

recht

1/17

www.recht.recht.ch

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

35. Jahrgang

Inhalt

Grundsatzbeitrag

- 1 *Sandra Hotz*
Ezellenvorsorge – eine rechtliche Annäherung unter besonderer Berücksichtigung der Rechte und Pflichten aus Behandlungsvertrag
-

Vertiefungsbeiträge

- 20 *Felix Multerer*
Strafbefehlsverfahren und Öffentlichkeit: zwingendes Spannungsverhältnis oder Möglichkeit einer Symbiose?
- 30 *Flurin Riederer*
Rückstellungen: Eigen- oder Fremdkapital?
- 43 *René Wiederkehr*
Sonderabgaben
-

Im Fokus

- 60 *Patrick Fassbind*
Feindbild KESB – Erklärung und Widerspruch



Stämpfli Verlag

Impressum

Kontakt Verlag: Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
E-Mail: recht@staempfli.com

www.recht.recht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 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 viermal jährlich, im März, Juni, September und Dezember.

Abonnementspreise 2017

AboPlus
(Zeitschrift + Onlinezugang)
Schweiz: Normalpreis CHF 188.–,
für immatrikulierte Studenten CHF 152.–
Ausland: CHF 202.–
Onlineabo: CHF 168.–
Einzelheft: CHF 45.– (exkl. Porto)

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

Abonnemente:

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,
periodika@staempfli.com

Inserate:

Tel. 031 300 63 41, Fax: 031 300 63 90,
inserate@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2017
Gesamtherstellung: Stämpfli AG, Bern
Printed in Switzerland
ISSN 0253-9810 (Print)
e-ISSN 2504-1487 (Online)

Herausgeber und Redaktion

Privatrecht

SUSAN EMMENEGGER

Professorin für Privatrecht und
Bankrecht, Universität Bern

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

ALEXANDRA 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, Straf-
prozessrecht und Internationales
Strafrecht, Universität Luzern

SABINE GLESS

Ordinaria für Strafrecht und Straf-
prozessrecht, Universität Basel

Öffentliches Recht

MARTINA CARONI

Ordinaria für öffentliches Recht,
Völkerrecht und Rechtsverglei-
chung 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

Eizellenvorsorge – eine rechtliche Annäherung unter besonderer Berücksichtigung der Rechte und Pflichten aus Behandlungsvertrag

Obwohl die Eizellenvorsorge rechtlich zulässig ist und in der Schweiz angewendet wird, ist die rechtliche Situation nicht vollständig geklärt: Aus Sicht des Privatrechts steht eine offene und klare Aufklärung im Rahmen des Behandlungsvertrags zum Entnehmen, Einfrieren und zum Aufbewahren von Eizellen sowie zu den damit verbundenen Risiken, Kosten und Schwangerschaftschancen im Vordergrund. Braucht es jenseits eines so verstandenen Informed Consent rechtliche Rahmenbedingungen? Wenn ja, was regelt die Gesetzgebung zur Fortpflanzungsmedizin bereits, und was müsste geklärt werden? Welche Regelungen kennen unsere Nachbarländer?

Inhaltsübersicht

- A. Eizellenvorsorge oder vom Wunsch, irgendwann einmal eine Familie zu gründen
 - I. Was bedeutet Eizellenvorsorge?
 - II. Motive für die Eizellenvorsorge
- B. Rechtslage im Allgemeinen
 - I. Reproduktive Selbstbestimmung
 - II. Fällt die Eizellenvorsorge unter die Gesetzgebung zum medizinisch unterstützten Fortpflanzungsverfahren?
 - III. Regelungen zum Umgang mit unbefruchteten und befruchteten Eizellen nach FMedG
 - IV. Ausgewählte rechtsvergleichende Aspekte
- C. Behandlungsvertrag über die Eizellenvorsorge
 - I. Selbstbestimmung im Vertragsrecht
 - II. Behandlungsvertrag
 - III. Zur Aufklärungspflicht im Besonderen
- D. Einige Folgerungen, weitere Herausforderungen und nächste Schritte
 - I. Einige rechtliche Folgerungen
 - II. Über das Recht hinausgehende Herausforderungen
 - III. Nächste Schritte

A. Eizellenvorsorge oder vom Wunsch, irgendwann einmal eine Familie zu gründen

I. Was bedeutet Eizellenvorsorge?

1. Terminologie

Unter einer Eizellenvorsorge wird das vorsorgliche Entnehmen, Einfrieren und Aufbewahren von Eizellen (auch Oozyten, Oozyten, Eier) einer Frau verstanden, damit diese sich zu einem späteren Zeitpunkt im Leben mit diesen Eizellen und mittels

In-vitro-Fertilisation den Kinderwunsch erfüllen kann.

Die Eizellenvorsorge ist gegenwärtig bekannter unter dem Begriff *Social-(Egg-)Freezing*. Der Begriff *Social-(Egg-)Freezing* betont die Tatsache, dass die Eizellenvorsorge aus «sozialen» Gründen erfolgt. Damit soll ausgedrückt werden, dass eine Frau die Eizellenvorsorge aufgrund von allgemeinen gesellschaftlichen Faktoren (längere Ausbildung, Berufskarriere, höheres Alter bei der Familiengründung, höhere Lebenserwartung) vornimmt, um in einem späteren, für sie günstigen Lebensabschnitt ein Kind zu haben und ihre eigenen Eizellen – die zu diesem Zeitpunkt aber möglicherweise nicht mehr genügend fertil sind – zur Verfügung zu haben. Es wird in diesem Zusammenhang auch von «Anlage einer Fertilitätsreserve»¹, «egg storage»² oder «egg(in)surance» und, allgemein negativer, von einer «Lifestyle»-Massnahme gesprochen, denn zum Zeitpunkt der Eizellenvorsorge «passen» eine Schwangerschaft und die Geburt eines Kindes noch nicht ins Lebenskonzept der gesunden Frau, obschon sie sich eine Familie wünscht (dazu gleich unter Ziff. II).³

Der Terminus *Social-(Egg-)Freezing* unterstreicht die Unterscheidung zum *Medical-(Egg-)Freezing*, das aus «gesundheitlichen Gründen» bereits seit längerer Zeit erfolgt, beispielsweise bevor sich eine Krebspatientin einer Chemo- und Radiotherapie unterziehen muss, welche die Funktion von Eierstö-

¹ Michael von Wolff, Petra Stute, Gynäkologische Endokrinologie und Reproduktionsmedizin, Stuttgart 2013, 409.

² Anna Raggi Nüssli, Gideon Sartorius, Isabelle Bienz, Rebecca Moffat, Christian De Geyter, Rahmenbedingungen für die Bereitschaft junger Schweizer Frauen zur Spende von Eizellen, SAEZ 2014 263 ff., 264.

³ Vgl. etwa den Firmennamen Eggsurance Inc., US, mit dem Motto «Definitely, Someday. Just not now» (unter <http://eggsurance.com>, besucht am 13. Januar 2017).

Dr. iur. Sandra Hotz, Oberassistentin am Institut für Familienforschung, Universität Freiburg i. Ü., und Lehrbeauftragte an den Universitäten Zürich und Basel.

cken schädigen kann.⁴ Während eine solche Eizellenvorsorge aufgrund medizinischer Indikation weitgehend anerkannt ist, debattiert man in verschiedenen Disziplinen seit einigen Jahren über die Eizellenvorsorge von Frauen ohne medizinische Indikation. Dies vor allem, weil die Eizellenvorsorge aufgrund *eines neuen, technisch fortgeschrittenen Verfahrens des Einfrierens (Vitrifizierung) und verbesserter Erfolgsraten* am Zunehmen ist.⁵

Gegenstand dieses Beitrags ist die rechtliche Perspektive unter besonderer Berücksichtigung der vertragsrechtlichen (lit. B und C). Darüber hinaus stellen sich jedoch zahlreiche weitere ethische und gesellschaftliche Herausforderungen, auf die am Schluss des Beitrags kursorisch eingegangen wird (lit. D).

In diesem Beitrag wird der Begriff der *Eizellenvorsorge* verwendet. Dies vorab aus zwei Gründen:

1.) Die Gegenüberstellung von *Social- und Medical-(Egg-)Freezing* stösst etwa dann an ihre Grenzen, wenn auch die Eizellenvorsorge bei Krebspatientinnen nicht als medizinische Indikation bezeichnet wird (die übrigens auch nicht von den Krankenkassen gedeckt ist!),⁶ oder dann, wenn die Eizellenvorsorge einer gesunden Frau als eine medizinische Präventionsmassnahme gegen ihre *altersbedingte Infertilität* aufgefasst wird.⁷ – Gegen Letzteres ist freilich einzuwenden, dass damit genau diese zu einer Krankheit konstruiert wird,⁸ was

unerwünscht ist. Allerdings ist einzugestehen, dass die Unfruchtbarkeit bereits heute als «Krankheit» angesehen wird⁹ und der Zugang zu den medizinischen Fortpflanzungsverfahren bekanntlich die «Unfruchtbarkeit» und das «Risiko für die Übertragung von schweren Erbkrankheiten» voraussetzt (nach Art. 119 Abs. 2 lit. c BV, Art. 5 nFMedG). Schliesslich lässt sich auch behaupten, dass noch zahlreiche andere (auch) sozial bedingte «Krankheiten» wie Übergewicht, Burnouts oder ADHS in unseren reichen, westlichen Gesellschaften existieren. Erfolgversprechender, als diese Begriffsdichotomie¹⁰ zu verwenden, wäre es deshalb, die Eizellenvorsorge generell von relevanten Faktoren wie *persönlichem Leiden*, sei dies Angst vor der Menopause oder dem Singledasein, oder der Unvereinbarkeit von Berufs- und Familienleben abhängig zu machen, solange eine gewisse Intensität besteht und die realistische Aussicht besteht, mit einer solchen je schwanger zu werden (denn auch bei einer Krebspatientin muss gefragt werden, ob es sich rechtfertigt, Eizellen zu entnehmen).

2.) Der Begriff Eizellenvorsorge bringt den Zweck auf den Punkt: Es geht um die Vorsorge mit eigenen Eizellen und um die eigene Fertilität zu einem Zeitpunkt, in dem diese am Abnehmen ist. Der Ablauf der Eizellenvorsorge erfolgt in *zahlreichen Schritten* und ist nicht auf das rasche Einfrieren der Eizellen beschränkt, wie der Begriff *Social-(Egg-)Freezing* fälschlich vermuten lässt. Darüber hinaus muss eine gesunde Frau wissen bzw. sich von allem Anfang an Gedanken darüber machen, was mit ihren eingefrorenen Eizellen geschieht bzw. geschehen soll, wenn sie diese nicht mehr benützen möchte oder wenn sie krank, handlungsunfähig wird oder stirbt.

