende sind nachfolgend zu analysieren.

5.4. Kindeswohlargumente für das Verbot der Embryonenspende und deren Entkräftigung

5.4.1. Risiken für die physische Gesundheit des Kindes

5.4.1.1. Physische Risiken beim mittels IVF/ICSI gezeugten Kind

Wie ausgeführt, dürfen fortpflanzungsmedizinische Verfahren nicht durchgeführt werden, wenn es dadurch zu physischen oder psychischen Gesundheitsschädigungen beim Kind kommt. In einem ersten Schritt soll die körperliche Gesundheit von Embryonenspende-Kindern betrachtet werden. Primär sind solche Kinder aus zumeist mittels homologer IVF gezeugten Embryonen entstanden, welche im nächsten Schritt einer genetisch nicht mit ihnen verwandten Frau eingesetzt wurden. Es sind also aus medizinischer Sicht Risiken sowohl der homologen IVF wie auch der Eizellenspende (wo ein Embryo auch einer genetisch nicht mit ihm verwandten Frau eingesetzt wird) zu betrachten.

Es gibt Studien, welche erhöhte Gesundheitsrisiken für Kinder nahelegen, die mittels IVF – insbesondere unter Verwendung von ICSI – gezeugt wurden.¹⁰²⁷ So sollen diese Neugeborenen häufiger von Herzfehlern oder Veränderungen im Gehirn oder Rückenmark betroffen sein. Zudem gibt es auch Anzeichen, dass die Gesundheit dieser Kinder langfristig gefährdet sein könnte, beispielsweise sollen sie anfälliger für gewisse Fehlbildun-

¹⁰²⁴ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 35.

¹⁰²⁵ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 34 f.

¹⁰²⁶ So auch FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 36, im Zusammenhang mit der Anwendung von Fortpflanzungsmedizin bei gleichgeschlechtlichen und/oder unverheirateten Paaren.

¹⁰²⁷ WUNDER, S. 7.

gen oder Krankheiten wie Leukämie, erhöhte Blutdruckwerte oder Zuckerstoffwechselprobleme im späteren Leben sein. Dies ist jedoch noch nicht abschliessend geklärt, vielmehr zeigen Studien Anhaltspunkte dafür auf.¹⁰²⁸ Die Gründe dafür sind noch nicht eruiert.¹⁰²⁹ Es wird vermutet, dass sich IVF-Kinder aufgrund des Nährmediums im Reagenzglas anders entwickeln als natürlich gezeugte Kinder.¹⁰³⁰ Es ist zudem möglich, dass insbesondere bei der Anwendung von ICSI unter Umständen natürliche Selektions- und Schutzmechanismen umgangen werden. Es ist derzeit noch zu wenig erforscht, welche Auswirkungen dies auf IVF-gezeugte Kinder hat.¹⁰³¹ Darüber hinaus gibt es weitere Risiken für die aus Reproduktionsmedizin entstandenen Neugeborenen wie ein sehr niedriges Geburtsgewicht oder ein erhöhtes Risiko für Früh- und Totgeburten.¹⁰³² Eine Metaanalyse weist hingegen darauf hin, dass viele vorangegangene Studien aufgrund eines Selektionsbias als qualitativ schlechter zu bewerten seien und in Bezug auf ICSI Inkonsistenzen aufwiesen. Die Autoren kamen hierbei zum Schluss, dass bei konventioneller IVF keine Unterschiede zu spontan gezeugten Kindern nachgewiesen werden konnte.¹⁰³³ Hinsichtlich der sozialen und psychischen Entwicklung von Einlingen nach IVF wurde bislang keine Häufung von schweren Auffälligkeiten festgestellt. Eine Studie zeigt eine Tendenz zur Überbehütung von IVF-Kindern während der Pubertät auf, dieser Befund ist aber mangels weiterer Studien noch nicht genügend erwiesen.¹⁰³⁴ Da das allererste IVF-Kind erst 1978 geboren wurde, gestaltet es sich generell schwierig, repräsentative Langzeitstudien über die Gesundheit von nach IVF oder ICSI geborenen Personen durchzuführen, und so sind umfassende Erkenntnisse über das Leben von nach IVF geborenen Menschen noch nicht möglich.¹⁰³⁵

Zu berücksichtigen ist, dass die medizinisch assistierte Fortpflanzung erst dann zum Zug kommt, wenn die natürliche Fortpflanzung nicht möglich ist. Es ist bei IVF-Behandlungen also regelmässig so, dass fehlerhafte Keimzellen oder ein höheres Alter der Frau vorliegen, was beides unabhängig von der IVF Risikofaktoren für die Gesundheit des daraus zu entstehenden Kindes sind.¹⁰³⁶ Daten deuten auch darauf hin, dass die Subfertilität eines Elternteils einen Einfluss auf das Fehlbildungsrisiko haben oder sogar dafür verantwortlich sein könnte. Die abschliessende Beantwortung steht allerdings noch aus.¹⁰³⁷ Das Durchschnittsalter von Frauen, die eine IVF-Behandlung in Anspruch nehmen, ist höher

¹⁰²⁸ AEBI-MÜLLER, SHK FMedG, N 49 zu Art. 6; BRENDLER, S. 37; BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 240 f.; BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 31 zu Art. 3.

¹⁰²⁹ WUNDER, S. 7 f.

¹⁰³⁰ BERTSCHI, S. 18; BRENDLER, S. 38.

¹⁰³¹ KAISER, Kommentar ESchG, A. IV., Rn. 195. Siehe auch WUNDER/RÖTHLISBERGER, SHK FMedG, N 30 ff. zu Medizinische und genetische Grundlagen.

¹⁰³² BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 30 zu Art. 3.

¹⁰³³ LUDWIG/LUDWIG, Reproduktionsmedizin, S. 560.

¹⁰³⁴ DORN/WISCHMANN, Reproduktionsmedizin, S. 497.

¹⁰³⁵ BRENDLER, S. 37; NEK, Eizellenspende, S. 17.

¹⁰³⁶ NEK, Forschung an Embryonen, S. 83.

¹⁰³⁷ LUDWIG/LUDWIG, Reproduktionsmedizin, S. 562 f.

als dasjenige von Frauen, die auf natürlichem Wege schwanger werden. Ein Risiko beim höheren Alter liegt darin, dass ältere Eizellen über eine geringere Qualität verfügen als jüngere. Diese geringere Qualität kann Fehlbildungen beim Kind begünstigen.¹⁰³⁸ Schwangerschaften bei höherem Alter der Mutter weisen auch deutlich häufiger Begleiterkrankungen wie Präeklampsie und andere Schwangerschaftskomplikationen sowie daraus resultierende erhöhte Risiken für Fehlbildungen und Wachstumsrestriktionen auf.¹⁰³⁹ Schwangerschaftskomplikationen stehen im Zusammenhang mit der Frau und deren Gesundheitszustand und nicht mit dem Alter der verwendeten Eizelle.¹⁰⁴⁰

Für FANKHAUSER/VIONNET sind Risiken, die in der Eigenschaft der Mutter liegen, wie z.B. ihr Alter, keine Risiken, die der Gesetzgeber als zu berücksichtigende Risiken für das Kindeswohl im Sinne des Fortpflanzungsmedizinrechts gemeint hat, da diese Gefahren auch bei einer natürlichen Zeugung beständen.¹⁰⁴¹ Insbesondere in Bezug auf die Embryonenspende kann dem allerdings nur bedingt gefolgt werden: Eine natürlich entstandene Schwangerschaft und anschließende Geburt bei einer etwa deutlich über 40-jährigen Frau kommt kaum vor, in der Reproduktionsmedizin, vor allem bei Verwendung einer fremden Eizelle, jedoch durchaus. Insgesamt birgt eine (sehr) späte Schwangerschaft sowohl für das Kind wie auch für die Mutter gesundheitliche Risiken, weswegen Altersgrenzen auch bei Inanspruchnahme einer Eizellenspende oder bei Verwendung eigener «jüngerer» Eizellen aus Kryokonserven zum Schutz der werdenden Mutter und des zukünftigen Kindes legitim sein können.¹⁰⁴² Das Höchstalter der Wunschmutter bei der Verwendung einer fremden Eizelle wird wegen der gesundheitlichen Risiken einer späten Schwangerschaft für sowohl Mutter wie auch Kind auch international intensiv debattiert. In Ländern mit legaler Eizellenspende liegt das Höchstalter der Wunschmutter meist zwischen 45 und 50 Jahren.¹⁰⁴³

Die ersten Studien dazu zeigen jedoch auf, dass die Häufigkeit der Gesundheitsschäden, welche bei IVF-Kindern auftauchen, nicht allein mit dem erhöhten Alter, der Unfruchtbarkeit oder den Genen der Eltern zu tun haben – auch ohne diese Faktoren sei das Risiko von Gesundheitsbeeinträchtigungen bei IVF-Kindern höher.¹⁰⁴⁴ Sah man früher noch keine Hinweise auf die Gefährdung von Kindern bei der Zeugung mittels Eizellenspende,¹⁰⁴⁵ weiss man heutzutage, dass bei Frauen, die nach einer Eizellenspende schwanger werden, neben den Risiken der IVF/ICSI weitere erhöhte Risiken für gesundheitliche Beeinträchtigungen des Kindes bestehen. Dies umfasst mögliche geburtshilfliche Notfälle

¹⁰³⁸ BERTSCHI, S. 18.

¹⁰³⁹ LUDWIG/LUDWIG, Reproduktionsmedizin, S. 563; WUNDER, S. 6.

¹⁰⁴⁰ WUNDER, S. 5 f.

¹⁰⁴¹ FANKHAUSER/VIONNET, S. 146, welche sich in casu allerdings auf die Voraussetzungen der Inanspruchnahme der Samenspende beziehen.

¹⁰⁴² BLEISCH/BÜCHLER, S. 116 f.

¹⁰⁴³ NEK, Eizellenspende, S. 20, m.w.V. auf BÜCHLER/PARIZER, Maternal Age, passim.

¹⁰⁴⁴ BRENDLER, S. 38.

¹⁰⁴⁵ So Ausführungen bei BÜCHLER, Eizellenspende, S. 20; BÜCHLER, Fortpflanzungsmedizin, S. 377; BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 259, m.w.V.

oder Frühgeburten wie auch ein signifikant niedrigeres Geburtsgewicht des Kindes.¹⁰⁴⁶ Auch Schwangerschaftskomplikationen wie Bluthochdruck und Präeklampsie sind nach einer Eizellenspende sogar bei jungen Schwangeren erhöht.¹⁰⁴⁷

Nichtsdestotrotz gilt etwa die Eizellenspende als ein sicheres Verfahren und hat sich international zu einem erprobten und etablierten Fortpflanzungsverfahren entwickelt.¹⁰⁴⁸ In absoluten Zahlen betrachtet ist das Risiko von Fehlbildungen denn auch bei künstlicher Befruchtung gering.¹⁰⁴⁹ Die Gesundheit des zukünftigen Kindes wird von vielen Faktoren beeinflusst, die nicht nur mit der reproduktionsmedizinischen Methode der Eizellenspende zusammenhängen. Dazu gehören der Gesundheitszustand und das Alter der Eltern zum Zeitpunkt der Zeugung, Lebensstil, Umwelteinflüsse, mögliche Schwangerschaftskomplikationen und andere Faktoren.¹⁰⁵⁰

Immerhin zeigt die aktuelle Studienlage, dass durch das Gefrieren und Wiederauftauen von Spermia, Eizellen oder Embryonen im Vergleich zu nicht kryokonservierten Keimzellen und Embryonen keine erhöhten Fehl- oder Frühgeburtsraten oder sonstige gesundheitliche Risiken für die physische und psychische Entwicklung der daraus entstehenden Kinder bekannt sind.¹⁰⁵¹

5.4.1.2. *Mehrlingsschwangerschaften und Fetozid*

Bei der medizinisch assistierten Reproduktion kommt es zu einem vermehrten Auftreten von Mehrlingsschwangerschaften: Um die Chancen einer erfolgreichen Schwangerschaft zu erhöhen, werden bei der IVF oft mehrere Embryonen pro Versuch in die Gebärmutter der Frau transferiert, in der Hoffnung, dass sich wenigstens einer einnistet.¹⁰⁵² Es ist davon auszugehen, dass auch bei der Embryonenspende wie bei der homologen IVF oft mehrere Embryonen pro Versuch transferiert werden, wobei natürlich auch der Transfer eines einzelnen Embryos möglich ist.

Mehrlingsschwangerschaften sind mit erheblichen gesundheitlichen Risiken sowohl für die Schwangere selbst als auch für die Föten oder Neugeborenen verbunden. So führen sie häufiger zu Präeklampsie, Gestationsdiabetes, Organschäden, (Notfall-)Kaiserschnitt, Frühgeburt und daraus folgende Unreife von Organen der Babys, möglicher Säuglingssterblichkeit oder geistiger Beeinträchtigung des Kindes.¹⁰⁵³ Generell treten Schwanger-

¹⁰⁴⁶ NEK, Eizellenspende, S. 17, m.w.V.

¹⁰⁴⁷ DEPENBUSCH/SCHULTZE-MOSGAU, Reproduktionsmedizin, S. 292; NEK, Eizellenspende, S. 12, m.w.V.

¹⁰⁴⁸ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 19 f.

¹⁰⁴⁹ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 19 f.; WUNDER/RÖTHLISBERGER, SHK FMedG, N 30 zu Medizinische und genetische Grundlagen.

¹⁰⁵⁰ NEK, Eizellenspende, S. 17.

¹⁰⁵¹ JUNOD/WUNDER/HURST, Rz. 18; LIEBERMANN, Reproduktionsmedizin, S. 237.

¹⁰⁵² STEINWEG, S. 12.

¹⁰⁵³ AEBI-MÜLLER, SHK FMedG, N 50 zu Art. 6; NEK, Social Egg Freezing, S. 5; WUNDER, S. 7. Zudem zeigen Studien auf, dass Mehrlingskinder häufiger zu Verhaltens- und Sprachentwicklungsstörungen neigen (DORN/WISCHMANN, Reproduktionsmedizin, S. 497).

schaftskomplikationen bei Mehrlingsschwangerschaften gehäuft auf.¹⁰⁵⁴ Um diese schweren gesundheitlichen Gefahren zu minimieren, werden in der Praxis manchmal Embryonen oder Föten im Mutterleib gezielt getötet. Dabei handelt es sich um einen so genannten «Fetozid»; je nach Alter des Ungeborenen wird diese Technik auch «Embryozid» genannt.¹⁰⁵⁵

In der Schweiz verpflichtet Art. 6 Abs. 1 lit. c FMedG den behandelnden Arzt resp. die behandelnde Ärztin, das Wunschelternpaar über die Risiken einer allfälligen Mehrlingsschwangerschaft aufzuklären. Um sowohl die Zahl der Mehrlingsschwangerschaft als auch die Zahl der Fetozide möglichst gering zu halten, können die Medizinerinnen und Mediziner auch nur einen Embryo transferieren (sog. eSET: elective Single Embryo Transfer¹⁰⁵⁶).¹⁰⁵⁷ Den Transfer von mehreren Embryonen wollte der Schweizer Gesetzgeber jedoch nicht verbieten, denn dadurch steigen die Chancen auf eine erfolgreiche Nidation.¹⁰⁵⁸ Hauptrisiko bei einer IVF ist die Mehrlingsschwangerschaft, weil sie generell zu erhöhten Risiken für Mutter und Kinder führt. Dies lässt sich aber mit einer konsequenten Anwendung von eSET verhindern oder zumindest stark reduzieren.¹⁰⁵⁹ Die Folgen der Verfassungs- und Gesetzesänderung zeigen sich deutlich: So wurden seit der Einführung der Zwölferregel bedeutend weniger gleichzeitige Transfers von mehreren Embryonen vorgenommen, in vielen Fällen wurde nur ein Embryo pro Versuch transferiert.¹⁰⁶⁰ So waren 2022 lediglich 3,7 Prozent der Geburten nach IVF Mehrlingsgeburten im Vergleich zu 15,9 Prozent 2017 (wo bis 1. September noch die Dreierregel galt).¹⁰⁶¹ Die gegen die IVF und dadurch auch gegen die Embryonenspende als Argument vorgebrachte Gefahr einer Mehrlingsschwangerschaft ist heutzutage also sehr gering und ist, wenn ihr überhaupt noch eine Geltung zukommen soll, bei den zulässigen Formen der IVF genauso gegeben.

¹⁰⁵⁴ Vgl. Ausführungen bei SCHRÖER/WEICHERT, Reproduktionsmedizin, S. 329 ff.

¹⁰⁵⁵ TSCHUOR-NAYDOWSKI, S. 42. Zu den Methoden des Fetozids siehe BREUNLICH, S. 27 ff.; GEIPEL/GEMBRUCH/BERG, Reproduktionsmedizin, S. 339 ff.; TSCHUOR-NAYDOWSKI, S. 34 f.

¹⁰⁵⁶ Vgl. 2. Teil, Kapitel C, Ziff. 2.3.

¹⁰⁵⁷ WUNDER/RÖTHLISBERGER, SHK FMedG, N 7 zu Medizinische und genetische Grundlagen. Nicht vergessen werden darf dabei, dass sich eine Blastozyste nach dem Embryotransfer in zwei Embryonen teilen kann (eineiige Zwillinge). Bei einem Transfer von zwei Embryonen kann in sehr seltenen Fällen also sogar eine Vierlingsschwangerschaft entstehen.

¹⁰⁵⁸ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 260; BÜCHLER, Eizellenspende, S. 21.

¹⁰⁵⁹ BERTSCHI, S. 17; BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 239 f. m.w.V.; BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 30 zu Art. 3; SCHRÖER/WEICHERT, Reproduktionsmedizin, S. 335. Zustimmung TAUPITZ, Lebensbeginn, S. 42.

¹⁰⁶⁰ So wurden 2022 in 7'281 Zyklen jeweils ein Embryo transferiert, in 988 Zyklen zwei Embryonen und in 21 Zyklen drei Embryonen. Mehr als drei Embryonen wurden laut Statistik 2022 nie transferiert. Vor der Zwölferregel wurden mehr Zyklen mit zwei transferierten Embryonen als mit einem durchgeführt (siehe Zahlen bei BFS, Konservierung 2007–2022).

¹⁰⁶¹ BFS, Fortpflanzung Gesamtansicht 2002–2022.

5.4.1.3. *Wertung*

Die Studienlage ist noch nicht abschliessend geklärt, was es schwierig macht, substanzielle und empirisch belegte Risiken für Embryonenspende-Kinder darzulegen und zu bewerten. Für die Grundrechtseinschränkung der Wunscheltern müssen die Schädigungen und Gefahren jedoch empirisch belegt werden können; es dürfen nicht traditionelle Vorstellungen von einer «guten» Entwicklung des Kindes ausschlaggebend sein.¹⁰⁶² Die Mehrheit der durchgeführten Studien kommt zu dem Schluss, dass hinsichtlich der psychischen, körperlichen und sozialen Entwicklung von IVF-Kindern keine signifikanten Abweichungen im Vergleich zu Kindern, die auf herkömmliche Weise gezeugt wurden, festgestellt werden können.¹⁰⁶³ Die durch die Studien aufgezeigten physischen Risiken, die für IVF-gezeugte Kinder auftreten können, scheinen, wenn auch nicht erheblich, so doch nicht unvertretbar und sollten folglich nicht ignoriert werden. Eine mögliche Lösung liegt darin, dass IVF wie bis anhin nur als *Ultima Ratio* angewandt wird, also dann, wenn die Unfruchtbarkeit nicht auf anderem Wege überwunden werden kann (Art. 5 lit. a FMedG). Die Eizellen- oder Embryonenspende dürfte zudem wegen der nicht ganz von der Hand zu weisenden zusätzlichen Risiken nur durchgeführt werden, wenn eine IVF mit eigenen Eizellen nicht möglich ist.¹⁰⁶⁴ So wird sowohl die reproduktive Autonomie gewahrt wie auch das physische Kindeswohl respektiert.

Den Reproduktionsmedizinerinnen und -medizinern kommt hier einerseits die Aufgabe zu, die Eltern über die medizinischen Risiken aufzuklären (siehe Art. 6 FMedG), andererseits sind sie in jedem Fall verpflichtet, eine IVF oder Embryonenspende abzulehnen, wenn die Risiken – insbesondere für das Kind – im Einzelfall zu hoch sind.¹⁰⁶⁵ Dass Techniken der Medizin, deren Risikohaftigkeit noch nicht genügend erforscht ist resp. welche beim Kind Gesundheitsschäden hervorrufen könnten, verboten werden, ist nachvollziehbar und richtig. Jedoch kann ein absolutes Verbot von erprobten und etablierten medizinischen Methoden nicht mit dem physischen Kindeswohl gerechtfertigt werden. Das Argument des Gesundheitsrisikos für ein IVF-Kind greift auf jeden Fall nicht, um die Embryonenspende zu verbieten, solange die IVF (sei sie homolog durchgeführt oder unter Einbezug einer Samenspende) zugelassen ist. Gesundheitsrisiken in Bezug auf die Embryonenspende haben bei zulässiger homologer IVF resp. IVF unter Einbezug einer Samenspende nur dann Gültigkeit, wenn sie sich explizit auf die Verwendung der fremden Eizelle oder die Gesundheit der Wunschmutter beziehen. In Anbetracht der erhöhten Risiken für Mutter und Kind bei einer sehr späten Schwangerschaft scheint es in diesem Zusammenhang etwa angezeigt, ein Höchstalter der Frau für die Inanspruchnahme einer Embryonenspende festzulegen.¹⁰⁶⁶ So könnte bei vertretbarem Risiko eine Embryonenspende zulässig sein, ohne sie absolut verbieten zu müssen.

¹⁰⁶² Siehe auch BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 34 zu Art. 3.

¹⁰⁶³ BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 34 zu Art. 3, m.w.V. auf SIMONI, S. 67.

¹⁰⁶⁴ Siehe auch FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 31; NEK, Präimplantationsdiagnostik, S. 45

¹⁰⁶⁵ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 31; NEK, Eizellenspende, S. 21; NEK, Social Egg Freezing, S. 26.

¹⁰⁶⁶ Vgl. dazu 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.9.3.1.

5.4.2. *Psychosoziale Folgen: Gespaltene Mutterschaft*

5.4.2.1. *Argumentation des Gesetzgebers*

Das Verbot der Embryonenspende soll eine Spaltung zwischen biologischer und genetischer Mutter verhindern. Der Bundesrat hält in seiner Botschaft zum FMedG fest, dass die Embryonenspende dazu führen würde, «dass künstlich ein Kind gezeugt wird, das weder von seiner sozialen Mutter noch von seinem sozialen Vater abstammt». ¹⁰⁶⁷ Eine solche Aufspaltung der Elternschaft widerspreche dem Kindeswohl. ¹⁰⁶⁸ Verkannt wird dabei allerdings, dass bei der Embryonenspende im hier verwendeten Sinn kein Kind gezeugt wird mit der Absicht, dass es weder von seinem sozialen Vater noch von seiner sozialen Mutter abstammt. Vielmehr ist die Zeugung *in vitro* bereits vollzogen, und dies in der Absicht, dass der daraus entstehende Embryo Kind der genetischen Eltern wird. Es geht bei der Embryonenspende also nicht um die Herstellung von Embryonen mit dem Ziel, diese zu spenden. Zwar entsteht das Kind und das Leben im juristischen Sinn auch bei der Embryonenspende erst nach dem Transfer in den Uterus der Wunschmutter und genetisch fremden Frau, jedoch ist bei der Analyse der Argumentation stets zu beachten, dass die entsprechenden überzähligen Embryonen bereits existieren.

Der Bundesrat geht im Zusammenhang mit dem Verbot der Eizellenspende davon aus, dass die Beziehung zwischen dem Kind und der austragenden Frau eine intensive ist und damit geeignet sei, einen seelischen Konflikt auszulösen, wenn die austragende Frau und Wunschmutter nicht mit der genetischen Mutter übereinstimmt. Das Wissen darum, von zwei Müttern abzustammen, beeinträchtigt das Kind in seiner Identitätsfindung und belastet seine Persönlichkeitsentfaltung erheblich. ¹⁰⁶⁹ Die Eindeutigkeit der Mutterschaft dürfe nicht in Frage gestellt werden; dies widerspreche dem Kindeswohl und sei als größere Gefahr für dieses Wohl einzustufen als die Spaltung der Vaterschaft, da die Mutter-Kind-Beziehung im Vergleich zur Vater-Kind-Beziehung intensiver sei. ¹⁰⁷⁰ Auch der deutsche Gesetzgeber geht davon aus, dass die gespaltene Mutterschaft seelische Konflikte und Identitätsfindungsprobleme beim dadurch entstandenen Kind hervorrufen kann. ¹⁰⁷¹ Darum wird die Embryonenspende in Deutschland nur in Ausnahmefällen toleriert, nämlich dann, «wenn sie in einer Güterabwägung durch die Möglichkeit, einen Embryo vor dem Absterben zu bewahren, gerechtfertigt sind». ¹⁰⁷² Sprich, es dürfen in Deutschland nur überzählige und dadurch sonst totgeweihte Embryonen an ein anderes Paar gespendet werden. Die Erzeugung eines Embryos mit dem Ziel der Spende ist in Deutschland verboten. ¹⁰⁷³

¹⁰⁶⁷ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 253.

¹⁰⁶⁸ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 253.

¹⁰⁶⁹ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 254.

¹⁰⁷⁰ KUHN, S. 358, m.w.V.

¹⁰⁷¹ GÜNTHER, Kommentar ESchG, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 1, Rn. 6; gl.M. CHOI, S. 181.

¹⁰⁷² Deutscher Ethikrat, S. 134 (Sondervotum HEINEMANN/LOSINGER/SCHOCKENHOFF); vgl. auch Deutscher Ethikrat, S. 118 («In diesen Fällen tritt das Ziel, eine gespaltene Mutterschaft zu verhindern, hinter die Möglichkeit der Weiterentwicklung des Embryos zurück.»).

¹⁰⁷³ Vgl. 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 4.2.

Vorgebracht wird auch, mit der Embryonenspende verwehre man von Beginn an «planmässig den natürlichen Anspruch des Kindes, bei seinen leiblichen Eltern aufzuwachsen, um den Kinderwunsch der Wunscheltern zu erfüllen.»¹⁰⁷⁴ Die heterologen Methoden der Reproduktion sehen sich generell der Kritik ausgesetzt, dass den daraus entstehenden Kindern bewusst eine fremde Herkunft, also das Fehlen einer genetischen oder biologischen Verbindung zu den Wunscheltern, aufgezwungen werde.¹⁰⁷⁵ Nach REUSSER/SCHWEIZER verletzt die Embryonenspende den Anspruch aus Art. 7 KRK, wonach ein Kind möglichst bei seinen leiblichen Eltern aufwachsen soll, insbesondere, da es sich um «[z]ielgerichtetes Handeln vor der Geburt» handelt, «diesen Anspruch zu vereiteln».¹⁰⁷⁶ Damit ist gemeint, dass bereits im Embryonalstadium geplant wird, dass das entstehende Kind nicht bei seinen genetischen Eltern aufwachsen soll. Mit dieser Argumentation müsste es allerdings wohl auch so sein, dass eine Frau, die vor der zwölften Schwangerschaftswoche steht und damit ohne weitere Begründung einen straffreien Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen kann, nicht dahingehend beraten werden darf, dass sie ihr Kind, anstatt die Schwangerschaft zu beenden, nach der Geburt zur Adoption freigeben könnte. Diese Behauptung erscheint in gewisser Hinsicht als ein zu weiter Auslegungsspielraum, ist als Gedankenexperiment jedoch prüfenswert: Für ungewollt Schwangere dürfte es nämlich dieser Logik nach – zumindest, solange das Ungeborene noch in der Entwicklungsstufe des Embryos ist – nur die Optionen des Schwangerschaftsabbruchs oder des eigenen Aufziehens geben, da ansonsten Art. 7 KRK verletzt würde.

5.4.2.2. *Unproblematische gespaltene Vaterschaft?*

Interessanterweise unterliegt die Vaterschaft bei der Samenspende nicht denselben Bedenken: So kann laut Bundesrat die Wahrscheinlichkeit, dass ein aus heterologer Samenspende entstandenes Kind aufgrund der doppelten Vaterschaft in seiner psychischen Entwicklung gestört wird, nicht genügen, um die heterologe Samenspende zu verbieten.¹⁰⁷⁷ HEGNAUER hingegen sah die Samenspende 1989 noch als gegen die Menschenwürde des Kindes verstossend an, da «die Bestimmung eines wesentlichen Teils seiner Persönlichkeit der Willkür des an seinem späteren Schicksal unbeteiligten Arztes» überlassen, dem biologischen Vater keine Erziehungsmöglichkeit zugestanden und das Kind über seine genetische Herkunft im Unklaren gelassen wird.¹⁰⁷⁸ Für HEGNAUER ist ein «Ehebruchkind» oder ein Findelkind in seiner Entwicklung einer stärkeren Gefährdung ausgesetzt und er findet es unzumutbar, ein Kind mittels Samenspende absichtlich ebenfalls dieser Gefährdung auszusetzen.¹⁰⁷⁹ Die Initiantinnen und Initianten der «Beobachter-Initiative» hielten die Samenspende denn auch für unsittlich und deswegen zu verbieten: Das Heranwachsen eines Kindes in einer Familie mit genetisch und biologisch fremdem Vater könne für das Kind eine schwer überwindbare psychische Belastung darstellen, und auch dem

¹⁰⁷⁴ Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1091 f.

¹⁰⁷⁵ So MAIO, Bestellbare Kinder, S. 27.

¹⁰⁷⁶ REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 62 zu Art. 119.

¹⁰⁷⁷ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 226.

¹⁰⁷⁸ HEGNAUER, Künstliche Fortpflanzung und Grundrechte, S. 267.

