

recht

1/14

www.recht.recht.ch

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

32. Jahrgang

Inhalt

Abhandlungen

- 1 *Urs Egli*
Die Bedeutung des Kartellrechts in der Vertragspraxis
(1. Teil)
- 16 *Claudia M. Mordasini-Rohner*
Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime in familienrechtlichen Verfahren
- 27 *Sandra Hotz*
Zwischen Informed Consent und Verbot: Wertungswidersprüche in der Reproduktionsmedizin?
Von verbotener Leihmutterschaft und Eizellenspende über die Samenspende bis hin zu pränatalen Gentests
- 37 *Martina Caroni*
Inländerdiskriminierung am Beispiel des Familiennachzuges



Impressum

Schriftleitung: lic. iur. Thomas Schneider

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1
Postfach 5662, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 62 15, Fax 031 300 66 88
E-Mail: Redaktion@recht.ch

www.recht.recht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach 5662, 3001 Bern, zu richten.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift «recht» vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.

Die Zeitschrift erscheint sechsmal jährlich, im Februar, April, Juni, August, Oktober, Dezember.

Abonnementspreise 2014

AboPlus

(Zeitschrift + Onlinezugang)

Schweiz: Normalpreis CHF 175.50,
für immatrikulierte Studenten CHF 143.–

Ausland: CHF 185.–

Onlineabo: CHF 137.–

Einzelheft: CHF 22.–

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Onlineangebote 8% MWSt.

Abonnemente:

Tel. 031 300 63 43, Fax 031 300 63 90,
abonnemente@staempfli.com

Inserate:

Tel. 031 300 63 82, Fax: 031 300 63 90,
inserate@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2013

Gesamtherstellung: Stämpfli Publikationen AG, Bern

Printed in Switzerland, ISSN 0253-9810

Herausgeber und Redaktion

Privatrecht

WOLFGANG ERNST

Professor für Römisches Recht und Privatrecht, Universität Zürich

ROLAND FANKHAUSER

Professor für Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Universität Basel

PETER JUNG

Professor für Privatrecht, Universität Basel

CHRISTOPH MÜLLER

Professor für Vertragsrecht, Privatrechtsvergleichung und Europäisches Privatrecht, Universität Neuenburg

ALEXANDRA RUMO-JUNGO

Professorin für Zivilrecht, Universität Freiburg

Wirtschaftsrecht

PETER JUNG

Professor für Privatrecht, Universität Basel

PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung, Universität Bern

ROGER ZÄCH

Professor em. für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht, Universität Zürich

Strafrecht

FELIX BOMMER

Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht, Universität Luzern

SABINE GLESS

Ordinaria für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Basel

Öffentliches Recht

MARTINA CARONI

Ordinaria für öffentliches Recht, Völkerrecht und Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, Universität Luzern

BERNHARD RÜTSCHÉ

Ordinarius für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Universität Luzern

DANIELA THURNHERR

Professorin für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht und öffentliches Prozessrecht, Universität Basel

Sandra Hotz

Zwischen Informed Consent und Verbot: Wertungswidersprüche in der Reproduktionsmedizin?

Von verbotener Leihmutterschaft und Eizellenspende über die Samenspende bis hin zu pränatalen Gentests

Die Leihmutterschaft einer Grossmutter für ihre künftige Enkelin, die zu einem gesunden Kind führen kann, ist verboten. Ein pränataler Gentest, der eine Krankheit der Enkelin zu diagnostizieren vermag und eine Abtreibung mit sich bringt, entspricht hingegen den rechtlichen Vorschriften. Neu soll eine hereditäre Krankheit auch in der Präimplantationsdiagnostik erkannt werden dürfen.

Bei zunehmender Offenheit und Globalisierung für reproduktive Praktiken lautet der Anspruch ans Recht: minimale Wertekongruenz zu erstellen und juristisch flexible Lösungen zu schaffen.

Inhaltsübersicht

- A. Kinderwunsch und Wunschkind als laufende rechtliche und ethische Herausforderungen
 - I. Rechtliche und ethische Herausforderungen
 - II. Zum geltenden Recht, zum Sprachgebrauch und zu den Fragestellungen
 - III. Einige Zahlen
- B. Aktuelle Tendenzen in der schweizerischen Gesetzgebung
 - I. Änderungen in der Präimplantationsdiagnostik (PID)
 - II. Änderung bei der Eizellenspende?
 - III. Keine Änderungen bei der Leihmutterschaft
- C. Rechtliche Diskussion
 - I. Fortpflanzungsfreiheit
 - II. Zwischen *Informed Consent* und Verbot
 - III. Rechtliche Würdigung
- D. Schlussfolgerungen

A. Kinderwunsch und Wunschkind als laufende rechtliche und ethische Herausforderungen

I. Rechtliche und ethische Herausforderungen

Im international viel beachteten Fall von Manji Yamada wünschte sich ein japanisches Paar ein Kind und veranlasste zu diesem Zweck Ende 2007 in Gujarat im Nordwesten von Indien eine künstliche Befruchtung zwischen einer Eizelle einer anonymen Spenderin und den Spermien des japanischen Mannes.¹ Daraufhin vermittelte die dortige

Fertilitätsklinik einen Vertrag zwischen einer indischen Leihmutter und dem japanischen Paar. Als Manji Ende Juli 2008 in Indien zur Welt kam, hatten sich ihre japanischen «Eltern» bereits getrennt und liessen sich danach scheiden. Die japanische Exgattin von Manjis Vater interessierte sich nicht mehr für das Kind. In der Folge war unklar, wer rechtlich die Mutter von Manji sei, die Eizellenspenderin, die Leihmutter oder die Exgattin ihres «Vaters» oder gar die Amme, die sie stillte? Weiter war unklar, welche Nationalität Manji habe. Nach japanischem Zivilrecht ist, wie auch nach dem schweizerischen, grundsätzlich die leibliche Mutter die rechtliche. Es gilt der Rechtsgrundsatz «mater semper certa est».² Nach indischem Recht ist ein Mann nicht befugt, eine Einzeladoption zu beantragen. Dies obschon er der biologische Vater war. Manji war also infolge der modernen Reproduktionsmedizin rechtlich elternlos geworden. Der biologische Vater musste u. a. aus Visagründen zurück nach Japan reisen, sodass Manjis japanische Grossmutter, Emiko Yamada, sich in der Folge um sie sorgte. Die Grossmutter war es auch, die um das Recht focht, mit Manji aus Indien aus- bzw. in Japan einzureisen. Das höchste indische Gericht ermöglichte dies schliesslich ein Jahr später.³ – Obschon dieser Fall auch in Indien hohe Wellen warf,

Dr. iur. Sandra Hotz, Oberassistentin am Institut für Familienforschung, Universität Freiburg i. Ü., und Assoziierte des Collegium Helveticum, ETH/UZH.

¹ In Japan ist die Leihmutterschaft nicht gesetzlich verboten. Der nationale Wissenschaftsrat (2008) und die japanische Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (2003) haben jedoch Leitlinien publiziert, die von der Leihmutterschaft abraten. Ein Leihmutterchaftsvertrag wäre demnach zumindest sittenwidrig nach dem japanischen Zivilgesetzbuch (Art. 90 *Minpō*), vgl. Urteil des höchsten

Gerichtes von Japan vom 23. Juli 2007 (*Minshū* Vol. 61 Nr. 2); *Sa-toko Tatsu*, [Streitpunkte und Entwürfe zu einem Bioethikgesetz] *Semei rinri hō rongi no sōten to sahō*, *Juristo* Nr. 1359 (2008), 58 ff.

² Art. 252 Abs. 1 ZGB; Art. 772 *Minpō* geht unausgesprochen von diesem Grundsatz aus, da nur das Kindesverhältnis zum Vater in der Ehe geregelt wird.