2. Ablauf der Eizellenvorsorge

Die Eizellenvorsorge lässt sich in verschiedene Schritte ab dem Zeitpunkt der ersten Information bis zum Zeitpunkt des letzten Aufbewahrungsmomentes unterteilen. Man kann sie als Phase I bezeichnen, wenn man davon ausgeht, dass dieser ein medizinisch unterstütztes Fortpflanzungsverfahren als «Phase II» folgt. Darüber, wie oft dies

⁴ Dorothea Wunder, Cosima Huober-Zeeb, Rebecca Moffat, Ruth Stiller, Alexandra Ambrosetti, Min Xie, Michael von Wolff, Schweizer Empfehlungen zur Fertilitätserhaltung für Patientinnen und Patienten im fertilen Alter vor zytotoxischen Therapien, Schweiz Med Forum 2012, 12: 708 f. Das sind die Empfehlungen von FertiSave Suisse, Kommission für Fertilitätserhaltung. FertiSave ist multidisziplinär, insb. Fachpersonen der Reproduktionsmedizin, -biologie, der Gynäkologie und Onkologie arbeiten mit. FertiSave führt zur Qualitätskontrolle ein Behandlungs- und Komplikationenregister.

⁵ Gemäss von Wolff, Stute (Fn. 1), 410; Stephanie Bernstein, Claudia Wiesemann, Should Postponing Motherhood via «Social Freezing» be Legally Banned? An Ethical Analysis, Laws 2014, 3, 282 ff., 283 ff., sind die medizinischen Risiken der hormonellen Stimulation, der Eientnahme, des Einfrierens der Eizelle sowie einer späten Schwangerschaft m. w. H. insgesamt gering. Insbesondere ist das Einfrieren der Eizelle für die Gesundheit des Kindes nicht schädigend, allerdings halten diese Autorinnen auch fest, dass Langzeitstudien noch fehlen, s. bereits *Nationale Ethikkommission (NEK)*, Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, Stellungnahme Nr. 22/2013, 14 ff., 17; Angel Petropanagos, Fertility Preservation Technologies for Women: A Feminist Ethical Analysis, 2013, Electronic Thesis and Dissertation Repository, 1299, 10 f.

⁶ Die Dehnbarkeit des Begriffs «medizinische Indikation» zeigt sich hier gut, denn es ist nicht die Ursache «Krebs», die zur Infertilität der Frau führt, sondern die Krebsbehandlung: Guido Penning, Ethical aspects of social egg freezing, Gynécologie Obstétrique & Fertilité 41 (2013) 521 ff.

⁷ So etwa der Israel National Bioethics Council (INBC) im Jahre 2009, krit. Shiri Shkedi-Rafid, Yael Hashlioni Donev, Egg freezing for age-related fertility decline: Preventive medicine or a further medicalization of reproduction? Analyzing the new Israeli policy, Fertility and sterility 96(2):291-4. June 2011; Petropanagos (Fn. 5), hat den Begriff «age-related infertility» in diesem Zusammenhang geprägt.

⁸ Lucia Martinelli, Lucia Busatta, Lucia Galvagni, Cinzia Piciocchi, Social egg freezing: a reproductive chance or smoke and mirrors? Croat Med J. 2015; 56: 387 ff., 388.

⁹ V.a. im Zusammenhang mit der Krankenkassendeckung: BGE 121 V 302 E. 3; BGE 142 V 249 E. 5.2, 6.1; in diesem Entscheid wurde von der Krankenkasse geltend gemacht, dass die Unfruchtbarkeit einer Frau über 40 Jahren keine Krankheit «mehr» sei, sondern ein rein physiologischer Alterungsprozess, was vom BGer. nicht gestützt wurde; nach WHO-Definition *liegt dann eine Krankheit vor, wenn trotz regelmässigem ungeschütztem Sex während mehr als einem Jahr eine Frau nicht schwanger wird* (WHO-ICMART).

¹⁰ Deshalb auch grundsätzlich mit unnötigen Risiken und Kosten verbunden: NEK-Stellungnahme Nr. 22/2013, 16 f.

dann tatsächlich der Fall ist bzw. sein wird (wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nach FMedG erfüllt sind), gibt es jedoch keine Zahlen. Es ist festzuhalten, dass die Eizellenvorsorge begrifflich-inhaltlich kein Fortpflanzungsverfahren umfasst.

Information, Eizellenentnahme und Kryokonservierung («Phase I»)

1. Die betreffende Frau erhält zuerst Informationen zur Eizellenvorsorge (Internet, Broschüren, Bekannte, medizinische Fachpersonen).
2. Sie konsultiert eine medizinische Fachperson und erhält eine oder mehrere Beratungen.
3. Entscheidet sie sich für die Behandlung, folgt eine Hormonstimulation der Eierstöcke der Frau, damit mehr als eine Eizelle pro Monat heranreifen kann. Insgesamt werden sechs bis zwölf Eizellen entnommen; das bedeutet, die Frau spritzt sich selbst während Wochen das Hormon XX¹¹.
4. Dann wird das Wachstum der Follikel mit Ultraschall überwacht.
5. Kurz danach kommt es zur Entnahme der Eizellen in den Eierstöcken durch eine Punktion mit einer Nadel sowie einen Absaugevorgang.
6. Nun werden die Eizellen erstmals geprüft.
7. Anschliessend beginnt der Einfrierungsprozess, die Kryokonservierung. Durch das heutige rasche Einfrierverfahren, das sog. Vitrifizierungsverfahren (vitrification), ist das Entwicklungspotenzial unbefruchteter Eizellen nahezu unbeeinträchtigt.¹² Bei diesem Verfahren werden der Frau ca. 10 bis 15 Eizellen entnommen, die mithilfe von flüssigem Stickstoff innert eines Sekundenbruchteils eingefroren werden.¹³ Das bedeutet grundsätzlich, dass die eingefrorene Eizelle einer 25-Jährigen zum Zeitpunkt der Verwendung, wenn die Frau beispielsweise 40 Jahre alt ist, noch ebenso intakt ist.¹⁴
8. Die Entnahme von 10 bis 15 Eizellen erfolgt nicht in einem Akt, sondern es sind oft mehrere Behandlungszyklen nötig; im Durchschnitt sind es drei Zyklen (à CHF 5000.– bis 7000.–).
9. Aufbewahrt werden die eingefrorenen Eizellen in Tankbehältern mit einer Stickstoffflüssigkeit.

Zu einem späteren Zeitpunkt:

10. Die Eizellenvorsorge endet mit dem Widerruf der Aufbewahrung oder dem Ablauf der gesetzlich geregelten Konservierungszeit oder der Verwendung der Eizellen für die medizinischen Fortpflanzungsverfahren.

Entscheidet sich die Frau für ein medizinisch unterstütztes Fortpflanzungsverfahren mit diesen eingefrorenen Eizellen, so werden die Eizellen aufgetaut, und es beginnt die «Phase II». Es folgt eine In-vitro-Fertilisation (IVF) bzw. eine intrazytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI), sofern die rechtlichen Voraussetzungen nach Art. 119 Abs. 2 BV und FMedG für diese erfüllt sind. Die Nutzung der Eizellen setzt vor allem eine medizinische Indikation voraus.

II. Motive für die Eizellenvorsorge

Eine Frau, die eine Eizellenvorsorge in Anspruch nimmt, sorgt vor, um später im Leben ihre Fertilitätschancen zu erhöhen und sich ihren Kinderwunsch zu erfüllen. Die individuellen Motive stehen jedoch unmittelbar im Zusammenhang mit den Lebensentwürfen dieser Frauen und sind vielfältig. Nach *ausländischen empirischen Studien* ergeben sich folgende Motive: Es fehlt an einem geeigneten Partner für die Familiengründung,¹⁵ die Menopause naht,¹⁶ oder die Ausbildungs- und Berufspläne sind nicht abgeschlossen. Umfassende Studien zu den Motiven, Erwartungen und dem Grad des Informationsstands von Frauen in der Schweiz, die eine Eizellenvorsorge vornehmen, gibt es meines Wissens nicht. (Diesbezügliche empirische Kenntnisse wären indes wünschenswert.)

Eine kleinere Studie unter *De Geyter* (2014) hat aber untersucht,¹⁷ ob und mit welcher Motivation Frauen eine Eizelle spenden würden: a) aus «Nächstenliebe», b) aus persönlichem Interesse an der eigenen Fertilität und damit zur Eizellenvorsorge («egg storage») oder c) zum Tausch, um die Kosten für die eigene In-vitro-Fertilisation decken zu können («egg sharing»). Die Studie ergab, dass

¹¹ Die Nebenwirkungen dieser Hormonbehandlung können sein: Übelkeit, Stimmungsschwankungen und Gewichtszunahme; sie sind indes selten (<1%). Gelegentlich kommt es auch zu einer Überstimulation, die tödlich sein kann: *Bernstein, Wiesemann, Laws* 2014/3, 293.

¹² *Nüssli et al.*, SAEZ 2014 264.

¹³ Bei ca. minus 197 Grad Celsius kann heute mit einer Einfriergeschwindigkeit von 10000/min verfahren werden. Die Eizellen erstarren dabei so, dass sie keine Kristalle bilden und sich physikalisch *nicht* verändern.

¹⁴ *Dorothea Wunder*, Social freezing in Switzerland and worldwide – a blessing for woman today?, *Swiss Med Wkly* 2013; 143:w13746, 1 ff.: Es gibt keine Hinweise in der medizinischen Literatur, dass die Qualität der eingefrorenen Eizelle leidet.

¹⁵ *Michael von Wolff, Markus Montag, Ralf Dittrich, Dominik Denschlag, Frank Nawroth, Barbare Lawrenz*, Fertility preservation in women – practical guide to preservation techniques and therapeutic strategies in breast cancer, network FertiPROTEKT. *Arch Gynecol Obstet.* 2011;284:42735. 2015; einen Hinweis auf die holländische Studie von *Brewaeys A, Brewaeys M, Hulsbergen H* (2014), Social egg freezing: profile and motivations of Dutch candidate women, verdanke ich *Dr. Anne Ekehardt, Gautaum N. Allahbadi*, Social egg freezing: developing countries are not exempt. *The Journal of Obstetrics and Gynecology of India* (July–August 2016) 66(4):213 ff.

¹⁶ *von Wolff et al.*, *Arch Gynecol Obstet.* 2011; *Brewaeys et al.*, 2014.

¹⁷ *Nüssli et al.*, SAEZ 2014 263 ff., 264.

grundsätzlich 56,4% der Befragten zur Spende einer eigenen Eizelle bereit sind, das heisst zur Eizellenspende. Von diesen Frauen gaben 46,3% an, dass sie die Spende aus persönlichen Interessen an ihrer eigenen Fertilität favorisieren, das heisst die Eizellen gerne zur Eizellenvorsorge benützen würden (sog. Eigen-Eizellenspende). Etwas mehr Frauen erklärten jedoch, dass sie eine altruistische Motivation zur Eizellenspende haben (56,4%). Nur 35% favorisierten das sog. «egg sharing». Daraus kann zunächst einmal nur gefolgert werden, dass der extrakorporale Umgang mit den eigenen Eizellen kein Tabu mehr ist (wie mit Keimzellen im Allgemeinen) und dass «altruistische» und «eigen-nützige» Motivationen ungefähr ausgeglichen sind.