¹⁰⁷⁹ HEGNAUER, Künstliche Fortpflanzung und Grundrechte, S. 268.

sozialen Vater könne es schwerfallen, mit dem genetisch fremden Kind umzugehen; sogar der Bestand der Ehe könne gefährdet sein.¹⁰⁸⁰ Dennoch hat sich das Verfahren der Samenspende etabliert. Den vorgenannten Bedenken gegen die Samenspende entgegnete das Bundesgericht bereits 1989: «Die gefühlsmässige Bindung an das Kind soll nicht schwächer sein als bei natürlich gezeugten Kindern, und im Vergleich mit «normalen» Familien sollen sich keine erhöhten Schwierigkeiten beobachten lassen. Es gilt zwar zu bedenken, dass das Kind eines Tages erfahren kann, genetisch nicht von seinem sozialen Vater abzustammen, und es dadurch in eine schwierige psychische Situation geraten kann. Es wird dann die Aufgabe der sozialen Eltern sein, das Kind mit der notwendigen Zuneigung und Hilfe aufzuklären. Insofern verhält es sich ähnlich wie bei Adoptivkindern. Unter dem Gesichtswinkel des erforderlichen öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit vermögen daher solche Überlegungen ein generelles Verbot der heterologen künstlichen Insemination ebenso wenig zu rechtfertigen wie ethische Bedenken.»¹⁰⁸¹

Bei der Samenspende wird die Nichteinheit von genetisch-biologischem und sozialem Vater also hingenommen, bei Verwendung einer fremden Eizelle hingegen nicht. Im Gesetzgebungsverfahren wurde wiederholt vorgebracht, die Einheit der Mutterschaft sei für das Kind und seine Entwicklung wichtiger als die Einheit der Vaterschaft. Dieser Aussage fehlt es jedoch an wissenschaftlicher Evidenz. Dass die Spaltung der Mutterschaft als Gefahr für das Kindeswohl gesehen wird, die Spaltung der Vaterschaft hingegen nicht, wird denn auch verschiedentlich kritisiert.¹⁰⁸² MAIO hingegen hält die Eizellenspende für verwerflicher als die Samenspende, weil im Gegensatz zu Letzterer das Kind nicht nur von einem Vater, nämlich dem Samenspender, sondern gleich von zwei Müttern abstammt.¹⁰⁸³ Die unterschiedliche Einordnung macht in gewisser Weise Sinn, denn bei der Samenspende gibt es aus medizinischer Sicht keine gespaltene Vaterschaft, bei der Eizellen- und Embryonenspende kommt es dagegen tatsächlich zu einer naturwissenschaftlichen Spaltung zwischen der biologischen und der genetischen Abstammung. Der Meinung, dass dies als problematischer gewertet wird als bei der Samenspende, kann allerdings nicht gefolgt werden. Durch die Embryonenspende ist die biologische und rechtliche Mutter ab Einnistungszeitpunkt mit ihrem Kind verbunden. Das Kind wächst in ihr heran und sie gebärt es. Es liegt also eben keine Spaltung der biologischen (d.h., austragenden) und rechtlich-sozialen Mutter vor. Dies müsste die Spaltung der Mutterschaft für das Kind doch sogar einfacher bewältigbar machen als die Spaltung der Vaterschaft, da der soziale Vater vor der Geburt mit dem Kind nicht in Kontakt tritt.¹⁰⁸⁴

5.4.2.3. *Psychologische Folgen für das Kind bei der Embryonenspende*

Der Bundesrat hält in seiner Botschaft zum Fortpflanzungsmedizingesetz unter dem Aspekt des Kindeswohls fest, dass Kinder, welche aus homologen IVF-Verfahren oder aus

¹⁰⁸⁰ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 221.

¹⁰⁸¹ BGE 115 Ia 234 (250), E. 6a/bb.

¹⁰⁸² BÜCHLER, Eizellenspende, S. 23; JUNOD/WUNDER/HURST, Rz. 62.

¹⁰⁸³ MAIO, Bestellbare Kinder, S. 29.

¹⁰⁸⁴ KUHN, S. 360.

einer Samenspende entstanden sind, durch die Eltern mehr Wärme und Geborgenheit erfahren als der Durchschnitt der Kinder. Dies liegt laut Bundesrat daran, dass Paare, die Reproduktionsmedizin in Anspruch nehmen, ein überdurchschnittlich hohes Ausbildungsniveau und einen überdurchschnittlich hohen sozialen Status haben sowie deren Ehe überdurchschnittlich stabil ist. Die Qualität des von den Eltern geschaffenen Umfelds des durch Reproduktionsmedizin gezeugten Kindes sei deshalb besser als dasjenige von natürlich gezeugten Kindern.¹⁰⁸⁵ Diese Argumente verwendet der Bundesrat, um darzulegen, dass die Verwendung von IVF und heterologer Insemination dem Kindeswohl nicht per se widerspricht. Er anerkennt allerdings, dass die Samenspende durchaus eine Problematik für das Kind darstellen kann, da genetische und soziale bzw. rechtliche Vaterschaft gespalten sind. Deswegen ein allgemeines Verbot der Samenspende zu erlassen, hält er aber aufgrund der gemachten Erfahrungen von Kindern, welche nicht bei ihrem genetischen Vater aufwachsen, für unverhältnismässig: Von problematischen Einzelfällen dürfe man nicht auf die Gesamtheit der Samenspendekinder schliessen. Aufgrund vorangegangener Studien ist für den Bundesrat klar, dass das Eltern-Kind-Verhältnis nicht anders ist als bei homolog gezeugten Kindern, die Kinder gedeihen mindestens genauso gut. Zudem, führt der Bundesrat aus, sind Verhaltensstörungen geringer und die sozialen Väter nehmen ihre Vaterrolle besser wahr als der Durchschnitt der Väter.¹⁰⁸⁶

Auch weitere Studien zeigen auf, dass durch heterologe Reproduktionsmedizin entstandene Kinder sich psychosozial nicht von biologisch und genetisch mit ihren Eltern verwandten Kindern unterscheiden. Die biologische oder genetische Verknüpfung scheint nicht ausschlaggebend für das Wohl des heranwachsenden Kindes zu sein.¹⁰⁸⁷ Andere Studien legen im Vergleich zwischen Eizellenspende und homologer IVF nahe, dass tatsächlich ein Unterschied in der Qualität der Beziehung zwischen Mutter und Kind festgestellt werden kann, der zwar gering, jedoch statistisch signifikant ist. Dies kann einerseits darauf hindeuten, dass eine nicht-genetische Mutterschaft besondere Herausforderungen für die Kindsbeziehung mit sich bringt, aber andererseits auch, dass «gesellschaftliche Normen, die das Modell der Einheit von Mutterschaft (genetisch, biologisch und sozial) zum Ideal erheben, dazu beitragen, dass Mütter nach einer Eizellenspende die Beziehung zu ihren Kindern negativer wahrnehmen».¹⁰⁸⁸ Insgesamt sind allerdings bislang nur wenige Studien in Bezug auf die gespaltene Mutterschaft bei Eizellen- oder Embryonenspende durchgeführt worden und eindeutige Schlussfolgerungen können noch nicht gezogen werden. Insbesondere fehlen empirische Nachweise, welche Nachteile Kindern daraus entstehen, dass sie mit ihrer biologischen, nicht aber mit ihrer genetischen Mutter aufwachsen.¹⁰⁸⁹ Rein spekulative Risiken genügen nicht für einen Grundrechtseingriff, vielmehr braucht es wissenschaftlich fundierte Nachweise, etwa medizinisch-psychologische Befunde und daraus folgende empirische Daten, um ein Verbot der Embryonenspende

¹⁰⁸⁵ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 233.

¹⁰⁸⁶ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 233.

¹⁰⁸⁷ GOLOMBOK, S. 199 f. Vgl. auch Ausführungen bei ZADEH et al., S. 1100.

¹⁰⁸⁸ NEK, Eizellenspende, S. 14.

¹⁰⁸⁹ BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 258; NEK, Eizellenspende, S. 14.

auszusprechen. Dass negative Folgen nicht auszuschliessen sind, genügt nicht.¹⁰⁹⁰ Rein theoretische Affirmationen wie «mater semper certa est» oder dass ein Kind stets Vater und Mutter brauche, dürfen nicht fokussierte Entscheidungsgrundlage sein.¹⁰⁹¹ Es gibt nach FATEH-MOGHADAM keine empirischen Anhaltspunkte dafür, dass Kinder, die aus gespaltenen Mutterschaft entstanden sind, stärker in ihrer Entwicklung beeinträchtigt sind als solche bei gespaltenen Vaterschaft oder nach einer Fremdkindadoption.¹⁰⁹² Diese Vorstellung sei überholt und vertrage sich nicht mit einem «modernen, religiös-weltanschaulich neutralen Fortpflanzungsmedizinrecht».¹⁰⁹³ Viel entscheidender als die genetische Abstammung seien die Qualität und die Kontinuität des konkreten Familienlebens.¹⁰⁹⁴

Dem wird allerdings entgegnet, dass die Befürchtungen nicht bloss durch pauschale Verweise auf Erfahrungen im Ausland entkräftet werden können. Vorgebracht wird, dass Adoptiveltern zudem dazu tendieren würden, die Bedeutung der genetischen Elternschaft zu marginalisieren, um ihre eigene Rolle nicht zu gefährden. Auch würden vermeintlich objektive Kriterien wie Schulerfolg oder psychiatrische Behandlungen zu wenig über die Situation der Embryonenspende-Kinder aussagen.¹⁰⁹⁵

Dass der Embryo von keinem der beiden Wunscheltern abstammt, ist für sich allein noch kein Indiz dafür, dass das daraus entstehende Kind gefährdet sein könnte.¹⁰⁹⁶ Zudem ist das aus der Embryonenspende hervorgegangene Kind bereits durch die Schwangerschaft sowie die Geburt mit der Wunschmutter verbunden.¹⁰⁹⁷ Es wird jedoch auch vorgebracht, dass eben gerade die enge Verbindung durch Schwangerschaft und Geburt einen seelischen Konflikt bei der Wunschmutter auslösen könne: Das Wissen um das Austragen eines genetisch fremden Kindes könne bei ihr schwerwiegender wirken als das Wissen um ein genetisch fremdes Kind beim Wunschvater bei Verwendung einer Samenspende, da die Beziehung zwischen der Mutter und dem in ihr heranwachsenden Kind intensiver sei.¹⁰⁹⁸ Es gibt auch Stimmen, welche die Embryonenspende im Vergleich zur Samenspende im Vorteil sehen: Die genetische Fremdheit zu beiden Eltern bietet somit keinem Elternteil einen «emotionalen Bindungsvorsprung»¹⁰⁹⁹, was aus Sicht der Wunscheltern als Vorteil betrachtet werden kann.¹¹⁰⁰ Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass die bio-

¹⁰⁹⁰ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 24 f.; FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 32; GÜNTHER, Kommentar ESchG, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 1, Rn. 7; ZIMMERMANN, S. 103.

¹⁰⁹¹ JUNOD/WUNDER/HURST, Rz. 87.

¹⁰⁹² FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 49, m.w.V. auf BLEISCH/BÜCHLER, S. 217 f.

¹⁰⁹³ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 49.

¹⁰⁹⁴ GÜNTHER, Kommentar ESchG, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 1, Rn. 7; JUNGO et al., N 86.

¹⁰⁹⁵ Deutscher Ethikrat, S. 134 (Sondervotum HEINEMANN/LOSINGER/SCHOCKENHOFF); MAIO, Bestellbare Kinder, S. 28.

¹⁰⁹⁶ GL.M. BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 51, m.w.V. auf KUHN, S. 351, und BELSER/JUNGO, S. 211.

¹⁰⁹⁷ CZECH, S. 186.

¹⁰⁹⁸ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 254.

¹⁰⁹⁹ MÜLLER-TERPITZ, Schutz des pränatalen Lebens, S. 509.

¹¹⁰⁰ MÜLLER-TERPITZ, Schutz des pränatalen Lebens, S. 509. Zustimmend WENDEHORST, S. 147.

logische Mutter alleine durch die Schwangerschaft einen emotionalen Bindungsvorsprung zum Kind haben wird, egal, ob dieses Kind genetisch von ihr oder dem Wunschvater abstammt oder nicht. Das Kind, welches mittels Embryonenspende zur Welt kommt, ist mit der biologischen Mutter ab dem Nidationszeitpunkt verbunden, womit von einer engeren Bindung des Kindes zur biologischen und sozialen Mutter ausgegangen werden kann als bei der Bindung zwischen Adoptivkind und Adoptivmutter.¹¹⁰¹ Bei der Embryo-Adoption entsteht im Vergleich zur konventionellen Adoption die Bindung zwischen Kind und sozialer Mutter bereits mit Beginn der Schwangerschaft und wird durch die Geburt nicht unterbrochen. Die Umweltwahrnehmungen des Fötus, wie beispielsweise die Stimmen der Mutter und des Vaters, werden nach der Geburt weitergeführt.¹¹⁰² Der physische Kontakt zum sozialen Vater entsteht bei der Embryonenspende ab vollendeter Geburt, was zum gleichen Zeitpunkt wie bei homolog gezeugten Kindern und regelmässig früher als bei der herkömmlichen Adoption ist.¹¹⁰³

Aussagen über das künftige Wohlergehen eines Kindes sind für BÜCHLER/CLAUSEN spekulativ, womit das Kindeswohl nur wenig zur Entscheidungsfindung in der Fortpflanzungsmedizin beitragen könne.¹¹⁰⁴ Es stellt sich zudem die Frage, ob der Schweizer Gesetzgeber die Restriktionen tatsächlich aus Sorge um das effektive Kindeswohl oder nicht eher aus Sorge um Erhalt des traditionellen, bürgerlichen Familienbildes erlassen hat.¹¹⁰⁵ Auch GÜNTHER bezeichnet die Argumentation gegen die gespaltene Mutterschaft als ausserordentlich dürftig und vermutet, dass es beim Verbot der Eizellenspende vielmehr um einen Tabuschutz geht, bei dem die traditionelle Auffassung der Mutterschaft bewahrt werden soll.¹¹⁰⁶ Insgesamt sieht eine Mehrheit der juristischen Lehre die gespaltene Mutterschaft nicht per se als Kindeswohlschädigung.¹¹⁰⁷ Vielmehr beweisen laut KUHN auch «unzählige geglückte Adoptionen und zahllose Fälle gescheiterter Kleinfamilien mit «normaler» Mutterschaft, dass die Einheit der Mutterschaft weder eine notwendige noch eine hinreichende Bedingung für das Kindeswohl ist.»¹¹⁰⁸ Auch der EGMR hielt fest, dass Familienbeziehungen, welche nicht auf einer genetischen Verwandtschaft beruhen, nichts Neues sind und im Rahmen von beispielsweise Adoptionen bereits in vergangenen Zeiten existierten. Es gibt also keine unüberwindbaren Hindernisse, um Familienverhältnisse, wie

¹¹⁰¹ So auch KUHN, S. 351.

¹¹⁰² So auch HÜBNER, S. 36 f.; LEHMANN, S. 154.

¹¹⁰³ KUHN, S. 351 f.

¹¹⁰⁴ BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 21 zu Art. 3.

¹¹⁰⁵ BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 272; gl.M. SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro, Rz. 229 f. Vgl. auch KARNEIN, S. 69.

¹¹⁰⁶ GÜNTHER, Kommentar ESchG, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 1, Rn. 7.

¹¹⁰⁷ So etwa BELSER/MOLINARI, BSK BV, N 40 zu Art. 119; BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 51; FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 48; KUHN, S. 230; der ehemalige Präsident der NEK, REHMANN-SUTTER, zitiert aus: NZZ vom 13. Januar 2009, <https://www.nzz.ch/die_fortpflanzungsmedizin_ein_stiefkind_der_politik-ld.539239> (besucht am 19. Mai 2024); SIMONI, S. 12 und 84.

¹¹⁰⁸ KUHN, S. 230; ähnlich Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 254.

sie aus gespaltenen Mutterschaft entstehen, rechtlich zu regeln.¹¹⁰⁹ Dem Kindeswohl kann auch gedient werden, wenn es Regeln gebe, welche das Aufwachsen des Kindes in einer geeigneten sozialen Umgebung schützen, wie bei der konventionellen Adoption.¹¹¹⁰

Wie diese Ausführungen zeigen, ist für die Zulassung der Eizellenspende eine sehr ähnliche Argumentation vorliegend, auch wenn bei der Embryonenspende zusätzlich eine gespaltene Vaterschaft vorliegt. Wird die Eizellenspende in der Schweiz legalisiert,¹¹¹¹ ist das Argument der gespaltenen Mutterschaft ohnehin kaum noch geeignet, um gegen die Embryonenspende vorgebracht werden zu dürfen.

Wichtig ist allerdings, dem Kind den Zugang zu den Daten über seine Abstammung zu gewähren. Damit stellt der Gesetzgeber klar, dass das Kindeswohl höher zu gewichten ist als das Interesse der Wunscheltern an einer anonymen Samenspende.¹¹¹² Es ist infolgedessen ein Blick auf die rechtliche Wertung des Kindeswohls bei der Fremdkindadoption und die Regelung de lege lata zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu werfen und es sind die entsprechenden Schlüsse für die Embryonenspende zu ziehen.

5.5. Einordnung des Kindeswohls bei der Fremdkindadoption

Im ZGB findet sich keine Legaldefinition des Begriffs der Adoption. In gesetzessystematischer Auslegung kann davon ausgegangen werden, dass der Fokus auf der Entstehung des Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen adoptiertem Kind und Adoptiveltern liegt (vgl. Art. 252 Abs. 3 ZGB und Art. 267 Abs. 1 ZGB).¹¹¹³ Es gibt drei Arten der Adoption: Die gemeinschaftliche Adoption, bei welcher ein Ehepaar ein oder mehr Kinder gemeinschaftlich adoptiert, die Einzeladoption durch eine alleinstehende Person und die Stiefkindadoption, welche eine besondere Form der Einzeladoption ist und bei der der Stiefelter das Kind seines Ehe- oder Konkubinatspartners adoptiert, wobei das Kindesverhältnis zwischen Kind und Partner nicht aufgelöst wird.¹¹¹⁴

Die Adoption unterliegt einem strengen Massstab, da dem Kind neue rechtliche Eltern vermittelt werden sollen.¹¹¹⁵ Zusammengefasst müssen für die Minderjährigenadoption die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein: So (1) müssen die potenziellen Adoptiveltern gewisse Voraussetzungen erfüllen, (2) müssen die Adoptiveltern jeweils ein gewisses Mindest- und Höchstalter einhalten, (3) braucht es ein der Adoption vorhergehendes Pflegeverhältnis, (4) muss die Adoption dem Kindeswohl dienen und (5) braucht es – sofern

¹¹⁰⁹ Urteil des EGMR S.H. and Others v. Austria vom 1. April 2010, Nr. 57813/00, § 81; vgl. RÜTSCHÉ/WILDHABER, S. 804.

¹¹¹⁰ HÜBNER, S. 127.

¹¹¹¹ Vgl. WBK-N, Motion Eizellenspende; WBK-S, Bericht vom 22. August 2022; sowie Ausführungen im 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.3.

¹¹¹² Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 233.

¹¹¹³ PFAFFINGER, Rz. 7.

¹¹¹⁴ Botschaft ZGB, BBl 2015 S. 888; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1249 ff.

¹¹¹⁵ BÜCHLER/MARANTA, S. 365.

bekannt – die Zustimmung der leiblichen Eltern sowie gegebenenfalls die Zustimmung des urteilsfähigen Kindes und der Kindesschutzbehörde.¹¹¹⁶

Nach Art. 265a ZGB ist sowohl die Blankooption zulässig, bei welcher die biologischen Eltern nicht wissen, wem das Kind übergeben wird, wie auch die Inkognitooption, bei welcher den Adoptiveltern die Identität der biologischen Eltern nicht bekannt gegeben wird.¹¹¹⁷ Nach Art. 268a Abs. 1 ZGB werden alle wesentlichen Umstände umfassend untersucht, bevor eine Adoption durch die zuständige kantonale Behörde am Wohnsitz der Adoptiveltern genehmigt wird (Art. 268 Abs. 1 ZGB). Nach Art. 268a Abs. 2 ZGB sind namentlich «die Persönlichkeit und die Gesundheit der adoptionswilligen Personen und des Kindes, ihre gegenseitige Beziehung, die erzieherische Eignung, die wirtschaftliche Lage, die Beweggründe und die Familienverhältnisse der adoptionswilligen Personen sowie die Entwicklung des Pflegeverhältnisses» zu untersuchen. Die Prüfung der potenziellen Adoptiveltern wird in der Regel von Sozialarbeitern vorgenommen.¹¹¹⁸ Das einjährige Pflegekindverhältnis gilt als Probe- und Bedenkzeit und ist kein rechtlich definiertes Verhältnis, sondern ergibt sich aus dem faktisch gelebten Familienverhältnis. Es soll auch die sozialpsychische Beziehung zwischen Adoptiveltern und Adoptivkind festigen.¹¹¹⁹

Das Kindeswohl ist die wichtigste Voraussetzung für die Adoption: Wenn nicht davon auszugehen ist, dass sie das Wohlergehen des Kindes zu fördern vermag, ist die Adoption nicht zulässig. Die Förderung des Wohlergehens geschieht unter anderem dadurch, dass die Adoptiveltern aufgrund ihrer persönlichen, familiären und materiellen Situation Gewähr für eine dauerhafte Betreuung sowie für Unterhalt und Ausbildung des Adoptivkindes bieten.¹¹²⁰ Die Adoption ist nicht nur eine Form der Familiengründung, sondern ist mittlerweile auch eine Kindesschutzmassnahme geworden, geht es doch heute darum, dass das Kind ins Zentrum des Prozesses gestellt wird und sein Wohl als oberstes Anliegen gilt.¹¹²¹

Wird die Adoption gutgeheissen, so wird das Kind zum rechtlichen Kind der Adoptiveltern und das bisherige Kindesverhältnis zu den biologischen Eltern erlischt (Art. 267 Abs. 1 und 2 ZGB).¹¹²² Die Adoption ist grundsätzlich unauflöslich und kann nur durch Anfechtung der Adoption oder durch erneute Adoption aufgelöst werden.¹¹²³ Das Prinzip

¹¹¹⁶ Vgl. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1245; RUSCH, S. 131. Vgl. zur Zustimmung der leiblichen Eltern Bestimmungen in Art. 265a ff. ZGB.

¹¹¹⁷ Vgl. dazu HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1288 ff.; PFAFFINGER, Rz. 66.

¹¹¹⁸ PFAFFINGER, Rz. 67, m.w.V.

¹¹¹⁹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1258 ff.; KUHN, S. 409.

¹¹²⁰ Deutscher Ethikrat, S. 93; KUHN, S. 409; RUSCH, S. 130 f.

¹¹²¹ PFAFFINGER, Rz. 1 f. Es geht heutzutage darum, dass das Kind passende Eltern findet, und nicht umgekehrt (HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1262).

¹¹²² Eine Ausnahme besteht bei der Stiefkindadoption, bei der das Verhältnis zum einen biologischen Elternteil, der mit dem neuen Adoptivelternteil mindestens eine faktische Lebensgemeinschaft führt, weiterbesteht (Art. 267 Abs. 3 ZGB).

¹¹²³ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1241 und Rz. 1283.

«mater semper certa est» manifestiert sich im Adoptionsrecht mittels Zustimmung zur Adoption, womit die leibliche Mutter auf ihr Mutterdasein verzichtet und die Adoptivmutter an ihrer statt als rechtliche Mutter qualifiziert (resp. die leiblichen Eltern auf ihr Eltern-dasein verzichten und die Adoptiveltern an ihrer statt als rechtliche Eltern qualifizieren). Die Adoption fingiert die Geburt des Kindes in der Adoptivfamilie, d.h., das Kind gilt als in der Adoptivfamilie geboren.¹¹²⁴

Nach Art. 268b Abs. 1 ZGB besteht sowohl für das Adoptivkind wie auch für die Adoptiveltern ein Recht auf die Wahrung des Adoptivgeheimnisses. Dieses schützt das Adoptivverhältnis zwischen dem Kind und den Adoptiveltern vor einer allfälligen Einmischung der biologischen Eltern, damit das Kind eine umfassende und ungestörte soziale Eingliederung in die Adoptivfamilie erhält.¹¹²⁵ Nach Art. 268b Abs. 2 ZGB dürfen den leiblichen Eltern identifizierende Informationen über das minderjährige Kind oder über seine Adoptiveltern bekannt gegeben werden, wenn das Kind urteilsfähig ist und die Adoptiveltern sowie das Kind der Bekanntgabe zugestimmt haben. Auch ohne Zustimmung der Adoptiveltern und des Kindes haben die leiblichen Eltern Anspruch darauf zu wissen, ob und wann ihr Kind adoptiert wurde. Auch weitere, nicht-identifizierende Informationen dürfen mitgeteilt werden.¹¹²⁶ Das adoptierte Kind hat mit Erreichen der Volljährigkeit das Recht auf Zugang zu den Daten seiner Abstammung (Art. 268c ZGB). Art. 268c Abs. 1 ZGB verpflichtet die Adoptiveltern, das adoptierte Kind seinem Alter und seiner Reife entsprechend über die Tatsache seiner Adoption in Kenntnis zu setzen. Das minderjährige Kind hat nach Art. 268c Abs. 2 ZGB Anspruch auf Auskunft über seine leiblichen Eltern, soweit dadurch keine Rückschlüsse auf deren Identität möglich sind. Identifizierende Informationen erhält es nur, wenn es ein schutzwürdiges Interesse nachweisen kann. Das volljährige Kind wiederum kann nach Art. 268c Abs. 3 ZGB jederzeit verlangen, dass ihm die Personalien seiner leiblichen Eltern und weitere Informationen über diese bekannt gegeben werden. Ausserdem kann es verlangen, dass ihm Informationen über direkte Nachkommen seiner leiblichen Eltern bekannt gegeben werden, wenn die Nachkommen volljährig sind und der Bekanntgabe zugestimmt haben.¹¹²⁷

Seit dem 1. Januar 2018 gibt es mit Art. 268e ZGB die gesetzlich geregelte Möglichkeit einer offenen Adoption, d.h., dass die leiblichen Eltern einen Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem Kind erhalten, sofern die Adoptiveltern damit einverstanden sind. Eine entsprechende Vereinbarung muss nach Abs. 1 von der zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde genehmigt werden. Das Kind darf den Kontakt jedoch nach Abs. 3 jederzeit verweigern.¹¹²⁸

Insgesamt spielt das Kindeswohl in der Fremdkindadoption eine übergeordnete Rolle. Es geht insbesondere den Wünschen der Adoptiveltern vor. Es stellt sich die Frage, ob eine

¹¹²⁴ PFAFFINGER, Rz. 110.

¹¹²⁵ BIDERBOST, Rz. 82; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1299; PFAFFINGER, Rz. 102.

¹¹²⁶ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1300.

¹¹²⁷ Vgl. BERTSCHI, S. 66.

¹¹²⁸ Botschaft ZGB, BBl 2015 S. 915; PFAFFINGER, Rz. 181.

ausführliche Kindeswohlprüfung, wie sie bei der Fremdkindadoption durchgeführt wird, auch bei der Embryonenspende durchgeführt werden sollte. So weist die Embryonenspende einerseits Parallelen zur Fremdkindadoption auf – die rechtlichen Eltern sind nicht genetisch mit dem Kind verwandt –, andererseits existiert das Kind bei der Embryonenspende noch gar nicht und mögliche Traumatisierungen, welche bei der Fremdkindadoption zum Adoptionszeitpunkt beim Kind bestehen könnten, sind bei der Embryonenspende nicht gegeben. Es zu klären, inwieweit sich die Kindeswohlprüfung an der Fremdkindadoption zu orientieren hat (Ziff. 5.9.1). Sowohl für das adoptierte wie auch für das heterolog entstandene Kind ist das Recht auf Kenntnis der eigenen (genetischen) Abstammung relevant und als Teil des Kindeswohls zu betrachten, weswegen dieses Recht anschliessend auszuführen ist (Ziff. 5.6).

5.6. Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung

5.6.1. *Relevanz der Kenntnis für das Kind*

Früher wurde Eltern, die ihre Kinder mittels Samenspende zeugen liessen, geraten, die wahre Abstammung dem Kind gegenüber geheim zu halten, da Nachteile für die Beteiligten befürchtet wurden: So könnte sowohl das Kind aufgrund der mangelnden genetischen Verbindung zum Vater wie auch der Vater aufgrund seiner Unfruchtbarkeit stigmatisiert werden.¹¹²⁹ Diese Ansicht ist mittlerweile überholt: Die bisherigen Untersuchungen bei Adoptionen und bei Samenspenden zeigen, dass es für ein Kind essenziell ist, seine genetische Abstammung und Herkunft zu kennen. Dies ist einerseits wichtig für seine Persönlichkeitsentwicklung, Identitätsfindung und Selbstwahrnehmung, andererseits können daraus wichtige Erkenntnisse bezüglich medizinischer Diagnosen gewonnen werden, weswegen Kinder Zugang zu den Daten über ihre eigene Abstammung erhalten sollen.¹¹³⁰ Das Kind, das bei nicht genetisch mit ihm verwandten Eltern aufwächst, wird in der Regel irgendwann das Bedürfnis verspüren, seine Abstammung zu kennen, auch wenn die gelebte Beziehung zwischen Eltern und Kind als wichtiger empfunden wird als die genetische Verwandtschaft.¹¹³¹ Es ist wissenschaftlich anerkannt, dass eine vorenthaltene Aufklärung über die Art und Weise des eigenen Zustandekommens und somit der eigenen Abstammung die Identitätsfindung des Kindes erschwert.¹¹³² Deswegen wurde in der Schweiz und in anderen Ländern das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus

¹¹²⁹ GOLOMBOK, S. 93; THORN, S. 39. So z.B. HEGNAUER, Künstliche Fortpflanzung und Grundrechte, S. 266; HEGNAUER, Künstliche Fortpflanzung und persönliche Freiheit, S. 299 f. In der Schweiz wurden früher die Samen von Medizinstudenten oder Ärzten verwendet und gemischt, um deren Anonymität zu gewährleisten (NZZ vom 6. Juli 2018, <<https://www.nzz.ch/gesellschaft/gratulation-es-ist-ein-wikinger-ld.1401175>>, [besucht am 19. Mai 2024]).

¹¹³⁰ BADENBERG, S. 31; BERTSCHI, S. 62; BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 35 zu Art. 3; BÜCHLER/RYSER, S. 5; CHRISTENSEN, Rz. 46; RUSCH, S. 57. Siehe auch COTTIER/CREVOISIER, SHK FMedG, N 13 f. zu Art. 27; JUNGO et al., N 81.

¹¹³¹ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 42; Deutscher Ethikrat, S. 84 f.; HÜBNER, S. 128.