³ Urteil vom 29. September 2008 des Supreme Court of India, *Baby Manji Yamada vs Union India & Anr. Writ (Petition) No. 369 of 2008*, abrufbar unter <http://judis.nic.in/supremecourt/imgs.aspx>, besucht am 3. Dezember 2013; vgl. *France Winddance Twine*, *Outsourcing the Womb: Race, Class and Gestational Surrogacy in a Global Market*, Routledge 2011, 45 ff.; *Kari Points*, *Commercial Surrogacy and Fertility Tourism in India, The Case of Baby Manji*, in: *Case Studies in Ethics*, Kenan Institute for Ethics, Duke University.

gibt es bis dato kein indisches Gesetz, das die Leihmutterchaft regelt.⁴ – Das spiegelt wohl die ökonomisch-politische Realität dieses Landes.

Die fortschreitende Technisierung in der Fortpflanzung stellt die Gesellschaft⁵ – auch in der Schweiz – laufend vor neue rechtliche und ethische Herausforderungen bezüglich der Frage, wie mit dem unerfüllten Kinderwunsch bzw. mit dem ersehnten Wunschkind umgegangen werden soll: Mittels neuer, nicht invasiver pränataler Gentests, der Präimplantationsdiagnostik (PID) und einer gezielten «Fortpflanzungsprophylaxe»⁶ lässt sich das Wunschkind heute zunehmend besser bestimmen und die Erfüllung des Kinderwunsches zeitlich besser planen: Weibliche Eizellen lassen sich problemlos einfrieren und Jahre danach ohne Schaden wieder auftauen. Der Kinderwunsch lässt sich auch auf Dritte übertragen, insbesondere dadurch, dass eine dritte Person die befruchtete Eizelle austrägt, d.h. durch die sog. Leihmutterchaft. Ferner besteht die Möglichkeit, durch Transfer von Eierstockgewebe, Samen- oder Eizellen Dritte zu involvieren. – Wer diese laufende Technisierung der Fortpflanzung nicht einfach dem globalen Markt überlassen will, muss rechtliche Entscheidungen treffen. – Doch welche?

Zwar stellen der Kinderwunsch und dessen Realisierung in der Schweiz zweifellos ein Verfassungs- und ein Persönlichkeitsrecht dar (vgl. nachfolgend Lit. C.I.); doch fragt es sich, wie weit dieses Recht gehen soll. Welche Techniken sollen in welchem Rahmen zugelassen sein und welche nicht? Und wie viel Einfluss auf das werdende Kind sollen (welche) Eltern nehmen dürfen? Wie soll ihr Einfluss beschränkt werden? Dürfen Drittpersonen zum Austragen des Kindes eingesetzt werden oder nicht? Wenn ja, wie sind diese Drittpersonen zu schützen? Wenn nein, wie sind Drittpersonen in einem anderen Land zu schützen, wenn die geltenden nationalen Regeln umgangen werden? Und wie ist das einmal geborene Kind angemessen zu schützen?

II. Zum geltenden Recht, zum Sprachgebrauch und zu den Fragestellungen

Das geltende schweizerische Recht verbietet die Praktiken der Leihmutterchaft und die Eizellenspende (Art. 119 BV, Art. 4, 31 FMedG⁷). Die Samenspende ist erlaubt, sofern sie unentgeltlich ist (Art. 21 FMedG), bloss unter Ehepaaren zum Einsatz kommt (Art. 3 Abs. 3 FMedG) und die gesetzlichen Vorschriften zum *Informed Consent* eingehalten werden (Art. 18 ff. FMedG). Ferner gestattet das schweizerische Recht innerhalb der Schranke einer Diagnose zu Gesundheitszwecken und unter Befolgung der Vorschriften zum *Informed Consent* pränatale genetische Tests zur Abklärung möglicher Gendefekte des Embryos (Art. 119 BV, Art. 5, 12, 16 GMUG⁸); hingegen sind pränatale Gentests im Rahmen der künstlichen Fortpflanzung nicht zugelassen (Art. 5 Abs. 3 FMedG). Letzteres soll jedoch in näherer Zukunft erklärermassen geändert werden. Im künftigen schweizerischen Recht ist vorgesehen, dass die Präimplantationsdiagnostik (PID) neu beschränkt zugelassen wird (vgl. nachfolgend Lit. B.I).

Dieser Beitrag nimmt die vorgesehene Gesetzesänderung sowie die dadurch entfachte Diskussion um die Zulassung der Eizellenspende sowie einen aktuellen Bericht des Bundesrates zur Situation der Leihmutterchaft vom 29. November 2013 (vgl. Lit. B) zum Anlass, die unterschiedlichen Praktiken der Reproduktionsmedizin zu erörtern: 1.) die verbotene Leihmutterchaft, 2.) die verbotene Eizellenspende, 3.) die zugelassene Samenspende und 4.) die nicht zugelassenen pränatalen Gentests im Rahmen der PID. Der Begriff der Reproduktionsmedizin umfasst nach dem Gesetz nur Praktiken der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, die zur Herbeiführung einer künstlichen Schwangerschaft führen (Art. 2 lit. a FMedG).⁹ Nicht erfasst von diesem gesetzlichen Sprachgebrauch sind die Diagnose mit pränatalen Gentests während einer «natürlichen» Schwangerschaft (PND) und die Transplantation von Eierstockge-

⁴ Die im Nachgang entworfene *Artificial Reproduction Technology Bill* hat es einerseits noch nicht bis ins Parlament geschafft. Andererseits existieren nationale *Guidelines* zur Akkreditierung von Fertilitätskliniken, und das indische Ministerium hat im Jahr 2013 Weisungen für eine Visumpflicht erlassen. Vgl. Bericht zur Leihmutterchaft, Bericht des Bundesrates vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulats 12.3917 von Nationalrätin Jacqueline Fehr (fortan Bericht zur Leihmutterchaft), 11f., 14f.

⁵ Schon *Dagmar Coester-Waltjen*, Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages Berlin 1986 (München 1986), 45 ff.

⁶ Mit dem Stichwort Prophylaxe wird Gutes suggeriert wie z. B. Gesundheit, Gleichstellung und Wirtschaftlichkeit (*Die Zeit* vom 18. 7. 2013).

⁷ Bundesgesetz über die Fortpflanzungsmedizin vom 18. Dezember 1998, SR 810.11.

⁸ Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004 über genetische Untersuchungen beim Menschen, in Kraft seit dem Jahr 2007, SR 810.12: Die absichtliche *genetische Ermittlung von Eigenschaften, die keinen Konnex mit der Gesundheit des Embryos oder des Fötus haben*, wie beispielsweise die Haut- oder Haarfarbe, ist verboten (Art. 12).

⁹ Die Terminologie folgt im Übrigen dem FMedG: Unter *Leihmutterchaft* (Art. 2 lit. k FMedG) versteht man etwa ein Vorgehen, bei dem «eine Frau [...] bereit ist, durch ein Fortpflanzungsverfahren ein Kind zu empfangen, es auszutragen und nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen», s. a. *Birgit Christensen*, Schwangerschaft als Dienstleistung – Kind als Ware? Eine rechtliche Annäherung an das komplexe Phänomen der sogenannten Leihmutterchaft, *hill Zeitschrift für Recht und Gesundheit* 2013, Nr. 86.

webe, die ebenfalls der Fortpflanzung dienen und in diesem Beitrag deshalb in die Diskussion mit einbezogen werden sollen.

Die theoretischen, ethisch-philosophischen Standpunkte zur Reproduktionsmedizin werden kontrovers diskutiert, was sich auch in den Diskussionen um die Zulassung der Präimplantationsdiagnostik (PID) spiegelt.¹⁰ Bis anhin mussten diesbezüglich bereits Entscheidungen getroffen werden. Dabei wurde sehr sorgfältig vorgegangen – wie die im Juni 2013 erlassene Botschaft des Bundesrates zur partiellen Zulassung der Präimplantationsdiagnostik (PID), zur Änderung der Bundesverfassung (BV) und des Fortpflanzungsmedizinergesetzes (FMedG) zeigt (fortan Botschaft E-FemG).¹¹ Weitere Entscheidungen in diesem Kontext stehen noch bevor.