Im Hintergrund steht die allgemeine gesellschaftliche Entwicklung in der Schweiz wie auch anderswo in Europa, dass sich der Kinderwunsch zeitlich verschoben und sich das Alter der gebärenden Frauen in den letzten 20 Jahren erheblich erhöht hat. Im Jahr 2015 war fast ein Drittel der gebärenden Frauen über 34 Jahre alt (31,2%), während dieser Anteil im Jahre 1970 noch bei 11,3% lag.¹⁸ Die Zahl der Frauen, die im Alter von über 40 Jahren ein Kind geboren haben, hat sich in den letzten 15 Jahren mehr als verdoppelt. Es waren im Jahr 2015 rund 330 Lebendgeburten von Müttern im Alter von 45 bis 49 Jahren sowie rund 40 Lebendgeburten von Müttern im Alter von 50 bis 54 Jahren zu verzeichnen. Bei der Mehrheit der Lebendgeburten sind die Väter zwischen 30 und 39 Jahre alt. Jeder fünfte Vater ist 40-jährig oder älter.¹⁹ Zu einem späteren Lebenszeitpunkt sinkt die Wahrscheinlichkeit, schwanger zu werden, erheblich. Eine Schwangerschaft gilt heute ab 35 Jahren als sog. Risikoschwangerschaft.²⁰ Die Wahrscheinlichkeit eines Spontanabortes²¹ sowie diejenige, dass ein Embryo an einem genetischen Defekt leidet, nehmen zu.

B. Rechtslage im Allgemeinen

I. Reproduktive Selbstbestimmung

Der Wunsch, Kinder zu haben und eine Familie zu gründen, ist völker-, verfassungs-, straf- und zivilrechtlich vielfach geschützt. Das höchstpersönli-

che Recht eines Paares, darüber zu entscheiden, ob es Kinder haben möchte bzw. wie viele, ergibt sich u. a. aus Art. 8 f. und 12 EMRK.²² Es steht ausser Zweifel, dass Fortpflanzungsrechte sowohl nach Art. 10 und 13 BV als auch nach Art. 27 f. ZGB²³ geschützt sind. «Der Wunsch nach Kindern stellt eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung dar», steht bereits in BGE 115 Ia 234 E. 5a S. 246 f.²⁴ Eine staatliche Geburtenregelung etwa, verbunden mit entsprechenden Zwangsmassnahmen zur Einschränkung der Zeugung von Kindern, würde das Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) verletzen.²⁵

Die Grenzen der Selbstbestimmung wären also beispielsweise dann erreicht, wenn die Praxis der Eizellenvorsorge implizierte, dass eine Frau später Kinder haben muss oder dass sie sich einseitig um die Familienplanung und Vorsorge für ihre Fertilität kümmern muss. Das wäre frauenfeindlich und diskriminierend. Eine solche Praxis verletzte ein Grund- und Menschenrecht (Art. 8 BV, Art. 1 CEDAW²⁶), weil sie eine Forderung nach einem bestimmten Leben beinhalten würde, die einseitig an Frauen gerichtet wäre. Mit einer entsprechend eingeforderten Eizellenvorsorge würden auch medizinische Fachpersonen oder Arbeitgeber dazu beitragen, einen frauenfeindlichen, diskriminierenden Zustand aufrechtzuerhalten. – Doch davon kann keine Rede sein, denn die erwachsene

²² Stefan Mückl, § 141 Ehe und Familie N 26 ff. m. w. H., in: *Detlef Merten et al.* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Band VI/1 (München 2010).

²³ Sandra Hotz, zu Art. 27 ZGB N 5, in: *KuKo-ZGB* (Basel 2012).

²⁴ Bestätigt in BGE 119 Ia 460 E. 5a-b S. 475 f.; dazu bereits anderenorts Sandra Hotz, *Reproduktive Selbstbestimmung und Informed Consent im Zeitalter von pränatalen Tests*, in *recht 2013* 1, 1 ff.; zum Ganzen Andrea Buechler, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, ZSR Bd. 135 (2016) II, 355 ff.

²⁵ 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 BV*, Rz. 22.

²⁶ UN-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau von 1979 (in Kraft getreten für die Schweiz am 26. April 1997): «Art. 1 In diesem Übereinkommen bezeichnet der Ausdruck «Diskriminierung der Frau» jede mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung, Ausschliessung oder Beschränkung, die zur Folge oder zum Ziel hat, dass die auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau gegründete Anerkennung, Inanspruchnahme oder Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch die Frau – ungeachtet ihres Zivilstands – im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, staatsbürgerlichen oder jedem sonstigen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird. Art. 2 Die Vertragsstaaten verurteilen jede Form von Diskriminierung der Frau; sie kommen überein, mit allen geeigneten Mitteln unverzüglich eine Politik zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau zu verfolgen, und verpflichten sich zu diesem Zweck, [...] b) durch geeignete gesetzgeberische und sonstige Massnahmen, gegebenenfalls auch Sanktionen, jede Diskriminierung der Frau zu verbieten; [...] e) alle geeigneten Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau durch Personen, Organisationen oder Unternehmen zu ergreifen; f) alle geeigneten Massnahmen einschliesslich gesetzgeberischer Massnahmen zur Änderung oder Aufhebung aller bestehenden Gesetze, Verordnungen, Gepflogenheiten und Praktiken zu treffen, die eine Diskriminierung der Frau darstellen.»

¹⁸ Bundesamt für Statistik, *Lebendgeburten nach Alter der Mutter*, BFS Neuchâtel 2016 (30.6.2016); im Jahr 2015 war fast ein Drittel der gebärenden Frauen über 35 Jahre alt.

¹⁹ BFS-BEVNAT. BFS Neuchâtel 2016.

²⁰ Z. B. im Zusammenhang mit den pränatalen, nicht invasiven Gentests, die ab dem 35. Lebensjahr der schwangeren Frau kasienpflichtig sind.

²¹ Frauen, die um die 40 Jahre schwanger werden, haben eine Wahrscheinlichkeit von 40% für einen Abort, während bei Frauen im Alter von 45 Jahren die Wahrscheinlichkeit bei 75% liegt: *Allahbadia* (Fn. 15), 213.

Frau, die eine Eizellenvorsorge vornimmt, handelt grundsätzlich selbstbestimmt. Ob allenfalls «Drucksituationen» vorliegen, welche die Selbstbestimmungsfähigkeit beim Abschluss eines Behandlungsvertrags herabsetzen, ist im Einzelfall zu entscheiden (s. a. lit. C.I und lit. D.II.4).

Das Recht auf selbstbestimmte Fortpflanzung umfasst im Grundsatz auch das Recht auf Zugang zu den und Verwendung der entsprechenden medizinischen Technologien. – Allerdings ist der Zugang zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung de lege lata auf bestimmte Personen beschränkt (nach Art. 3 FMedG) und wird von einer medizinischen Indikation abhängig gemacht (Art. 119 Abs. 2 lit. c BV, Art. 5 FMedG). – Ob diese gesetzlichen Schranken der Selbstbestimmung in Fragen des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin im Lichte der unterschiedlich gelebten Familienformen des 21. Jahrhunderts und bei einer zunehmenden technischen Machbarkeit rechtlich noch zu rechtfertigen sind, wird heute zunehmend diskutiert und infrage gestellt.²⁷

Die Eizellenvorsorge war zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Fortpflanzungsmedizinengesetzgebung noch nicht verbreitet und daher nicht Regelungsgegenstand;²⁸ das schnelle Vitrifizierungsverfahren wird zudem erst seit rund fünf Jahren praktiziert. Eine allgemeine Regelung des Umgangs mit den Keimzellen ist auch nicht in dem rund zehn Jahre später entstandenen Transplantationsgesetz vorgesehen, denn dieses schliesst den sachlichen Anwendungsbereich für Keimzellen im Rahmen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung explizit aus (Art. 2 Abs. 2 lit. d TPG).²⁹

II. Fällt die Eizellenvorsorge unter die Gesetzgebung zum medizinisch unterstützten Fortpflanzungsverfahren?

Die Eizellenvorsorge ist also in der Schweiz weder explizit verboten noch erlaubt. Es fragt sich deshalb, ob diese unter die Gesetzgebung zur Fort-

pflanzungsmedizin fällt und insoweit die Selbstbestimmung der Frauen beschränkt ist.

Art. 119 Abs. 2 BV³⁰ umschreibt den rechtlichen Rahmen für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung: Diese wird von einer *medizinischen Indikation, der Unfruchtbarkeit oder der Gefahr der Übertragung einer Erbkrankheit* abhängig gemacht (lit. c); zudem sind die Embryonenspende, die Leihmutterchaft (lit. d) sowie der Handel mit Keimgut (das heisst Ei- und Samenzellen, lit. e) explizit verboten.

Das *Fortpflanzungsmedizinengesetz (FMedG/nFMedG)*³¹ setzt diese Bestimmungen um und regelt das Verfahren der medizinischen Fortpflanzung in der Schweiz (Art. 1 Abs. 1 FMedG). Das *medizinisch unterstützte Fortpflanzungsverfahren umfasst alle Methoden der Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr*, namentlich aufgezählt werden im Gesetz die Insemination, In-vitro-Fertilisation (IVF) mit Embryotransfer oder mit Gametentransfer³² (Art. 2 lit. a FMedG). Das Gesetz bestimmt in Art. 3 ferner, wer aus Gründen des Kindeswohls zur medizinischen Fortpflanzung zugelassen werden soll (heterosexuelle Paare; bei heterologer Samenspende nur verheiratete Paare; ferner werden Alter und persönliche Verhältnisse beurteilt), und konkretisiert die medizinische Indikation nach Art. 5 FMedG (Unfruchtbarkeit, Gefahr der Übertragung von Erbkrankheiten). Art. 4 weist ferner ein über die Verfassungsbestimmung hinausgehendes Verbot der Eizellenspende auf. Art. 8 Abs. 1 lit. b nFMedG statuiert schliesslich eine kantonale Bewilligungspflicht für Personen, die Keimzellen (das heisst Ei- und Samenzellen), imprägnierte Eizellen und künftig Embryonen *in vitro* entgegennehmen oder vermitteln und selbst keine Fortpflanzungsverfahren durchführen.

Daraus lässt sich schliessen, dass mit der Eizellenvorsorge kein medizinisch unterstütztes Fortpflanzungsverfahren nach Art. 2 lit. a FMedG vorliegt, denn es wird damit *keine Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr intendiert, sondern nur die Entnahme und die Konservierung von Eizellen*. Zudem ist der Gametentransfer, das heisst der Transfer von Ei- und Samenzellen, explizit nur im Zusammenhang mit der *In-vitro-Fertilisation* erwähnt. Damit ist die *Eizellenvorsorge (Phase I)* kein

²⁷ Jüngst *Eva-Maria Belser/Alexandra Jungo*, Elternschaft im Zeitalter medizinischer Machbarkeit, ZSR Bd. 135 (2016) I 175 ff.; BSK-Belser/Molinari zu Art. 119 BV N 30 ff.; *Büchler*, ZSR Bd. 135. (2016) II 349 ff.; s. a. *Roland Fankhauser/Rebecca Vionnet*, Die Samenspende im Schweizerischen Recht, recht 4 (2015) 144 ff.; *Sandra Hotz*, Widersprüche in der Fortpflanzungsmedizin?, recht 1 (2014) 32 ff.; *Andrea Büchler/Sandro Clausen*, Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl! Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl? Fam.Pra.ch 2014/2, 231; so bereits die NEK-Stellungnahme Nr. 23/2013, 38 ff.