¹¹³² BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 259, m.w.V.

dem Adoptionsrecht auf die Keimzellenspende übertragen.¹¹³³ Studien legen nahe, dass es für Kinder besser ist, sie früh über ihre Entstehungsgeschichte zu informieren. Jugendliche, welche bereits als Kinder über ihre heterologe Abstammung – welcher Art auch immer – informiert wurden, zeigen gemäss Studien keine negativen Gefühle im Hinblick auf ihre Entstehungsgeschichte.¹¹³⁴

Gegenstimmen argumentieren, dass zu viel Wert auf die genetische Abstammung gelegt werde und dass vielmehr die soziale Umgebung und die Zuwendung sowie das Bewusstsein der Eltern für ihre Verantwortung als Eltern entscheidende Einflüsse auf die Entwicklung des Kindes seien. Stattdessen könne die Wahrung des Familienfriedens möglicherweise Geheimhaltung erfordern.¹¹³⁵ So ist die Anonymität bei Keimzellenspenden nach wie vor weit verbreitet und präferiert, wie beispielsweise die höhere Nutzung anonymer Eizellenspenden in Ländern mit dieser Möglichkeit zeigt.¹¹³⁶ In der Schweiz hat das Verbot der anonymen Samenspende zu einem Rückgang der Spendebereitschaft geführt, was zur Folge hat, dass hiesige Kliniken Sperma importieren, um die Nachfrage zu decken.¹¹³⁷ Dem Verbot einer anonymen Keimzellenspende steht zum Beispiel COHEN kritisch gegenüber: Dies lasse den Menschen ihre eigenen Wünsche nicht offen und sei somit paternalistisch.¹¹³⁸ COHEN führt weiter aus, dass daraus eine Verknappung des Keimzellenspende-Angebots resultieren könne und dies eine De-facto-Beschränkung des Zugangs zur Reproduktionsmedizin sei.¹¹³⁹ Dieser Auffassung kann nach dem Gesagten, d.h. dass bisherige Studien die Wichtigkeit der Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung belegen und das Kindeswohl als oberste Maxime im Fortpflanzungsrecht zu gelten hat, nicht gefolgt werden.

5.6.2. *Verankerung im Recht*

In der Schweizer Lehre und Rechtsprechung wird das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung durch Art. 10 Abs. 2 BV (Entfaltung der Persönlichkeit) und Art. 13 Abs. 2 BV (Recht auf informationelle Selbstbestimmung) grundrechtlich geschützt und umfasst das Recht auf eine eigene registerrechtliche Identität und auf die Kenntnis der leiblichen Ab-

¹¹³³ GOLOMBOK, S. 93 f. Vgl. auch BÜCHLER, Fortpflanzungsmedizin, S. 382. Auch international zeichnet sich immer mehr ein Recht auf Kenntnis des Kindes auf seine genetische und biologische Abstammung ab (COTTIER, S. 17 f.).

¹¹³⁴ ZADEH et al., S. 1100 und S. 1104 f. Siehe auch DEPENBUSCH/SCHULTZE-MOSGAU, Reproduktionsmedizin, S. 293; MACCALLUM/GOLOMBOK, S. 2894.

¹¹³⁵ Zitiert aus HÜBNER, S. 129.

¹¹³⁶ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 44.

¹¹³⁷ NZZ vom 6. Juli 2018, <<https://www.nzz.ch/gesellschaft/gratulation-es-ist-ein-wikinger-ld.1401175>> (besucht am 19. Mai 2024). Die NEK weist darauf hin, dass so die Beschränkung von Art. 22 Abs. 2 FMedG, dass mit Samen eines Spenders höchstens acht Kinder (in der Schweiz) erzeugt werden dürfen, nicht mehr überprüft werden kann (NEK, Samenspende, S. 27).

¹¹³⁸ COHEN, Sperm-Donor Anonymity, S. 434.

¹¹³⁹ COHEN, Sperm-Donor Anonymity, S. 436.

stammung.¹¹⁴⁰ Zudem legt Art. 119 Abs. 2 lit. g BV ein Recht auf Zugang zu den Daten über die eigene Abstammung fest. Dies gilt nicht nur für Menschen, die mithilfe der Reproduktionsmedizin entstanden sind, sondern auch für natürlich gezeugte Kinder.¹¹⁴¹ Auch die Verwirklichung des Rechts auf Akteneinsicht nach Art. 29 Abs. 2 BV beinhaltet das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung.¹¹⁴² Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ergibt sich bei adoptierten Kindern aus Art. 268c ZGB, bei Kindern, die aus einer Samenspende gezeugt wurden, aus Art. 27 FMedG. Nach Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 24 Abs. 2 lit. a und d FMedG hat die durch Samenspende gezeugte Person ein Recht darauf, Informationen zum biologischen Vater wie Name, Adresse, Geburtstag, Nationalität, Ausbildung und Beruf zu erfahren, ohne sich mittels Nachweises eines berechtigten Interesses legitimieren zu müssen.¹¹⁴³ Lediglich Minderjährige müssen ein schutzwürdiges Interesse an der Auskunft nachweisen können (Art. 27 Abs. 2 FMedG). Die Samenspende darf also nicht anonym erfolgen, sondern muss gemäss Art. 24 FMedG auf zuverlässige Weise dokumentiert werden. Diese Daten werden nach Art. 25 Abs. 1 FMedG dem Eidgenössischen Amt für das Zivilstandswesen übermittelt, wo sie für 80 Jahre aufbewahrt werden (Art. 26 FMedG).

Eine Pflicht, das Kind über die Möglichkeit zu informieren, sein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung auszuüben, gibt es weder auf elterlicher noch auf behördlicher Seite. Es wird bewusst den Eltern überlassen, ob und wann sie ihr Kind über die Umstände seiner Zeugung aufklären möchten.¹¹⁴⁴ Internationale Studien weisen darauf hin, dass viele Eltern trotz des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung ihre heterolog gezeugten Kinder nicht über deren Abstammung informieren.¹¹⁴⁵ Die Inanspruchnahme und Durchsetzung dieses verfassungsmässigen Rechts scheinen damit in der Praxis wenig gesichert.¹¹⁴⁶ Gegner der Keimzellenspende bringen denn auch vor, dass viele Eltern die Kinder im Unklaren über ihre genetische Abstammung liessen, was dem Kindeswohl schadet.¹¹⁴⁷ Ein gänzlich Verbot der Embryonenspende aufgrund dessen ist jedoch als unverhältnismässig einzustufen; allerdings müsste aufgrund der gemachten Ausführungen die anonyme Embryonenspende analog zu den Regelungen der Samenspende untersagt

¹¹⁴⁰ BGE 128 I 63 (77) E. 5; AEBI-MÜLLER, Anonyme Geburt, Rz. 4 ff.; BERTSCHI, S. 63; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1302. Vgl. auch BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, Rz. 54 zu Kapitel 2; BÜCHLER/RYSER, S. 11.

¹¹⁴¹ AEBI-MÜLLER, Anonyme Geburt, Rz. 5. Siehe auch Ausführungen zu Art. 119 Abs. 2 lit. g BV bei RÜTSCHÉ/PICÉCCHI, SHK FMedG, N 102 ff. zu Art. 119 BV. Zudem ermöglicht das Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) seit seinem Inkrafttreten im Jahre 2007 Abstammungsuntersuchungen ausserhalb eines gerichtlichen oder behördlichen Verfahrens (VALENTIN, S. 155).

¹¹⁴² BERTSCHI, S. 63.

¹¹⁴³ BÜCHLER/RYSER, S. 8 f.

¹¹⁴⁴ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 271. Vgl. auch BERTSCHI, S. 65; BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 262.

¹¹⁴⁵ Ausführlich GOLOMBOK, S. 98 ff. Vgl. auch MACCALLUM/GOLOMBOK, S. 2892 f.

¹¹⁴⁶ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 43.

¹¹⁴⁷ Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1092.

werden. Zudem könnte das Bedürfnis des Kindes nach Aufklärung über seine genetischen Eltern rechtlich abgesichert werden.¹¹⁴⁸ Es gibt Vorschläge, die Reproduktionskliniken zu verpflichten, die Kinder bei Untätigkeit der Eltern mittels direkter Zustellung der nötigen Informationen über ihre Abstammung zu unterrichten.¹¹⁴⁹ Als Alternative könnten die Kliniken die Wunscheltern einige Jahre nach der Geburt kontaktieren und über ihre Pflicht, das Kind aufzuklären, informieren und sie gegebenenfalls dabei unterstützen.¹¹⁵⁰

5.7. Das Embryonenspende-Kind als «fremdplatziertes» Kind?

Grundsätzlich sind IVF-Kinder absolute Wunsch Kinder, ob nun homolog oder heterolog gezeugt.¹¹⁵¹ So wird auch bei der Embryonenspende vorgebracht, dass das daraus entstandene Kind ein Wunschkind sei, weswegen die Kindeswohlbedenken hinter die Lebenschance des Embryos zurückzutreten hätten.¹¹⁵²

Bei der Embryonenspende kommt jedoch hinzu, dass genau dieser Embryo, aus dem das Kind entstanden ist, von den Wunscheltern, welche die IVF in Anspruch genommen hatten, eben nicht verwendet wurde. Bei denjenigen IVF-Paaren, welche sich ihren Kinderwunsch erfüllen konnten und überzählige Embryonen zur Embryonenspende freigeben, hat das aus der Spende entstandene Kind genetische Vollgeschwister, welche in einer homologen Familie aufwachsen. Das Embryonenspende-Kind ist dann dasjenige, das im Gegensatz zu seinen genetischen Geschwistern nicht bei seiner genetischen Familie aufwachsen darf. Das Kind könnte sich deswegen verlassen oder abgelehnt fühlen. Dies könnte beim Kind mitunter schwierigere Gefühle auslösen, als wenn es speziell für das Wunschelternpaar aus einer kombinierten Samen- und Eizellenspende gezeugt worden wäre. Möglicherweise könnte es auch denken, dass es ein Embryo mit niedrigerer Qualität gewesen ist, da vorrangig die sich am besten entwickelnden Embryonen für die IVF-Behandlung verwendet werden (und die überzähligen eher zur zweiten Wahl gehören). Bei der Fremdkindadoption ist die Situation eine andere: In der Regel geht es dabei um eine Kindeswohlgefährdung, in den seltensten Fällen wird das betroffene Kind aus einer intakten Familie genommen und fremdplatziert. Bei der Embryonenspende wird dagegen regelmässig eine intakte Familie vorzufinden sein und das Kindeswohl ist bei den Geschwistern normalerweise nicht gefährdet. So kann beim Embryonenspende-Kind möglicherweise das Gefühl aufkommen, dass es nicht «zu seinem Besten» war, «fremdplatziert» zu werden. Welche Konsequenzen der Gedanke, selber im Gegensatz zu den genetischen Ge-

¹¹⁴⁸ So auch BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 259.

¹¹⁴⁹ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 43. BÜCHLER lehnt dies jedoch mit dem Hinweis ab, dass es sich bei der direkten Information um einen übermässigen Eingriff in die Privatsphäre und in den elterlichen Verantwortungsbereich handle (BÜCHLER, Eizellenspende, a.a.O.).

¹¹⁵⁰ So auch BÜCHLER, Eizellenspende, S. 43. Siehe Vorschläge de lege ferenda im 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 3.3.6.

¹¹⁵¹ So auch GOLOMBOK: «[T]hese children cannot be conceived unintentionally[.]» (GOLOMBOK, S. 193 f.). «Grundsätzlich», da nach einem Embryonentransfer eineiige Zwillinge entstehen können, obschon sich die Eltern nur ein einziges Kind gewünscht hätten.

¹¹⁵² BRAUN, S. 41; zustimmend LEHMANN, S. 154.

schwistern aufgrund eines Zufalls bei der Embryonenauswahl nicht bei der genetischen Familie aufwachsen zu dürfen, hat, ist empirisch noch zu wenig erforscht. Möglicherweise hegen diese Kinder auch ein Gefühl der Dankbarkeit und Wertschätzung, dass sie überhaupt geboren wurden. So meint der Deutsche Ethikrat, dass man dem Embryonenspende-Kind gut vermitteln könne, dass die Entscheidung gegen den Embryotransfer keine Entscheidung gegen das Kind gewesen sei. Die Embryonenspende zeige vielmehr, dass den genetischen Eltern an der Existenz des Kindes gelegen war, da sie die Spende einem Verwerfen vorgezogen haben.¹¹⁵³ Noch sind keine verlässlichen Studienergebnisse zu diesem Thema vorhanden. Das deutsche «Netzwerk Embryonenspende» gibt an, dass aufgrund der eher kurzen Dauer der Embryonenspendepraxis noch keine Erfahrungsberichte von Menschen, die aus einer Embryonenspende hervorgegangen sind, vorliegen, und man so noch nicht umfassend weiss, wie sich diese Menschen fühlen und ihre Situation empfinden.¹¹⁵⁴ Die Embryonenspende wird denn auch noch nicht so lange praktiziert wie beispielsweise die Samenspende oder die Fremdkindadoption.

Insoweit ist zu empfehlen, empirische Untersuchungen in diesem Bereich durchzuführen. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse werden für die Ausgestaltung der Embryonenspende zu berücksichtigen sein. Als mildere Massnahme zu einem Embryonenspendeverbot könnten beispielsweise unterstützende Mechanismen durch die Klinik und weitere Fachpersonen vorgesehen werden, damit die Situation für die Wunscheltern und auch das Spendekind gut zu bewältigen ist. Dabei könnten die Resultate der Untersuchungen als Vorgaben dienen (siehe dazu Ziff. 5.9).

5.8. Fokussierung auf die Wunscheltern

Es ist zu empfehlen, den Fokus auch auf die Wunscheltern und deren Situation zu legen, um eine dem Kindeswohl angemessene Lösung zu finden, wie nachfolgend ausgeführt wird. In der Fortpflanzungsmedizin geht es primär darum, dass Wunscheltern Kinder wollen. Es geht nicht darum, Embryonen zum Wohle der daraus entstehenden Kinder zu erzeugen. Auch bei der Embryonenspende, wo es die Schutzpflicht dem Embryo gegenüber grundsätzlich gebietet, ihm eine Lebenschance nicht zu verwehren, geht es schlussendlich auch darum, dass Kinderwunschpatientinnen und -patienten Eltern werden möchten. Deren Wünsche und Interessen sind ebenso zu respektieren. Denn ohne die Menschen, die mithilfe der Fortpflanzungsmedizin Eltern werden, gibt es in diesem Bereich gar kein Kindeswohl, das zu schützen ist.¹¹⁵⁵ BÜCHLER/CLAUSEN wünschen deshalb einen vermehrten Einbezug der allgemeinen arztrechtlichen Grundsätze, denn: «Die Verwirklichung des Kinderwunsches macht die Patienten [...] ebenso zu Eltern und soll ihnen ein erfüllendes Familienleben mit dem Kind ermöglichen.»¹¹⁵⁶

¹¹⁵³ Deutscher Ethikrat, S. 98.

¹¹⁵⁴ https://kinderwunsch-bayern.de/wp-content/uploads/2021/02/Haeufig_gestellte_Fragen.pdf (besucht am 19. Mai 2024).

¹¹⁵⁵ NEK, Fortpflanzung, S. 20.

¹¹⁵⁶ BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 270.

Der behandelnde Arzt oder die behandelnde Ärztin hat de lege lata vor Beginn jeder Fortpflanzungsmedizinischen Behandlung das potenzielle Kindeswohl zu prüfen.¹¹⁵⁷ Das reproduktionsmedizinische Verfahren ist dann abzulehnen, wenn die Reproduktionsmedizinerinnen resp. -mediziner nach einer Anamnese aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten davon überzeugt sind, dass sich die Wunscheltern ihren Kinderwunsch nicht wohl überlegt haben oder gar nicht in der Lage sind – sei es aufgrund physischer oder psychischer Konstitution – ihre Rolle als Eltern angemessen auszufüllen. Die Behandlung darf nicht durchgeführt werden, wenn dadurch eine inakzeptable physische oder psychische Belastung für die Frau, ihren Partner resp. ihre Partnerin oder das zukünftige Kind entstehen könnte (sog. «Nichtschädigungsprinzip»)¹¹⁵⁸. Dies zeigt laut BÜCHLER/CLAUSEN, dass das Kindeswohl vielmehr unter die ärztlichen Pflichten gegenüber den Patienten subsumiert werden kann. Dadurch erscheint es für BÜCHLER/CLAUSEN sachgerecht, den Fokus auf das Wunschelternpaar zu legen, denn die Ärztinnen und Ärzte sind in allererster Linie den Patienten verpflichtet.¹¹⁵⁹ Wenn die Arzt-Patienten-Beziehung im Vordergrund steht, kann die Reproduktionsmedizin auf der Basis der tatsächlich gegebenen Verhältnisse tätig werden und nicht auf einer hypothetischen Annahme eines noch nicht gezeugten Kindes – oder im Falle der Embryonenspende eines noch nicht implantierten Embryos.¹¹⁶⁰

Im Sinne einer Neuausrichtung befürworten BÜCHLER/CLAUSEN also die stärkere Fokussierung auf das gegenwärtige und künftige Wohl des Kinderwunschaars, wobei die gesundheitlichen Aspekte des Kindeswohls weiter zu berücksichtigen sind. Das Selbstbestimmungsrecht der Patientinnen und Patienten, welches im gesamten Medizinrecht elementar ist, solle auch in der Fortpflanzungsmedizin stärker betont werden. Durch das Abstellen auf die Wunscheltern als Patientinnen und Patienten und die Fokussierung der Ärztinnen und Ärzte auf diese könnte auch ein rechtlich stringenterer Rahmen geschaffen werden, als wenn auf das hypothetische Wohl eines noch nicht gezeugten Kindes abgestellt werde.¹¹⁶¹ Die Orientierung am Patientenwohl bedeutet nicht, dass die Belange des Kindeswohls gänzlich ignoriert werden sollen. Die Reproduktionsmedizinerinnen und -mediziner können die Durchführung des Fortpflanzungsverfahrens ablehnen, wenn dies aus ihrer Sicht nicht zu verantworten ist. Eine solche Verweigerung erfordert jedoch eine gewichtige Begründung, damit die reproduktive Autonomie der Betroffenen nicht verletzt wird. Es sind aber durchaus Situationen denkbar, in denen die individuellen Voraussetzungen der Wunscheltern aufgrund konkreter Anhaltspunkte, wie etwa Alkohol- oder Drogenmissbrauch oder vorangegangene Kinderschutzmassnahmen, dazu führen, dass sie nicht für die Elternschaft geeignet scheinen. In derart ungünstigen Fällen sollen die Ärztinnen und Ärzte von einer Fortpflanzungsbehandlung absehen, ohne dass aber das Kindeswohl zur primären Begründung werden muss.¹¹⁶² Nach der hier vertretenen Ansicht muss diese Anamnese auch den Gesundheitszustand und das Alter der Patientin-

¹¹⁵⁷ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 249; AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 40.

¹¹⁵⁸ BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 37 zu Art. 3.

¹¹⁵⁹ BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 38 zu Art. 3.

¹¹⁶⁰ BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 271.

¹¹⁶¹ BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 272.

¹¹⁶² BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 270 f.

nen und Patienten einbeziehen, insbesondere der Frau, da die Schwangerschaft in erster Linie sie betrifft.

Dagegen wird vorgebracht, dass die Fokussierung auf die Wunscheltern das Kindeswohl ausser Acht lasse: «Viele Paare [...] wollen ein Kind oft um jeden Preis. In diesem unbedingten Wollen werden sie von der Reproduktionsmedizin meist unterstützt. Vergessen wird herbei, dass es eben nicht nur Wünsche der Eltern, sondern auch Wünsche der Kinder an ihre Eltern gibt.»¹¹⁶³ Diese Einschätzung wird der Realität jedoch nicht gerecht: Künstlich gezeugte Kinder sind zumeist Wunschkinder.¹¹⁶⁴ In diesem Fall kann angenommen werden, dass das Wohl des Kindes den Wunscheltern besonders wichtig ist. Diese Annahme wird jedoch im Fortpflanzungsmedizinrecht nicht abgebildet; vielmehr werden die Wünsche der Eltern und das Wohl des Kindes sogar als einander entgegenstehend betrachtet. Dies drückt ein gewisses Misstrauen gegenüber den Kinderwunschpatientinnen und -patienten aus, was für BÜCHLER/CLAUSEN weder überzeugend noch angebracht ist.¹¹⁶⁵ Auch aus Sicht von FANKHAUSER/VIONNET ist es besser, grundsätzlich von einer Nichtgefährdung des Kindeswohls als von einer Gefährdung auszugehen.¹¹⁶⁶ Dem ist insbesondere für die Embryonenspende zuzustimmen: Auch wenn hier im Gegensatz zu den anderen heterologen Methoden eine speziellere Wunschkind-Thematik besteht,¹¹⁶⁷ so sind die Interessen des Embryos, welche im Anteil an der Menschenwürde und der daraus resultierenden Schutzpflicht des Staates zum Ausdruck kommen, und die Interessen der Wunscheltern gleichläufig – beide haben ein Interesse an einem Embryotransfer und der Geburt.

Mit der Fokussierung auf die Wunscheltern muss das Handeln nicht auf ein spekulatives Kindeswohl ausgerichtet werden und gleichzeitig kann die Entscheidungsfreiheit der Eltern so weit als möglich respektiert werden. Das Kindeswohl als öffentliches Interesse soll allerdings weiterhin adäquat berücksichtigt werden, insbesondere die gesundheitlichen Aspekte einer Embryonenspende für das daraus zu entstehende Kind. Denn, obschon BÜCHLER/CLAUSEN plausible und in weiten Teilen überzeugende Argumente vorbringen, darf eine Kindeswohlprüfung nicht gänzlich durch eine Patientinnen- und Patientenfokussierung ersetzt werden. Im Sinne einer ganzheitlichen Betrachtung soll das Wohl des aus der Embryonenspende zu entstehenden Kindes neben den Interessen der Wunscheltern – dort, wo sie möglicherweise nicht deckungsgleich sind – angemessen überprüft werden, wie im Folgenden ausgeführt wird.

¹¹⁶³ MAIO, *Bestellbare Kinder*, S. 30.

¹¹⁶⁴ «Zumeist», da nach dem Embryotransfer noch eineiige Zwillinge entstehen können, was zum Transferzeitpunkt vielleicht nicht unbedingt gewünscht ist. Darüber hinaus gibt es noch die Thematik mit dem Embryonenspende-Kind als «fremdplatziertes» Kind (vgl. vorangehende Ziff. 5.7).

¹¹⁶⁵ BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 20 zu Art. 3.

¹¹⁶⁶ FANKHAUSER/VIONNET, S. 147.

¹¹⁶⁷ Zum «fremdplatzierten Kind» siehe vorangehende Ziff. 5.7.

5.9. Lösungsvorschlag: Kindeswohlüberprüfung im Einzelfall

5.9.1. *Eignungsabklärung analog der Fremdkindadoption?*

Der Gesetzgeber hat beim Fortpflanzungsmedizinrecht bewusst eine Anlehnung an die Voraussetzungen der Adoption Minderjähriger vorgenommen, gemäss welchen Adoptionen nur erfolgen dürfen, wenn das Kindeswohl gewährleistet ist.¹¹⁶⁸ Der Prozess der Fremdkindadoption beinhaltet allerdings eine einzelfallbezogene Beurteilung des Kindeswohls.¹¹⁶⁹ Es gibt Vorschläge, dass bei der Embryonenspende, ähnlich wie bei der Fremdkindadoption, sichergestellt werden muss, dass die Wunscheltern angemessen für das Kind sorgen können. Sie sollen dem Kind die notwendigen Möglichkeiten zur Entwicklung bieten, damit es so gut wie möglich, aber nicht zwingend bestmöglich, aufwachsen kann.¹¹⁷⁰ So besteht doch eine gewisse psychologische¹¹⁷¹ und funktionale¹¹⁷² Nähe der Embryonenspende zur Fremdkindadoption, zumal das Kind in beiden Fällen keinerlei genetische Verbindung zu den Wunscheltern aufweist. Zumindest gibt es zur Sicherstellung des Kindeswohls gute Gründe, sich von den Regelungen des Adoptionsprozesses inspirieren zu lassen, ohne dass die Prüfung der Lebensumstände der Adoptiveltern bei einer Embryooption dasselbe Mass an Strenge zu erreichen hätte wie bei einer konventionellen Fremdkindadoption.¹¹⁷³

Eine Kindeswohlprüfung im Sinne einer Eignungsabklärung analog der Fremdkindadoption lehnen hingegen etwa BLEISCH/BÜCHLER bei der Reproduktionsmedizin ab, da es sich um eine andere Ausgangslage handelt: Eine strenge Eignungsprüfung ist bei der Fremdkindadoption gerechtfertigt, da dadurch Kinder unter staatlicher Mitwirkung neue rechtliche Eltern und ein neues Zuhause erhalten.¹¹⁷⁴ Bei der Embryonenspende hingegen besteht noch gar kein Kind, das neue rechtliche Eltern und ein neues Zuhause erhält. Es wird vielmehr in die Adoptivfamilie hineingeboren. Im Vergleich zur konventionellen Adoption bestehen bei der Embryonenspende zudem erst wenige Grundlagen zum Stellen einer Prognose: So fehlt das obligatorische einjährige Pflegekindverhältnis, und die Vorgeschichte des Kindes kann ebenso wenig berücksichtigt werden. Es fehlen vergleichbare Anknüpfungspunkte, aus welchen ersichtlich wäre, ob die reproduktionsmedizinisch unterstützte Zeugung des Kindes (oder seine Einsetzung in den Mutterleib) in dessen Sinne ist oder nicht.¹¹⁷⁵

Die Durchführung einer solchen Kindeswohlprüfung mag in der Tat weitgehend erscheinen. Im Unterschied zu den anderen heterologen Reproduktionsmethoden liegt bei der

¹¹⁶⁸ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 249.

¹¹⁶⁹ BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 266.

¹¹⁷⁰ Deutscher Ethikrat, S. 133 (Sondervotum HEINEMANN/LOSINGER/SCHOCKENHOFF); ähnlich REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 62 zu Art. 119.

¹¹⁷¹ So NEWTON/McDERMID/TEKPETEY/TUMMON, S. 879.

¹¹⁷² So REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 62 zu Art. 119.

¹¹⁷³ Vgl. auch Deutscher Ethikrat, S. 98; SAVIOZ-VIACCOZ, Autodétermination, S. 199.

¹¹⁷⁴ BLEISCH/BÜCHLER, S. 89.

¹¹⁷⁵ KUHN, S. 227 f. und S. 274. Ebenfalls kritisch FANKHAUSER/VIONNET, S. 146 f.

Embryonenspende allerdings zusätzlich zu den anderen möglichen Kindeswohlgefährdungen die Problematik des «fremdplatzierten» Embryos vor. Da noch weitgehend unklar ist, wie sich diese Situation auf die psychische Gesundheit des daraus entstehenden Kindes auswirkt, ist es überzeugend, im Sinne des Vorsichtsprinzips eine solche – wenn auch weniger umfassende – Eignungsabklärung und insbesondere auch entsprechende Beratung der Wunscheltern vorzusehen. Der mögliche Inhalt einer solchen Prüfung und Beratung ist nachfolgend (Ziff. 5.9.2 und 5.9.3) dargelegt. Ziel dabei ist, die überzähligen Embryonen – sofern die Spende- und Wunscheltern einverstanden sind – für eine Embryonenspende zu verwenden, allerdings unter Einhaltung einer eher vorsichtigen Vorgehensweise, um das Risiko einer Kindeswohlgefährdung so gering wie möglich zu halten. Dabei werden künftige Erfahrungswerte und Studienergebnisse einzubeziehen sein.

5.9.2. *Beratung der Wunscheltern*

Art. 6 FMedG sieht bereits eine vorgängige Information und Beratung der Wunscheltern vor. Diese sollte in Bezug auf die Embryonenspende sowohl bei den Wunsch- wie auch bei den Spendeeltern¹¹⁷⁶ umfassend durchgeführt werden. Den Wunscheltern kommt eine entscheidende Rolle zu, da sie nach der Geburt des Kindes im Rahmen der elterlichen Sorge für die Gewährleistung des Kindeswohls verantwortlich sind. Um sicherzustellen, dass das Kindeswohl bei der Embryonenspende «gut genug» gewährleistet wird, könnten vor der Spende Beratungsdienstleistungen angeboten werden. Diese Beratungen sollten die potenziellen Eltern darüber aufklären, was es bedeutet, eine Embryonenspende anzunehmen und die Verantwortung für ein Kind zu übernehmen. Dies beinhaltet nicht nur die medizinischen und physischen Aspekte, sondern auch die emotionalen und psychosozialen Herausforderungen, die damit einhergehen können. Die Beratungen sollen auch Aspekte wie die Offenlegung der genetischen Herkunft der Kinder und den angemessenen Umgang damit behandeln. Zudem sollen die Wunscheltern dahingehend geschult werden, wie sie damit umzugehen haben, dass sich das Embryonenspende-Kind als «fremdplatziertes» Kind fühlen könnte. Die Beratungsdienste könnten sich an diejenigen der Fremdkindadoption anlehnen, ohne dass sie jedoch so weitgehend zu sein hätten. Denn bei der Fremdkindadoption ist das Kind bereits auf der Welt, erhält während des Aufwachsens eine neue Familie und ist möglicherweise traumatisiert. Die Beratungsintensität bei der Embryonenspende kann im Vergleich dazu deutlich geringer ausfallen. Es sind entsprechende Leitlinien für solche Beratungen vorzusehen. Die Beratungen sind zwingend vor der Inanspruchnahme einer Embryonenspende durchzuführen und könnten womöglich auch nach der Geburt weitergeführt werden, insbesondere auch, um das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung besser gewährleisten zu können.

¹¹⁷⁶ Siehe dazu Überlegungen de lege ferenda im 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 3.5.2 und 3.5.3.

5.9.3. *Inhalt der Prüfung*

5.9.3.1. *Physisches Kindeswohl: Indikation und Höchstalter der Wunscheltern*

Fortpflanzungsmedizinische Verfahren dürfen nach Art. 5 FMedG nur angewendet werden, wenn damit die Unfruchtbarkeit eines Paares überwunden werden soll und die anderen Behandlungsmethoden versagt haben oder aussichtslos sind (lit. a), oder wenn die Gefahr, dass eine schwere Krankheit auf die Nachkommen übertragen wird, nicht anders abgewendet werden kann (lit. b). Dieses Ultima-Ratio-Prinzip heisst, dass wenn etwa bei den Eizellen der Frau Qualitätseinschränkungen vorliegen, gleichzeitig aber eine gute Samenqualität beim Mann vorhanden ist, zwar ein fortpflanzungsmedizinisches Verfahren wie die IVF (und womöglich künftig die Eizellenspende) in Anspruch genommen werden dürfte, nicht aber eine Samenspende. Denn die Verwendung fremder Samen hätte in diesem Fall keinen Einfluss auf die Überwindung der Unfruchtbarkeit. Übertragen auf die Embryonenspende bedeutet dies, dass diese Methode, bei der sowohl Ei- als auch Samenzellen von Dritten für die Erzeugung des Embryos verwendet worden sind, nur für Paare in Frage kommen dürfte, bei denen sowohl beim Mann als auch bei der Frau eine Indikation vorliegt, welche für die Inanspruchnahme der Fortpflanzungsmedizin nach Art. 5 FMedG berechtigt. Bei einem Frauenpaar müssten bei beiden Partnerinnen Einschränkungen in der Eizellenqualität vorliegen.