Wie sich die unterschiedlichen Praktiken oder Phänomene der Reproduktionsmedizin ethisch zueinander verhalten bzw. voneinander abgrenzen lassen, ist bisher dagegen weniger thematisiert worden:

Müssten im Grundsatz nicht all jene Praktiken, die zur Erfüllung eines Kinderwunsches führen, zulässig sein, jedoch all jene Praktiken, die ein selektiertes Wunschkind ins Auge fassen sollen, verboten sein?

In diesem Kontext stellt sich die Frage, wie es in Einklang zu bringen ist, dass die Eizellenspende und die Leihmutterchaft zum Schutz des Kindes und zur Vermeidung einer Instrumentalisierung des Menschen verboten sind, gleichzeitig jedoch pränatale Diagnosemethoden gelockert werden sollen. Ein in der Form einer Frage häufig vorgebrachtes Argument zugunsten der fortschreitenden Technisierung in der allgemeinen pränatalen Diag-

nose (PND) lautet: Soll die vom Kinderwunsch erfüllte Person ein behindertes Kind haben müssen? Im Urteil des EGMR vom 28. August 2012 wurde gegen den Staat Italien Folgendes entschieden: Einer Person, die um eine in der Familie vorhandene genetische Krankheit weiss, soll keine Abtreibung mehr zugemutet werden, um zu verhindern, dass ein (weiteres) Kind mit dem gleichen Gendefekt geboren werden könnte. Die Betroffenen mussten vielmehr zu einer Präimplantationsdiagnostik (PID) zugelassen werden.¹²

Ferner fragt es sich: Ist es sinnvoll, die Eizellenspende zum Schutz vor der Instrumentalisierung und/oder zur Verhinderung des Auseinanderfallens der rechtlichen und der genetisch-biologischen Mutterrolle zu verbieten, die unentgeltliche Samenspende dagegen nicht?¹³ Bewirkt ein Transfer von Eierstockgewebe zum Aufbau von Ovarien letztlich nicht das Gleiche wie der Transfer einer Eizelle?

Ist es sinnvoll, die Eizellenspende und die Leihmutterchaft in der Schweiz zu verbieten, während der Fortpflanzungstourismus für Eizellen und Leihmütter ausserhalb unseres Landes gedeiht? Ein häufig vorgebrachtes Argument lautet, aus blosser Faktizität sei noch keineswegs auf Normativität zu schliessen. Das stimmt, es fragt sich bloss auf wessen Kosten das geht.

III. Einige Zahlen

Gynäkologinnen und Gynäkologen in der Schweiz sind in der Praxis mit den sich laufend wandelnden technisch realisierbaren Kinderwünschen und Diagnosemethoden, die zum Wunschkind führen sollen, real konfrontiert:

Zunächst ist es eine Realität, dass Frauen in der Schweiz durchschnittlich immer älter sind, wenn sie Mütter werden: Im Jahr 2012 war fast ein Drittel der gebärenden Frauen über 35 Jahre alt. Dabei gilt heute jede Schwangerschaft ab 35 Jahren als sog. Risikoschwangerschaft. Deshalb wird diesen Schwangeren u. a. nahegelegt, sich einem einfachen, nicht invasiven pränatalen Gentest zu unterziehen, der es ermöglicht, eine Trisomie 21 (13, 18) zu erkennen. Zu den Fragen, wie viele Frauen in der Schweiz während ihrer Schwangerschaft bis heute einen solchen Test durchführen liessen und mit welchen Resultaten bzw. warum genau sie sich für oder gegen einen derartigen Test entschie-

¹⁰ Vgl. Übersichten über die ethisch-philosophischen Argumente bei *Michael J. Sandel*, *The Case against Perfection. Ethics in the Age of Genetic Engineering*, Harvard University Press 2007, 63–83 ff.; *Paul R. Brezina, Yulian Zhao*, *The Ethical, Legal, and Social Issues Impacted by Modern Assisted Reproductive Technologies*, *Obstet Gynecol. Int.* 2012; 2012: 686253, und die Botschaft zu E-FMedG, 28 ff.; zur PID/PND: *Markus Zimmermann-Acklin*, *Sollte die Präimplantationsdiagnostik (PID) unter den gleichen Voraussetzungen zulässig sein wie die Pränataldiagnostik (PND)? Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit vom 8. Juni, Freiburg 2013; Daniela Demko, Kurt Seelmann*, *Präimplantationsdiagnostik (PID) und Eugenik*, Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit, Basel 2013; für frühere Stellungnahmen: *Christoph Rehmann-Sutter C.*, *Würde am Lebensbeginn. Der Embryo als Grenzwesen. Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz* 2008; 8: 835–841, aber schon die *Nationale Ethikkommission* im Bereich der Humanmedizin (NEK-CNE) in ihren Stellungnahmen Nr. 10/2005 und Nr. 14/2007; zur *Leihmutterchaft: Barbara Bleisch*, *Leihmutterchaft als persönliche Beziehung*, *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, vol. 17 No. 1 2012, Boston 2013, 5–28.

¹¹ Der Bundesrat hat die Botschaft zur Änderung der Verfassungsbestimmung zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich sowie des Fortpflanzungsmedizinergesetzes (Präimplantationsdiagnostik) vom 7. Juni 2013 mit dem Gesetzesentwurf an das Parlament überwiesen (Medienmitteilung des Bundesamtes für Gesundheit vom 7. Juni 2013).

¹² Urteil vom 28. August 2012 (Nr. 5470/10) im Fall *Rosetta Costa und Walter Pavan gegen Italien*.

¹³ Hierzu bereits: *Regula Steiner, Antoine Roggo*, *Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der allogenen Eizelltransplantation – der sog. «Eizellenspende»*, *AJP* 2012 474 ff. Die Autoren kommen dabei zum Schluss, dass sich diese Ungleichbehandlung rechtlich nicht rechtfertige.

den haben, liegen indessen noch keine genauen Daten vor.¹⁴ Die Entwicklung geht aber bereits weiter: Das Universitätsspital Basel hat im Frühjahr/Sommer 2013 eine Lizenz zur Durchführung eines technischen Verfahrens erhalten, das ihm im Rahmen des geltenden Gesetzes erlaubt, das Geschlecht von Embryonen zu bestimmen, sofern eine Gefahr für eine an das Geschlecht gebundene Erbkrankheit besteht.¹⁵ Ferner gehört es in der gynäkologischen Praxis bereits zur Realität, dass sich Frauen in der Schweiz wünschen, dass ihre Eizellen eingefroren werden.¹⁶

Ferner ist es ein Faktum, dass hierzulande immer mehr Personen von künstlichen Fortpflanzungsmethoden Gebrauch machen: Laut der Statistik der medizinisch unterstützten Fortpflanzung des Bundesamtes für Statistik (Stand 3. September 2013) hat die Anzahl der initiierten Behandlungszyklen von 10347 im Jahr 2009 auf 10827 im Jahr 2012 zugenommen.¹⁷ In der Realität bilden aber die hohen (in der Schweiz von der Krankenversicherung nicht übernommenen)¹⁸ Kosten für die künstliche Fortpflanzung eine bedeutende Schranke.¹⁹

Die Zahl der Leihmutterchaftsfälle ist schwierig zu bestimmen; es scheinen nicht allzu viele zu sein.²⁰ Die internationale Leihmutterchaft wächst jedoch in rasantem Tempo.²¹ Reproduktionsmedizinische Behandlungen wie die Eizellenspende²² oder die PID werden im Ausland vorgenommen und können für die betreffenden Personen zu Qualitäts- und Gesundheitsproblemen führen. Die Frauen, die als Leihmütter tätig sind oder Eizellen spenden, sind dem globalen Markt mehr oder weniger schutzlos ausgesetzt.

¹⁴ Diese Fragen sind Gegenstand einer laufenden Vorstudie des Familieninstitutes, Universität Freiburg i. Ü.

¹⁵ Sog. MicroSort™, mit dem Spermien experimentell sortiert werden, Silvana Guanzoli, bazonline.ch vom 6. 7. 2013, besucht am 12. Dezember 2013.