²⁸ Allerdings hatte der Gesetzgeber schon damals vorausgesehen, dass unbefruchtete Eizellen künftig einmal kryokonserviert werden können, und hatte damals Art. 16 Abs. 5 FMedG eingefügt (Botschaft FMedG vom 26. Juni 1996, BBl 1996 III 205 ff., 262 ff., 265), der nunmehr mit der Revision des FMedG ersatzlos gestrichen wird.

²⁹ Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 8. Oktober 2004, SR 810.21.

³⁰ SR 101.

³¹ Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG) vom 18. Dezember 1998, SR 810.11; die *Änderungen vom 12. Dezember 2014* (BBl 2015 6301) wurden mit Abstimmung vom 5. Juni 2016 angenommen (BBl 2016 6779), und die Inkraftsetzung des Fortpflanzungsmedizinengesetzes einschliesslich des neuen Ausführungsrechts (Fortpflanzungsmedizinverordnung) ist auf den 1. September 2017 geplant (vgl. dazu die Antwort des Bundesrates auf die Anfrage *Cassis* 16.1031 «DPI e procreazione medica: quale calendario per l'entrata in vigore?» vom September 2016).

³² Gemäss Botschaft, FMedG, BBl 1996 III 205 ff., 246, ist es eine beispielhafte Aufzählung.

Verfahren zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung und fällt nicht unter den Anwendungsbereich der Gesetzgebung zur Fortpflanzungsmedizin. Daraus folgt weiter, dass auch Art. 3 und 5 FMedG keine Anwendung auf die Eizellenvorsorge finden³³ und etwa alleinstehende fertile Frauen zur Eizellenvorsorge zugelassen sind.

Nichts anderes kann aus dem Sinngehalt des Eizellenspendeverbots (Art. 4 FMedG) abgeleitet werden, da dieses bekanntlich der Verhinderung der Spaltung von rechtlicher und genetischer Elternschaft dient³⁴ und diese «Gefahr» bei einer «Eigen-Eizellenspende» gerade nicht besteht.

Die Vorsorge mit Eizellen für den Eigenbedarf kann aus Sicht einer selbstbestimmt handelnden Person vielmehr grundsätzlich wie das Anlegen einer eigenen Blut- oder Haarreserve (für die Anfertigung einer Perücke im Hinblick auf die Zeit, in der die Haare ausfallen) angesehen werden.³⁵ – Dass das Missbrauchspotenzial für aufbewahrte Keimzellen dabei ungleich grösser ist, sei hier unbestritten, doch dafür gibt und braucht es Regelungen (vgl. dazu Ziff. III).

Ein weiteres Argument dafür, dass die Entnahme und das Konservieren von Eizellen kein Fortpflanzungsverfahren darstellen, sieht das Verwaltungsgericht St. Gallen in seinem Entscheid vom 23. September 2013 (E. 3.2.2) darin, dass Art. 8 FMedG neben der Bewilligungspflicht für das medizinisch unterstützte Fortpflanzungsverfahren eine gesonderte Bewilligungspflicht für das Vermitteln und Entgegennehmen von Keimzellen statuiert, sodass von zwei verschiedenen Tätigkeitsbereichen ausgegangen werden müsse (krit. vgl. Ziff. III.1).

Im Resultat ergibt sich, dass in der Schweiz die Eizellenvorsorge (Phase I) ohne eine medizinische Indikation *rechtlich zulässig* ist.³⁶ Erst wenn sich die Frau bzw. das Paar auch dazu entscheidet, die Eizelle auftauen zu lassen und für ein medizinisch unterstütztes Fortpflanzungsverfahren zu nutzen (Phase II), braucht es aufgrund der nunmehr anwendbaren Gesetzgebung zur Fortpflanzungsmedizin eine *medizinische Indikation* (v. a. Unfruchtbarkeit, Art. 119 Abs. 2 lit c. BV, Art. 5 FMedG) und

u. a. eine heterosexuelle Partnerschaft (vgl. Art. 3 FMedG).³⁷

III. Regelungen zum Umgang mit unbefruchteten und befruchteten Eizellen nach FMedG

1. Analoge Anwendung der Art. 15 ff. FMedG

Handelt es sich bei der Eizellenvorsorge nicht um eine Methode, die im Rahmen eines medizinisch unterstützten Fortpflanzungsverfahrens angewendet wird, und kommen die gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 3 und 5 FMedG für ein solches entsprechend nicht zur Anwendung, so stellt sich die Frage, ob das FMedG überhaupt Anwendung auf die Eizellenvorsorge findet. Diese Frage stellt sich etwa konkret im Hinblick auf die Bestimmung zum *Konservieren von Eizellen* (Art. 15 FMedG/Art. 15 nFMedG).

Das Verwaltungsgericht St. Gallen leitet in seinem Entscheid vom 23. September 2013 hierzu aus der gesonderten Bewilligungspflicht nach Art. 8 FMedG für Fachpersonen, die «nur» kryokonservieren, ab (vgl. bereits Ziff. II.), dass die Bestimmungen zum Umgang mit Keimgut (Art. 15 ff. FMedG) nicht auf das Fortpflanzungsverfahren beschränkt seien und damit auch auf die Eizellenvorsorge anwendbar sind (E. 3.2.2, 3.3.1–3). Gemäss Botschaftstext ist jedoch eher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber damals von einer Arbeitsteilung im Rahmen des Fortpflanzungsmedizinverfahrens zwischen behandelnden und nur Keimzellen aufbewahrenden medizinischen Fachpersonen ausging und die Qualität für alle involvierten Fachpersonen sicherstellen wollte.³⁸

Im Ergebnis ergibt es jedoch grundsätzlich Sinn, bereits bestehende Regelungen zum Umgang mit Eizellen (Art. 15 ff. FMedG/nFMedG) *analog auf die Eizellenvorsorge anzuwenden*. Dies zumal an die Zustimmung zur und den Widerruf der Konservierung der Eizellen qualifizierte Schriftlichkeitsanforderungen gestellt werden. Das bedeutet, dass eine Konservierungsfrist von Eizellen von fünf Jahren (Art. 15 FMedG) bzw. nach neuem Recht von zehn Jahren (Art. 15 nFMedG), die schriftlichen Einwilligungspflichten bzw. Widerrufsrechte (Art. 15 FMedG/Art. 15 nFMedG) und die neue Regelung zur Vernichtung von Eizellen beim Tod der Person, von der sie stammen (Art. 3 Abs. 4 nFMedG), analog auf die Eizellenvorsorge anwendbar sind.

³³ Diese Auslegung ist indes nicht zwingend. Es liesse sich auch argumentieren, dass eine Eizellenvorsorge (Phase I) regelmässig Vorbereitungshandlung des medizinisch unterstützten Fortpflanzungsverfahrens (der «Phase II») ist, womit z. B. die Voraussetzungen nach Art. 3 und 5 FMedG einzuhalten wären.

³⁴ Botschaft FMedG, BBl 1996 III 205 ff., 247 ff.

³⁵ Dies v. a. aus sachenrechtlicher Perspektive: Keimzellen werden wie andere Zellen mehrheitlich als Sachen verstanden.

³⁶ Urteil Verwaltungsgericht St. Gallen vom 23. September 2013 E.; so auch *Andrea Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, ZSR Bd. 135 (2016) II 410 f.; *Christian Peter*, Rechtliche, ethische, gleichstellungspolitische Aspekte des Social Freezing, in: Jusletter vom 10. August 2015, Rz. 21; *Leonie Tettamanti*, Social Egg Freezing: Eine neue Herausforderung für das Schweizer Fortpflanzungsmedizinrecht, in: HILL 2013 Nr. 116, Rz. 25, 31.

³⁷ *Peter*, Jusletter 2015, Rz. 27; *von Wolff*, SAEZ 2013 94:10, 393.

³⁸ BBl 1996 III 205 ff., 262.

2. *Regelungen zum Konservieren von Eizellen (Art. 15 nFMedG)*

Das Konservieren von Keimzellen, das heisst Ei- und Samenzellen, ist nur erlaubt *mit schriftlicher Zustimmung der Person, von der sie stammen* (Art. 15 Abs. 1 nFMedG).

Die Konservierungsdauer beträgt dabei fünf Jahre und kann neu auf Antrag dieser Person maximal um weitere fünf Jahre verlängert werden (Art. 15 Abs. 1 nFMedG). Nach Ablauf der fünfjährigen bzw. der zehnjährigen Konservierungsdauer müssen die eingefrorenen Zellen «sofort» vernichtet werden (Art. 15 Abs. 3 FMedG). Eine Verlängerung der Konservierungsdauer kann nach Art. 15 Abs. 2 FMedG auch dann vereinbart bzw. beantragt werden, wenn dies zur Erzeugung eigener Nachkommen nötig und auch medizinisch indiziert ist (z. B. vorgesehener riskanter medizinischer Eingriff, eine Berufstätigkeit in einem Atomkraftwerk, gefährlicher Einsatz in einem ausländischen Kriegsgebiet). Mit der Revision ist insoweit eine Verlängerung der Konservierungsdauer vorgesehen, als nach Ablauf der regulären Aufbewahrungsdauer eine Verlängerung von nochmals fünf Jahren verlangt werden kann. Damit ergibt sich eine künftige Konservierungsdauer von *Eizellen von zehn Jahren, wobei die Ausnahmebestimmungen nach Abs. 2 bestehen bleiben*.³⁹ Nach Ablauf der maximalen bzw. vereinbarten Konservierungsdauer müssen die Eizellen nach Art. 15 Abs. 4 FMedG vernichtet werden.

Die Person, von der die Eizellen stammen, kann *die Konservierung und Verwendung der Eizellen auch jederzeit schriftlich widerrufen* (Art. 15 Abs. 3 FMedG), wobei aufgrund der Höchstpersönlichkeit im Notfall (z. B. am Krankenbett) nach hier vertretener Ansicht auch ein mündlicher Widerruf genügen müsste. Mit der Revision des FMedG wird für den *Todesfall neu geregelt* (Art. 3 Abs. 4 nFMedG), dass die Eizellen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, nicht mehr verwendet werden dürfen. Selbst eine anderslautende letztwillige Verfügung wäre demnach in diesem Punkt ungültig.

Explizit geregelt ist nach Art. 15 Abs. 4 FMedG, dass nach einem Widerruf der Einwilligung die Eizellen sofort zu vernichten sind. Die Eizellen dürfen nach Art. 4 FMedG auch nicht an eine andere Person gespendet werden (dazu Ziff. 4).