Es gibt allerdings Lehrmeinungen, welche den Lebensschutz der Embryonen als hoch genug gewichten, sodass eine Embryooption aus ihrer Sicht auch für fruchtbare Wunscheltern gestattet werden sollte.¹¹⁷⁷ Die Embryonenspende könnte zudem auch für Paare interessant sein, bei welchen nur einer der beiden Partner Fruchtbarkeitseinschränkungen aufweist: Mit einem in Bezug auf beide Eltern genetisch fremden Kind könnte sich ein Paar unter Umständen wohler fühlen als mit einer singulären Eizellen- oder Samenspende.¹¹⁷⁸ Auch wenn diese Überlegungen verständlich erscheinen können, ist dennoch zu empfehlen, dass dem Ultima-Ratio-Prinzip gefolgt wird, um das Kindeswohl bestmöglich zu wahren. Somit sollte an den Zugangsvoraussetzungen von Art. 5 FMedG (Unfruchtbarkeit oder schwere vererbare Krankheit) grundsätzlich festgehalten werden. Zur Embryooption berechtigt sollten daher Paare sein, bei denen sowohl bei der Frau wie auch beim Mann resp. zweiten Elternteil je eine Sterilität vorliegt.

Gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b FMedG müssen die Wunscheltern bis zur Volljährigkeit des Kindes für dessen Erziehung und Pflege sorgen können, damit sie fortpflanzungsmedizinische Massnahmen zur Zeugung und Austragung dieses Kindes in Anspruch nehmen dürfen. Wo diese alterstechnische Grenze genau liegt, halten weder das Gesetz noch die Verordnung fest. Der Gesetzgeber hat wegen der Gefahr des Entstehens eines Rechtsanspruchs und der womöglich unbefriedigenden Grenzsetzung im Einzelfall (wenn eine Frau nur wenige Tage älter ist als vorgeschrieben) auf eine starre Altersgrenze für die Inanspruchnahme der Reproduktionsmedizin verzichtet.¹¹⁷⁹

¹¹⁷⁷ So z.B. HÜBNER, S. 243 f.

¹¹⁷⁸ JOHNSON, S. 865.

¹¹⁷⁹ Vgl. Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 251 f.

Entscheidender als die Vorgabe, voraussichtlich bis zur Volljährigkeit des Kindes sorgen zu können (Art. 3 Abs. 2 lit. b FMedG), ist allerdings der Umgang mit der Tatsache, dass der Embryo bei der Embryonenspende aus einer fremden Eizelle stammt und das Alter der Wunschmutter somit keine natürliche Grenze für das Eintreten einer Schwangerschaft mehr darstellt. Physische Risiken für Mutter und Kind bei einer sehr späten Schwangerschaft sind deutlich erhöht.¹¹⁸⁰ Die erhöhten Risiken von Komplikationen bei Schwangerschaft und Geburt, welche direkt mit dem Alter der Schwangeren korrelieren, rechtfertigen eine strengere Prüfung des Alters der Wunschmutter. Bei beträchtlicher Gefährdung sowohl der Patientin wie auch des Embryos muss eine Embryonenspende verweigert werden.¹¹⁸¹

Basierend auf den in der Analyse des Kindeswohls gemachten Abklärungen ist das Alter der Wunscheltern in einer Form zu berücksichtigen, die zumindest bei der austragenden Mutter über die Vorgabe, bis zur Volljährigkeit des Kindes für dessen Erziehung und Pflege sorgen zu können, hinausgeht.¹¹⁸² Denn mit zunehmendem Alter steigen die Schwangerschaftsrisiken und dadurch auch die Risiken für das ungeborene Kind. Für BÜCHLER/CLAUSEN scheint es sachgerecht, ein Höchstalter in einem Spektrum von 45 bis 50 Jahren anzusiedeln, jedoch mit der einzelfallbezogenen Möglichkeit, die Obergrenze bei 55 Jahren festzulegen.¹¹⁸³ Der Zusammenhang zwischen der Entwicklung von Kindern und dem Alter der Eltern ist jedoch sehr komplex, womit das Alter nicht isoliert, sondern als einer von mehreren Faktoren betrachtet werden sollte.¹¹⁸⁴ FATEH-MOGHADAM und in ähnlicher Weise BÜCHLER schlagen vor, eine individuelle, geschlechtsneutrale Bewertung der Lebenserwartung der Wunscheltern vorzunehmen, basierend auf ihrem biologischen Alter und allfälliger bestehender Krankheiten. An der von der Natur vorgegebenen Altersgrenze sei hingegen nicht festzuhalten.¹¹⁸⁵ Die NEK empfiehlt, dass Berufsverbände mit Blick auf die medizinischen Risiken entsprechende Richtlinien erlassen sollen.¹¹⁸⁶ Es scheint sachgerecht, das Alter der Wunscheltern im Sinne einer solchen Richtlinie zu berücksichtigen; auf eine starre Altersgrenze sollte jedoch verzichtet und vielmehr

¹¹⁸⁰ Vgl. 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.4.1.

¹¹⁸¹ Vgl. BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 54 und N 74 zu Art. 3. Zum Alter der Wunscheltern als Kriterium siehe auch BELSER/JUNGO, S. 184.

¹¹⁸² Ob dies eine Ergänzung zur Altersgrenze in Art. 3 Abs. 2 lit. b FMedG, bis zur Volljährigkeit für das Kind sorgen zu können, bedarf (so diskutieren etwa BÜCHLER/CLAUSEN die Möglichkeit einer Altersgrenze aufgrund der physischen Risiken einer sehr späten Schwangerschaft unter Art. 3 Abs. 2 lit. b FMedG, vgl. BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 44 ff. zu Art. 3) oder unter die Generalklausel von Art. 3 Abs. 1 FMedG zu subsumieren ist, kann vorliegend dahingestellt bleiben und ändert nichts an den gewonnenen Erkenntnissen.

¹¹⁸³ BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 58 zu Art. 3; vgl. ähnlich WUNDER, S. 12.

¹¹⁸⁴ BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 50 zu Art. 3. Vgl. auch BGE 142 V 249 (254 ff.), E. 6.2 ff.

¹¹⁸⁵ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 31; FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 42. Ebenfalls kritisch gegenüber der Fokussierung auf das Alter der Frau und das seltene Einbeziehen des Alters des Mannes BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 52 zu Art. 3; FANKHAUSER/VIONNET, S. 148.

¹¹⁸⁶ NEK, Eizellenspende, S. 21.

ein Fokus auf die individuelle Prädisposition gelegt werden. In der Praxis zeigt sich, dass selbst das Kriterium, das Kind bis zur Volljährigkeit betreuen zu können, nicht eingehalten wird, war doch der älteste Kinderwunschpatient im Jahre 2016 in der Schweiz bereits 81 Jahre alt.¹¹⁸⁷ Deswegen ist es wichtig, solche verbindlichen Richtlinien zu erarbeiten, um dem Anspruch der Kindeswohlgefährleistung nach Art. 3 FMedG in der Praxis nachkommen zu können.

Im Übrigen wird für die Embryonenspende auch ein Mindestalter vorgeschlagen: Dabei empfehlen BELSER/JUNGO die Regeln zur Fremdkindadoption als Orientierungshilfe (28 Jahre gemäss Art. 264a und 264b ZGB).¹¹⁸⁸

5.9.3.2. *Persönliche Verhältnisse: Intention der langfristigen Betreuung*

Für Wunscheltern ist ein Auswahl- und Vorbereitungsprozess durchzuführen, bei welchem zu prüfen ist, ob diese «dem Kind geeignete Bedingungen für eine gedeihliche Entwicklung bieten können.»¹¹⁸⁹ Nach Art. 3 Abs. 2 lit. b FMedG müssen Paare aufgrund ihres Alters und ihrer persönlichen Verhältnisse voraussichtlich bis zur Volljährigkeit für die Erziehung und Pflege des durch die Fortpflanzungsmedizin entstehenden Kindes sorgen können. Die Voraussetzung der «persönlichen Verhältnisse» ist ein sehr ungenauer Rechtsbegriff, der zu vielen möglichen Interpretationen einlädt. Weder das FMedG noch die dazugehörige Botschaft äussern sich zum Inhalt dieses Erfordernisses. So interpretiert die Literatur die Voraussetzung der persönlichen Verhältnisse unterschiedlich: Als ungeeignete Verhältnisse genannt werden einerseits bereits eine starke berufliche Einbindung beider Elternteile¹¹⁹⁰, andererseits, und deutlich enger, psychiatrische oder schwere somatische Nebendiagnosen bei den Eltern¹¹⁹¹. Teilweise wird auch der sozioökonomische Status als relevant betrachtet.¹¹⁹² Dies sind isolierte Kriterien, die eine gesamtheitliche Betrachtung ausser Acht lassen. Aufgrund der Unbestimmtheit der gesetzlichen Vorgabe und der auch paternalistisch anmutenden Interpretationsmöglichkeiten ist die Voraussetzung der persönlichen Verhältnisse generell kritisch zu sehen.¹¹⁹³ Vielmehr sind die Verhältnisse der Wunscheltern im Rahmen des physischen Kindeswohls zu berücksichtigen (vgl. Ziff. 5.9.3.1) und im Sinne der Intention der langfristigen Betreuung zu berücksichtigen: Es dürfen also nur solche Paare reproduktionsmedizinische Massnahmen in Anspruch

¹¹⁸⁷ BFS, Fortpflanzung 2007–2022. Für BÜCHLER/CLAUSEN genügt es jedoch, wenn nur einer der Elternteile bis zur Volljährigkeit des Kindes für es sorgen kann (BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 69 f. zu Art. 3).

¹¹⁸⁸ BELSER/JUNGO, S. 204.

¹¹⁸⁹ Deutscher Ethikrat, S. 125.

¹¹⁹⁰ TETTAMANTI, Rz. 39.

¹¹⁹¹ BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 244. Vgl. auch BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 64 zu Art. 3; FANKHAUSER/VIONNET, S. 148 f.; HOTZ, Eizellenvorsorge, S. 18.

¹¹⁹² So bei HOTZ, Eizellenvorsorge, S. 18. A.M. FANKHAUSER/VIONNET, S. 148 f.; JUNOD/WUNDER/HURST, Rz. 51.

¹¹⁹³ So auch FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 43. Vgl. zum Ganzen mit weiteren Ausführungen BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 59 ff. zu Art. 3; FATEH-MOGHADAM, FMedG, a.a.O.

nehmen, die auch Verantwortung für das Kind übernehmen wollen und können.¹¹⁹⁴ Dabei darf aber durchaus davon ausgegangen werden, dass die Wunscheltern grundsätzlich dafür geeignet sind, es sei denn, es gibt Anhaltspunkte, welche dies widerlegen.

Es fragt sich zudem, ob, um die elterliche Sorge absichern zu können, zwei Personen als Wunscheltern fungieren sollen oder ob die Embryonenspende alleinstehenden Frauen offenstehen sollte. Der Bundesrat hielt in der Botschaft zum FMedG fest, dass reproduktionsmedizinische Verfahren nur dann angewandt werden sollen, wenn das Paar (damals noch Mann und Frau) gemeinsam die Elternverantwortung für das Kind übernehmen wollen.¹¹⁹⁵ Ebenso sieht es das Bundesgericht, laut welchem das Kindeswohl gebietet, jedem Kind zwei rechtliche Elternteile zuzuordnen.¹¹⁹⁶ Auch die «Ehe für alle» und die damit einhergehende Zulässigkeit der Inanspruchnahme der Samenspende durch verheiratete Frauenpaare vermochte daran nicht zu rütteln: Weiterhin gilt, dass zwei Personen die Elternrolle zu übernehmen gedenken müssen (vgl. Art. 3 Abs. 2 FMedG). Das Vorhandensein zweier Elternteile vermittelt dem Kind in der Regel mehr (finanzielle) Stabilität und Sicherheit; ob dieser Ausschluss von Alleinstehenden von reproduktionsmedizinischen Methoden so pauschal gerechtfertigt ist, mag dahingestellt bleiben.¹¹⁹⁷ Eine solche Analyse ist nicht Teil der vorliegenden Untersuchung – vielmehr ist eine Einbettung der Embryonenspende in die geltenden FMedG-Bestimmungen sinnvoll.¹¹⁹⁸ Die herkömmliche Adoption durch alleinstehende Personen ist zwar im Gegensatz dazu zulässig, allerdings beruht die Fremdkindadoption auf anderen Hintergründen wie eine Notsituation des Kindes.¹¹⁹⁹ Das aus der Fortpflanzungsmedizin entstandene Kind braucht eine Sicherheit darüber, wer seine rechtlichen Eltern sind und somit die umfassende, dauerhafte und persönliche elterliche Verantwortung übernimmt.¹²⁰⁰ Zum Transferzeitpunkt muss also die Absicht bestehen, dass das Kind bei der biologischen Mutter und deren Partner resp. Partnerin aufwächst (Intention der langfristigen Betreuung) und dass diese beiden die rechtlichen Eltern sind. Die reproduktive Freiheit der Wunscheltern ist jedoch auch zu wahren und so wäre es zulässig, die Schwangerschaft nach den Regeln des StGB wieder zu beenden (oder das Kind nach der Geburt zur Adoption freizugeben). Auch wenn ein Schwangerschaftsabbruch zur Folge hat, dass dem Embryo somit doch keine Chance auf Leben gewährt wird, so hat diese stets hinter dem Recht der Schwangeren auf reproduktive Autonomie zurückzutreten.

5.9.4. *Zuständige Stelle*

Offen ist nun noch die Frage, wer für eine solche Prüfung und Beratung zuständig ist. Grundsätzlich kommen dafür drei Stellen in Frage: (1) der behandelnde Fortpflanzungs-

¹¹⁹⁴ JOFER, S. 106.

¹¹⁹⁵ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 250.

¹¹⁹⁶ BGE 115 Ia 234 (253), E. 6c.

¹¹⁹⁷ BELSER/JUNGO, S. 197 f.

¹¹⁹⁸ Vgl. Vorschläge de lege ferenda im 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 3.

¹¹⁹⁹ Vgl. dazu Ausführungen im 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 3.1.

¹²⁰⁰ Deutscher Ethikrat, S. 79 und S. 110 f.

mediziner resp. die behandelnde Fortpflanzungsmedizinerin, (2) ein (interdisziplinäres) Gremium der Reproduktionsklinik oder (3) eine externe Stelle, etwa ein Fachkomitee oder – analog der Fremdkindadoption – die zuständige kantonale Behörde.

Gewisse Lehrmeinungen wollen die Entscheidung, ob die Anwendung der Fortpflanzungsmedizin im bestimmten Fall dem Kindeswohl widerspricht oder nicht, den IVF-Kliniken – dort vorzugsweise einem interdisziplinären Kolloquium – überlassen.¹²⁰¹ Dafür spricht etwa, dass der Reproduktionsmediziner resp. die Reproduktionsmedizinerin näher am Paar und am Embryonenspende-Vorgang als eine externe Person ist, um die Kindeswohlprüfung mit Fokussierung auf die Wunscheltern vorzunehmen.¹²⁰² In Bezug auf die physischen Risiken von Kind und Mutter ist die Prüfung durch die behandelnde Ärztin sachgerecht. Für die psychologischen Folgen, insbesondere in Bezug auf das «fremdplatzierte» Embryonenspende-Kind, ist jedoch fraglich, ob die Reproduktionsmedizinerinnen und -mediziner dafür am besten geeignet sind. Ärztinnen und Ärzte sind zudem primär ihren Patienten verpflichtet, was es für sie schwierig machen kann, eine Behandlung aufgrund der Kindeswohlprüfung abzulehnen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass sich die Ärztin möglicherweise in einem Interessenskonflikt befindet; die Mediziner sind einer Praxis oder Klinik wirtschaftlich verpflichtet und müssen unternehmerisch denken. Kliniken haben ein finanzielles Interesse an der Durchführung ihrer angebotenen Dienstleistungen. Ob eine Kindeswohlprüfung somit in jedem Fall gründlich und ergebnisoffen durchgeführt würde, ist nicht klar.¹²⁰³ Wegen diesem beruflichen oder finanziellen Interesse und der daraus folgenden möglichen Befangenheit soll gemäss BÜCHLER – in Bezug auf die Eizellenspende – die Prüfung nicht alleine dem behandelnden Arzt resp. der behandelnden Ärztin überlassen werden: Die Art und Schwere des Eingriffs (d.h. der Eizellenspende) verlange auch eine Aufklärung durch eine weitere Person, die nicht in das Fortpflanzungsmedizinische Verfahren involviert sei. Als Vorbild schlägt BÜCHLER Art. 10 der Transplantationsverordnung¹²⁰⁴ vor, welcher vorsieht, dass sich eine unabhängige und in solchen Abklärungen erfahrene Fachperson zu vergewissern hat, dass die Spende freiwillig und unentgeltlich erfolgt.¹²⁰⁵ Auch JUNOD/WUNDER/HURST schlagen vor, bei der Embryonenspende eine Aufsichtsstelle wie bei der Organspende vorzusehen.¹²⁰⁶ Die Kindeswohlprüfung könnte analog diesen Vorschlägen einer externen Fachstelle übergeben werden. Im Mindesten sollte eine Beratung der Wunscheltern (und wohl auch der Spendeeltern) über die psychologischen Folgen der Embryonenspende durch eine externe Fachperson durchgeführt werden.¹²⁰⁷ Bei dieser externen Beratung könnte bereits eine

¹²⁰¹ So etwa HÜBNER, S. 241; JUNOD/WUNDER/HURST, Rz. 48.

¹²⁰² Ähnlich HÜBNER, S. 240.

¹²⁰³ HÜBNER, S. 241.

¹²⁰⁴ Verordnung über die Transplantation von menschlichen Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsverordnung) vom 16. März 2007, SR 810.211.

¹²⁰⁵ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 35. Auch für REUSSER/SCHWEIZER ist die Prüfung der Eignung der Wunscheltern nicht den Fortpflanzungsmedizinzentren zu überlassen (REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 62 zu Art. 119, in Zusammenhang mit der Leihmutterchaft).

¹²⁰⁶ JUNOD/WUNDER/HURST, Rz. 69.

¹²⁰⁷ Siehe zur Beratung der Wunscheltern 3. Teil, Kapitel C, Ziff. 5.9.2.

Triage durchgeführt werden, um festzustellen, welche Paare zu einer eingängigen Kindeswohlprüfung zugelassen werden. Diese Triage kann sich an Kriterien wie ein stark erhöhtes Alter oder gewisse andere Faktoren wie schwerwiegende psychische oder physische Erkrankungen bei den Wunscheltern orientieren, bei welchen eine Kindeswohlgefährdung nach Art. 3 FMedG angenommen werden muss. Zudem kann dabei das Kinderwunschpaar bereits auf die Zugangsvoraussetzungen («Ultima-Ratio-Prinzip») aufmerksam gemacht werden. Im Anschluss kann in der Reproduktionsklinik eine detaillierte Kindeswohlprüfung durch Ärztinnen und Ärzte oder einem interdisziplinären, klinikinternen Gremium durchgeführt werden. Dabei werden eine eingehende fachmedizinische Prüfung und eine Beratung der Patientinnen und Patienten vorgenommen. Wird dem einzelnen Reproduktionsmediziner resp. der einzelnen Reproduktionsmedizinerin oder der spezifischen Klinik jedoch eine grosse Entscheidungsbefugnis zugestanden, könnte dies auch zu einem (nationalen) Fortpflanzungstourismus führen, wie nachfolgend in Ziff. 5.9.5 ausgeführt wird.

5.9.5. *Risiko Fortpflanzungstourismus*

5.9.5.1. *Internationaler Fortpflanzungstourismus*

Beim medizinischen Reisen begibt sich eine Person für eine medizinische Behandlung in ein anderes Land als ihr Wohnsitzland.¹²⁰⁸ Eine Subkategorie dieses medizinischen Reisens nennt COHEN «circumvention tourism», zu Deutsch «Umgehungstourismus». Dabei reisen Patientinnen und Patienten deshalb für eine medizinische Behandlung ins Ausland, weil diese in ihrem angestammten Land z.B. illegal ist.¹²⁰⁹ Beim Phänomen des «reproduktiven Reisens»¹²¹⁰ unterziehen sich Personen mit unerfülltem Kinderwunsch ausserhalb ihres Wohnsitzlandes einem medizinisch assistierten Reproduktionsverfahren.¹²¹¹ Dies, weil das Reproduktionsverfahren in ihrem Wohnsitzland (für sie) illegal ist, sie auf kostengünstigere Angebote ausweichen wollen, sie Anonymität oder eine Spende-Auswahl nach eigenen Kriterien wünschen oder weil es in ihrem Wohnsitzland zu wenig Spenderinnen oder Spender ihrer Ethnie gibt.¹²¹² In Europa fehlt ein gemeinsamer Kon-

¹²⁰⁸ COHEN, Medical Tourism, S. 9.

¹²⁰⁹ COHEN, Circumvention Tourism, S. 1309; COHEN, Medical Tourism, S. 10. Die vier Hauptanwendungsgebiete dieses Umgehungstourismus sind weibliche Genitalverstümmelung, Schwangerschaftsabbruch, Reproduktionsmedizin und Sterbehilfe (COHEN, Circumvention Tourism, S. 1309). Daneben gibt es auch medizinischen Tourismus für Prozeduren, die sowohl im angestammten Land wie auch im Zielland illegal sind, die Illegalität im Zielland jedoch leichter umgangen werden kann (COHEN nimmt den Organhandel hier als Beispiel), oder die sowohl im angestammten Land wie auch im Zielland zwar legal, im Zielland aber preiswerter sind oder kürzere Wartezeiten bestehen (COHEN, Medical Tourism, S. 10).

¹²¹⁰ PASSET-WITTIG, S. 61. Zuweilen werden auch die Begriffe «Befruchtungstourismus» (so DORNECK, S. 79; VOGT, S. 38), «Fortpflanzungstourismus» («tourisme procréatif», so STEGMÜLLER, Rn. 245), «transnationale reproduktive Mobilität» (so SIEGL et al., passim) oder im Englischen «cross-border reproductive care» (so MARSHALL, S. 491) verwendet. Vgl. für weitere Begriffsvorschläge KNOLL, S. 69 f.

¹²¹¹ PASSET-WITTIG, S. 61.

¹²¹² MARSHALL, S. 491 f.; ähnlich STEGMÜLLER, Rn. 258 ff.

sens darüber, welche medizinisch assistierten Fortpflanzungsverfahren zulässig sein sollen.¹²¹³ Ein restriktives Fortpflanzungsmedizinrecht wie das schweizerische verleitet einige Menschen dazu, sich im Ausland der gewünschten Behandlung zu unterziehen.¹²¹⁴ Angebote sind via Internet sehr leicht verfügbar. Es ist schwierig abzuschätzen, wie viele Schweizer Paare sich im Ausland reproduktionsmedizinischen Massnahmen unterziehen. Allerdings wird davon ausgegangen, dass die dabei am häufigsten angewandte Methode die Eizellenspende ist.¹²¹⁵

Wenn sich ein Paar im Ausland einer Embryonenspende unterzieht, ist seine rechtliche Elternchaft in der Schweiz relativ gut gesichert: Als Gebärende ist die Wunschk Mutter automatisch die rechtliche Mutter, der Vater als Ehemann der Mutter gilt per Gesetz als rechtlicher Vater. Ist das Paar nicht verheiratet, so muss der Vater das Kind anerkennen, was jedoch keines genetischen Nachweises bedarf. Die Umgehung des Schweizer Verbots der Embryonenspende ist also relativ einfach möglich.¹²¹⁶ Im Ausland vorgenommene Embryonenspenden fallen nicht unter das Verbot nach Art. 4 FMedG.¹²¹⁷ Teilweise bieten hiesige Reproduktionskliniken gezielt Behandlungen in Tochtergesellschaften oder Partnerkliniken im liberaleren Ausland an, die Vor- und Nachversorgung findet in der Schweizer Klinik statt.¹²¹⁸ Dies ist weder strafbar noch droht der Schweizer Klinik ein Bewilligungsentzug.¹²¹⁹

¹²¹³ BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 257. Regelmässig werden Stimmen laut, welche die Schaffung globaler Mindeststandards aufgrund des Kindeswohls fordern (so etwa BLEISCH/BÜCHLER, S. 254; BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 264; GUILLOD/HELLE, S. 447; HOTZ, Informed Consent, S. 27 f. und S. 36; JUNGFEISCH, S. 273; KUHN, S. 360 f.). Andere sehen im Fortpflanzungstourismus einen Ansporn, weitere reproduktionsmedizinische Methoden im Inland zuzulassen (so COHEN, Medical Tourism, S. 13; NEK, Uterustransplantation, S. 15. A.M. etwa TAUPITZ, Kommentar ESchG, B. IV., Rn. 30 b).

¹²¹⁴ Siehe auch Ausführungen bei BÜCHLER, Fortpflanzungsmedizin, S. 376; BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 48; LEVY, S. 201.

¹²¹⁵ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 5; NEK, Fortpflanzung, S. 18; SIEGL et al., S. 15.

¹²¹⁶ AEBI-MÜLLER/DÖRR, S. 170. Bei Frauenpaaren wird die Ehefrau der Mutter hingegen nur dann als zweiter Elternteil ab Geburt anerkannt, wenn eine Samenspende in der Schweiz nach den Vorgaben des FMedG durchgeführt wurde (Art. 255a Abs. 1 ZGB). Siehe zur Anerkennung ausländischer Entscheide und deren Vereinbarkeit mit Art. 27 IPRG (Ordre public) BÜCHLER/MARANTA, S. 358; STEGMÜLLER, Rn. 523 ff.

¹²¹⁷ BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 2 zu Art. 4. Zu beachten ist hierbei, dass eine im Ausland vorgenommene Embryonenspende vielleicht den Wunscheltern zum eigenen Kind verhilft, jedoch hilft sie dem hiesigen überzähligen Embryo nicht – er muss nach wie vor vernichtet werden.

¹²¹⁸ AEBI-MÜLLER/DÖRR, S. 155; FANKHAUSER/VIONNET, S. 145; ROST, SHK FMedG, N 26 ff. zu Soziologische Hintergründe der Fortpflanzungsmedizin. Kritisch zum Ganzen ROST, SHK FMedG, N 30 ff. zu Soziologische Hintergründe der Fortpflanzungsmedizin.

¹²¹⁹ AEBI-MÜLLER, SHK FMedG, N 58 zu Art. 6. Bei grösserer Involvierung des Schweizer Arztes/der Schweizer Ärztin kann sich allerdings STEGMÜLLER eine Strafbarkeit vorstellen (STEGMÜLLER, Rn. 134). In einem neueren Bundesgerichtsentscheid wurde eine im Ausland durchgeführte Eizellenspende sogar im Rahmen einer privatrechtlichen Geheimhaltungsverein-

5.9.5.2. Risiko des «Doctor Shoppings»

Bei der Bewertung des Kindeswohls durch die jeweilige Reproduktionsklinik könnte es zu schweizweit ungleichen Standards bei der Zulassung zur Embryonenspende kommen. Mit Blick darauf ist es vorstellbar, dass es bei der Evaluation durch die Klinik zu einem «nationalen Fortpflanzungstourismus» kommen könnte. Dabei könnten Wunschelternpaare gezielt nach besonders liberalen Kliniken oder Ärztinnen und Ärzten suchen, welche die von ihnen gewünschte reproduktionsmedizinische Methode, wie beispielsweise die Embryonenspende, für sie durchführen würden («Doctor Shopping»¹²²⁰). Sinnvoll scheint hier die Implementierung von Richtlinien, welche branchenweit verbindliche Mindeststandards festlegen. Mit solchen Richtlinien würde ein internationaler Fortpflanzungstourismus zwar nicht eingedämmt – allerdings kann ein solcher bei der Embryonenspende mit Blick auf die gemachten Ausführungen ohnehin kaum unterbunden werden: Auch bei einer Legalisierung der Embryonenspende in der Schweiz käme es weiterhin zu Behandlungen von Schweizerinnen und Schweizern im Ausland, da die Angebote dort oft günstiger sind und möglicherweise dem von den Wunscheltern Gewünschten, wie etwa eine anonyme Spende, eher entsprechen.¹²²¹ Ein nationales Doctor Shopping und ungleiche Zulassungsvoraussetzungen für Reproduktionsverfahren innerhalb der Schweiz können durch solche Richtlinien allerdings eingedämmt werden.

5.10. Sonderproblem: Die posthume Embryonenspende

Bevor ein Fazit zum Kindeswohl als Argument von Verfassungs- und Gesetzgeber gegen die Zulassung der Embryonenspende gezogen wird, ist auf das Sonderproblem der so genannten posthumen Embryonenspende einzugehen. Bei der Diskussion um die posthume Embryonenspende sind zwei Konstellationen zu unterscheiden: Erstens die Spende von Embryonen, bei denen die Eltern bereits verstorben sind, und die für die Embryonenspende grundsätzlich in Frage kämen (unter Berücksichtigung des tatsächlichen oder mutmasslichen Willens der Verstorbenen); zweitens der Transfer von Embryonen, die zu Lebzeiten des Mannes entstanden sind, allerdings nach seinem Tod der überlebenden Partnerin transferiert werden sollen.

Stirbt einer der Partner eines IVF-Paares, so werden dessen Embryonen sofort vernichtet (Art. 3 Abs. 5 FMedG) oder gegebenenfalls der Forschung zur Verfügung gestellt (Art. 5 Abs. 5 StFG). Als die Kryokonservierung von Embryonen noch verboten war, wurde, wenn der Vater bei einer homologen Insemination zwischen In-vitro-Fertilisation und Embryotransfer starb, im Interesse des Lebensschutzes dieses Embryos gehandelt und der Embryo transferiert. Ein Versterben des Mannes in der kurzen Phase zwischen der Kultivierung eines Embryos und dem Embryotransfer wurde als Ausnahmesituation angesehen, bei wel-

barung thematisiert (siehe BGer 5A_817/2021 vom 17. Mai 2022) (vgl. zum Urteil MÜLLER, passim).

¹²²⁰ Dieser Begriff ist angelehnt an die Terminologie des «Forum Shopping», also das Aussuchen des für den Kläger passendsten Gericht bei mehreren möglichen Gerichtsständen.