¹⁶ Gemäss mündlichen Angaben von Fachpersonen im Rahmen der laufenden Vorstudie.

¹⁷ Abrufbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/02/03/key/02.print.html>, besucht am 3. Dezember 2013.

¹⁸ BGE 125V 21; In-vitro-Fertilisationsverfahren mit Embryotransfers werden in der Regel nicht von den Krankenkassen übernommen; eine geringe Anzahl von künstlichen Inseminationsverfahren schon.

¹⁹ GM Chambers, Sullivan, Ishihara, MG Chapman MG, Adamson, The economic impact of assisted reproductive technology: a review of selected developed countries, *Fertil Steril.* 2009 Jun; 91(6): 2281–94; doi: 10.1016/j.fertnstert.2009.04.029; Kostenvergleich für IVF im Jahre 2006: US/UK ca. USD 40000.– bis zur Lebensgeburt, für einen IVF-Zyklus US: USD 12000.– und JP: USD 3000.–. Die Kosten für das DNA-Screening betragen zusätzlich ca. USD 2000–4000.–.

²⁰ Der Bericht zur Leihmutterchaft, Bericht des Bundesrates vom 29. November 2013 in Reaktion auf das Postulat 12.3917 von Nationalrätin Jacqueline Fehr (fortan Bericht zur Leihmutterchaft) geht von zehn bei den Behörden bekannten Fällen und von einer grossen Dunkelziffer aus, was insgesamt eine dürftige Datenlage ergibt.

²¹ Vgl. Bericht HCCH vom März 2012; s. a. *Widdance Twine*, *Outsourcing the Womb*, 45 ff.

²² V. a. Spanien scheint eine beliebte Destination zu sein, vgl. BaZonline (Fn. 15).

B. Aktuelle Tendenzen in der schweizerischen Gesetzgebung

I. Änderungen in der Präimplantationsdiagnostik (PID)

Die jüngste schweizerische Vorlage zur Reproduktionsmedizin soll dreierlei bewirken: 1.) die partielle Aufhebung des geltenden Verbots der Präimplantationsdiagnostik (PID), 2.) die damit verbundene, notwendige Änderung von Art. 119 BV und 3.) die Aufhebung des Verbots des Einfrierens von Embryonen (Kryokonservierung). Letzteres soll aufgehoben werden, da dies für die künftig zugelassene, medizinisch unterstützte Fortpflanzung unter Einbezug der PID erforderlich sein wird: Realistischerweise müssen mehr Embryonen entwickelt werden, als direkt eingepflanzt werden können.

Vorgesehen ist die PID gemäss Art. 5 und 5a E-FMedG, sofern die Gefahr besteht, dass ein zukünftiges Kind unter einer bestimmten, genetisch bedingten Krankheit leidet, deren Veranlagung die Eltern tragen, und falls sich daraus eine Unzumutbarkeit für die Eltern ergibt.

Am 2. September 2013 ist die Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Ständerates (WBK-S) fast einstimmig auf diese Vorlage eingetreten und hat bis Ende November 2013 weitere Detailberatungen inklusive Hearings vorgenommen. Die Vorlage wird im Januar/Februar 2014 ausgearbeitet, und danach wird möglicherweise bereits darüber entschieden. Während ein Grundkonsens darüber zu bestehen scheint, dass die PID eingeschränkt zuzulassen ist, sollen neu auch folgende Punkte erläutert werden:²³

- die Zulassung der Eizellenspende;
- die HLA-Typisierung (HLA steht für humanes Leukozyten-Antigen);
- die Lockerung der Kryokonservierungsbestimmung: Für Paare, die eine PID benötigen, steht die Erhöhung der Dreier- auf eine Achterregel (d. h. auf 8 Embryonen) zur Diskussion. Zur Beschränkung werden aber auch Alterslimiten oder gewisse Eckdaten (wie z. B. eine Beschränkung auf zweimal alle 5 Jahre) sowie Bewilligungspflichten diskutiert;²⁴
- Überlegungen zum Behandlungstourismus, die ebenfalls im Raum stehen.

²³ Medienmitteilung der WBK-S vom 3. September 2013, «Auf einem schmalen Grat zu einer zeitgenössischen Regelung der Präimplantationsdiagnostik», abrufbar unter Curia Vista, besucht am 10. Dezember 2013.

²⁴ Gemäss telefonischer Auskunft von Prof. Dr. Felix Gutzwiller, Präsident der WBK-S, vom 3. Dezember 2013.

II. Änderung bei der Eizellenspende?

Nicht angepasst hat der Bundesrat in seiner Vorlage zur PID dagegen die Zulassung der Eizellenspende und die HLA-Typisierung. Während er die Eizellenspende in seiner Botschaft nicht erwähnt, lehnt er die HLA-Typisierung bewusst ab.

Zurzeit ist noch ungewiss, ob es zu einer Aufhebung des Verbots der Eizellenspende kommen wird. Immerhin hat die WBK-S das Thema im Herbst 2013 aufgegriffen und weitere Abklärungen seitens der Bundesverwaltung verlangt.

Das Thema ist für den Januar 2014 traktandiert. Ebenso hat die Nationalratskommission für Wissenschaft Mitte Januar 2014 einer entsprechenden parlamentarischen Initiative zugestimmt.

III. Keine Änderungen bei der Leihmutter-schaft

Das Bundesamt für Justiz hat am 29. November 2013 einen Bericht zur Leihmutter-schaft veröffentlicht:²⁵ Der Bericht fasst erstmals einige Fakten zur Leihmutter-schaft in der Schweiz und im Ausland zusammen; insgesamt zeichnet sich darin kein erfreuliches Bild ab.

Der Bericht sieht *keine* Lockerung des nationalen Leihmutter-schaftsverbots vor. In Aussicht gestellt wird lediglich ein rechtliches Engagement auf internationaler Ebene, das dazu beitragen soll, Leihmütter und ihre Kinder besser zu schützen, zum Beispiel im Rahmen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht (HCCH). Ein solches Engagement könnte allenfalls einmal dazu beitragen – realistischere Weise in nicht allzu naher Zukunft –, dass dereinst ein neuer Staatsvertrag verfasst wird, in dem die Elternschaft eines durch Leihmutter-schaft zur Welt gebrachten Kindes in jedem Vertragsstaat anerkannt sein wird.²⁶

Das Bundesamt kommt in seinem Bericht zum Schluss, die Anerkennung von durch Leihmutter-schaft im Ausland zur Welt gekommenen Kindern

in der Schweiz falle *nicht zwingend unter das schweizerische Verbot der Leihmutter-schaft* nach Art. 119 Abs. 2 BV. Vielmehr habe die Verfassungsbestimmung primär die Regelung der Reproduktionsmedizin in der Schweiz zum Ziel. Der Gesetzgeber sei also unter geltendem Recht nicht verpflichtet, jede Form der Leihmutter-schaft (im Ausland), die einen Konnex zur Schweiz vorweise, zu verbieten.²⁷ – Ein solches Verbot wäre aufgrund des Territorialitätsprinzips auch nur schwer vorstellbar. Dies ist ein klares Statement dafür, dass ein im Ausland von einer Leihmutter zur Welt gebrachtes Kind in der Schweiz – trotz des hier geltenden Leihmutter-schaftsverbotes – als Kind der betroffenen Schweizer Eltern und/oder als Schweizer Bürgerin oder Bürger anerkannt werden kann. Diese Stossrichtung ist vorbehaltlos zu begrüssen, denn sie dient eindeutig dem Schutz des Kindes,²⁸ was nicht als selbstverständlich zu betrachten ist. Andere Staaten, die eine solche Anerkennung ausschliessen, haben entsprechende Erklärungen/Leitlinien zu dieser Problematik verfasst.