Kann die Frau, die ihre Eizellen in einer Klinik oder einer Kryobank hinterlegt hat, ihre eigenen kryokonservierten Eizellen also auch verwenden, um beispielsweise ihr medizinisches Fortpflan-

zungsverfahren im Ausland durchzuführen? Oder kann man ihr das aufgrund der geltenden Rechtslage (die Eizellen sind zu vernichten nach Widerruf der Einwilligung) verbieten, wenn sie beispielsweise aus beruflichen Gründen seit einigen Jahren in den USA lebt oder weil sie die Klinik X in Belgien, die einen besonders guten Ruf hat, beauftragen möchte? Der Wortlaut von Art. 15 FMedG/nFMedG und die Botschaften geben hierzu keine klare Auskunft. Es darf jedoch angezweifelt werden, dass die blossе Aussicht auf Missbrauch im Umgang mit Eizellen ein verhältnismässiger Grund ist, um die reproduktive Selbstbestimmung der betroffenen Frau einzuschränken, wenn es andere Möglichkeiten zur Regelung, nämlich eine kontrollierte Regelung des Transfers (z. B. mit schriftlicher Bestätigung der behandelnden Klinik), gibt.⁴⁰ Dies, zumal es sich um eine Eigen-Eizellenspende handelt und kein Verstoss gegen Art. 4 FMedG vorliegt.

3. *Regelungen zur Konservierung von imprägnierten Eizellen und Embryonen in vitro*

Die revidierten Bestimmungen zur Konservierung von imprägnierten Eizellen und Embryonen *in vitro* betreffen von der Sache her ausschliesslich das medizinisch unterstützte Fortpflanzungsverfahren und damit die sog. «Phase II», nicht die selbstbestimmte Vorsorge für die Eizellen («Phase I»). Der Vollständigkeit halber sollen die neuen Bestimmungen hier dennoch kurz zusammengefasst werden:

Mit der Revision des FMedG wird die Unterscheidung zwischen erlaubter Konservierung von imprägnierten Eizellen (Art. 16 FMedG) und verbotener Konservierung von Embryonen (Art. 17 Abs. 3 FMedG) in der Schweiz aufgegeben. Bei beiden Verfahren handelt es sich um das Einfrieren und Aufbewahren befruchteter Eizellen: Imprägnierte Eizellen sind dabei solche *vor* der Kernverschmelzung (Art. 2 lit. g FMedG), und von Embryonen spricht das Gesetz *nach* der Kernverschmelzung.⁴¹ Damit beruhte die weitgehend rechtliche Unterscheidung auf dem biologischen Fakt der Verschmelzung, der in jedem Einzelfall a) zuerst zu beweisen wäre und der b) auf einer Annahme (zu vorgeburtlichem Schutz) beruht, die nicht unumstritten ist.

Das Verbot der Embryonenkonservierung wird zugunsten der Frauen aufgegeben (Art. 17 Abs. 3

³⁹ Botschaft zur Änderung der Verfassungsbestimmung zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich (Art. 119 BV) sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes vom 7. Juni 2013 (BBl 2013 5853, 5931, zit. Botschaft FMedG Rev.).

⁴⁰ Vgl. Urteil S. H. u. a. gegen Österreich, EGMR (GK) 3. 11. 2011, NR 57813/00, zur rechtlichen Ungleichbehandlung von Samen- und Eispende, Rz. 77: «[...] Furthermore, potential abuse, which undoubtedly has to be combated, is not a sufficient reason for prohibiting a specific procreation technique as a whole, if there exists the possibility to regulate its use and devise safeguards against abuse. [...]»

⁴¹ Bis zum Abschluss der Organentwicklung (Art. 2 lit. i FMedG).

FMedG entfällt), damit v. a. keine Embryonen vernichtet werden müssen und weitere Punktionen verhindert werden können.⁴² Die Sachüberschrift von Art. 16 nFMedG lautet neu: Konservierung von imprägnierten Eizellen und Embryonen *in vitro*. Vorausgesetzt wird für die Konservierung beider Arten von befruchteten Eizellen die schriftliche Zustimmung des Paares (Art. 16 Abs. 1 lit. a nFMedG), zudem muss diesfalls die Aufbewahrung explizit der Herbeiführung der Schwangerschaft dienen (Art. 16 Abs. 1 lit. b. FMedG).⁴³ Der Widerruf der Einwilligung zur Aufbewahrung und Verwendung kann jederzeit schriftlich *von einem der Partner* erfolgen (Art. 16 Abs. 3 FMedG).

Sowohl die imprägnierte Eizelle als auch der Embryo *in vitro* dürfen wie die Eizellen gemäss Art. 16 Abs. 2 nFMedG für fünf Jahre konserviert werden, wobei die Dauer auf Antrag des Paares ebenfalls um maximal fünf Jahre verlängert werden kann. Nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist und nach einem Widerruf werden diese befruchteten Eizellen sofort vernichtet (Art. 16 Abs. 3 nFMedG).⁴⁴

Für die Entwicklung von *Embryonen in vitro* gilt ausserdem neu, dass nicht mehr nur drei Embryonen pro Behandlungszyklus *in vitro* (aus imprägnierten Zellen und damit letztlich auch aus konservierten Eizellen) entwickelt werden dürfen, sondern pro Zyklus so viele, wie medizinisch nötig sind (für die Fortpflanzung oder die Erbgutuntersuchung), maximal aber zwölf Embryonen (Art. 17 Abs. 1 nFMedG). Zudem dürfen diese nur so weit entwickelt werden, wie es für die Einnistung nötig ist (Art. 17 Abs. 2 FMedG). Die Embryonen müssen der Frau aber nicht mehr alle sofort in die Gebärmutter implantiert werden, da sie nun neu auch eingefroren und aufbewahrt werden können. Dies sollte in der Praxis zur Folge haben, dass weniger Mehrlingsschwangerschaften entstehen.⁴⁵

Für den Fall, dass es zu *überzähligen imprägnierten Eizellen oder Embryonen in vitro* kommt, regelt das Stammzellenforschungsgesetz vom 19. Dezember 2013 (StFG)⁴⁶, wann überzählige Embryonen für die Forschung (Gewinnung von Stammzellen) verwendet werden dürfen (die Bestimmungen des StFG sind neu gesetzlich vorbehalten nach Art. 16 Abs. 4 nFMedG) und welches die verbotenen Handlungen sind (Katalog gemäss Art. 3 StFG): *Namentlich ist etwa das Aus- und Einführen von überzähligen Embryonen in vitro verboten, und jede Veräusserung bzw. jeder Erwerb*

von überzähligen Embryonen muss zwingend unentgeltlich erfolgen (Art. 4 StFG).

Im Todesfall *eines der beteiligten Partner* dürfen nach revidiertem Recht auch befruchtete Eizellen (imprägnierte) und Embryonen *in vitro* nicht mehr verwendet werden (Art. 3 Abs. 5 nFMedG). Das bedeutet, dass, wenn ein Ehepartner nach Beginn der fortpflanzungsmedizinischen Behandlung stirbt, die überlebende Ehepartnerin sich den genetisch gemeinsamen und gewünschten Embryo nicht mehr implantieren lassen kann.

Im Resultat ergibt sich damit, dass neu nicht nur imprägnierte Eizellen und Embryonen *in vitro* rechtlich gleich behandelt werden sollen, sondern dass auch eine gewisse Harmonisierung mit den Vorschriften zur Konservierung und Aufbewahrung der unbefruchteten Eizellen erfolgt (v. a. einheitliche Aufbewahrungsfrist von zehn Jahren für alle Keimzellen). Eine wesentliche rechtliche Unterscheidung zwischen der Konservierung von befruchteten und unbefruchteten Eizellen liegt jedoch darin, dass die Embryonenkonservierung (Art. 16 nFMedG) explizit nur im Rahmen eines medizinisch unterstützten Fortpflanzungsverfahrens vorgesehen ist. Zudem müssen unbefruchtete Eizellen nach Ablauf der Konservierungsdauer oder nach einem Widerruf der Einwilligung sofort vernichtet werden, während überzählige Embryonen u. U. der Forschung zugeführt werden können. Es bleibt jedoch sowohl für überzählige unbefruchtete Eizellen als auch für überzählige Embryonen beim Spendeverbot.

4. Zwischen Eizellenvorsorge und Eizellenspendeverbot

Die Aufhebung des Eizellenspendeverbots wird in der Schweiz bereits politisch diskutiert.⁴⁷ Erstens reisen jedes Jahr rund 1000 Personen aus der Schweiz ins Ausland, um sich ihren Kinderwunsch mit einer Eizellenspende zu erfüllen. Zweitens wird die rechtliche Ungleichbehandlung von erlaubter Samenspende (Art. 18 ff. FMedG) und verbotener Eizellenspende (Art. 4 FMedG) im juristischen Schrifttum zunehmend kritisiert.⁴⁸

Wird die eigene Eizellenvorsorge künftig vermehrt praktiziert, so könnte dies zum einen die Nachfrage nach Eizellenspenden senken, zum anderen würde auch die Anzahl der überzähligen Ei-

⁴² Botschaft Rev. FMedG, BBl 2013 5853 ff., 5933.

⁴³ BBl 1996 III 205 ff., 265.

⁴⁴ Nach Art. 5a Abs. 2 nFMedG ist eine weitere schriftliche Einwilligung des Paares auch *für das Reaktivieren von konservierten Embryonen und imprägnierten Eizellen* erforderlich.

⁴⁵ NEK, Stellungnahme Nr. 23/2013, 17.

⁴⁶ SR 810.31.

⁴⁷ Die parlamentarische Initiative 12.487 Neiryck Jacques vom 4. 12. 2012 wurde zwar am 18. 3. 2016 abgeschrieben, aber nicht weil die Aufhebung kein Thema sei, sondern vielmehr ein zu komplexes, das anders angegangen werden müsse.

⁴⁸ *Belser/Jungo*, ZSR Bd. 135 (2016) I, 175 ff., 205 f.; *Büchler*, ZSR Bd. 135 (2016) II 351 ff.; zum Ganzen *Andrea Büchler*, Rechtsgutachten zur Eizellenspende de lege lata und de lege ferenda, 2013, aktualisiert 2014, 15 ff.; *Sandra Hotz*, Widersprüche in der Fortpflanzungsmedizin?, recht 1 (2014) 32 ff.

zellen zunehmen, sodass sich die Frage nach der rechtlichen Rechtfertigung des Eizellenspendeverbots umso dringender stellt, denn bevor die überzähligen Eizellen vernichtet werden, könnten sie auch rechtlich kontrolliert an andere Frauen in der Schweiz gespendet werden. Die Phänomene Eizellenvorsorge und Eizellenspende sind damit wechselseitig verbunden und sollten auch gemeinsam diskutiert werden.