¹²²¹ Vgl. zu den Gründen für die Inanspruchnahme einer reproduktionsmedizinischen Methode im Ausland und Auswahl des Ziellandes SIEGL et al., S. 33 ff.

cher eine Vaterschaftsvermutung des Ehemannes noch gegeben resp. eine Vaterschaftsklage noch durchführbar wäre, womit auf eine Konkretisierung im Gesetz verzichtet wurde.¹²²² Der Gesetzgeber liess hier eine Tür offen für aussergewöhnliche Fälle.¹²²³ Dass die Vaterschaftsvermutung noch greift, ist wichtig, da einerseits das Kindeswohl gebietet, jedem Kind zwei rechtliche Elternteile zuzuordnen (vgl. BGE 115 Ia 234 [253], E. 6c). Andererseits sollen keine Widersprüche zu Art. 3 Abs. 2 FMedG entstehen, wonach reproduktionsmedizinische Verfahren nur bei Paaren und nicht bei Einzelpersonen zulässig sind.¹²²⁴

Art. 3 Abs. 5 FMedG sieht vor, dass Embryonen in vitro nach dem Tod eines Teils des betroffenen Paares nicht mehr verwendet werden dürfen, weil durch die Fortpflanzungsmedizin keine Verhältnisse geschaffen werden sollen, die vom «Natürlichen» abweichen.¹²²⁵ Dieses Natürlichkeitsargument wurde in der vorliegenden Untersuchung bereits entkräftet.¹²²⁶ Zu berücksichtigen ist allerdings auch, dass laut Bundesgericht das Familienrecht im Sinne des Kindeswohls darauf abzielt, einem Kind neben der Mutter einen rechtlichen Vater zuzuordnen¹²²⁷ – nach heutiger Rechtsauffassung müsste es wohl «rechtlichen Vater oder zweiten Elternteil» heissen. Das Grundbedürfnis des Menschseins ist nach GÄCHTER/SCHWENDENER unter anderem der Wunsch nach einer Mutter und einem Vater (vgl. Art. 7 Abs. 1 KRK), welchem auch in der Fortpflanzungsmedizin möglichst nachzukommen ist, weswegen die postmortale Befruchtung und der postmortale Embryotransfer verboten sind.¹²²⁸ Nach Art. 3 Abs. 4 FMedG dürfen Keimzellen von verstorbenen Personen nicht mehr verwendet werden. Dies allerdings mit Ausnahme der Samenzellen von Samenspendern: Verstirbt ein Samenspender, so dürfen seine Samen weiterhin zur Erzeugung von Embryonen verwendet werden (Art. 3 Abs. 5 FMedG).¹²²⁹ Dieses Bedürfnis nach der Zuordnung von zwei rechtlichen Elternteilen wird durch den Transfer von Embryonen, die aus Samen verstorbener Samenspenders gezeugt wurden, nicht geschmälert, weswegen die postmortale Verwendung von Spendersamen zulässig ist.¹²³⁰

Ist die Embryonenspende zulässig, fragt sich, ob der überlebende Partner den Embryo nach dem Tod des genetischen Vaters oder der genetischen Mutter zur Spende freigeben darf und ob Embryonen nach dem Versterben beider genetischer Eltern für die Embryonenspende verwendet werden dürfen. Basierend auf den gemachten Ausführungen, dass

¹²²² Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 253; KUHN, S. 371. Für weitere Ausführungen zum Verbot der Verwendung von Keimzellen Verstorbener siehe GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 14 ff.

¹²²³ SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro, Rz. 1894.

¹²²⁴ KUHN, S. 371 f.

¹²²⁵ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 253.

¹²²⁶ 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 4.

¹²²⁷ BGE 115 Ia 234 (253), E. 6c.

¹²²⁸ GÄCHTER/SCHWENDENER, S. 12.

¹²²⁹ Die Zulässigkeit der Verwendung von Samen eines verstorbenen Spenders wird damit begründet, dass der bürokratische Aufwand zu gross sei, wenn bei jeder Befruchtung abgeklärt werden müsse, ob der Spender noch lebe. Zudem sei das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung für das zu zeugende Kind auch weiterhin gegeben (BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 83 zu Art. 3, m.w.V.).

¹²³⁰ Vgl. auch Ausführungen dazu bei BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 82 f. zu Art. 3.

die Embryonenspende an ein anderes Paar zulässig sein sollte, ist hier nicht ersichtlich, warum eine Spende nach dem Tod eines oder beider genetischen Elternteile nicht erlaubt sein sollte: Das aus der Embryonenspende entstandene Kind erhält mit den Wunscheltern neue rechtliche und soziale Eltern, mit der Austragenden auch eine biologische Mutter. Insbesondere mit Blick darauf, dass es *de lege lata* nicht als gegen das Kindeswohl eingestuft wird, Spendersamen eines verstorbenen Spenders zu verwenden (vgl. Art. 3 Abs. 5 FMedG), ist nicht einzusehen, wieso die Embryonenspende beim Versterben einer oder beider genetischen Elternteile – sofern deren (mutmassliche) Wille für die Spende spricht¹²³¹ – nicht zulässig sein sollte. Denn in diesen Fällen hätte das Kind ab Embryotransfer zwei lebende rechtliche Elternteile.

Nach jetziger Rechtslage darf sich die Frau den Embryo nach dem Tod ihres Partners nicht transferieren lassen (Art. 3 Abs. 5 FMedG). Wenn der genetische Vater verstorben ist und die genetische Mutter sich den Embryo einsetzen lassen möchte, handelt es sich jedoch nicht um eine Embryonenspende im hier verstandenen Sinn, da keine fremde Eizelle verwendet wird resp. der Embryo in der Absicht gezeugt wurde, ihn der Frau, welche ihn nun einsetzen lassen möchte, zu transferieren. Stände der Frau nach dem Tod ihres Partners die Embryonenspende offen, der Transfer in den eigenen Uterus allerdings nach wie vor nicht, käme dies nun zur widersprüchlichen Wertung, dass es dem Kindeswohl schaden soll, dass die genetische Mutter durch einen Post-mortem-Transfer das Kind austrägt und grosszieht, jedoch nicht, wenn mittels Embryonenspende ein anderes, genetisch fremdes Paar Eltern des Kindes werden würde. Dies ruft Erinnerungen an vergangene Zeiten hervor, als unverheirateten alleinerziehenden Müttern die Kinder aufgrund der damaligen Vorstellung des Kindeswohls entzogen und in Heimen oder von Adoptiveltern grossgezogen wurden. Vor diesem Hintergrund müsste es gerechtfertigt sein, der Witwe zu erlauben, sich den Embryo einsetzen zu lassen (aber weiterhin nicht, Spermia des verstorbenen Partners zur Erzeugung von Embryonen zu verwenden).

Insgesamt kann festgehalten werden, dass Art. 3 Abs. 5 FMedG im Rahmen der Embryonenspende nicht überzeugt – sofern die genetischen Eltern mit der Spendefreigabe (mutmasslich) einverstanden sind. Die Freigabe von Embryonen verstorbener Eltern zu Fortpflanzungszwecken Dritter muss allerdings auch dazu führen, dass sich genetische Mütter vorhandene Embryonen nach dem Versterben des Partners transferieren lassen dürfen, um Wertungswidersprüche mit der posthumen Embryonenspende zu vermeiden, ohne aber die Embryonenspende generell alleinstandenden Frauen zugänglich zu machen. Dies, da es das Kindeswohl im Übrigen gebietet, dem Kind zwei rechtliche Elternteile zuzuordnen (vgl. auch Art. 3 Abs. 2 FMedG).

5.11. Fazit

Das Verbot der Embryonenspende mit dem Kindeswohl zu begründen, führt zu einem präventiven Pauschalurteil über potenzielles Lebensglück oder -unglück und schliesst eine einzelfallbezogene Beurteilung von vornherein aus. Die Aussagen über das künftige

¹²³¹ Vgl. Überlegungen *de lege ferenda*, 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 3.3.2.

Kindeswohl bleiben spekulativ und stützen sich teilweise auf Annahmen und Vorstellungen über die «richtige» Konstellation einer Familie, welche heutzutage nicht mehr zu überzeugen vermögen.¹²³² Die Gefahren der gespaltenen Mutterschaft bei der Embryonenspende sind nicht gut genug begründbar, um ein Verbot zu rechtfertigen.¹²³³ Mit Blick auf durchgeführte Embryonenspenden und diesbezügliche Studien ist nicht davon auszugehen, dass der Umstand der Herkunft für Embryonenspende-Kinder derart Kindeswohlbeeinträchtigende Lebensumstände schafft.¹²³⁴ Insgesamt rechtfertigt das Prinzip des Kindeswohls das absolute Verbot der Embryonenspende nicht. Bei der Embryonenspende ist die Ausgangslage zudem eine andere als bei den übrigen heterologen Fortpflanzungsverfahren: Der Embryo existiert bei der Embryonenspende bereits und wird nicht speziell für diese Reproduktionsmethode erzeugt. Es kann nur zwischen Weiterkonservierung, Vernichtung oder Verwendung in der Forschung entschieden werden – oder eben für den Transfer in eine andere Frau. Nur so kann die Weiterentwicklung des Embryos ermöglicht werden.¹²³⁵ In Anbetracht der Menschenwürde als objektivem Verfassungsprinzip kommt dem Embryo in vitro ein gewisser Schutz zu. Das Argument des Kindeswohls vermag insbesondere nicht zu begründen, wieso die Vernichtung des Embryos gegenüber der Embryonenspende zu bevorzugen sei.¹²³⁶

Mit der Orientierung am Kindeswohl im Einzelfall existiert eine mildere Massnahme, ohne die Embryonenspende ganz verbieten zu müssen. Um das Kindeswohl bei einer Embryonenspende so weit als möglich sicherzustellen, kann jeweils eine Kindeswohlprüfung und insbesondere auch eine Beratung der Wunscheltern durchgeführt werden. Damit können Fälle mit hohem Risiko der Kindeswohlgefährdung ausgeschlossen werden, so etwa bei schweren psychischen Erkrankungen der Wunscheltern (vgl. vorne, Ziff. 5.9.3.2). Zudem sollen auch Risiken beträchtlicher Gesundheitsgefahren durch eine sehr späte Schwangerschaft verringert werden, womit eine – vorzugsweise fluide – Altersgrenze für die Inanspruchnahme der Embryonenspende festgelegt wird, wobei die individuelle Prädisposition der Wunschmutter zu berücksichtigen ist (vgl. vorne, Ziff. 5.4.1 und Ziff. 5.9.3.1). Zudem soll das Ultima-Ratio-Prinzip, somit auch der Grundsatz «so homolog wie möglich», weiterhin gelten; insbesondere aufgrund der erhöhten Risiken für die physische Gesundheit von IVF-Kindern soll der natürlichen Zeugung grundsätzlich der Vorrang gegeben werden.¹²³⁷ Dadurch kann allfälligen Kindeswohlrisiken, seien sie physisch oder insbesondere in Bezug auf die «Fremdplatzierung» psychisch, in einem angemessenen Verhältnis zur reproduktiven Autonomie hinreichend begegnet werden.

¹²³² So auch BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 266.

¹²³³ Ähnlich BÜCHLER/CLAUSEN, SHK FMedG, N 15 zu Art. 4; RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 526 f.

¹²³⁴ Ähnlich KUHN, S. 351.

¹²³⁵ So auch HÜBNER, S. 125 f.

¹²³⁶ Ähnlich JUNOD/WUNDER/HURST, Rz. 68.

¹²³⁷ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 44.

4. Teil: Schlussbetrachtung

A. Ergebnisse der Untersuchung

1. Zusammenfassung und Gesamtfazit

Für eine erfolversprechende IVF waren die Dreierregel und das Konservierungsverbot ungeeignet. Deswegen wurde die Zwölferregel in der Schweiz zugelassen. Die Zwölferregel hilft den IVF-Paaren, indem mehrere Embryonen erzeugt werden können, nicht aber sofort transferiert werden müssen. Dadurch muss sich die Frau weniger physisch invasiven Eizellentnahmen unterziehen. Zudem kann auf den Transfer mehrerer Embryonen pro Versuch verzichtet werden, womit das Risiko von Mehrlingsschwangerschaften nach IVF deutlich sinkt. Die Zwölferregel und die erlaubte Kryokonservierung von Embryonen ist also eine für die Wunscheltern deutliche Verbesserung in der Kinderwunschbehandlung.¹²³⁸

Die Zwölferregel führt allerdings dazu, dass mehr überzählige Embryonen entstehen als zuvor mit der Dreierregel. Die Verwendung überzähliger Embryonen als Spende zu Fortpflanzungswecken Dritter ist in der Schweiz dennoch verboten geblieben.¹²³⁹ Die erfolgte Untersuchung dieses Verbots ergibt allerdings insgesamt, dass bei der Begründung des Verbots der Embryonenspende eine unvollständige Bewertung der durch die Zwölferregel neuen Ausgangslage und der Einschätzung der Risiken und Gefahren in Abwägung mit den entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen der betroffenen Wunscheltern und auch der Embryonen vorgenommen wurde.

Die Analyse des Rechtsstatus des Embryos *in vitro* aus verfassungs-, zivil- und strafrechtlicher Sicht zeigt auf, dass er über keinen subjektivrechtlichen Schutz verfügt.¹²⁴⁰ Hingegen kommt dem Embryo ein Anteil an der Menschenwürde im Sinne eines objektiven Verfassungsprinzips zu.¹²⁴¹ Basierend darauf hat der Staat ihm gegenüber Schutz- und Nichtschädigungspflichten: Die Freigabe zur Embryonenspende ist für den Embryo eine Chance auf Weiterentwicklung und Leben. Der Staat darf diese Lebenschance in Anbetracht seiner objektiv-rechtlichen Schutzpflichten gegenüber dem Embryo *in vitro* grundsätzlich nicht verhindern. Zusätzlich zu den Interessen der Kinderwunschaare, welche einen Embryo adoptieren oder zur Adoption freigeben möchten, kommt also das Interesse des Embryos an seiner Entwicklungsmöglichkeit hinzu, welches grundsätzlich

¹²³⁸ 2. Teil, Kapitel C, Ziff. 4.3.

¹²³⁹ 2. Teil, Kapitel C, Ziff. 5, und 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 4.3.

¹²⁴⁰ 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.

¹²⁴¹ 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 2.2.3.

durch den Staat zu schützen ist.¹²⁴² Die Schutzpflicht kann aber nicht gegen die Rechte der genetischen Eltern durchgesetzt werden. Denn dem Embryo kommt kein Grundrechtsschutz zu, womit seine Interessen an einer Lebenschance zwar durch seinen Anteil an der Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip Schutzwirkung entfalten, jedoch hinter entgegenstehenden Grundrechten wie der Fortpflanzungsfreiheit zurücktreten müssen. Es ist also nicht zulässig, dass eine Embryonenspende gegen den Willen von Spende- oder Empfängerelementen durchgesetzt wird.¹²⁴³

Anschliessend war zu prüfen, ob Grundrechte der Wunsch- oder Spendeeltern, d.h. die Fortpflanzungsfreiheit, dem Embryonenspendeverbot entgegenstehen.¹²⁴⁴ Die Freiheit der Reproduktionsmedizinerinnen und Reproduktionsmediziner zur Forschung und ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit wurde dabei ausgeklammert. Die Fortpflanzungsfreiheit oder reproduktive Autonomie geniesst in der Schweiz Grundrechtsschutz. Wird Wunscheltern der Zugang zur Embryonenspende verwehrt, durch welche sie ihren Kinderwunsch zu erfüllen versuchen könnten, ist der Schutzbereich ihrer Fortpflanzungsfreiheit betroffen.¹²⁴⁵ Der Schutzbereich der Reproduktionsfreiheit der IVF-Paare, die ihre überzähligen Embryonen zu Fortpflanzungszwecken Dritter spenden möchten, wird nicht berührt: Die vorgenommene Analyse spricht gegen ein Betroffensein der Fortpflanzungsfreiheit der Spendeeltern, da sie sich mit der Embryonenspende zwar genetisch fortpflanzen, die reproduktive Autonomie indes im Kern auf ein «Recht auf Elternschaft», resp. Recht auf «den Versuch, Eltern zu werden» begrenzt ist. Die blosse Weitergabe des überzähligen Embryos erreicht dagegen nicht die Schwelle der verfassungsrechtlich geschützten persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV.¹²⁴⁶

Es ist davon auszugehen, dass das verfassungsrechtliche Verbot der Embryonenspende nach Art. 119 Abs. 2 lit. d BV unmittelbar (self-executing) wirksam und darum einer Überprüfung nach den Eingriffsvoraussetzungen von Art. 36 BV entzogen ist. Auch das Embryonenspendeverbot in Art. 4 FMedG kann aufgrund des self-executing wirksamen Verbots nicht auf dessen Grundrechtskonformität überprüft werden, da die verfassungsunmittelbare Beschränkung in Art. 119 Abs. 2 lit. d BV in Bezug auf die Embryonenspende nicht weiter ausgeführt, sondern lediglich rezitiert wird. Auch auf völkerrechtlicher Ebene bestehen keine (zwingende) Vorgaben bezüglich der Embryonenspende. Für die Aufhebung des Embryonenspendeverbots ist also eine Verfassungsänderung auf politischer Ebene erforderlich. Dennoch wurden die vorgebrachten Argumente für den Erlass des Embryonenspendeverbots einer Verhältnismässigkeitsprüfung unterzogen – dies zumindest im Hinblick auf die Förderung der Rechtsfortentwicklung im dynamischen Gebiet der Fortpflanzungsmedizin.¹²⁴⁷

¹²⁴² 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 4.

¹²⁴³ 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 4.5.

¹²⁴⁴ 3. Teil, Kapitel C.

¹²⁴⁵ 3. Teil, Kapitel C, Ziff. 3.1.

¹²⁴⁶ 3. Teil, Kapitel C, Ziff. 3.2.

¹²⁴⁷ 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 1.2.

So ist sicherlich die generelle Kritik an der Fortpflanzungsmedizin nicht geeignet, das Embryonenspendeverbot zu begründen, zumal die homologe IVF/ICSI und die Samenspende in der Schweiz zulässig sind. Die vorgebrachten Argumente sind einerseits zu moralisch aufgeladen für eine Gültigkeit im modernen Rechtsstaat, andererseits weisen sie auch eine bevormundende, paternalistische Komponente gegenüber den Kinderwunschaargen auf.¹²⁴⁸

Die Fortpflanzungsmedizin birgt nicht zuletzt wegen der mit ihrer Hilfe entstehenden extrakorporalen Embryonen Missbrauchsgefahren. So können ausserhalb des Mutterkörpers verfügbare Embryonen verkauft oder mittels Gentechnik manipuliert werden. Der Gesetzgeber befürchtet hier die Instrumentalisierung sowie die Kommerzialisierung des Menschen, die Diskriminierung einzelner Gruppen und eugenische Tendenzen.¹²⁴⁹ Bei Zulassung der Embryonenspende wird eine vermehrte Existenz überzähliger Embryonen und eine damit einhergehende Zunahme dieser Missbrauchsgefahren befürchtet. Im Rahmen der zulässigen IVF (sei dies als homologes Verfahren oder mittels einer Samenspende) sind Embryonen allerdings auch extrakorporal verfügbar, seit der Zwölferregel noch deutlich vermehrt. Die vermehrte Existenz überzähliger Embryonen kann folglich nicht als Argument gegen die Embryonenspende gelten; es ist vielmehr die Zwölferregel, welche zur vermehrten Existenz überzähliger Embryonen führt, und es ist die Embryonenspende, welche die schlussendliche Überzähligkeit der Embryonen verhindern könnte.¹²⁵⁰

Mit der Verfügbarkeit extrakorporaler Embryonen besteht allerdings die Gefahr eugenischer Tendenzen aufgrund der Selektion von Embryonen. Auch wenn bei der (homologen) IVF diese Risiken ebenso bestehen, so insbesondere bei Anwendung der PID, kann die Embryonenspende mit gezielter Auswahl der genetischen Eltern eugenische Tendenzen unterstützen.¹²⁵¹ Jedoch können mildere Mittel im Gegensatz zu einem absoluten Spendeverbote greifen. So könnte die gerichtete Spende verboten bleiben oder nur unter engen Voraussetzungen zulässig sein. Zudem bezieht sich die Embryonenspende in der hier beschriebenen Form nur auf tatsächlich überzählige Embryonen, d.h. auf solche, die nicht für Spendezwecke erzeugt wurden.¹²⁵² Auch um eine Kommerzialisierung zu unterbinden, könnten anstelle eines Spendeverbots mildere Mittel wie klar begrenzte Entschädigungszahlungen oder die Einschränkung der gerichteten Spende vorgesehen werden.¹²⁵³

Weiter wird von den Kritikern vorgebracht, dass die Embryonenspende nicht «natürlich» genug sei, da sie nicht mit den herkömmlichen Familienformen in Einklang stände. Als «natürlich genug» wird das herkömmliche Familienkonstrukt mit Vater, Mutter und genetisch eigenen Kindern angesehen, wobei die Samenspende als noch natürlich genug angesehen wird, mittlerweile auch, wenn sie bei einem Frauenpaar verwendet wird. Die Reproduktionsmedizin soll keine Familienverhältnisse schaffen, die in der Natur nicht vor-

¹²⁴⁸ 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 2.

¹²⁴⁹ 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 3.1 und 3.2.

¹²⁵⁰ 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 3.2.3.

¹²⁵¹ 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 3.1 und 3.2.2.

¹²⁵² 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 3.2.2.2.

¹²⁵³ 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 3.2.3.3.

kämen; insbesondere der Grundsatz «mater semper certa est» soll dabei nicht aufgegeben werden. Die Embryonenspende führt zu einer Spaltung der genetischen und biologischen Mutterschaft, da die Eizelle nicht von der austragenden Frau stammt.¹²⁵⁴ Das Argument der Natürlichkeit ist allerdings schon deswegen paradox, weil die (Fortpflanzungs-)Medizin gerade zum Ziel hat, etwas Naturgegebenes, nämlich die Unfruchtbarkeit, mittels medizinischer Massnahmen zu überwinden.¹²⁵⁵ Zudem wird die Samenspende aufgrund «natürlich» vorkommender Seitensprünge und Stiefvaterschaften als «natürlich genug» betrachtet. Dabei unterliegt der Gesetzgeber einem naturalistischen Fehlschluss, indem vom natürlich Vorkommenden auf das ethisch Richtige und moralisch Gebotene geschlossen wird. Die Lehre negiert ein öffentlich anerkanntes Interesse, wonach das «Natürliche» als solches schützenswert und zu bewahren ist und so Verbote reproduktionsmedizinischer Methoden zu legitimieren vermag.¹²⁵⁶ Insbesondere ist die Annahme, dass die Spaltung der genetischen und biologischen Mutter als etwas in der Natur nicht Vorkommendes und darum zu verbieten sei, ein naturalistischer Fehlschluss. Zudem ist auch unklar, inwieweit die «herkömmliche» Familienform rechtlich schützenswert ist. Insgesamt ist die Argumentation der Natürlichkeit und dem Schutz herkömmlicher Familienformen nicht stichhaltig genug, um das Verbot der Embryonenspende rechtfertigen zu können.¹²⁵⁷

Das stärkste Argument gegen die Zulassung der Embryonenspende ist der Schutz des Kindeswohls.¹²⁵⁸ Das Kindeswohl im Fortpflanzungsmedizinrecht ist allerdings sehr unbestimmt, was es erschwert, dieses Argument für die Einschränkung der reproduktiven Autonomie zu verwenden. Zudem fungiert es bei der Begründung für das Verbot einer Reproduktionsmethode auch als Rechtfertigung für die Nichtexistenz eines Kindes, was problematisch ist: So ist schwer vorstellbar, dass es – von extremen Ausnahmen abgesehen – für ein Kind schädlicher ist, im Rahmen einer Embryonenspende geboren zu sein als gar nicht zu leben. Das Kindeswohl im Sinne eines öffentlichen Interesses oder als «intertemporaler Kindeswohlschutz» hingegen vermag Argumente vorzubringen, welche bis zu einem gewissen Grad gegen die Embryonenspende sprechen.¹²⁵⁹ So ist bei IVF-Verfahren mit leicht erhöhten Risiken für die physische Gesundheit beim Kind zu rechnen. Allerdings sind IVF-Verfahren sowohl als homologe Verfahren wie auch in Kombination mit der Samenspende bereits erlaubt. Zudem kann das Ultima-Ratio-Prinzip nach Art. 5 FMedG als mildere Massnahme auch bei einer Embryonenspende gelten.¹²⁶⁰ Auch die vorgebrachten psychischen Risiken der gespaltenen Elternschaft, insbesondere der gespaltenen Mutterschaft, vermögen mit Blick auf durchgeführte Studien in Ländern mit zulässiger Embryonenspende oder kombinierter Samen- und Eizellenspende nicht zu

¹²⁵⁴ 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 4.1.

¹²⁵⁵ 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 4.2.

¹²⁵⁶ 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 4.3.

¹²⁵⁷ 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 4.4.

¹²⁵⁸ 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.

¹²⁵⁹ 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.3.

¹²⁶⁰ 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.4.1.

überzeugen.¹²⁶¹ Jedoch ist unklar, inwieweit das Embryonenspende-Kind als «fremdplatziertes» Kind psychischen Beeinträchtigungen unterliegen kann.¹²⁶² Aufgrund der physischen Risiken und der psychologischen Wirkung der Embryonenspende auf das Kind sind Kindeswohlprüfungen im Einzelfall vorzunehmen, welche sich auf beträchtliche Risiken durch eine sehr späte Schwangerschaft oder auf Kindeswohlgefährdungen aufgrund deutlich ungeeigneter persönlicher Verhältnisse der Wunscheltern fokussieren.¹²⁶³ Diese Kindeswohlprüfungen sollen auch eine Beratung der Wunscheltern beinhalten, welche unter anderem das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung umfasst.¹²⁶⁴ Verbindliche Richtlinien könnten einer solchen Prüfung einen angemessenen Rahmen geben. Eine Kindeswohlprüfung (vor der Zulassung eines Paares zur Embryonenspende) soll vorzugsweise durch eine externe Fachstelle in Kombination mit einem klinikinternen Gremium durchgeführt werden.¹²⁶⁵ Dies könnte auch nationales «Doctor Shopping» unterbinden, indem verbindliche Richtlinien implementiert werden, nach welchen sich die Anwender der Embryonenspende zu orientieren haben.¹²⁶⁶ Insgesamt rechtfertigt das Prinzip des Kindeswohls das absolute Verbot der Embryonenspende nicht, berechtigt aber zur Implementierung gewisser Massnahmen.

Das Verbot der Spende überzähliger Embryonen zu Fortpflanzungszwecken Dritter ist aus verfassungsmässiger Sicht nicht überzeugend begründet. Das absolute Verbot der Embryonenspende führt zu einer unverhältnismässigen Einschränkung der reproduktiven Autonomie der Wunscheltern. Zudem spricht die Schutzwürdigkeit des Embryos *in vitro* für die Zulassung der Spende: Die Spende überzähliger Embryonen und ihre Adoption durch Wunscheltern verhilft dem Embryo gerade zu einer Lebensperspektive und anerkennt ihn um seiner selbst willen.¹²⁶⁷ Sowohl die grundsätzliche Schutzwürdigkeit des Embryos *in vitro* wie auch die Fortpflanzungsfreiheit der Wunscheltern plädieren für die Zulässigkeit der Embryonenspende.¹²⁶⁸

Der Eingriff in die Reproduktionsfreiheit der Wunscheltern durch das Verbot der Embryonenspende lässt sich nicht mit den vom Gesetzgeber vorgebrachten Argumenten rechtfertigen. Insbesondere genügen rein moralische Bedenken gegenüber einer Reproduktionsmethode allein nicht zum Verbot.¹²⁶⁹ Dem Schutz des Kindeswohls und der Vermeidung von Missbrauch kann auch mit mildereren Mitteln entsprochen werden, ohne die Embryonenspende absolut zu verbieten.¹²⁷⁰

¹²⁶¹ 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.4.2.

¹²⁶² 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.7.

¹²⁶³ 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.9.3.

¹²⁶⁴ 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.6.

¹²⁶⁵ 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.9.4.

¹²⁶⁶ 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.9.5.

¹²⁶⁷ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 51.

¹²⁶⁸ FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 51.

¹²⁶⁹ BLEISCH/BÜCHLER, S. 49.

¹²⁷⁰ JUNGO et al., N 70.

2. Empfehlung: Zulassung der Embryonenspende

Nach eingehender Analyse der Argumentation für das Verbot der Embryonenspende und der dem Verbot entgegenstehenden Rechte und Interessen ist die Embryonenspende klar zuzulassen. Auch die überwiegende Mehrheit der juristischen Lehre spricht sich für die Aufhebung des Embryonenspendeverbots aus.¹²⁷¹ Mit einer Embryonenspende könnte überzähligen Embryonen eine Lebensperspektive eröffnet und unfruchtbaren Paaren zu einem eigenen Kind verholfen werden. Die Zulassung der Embryonenspende führt zwar nicht automatisch zur Chance auf Leben für überzählige Embryonen: Es braucht dazu sowohl Spendeeltern, die ihren überzähligen Embryo zur Spende freigeben, und Wunscheltern, welche den Embryo adoptieren. Allerdings ist sie die einzige Möglichkeit, dass überzähligen Embryonen überhaupt eine Lebenschance zukommt.

Rechtliche Eingriffe in persönliche Angelegenheiten sollten nur zurückhaltend und nur dann vorgenommen werden, wenn bedeutende Interessen der Gesellschaft oder anderer Personen bedroht sind – denn aufgrund der Vielfalt von Wertvorstellungen kann keine bestimmte Position als allgemeingültige Norm angesehen werden. Die Frage, ob etwas ethisch vertretbar oder wünschenswert ist, kann nicht durch das Recht beantwortet werden. Entscheidungen in reproduktiven Angelegenheiten müssen von den betroffenen Personen oder Paaren getroffen und verantwortet werden.¹²⁷² So hielt die Botschaft zum FMedG in Bezug auf die Samenspende bereits fest, dass die Schweiz als pluralistischer Staat die Vielfalt der Meinungen und Wertvorstellungen in der Gesellschaft respektieren soll: Im Hinblick auf die Zulässigkeit der einzelnen fortpflanzungsmedizinischen Methoden werde man wohl nie Einigkeit finden; was für die einen eine hilfreiche und sinnvolle Überwindung ihrer Unfruchtbarkeit sei, sei für die anderen missbräuchliche Technik und Einmischung in die Natur. Solange die grundlegenden Werte wie das Kindeswohl und der Schutz des Embryos eingehalten würden, müsse ein freier Entscheid der Wunscheltern möglich sein. Ihre Interessen seien zu berücksichtigen, ihre Entscheidungsfähigkeit zu respektieren.¹²⁷³ Ebenfalls in Bezug auf die Samenspende hielt seinerzeit die Expertenkommission für Humangenetik und Reproduktionsmedizin im Amstad-Bericht fest, «dass ethische Bedenken ausschliesslich dem persönlichen Gewissensentscheid der Betroffenen anheimgestellt bleiben müssen, dass eine Beeinträchtigung des Kindeswohls kaum entscheidend ins Gewicht fällt, und dass die aufgezeigten Folgeprobleme [d.h. die rechtlichen Folgen für Spender, Kind und Wunscheltern] lösbar sind.»¹²⁷⁴ Es ist derzeit nicht möglich, beim Beginn des Lebens im juristischen Sinne auf einen gemeinsamen Nenner zu kom-

¹²⁷¹ So etwa BELSER/JUNGO, S. 211; BRAUN, S. 43; BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 52; FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 46; JUNOD/WUNDER/HURST, Rz. 72; KUHN, S. 386; LEVY, S. 200; NEK, Fortpflanzung, S. 57; RÜTSCHÉ/PICECCHI, SHK FMedG, N 86 zu Art. 119 BV; RÜTSCHÉ/WILDHABER, S. 808; SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro, Rz. 1695. Kritisch zur Embryonenspende und für die Aufrechterhaltung des Verbots REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 62 ff. zu Art. 119.