C. Rechtliche Diskussion

I. Fortpflanzungsfreiheit

Das Recht auf Fortpflanzungsfreiheit ist völker-, verfassungs-, straf und zivilrechtlich vielfach geschützt. Das höchstpersönliche Recht eines Paares, darüber zu entscheiden, ob es Kinder haben möchte bzw. wie viele, ergibt sich u. a. aus Art. 8 und 12 EMRK.²⁹ Es steht ausser Zweifel, dass Fortpflanzungsrechte hierzulande geschützt sind. «Der Wunsch nach Kindern stellt eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung dar», steht in BGE 115 Ia 234 E. 5a S. 246 f.³⁰ Eine staatliche Geburtenregelung, verbunden mit entsprechenden Zwangsmassnahmen zur Einschränkung der Zeugung von Kindern, würde das Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) laut dem

²⁵ Vgl. Bericht zur Leihmutter-schaft vom 29. November 2013 und die Pressemitteilung von Bundesrätin Simonetta Sommaruga vom gleichen Tage.

²⁶ Das ständige Büro des HCCH hat im Jahre 2012 einen vorläufigen Bericht zu diesem Thema verfasst: Preliminary Document No 10 of March 2012 for the attention of the Council of April 2012 on General Affairs and Policy of the Conference, abrufbar unter: Prel. Doc. No 10 of March 2012, besucht am 7. Dezember 2013. Daraufhin hat der Rat entschieden, dass sämtliche Mitgliedstaaten bis Ende November 2013 systematisch zu befragen sind. Ein abschliessender Bericht ist bis Frühling 2014 vorgesehen. Aufgrund dessen werden die Mitgliedstaaten besser entscheiden können, wie weiterhin vorzugehen ist, sprich, ob beispielsweise eine neue internationale Konvention vonnöten ist (vgl. homepage <http://www.hcch.net/limesurvey/index.php/252811/lang-en>, besucht am 7. Dezember 2013).

²⁷ Bericht zur Leihmutter-schaft, 28 ff.; so auch die Forderung in der Lehre, s. *Andrea Büchler, Nora Bertschi*, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern?, Leihmutter-schaft in den USA und die Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz, *FamPra.ch* 2013 33 ff.

²⁸ Ähnlich kinderfreundlich in der Argumentationslinie das erwähnte höchstrichterliche japanische Urteil (Fn. 1).

²⁹ *Stefan Mückl*, § 141 Ehe und Familie N 26 ff. m. v. H., in: *Detlef Merten et al.* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Band VI/1 (München 2010).

³⁰ Bestätigt in BGE 119 Ia 460 E. 5a-b S. 475 f.; zur sexuellen Entfaltung vgl. BGE 119 II 264; BGE 120 V 463; explizit *René Rhinow*, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts (Basel 2003) Rz. 1209.

Bundesgericht verletzen.³¹ Auch der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz (Art. 27 f. ZGB) umfasst das Recht, über Fragen der eigenen Sexualität, Fortpflanzung und des Familienlebens zu entscheiden.³² Zum Recht auf Fortpflanzung gehört umgekehrt auch das Recht, sich nicht fortzupflanzen zu wollen. Das schweizerische Recht anerkennt seit dem Oktober 2002 die Straffreiheit des Schwangerschaftsabbruchs bis zur 12. Schwangerschaftswoche (Art. 119 Abs. 2 StGB). Bei einer Chromosomenabweichung des Embryos kann u. a. auch eine Indikation vorliegen, die einen Schwangerschaftsabbruch auch dann rechtfertigt, wenn diese Frist von 12 Wochen bereits überschritten worden ist (Art. 119 Abs. 1 StGB).³³ Ferner sieht etwa das Sterilisationsgesetz ausdrücklich vor, dass urteilsfähige Volljährige befugt sind, ihre Fortpflanzungsfähigkeit nach einer entsprechenden umfassenden Beratung auf Dauer aufheben zu lassen (Art. 2, 5 Sterilisationsgesetz).³⁴

II. Zwischen *Informed Consent* und Verbot

Die geltenden Regelungen zu nicht invasiven pränatalen Tests, zur PID, zur Eizellenspende und sowie zur Leihmutterchaft bewegen sich nach geltendem Recht im Spannungsfeld zwischen dem Informed Consent und dem Verbot. Oder anders formuliert: zwischen der Selbstbestimmung und der Schutzbestimmung. Schematisch betrachtet, unterstehen die erwähnten Praktiken (inkl. PND) dem Informed Consent – wobei in der Fortpflanzungsmedizin, der Gentechnologie und der Transplantation je von einem strengen Informed-Consent-Prinzip (nachfolgend als Informed Consent plus bezeichnet) auszugehen ist. Hinzu kann noch eine Vorschrift zur Unentgeltlichkeit (als Kommerzialisierungsverbot) kommen. Am anderen Ende des Spektrums steht das absolute Verbot der PID, der Eizellenspende und der Leihmutterchaft. Das Verbot der PID soll künftig aufgehoben werden (dunkelgrau), das Verbot der Eizellenspende wird diskutiert (hellgrau).

PND	Informed Consent ^{plus}
Ovariengewebe-transplantation	Informed Consent ^{plus} und Unentgeltlichkeit
Samenspende	Informed Consent ^{plus} und Unentgeltlichkeit
PID	Verbot
Eizellenspende	Verbot
Leihmutterchaft	Verbot

Das Recht ist ein mächtiges Steuerungsmittel. Deshalb ist gründlich zu überlegen, wer durch welche Verbote von gewissen Praktiken in der Reproduktionsmedizin – oder wie im Falle Indiens anerkannt – von einem wichtigen Markt ausgeschlossen bzw. vor dieser geschützt werden soll. Da im Ausland die Rechtsnormen teilweise weniger streng sind als in der Schweiz, reisen betroffene Paare ins Ausland und nehmen allenfalls eine mangelnde Qualitätskontrolle in Kauf, womit sie sich wiederum selbst gefährden. Die Chancengleichheit der betroffenen Paare und den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin³⁵ gilt es zu beachten.

Für ein Verbot, das ein verfassungsmässiges Recht einschränkt, braucht es verhältnismässige, d. h. geeignete und erforderliche gesetzliche Schranken (Art. 36 BV).³⁶ Also fragt es sich, ob das betreffende Verbot jeweils ein verhältnismässiges Mittel im Verhältnis zum Zweck, zu dem Schutz des Kindes vor gespaltener Elternschaft und dem Schutz des Menschen vor Instrumentalisierung darstellt und was es heutzutage überhaupt (noch) zu bezwecken bzw. zu bewirken vermag. – Erfolgt jedoch durch ein Verbotsrecht eine bewusste Steuerung unserer Gesellschaft, so geht damit die elementare Forderung einher, dass diese Steuerung in eine einheitliche Richtung weisen sollte: nämlich dass das Kindeswohl bei allen Praktiken gleichermassen als oberste rechtliche und ethische Leitlinie gelte (Art. 3 FMedG).

III. Rechtliche Würdigung

1. Zum Verbot der Eizellenspende

Nach Art. 4 FMedG sind die Eizellen- und Embryonenspende sowie die Leihmutterchaft in der Schweiz verboten, während jede Form der Samen-

³¹ Auch das Recht auf Familie nach Art. 14 BV; René Rhinow, Markus Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. A., Basel 2009, Rz. 1432; s. a. Mathias Kuhn, Recht auf Kinder, Der verfassungsrechtliche Schutz des Kinderwunschs (Zürich/St. Gallen 2008), 56; Esther Amstutz/Thomas Gächter, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin. Verfassungs-, gesundheits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, in: Jusletter vom 31. Januar 2011, Schweizerische Zeitung für Gesundheitsrecht 2012, 1 ff.; Giovanni Biaggini, Kommentar zu Artikel 10, Rz. 22.

³² Sandra Hotz, zu Art. 27 ZGB N 5, in: Kuko-ZGB (Basel 2012).

³³ Christian Schwarzenegger/Stefan Heimgartner, zu Art. 119 StGB N 15, in: BSK StGB II, 3. Aufl. (Basel 2013).

³⁴ Bundesgesetz über die Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen vom 17. Dezember 2004 (SR 211.211.1).