IV. Ausgewählte rechtsvergleichende Aspekte

Ein Blick über die schweizerischen Grenzen hinaus zeigt, dass bei vergleichbaren Entwicklungen in der Reproduktionsmedizin und bei den Geburtenraten von Frauen die rechtlichen Regelungen zur Eizellenvorsorge in den Nachbarländern *heteronom ausfallen*:

Das in jüngerer Zeit revidierte *Fortpflanzungsmedizinengesetz* (FMedG) *Österreichs*⁴⁹ weist zunächst in § 1 eine Umschreibung des medizinisch unterstützten Fortpflanzungsverfahrens und der angewandten Methoden auf, die u. a. klarstellt, dass nur das Einführen von Eizellen in den Körper einer Frau oder das extrakorporale Befruchten von Eizellen als solches gelten kann. Ferner erlaubt das Gesetz unter dem neu eingefügten Titel *«Zellenentnahme und -aufbewahrung»* das Einfrieren von unbefruchteten Eizellen nur im *Hinblick auf ein künftiges medizinisch unterstütztes Fortpflanzungsverfahren und bei Vorliegen einer medizinischen Indikation* («körperliches Leiden», § 2b Abs. 1 FMedG). Unter einer solchen wird etwa auch eine bevorstehende zytotoxische Therapie verstanden. Unter dem gleichen Titel erlaubt § 2b Abs. 2 FMedG jedoch die Eizellenspende, sofern die Spenderin mindestens 18 Jahre alt und nicht über 30 Jahre alt ist.⁵⁰ Daneben regelt das sog. *Gewebebesicherheitsgesetz* (GSG) umfassend die Gewinnung und die Lagerung von menschlichen Zellen und Gewe-

ben inkl. der Keimzellen, insbesondere die Konservierung und die Aufbewahrung (§ 1 Abs. 1 und 2 GSG). Das Gesetz kommt auch auf die medizinisch indizierte Eizellenvorsorge zur Anwendung (*e contrario* aus § 1 Abs. 3 GSG, Ausschluss betr. autologer Verwendung im gleichen Eingriff). Es regelt ferner die entsprechenden Bewilligungspflichten (§§ 22 GSG).⁵¹

In *Deutschland* ist die Eizellenvorsorge ohne medizinische Indikation erlaubt. Das Embryonenschutzgesetz verbietet ausdrücklich nur die Eizellenspende und die Entnahme eines Embryos zur Spende (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 und 6 ESchG).⁵² Im Gegensatz zur Schweiz ist in Deutschland die *«Embryonenspende und -adoption» bei vorhandenen überzähligen Embryonen* ausnahmsweise erlaubt (solange keine Übertragung auf eine Leihmutter, § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, vorliegt). Das bedeutet, dass Paare ihre überzähligen gefrorenen befruchteten Eizellen dritten Personen, die keine Kinder bekommen können, unentgeltlich überlassen können. Der Deutsche Ethikrat hat dazu jüngst eine klare gesetzliche Regelung gefordert.⁵³ Im Übrigen zeigt der sachliche Anwendungsbereich des ESchG aber, dass nur «befruchtete Eizellen» bzw. solche, die extrakorporal «befruchtet werden sollen», erfasst werden. Auch in Deutschland regelt ferner allgemein ein *Gewebebesetz die Sicherheit* bei der Entnahme menschlicher Zellen und Gewebe (§ 1 Abs. 1 und 2 *e. c.* Anwendungsausschluss bei autologer Verwendung im gleichen Eingriff)⁵⁴, das die Keimzellen nicht ausnimmt. Allerdings ist das Gesetz klar ausgerichtet auf die Transplantation, sodass sich für die Eizellenvorsorge praktisch keine anwendbaren Vorschriften

⁴⁹ Bundesgesetz über die Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Gewinnung, Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Zellen und Geweben zur Verwendung beim Menschen (Gewebebesicherheitsgesetz – GSG), StF: BGBl. I Nr. 49/2008, in der Fassung vom 22. 1. 2017.

⁵⁰ Nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 Embryonenschutzgesetz (ESchG) vom 13. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2746), geändert durch Artikel 22 des Gesetzes vom 23. Oktober 2001 (BGBl. I S. 2702), wird u. a. bestraft, wer «*einer Frau einen Embryo vor Abschluss seiner Einnistung in der Gebärmutter entnimmt, um diesen auf eine andere Frau zu übertragen*» oder wer nach § 2 Abs. 1 ESchG *einen extrakorporal gezeugten Embryo zu einem nicht der Erhaltung dienenden Zweck abgibt*. Die deutschen Regelungen zur Fortpflanzungsmedizin sind in verschiedenen Gesetzen geregelt; namentlich zu erwähnen sind das Embryonenschutzgesetz (ESchG), das Gewebegesetz (GEG) und das Arzneimittelgesetz (AMG), s. nachfolgende Fn. 54/55, sowie das Transplantationsgesetz (TPG) i. d. F. vom 4. September 2007 (BGBl. I S. 2206), das durch Artikel 2 des Gesetzes vom 21. November 2016 (BGBl. I S. 2623) geändert worden ist, sowie die Transplantations-Gewebeverordnung des Bundesministeriums für Gesundheit vom 26. März 2008 (BGBl. I S. 512) i. d. F. vom 21. November 2016 (BGBl. I S. 2623), das Transplantationsgesetz (TPG) und die TPG-GewV des Bundesministeriums für Gesundheit.

⁵³ Stellungnahme des Deutschen Ethikrates vom 22. März 2016 zur Embryospende, Embryooption und elterlichen Verantwortung, 33 ff. (zur Rechtslage), 126 ff. (Stellungnahme).

⁵⁴ Das Gesetz über Qualität und Sicherheit von menschlichen Geweben und Zellen vom 20. Juli 2007 (BGBl. S. 1574), Gewebegesetz (GEG).

⁴⁹ Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen werden (Fortpflanzungsmedizinengesetz – FMedG), StF: BGBl. Nr. 275/1992, in der Fassung vom 22. 1. 2017, konsolidiert mit der Änderung: Bundesgesetz, mit dem das Fortpflanzungsmedizinengesetz, das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, das Gentechnikgesetz und das IVF-Fonds-Gesetz geändert werden (Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 – FMedRÄG 2015 BGBl. I Nr. 35/2015). Die Revision des Fortpflanzungsmedizinengesetzes erfolgte nach dem Urteil des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs (Urteil vom 10. 12. 2013, G 16/2013, G 44/2013), welcher dem Gesetzgeber eine Frist zur Revision des Gesetzes bis Ende 2014 angesetzt hatte; dieses Urteil ist infolge des Urteils des EGMR S. H. u. a. gegen Österreich, EGMR (GK) vom 3. 11. 2011, NR 57813/00, ergangen, das bereits keine besonders überzeugenden Gründe für eine rechtliche Ungleichbehandlung von Samen- und Eizellenspende mehr gesehen hat.

⁵⁰ Zudem darf die Empfängerin der Eizellenspende zum Zeitpunkt des Behandlungsbeginns nicht mehr als 45 Jahre alt sein (§ 3 Abs. 3 FMedG).

finden. Für die Entnahme der Eizellen zur Rückübertragung gilt, dass die betreffende Person einwilligungsfähig sein muss, und die Verwendung von Keimzellen muss medizinisch indiziert sein (§ 8c Abs. 1 TPG, §6 Abs. 1 TPG-GewV). Es dürfen in Deutschland damit nur unbefruchtete Eizellen oder Eizellen im Vorkernstadium (sog. imprägnierte Eizellen) eingefroren werden. Einrichtungen, welche Gewebe und damit Eizellen gewinnen und konservieren, bedürfen aber einer Erlaubnis der zuständigen Behörde (§ 20b Abs. 1 und § 20c Abs. 1 Arzneimittelgesetz).⁵⁵

In Frankreich dürfen unbefruchtete Eizellen lediglich bei medizinischer Indikation eingefroren werden (Art. 32 i. V. m. Art. 31). Das ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang des Gesetzes, das die Fortpflanzungsmethoden und unter diesen in Art. 2 lit. a *Loi relative à la bioéthique* auch die Konservierung von Gameten aufzählt, sodass diese auch nur mit Indikation zulässig ist, während das Vitrifizierungsverfahren mit der Revision aus dem Jahre 2011 ausdrücklich erlaubt wird (Art. 31).⁵⁶ Anzumerken ist allerdings, dass im Unterschied zur Rechtsentwicklung in der Reproduktionsmedizin, die durchaus vergleichbar ist mit derjenigen in der Schweiz, das Gesundheitssystem in Frankreich anders ist: Im Prinzip gilt egalitär für alle Bürgerinnen und Bürger, dass medizinische Behandlungskosten staatlich gedeckt sind, sodass nachvollziehbar(er) wird, dass der Staat zurückhaltend ist bei der Anerkennung von nicht medizinisch indizierten Eingriffen.⁵⁷

In Grossbritannien⁵⁸ ist die Eizellenvorsorge ohne medizinische Indikation wiederum erlaubt. Das britische Fortpflanzungsmedizinengesetz, *The Human Fertilisation Act* aus dem Jahre 1990, i. d. F. von 2008, legt die Aufbewahrungsfrist für Eizellen und Embryonen auf zehn Jahre fest. Ursprünglich ging *The Human Fertilisation Act* (1990) ähnlich wie das schweizerische FMedG von einer unterschiedlichen Aufbewahrungszeit für Eizellen (10 Jahren) und Embryonen (5 Jahren) aus;⁵⁹ im Jahre 1991 wurden jedoch beide auf zehn Jahre

festgesetzt. Die Frau musste bei der Entnahme der Eizellen jünger als 45 Jahre sein, und ihre Fertilitätschancen müssen durch die Eizellenvorsorge wesentlich verbessert werden, was von einer medizinischen Fachperson schriftlich bestätigt werden muss.⁶⁰

Ein Sondergesetz zu den Aufbewahrungszeiten von Gameten und Embryonen, *The Human Fertilisation and Embryology (Statutory Storage Period for Gametes and Embryos) Regulations 2009*, konkretisiert die Aufbewahrungsdauer von Eizellen heute zusätzlich wie folgt:

- Die Patientin kann eine maximale Aufbewahrungsdauer von 55 Jahren verlangen (z. B. *pre-mature infertility*).⁶¹
- Zusätzlich muss eine medizinische Fachperson alle zehn Jahre überprüfen, ob die Dauer fachlich noch angemessen ist.⁶²

Auf ein gesetzlich geregeltes Höchstalter wurde damit in Grossbritannien bewusst verzichtet.

C. Behandlungsvertrag über die Eizellenvorsorge

I. Selbstbestimmung im Vertragsrecht

Besondere Bedeutung kommt der Selbstbestimmung einer Person im Vertragsrecht zu, denn mit einem Vertrag drückt eine Person ihr Selbstbestimmungsrecht aus. Es ist eines ihrer wirkungsmächtigsten Instrumente für die Selbstbestimmung.

Diese Bedeutung nimmt zu, wenn es sich um eine höchstpersönliche Angelegenheit handelt, welche die Parteien per Vertrag regeln möchten, beispielsweise die künftige eigene Personensorge. Das schweizerische Recht kennt ausdrücklich den umfassenden Vorsorgeauftrag (Art. 360 ff. ZGB), mit dem eine Person ihre Personen- und Vermögenssorge im Hinblick auf eine künftige Zeit einer möglichen Handlungsunfähigkeit vorsorgend regelt. Der Auftrag an eine medizinische Fachperson zur Eizellenvorsorge ist fraglos ebenfalls höchstpersönlicher Natur, und die Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts bleibt gross. Aus dem Selbstbestimmungsrecht im medizinischen Be-

⁵⁵ Arzneimittelgesetz (AMG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3394), das durch Artikel 2 des Gesetzes vom 20. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3048) geändert worden ist.