¹²⁷² BLEISCH/BÜCHLER, S. 267.

¹²⁷³ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 229 f.

¹²⁷⁴ Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1092.

men. Hingegen ist man sich einig, dass dem Embryo *in vitro* eine gewisse Schutzwürdigkeit zukommt. Gerade diese Einigkeit spricht für die Zulassung der Embryonenspende. Solange das Kindeswohl gewahrt bleibt und andere öffentliche Interessen nicht überwiegen, ist eine Reproduktionsmethode zuzulassen. Bei der Embryonenspende ist dies der Fall, und in Kombination mit dem generellen Konsens zur Schutzwürdigkeit des Embryos *in vitro* sollte das absolute Embryonenspendeverbot aufgehoben werden. Grundsätzlich legitime öffentliche Interessen wie Verhinderung von Missbrauch kann mit milderen Mitteln entsprochen werden.¹²⁷⁵ Das eingriffsintensive Strafrecht soll nur subsidiär zur Anwendung gelangen.¹²⁷⁶ Mit gewissen Schutzmassnahmen wie den ausgeführten kann den legitimen Befürchtungen des Verfassungs- und Gesetzgebers Rechnung getragen werden.

Die Schweiz nimmt im internationalen Vergleich eine besonders konservative Haltung in Bezug auf die rechtliche Zulässigkeit des medizinisch-technisch Machbaren ein. Der Fokus liegt mehr auf der Vermeidung von Missbrauch als auf der Förderung der Reproduktionsmedizin.¹²⁷⁷ Reproduktive Autonomie sollte heutzutage auch bedeuten, von den Möglichkeiten der modernen Medizin Gebrauch machen zu können.¹²⁷⁸ BLEISCH/BÜCHLER sprechen sich generell für die Wahrung der reproduktiven Autonomie und somit für die Zulassung weiterer fortpflanzungsmedizinischer Methoden aus, solange damit nicht die Würde der Frau verletzt wird (bspw. durch Instrumentalisierung als Leihmutter oder durch Missachtung des Selbstbestimmungsrechts der Schwangeren), Kinder zur bezahlten Ware werden oder Menschen Gendiagnostik aufgezwungen wird. In diesen Fällen stünden Werte auf dem Spiel, welche nicht verhandelbar seien, selbst wenn im Einzelfall eine Gefährdung schwer nachzuweisen sei.¹²⁷⁹ Wichtig sei auch, dass das Kind stets als Subjekt um seiner selbst willen und nicht als Objekt elterlicher Wünsche wahrgenommen werde.¹²⁸⁰ Diese Werte können bei Zulassung der Embryonenspende bei Implementierung entsprechender Massnahmen klar bewahrt werden. Für eine Ausgestaltung der Embryonenspende *de lege ferenda* gilt weiterhin der fortpflanzungsmedizinrechtliche Grundsatz, dass das Kindeswohl ein zentrales Erfordernis ist.¹²⁸¹ Mit einer entsprechenden Ausgestaltung kann auch dieses gewahrt werden.

¹²⁷⁵ So auch Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 225 zur Samenspende.

¹²⁷⁶ BÜRGIN, Embryonenschutz, S. 60.

¹²⁷⁷ AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 44; BÜCHLER/SCHMUCKI, S. 55; PETER, Rz. 26.

¹²⁷⁸ So BLEISCH/BÜCHLER, S. 261.

¹²⁷⁹ BLEISCH/BÜCHLER, S. 266 f.

¹²⁸⁰ Deutscher Ethikrat, S. 87. Für KUHN würde dem Kind die Subjektqualität beispielsweise bei unerprobten, experimentellen Fortpflanzungsversuchen abgesprochen werden (KUHN, S. 228).

¹²⁸¹ So auch Deutscher Ethikrat, S. 106; SEELMANN, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, S. 8.

B. Überlegungen zur Embryonenspende *de lege ferenda*

1. Grundsätzliches

Die vorgenommene Analyse weist auf mögliche mildere Mittel zu einem Totalverbot der Embryonenspende hin. Diese möglichen milderen Mittel und weitere Überlegungen zu einem Rechtsrahmen sollen nachfolgend aufgezeigt werden. Vorliegend soll kein Gesetzesentwurf skizziert werden; es geht darum, aus dem bisher Gesagten Schlüsse zu ziehen und die Ergebnisse als mögliche Umsetzungsoptionen darzulegen. Die Ausarbeitung einer konkreten Regelung übersteigt den Anspruch dieser Untersuchung. Vielmehr werden teilweise auch Fragen aufgeworfen und bewusst offen gelassen. Bei jeder Form der Zulassung sollten diese Fragen sowie die weiteren nachfolgend aufgeführten Punkte diskutiert und zu gegebener Zeit geregelt werden.

Aufgrund der Formulierung des Embryonenspendeverbots in Art. 119 Abs. 2 lit. d BV («Die Embryonenspende und alle Arten von Leihmutterchaft sind unzulässig.») ist für die Aufhebung des Embryonenspendeverbots eine Verfassungsänderung erforderlich.¹²⁸²

Erwähnt werden soll hier noch der sogenannte Augsburg-Münchener-Entwurf für ein Fortpflanzungsmedizingesetz (AME-FMedG). In der deutschen Lehre gilt das ESchG als veraltet und aus wissenschaftlicher Perspektive als überholt.¹²⁸³ Im Jahre 2013 wurde der AME-FMedG als Entwurf eines neuen Fortpflanzungsmedizingesetzes für Deutschland der Öffentlichkeit vorgestellt, erarbeitet als Alternativentwurf zum geltenden Recht von einer Forschergruppe bestehend aus Augsburger und Münchener Juraprofessoren.¹²⁸⁴ Dabei wird die Embryonenspende, dort «Embryonentransfer» genannt, in § 7 Abs. 1 AME-FMedG für ausdrücklich zulässig erklärt. § 7 AME-FMedG lässt jedoch einzelne Fragen offen, wie beispielsweise, wann genau ein Embryo als überzählig gilt, wie die Freigabe zur Spende genau erfolgt und welchen Anforderungen sich die Wunscheltern stellen müssen.¹²⁸⁵ Als generelle «Inspirationsquelle» für eine Regelung *de lege ferenda* in der Schweiz scheint er ungeeignet; denn in Bezug auf die Regelung der Embryonenspende überzeugt der AME-FMedG insgesamt zu wenig. So wird die Embryonenspende ungenau definiert und bereits in der Überschrift zu § 7 AME-FMedG «Embryonentransfer» genannt. § 7 Abs. 1 AME-FMedG führt aus: «Ein Embryo, der im Rahmen einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung erzeugt, aber nicht auf eine Frau übertragen wurde, kann durch Embryonentransfer auf eine andere Frau übertragen werden, um eine Schwangerschaft herbeizuführen.» Dies ist medizinisch ungenau, denn auch bei einer homologen IVF fin-

¹²⁸² So etwa für AEBI-MÜLLER/DÖRR, S. 153; BELSER/JUNGO, S. 193; BÜCHLER, Eizellenspende, S. 45; REUSSER/SCHWEIZER, SGK BV, N 45 zu Art. 119; mit Einschränkungen auch FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 22.

¹²⁸³ DORNECK, S. 36. Vgl. 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 1.2, und 4. Teil, Kapitel A, Ziff. 1.

¹²⁸⁴ Vgl. Ausführungen bei DORNECK, S. 259 f.; FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 1. Zum Inhalt des AME-FMedG siehe GASSNER et al., S. 1 ff.

¹²⁸⁵ DORNECK, S. 335.

det ein «Embryo(nen)transfer» statt, nämlich die Einführung des Embryos in die Gebärmutter der Frau. Zudem wird die genetische Mutter als «biologische Mutter» bezeichnet, obschon sie im Falle der Embryonenspende den Embryo gar nicht austrägt und so gar nie zu dessen biologischer Mutter werden kann (§ 7 Abs. 3 AME-FMedG lautet: «Die biologische Mutter und der biologische Vater haben im Fall des Abs. 1 nach Aufklärung ein Widerspruchsrecht (...).») Es wird also nicht zwischen genetischer und biologischer Mutter unterschieden; die Frau, von welcher die Eizelle stammt, wird hierbei fälschlicherweise auch als biologische Mutter bezeichnet, die Gebärende hingegen nur als rechtliche und soziale Mutter.¹²⁸⁶ Weiter ist die «Aufwandsentschädigung» in § 7 Abs. 4 AME-FMedG unklar («Der Transfer eines Embryos für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung darf nicht Gegenstand eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts sein. Eine Aufwandsentschädigung sowie ein Entgelt für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung sind möglich»). Es erschliesst sich nicht, wo der konkrete, finanziell messbare Aufwand der genetischen Eltern für die Freigabe zur Spende liegen sollte. Nichtsdestotrotz wird nachfolgend, wo sinnvoll, vereinzelt auf den Regelungsvorschlag im AME-FMedG verwiesen.

2. Der Umfang der Embryonenspende

2.1. Die Embryonenspende im hier verstandenen Sinn

Die Embryonenspende im hier verstandenen Sinn ist die Spende überzähliger Embryonen in vitro zu Fortpflanzungszwecken Dritter. Bei der Embryonenspende im hier verstandenen Sinn werden keine Embryonen zu Spendezwecken erzeugt, sondern sie wurden entweder im Rahmen eines homologen oder heterologen IVF-Verfahrens gezeugt. Konservierte Embryonen, die im Rahmen eines medizinisch assistierten Fortpflanzungsverfahrens nicht mehr für das Paar, für welche sie gezeugt wurden, verwendet werden, können mittels der Embryonenspende im hier verstandenen Sinn einem anderen Paar zu deren eigenen Fortpflanzung überlassen werden.

2.2. Wann ist ein Embryo «überzählig»?

Ein überzähliger Embryo ist laut Art. 2 lit. b StFG ein «im Rahmen der In-vitro-Fertilisation erzeugter Embryo, der nicht zur Herbeiführung einer Schwangerschaft verwendet werden kann und deshalb keine Überlebenschance hat.» De lege ferenda müsste ein überzähliger Embryo ein solcher sein, der endgültig nicht mehr für die Fortpflanzung des Paares, für welches er gezeugt wurde, verwendet werden soll; die Definition im StFG müsste also erweitert werden um die Formulierung «[Schwangerschaft] des Paares, für welches er erzeugt wurde». In Betracht kommt eine zusätzliche Klausel im StFG, nach welcher nur derjenige Embryo zur Forschung zugelassen ist, welcher einerseits nicht mehr für das Paar verwendet wird, für das er ursprünglich erzeugt wurde, und andererseits nicht für eine Embryonenspende zur Verfügung gestellt wurde (oder eine allfällige Frist dafür abgelaufen ist).¹²⁸⁷ Zudem ist der

¹²⁸⁶ Siehe GASSNER et al., S. 60.

¹²⁸⁷ Es gibt Lehrmeinungen, wonach die Freigabe zur Forschung nur subsidiär zur Freigabe zu Fortpflanzungszwecken Dritter erfolgen sollte, sie aber der Vernichtung vorzuziehen sei, wel-

überzählige Embryo im FMedG zu definieren: Da diese Embryonen noch zu Fortpflanzungszwecken Dritter verwendet werden dürften, ist eine Begriffsbestimmung ausschliesslich im StFG wie bis anhin nicht ausreichend; vielmehr müsste der überzählige Embryo im FMedG definiert werden.

Eine andere Möglichkeit wäre, den für die Embryonenspende zur Verfügung stehenden Embryo noch nicht als «überzähligen Embryo» zu definieren: Nach § 2 Ziff. 14 AME-FMedG ist ein überzähliger Embryo «ein für Fortpflanzungszwecke erzeugter Embryo, der für diesen Zweck aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr in Betracht kommt.» Diese Formulierung könnte auch für überzählige Embryonen *de lege ferenda* nach FMedG und StFG übernommen werden. In diesem Falle müsste im FMedG definiert werden, wie die Terminologie für einen Embryo lautet, der endgültig nicht mehr für das Paar verwendet wird, für welches er erzeugt wurde, welcher aber für die Embryonenspende prinzipiell verwendet werden könnte und für welchen das Paar sich noch nicht zwischen Vernichtung und Spende zu Fortpflanzungs- oder Forschungszwecken entschieden hat.

Zudem wird zu prüfen sein, ob die maximale Konservierungsdauer von Embryonen *in vitro* verlängert werden müsste. *De lege lata* dürfen Embryonen während fünf Jahren konserviert werden, mit der Möglichkeit, diese Frist um maximal weitere fünf Jahre zu verlängern. Sie können total also maximal zehn Jahre lang aufbewahrt werden (Art. 16 Abs. 2 FMedG). Wenn diese Fristen für die eigene Fortpflanzung des Paares, für welches die Embryonen ursprünglich konserviert wurden, unverändert bleiben, so stellen sich folgende Anschlussfragen: (1) Wird die Konservierungsdauer addiert, d.h., wenn die Embryonen nach acht Jahren zur Spende freigegeben werden, dürfen sie noch zwei Jahre lang aufbewahrt und müssen dann vernichtet werden, oder beginnt die maximale Frist von zehn Jahren im Moment der Freigabe zur Spende von Neuem zu laufen? (2) Müssten die zur Spende freigegebenen Embryonen länger aufbewahrt werden dürfen, um sicherzustellen, dass sie eine Chance auf «Adoption» erhalten?

Wird die zweite Frage bejaht, führt dies zu dem Widerspruch, dass die Embryonen für den Eigenbedarf weniger lang aufbewahrt werden dürfen als bei einer Freigabe für Dritte.¹²⁸⁸ Für HARTLEB käme eine Lösung mit zwei Moratorien in Frage: Nach Ablauf einer ersten Frist, innert welcher die genetischen Eltern entscheiden können, ob sie den Embryo implantieren möchten oder nicht, würde der Embryo *in vitro* mit Zustimmung der Eltern zur Embryonenspende freigegeben werden (erstes Moratorium). Sollte der Embryo nicht zur Embryonenspende ausgewählt werden, so wird er nach Ablauf einer zweiten Frist vernichtet (zweites Moratorium).¹²⁸⁹ In der Lehre finden sich relativ starre (so

che nur als *Ultima Ratio* angewandt werden soll (so BRAUN, S. 17, S. 39, S. 56 und S. 64; ähnlich DORNECK, S. 348. Zustimmend auch KARNEIN, nach welcher überzählige Embryonen anonciert werden müssten, und erst nach einem bestimmten Zeitraum, wenn sich keine Wunscheltern finden lassen, zur Forschung freigegeben oder direkt vernichtet werden dürften [KARNEIN, S. 66]).

¹²⁸⁸ Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1100.

¹²⁸⁹ HARTLEB, Grundrechtsschutz, S. 221.

etwa BRAUN¹²⁹⁰) wie auch eher liberale Regeln (so etwa die NEK¹²⁹¹). Im Zusammenhang mit der Samenspende kritisiert die NEK die maximale Aufbewahrungsdauer gespendeter Samen (fünf Jahre mit Verlängerungsmöglichkeit um maximal weitere fünf Jahre, Art. 15 Abs. 1 FMedG): So seien weder öffentliche noch private Interessen sowie auch keine medizinischen Gründe für die beschränkte Konservierungsdauer von gespendeten Samenzellen vorhanden. Bei Samenspenden sei insbesondere noch zu beachten, dass diese regelmässig nicht sofort nach der Spende verwendet würden, womit sich die Fünfjahresfrist auch bei Wunscherlern als unpraktisch erweisen könne, welche mehrere Kinder vom selben Spender wünschten. Ebenfalls könnten so Samen vernichtet werden, welche von Männern mit seltenen Merkmalen stammen (Ethnie, Blutgruppe etc.), was die Auswahl für die betroffenen Paare weiter einschränke.¹²⁹² Diese Kritikpunkte sind bei einer Embryonenspende de lege ferenda ebenfalls einschlägig und bei einer Gesetzgebungsarbeit zu beachten.

2.3. Abgrenzung der Embryonenspende von der Eizellenspende: kombinierte Eizellen- und Samenspende, ROPA-Methode und Spende imprägnierter Eizellen

Mittlerweile haben sich sowohl National- wie auch Ständerat für die Zulassung der Eizellenspende ausgesprochen. Der Bundesrat soll nun den erforderlichen gesetzlichen Rahmen für die Eizellenspende erarbeiten.¹²⁹³ Es ist davon auszugehen, dass die Eizellenspende in der Schweiz künftig zulässig wird. Die Schweizer Lehre spricht sich mehrheitlich für die Legalisierung der Eizellenspende aus.¹²⁹⁴ Wird die Eizellenspende legalisiert, die Embryonenspende jedoch (noch) nicht, stellen sich einige Abgrenzungsfragen, so etwa, wie mit kombinierten Eizellen- und Samenspenden, mit der ROPA-Methode und mit der Spende imprägnierter Eizellen umzugehen ist. Weil von einer notwendigen Verfassungsänderung auszugehen ist, um die Embryonenspende zuzulassen, die Eizellenspende jedoch nur auf Gesetzesstufe verboten ist (Art. 4 FMedG), sind genaue Abgrenzungen bereits in einem allfälligen Gesetzgebungsverfahren zur Eizellenspende nötig.

Bei der kombinierten Eizellen- und Samenspende werden Ei- und Samenzellen von Dritten verwendet, um eine IVF durchzuführen und dadurch Embryonen zu erzeugen. Bei der Embryonenspende im Sinne einer Spende überzähliger Embryonen zu Fortpflanzungszwecken Dritter erfolgt die Spende erst, nachdem der Embryo erzeugt worden ist. Er wird zudem nicht in Spendeabsicht gezeugt. Die Spende überzähliger Embryonen ist also einfach von der kombinierten Samen- und Eizellenspende abzugrenzen. Schwieriger

¹²⁹⁰ BRAUN schlägt eine maximale Konservierungsfrist von 15 Jahren in Kombination mit einer Altersobergrenze vor und gleichzeitig eine Verkürzung der ersten Fünfjahresfrist, um die Überzähligkeit früher feststellen zu können (BRAUN, S. 48).

¹²⁹¹ NEK, Samenspende, S. 27.

¹²⁹² NEK, Samenspende, S. 27.

¹²⁹³ WBK-S, Bericht vom 22. August 2022.

¹²⁹⁴ So etwa BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 260; FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 46; NEK, Eizellenspende, S. 5; RUMO-JUNGO, S. 848.

zu beantworten ist die Frage, ob die kombinierte Samen- und Eizellenspende ebenfalls unter den Begriff der Embryonenspende nach Art. 119 Abs. 2 lit. d BV zu subsumieren ist, wenn auch in einer anderen Form als in der Spende überzähliger Embryonen.

Darüber hinaus stellt sich bei miteinander verheirateten Frauen eine Abgrenzungsfrage bei Inanspruchnahme der so genannten «ROPA-Methode»: Dabei wird der einen Partnerin ein Embryo eingesetzt, der aus einer mittels Samenspende befruchteten Eizelle der anderen Partnerin entstanden ist.¹²⁹⁵ Dadurch ist die austragende Frau die biologische Mutter und deren Partnerin, die Ehefrau der rechtlichen Mutter, die genetische Mutter des entstehenden Kindes und dessen zweiter rechtlicher Elternteil. Hier fragt sich neben der Subsumption der kombinierten Samen- und Eizellenspende unter Art. 119 Abs. 2 lit. d BV zusätzlich, ob dieser Fall überhaupt unter die kombinierte Eizellen- und Samenspende fällt oder doch eher als Embryonenspende – im Sinne einer geplanten Spende von Embryonen – oder unter ein anderes, neu zu definierendes Rechtskonstrukt zu qualifizieren ist.

Weiter ist zu klären, ob eine Spende imprägnierter Eizellen unter die Embryonenspende fällt. In der Regel werden in der Schweiz Embryonen tiefgefroren, jedoch werden nach wie vor auch imprägnierte Eizellen kryokonserviert.¹²⁹⁶ Da die Konservierung imprägnierter Eizellen zwar deutlich an Relevanz verloren hat, aber nach wie vor stattfindet, ist es möglich, dass auch diese überzählig werden. Es ist festzulegen, ob die Spende dieser überzähligen imprägnierten Eizellen unter die Embryonenspende fällt. In Deutschland ist aufgrund der Dreierregel der Umgang mit imprägnierten Eizellen deutlich relevanter. Dort entschied das Bayerische Oberste Landesgericht, dass die Befruchtung zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen und somit die Entwicklung der imprägnierten Eizelle zum gespendeten Embryo verboten ist: Denn dabei wird eine konservierte Eizelle, in welcher sich zwar bereits ein Samen befindet, die aber noch nicht das Embryonalstadium erreicht hat, aufgetaut und zum Zweck der Herbeiführung der Schwangerschaft einer fremden Frau weiterkultiviert und weiterverwendet, was vom ESchG unter Strafe gestellt ist.¹²⁹⁷

Die Eizellenspende wurde auf Gesetzesstufe, die Embryonenspende jedoch bereits auf Verfassungsstufe verboten, da die wichtigsten Kriterien und Voraussetzungen für die Anwendung von Reproduktionsmedizin bereits in die Bundesverfassung aufgenommen werden sollten. Dazu gehört laut Bundesrat auch der Grundsatz, dass das aus der Fortpflanzungsmedizin entstehende Kind von mindestens einem sozialen Elternteil genetisch abstammen soll.¹²⁹⁸ Bei der kombinierten Eizellen- und Samenspende und der Spende imprägnierter Eizellen ist dies, genau wie bei der Embryonenspende, nicht der Fall. Nach

¹²⁹⁵ SIEGL et al., S. 36. ROPA steht dabei für «Recepción de Ovocitos de la Pareja» (übersetzt: «Empfang von Eizellen der Partnerin») (SIEGL et al., a.a.O.).

¹²⁹⁶ 2022 wurden 12'116 Embryonen und 2'429 imprägnierte Eizellen neu kryokonserviert (BFS, Konservierung 2007–2022).

¹²⁹⁷ Siehe BayObLG, Urteil vom 04.11.2020 – 206 St RR 1459/19-1461/19, Rz. 37 und Rz. 73; vgl. dazu 3. Teil, Kapitel B, Ziff. 4.2.1.

¹²⁹⁸ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 221 und S. 253; vgl. 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 1.4.

hier vertretener Ansicht ist deshalb mittels teleologischer Auslegung davon auszugehen, dass sowohl die kombinierte Eizellen- und Samenspende wie auch die Spende imprägnierter Eizellen unter das Verbot von Art. 119 Abs. 2 lit. d BV fallen.¹²⁹⁹ Bei Anwendung der ROPA-Methode hingegen stammt das Kind genetisch vom zweiten rechtlichen Elternteil ab. Jedoch stammt das Kind genetisch nicht von der austragenden Frau und zusätzlich von einem Dritten, dem Samenspender, ab, was die Methode wieder in die Nähe einer Form der Embryonenspende rückt. Dies macht eine rechtliche Qualifikation sehr schwierig. Diese Abgrenzungsfragen sind im Gesetzgebungsprozess zur Eizellenspende im Einzelnen zu klären und würden den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen. Zu beachten ist sicherlich: Wird im Rahmen der Legalisierung der Eizellenspende die kombinierten Samen- und Eizellenspende zugelassen, ist sehr fraglich, ob das Verbot der Embryonenspende noch aufrechterhalten werden kann.¹³⁰⁰

2.4. Abgrenzung der Embryonenspende vom Post-mortem-Transfer

De lege lata ist der Transfer von Embryonen in vitro nach dem Tod des Partners der Frau verboten (Art. 3 Abs. 5 FMedG). Bei einer Zulassung der Embryonenspende sollten die Embryonen der Witwe transferiert werden dürfen, wenn der Vater vor dem Embryotransfer verstirbt. Denn andernfalls entstünden relativ schwerwiegende Wertungswidersprüche, wenn der Embryo nach dem Tod des genetischen Vaters gespendet werden, nicht aber von der genetischen Mutter ausgetragen und aufgezogen werden dürfte.¹³⁰¹ Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich bei letzterem nicht um eine Embryonenspende: Bei einem solchen Post-mortem-Transfer wurde der Embryo in der Absicht erzeugt, ihn derjenigen Frau einzusetzen, die ihn schlussendlich auch transferiert erhält. Der Embryo ist in diesem Falle nicht überzählig. Der genetische Vater wäre auch als rechtlicher Vater in der Geburtsurkunde einzutragen (womöglich müsste hier über eine Ergänzung von Art. 255 Abs. 2 ZGB nachgedacht werden; zudem wäre eine entsprechende Regelung für Konkubinatspaare zu prüfen).

¹²⁹⁹ Ähnlich BELSER/MOLINARI, nach welchen das verfassungsmässige Verbot der Embryonenspende auch dazu geeignet ist, der allfällig künftig zugelassenen Eizellenspende eine Grenze zu setzen, indem keine kombinierte Eizellen- und Samenspende erfolgen dürfte (BELSER/MOLINARI, BSK BV, N 42 zu Art. 119). A.M. RÜTSCHKE, nach welchem die kombinierte Eizellen- und Samenspende nicht unter das verfassungsmässige Verbot der Embryonenspende fällt, da Samen und Eizelle erst nach der Spende zusammengeführt werden (Auslegung nach dem Wortlaut); auch mit dem Zweck der Verhinderung der doppelt gespaltenen Elternschaft soll vom Wortlaut der Bestimmung in Art. 119 Abs. 2 lit. d BV nicht abgewichen werden (RÜTSCHKE, Rechtsgutachten, Rz. 42 ff.).

¹³⁰⁰ So hielten etwa die Befürworter innerhalb der Expertenkommission Humangenetik und Reproduktionsmedizin fest, dass konsequenterweise bei Zulassung der Keimzellenspende auch die Embryonenspende zugelassen werden müsste (Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1093). Auch für RÜTSCHKE drängt sich die Frage auf, ob bei einer Zulassung der kombinierten Eizellen- und Samenspende «im Sinne einer kohärenten rechtlichen Werteordnung» die Embryonenspende zuzulassen sei (RÜTSCHKE, Rechtsgutachten, Rz. 47).

¹³⁰¹ Vgl. dazu 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.10.

Eine etwas komplexere Abgrenzungsfrage ergibt sich, wenn ein Frauenpaar eine Samenspende in Anspruch nimmt, die genetische Mutter jedoch vor dem Transfer verstirbt und die Ehefrau sich den Embryo transferieren lassen möchte. Denn in diesem Fall wurde der Embryo nicht in der Absicht gezeugt, ihn der schlussendlichen Wunschmutter zu übertragen. Das Szenario gleicht auf den ersten Blick zwar dem Post-mortem-Transfer beim heterosexuellen Paar, allerdings ist der Embryo mit der Wunschmutter genetisch nicht verwandt, was es wiederum in die Nähe der Embryonenspende bringt. Allerdings handelt es sich auch nicht um eine Embryonenspende im Sinne der Spende überzähliger Embryonen zu Fortpflanzungszwecken Dritter, da die neue Wunschmutter keine Drittperson ist, sondern bereits zum Zeugungszeitpunkt als zweiter Elternteil gegolten hat. Vielmehr liegt eine ROPA-Methode in Kombination mit einem Post-mortem-Transfer vor. Wird sowohl die ROPA-Methode wie auch der Post-mortem-Transfer in der Schweiz legalisiert, muss diese Konstellation zulässig sein.

3. Überlegungen zum rechtlichen Verfahren der Embryonenspende de lege ferenda

3.1. Grundsatzentscheid: Orientierung an der Fremdkindadoption oder an der Samenspende

Bei der Embryonenspende haben die Wunscheltern keinerlei genetische Verbindung zum Embryonenspende-Kind, was das Verfahren in die Nähe der Fremdkindadoption rückt. Allerdings erlebt die Wunschmutter die Schwangerschaft und die Geburt, was die Embryonenspende wiederum in die Nähe der Keimzellenspende rückt.

In den USA wird die Embryonenspende je nach Bundesstaat entweder eher analog der Adoption oder eher analog der Keimzellenspende behandelt.¹³⁰² Aus der Sicht dortiger religiöser Kinderwunschkliniken wie «Nightlight Christian Adoptions» handelt es sich bei deren Art der Embryonenspende um eine Adoption. Der Adoptionsprozess sei denn auch nicht anonym möglich und beide Seiten hätten die Möglichkeit, miteinander in Kontakt zu treten. Zudem werde eine Eignungsüberprüfung bei den Wunscheltern durchgeführt.¹³⁰³ Durch die Nicht-Anonymität und den Kontakt zwischen den Involvierten sei die Embryooption kein rein medizinisches Prozedere, sondern ein kindzentrierter, familienfördernder Prozess.¹³⁰⁴

Bei der Embryonenspende existiert das Kind allerdings noch nicht. Das Embryonenspende-Kind ist ab Beginn der Schwangerschaft ein Wunschkind, wohingegen zu adoptierende Kinder regelmässig bereits älter und oft besonders fürsorgebedürftig sind. Zudem wächst das aus einer Embryonenspende entstandene Kind von Beginn an bei den «Adoptiveltern» auf und die Gebärende ist von Anfang an die rechtliche und soziale Mutter des Kindes.¹³⁰⁵ Alles in allem vertritt die überwiegende Mehrheit der Lehre die Meinung, dass

¹³⁰² Siehe Ausführungen bei SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro, Rz. 831.

¹³⁰³ JOHNSON, S. 860 f.

¹³⁰⁴ CROMER, S. 606.