³⁵ Rechtliche und faktische Fortpflanzungsverbote waren bereits bei der Entstehung des Fortpflanzungsmedizingesetzes ein Thema (AB-N 1998 1401); diese stellen sich heute auch Fragen der Gleichbehandlung von verheirateten Ehepaaren, Konkubinatspaaren und Einzelpersonen (auf diese Themen kann hier indes nicht eingegangen werden).

³⁶ Rhinow, Schefer, Rz. 1182 ff.

zellenspende – sofern sie unentgeltlich erfolgt – zur Befruchtung einer Eizelle erlaubt ist.³⁷ Ob die Eizellenspende erlaubt sein soll, wurde allerdings schon bei Inkrafttreten des Fortpflanzungsmedizinengesetzes diskutiert. Sinn und Zweck des Verbots von Art. 4 FMedG ist laut der Botschaft aus dem Jahre 1996 die Vermeidung gespaltener Elternschaft, d. h. das Verhindern einer Spaltung zwischen rechtlicher und genetisch-biologischer Elternschaft.³⁸ – Allgemein bezweckt das FMedG den Schutz der Menschenwürde und den Schutz vor einer Instrumentalisierung.³⁹

a. Im Vergleich zur zulässigen unentgeltlichen Samenspende

Zu einer Spaltung zwischen rechtlicher und genetischer Elternschaft kommt es indes auch bei der Samenspende (Art. 18 ff. FMedG). Das Gesetz statuiert diesbezüglich ausdrücklich, dass ein Kind, das per Samenspende gezeugt worden ist, grundsätzlich keine Rechtsbeziehung zum Samenspender habe respektive dass es sein Kindesverhältnis zum Ehemann seiner Mutter nicht anfechten könne und dass eine Vaterschaftsklage gegen den Samenspender ausgeschlossen sei (Art. 23 FMedG). Der Samenspender ist aber zudem darauf aufmerksam zu machen, dass das Kind ein Recht darauf habe, Einsicht in die Spenderakten zu nehmen, um seine Identität zu erfahren (Art. 18 Abs. 2, 27 FMedG). Das Bundesgericht hatte es bereits im Jahre 1989 als unverhältnismässig angesehen, die Samenspende zu verbieten und sie als Verletzung des Rechts auf Fortpflanzung zu taxieren.⁴⁰

Schon anlässlich der Entstehung des Fortpflanzungsmedizinengesetzes wurde die Frage, ob die Eizellenspende zulässig sein soll, kontrovers diskutiert:⁴¹ Ziel des Gesetzgebers war es damals [...] «dass die medizinisch unterstützte Fortpflanzung nicht zu Familienverhältnissen führen sollte, die von dem, was sonst natürlicherweise möglich sei, abweichen». Damals sah der Gesetzgeber das höchste Ziel im Grundsatz «*mater semper certa est*», an dem er in der Folge festhielt. Mit anderen Worten: Das Kind sollte um keinen Preis um «seine Mutter gebracht» und auf jeden Fall geschützt werden. Die Bewahrung dieses Grundsatzes «*mater*

semper certa est» bedeutete im Wertevergleich damals weit mehr als die Zulassung der Eizellenspende – zumal die Eizellenspende damals kein häufiges Phänomen war und man kaum Erfahrungs- und Untersuchungswerte damit hatte. Ferner waren die Gesetzgeber damals der Auffassung, ein Auseinanderfallen der genetisch-biologischen, rechtlichen und sozialen Vaterschaft durch eine Samenspende sei gewissermassen ein Spiegel des wirklichen Lebens, denn der rechtliche Vater müsse nicht zwingend mit dem biologischen Vater identisch sein (Kuckuckskinder).

Eine derartige Argumentation, die Frauen und Männer ungleich behandelt, lässt sich heute kaum mehr aufrechterhalten. Es fehlen sachliche Gründe für eine solche Diskriminierung: Zunächst ist festzuhalten, dass bereits bei der Zulassung der Adoption durch die Mutter der Grundsatz von «*mater semper certa est*» durchbrochen wird. Weiter dürfte es heute aufgrund der allgemeinen Tendenzen insgesamt zu mehr Eizellenspenden im Ausland kommen – allerdings stehen diesbezüglich keine Daten zur Verfügung. Darüber hinaus ist nicht einsichtlich, weshalb dem Recht des Kindes, zu erfahren, wer seine biologische Mutter ist, nicht gleichermassen mittels einer Genanalyse zwecks Feststellung der Mutterschaft Genüge geleistet werden kann, denn bei einer Vaterschaftsanalyse wird dies heute ohne Weiteres getan.

b. Im Vergleich zur Gewebespende von Ovarien

Ferner sei zum Vergleich noch auf die Spende von Eierstockgewebe eingegangen. Die Transplantation von Eierstockgewebe ist nach geltendem Recht grundsätzlich zulässig, sofern sie unentgeltlich erfolgt (Art. 119a BV, Art. 6 ff. TxG⁴²) und unter Einhaltung der Vorschriften des *Informed Consent* vorgenommen wird. Die Gewebespende von Ovarien an eine vom Kinderwunsch erfüllte Frau fällt aufgrund der engen gesetzlichen Definition der Reproduktionsmedizin nach Art. 2 lit. a FMedG (s. Lit. A.II) nicht unter das Fortpflanzungsmedizinengesetz. Führt die erfolgreiche Regeneration der Eierstöcke der Spendeempfängerin zu einer Schwangerschaft, so wird diese als «natürlich» angesehen. Damit fällt die Gewebespende von Ovarien nicht unter das Verbot nach Art. 4 FMedG und ist infolgedessen zugelassen.

De lege lata ist also die direkte Eizellenspende verboten, die indirekte Vorgehensweise durch eine Eierstockgewebespende, die zur Produktion von Eizellen führt, hingegen zugelassen. Aus medizini-

³⁷ Regula Steiner, Antoine Roggo, Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der allogenen Eizelltransplantation – der sog. «Eizellenspende», AJP 2012 474 ff., 475, 477 ff.

³⁸ Botschaft über die Volksinitiative zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie und zu einem Bundesgesetz über medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz) vom 16. Juni 1996, BBl 1996 205, 253 ff., 254.

³⁹ BBl 1996 205, 245.

⁴⁰ BGE 115 Ia 234.

⁴¹ BBl 1996 205, 253 ff., 254; s. a. AB-S 1997, 667–685, AB-N 1998, 1317–1326, 2445 (Abstimmungsresultat 24: 13).

⁴² Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 8. Oktober 2004, SR 810.21.

scher Perspektive betrachtet, liegt darin ein klarer Wertungswiderspruch. Dieser lässt sich höchstens damit erklären, dass im Fall Gewebespende die rechtliche und die biologische Rolle der Spendeempfängerin – nämlich der Mutter – nicht auseinanderfällt. Doch dieses Problem lässt sich, wie schon behandelt, durch gesetzliche Regelungen lösen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in diesem Zusammenhang von veränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen auszugehen ist, die eine neue rechtliche Einschätzung der Eizellenspende erfordern.

2. Zum Verbot der PID

Die PID dient dem Nachweis einer molekulargenetischen Störung während der medizinisch unterstützten Fortpflanzung. Diese Untersuchung bedingt eine Befruchtung ausserhalb des mütterlichen Körpers und erfolgt vor der Einpflanzung der befruchteten Eizelle. Bei der PID werden bestimmte Erbinformationen anhand von Zellen des Embryos untersucht, bevor sich dieser in der Gebärmutter einnistet. Konkret wird nach Zellen mit einer regulären Chromosomenzahl gesucht, denen die Erbinformationen zu einer schweren Krankheit fehlen. Von der eigentlichen PID zu unterscheiden ist das sog. *Embryo Screening*, mit dem ein DNA-Test im Hinblick auf eine Aneuploidie, d. h. hinsichtlich einer korrekten Chromosomenanzahl, gemacht wird.⁴³ Durch diese Methode lassen sich unter gewissen Voraussetzungen die Erfolgsraten für eine Schwangerschaft und eine Lebendgeburt im Rahmen einer IVF dank der PID erhöhen. Während das «Embryo-Screening» beispielsweise in den Vereinigten Staaten und in Grossbritannien (in Schranken) zugelassen ist⁴⁴ und die PID u. U. auch dazu genutzt werden kann, die Schwangerschaftsraten bei der medizinisch assistierten Befruchtung zu verbessern, ist in Deutschland die PID nur sehr eingeschränkt erlaubt: nämlich um Totgeburten oder schwere Behinderungen zu vermeiden.⁴⁵

⁴³ Das Aneuploidie-Screening erscheint risikoreicher, s. Botschaft E-FMedG, 20.