⁵⁶ Articles 31–32 Loi n° 2011–814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique (2. grössere Revision seit 1994).

⁵⁷ *Code de la santé publique*; Kosten für Fortpflanzungsmethoden werden bis zum 43. Altersjahr oder bis zum 4. Versuch zu 100% von den Krankenkassen übernommen; s. a. Professor Bernard Hédon, «Social Freezing in France: why not?», Vortrag am 2. Internationalen Kongress zu Social Freezing, 6. März 2015 (unter youtube: www.youtube.com/watch?v=HYAzELKYt5A, besucht am 19. Januar 2017).

⁵⁸ *Emily Jackson*, Social egg freezing and the UK's statutory storage time limits, *Journal of Med. Ethics* 2016 :0 :1-4; zur Rechtslage in Grossbritannien s. a. *Matthias Till Bürgin*, Zwei Mütter, ein Vater, *recht* 2 (2016) 190 ff., 193 f.

⁵⁹ Sec 14 (3) und (4).

⁶⁰ *Human Fertilisation and Embryology (Statutory Storage Period) Regulations 1991*, regulation 2(2); schedule 1.

⁶¹ *Human Fertilisation and Embryology (Statutory Storage Period) Regulations 2009*, regulation 4(4) bzgl. durchführender Klinik/durchführender Arztes: Sec 11(1)(b), s. a. Sec 14.

⁶² *Human Fertilisation and Embryology (Statutory Storage Period) Regulations 2009*, regulation 4(3) ((b)); nach *Jackson*, *Journal of Med. Ethics* 2016 :0 :1-4, widerspricht die 10-Jahres-Dauer dem medizinischen Standard («against good clinical practice»); sie fragt sich, ob Frauen, die der normalen altersabhängigen Abnahme der Fruchtbarkeit ausgesetzt sind, keine Verlängerung beantragen können.

handlungsvertrag leitet sich direkt die Aufklärung der Patientin ab. «*Sie soll ihr Selbstbestimmungsrecht sinnvoll wahrnehmen und über die Inkaufnahme der damit verbundenen Risiken frei entscheiden können*»⁶³ (dazu gleich Ziff. III).

II. Behandlungsvertrag

1. (K)ein Behandlungsvertrag über nicht medizinisch indizierte Eizellenvorsorge?

Der privatrechtliche medizinische Behandlungsvertrag ist in der Schweiz bis heute nicht besonders geregelt, sondern folgt den allgemeinen auftragsrechtlichen Regeln (Art. 319 ff. OR).⁶⁴ Die Patientin, welche die Eizellenvorsorge beauftragt, hat zusammengefasst einen Anspruch auf eine Behandlung, die zum Zeitpunkt der Behandlung dem allgemein anerkannten fachlichen Standard entspricht.⁶⁵ Die medizinische Fachperson soll nach bestem Wissen und Können auf die vereinbarte Behandlung hinwirken (Art. 398 Abs. 1 und 2 OR). Auftragstypisches Qualifikationselement des Behandlungsvertrags ist die *fehlende Erfolgsgarantie der Behandlung*.

Der Umstand, dass die Eizellenvorsorge einer Frau u. U. *nicht medizinisch indiziert ist*, ändert nichts daran, dass es sich um einen Behandlungsvertrag zwischen einer medizinischen Fachperson und einer Patientin handelt.⁶⁶ Ein Behandlungsvertrag ist hier auf die Wahrung der Gesundheit der Frau und die Vermeidung von gesundheitsschädigenden Ereignissen gerichtet. Wird davon ausgegangen, die Eizellenvorsorge könne zur Verbesserung ihres eigenen Wohlbefindens beitragen und der eigenen Lebensqualität zugutekommen, so kann diese (auch schon in «Phase I») der Gesundheit im weitesten Sinne dienen.

Hinzu kommt, dass schon längst nicht mehr jede ärztliche Behandlung zu Heilzwecken erfolgt und die sog. medizinische Indikation auch bei einer Reihe von invasiven chirurgischen Eingriffen fehlt: Zu denken ist hierbei etwa an die nicht unbedingt medizinisch indizierten Kaiserschnittgeburten, die Sterilisationen und auch an die Schwangerschaftsabbrüche (daraus folgt umgekehrt auch, dass nicht jeder nicht medizinisch indizierte Eingriff einer me-

dizinischen Fachperson für sich genommen einen Behandlungsfehler darstellt⁶⁷).

Die Behandlung im Rahmen des medizinischen Behandlungsvertrags kann zusammenfassend auch nicht medizinische Leistungen umfassen.⁶⁸

2. Allgemeine Rechte und Pflichten

Die medizinische Fachperson verpflichtet sich im Behandlungsvertrag, nach den Regeln der ärztlichen Kunst auf eine Eizellenvorsorge hinzuwirken. Zur tatsächlichen Herbeiführung des Erfolges im Sinne einer Garantie ist sie genauso wenig verpflichtet wie zur effektiven Vermeidung von schädigenden Ereignissen, zumal jeder ärztlichen Handlung und auch jeder Krankheit gewisse Gefahren und Risiken immanent sind.⁶⁹ Das bedeutet, dass die medizinische Fachperson nicht dafür garantieren kann, dass der Frau nach der Hormonstimulation tatsächlich genügend Eizellen entnommen werden können, damit alle Eizellen den Vorgang des Kryokonservierens und des Aufbewahrens «überleben». Vielmehr kann die medizinische Fachperson nur vereinbaren, dass die Frau aufgrund ihres aktuellen Gesundheitszustandes *de lege artis* davon ausgehen kann, dass ihr eine bestimmte Anzahl Eizellen (die je nach Frau variieren kann) entnommen und dass so viele Eizellen wie möglich schadlos eingefroren und konserviert werden, sodass diese zu einem späteren Zeitpunkt auf Wunsch der Auftraggeberin wieder aufgetaut und verwendet werden können.

Die *vertragsrechtliche Perspektive zeigt gut*, dass die medizinische Fachperson bei einem Behandlungsvertrag über die Eizellenvorsorge von allem Anfang an *nicht* dafür einstehen muss, dass die Patientin je schwanger wird oder ihr Kinderwunsch jemals in Erfüllung geht; weiter ist auch ausgeschlossen, dass die medizinische Fachperson den späteren erfolgreichen Zugang zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung verspricht.

Die *allgemeinen Pflichten der medizinischen Fachperson* sind: Treuepflicht, Schweigepflicht, Sorgfaltspflicht, Aufklärungspflicht, Rechenschaftspflicht bzw. Pflicht zur Patientendokumentation, die Aufschluss über die umfassende Beratung, die gesundheitliche Untersuchung und die Behandlungswahl der Frau gibt. Wichtig sind bei der Eizellenvorsorge die Aufklärungspflicht (vgl. Ziff. III) und die Sorgfaltspflicht bei der Vornahme der einzelnen Schritte der Eizellenvorsorge. Die Sorgfaltspflicht ist objektiv zu verstehen und vom Verschulden zu

⁶³ Vgl. BGH v. 25. 4. 1989 – VI ZR 175/88, BGHZ 107, 222 = MDR 1989, 805.

⁶⁴ BGE 132 III 359 E. 3.1, 120 II 248.

⁶⁵ Vgl. § 630a Abs. 2 BGB.

⁶⁶ Christoph Stock, Ist die Verbesserung des Menschen rechtsmissbräuchlich? In: Die Verbesserung des Menschen. Rechtliche und tatsächliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin, *Albrecht Wienke, Wolfram H. Eberbach, Hans-Jürgen Kramer, Kathrin Janke* (Hrsg.), Berlin, Heidelberg 2009, 154 f.; z. B. ist die «*ästhetische Integrität*» erfasst n. Urteil des Kantonsgerichts Waadt vom 5. 7. 2006, E. 3, SG Nr. 1618.

⁶⁷ Sigrid Lorz, *Arzthaftung bei Schönheitsoperationen*, Berlin 2007, 25.

⁶⁸ So auch die deutsche Lehre: Heinz-Peter Mansel, in: *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB*, 16. Auflage, München 2015, § 630a BGB Rn. 5.

⁶⁹ BGE 120 Ib 411 E. 4a.

trennen. Sie lässt sich aber nicht allgemeingültig umschreiben, sondern richtet sich stark nach den konkreten gesundheitlichen Umständen der Frau und der Wahl der Behandlung (wobei heute regelmässig das schnelle Vitrifizierungsverfahren durchgeführt wird) sowie dem Zeit- und Ermessensspielraum, der der medizinischen Fachperson zur Verfügung steht. Die Patientinnen sind stets fachgerecht zu behandeln, und es ist zum Schutz ihrer Gesundheit die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt anzuwenden.⁷⁰

Weitere besondere Vertragsinhalte richten sich nach der tatsächlichen Willenseinigung der Parteien (Art. 18 OR). Haben sich die Parteien nicht klar ausgedrückt, wird der Vertragsinhalt nach Vertrauensprinzip ausgelegt. Eine für die Patientin wichtige Frage kann bei einem Behandlungsvertrag zur Eizellenvorsorge beispielsweise sein, ob eine Pflicht zur persönlichen Behandlung der konsultierten medizinischen Fachperson besteht oder ob diese beispielsweise die Punktion und die Entnahme der Eizellen bzw. die Kryokonservierung delegieren darf. Zentral für einen Behandlungsvertrag zur Eizellenvorsorge bleiben neben der Aufklärung über die einzelnen Schritte 1–10 auch die Aufklärung über die Aussichten auf eine Schwangerschaft bei einer Eizellenvorsorge und das anschließende (rechtlich mögliche) medizinisch unterstützte Fortpflanzungsverfahren sowie die allgemeinen Risiken der betroffenen Frau und des Kindes, das aus einer kryokonservierten Eizelle und IVF/ICSI entsteht, sowie die Darlegung der Kosten.

Die Patientin hat ihrerseits die Pflicht zur Vergütung der Leistung der medizinischen Fachperson.

3. Zur Aufbewahrung

Der Behandlungsvertrag über die Eizellenvorsorge umfasst noch einen besonderen Inhalt: *die spezielle Aufbewahrung der Eizellen*, die jährlich entgolten wird. Es kann bezüglich dieser Dienstleistung grundsätzlich von einem hinterlegungsrechtlichen Vertragselement ausgegangen werden (Art. 472 ff. OR), denn unbefruchtete extrakorporale Eizellen können als bewegliche Sachen angesehen werden, auch wenn *die Bestimmungen des FMedG diesbezüglich vorgehen*.⁷¹ Der Aufbewahrer erhält kein Recht, die Sache zu nutzen oder zu gebrauchen (Art. 472 Abs. 1 OR i. V. m. Art. 474 Abs. 2 OR).

Neben den medizinischen Beratungs- und Behandlungsleistungen ist das hinterlegungsrechtliche Element untergeordnet. Je länger die Aufbe-

wahrungsdauer jedoch wird, umso bedeutender wird dieses Vertragselement, sodass u. U. auch von einem gemischten Vertrag ausgegangen werden kann. Es ist auch denkbar, dass die medizinische Fachperson die Kryokonservierung an eine professionelle Drittperson (z. B. Kryobank) übertragen hat, deren Verhalten sie sich u. U. anrechnen lassen muss (Art. 399 OR).