¹³⁰⁵ Ähnlich Deutscher Ethikrat, S. 97.

die Embryonenspende nicht analog der Fremdkindadoption, sondern analog der Keimzellenspende zu regeln ist.¹³⁰⁶ Allerdings gibt es zur Sicherstellung des Kindeswohls überzeugende Gründe, die Kindeswohlprüfung im Einzelfall ähnlich, wenn auch nicht so eingehend, wie bei der Fremdkindadoption durch eine Fachperson durchführen zu lassen.¹³⁰⁷

In der Folge sollte sich die Embryonenspende de lege ferenda grundsätzlich an den Vorgaben des FMedG orientieren. Diese Regelungen sollen an dieser Stelle auch nicht grundlegend in Frage gestellt werden – dies würde den Rahmen der Überlegungen de lege ferenda sprengen. Vielmehr sollen nachfolgend Ansätze einer möglichen Regelung der Embryonenspende angestoßen werden. Erläuterungen in Bezug auf die Kindeswohlprüfung werden nachfolgend nicht erneut ausgeführt.¹³⁰⁸

3.2. Die Regelung der Embryonenspende im Rahmen bestehender FMedG-Vorgaben

Es wird vorgeschlagen, an die geltenden Voraussetzungen des FMedG anzuknüpfen. Dies heisst, dass die weiteren Verbote des FMedG für die Embryonenspende de lege ferenda grundsätzlich zu berücksichtigen sind. So sollten unzulässigerweise erzeugte Embryonen – d.h. solche, die beispielsweise im Klonverfahren hergestellt wurden oder aus Chimären- oder Hybridbildung entstanden sind – nicht gespendet werden dürfen, solange diese Verfahren unzulässig sind.¹³⁰⁹ Die Embryonenspende sollte ebenfalls unzulässig sein, wenn mehr als zwölf Embryonen pro Behandlungszyklus erzeugt werden (wobei sich bei Überschreiten der Zwölferregel zudem die Frage stellt, ob diese Embryonen wirklich als «planwidrig überzählig» bezeichnet werden können). Zudem dürften Embryonen nach wie vor nicht zu Nicht-Fortpflanzungszwecken erzeugt werden. Die Anwendung illegaler Fortpflanzungsmethoden sollte also nach hier vertretener Ansicht nicht zum Zwecke der Embryonenspende in Kauf genommen werden, auch wenn dies dem entgegensteht, dass überzähligen Embryonen mittels einer Spende eine Chance auf Leben gewährt werden würde.

Obschon überlegt werden könnte, die Embryonenspende mit weniger hohen Zulassungsbeschränkungen zu belegen, um mehr Embryonen eine Lebenschance zu geben (so eine Spende an fruchtbare Paare, Konkubinatspaare oder alleinstehende Frauen), soll am Grundsatzentscheid, sich an den geltenden Voraussetzungen des FMedG zu orientieren, nicht gerüttelt werden. Andernfalls können Wertungswidersprüche zum Zugang zu anderen heterologen Fortpflanzungsmedizinmethoden auftreten: Es kann nicht sein, dass es

¹³⁰⁶ So etwa Amstad-Bericht, BBl 1989 III S. 1093; BÜCHLER, Eizellenspende, S. 45; SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro, Rz. 1700. Für das deutsche Recht etwa Deutscher Ethikrat, S. 98; DORNECK, S. 334. A.M. CZECH, S. 204; MÜLLER-TERPITZ, Schutz des pränatalen Lebens, S. 509.

¹³⁰⁷ Vgl. 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.9.4.

¹³⁰⁸ Siehe dazu 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.9.

¹³⁰⁹ Gl.M. DORNECK, S. 248 f.

Menschen untersagt wird, aufgrund ihres Alters, Geschlechts oder Zivilstands ihre eigenen Keimzellen in einem IVF-Verfahren zu verwenden oder eine Samen- oder Eizellenspende in Anspruch zu nehmen, sie aber einen genetisch fremden Embryo annehmen dürften. Das geltende Ultima-Ratio-Prinzip, also «so homolog wie möglich», soll zudem gelten.¹³¹⁰

Ziel ist, dass die Zulassung der Embryonenspende nicht wie von Verfassungs- und Gesetzgeber befürchtet, zu einer Zunahme überzähliger Embryonen führt. Mit der Aufrechterhaltung der bestehenden FMedG-Bestimmungen kann dieser Befürchtung entgegen gewirkt werden.

Nachfolgend wird die Regelung der Samenspende aufgezeigt und um Vorschläge de lege ferenda für eine Embryonenspende ergänzt.

3.3. Regelung analog der Samenspende (Art. 3 Abs. 3 und Art. 18–27 FMedG)

3.3.1. Anwendung nur bei verheirateten Paaren und zivilrechtliche Folgen (Art. 3 Abs. 3 FMedG und Art. 23 FMedG)

Nach Art. 3 Abs. 3 FMedG dürfen gespendete Samenzellen nur bei Ehepaaren verwendet werden. Der Ehemann resp. die Ehefrau der Mutter gilt als Vater resp. zweiter Elternteil des aus der Samenspende gezeugten Kindes (Art. 255 ZGB f. und Art. 23 FMedG). Nach Art. 23 Abs. 1 FMedG können weder das aus der Samenspende gezeugte Kind noch die Ehefrau oder der Ehemann der Mutter das Kindesverhältnis zur Ehefrau oder zum Ehemann der Mutter anfechten. Die Vaterschaftsklage gegen den Samenspender ist nach Abs. 2 ausgeschlossen, ausser wenn die Samenspende wissentlich bei einer Person erfolgte, die keine Bewilligung für die Fortpflanzungsverfahren oder für die Konservierung und Vermittlung gespendeter Samenzellen hat. Weil die heterologe Insemination nur bei verheirateten Paaren zugelassen ist, hat somit jedes Kind, welches mittels heterologer Insemination gezeugt wurde, automatisch einen rechtlichen Vater resp. zweiten Elternteil.¹³¹¹ Die Schweizer Rechtsordnung misst der Ehe bei medizinisch assistierter Fortpflanzung eine hohe Bedeutung zu.¹³¹² Gemäss BÜCHLER und anderen Stimmen der Lehre sollte das Obligatorium der Ehe für die Inanspruchnahme einer heterologen IVF jedoch überdacht werden.¹³¹³ Um auch hier Wertungswidersprüche zu vermeiden, sollte die Embryo-

¹³¹⁰ Vgl. dazu 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.9.3.1.

¹³¹¹ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 252; AEBI-MÜLLER/DÖRR, S. 156. Weitere Ausführungen zum Abstammungsrecht i.Z.m. der Samenspende siehe COTTIER/CREVOISIER, SHK FMedG, N 1 ff. zu Art. 23.

¹³¹² BÜCHLER, Konzeptionen, S. 1181; BÜCHLER/SCHMUCKI, S. 56.

¹³¹³ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 30. Zustimmend beispielsweise BELSER/JUNGO, S. 199 f.; BERTSCHI, S. 23; FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 36; JUNGO et al., N 61; JUNOD/WUNDER/HURST, Rz. 41 f.; KUHN, S. 367; NEK, Samenspende, S. 20; SIMONI, S. 10; ZIMMERMANN, S. 106. Begründet wird diese Kritik insbesondere damit, dass die Rechtsform der Ehe nicht (mehr) als Garant für eine stabile Partnerschaft dienen kann, und keine Gewähr besteht, dass

nenspende analog der Samenspende in Bezug auf den Zivilstand der Eltern gehandhabt werden. Die Fremdkindadoption ist zwar auch für alleinstehende Personen zulässig (Art. 264b ZGB), jedoch sollte sich die Regelung der Embryonenspende dennoch an der Samenspende orientieren: Der Embryo in vitro hat im Gegensatz zum geborenen Kind noch kein Lebensrecht und die Notsituation eines geborenen Kindes ohne rechtliche Eltern ist nicht vergleichbar mit der Situation eines totgeweihten Embryos in vitro. Sollten sich die Zulässigkeitsvoraussetzungen für heterologe Verfahren im FMedG ändern, so ist eine entsprechende Neubeurteilung der Voraussetzungen einer Embryonenspende vorzunehmen.

3.3.2. *Einwilligung des Spenders (Art. 18 FMedG)*

Nach Art. 18 FMedG dürfen Spendersamen nur im Rahmen der zulässigen Fortpflanzungsverfahren und nur für Zwecke verwendet werden, in die der Spender schriftlich eingewilligt hat (Abs. 1). Der Spender muss vor der Samenspende schriftlich über die Rechtslage unterrichtet werden, namentlich über das Recht des Kindes, Auskunft über die Spenderakten zu erhalten (Abs. 2). Nach der Befruchtung der Eizelle ist der Widerruf des Samenspenders nicht mehr möglich, da dies die Zerstörung der Eizelle und somit eine Persönlichkeitsverletzung der betreffenden Frau zur Folge hätte. Mit dem Tod des Spenders erlischt auch das Widerrufsrecht.¹³¹⁴

Bei der Embryonenspende muss an die Einwilligung zur Spendeabgabe ein strenger Informed-Consent-Massstab angelegt werden, um den Spendeeltern die Tragweite des Entscheides aufzuzeigen.¹³¹⁵ Zudem ist zu klären, bis zu welchem Zeitpunkt die Spendeeltern ihre Einwilligung zurückziehen können: Als mögliche Zeitpunkte kommen in Betracht: (1) der Entscheid zur Freigabe in einen Spendepool, (2) die Präsenz des Embryos im Spendepool, aber noch keinen Wunscheltern zugeordnet, (3) die rechtliche Zuordnung des Embryos zu den Wunscheltern, (3) der Transfer in den Uterus der Wunschmutter. Da der Embryo ab dem zweiten Zeitpunkt den Wunscheltern rechtlich zugeordnet ist und so in der Verfügungsgewalt der Wunscheltern übergeht, ist ein Widerruf nach hier vertretenen Ansicht bis zum zweiten Zeitpunkt möglich.

Im Übrigen ist anzumerken, dass nach Art. 16 Abs. 1 FMedG Embryonen in vitro konserviert werden dürfen, wenn das betroffene Paar seine schriftliche Einwilligung gibt (lit. a) und die Konservierung der späteren Herbeiführung einer Schwangerschaft dient (lit. b). Zu beachten ist hierbei der Wortlaut der Herbeiführung «einer» Schwangerschaft, d.h., nicht zwingend der Schwangerschaft der Frau, für welche die Embryonen ursprünglich

die Ehe nach abgeschlossener fortpflanzungsmedizinischer Behandlung noch weitergeführt wird. Die Begründung, dass nichteheliche Lebensgemeinschaften kindeswohlgefährdend seien, sei zudem eine «realitätsfremde Stigmatisierung» (BÜCHLER, Eizellenspende, S. 30). Für HÜBNER könnten etwa die notariell beglaubigte Einwilligung und die pränatale Vaterschaftsanerkennung ein angemessenes Sicherheitsniveau gewährleisten (HÜBNER, S. 230).

¹³¹⁴ FANKHAUSER, SHK FMedG, N 8 zu Art. 18; vgl. auch FANKHAUSER/VIONNET, S. 152.

¹³¹⁵ Vgl. dazu 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 3.5.3.

konserviert wurden. Die Konservierung von Embryonen zu Spendezwecken bedarf also keiner Änderung von Art. 16 Abs. 1 FMedG.

Haben ein oder beide Spender die Einwilligung widerrufen, gelangt grundsätzlich Art. 16 Abs. 4 FMedG zur Anwendung («Bei Widerruf der Einwilligung [...] sind [...] die Embryonen in vitro sofort zu vernichten. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen des [StFG].»), der Embryo wird also vernichtet oder der Forschung zur Verfügung gestellt. Vorstellbar wäre auch, dass die Spendeeltern ihre Meinung ändern und den Embryo doch noch zu eigenen Fortpflanzungszwecken verwenden wollen. Die Zuordnung des überzähligen Embryos zu den Spendeeltern, nachdem sie ihn zur Spende freigegeben, er aber noch keinen Wunscheltern rechtlich zugeordnet wurde, müsste nach hier vertretener Ansicht möglich sein.¹³¹⁶

Für den Fall, dass beide Elternteile versterben, aber noch Embryonen vorhanden sind, stellt sich die Frage, ob die Eltern die Freigabe der Embryonen zur Embryonenspende zu Lebzeiten rechtsgültig verfügen können. Nach Art. 5 Abs. 5 StFG entscheidet der überlebende Partner unter Berücksichtigung des mutmasslichen Willens des verstorbenen Partners über die Verwendung überzähliger Embryonen zur Stammzellengewinnung. Sterben beide Partner, so können die Embryonen nicht mehr zu Forschungszwecken verwendet werden. In der deutschen Lehrmeinung wird die Freigabe zur Embryonenspende von Embryonen verstorbener IVF-Paare befürwortet.¹³¹⁷ SAVIOZ-VIACCOZ schlägt vor, dass die Elternteile jeweils schriftlich festhalten, was nach ihrem Tod mit ihren Embryonen geschehen soll, oder dass sie dem überlebenden Partner zu Lebzeiten mittels Zession die Entscheidungshoheit über die Verwendung konservierter Embryonen für den eigenen Todesfall übergeben.¹³¹⁸ Legen die genetischen Eltern nichts fest oder geben sie nach Ablauf der Konservierungsfrist der Klinik keine Rückmeldung, müssten die Embryonen vernichtet werden, da ansonsten in die reproduktive Autonomie der genetischen Eltern im Sinne einer negativen Fortpflanzungsfreiheit¹³¹⁹ eingegriffen würde.

Im Falle einer vorangegangenen heterologen Insemination müsse die Einwilligungserklärung des Samenspenders nach hier vertretener Ansicht nicht um die Freigabe zur Embryonenspende erweitert werden: Er willigt für die Verwendung seiner Spermien zur Erzeugung von Embryonen zu Fortpflanzungszwecken ein (wobei die Wunscheltern zu einem späteren Zeitpunkt über die Vernichtung der Samen oder eine Spende an die Forschung entscheiden dürfen), ohne bestimmen zu können, für wen die Embryonen erzeugt werden.

Ferner ist zu klären, ob bei einer vorangegangenen Keimzellenspende der nicht-genetische Elternteil ebenfalls ein Bestimmungsrecht über die Verwendung der überzähligen Em-

¹³¹⁶ Im Sinne einer Erweiterung der negativen Fortpflanzungsfreiheit der Spendeeltern im 3. Teil, Kapitel C, Ziff. 3.2.2.

¹³¹⁷ So etwa Deutscher Ethikrat, S. 102 f.; DORNECK, S. 174; HÜBNER, S. 161.

¹³¹⁸ SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro, Rz. 1896 f. Siehe SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro, Rz. 1886 ff. für Ausführungen zur Verwendung von Embryonen nach dem Tod der genetischen Eltern.

¹³¹⁹ Vgl. 3. Teil, Kapitel C, Ziff. 3.2.2.

bryonen hätte (vgl. Widerspruchslösung in § 7 Abs. 3 AME-FMedG: «Die biologische [sic] Mutter und der biologische Vater haben (...) nach Aufklärung ein Widerspruchsrecht, soweit der zu transferierende Embryo nicht aufgrund einer Keimzellenspende erzeugt wurde»). Es wird zu prüfen sein, ob die zwangsweise Zurverfügungstellung zur Embryonenspende auch die nicht-genetischen Elternteile in ihrer negativen Fortpflanzungsfreiheit berührt, was nach hier vertretener Ansicht wohl der Fall sein dürfte.

3.3.3. *Auswahl des Spenders (Art. 19 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 4 FMedG)*

Nach Art. 19 Abs. 1 FMedG müssen Samenspender nach medizinischen Gesichtspunkten sorgfältig ausgewählt werden, namentlich müssen gesundheitliche Risiken für die Empfängerin der gespendeten Samenzellen so weit wie möglich ausgeschlossen werden. Die gesundheitlichen Risiken beziehen sich insbesondere auf übertragbare Krankheiten, und zwar nicht nur für die Empfängerin, sondern auch für das zu entstehende Kind.¹³²⁰ In dem Zusammenhang muss für die Embryonenspende über eine Altersgrenze zumindest der Spenderin zum Zeitpunkt der Eizellenentnahme nachgedacht werden. Beim Netzwerk Embryonenspende in Deutschland beispielsweise darf die genetische Mutter zu diesem Zeitpunkt nicht älter als 37 Jahre alt sein.¹³²¹

Zwar sind andere Auswahlkriterien als medizinische Gesichtspunkte nach Art. 19 Abs. 1 FMedG verboten, ein sogenanntes Matching¹³²² ist hingegen zulässig: Eine positive Selektion ist in dem Umfang erlaubt, als die Blutgruppe und die Ähnlichkeit des äusseren Erscheinungsbildes des Spenders mit dem Wunschvater berücksichtigt werden, wobei der Arzt oder die Ärztin die Entscheidung trifft (Art. 22 Abs. 4 FMedG). Nach Art. 16 Abs. 3 lit. a Ziff. 4 FMedV gehören zur äusseren Erscheinung die Statur, Grösse, Haar-, Augen- und Hautfarbe sowie besondere Merkmale. Diese positive Selektion ist zulässig, weil gemäss Bundesrat ein ähnliches Äusseres zur besseren Integration des Kindes in die Familie beitrage und für Aussenstehende nicht sofort ersichtlich sei, dass der Ehemann und soziale Vater nicht der biologische und genetische Vater sei.¹³²³ Man will sich damit an das «natürliche Ideal»¹³²⁴ einer natürlichen Zeugung und Herkunft annähern. Eine weitere Selektion basierend auf beispielsweise Hobbys, Intelligenzquotient, Schulbildung oder Religionszugehörigkeit des Spenders darf nicht vorgenommen werden.¹³²⁵ Die Wunsch-

¹³²⁰ FANKHAUSER, SHK FMedG, N 1 zu Art. 19, m.w.V. auf Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 267; vgl. auch FANKHAUSER/VIONNET, S. 153.

¹³²¹ <https://www.netzwerk-embryonenspende.de/verfahren/verfahren.html> (besucht am 19. Mai 2024). Gemäss BÜCHLER sollten wegen der verminderten Qualität der Eizellen Eizellenspenden von über 35-jährigen Frauen kaum in Frage kommen (BÜCHLER, Eizellenspende, S. 40); vgl. auch Ausführungen in 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.4.1.1.

¹³²² FANKHAUSER, SHK FMedG, N 3 zu Art. 19.

¹³²³ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 268.

¹³²⁴ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 32.

¹³²⁵ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 268; BÜCHLER, Eizellenspende, S. 32; BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 61; FANKHAUSER/VIONNET, S. 154 f.; NEK, Samenspende, S. 23. Diese Simulation einer natürlichen Zeugung wird jedoch oft kritisch hinterfragt (FANKHAUSER, SHK

eltern haben keine Möglichkeit, in die Auswahl einzugreifen und müssen darauf vertrauen, dass der Arzt oder die Ärztin diese in ihrem Sinne trifft. Das medizinische Personal hat bei seiner Auswahl nur darauf zu achten, dass die Chancen auf äussere Ähnlichkeit zwischen Wunschvater und Kind erhöht sind.¹³²⁶ Aus Sicht der NEK soll aber eine breite Diskussion darüber geführt werden, inwiefern Spender aus Datenbanken ausgewählt werden dürften, und zwar nicht nur allein aufgrund körperlicher, sondern auch aufgrund psychosozialer Gesichtspunkte.¹³²⁷

Die sogenannte «gerichtete Samenspende», bei welcher das Paar den Spender zielgerichtet aus dem Bekannten- oder Verwandtenkreis aussuchen kann, ist in der Schweiz unzulässig. Sie ist allerdings von der «vertrauten Samenspende» oder «Becherspende» abzugrenzen, bei welcher Private ohne die Mitwirkung von Reproduktionsfachleuten eine Samenspende zu Hause durchführen.¹³²⁸ Die Möglichkeit einer gerichteten Spende wird im Rahmen des Bestimmungsrechts der Spendeeltern besprochen.¹³²⁹

Diese Vorgaben zur Auswahl des Spenders könnten auch für die Embryonenspende entsprechend herangezogen werden. Im Übrigen gilt anzumerken: Wenn die Wunscheltern die Embryonenspende als Adoption ansehen, verliert die phänotypische Angleichung an die sozialen Eltern mutmasslich an Bedeutung, da die Kinder als Adoptivkinder betrachtet werden und die Wunscheltern eher weniger Stigmatisierung befürchten, wie sie bei der Samenspende der Fall sein könnte.

3.3.4. *Unentgeltlichkeit (Art. 21 FMedG)*

Der Spender darf für seine Samenspende kein Entgelt erhalten (Art. 21 FMedG; vgl. auch Grundlage in Art. 119 Abs. 2 lit. e BV und Strafbestimmungen in Art. 32 Abs. 2 FMedG). Sowohl Spender wie auch Empfängerinnen und Empfänger sollen damit vor Ausbeutung und Diskriminierung geschützt werden. Es geht auch darum, den menschlichen Körper und seine Bestandteile nicht zu verdinglichen und zu einer blossen Sache zu degradieren und so gegen das Prinzip der Menschenwürde zu verstossen.¹³³⁰ Die Entscheidung des

FMedG, N 6 zu Art. 22, m.w.V. auf BÜCHLER, Konzeptionen, S. 1182, und SIMONI, S. 6 und S. 82).

¹³²⁶ FANKHAUSER, SHK FMedG, N 8 zu Art. 22; NEK, Samenspende, S. 25. In gewissen Ausnahmefällen sind Ausschlussgründe zum Schutz der Persönlichkeit und der psychischen Gesundheit des aus der Samenspende zu entstehenden Kindes denkbar, wie beispielsweise der Abschluss eines verurteilten Schwerverbrechers als Samenspender (FANKHAUSER, SHK FMedG, N 5 zu Art. 19).

¹³²⁷ NEK, Eizellenspende, S. 22.

¹³²⁸ BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 61; FANKHAUSER/VIONNET, S. 145; NEK, Samenspende, S. 14. Zu den Vorteilen der gerichteten Samenspende siehe FANKHAUSER/VIONNET, S. 155 f. Kritisch zum Verbot der gerichteten Spende: BÜCHLER, Reproduktive Autonomie S. 62; NEK, Samenspende, S. 23 f.

¹³²⁹ Siehe 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 3.5.1.

¹³³⁰ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 26; MARSHALL, S. 492 f.; REHMANN-SUTTER, S. 188 f. Kommerzialisierte Samenbanken sind jedoch global gesehen keine Seltenheit und ermöglichen es den

Samenspenders zur Spende muss freiwillig und somit unabhängig von finanziellen Anreizen erfolgen.¹³³¹ Ein Aufwendungsersatz ist hingegen zulässig.¹³³²

In Bezug auf die Embryonenspende muss somit mittels rechtlicher Regulationen sichergestellt werden, dass eine Embryonenspende nicht aus überwiegend finanziellen Anreizen getätigt wird. Eine Aufwandsentschädigung wird zumindest im deutschen Recht nicht als verbotene Kommerzialisierung der Embryonenspende subsumiert.¹³³³ In § 7 Abs. 4 AME-FMedG ist ein Kommerzialisierungsverbot vorgesehen, eine Aufwandsentschädigung sowie «ein Entgelt für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung» wird für explizit zulässig erklärt. Eine Aufwandsentschädigung für die Spenderinnen und Spender rechtfertigt sich grundsätzlich für etwa den Lohnausfall und medizinische Untersuchungen sowie für den operativen Eingriff bei der Entnahme von Eizellen. Die Eizellenspendeinnen unterziehen sich einer weit invasiveren Prozedur, weswegen eine höhere Entschädigung für sie gegenüber den Samenspendern angebracht erscheint.¹³³⁴ Anders liegt der Fall bei der Embryonenspende, wo die Keimzellenentnahme aus Eigeninteresse geschieht (nämlich für die eigene Reproduktion), weswegen der tatsächliche Aufwand, der zu entschädigen wäre, genau bestimmt werden müsste.

Die Entschädigungshöhe kann mutmasslich grossen Einfluss auf die Spendebereitschaft haben.¹³³⁵ So müssen die Auswirkungen eines möglichen «Embryo Sharing» – analog zum so genannten Egg Sharing – geprüft werden:¹³³⁶ Beim Egg Sharing stellt eine Frau einen Teil ihrer Eizellen entgeltlich zur Verfügung, um im Gegenzug finanzielle Unterstützung für ihre eigene Eizellenvorsorge oder IVF zu erhalten.¹³³⁷ Dabei wird teilweise von der Gefahr der Ausbeutung der Frau ausgegangen. Dies insofern, als wirtschaftlich schwächere Frauen sich ein Egg Freezing nur leisten können, wenn sich eine andere Frau an den Kosten beteiligt, im Gegenzug dafür aber einige der Eizellen erhält.¹³³⁸ Man hat also bei einer Embryonenspende auch darauf zu achten, dass eine allfällige Freigabe zur Adoption nicht aus Sorge vor den finanziellen Belastungen einer Kryokonservierung erfolgt. Bei der Zulassung von nicht nur geringen Entschädigungszahlungen bestünde die Gefahr, dass

Wunscheltern, Spender nach gewünschten Kriterien auszusuchen (BÜCHLER, Fortpflanzungsmedizin, S. 379 f.).

¹³³¹ NEK, Samenspende, S. 15.

¹³³² BIAGINI, OFK BV, N 16 zu Art. 119; FANKHAUSER, SHK FMedG, N 2 f. zu Art. 21. Für Samenspenden werden rund 100 Franken pro Samenabgabe oder Pauschalen von 1'500 bis 3'000 Franken als Unkostenbeitrag bezahlt (FANKHAUSER/VIONNET, S. 153 f., nach welchen 3'000 Franken allerdings die absolute Obergrenze darstellt [FANKHAUSER/VIONNET, a.a.O.]; NEK, Samenspende, S. 15). Aufwandsentschädigungen sind auch mit der Vorschrift auf Verfassungsebene in Art. 119 Abs. 2 lit. e BV vereinbar (RÜTSCHKE/PICCCHI, SHK FMedG, N 92 zu Art. 119 BV).

¹³³³ Deutscher Ethikrat, S. 45.

¹³³⁴ BLEISCH/BÜCHLER, S. 228 f.

¹³³⁵ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 40.

¹³³⁶ Siehe NEK, Eizellenspende, S. 24.

¹³³⁷ HOTZ, Eizellenvorsorge, S. 3.

¹³³⁸ CZECH, S. 191 f.

ein Paar möglichst viele Embryonen kryokonservieren lässt, um sie anschliessend zu verkaufen.¹³³⁹ Insofern ist auch das in § 7 Abs. 4 AME-FMedG genannte «Entgelt für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung» problematisch. Gegebenenfalls wäre das Medizinpersonal in die Verantwortung mit einzubeziehen, indem es die Motivation der Spendeeltern für die Embryonenspende abklärt.¹³⁴⁰

3.3.5. *Maximale Anzahl an zu zeugenden Kindern (Art. 22 Abs. 2 FMedG) und Samenzellen eines einzigen Spenders pro Zyklus (Art. 22 Abs. 1 FMedG)*

Die Samen eines Spenders dürfen für die erfolgreiche Zeugung von höchstens acht Kindern verwendet werden (Art. 22 Abs. 2 FMedG). Um dies kontrollieren zu können, darf der Spender seine Samen nur einer Klinik resp. Stelle zur Verfügung stellen (Art. 19 Abs. 2 FMedG). Zudem dürfen innerhalb eines Zyklus nicht Samenzellen verschiedener Spender verwendet werden (Art. 22 Abs. 1 FMedG).

Für die Embryonenspende können analoge Überlegungen angestellt werden, welche aber vermutlich eher theoretischer Natur sind. Mit der Zwölferregel könnten konsequenterweise allerhöchstens zwölf Embryonen gespendet werden, und dies auch nur dann, wenn (1) tatsächlich zwölf entwicklungsfähige Embryonen in einem Behandlungszyklus erzeugt werden (können), (2) sich die genetischen Eltern vor dem ersten Transfer endgültig gegen einen Embryotransfer entscheiden und (3) aus allen zwölf Embryonen zwölf geborene Kinder resultieren (respektive zwölf erfolgreiche Schwangerschaften, da nach dem Transfer noch eineiige Zwillinge entstehen können). Dieses Szenario scheint sehr unwahrscheinlich. Dennoch wäre eine Obergrenze festzulegen, um – analog der Regelung zur Samenspende – unwissentliche Inzestbeziehungen von aus der Spende entstandenen Personen zu verhindern.¹³⁴¹

Bei der Vorgabe, dass innerhalb eines Zyklus nicht Samenzellen verschiedener Spender verwendet werden dürfen (Art. 22 Abs. 1 FMedG), geht es um die Einhaltung des Verbots der anonymen Samenspende.¹³⁴² Um das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung gewähren zu können, sind auch bei der Embryonenspende die Verwendung von Embryonen mit genetisch unterschiedlicher Abstammung innerhalb eines Zyklus zu verbieten.

3.3.6. *Dokumentationspflicht und Auskunftsrecht sowie Verbot der anonymen Spende (Art. 24 f. und 27 FMedG)*

Die anonyme Samenspende ist in der Schweiz nicht zulässig. Die Kliniken und Zentren, welche gespendete Samenzellen entgegennehmen, müssen dies dokumentieren und gewisse Daten wie Personalien, Datum der Spende, Ergebnisse der medizinischen Untersuchung und Angaben zur äusseren Erscheinung des Spenders festhalten (Art. 24 Abs. 1 und 2 FMedG). Über die Frau, welche die Spende entgegennimmt, werden ebenfalls die

¹³³⁹ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 37 f.; HÜBNER, S. 267.

¹³⁴⁰ Vgl. BÜCHLER, Eizellenspende, S. 26, in Bezug auf die Eizellenspende.

¹³⁴¹ Vgl. für die Samenspende FANKHAUSER, SHK FMedG, N 6 zu Art. 19 und N 4 zu Art. 22.

¹³⁴² Siehe auch FANKHAUSER, SHK FMedG, N 3 zu Art. 22.

Personalien und das Datum der Verwendung der Samenzellen festgehalten (Abs. 3). Die Daten werden nach der Geburt des Kindes an das Eidgenössische Amt für das Zivilstandswesen übermittelt (Art. 25 Abs. 1 FMedG), welches ein Spenderdatenregister führt (Art. 15 Abs. 1 FMedV). Ziel ist es, den aus den Samenspenden gezeugten Kindern die Möglichkeit zu geben, ihr Recht auf Kenntnis ihrer genetischen Abstammung auszuüben.¹³⁴³ Nach Art. 27 Abs. 1 FMedG kann ein aus einer Samenspende gezeugte Kind nach Vollendung des 18. Lebensjahres beim Eidgenössischen Amt für das Zivilstandswesen Auskunft über die äussere Erscheinung und die Personalien des Spenders nach Art. 24 Abs. 2 lit. a und d FMedG verlangen. Nach Abs. 2 kann es jederzeit, d.h. auch vor Erreichung der Volljährigkeit, über alle Daten des Spenders nach Art. 24 Abs. 2 FMedG Auskunft verlangen, wenn es ein schutzwürdiges Interesse daran hat. Das Auskunftsrecht nach Abs. 1 ist bedingungslos und gilt uneingeschränkt,¹³⁴⁴ beinhaltet allerdings kein Recht auf Kontakt mit dem Samenspender.¹³⁴⁵ Der Spender wird vor Auskunftserteilung informiert und kann es dem Amt mitteilen, falls er keine Kontaktaufnahme durch das Kind wünscht (vgl. Art. 23 Abs. 5 FMedV).