⁴⁴ Vgl. Länderübersicht bei *GM Chambers, Sullivan, Ishihara, MG Chapman MG, Adamson*, The economic impact of assisted reproductive technology: a review of selected developed countries, *Fertility Sterility*, 2009 91(6), 2281 ff., sowie der Rechtsvergleich in der Botschaft E-FMedG, 55 ff.; in Grossbritannien besteht etwa der Human Fertilisation and Embryology (HFE) Act 2008, der besagt, dass in jedem Fall die Klinik/der Arzt eine von der Human Fertilisation and Embryology Authority (HFAA) erteilte Konzession (*license*) haben muss. Diese erlässt zudem Listen mit den Eingriffen, die zulässig sind.

⁴⁵ In Deutschland regelt das Embryonenschutzgesetz (ESchG) die PID in § 2f ESchG.

In Europa verbieten heute nur noch Österreich, Italien und die Schweiz die PID. Nach dem bereits erwähnten Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gegen Österreich sollten die Staaten in Fragen der unterstützten Fortpflanzungsmedizin tendenziell einen «gesamteuropäischen Konsens» verfolgen.⁴⁶

Auch in der Schweiz soll deshalb die PID gemäss Gesetzesentwurf (insb. Art. 5a E-FMedG) und der Botschaft in absehbarer Zeit nur sehr eingeschränkt erlaubt sein, konkret um «schwere Krankheiten» der Nachkommen während eines künstlichen Fortpflanzungsverfahrens zu verhindern. Was letztlich als eine schwere Krankheit zu gelten hat, soll von Fachpersonen von Fall zu Fall und von der Rechtsprechung entschieden werden. *Nicht* durchgeführt werden soll die PID in Form eines Screenings bei Unfruchtbarkeit oder erhöhtem Alter; ebenso wenig soll sie zwecks Bestimmung eines sog. Retterbabys zulässig sein.⁴⁷ Dieser Vorschlag des Bundesrates ist sogar noch etwas restriktiver als die deutsche Lösung.

Bei einem biopsierten Embryo besteht eine geringere Wahrscheinlichkeit (von 15%), dass er sich erfolgreich in der Gebärmutter einzunisten vermag, als dies bei der natürlichen Fortpflanzung der Fall ist (25–30%).⁴⁸ Damit eine Schwangerschaft auf diese Weise entstehen kann, sollten sich mehrere Embryonen gleichzeitig entwickeln können. Aus diesem Grund soll die geltende Dreierregel erweitert werden: Eine Achterregel steht zur Diskussion. Zur Beschränkung werden aber auch Alterslimiten oder gewisse Eckdaten (wie z. B. eine Beschränkung auf zweimal alle 5 Jahre) sowie Bewilligungspflichtigen diskutiert.

Eine restriktive Regelung steht im Einklang mit den Bestrebungen, das Wunschkind nicht voreilig auszuwählen, sondern nur aus strengen gesundheitlichen Gründen auf die Einpflanzung in der Gebärmutter zu verzichten.

3. Zum Verbot der Leihmutterschaft

Die Leihmutterschaft ist nichts Neues. In der Genesis wird schon beschrieben, wie die unfruchtbare Rachel und ihr Ehegatte Jacob die Dienerin

⁴⁶ Urteil des EGMR vom 3. November 2011 (Nr. 57813/00), welches das österreichische Verbot der Eizellen- und Samenspende jedoch noch stützte.

⁴⁷ Die Botschaft E-FMedG (70) nennt als Beispiel eine Intelligenzminderung von einem IQ unter 60, womit die Trisomie 21 in der Regel erfasst wäre. Eine Trisomie 21, die durch eine Spontanmutation eingetreten ist, wäre indes nach der Definition von Art. 5 E-FMedG wiederum nicht erfasst (*Peter Wieacker*, in: *Jan Murken et al.*, Taschenlehrbuch zur Humangenetik, 8. A., Stuttgart 2011, 434 ff.).

⁴⁸ Botschaft E-FMedG, 21. In jüngster Zeit finden sich Hinweise darauf, dass die Abspaltung von Zellen möglicherweise die Implantationsfähigkeit des Embryos verringert: Botschaft E-FMedG, 13.

von Rachel als Leihmutter einsetzen, damit ihre soziale Elternschaft anerkannt wurde. Ferner gehörten Säuglinge stillende Ammen während mehrerer Jahrhunderte zur Normalität. Auch innerhalb Europas – in Grossbritannien, Belgien oder Griechenland – ist die Leihmutterschaft in Schranken zugelassen, muss jedoch unentgeltlich erfolgen. In Deutschland, Frankreich und Italien hingegen ist die Leihmutterschaft verboten.⁴⁹

Art. 4 FMedG verbietet in der Schweiz u. a. auch die Leihmutterschaft. Sinn und Zweck der Bestimmung ist – wie bei der Eizellenspende – das Verbot der Instrumentalisierung des Menschen und die Vermeidung einer gespaltenen Elternschaft: also einer Spaltung zwischen rechtlicher und genetisch-biologischer Elternschaft. Stellt eine Rechtsordnung wie die schweizerische darauf ab, dass ein Kindesverhältnis stets zu der Person entsteht, die das Kind geboren hat, bedeutet die Leihmutterschaft ein rechtliches Problem. Dieses liesse sich indessen, wie bereits erwähnt, durch eine Ausnahmeregelung zum Grundsatz «*mater certa est*» lösen: Die antragstellende Frau soll bei einer Leihmutterschaft als Mutter gelten, wobei der Antrag schriftlich zu erfolgen hätte.

Selbst wenn die Leihmutterschaft als zulässig erklärt würde, könnten bei atypisch anmutenden, genetisch-biologischen Familienverhältnissen geeignete Regelungen gefunden werden: Zunächst wäre an ein Beratungsgespräch und danach an einen schriftlichen Vertrag zu denken. Dieser müsste allerdings aufgrund des Kontextes, in dem er geschlossen würde, und infolge der besonderen Umstände der Schwangerschaft besonderen Bestimmungen unterstellt werden. Schliesslich könnte eine direkte Mutterschaftsvermutung zugunsten der antragstellenden Frau gelten.

D. Schlussfolgerungen

Zusammenfassend lassen sich die folgenden rechtlich-ethischen Eckpunkte zum Verhältnis der unterschiedlichen Praktiken der Reproduktionsmedizin festhalten:

1. Der Anspruch an eine zeitgemässe Gesetzgebung zur Fortpflanzungsmedizin ist der folgende: Die unterschiedlichen Praktiken müssen sich sowohl am Selbstbestimmungsrecht der vom

Kinderwunsch betroffenen Personen als auch an den möglichen Interessen des werdenden Kindes – d. h. letztlich konkret an der Fristen- und der Indikationenregelung nach Art. 118 ff. StGB – messen lassen können und untereinander wertekongruent sein. Praktiken ausserhalb der Reproduktionsmedizin im gesetzlich definierten Sinne – wie beispielsweise die PND oder die Spende von Ovarien – sollen zum Vergleich auch herbeigezogen werden können.

2. Aus Respekt vor dem individuellen Selbstbestimmungsrecht und dem unerfüllten Kinderwunsch sollten Regelungen, die der Erfüllung des Kinderwunsches dienen, grundsätzlich so offen wie möglich gehandhabt werden. Viele betroffene Personen leiden an dem unerfüllten Kinderwunsch und sind deswegen psychisch und physisch krank. Darüber hinaus ist der Kinderwunsch auch gesellschaftlich-demografisch und evolutionär bedeutungsvoll.