Basierend auf den erarbeiteten Erkenntnissen muss bei einer Zulassung der Embryonenspende das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung gewährleistet sein – auch wenn aufgrund einiger Studien davon ausgegangen werden muss, dass bei anonymen Spenden mehr überzählige Embryonen eine Lebenschance bekämen.¹³⁴⁶ Die Regeln der Samenspende de lege lata könnten für die Embryonenspende de lege ferenda übernommen werden. Vorstellbar ist auch, dass die Pflicht der Eltern, ihre Kinder über deren heterologe Abstammung aufzuklären, besser abgesichert werden könnte, beispielsweise mittels eines Vermerks im Zivilstandsregister.¹³⁴⁷

Weil der Standardfall sein wird, dass das aus der Embryonenspende entstandene Kind genetische Vollgeschwister hat, ist zu überlegen, das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung auf die Geschwister auszuweiten: Nach Art. 268c Abs. 3 ZGB haben Adoptivkinder einen Anspruch auf Kenntnis der Identität von Geschwistern; bei der Samenspende ist ein solches Recht nicht explizit verankert und es ist noch unklar, ob ein solches zugesprochen werden würde.¹³⁴⁸

¹³⁴³ COTTIER/CREVOISIER, SHK FMedG, N 1 f. zu Art. 24.

¹³⁴⁴ COTTIER/CREVOISIER, SHK FMedG, N 16 zu Art. 27.

¹³⁴⁵ COTTIER/CREVOISIER, SHK FMedG, N 17 und 35 zu Art. 27.

¹³⁴⁶ FUSCALDO, S. 165; siehe auch eine Studie von BLYTH/LUI/FRITH, S. 280.

¹³⁴⁷ BERTSCHI, S. 242; COTTIER/CREVOISIER, SHK FMedG, N 19 zu Art. 27. Weitergehend und zu klären wäre, ob die Geburtsurkunde wie bei Leihmutterchaften gehandhabt werden sollte, wie es das Bundesgericht mehrfach entschied (siehe 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 4.4.1). Obschon in diesen Fällen der Entscheid des Bundesgerichts jeweils nicht der Intention sämtlicher Beteiligten entsprach (Nennung der Leihmutter als Geburtmutter), so ist die Anwendung bei der Embryonenspende doch denkbar. Die genetischen Eltern würden als Samenspender und Eizelenspenderin aufgeführt werden.

¹³⁴⁸ JUNGO et al., N 238. Die Expert-inn-engruppe zum Reformbedarf im Abstammungsrecht empfiehlt, das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung auch auf die genetischen Grosseltern und Nachkommen der genetischen Eltern zu erstrecken (JUNGO et al., N 242).

Nicht klar im Gesetz geregelt und in der Lehre umstritten ist, ob der Samenspender ein Recht darauf hat, zu erfahren, ob dank seinen Spendersamen Kinder auf die Welt gekommen sind. Der Gesetzgeber scheint davon auszugehen, dass kein solches Auskunftsrecht besteht.¹³⁴⁹ Bei der Embryonenspende ist vorstellbar, dass die genetischen Eltern wissen wollen, ob aus ihren Embryonen geborene Kinder entstanden sind.¹³⁵⁰

3.3.7. *Behandlung nur durch Ärztinnen und Ärzte mit entsprechender Bewilligung*
(Art. 8–14 und Art. 20 FMedG)

Die Anwendung von Fortpflanzungsverfahren sowie die Entgegennahme von Keimzellen, imprägnierten Eizellen oder Embryonen *in vitro* und die Vermittlung von gespendeten Samenzellen unterstehen der Bewilligung durch den Kanton (Art. 8 Abs. 1 FMedG; vgl. konkretisierende Bestimmungen in Art. 9–14 und Art. 20 FMedG und Art. 1 ff. FMEdV sowie eine Strafbestimmung in Art. 34 Abs. 2 FMedG).¹³⁵¹ Da die FMedG-Regelungen grundsätzlich auch für die Embryonenspende *de lege ferenda* gelten sollen, ist an diesen Vorgaben festzuhalten.

3.4. **Zivilrechtliches Eltern-Kind-Verhältnis**

Die zivilrechtlichen Folgen einer Embryonenspende werden hier nur kurz angeschnitten. Es handelt sich nicht um eine familienrechtliche Analyse, sondern es werden lediglich die wichtigsten regelungsbedürftigen Punkte aufgezeigt.

Wichtig ist die rechtliche Anerkennung der Eltern-Kind-Beziehung sowohl für die Wunscheltern wie auch für das Embryonenspende-Kind.¹³⁵² Bei der Embryonenspende ist das Kindesverhältnis originär zu begründen, d.h., das Kind wird ab Geburt seinen Wunscheltern rechtlich zugeordnet. So wird auch an der Regelung von Art. 252 Abs. 1 ZGB («Das Kindesverhältnis entsteht zwischen dem Kind und der Mutter mit der Geburt») nicht gerüttelt. Dies entspricht auch der Handhabung im deutschen Recht: Die Abstammung entsteht qua Geburt, ohne Rückgriff auf das Adoptionsrecht.¹³⁵³

Sowohl die Embryonenspende wie auch die Fremdkindadoption zielen nicht auf eine Pluralisierung der Elternschaft ab, sondern die Wunscheltern treten an die Stelle der genetischen Eltern.¹³⁵⁴ Auch die Expert-inn-engruppe zum Reformbedarf im Abstammungsrecht empfiehlt in ihrem Bericht, am Zwei-Eltern-Prinzip der rechtlichen Elternschaft

¹³⁴⁹ COTTIER/CREVOISIER, SHK FMedG, N 42 zu Art. 27, m.w.V. auf Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 273.

¹³⁵⁰ Vgl. Ausführungen im 4. Teil, Kapitel B, Ziff. 3.5.1.

¹³⁵¹ Die Bewilligung zur Anwendung von Fortpflanzungsverfahren nach Art. 8 Abs. 1 lit. a FMedG trägt den Charakter einer Berufsausübungsbewilligung (JENNI, SHK FMedG, N 15 zu Art. 8). Weitere Ausführungen zur Bewilligung siehe JENNI, SHK FMedG, N 1 ff. zu Art. 8, 9, 10, 11, 12, 13 und 14 FMedG.

¹³⁵² Vgl. generell JUNGO et al., N 90; KUHN, S. 388; REINKE, S. 118.

¹³⁵³ Deutscher Ethikrat, S. 54; HÜBNER, S. 175 und S. 240 f.

¹³⁵⁴ SCHUMANN, S. 739.

grundsätzlich festzuhalten.¹³⁵⁵ Die Zuordnung zur Wunschelternfamilie muss dauerhaft sein; das Kindesverhältnis zu den Wunscheltern sollte, wie bei der Samenspende, auch bei einer Embryonenspende unveränderbar und auch dessen Anfechtung somit ausgeschlossen sein.¹³⁵⁶

Es ergeben sich dadurch erbrechtliche Folgefragen, die zu klären sein werden: Nach Art. 544 Abs. 1 ZGB ist das Kind vom Zeitpunkt der Empfängnis an erbfähig, sofern es lebend geboren wird. Kommt es nicht zu einer Lebendgeburt, wird der Nasciturus so gestellt, als sei er nie gezeugt worden.¹³⁵⁷ Wenn dem Embryo in vitro bedingte Rechtsfähigkeit nach Zivilrecht zugesprochen wird, so kann ein Embryo in vitro, dessen genetische Mutter vor dem Embryotransfer stirbt, sie theoretisch bereits beerben.¹³⁵⁸ Dies ist allerdings nur dann möglich, wenn Embryonen verstorbener Eltern zur Embryonenspende freigegeben werden dürfen. Werden die Embryonen zur Spende freigegeben, erlischt aber das bisherige zivilrechtliche Verhältnis zu den genetischen Eltern. Im Zeitpunkt der Geburt ist das Kind nicht mehr rechtliches Kind seiner genetischen Eltern, sondern der Wunscheltern. Eine Regelung de lege ferenda zum Umgang mit der Erbfolge bei einer Spendefreigabe nach dem Tod eines oder beider genetischen Elternteile ist jedoch wünschenswert.¹³⁵⁹

Manche US-Staaten haben mit Regelungen zu erbrechtlichen Fragen festgelegt, wie vorzugehen ist, wenn ein Kind aus einer Keimzellen- oder Embryonenspende geboren wird, der Spender oder die Spenderin allerdings bereits verstorben ist.¹³⁶⁰ Im deutschen Recht ist die Erbfähigkeit des Embryos in vitro noch nicht geklärt: So vertritt eine Auffassung, dass die Erzeugung des Embryos genüge, um im Falle einer Lebendgeburt die Erbfähigkeit nach § 1923 BGB zu erlangen. Eine andere Lehrmeinung hält jedoch fest, dass erst der Transfer des Embryos in einen Mutterleib über die Zuordnung zu einer Familie entscheide.¹³⁶¹

¹³⁵⁵ JUNGO et al., N 216. Für BÜCHLER/SCHMUCKI ist jedoch generell über die multiple Elternschaft und deren rechtlichen Rahmen nachzudenken (BÜCHLER/SCHMUCKI, S. 57). Siehe zu einer Kritik des Abstammungsrechts de lege lata und möglichen Reformvorschlägen BÜCHLER/SCHMUCKI, S. 4 f.; JUNGO et al., z.B. N 52, NEK, Samenspende, S. 29.

¹³⁵⁶ Vgl. auch JUNGO et al., N 173; SCHUMANN, S. 746. Eine solche Anfechtung ist auch in den Rechtsordnungen, welche die Embryonenspende zulassen, grundsätzlich nicht möglich (JUNGO et al., N 169).

¹³⁵⁷ Siehe auch BREITSCHMID et al., N 26 zu Kapitel 1 sowie N 11 zu Kapitel 5.

¹³⁵⁸ KÄLIN, S. 161; KARAVAS, Umstrittene Embryonen, S. 189. Siehe auch weitere Ausführungen bei KÄLIN, S. 157 ff.

¹³⁵⁹ Siehe weitere Ausführungen zur Erbberechtigung und bedingten Erbfähigkeit des Embryos und Nasciturus KÄLIN, S. 157 ff.; KOHLER-VAUDAUX, S. 233 ff.; SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro, Rz. 1872 ff.

¹³⁶⁰ ARONS, S. 31. In der Regel wird für die Erbberechtigung unter anderem verlangt, dass der Spender oder die Spenderin zu Lebzeiten gedachte, dem Kind ein Elternteil zu sein (ARONS, S. 31).

¹³⁶¹ Siehe Ausführungen bei CHOI, S. 99. Für eine Erbfähigkeit ab Zeugung z.B. ŞENTÜRK TUR, S. 26 f.

3.5. Ausgewählte weitere Einzelfragen

3.5.1. *Offene oder gerichtete Spende*

Für SAVIOZ-VIACCOZ ist, analog der Samenspende, ein Auswahlrecht der Embryonenspendepaare ausgeschlossen. Diese dürften lediglich entscheiden, ob sie ihren Embryo spenden möchten oder nicht. Sowohl Spende- als auch Wunscheltern sollen lediglich mit der Reproduktionsklinik in Kontakt stehen.¹³⁶² Allerdings sahen, im Gegensatz zum Samenspender, die Spendeeltern die Zeugung des Embryos ursprünglich für ihre eigene Familienplanung vor.¹³⁶³ Gerade bei der Embryonenspende ist es durchaus denkbar, dass die genetischen Eltern wissen möchten, was aus ihrem Embryo geworden ist.¹³⁶⁴ Eine neuseeländische Studie ergab, dass sich die Spendepaare für ihre Embryonen Eltern wünschten, die ihnen ähnlich waren oder zu welchen sie eine Beziehung aufbauen konnten. Gewisse Charaktereigenschaften waren den Spenderinnen und Spendern wichtig, um eine in ihren Augen «gute» Erziehung und Fürsorge leisten zu können. Das Wohlergehen des Kindes war für die Spendepaare denn auch ausschlaggebend für die Wahl der Empfängerpaares. Zudem wünschten sich die Spenderinnen und Spender, dass die Wunscheltern gewillt waren, Informationen über das Kind mitzuteilen. Die Spenderpaare wollten über den Auswahlprozess informiert werden und hatten den Anspruch, dass das Kind später Auskunft über seine genetische Herkunft erhält.¹³⁶⁵ Auch in einer US-Studie wurde nachgewiesen, dass es den genetischen Eltern wichtig war, zu wissen, zu wem die Embryonen gekommen sind, und sie später auch zumindest Informationen über das Aufwachsen der Kinder erhalten wollten.¹³⁶⁶ Der Deutsche Ethikrat befürwortet die Respektierung der Wünsche genetischer Eltern, um so der Primärbeziehung zwischen genetischen Eltern und Kind die entsprechende moralische Bedeutung beizumessen. Er empfiehlt, im Einzelfall zu prüfen, inwiefern den genetischen Eltern der Wunsch nach Informationen über das Kind erfüllt werden soll.¹³⁶⁷

In diesem Rahmen stellt sich weiter die Frage, ob eine Spende zugunsten eines bestimmten Paares zulässig sein sollte. So zeigen Studien auf, dass bei einigen Spendeeltern der Wunsch nach Interaktion mit den Empfängereltern besteht, weswegen die entsprechenden Studienautoren die Implementierung offener und/oder gerichteter Embryonenspenden vorschlagen.¹³⁶⁸ Auch wünschen einige Paare, Informationen über die Empfängerfamilien zu erhalten, so über deren Berufe, Religionszugehörigkeit, Gesundheit, sexuelle Orientierung und mögliche strafrechtliche Verurteilungen.¹³⁶⁹ BÜCHLER befürwortet in Bezug auf die Eizellenspende die Zulässigkeit einer Spende zugunsten einer bestimmten Person: Wenn es um eine Spende innerhalb einer Familie gehe, könne so auch die «gene-

¹³⁶² SAVIOZ-VIACCOZ, L'embryon in vitro, Rz. 1071 ff.

¹³⁶³ HÜBNER, S. 162 f.

¹³⁶⁴ HÜBNER, S. 135.

¹³⁶⁵ GOEDEKE/DANIELS, S. 132 ff.

¹³⁶⁶ FRITH et al., S. 3336.

¹³⁶⁷ Deutscher Ethikrat, S. 105 f. und S. 124.

¹³⁶⁸ FUSCALDO, S. 166; FUSCALDO/RUSSELL/GILLAM, S. 3137.

¹³⁶⁹ FUSCALDO/RUSSELL/GILLAM, S. 3134 f.

tische Integration» sichergestellt werden. Allerdings berge dies auch Konfliktpotenzial.¹³⁷⁰ Auch die NEK sieht gute Gründe, die gerichtete Eizellenspende – z.B. innerhalb der Familie oder dem Bekanntenkreis – zuzulassen, allerdings ist den daraus entstehenden besonderen Verletzlichkeiten der Spenderin besondere Aufmerksamkeit zu schenken.¹³⁷¹ Die NEK zeigt aber auch mögliche Konflikte solcher gerichteten Spenden auf: So könne die Rolle der Spendenden gegenüber dem Kind unklar sein, wenn diese aus demselben familiären Umfeld oder aus dem Bekanntenkreis stammten. Zudem könne Druck auf die Spenderinnen und Spender zur Spendebereitschaft ausgeübt werden, insbesondere im engeren Familienkreis. Auch könnten Spenderinnen und Spender Gegenleistungen fordern.¹³⁷² Die Möglichkeit einer gerichteten Spende ist in einem Gesetzgebungsprozess zu prüfen, wobei diese eher mit Zurückhaltung gewährt werden sollte. Dem Wunsch der Spendeeltern nach Informationen über das Kind, das aus ihrem Embryo entstanden ist, könnte auch ohne gerichtete Spende entsprochen werden. Es ist zu prüfen, inwieweit dies mit möglichst wenig Konfliktpotenzial umzusetzen ist. De lege ferenda könnte eine Wahl der Spendeeltern zwischen offener und Blanko-/Inkognito-Adoption analog der Fremdkindadoption eine Lösung sein.¹³⁷³

3.5.2. *Information über die Spendemöglichkeit*

In Deutschland haben sich mehrere reproduktionsmedizinische Kliniken zum «Netzwerk Embryonenspende»¹³⁷⁴ zusammengeschlossen. Dessen Ziel ist die Vermittlung überzähliger Embryonen an ungewollt kinderlose Paare. Wenn IVF-Paare die Kryokonservierungsverträge in einem dieser Kliniken kündigen, werden sie vom Netzwerk Embryonenspende auf die Möglichkeit der Spende ihrer überzähligen Embryonen hingewiesen.¹³⁷⁵

Studien zeigen, dass sich genetische Eltern auch deswegen gegen die Freigabe ihrer Embryonen zur Embryonenspende entscheiden, weil sie die genetische Verbindung als sehr gewichtig empfinden. FUSCALDO schlägt hier die Einrichtung von Aufklärungsprogrammen vor, welche IVF-Paare dazu anregen sollen, über ihre Überzeugungen hinsichtlich der Bedeutung der genetischen Verwandtschaft nachzudenken.¹³⁷⁶ Umfragen zeigen auch, dass genetische Eltern das Gefühl hätten, mit der Freigabe zur Embryonenspende ihre elterlichen Pflichten aufzugeben oder sogar ihrem Kind zu schaden.¹³⁷⁷ Der Entscheidungsprozess zwischen Vernichtung, Spende an die Forschung und Spende zu Fortpflanzungszwecken wird von vielen IVF-Paaren als schwierig und emotional beschrieben.¹³⁷⁸

¹³⁷⁰ BÜCHLER, Eizellenspende, S. 37.

¹³⁷¹ NEK, Eizellenspende, S. 23 f.

¹³⁷² NEK, Samenspende, S. 24. Zu den Herausforderungen bei innerfamiliären gerichteten Spenden siehe auch VAYENA/GOLOMBOK, passim.

¹³⁷³ Vgl. dazu 3. Teil, Kapitel D, Ziff. 5.5.

¹³⁷⁴ Siehe <<https://netzwerk-embryonenspende.de>> (besucht am 19. Mai 2024).

¹³⁷⁵ Deutscher Ethikrat, S. 11 und S. 18.

¹³⁷⁶ FUSCALDO, S. 164 (vorliegend handelt es sich um eine Studie aus Australien).

¹³⁷⁷ FUSCALDO, S. 165.

¹³⁷⁸ FUSCALDO/RUSSELL/GILLAM, S. 3129.

Studien zeigen sehr unterschiedliche Beziehungen der Paare zu ihren überzähligen Embryonen auf.¹³⁷⁹ Viele IVF-Paare geben an, dass ein aus einem gespendeten Embryo geborenes Kind trotzdem noch ihr Kind wäre.¹³⁸⁰

Vorgeschlagen wird in diesem Kontext auch eine verstärkte zielgruppenorientierte Information, die Implementierung von Diskussionsgruppen und Möglichkeiten zum Austausch mit anderen mit dem Ziel, dass Spendeeltern, Wunscheltern und aus Embryonenspenden entstandene Kinder ihre Erfahrungen teilen können.¹³⁸¹ Beratungsgespräche und psychologische Unterstützung könnten nicht nur im Vorfeld der fortpflanzungsmedizinischen Behandlung, sondern auch nach der Geburt des durch die Embryonenspende entstandenen Kindes angeboten werden. So könnte auch die Aufklärung des Kindes über seine Abstammung gegebenenfalls erleichtert werden.¹³⁸² Solche umfassenden Informations- und Austauschmöglichkeiten sowie Beratung und Unterstützung scheinen eine sehr gute Möglichkeit zu sein, um die Embryonenspende als weitere Verwendungsoption bekannt zu machen und zu institutionalisieren. Dies könnte betroffenen IVF-Paaren helfen, fundierte Entscheidungen über ihre Möglichkeiten im Umgang mit ihren überzähligen Embryonen zu treffen. Zu beachten ist dabei, dass kein Druck auf die Paare ausgeübt werden darf – ihre Reproduktionsfreiheit ist in jedem Schritt zu wahren. Die potenziellen Spendeeltern sollen also neutral und ergebnisoffen über die verschiedenen Möglichkeiten zur Verwendung ihrer überzähligen Embryonen aufgeklärt werden. Die Implementierung solcher Prozesse könnte auch dazu beitragen, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Embryonenspende zu stärken. Künftig könnten Embryonenspenden dadurch möglicherweise auch nicht mehr als Randerscheinung, sondern als weitere legitime Option im Umgang mit überzähligen Embryonen betrachtet werden.

3.5.3. *Zur Einwilligung der Spendeeltern*

Für ärztliche Behandlungen gilt das Informed-Consent-Prinzip, d.h., die Patientin oder der Patient müssen über alle notwendigen Informationen verfügen, um eine selbstbestimmte Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung geben zu können.¹³⁸³ Dieses Prinzip gilt somit auch in der Fortpflanzungsmedizin, da auch dabei ärztliche Eingriffe – bei der Embryonenspende im Mindesten eine Hormonbehandlung der empfangenden Frau und ein anschließender Embryotransfer – durchgeführt werden. Der Arzt resp. die Ärztin muss das Kinderwunschpaar über die ganze Tragweite seines Entschlusses aufklären,¹³⁸⁴ und den

¹³⁷⁹ FUSCALDO/RUSSELL/GILLAM, S. 3132 ff.; ähnlich für die USA FRITH et al., S. 3327 ff.

¹³⁸⁰ FUSCALDO/RUSSELL/GILLAM, S. 3134.

¹³⁸¹ FUSCALDO/RUSSELL/GILLAM, S. 3137.

¹³⁸² SCHUMANN, S. 740.

¹³⁸³ BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 267. Vgl. zum Informed Consent auch BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, Rz. 78 zu Kapitel 2; BÜCHLER/SCHLATTER, S. 40. Zum Informed Consent in der Reproduktionsmedizin siehe auch BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 267 f.; HOTZ, Informed Consent, S. 32. Zur Einwilligung in die Samenspende als höchstpersönliches Recht siehe FANKHAUSER/VIONNET, S. 152.

¹³⁸⁴ BÜCHLER/CLAUSEN, Kindeswohl, S. 268.

Spendeeltern muss bewusst sein, dass «ihr» genetisches Kind bei einer anderen Familie aufwachsen wird und sie keine rechtlichen Möglichkeiten der Einflussnahme oder Kontaktaufnahme haben (mit Ausnahme allfälliger Möglichkeiten offener oder gerichteter Spenden). Spendeeltern müssen zudem wissen, dass das Kind ein Recht auf Kenntnis seiner Abstammung hat. Durch eine explizite Zustimmung in Schriftform kann sichergestellt werden, dass die genetischen Eltern sich endgültig gegen einen Transfer des betreffenden Embryos resp. der betreffenden Embryonen entschieden haben und es sich somit tatsächlich um einen oder mehrere überzählige Embryonen handelt.¹³⁸⁵

Wichtig zu betonen ist die Zustimmung beider Elternteile zur Spendeabgabe. Sind sich die Spendeeltern uneinig, sollten die Embryonen analog den Bestimmungen de lege lata sofort vernichtet werden (vgl. Art. 16 Abs. 4 FMedG). Andernfalls könnten Situationen wie in den USA entstehen: Dort kommt es gelegentlich zu «Sorgerechtsstreitigkeiten» um kryokonservierte Embryonen – sei es, weil der eine Partner nach der Trennung die Embryonen austragen (lassen) und Elternteil der daraus geborenen Kinder werden möchte, oder sei es, weil einer der Partner die Embryonen spenden möchte. Generelle Regeln, wie mit Embryonen in solchen «Embryo Disposition Disputes» umzugehen ist, fehlen in den USA.¹³⁸⁶ Dortige Fertilitätskliniken fragen in der Regel zu Beginn der IVF-Behandlung, welchen Umgang die Paare mit den kryokonservierten Embryonen wünschen, sollte sich das Paar trennen oder sterben.¹³⁸⁷ Nichtsdestotrotz tun sich Gerichte schwer damit, bei einem solchen Sorgerechtsstreit zu entscheiden, da es oft das «right to procreate» des einen Partners mit dem «right not to procreate» des anderen Partners abzuwägen gilt. Das Vorhandensein von schriftlichen Einwilligungen für die Verwendung der Embryonen zu Beginn einer IVF-Behandlung genügt vielen Gerichten nicht, um Jahre später diesen Vorgaben bedingungslos folgen zu können.¹³⁸⁸ Manchmal wägen die Gerichte die Interessen dahingehend ab, ob die Austragung des Embryos für den einen der beiden Ex-Partner die letzte Chance wäre, ein eigenes Kind zu haben (wobei zu beachten ist, dass in einigen US-Staaten die Leihmutterchaft zulässig ist).¹³⁸⁹

¹³⁸⁵ Botschaft FMedG, BBl 1996 III S. 259; LEHMANN, S. 159. Für sogar eine notarielle Beglaubigung im deutschen Recht siehe HÜBNER, S. 219 (a.M. DORNECK, S. 334).

¹³⁸⁶ COHEN/ADASHI, S. 16; vgl. auch COHEN, Religion, S. 368 ff.

¹³⁸⁷ COHEN/ADASHI, S. 13; JOHNSON, S. 858.

¹³⁸⁸ ARONS, S. 16 f.; COHEN/ADASHI, S. 13. Vgl. auch RÜETSCHI, S. 80.

¹³⁸⁹ COHEN/ADASHI, S. 15; RÜETSCHI, S. 72. Der berühmteste Fall diesbezüglich ist *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992) (Ausführungen dazu bei ARONS, S. 16; KARAVAS, Körperverfassungsrecht, S. 91 f.). Eine Übersicht über die Urteile oberster Gerichte der einzelnen US-Bundesstaaten in diesem Bereich aus den Jahren 1992 bis 2016 findet sich bei COHEN/ADASHI, S. 14. Vgl. auch SAVIOZ-VIACCOZ, *L'embryon in vitro*, Rz. 1762 ff., für weitere Ausführungen zu US-amerikanischen Gerichtsentscheidungen.

C. **Schlusswort**

Wie mit den Überlegungen zur Embryonenspende de lege ferenda nochmals deutlich geworden ist, ist die Zulassung der Embryonenspende unter Beachtung der vom Verfassungs- und Gesetzgeber vorgebrachten Bedenken möglich, soweit diese in der vorliegenden Untersuchung als legitim eingestuft wurden.

Im Fall S.H. and Others v. Austria wies der EGMR darauf hin, dass die Mitgliedstaaten ihr Fortpflanzungsmedizinrecht regelmässig überprüfen und gegebenenfalls anpassen müssen, da das Gebiet der Reproduktionsmedizin dynamisch ist und stets wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen unterliegt.¹³⁹⁰ Gesellschaftliche Ansichten können sich im Laufe der Zeit ändern: So ist in der Schweiz seit 2017 die Präimplantationsdiagnostik erlaubt und 2021 wurde hierzulande die «Ehe für alle» mit der Möglichkeit der Samenspende für verheiratete Frauenpaare zugelassen. Zudem gewinnen die Intention der Elternschaft und die sozial gelebte Eltern-Kind-Beziehung gegenüber der biologischen und genetischen Abstammung im Rahmen der Fortpflanzungsmedizin immer mehr an Bedeutung.¹³⁹¹ Im Zuge der raschen Veränderungen in den technologischen und gesellschaftlichen Kontexten im Bereich der Fortpflanzungsmedizin muss, wie vom EGMR ausgeführt, das geltende Fortpflanzungsmedizinrecht laufend auf den Prüfstand gestellt werden. Die bei Erlass des Embryonenspendeverbots vorgenommenen Verbotsbegründungen sind also immer wieder auf ihre Angemessenheit und gesellschaftliche Konsensfähigkeit zu überprüfen.¹³⁹² Diese Überprüfung wurde – insbesondere im Lichte der Verfassungs- und Gesetzesrevision mit der dadurch geschaffenen Zwölferregel – in der vorliegenden Untersuchung vorgenommen und die Verhältnismässigkeit der weiteren Aufrechterhaltung des Embryonenspendeverbots verneint.

Die Entstehung überzähliger Embryonen ist unvermeidbar, wenn eine wettbewerbsfähige und erfolgversprechende IVF angeboten werden soll. Die Embryonenspende ist die einzige Chance für überzählige Embryonen, zum geborenen Kind zu werden. Zudem ist die Embryonenspende neben der kombinierten Eizellen- und Samenspende die einzige Möglichkeit für doppelt-unfruchtbare Paare, zumindest teilweise eigene biologische Kinder zu bekommen. In diesem Zusammenhang ist es wichtig, nicht nur an ethisch-abstrakte Verbotsbegründungen zu denken, sondern auch die Rechte und Wünsche von Wünscheltern zu respektieren.¹³⁹³ Die Embryonenspende bietet eine legitime Möglichkeit, um mit der

¹³⁹⁰ Urteil des EGMR S.H. and Others v. Austria vom 3. November 2011, Nr. 57813/00 [GC], § 117 f.; RÜTSCHÉ/ZEGG, SHK FMedG, N 102 zu Quellen und Entwicklungsgeschichte des Fortpflanzungsmedizinrechts.

¹³⁹¹ BÜCHLER, Abstammungsrecht, S. 469; BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, S. 72 f.; vgl. auch JUNGO et al., N 99 ff.

¹³⁹² FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 1; vgl. auch RÜTSCHÉ, Art. 119, S. 197 f.

¹³⁹³ So der damalige Ständerat Gautier: «Il n'y a pas de droit à l'enfant, [...] mais il y a un droit à désirer des enfants. [...] Je vous demande donc de [...] penser, non seulement à la protection

Entstehung überzähliger Embryonen als Herausforderung der modernen IVF umzugehen und ermöglicht gleichzeitig unfruchtbaren Paaren die Hoffnung auf Verwirklichung ihres Kinderwunsches.

éthique des embryons, mais aussi à celle des femmes et des couples» (AB 1991 S 455 [Votum Gautier]).

Im Rahmen der In-vitro-Fertilisation (IVF) werden üblicherweise mehrere Embryonen erzeugt, von denen ein bis zwei zur Herbeiführung einer Schwangerschaft in die Gebärmutter transferiert werden. Nicht sofort transferierte Embryonen können für spätere Versuche konserviert werden. Nach abgeschlossener Kinderwunschbehandlung sind möglicherweise noch konservierte Embryonen vorhanden, welche das Kinderwunschpaar nicht mehr verwenden kann oder will. In der Schweiz müssen diese «überzähligen Embryonen» vernichtet werden. Die Embryonenspende, also die Spende überzähliger Embryonen zu Fortpflanzungszwecken an andere Kinderwunschpaare, ist nach Art. 119 Abs. 2 lit. d BV und Art. 4 FMedG unzulässig. Das vorliegende Werk untersucht, weshalb die Embryonenspende verboten ist und ob insbesondere im Lichte der neuen Entstehungsmöglichkeiten überzähliger Embryonen («Zwölferregel») dieses Verbot reformiert oder sogar gänzlich aufgehoben werden muss.

ISBN 978-3-7190-4894-5