Alle die erwähnten Praktiken – ob nicht vasive pränatale Tests, PID, Gewebespende von Ovarien, Eizellenspende oder Leihmutterschaft – fallen von der Sache her grundsätzlich in den Schutzbereich der Fortpflanzungsfreiheit; diese wiederum ist Teil des individuellen Selbstbestimmungsrechts über den eigenen Körper. Die betreffenden Praktiken dürfen insofern nur eingeschränkt oder verboten werden, wenn diesbezüglich ein genügendes rechtliches öffentliches Interesse besteht.

3. Es ist an der Zeit, zu erkennen, dass der Rechtsgrundsatz «*mater semper certa est*» mit zunehmender Technisierung der Fortpflanzung nicht mehr stets – aber immerhin noch meistens – der Realität entspricht. Dieser Grundsatz könnte daher künftig realistischerweise neu lauten: «*mater certa est*» oder sinngemäss: *In der Regel wird das Kindsverhältnis zur Mutter mit der Geburt begründet.* Die Adoption ist der eine, altbekannte Ausnahmefall, und bei einer Eizellenspende könnte *de lege ferenda* eine Spezialregelung für Sicherheit sorgen. – Trotz Zulassung der Eizellenspende würde der Grundsatz «*mater certa est*» in den allermeisten Fällen weiterhin gelten.

4. Die Eizellenspende kann und sollte *de lege ferenda* wie die Samenspende unentgeltlich zugelassen werden. Die Argumente, die bei der Entstehung des Fortpflanzungsmedizingesetzes zu einer Differenzierung führten, haben nach der hier vertretenen Ansicht keine Berechtigung mehr. Wie im Fall der Samenspende müssten die genauen Rahmenbedingungen für die Eizellenspende festgelegt werden. Ethische und rechtliche Leitlinie muss dabei in jedem Fall das Kindeswohl sein (Art. 3 FMedG).

⁴⁹ Vgl. Bericht zur Leihmutterschaft, 21 f.; s. a. Datenbank des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht zur Fortpflanzungsmedizin in Europa, abrufbar unter: http://www.mpicc.de/meddb/show_all.php, besucht am 3. Dezember 2013; in Griechenland (§§ 1455, 1458 Zivilgesetzbuch, Gesetz 3305/2005 v. 27. 1. 2005 zur Anwendung der Methoden der medizinisch assistierten Reproduktion) und Belgien (11. 5. 2003) zugelassen.

5. Selbst wenn *de lege ferenda* die Leihmutter-schaft für zulässig erklärt würde⁵⁰ – was aufgrund der beschränkten Wirkung von Verboten und infolge des Fortpflanzungstourismus ebenfalls zu diskutieren ist –, so gälte, dass für atypische Familienverhältnisse mittels geeigneter Regelungen Lösungen gefunden werden könnten: Zunächst wäre ein entsprechender Antrag an eine dazu geeignete Stelle (z. B. KSB/ESB) zu verlangen, danach wären ausführliche Beratungsgespräche vorzunehmen, eine Gesundheitskontrolle durchzuführen und schliesslich wäre ein strenges *Informed-Consent*-Prinzip vorauszusetzen. Zudem wäre ein schriftlicher Vertrag mit der Leihmutter aufzusetzen,⁵¹ der allerdings aufgrund des besonderen Kontextes, in dem dieser geschlossen wird (namentlich unter Berücksichtigung der neunmonatigen Schwangerschaft), besonderen Bestimmungen zum Schutze der Parteien unterstehen müsste. Ein solcher Vertrag wäre – wie die Samen- und Eispende – ebenfalls unentgeltlich zu regeln, wobei die Entrichtung einer Aufwandentschädigung während der neun Monate einen gewissen Ersatz böte. Schliesslich könnte eine direkte Mutterschaftsvermutung zugunsten der die Leihmutter-schaft beantragenden Frau gelten. Es darf nicht sein und kann auch nicht rechtlich hingenommen werden, dass ein Kind infolge der Fortpflanzungstechnologie rechtlich elternlos wird, wie dies der Fall von Manji zeigt. Das liesse sich beispielsweise mit einer zusätzlichen Rangfolge kombinieren.
6. Abgesehen von einem streng verfolgten Prinzip des *Informed Consent* und einer strikten Kontrolle braucht es im Prinzip keine Verbote, auch nicht in der Reproduktionsmedizin. Verbote nützen nichts, führen zu einem Behandlungstourismus und verletzen das Recht der Betroffenen auf Selbstbestimmung. Reproduktionspraktiken sind bereits nach geltendem Gesetz nur bei nachweislicher Unfruchtbarkeit der Betroffenen erlaubt, und die PID soll in diesem Rahmen nur beschränkt erlaubt sein, wenn eine genetisch-gesundheitliche Gefährdung des zu werdenden Kindes besteht. Genetische oder technische Verfahren, die das Geschlecht des Kindes bestimmen, dürfen nur zur Gesundheitsvorsorge des Kindes (oder allenfalls der Mutter) und innerhalb sehr enger Grenzen eingesetzt werden. Als Kontrollmassnahmen gegen Missbrauch, d. h. gegen die kommerzielle Ei- und Spermenspende sowie gegen eine ausbeuterische Leihmutter-schaft und die unnötige PID, könnten strafrechtliche Sanktionen dienen.
7. Ein Alles-oder-nichts-Prinzip hinsichtlich des Selbstbestimmungsrechts vermag indessen kaum mehr zu überzeugen. Vielmehr besteht ein freiwilliger Bereich, in dem die betroffenen Personen ihre Entscheidungen hinsichtlich einer Behandlung oder eines Rechtsgeschäfts in Abwägung mehrere realer Möglichkeiten treffen können. Am anderen Ende der Skala gibt es einen unfreiwilligen Bereich, in dem u. a. ein Vertragsschluss (durch Gewalt oder Drohung) erzwungen wird oder aufgrund eines täuschenden bzw. eines ausbeuterischen Elementes (Übervorteilung) zustande kommt. Dazwischen liegt allerdings ein Zwischenbereich von vermeintlich freien Entscheiden, bei denen der vertragsschliessenden Person aufgrund der Umstände (finanzielle Not) oder/und der persönlichen Disposition (mangelnde Ausbildung, Unerfahrenheit, emotionale Abhängigkeit) nur eine mehr oder weniger stark beschränkte Anzahl von Optionen offenstehen. In diese Kategorie würden wohl einige, wenn nicht zahlreiche Leihmutter-schaftsfälle fallen und wären demnach unzulässig.
8. Zum Schutz von Kindern, die im Ausland durch irgendeine intransparente Praktik der Reproduktionsmedizin gezeugt werden, gilt es, sich so rasch wie möglich auf gemeinsame internationale Bestimmungen zu einigen. – Kinder wie Manji, die durch künstliche Fortpflanzung in einem anderen Land sozusagen elternlos auf die Welt gekommen sind, gilt es in jedem Fall zu schützen, gänzlich unabhängig von nationalen Leihmutter-schaftsverboten oder Strafsanktionen gegen deren «Eltern».⁵²

⁵⁰ Vgl. Datenbank des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht zur Fortpflanzungsmedizin in Europa, abrufbar unter: http://www.mpicc.de/meddb/show_all.php, besucht am 3. Dezember 2013: Die Leihmutter-schaft ist zum Beispiel in Europa *bis dato* in Grossbritannien, Griechenland (§§ 1455, 1458 Zivilgesetzbuch, Gesetz 3305/2005 v. 27. 1. 2005 zur Anwendung der Methoden der medizinisch assistierten Reproduktion) und Belgien (11. 5. 2003) zugelassen.

⁵¹ *De lege lata* ist dieser aufgrund von Art. 4 FMedG nach Art. 19 f. OR rechtswidrig.

⁵² Christensen (Anm.), 1.