Es ist auch denkbar, dass die Patientin zwei Verträge mit zwei verschiedenen Personen schliesst: einen Behandlungsvertrag mit einer medizinischen Fachperson (Art. 319 ff. OR) und eine Form von Hinterlegungsvertrag mit einer Aufbewahrungsstätte (Art. 472 ff. OR). Wichtig ist, dass die Patientin jederzeit vom Vertrag zurücktreten kann (Art. 475 OR); das entspricht Art. 15 nFMedG, der den Widerruf der Einwilligung ausdrücklich festhält. Problematisch dürfte es beispielsweise sein, wenn für einen voraussichtlichen Widerruf «zur Unzeit» bereits eine pauschale Summe vereinbart wird, welche die Patientin von einem Widerruf abhalten könnte. Die aufbewahrende Person hat vielmehr nachzuweisen, dass sie durch den vorzeitigen Widerruf der Eizellen einen Schaden erleidet (Art. 472 Abs. 2 OR besagt hierzu nichts anderes als Art. 404 Abs. 2 OR).

Der Umgang mit den Eizellen ist wie ausgeführt (lit. B. Ziff. II) analogerweise durch Art. 15 ff. FMedG geregelt. Der Übertragung von Körperteilen und der Verfügungsbefugnis des Eigentümers sind durch das FMedG gesetzliche Schranken gesetzt: Daraus wird u. a. geschlossen, dass das bestehende Eigentum an den Eizellen zwar preisgegeben, aber nicht übertragen werden kann.⁷² Da Art. 15 nFMedG die Vernichtung der Eizellen nach Ablauf der Konservierungsdauer oder nach einem Widerruf vorsieht, kann dies so ausgelegt werden, dass die hinterlegten Eizellen jederzeit von der Frau zurückgefordert werden können, solange die Frau diese nicht spendet (Art. 4 FMedG).

Aus sachenrechtlicher Sicht könnte das gestützt werden: Der Körper eines Menschen ist eindeutig keine Sache. Ob die vom Körper eines Menschen getrennten Körperteile tatsächlich unpersönliche Sachen sind (so das entscheidende Begriffsmerkmal), ist indes bereits weniger klar.⁷³ Mit der Trennung von Körperteilen kann sich die Herrschaft in

⁷² BSK-Wiegand, *ibid.*

⁷³ Die deutsche Rechtsprechung geht davon aus, dass Haare, Blut und Sperma oder Eizellen weiter zum Schutzgut des Körpers zählen, wenn sie zur Bewahrung der Körperfunktionen oder zur Wiedereingliederung in den Körper bestimmt sind: BGHZ 124, 52; der Entscheid wurde allerdings als zu weit gehend kritisiert: zum Ganzen *Brigitte Tag*, Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und Lex artis, Heidelberg 2000, 98 ff.; das Eigentum erwirbt unmittelbar derjenige, zu dessen Körper die Keimzelle vor der Abtrennung oder Absonderung gehörte: *Jochen Taupitz*, in *Günther/Taupitz/Kaiser*, Embryonenschutzgesetz, § 1 Abs. 1 Nr. 1, Rdn. 17 m. v. N.; wie der BGH auch BSK-Wiegand (4. A), Vor Art. 641 ff. ZGB N 18.

⁷⁰ BGE 120 Ib 411 E 4a., 120 II 248 E. 2c., BGer. 13.6.2000, 4C_53/2000 E. 1b.

⁷¹ A. A. BSK-Wiegand, Vor Art. 641 ff. N 17 f; Kuko-ZGB-Domej, Vor Art. 641–654a ZGB N 6, s. Fn. 72, 73.

Eigentum wandeln, welches übertragen werden kann. Wird ein Körperteil jedoch in der Absicht der späteren Wiedereinführung «abgetrennt», wie dies bei einer «Eigen-Blutspende» oder einer «Eigen-Eizellenspende» der Fall ist, so wird teils keine Sachqualität angenommen; diese Auffassung ist aber umstritten. Parallel dazu bestehen nach der deutschen Doktrin aber fraglos auch Persönlichkeitsrechte an den eigenen kryokonservierten Eizellen.⁷⁴

4. *Behandlungsvertrag über das medizinisch unterstützte Fortpflanzungsverfahren*

Schliesslich liegt regelmässig ein *neuer Behandlungsvertrag* vor, wenn die Patientin zu einem späteren Zeitpunkt ihre Eizellen benützen und ein medizinisch unterstütztes Fortpflanzungsverfahren durchführen will, selbst wenn die medizinische Fachperson die gleiche Vertragspartei sein sollte wie diejenige, die ihr die Eizellen entnommen hat. Ein Behandlungsvertrag über die Eizellenvorsorge enthält namentlich *kein Optionsrecht für den Abschluss des künftigen Behandlungsvertrags* über das medizinisch unterstützte Fortpflanzungsverfahren (Zielvertrag), denn dieser hängt von a) der medizinischen Indikation nach Art. 5 FMedG und b) den persönlichen Voraussetzungen für die Zulassung zur Fortpflanzungsmedizin ab.

Es ist aber auch ein kombinierter Vertrag denkbar, wenn die Kryokonservierung im Rahmen eines medizinisch unterstützten Fortpflanzungsverfahrens stattfindet oder nur ein kurzer Zeitabstand zwischen den Phasen I und II besteht. Dies war etwa der Fall in einem jüngeren deutschen Entscheid, in dem es sich dann aber explizit um einen «*Vertrag über die Kryokonservierung und nachfolgende Behandlung von Eizellen im 2-PN-Stadium sowie deren Verwahrung*» zwischen Ehepaar X und Klinik handelte. Anlass für die Kryokonservierung war in diesem Fall die Krebserkrankung der Frau, welche eineinhalb Jahre nach der Behandlung gestorben ist.⁷⁵

III. **Zur Aufklärungspflicht im Besonderen**

Zweck der ärztlichen Aufklärung ist es, dass die Patientin die nötigen Informationen und die nötige fachliche Beratung erhält, um in der Lage zu sein, zu entscheiden, ob sie eine Eizellenvorsorge vornehmen will oder nicht. Ohne entsprechende Information und die Beratung kann die Patientin nicht abwägen, ob die Eizellenvorsorge für sie persönlich eine sinnvolle Massnahme ist und welches die Verwendungsmöglichkeiten ihrer Eizellen sind. Sie muss sämtliche Beschwerlichkeiten und Risiken der einzelnen Behandlungsschritte 1–10 gemäss lit. A Ziff. II («Phase I») gegen ihren persönlichen Nutzen abwägen können.⁷⁶ Die Aufklärung der Patientin ist Pflicht der medizinischen Fachperson aus Behandlungsvertrag und zugleich rechtliche Voraussetzung für die rechtsgültige Einwilligung in die Persönlichkeitsverletzung (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Das Selbstbestimmungsrecht der Patientin ist Teil ihrer freien Entfaltung der Persönlichkeit. Sämtliche medizinischen Massnahmen bedürfen daher ihrer Einwilligung aufgrund von Information (*Informed Consent*).⁷⁷

Liegt ein *Aufklärungsfehler* vor, so handelt die medizinische Fachperson widerrechtlich, auch wenn kein Behandlungsfehler im engeren Sinne (eine sog. Sorgfaltspflichtverletzung) vorliegt.⁷⁸ Mit einer Behandlung ohne ausdrückliche Einwilligung verletzt die behandelnde Person ihre Pflicht aus dem Vertrag nach Art. 398 OR (evtl. auch aus Art. 41 ff. OR) sowie nach Art. 27 f. ZGB. Ausserdem ist eine eventuelle, mit der Behandlung notwendig verbundene, den Körper verletzende Handlung nicht gerechtfertigt (Körperverletzung, Art. 123 StGB).⁷⁹ Für einen Behandlungsfehler im engeren Sinne (früher sogenannter «Kunstfehler») haftet die medizinische Fachperson nur, wenn sie objektiv gegen die Regeln der medizinisch-wissen-

⁷⁴ Urteil VwGer. St. Gallen vom 23.9.2013, E. 4.2.

⁷⁷ BGE132 III 359 E. 3.1, 127 III 421 E. 3c; 120 II 248 E. 2c m. w. H., *Regine Aebi-Müller et al.*, *Arztrecht*, Bern 2016, 37 ff.; *Harry Landolt/Iris Herzog-Zwitzer*, *Arzt Haftungsrecht*, Zürich 2015, Rz. 242 ff.; *BK-Fellmann*, Art. 394 OR N 185; *ders.*, *Arzt Haftung*, in: *Das Arztrecht*, *Moritz Kuhn/Thomas Poledna*, 2. A., Zürich 2007, 22, 67 ff.; *Wolfgang Wiegand*, *Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung*, in: *Heinrich Honsell* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, Zürich 1994, 119; *BK-Bucher*, Art. 19 ZGB N 223.

⁷⁸ BGE 124 IV 258 E. 2, 123 II 577 E. 4d/e, 119 II 456 (betr. Kosten), 117 Ib 204, 115 Ib 175, 113 II 429 E. 2. Neuerer Entscheid zur Aufklärungspflicht: 19. 5. 2009, 4A_604/2008, betreffend Behandlungsfehler bzw. Kausalität: 15. 1. 2009, 6B_649/2008.

⁷⁹ Das absolute Zustimmungsprinzip in Bezug auf den körperlichen Eingriff wird in den Art. 5–9 der Bioethikkonvention europaweit für den Gesundheitsbereich geregelt, wobei diese Bestimmungen in der Schweiz grundsätzlich direkt anwendbar sind: *Botschaft betr. das Europäische Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (BBi 2001 1533 ff., 1548)* und das *Zusatzprotokoll vom 12. Januar 1998 über das Verbot des Klonens menschlicher Lebewesen vom 12.9.2001*.

⁷⁴ Es wird im Resultat Sachen- und Persönlichkeitsrecht zur Anwendung kommen: vgl. *Erwin Deutsch*, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, Heidelberg 2013, 254 f.; *Christian Halasz*, *Das Recht auf bio-materielle Selbstbestimmung: Grenzen und Möglichkeiten der Weiterverwendung von Körpersubstanzen*, Berlin 2004, 46 ff.

⁷⁵ Mit dem Urteil des OLG Karlsruhe vom 17. Juni 2016 (14 U 165/15) wird der Herausgabeanspruch des verwitweten Ehemannes betr. 15 befruchteter Eizellen (Vorkernstadium) verneint. Eine Herausgabe sei nach dem abgeschlossenen Vertrag nur an beide Elternteile möglich. Nach Versterben der Ehefrau sei dies nicht mehr möglich. Dies entspreche den Regeln des Embryonenschutzgesetzes, das eine sog. «gespaltene Mutterschaft» verhindern wolle (der Kläger wollte die befruchteten Eizellen mit seiner zwischenzeitlich geheirateten zweiten Ehefrau verwenden, was dem Willen seiner verstorbenen Erstfrau entsprach). Der Kläger könne sich auch nicht auf Eigentumsrechte berufen, da er gar nicht Eigentümer der Eizellen im Vorkernstadium sei; s. a. Urteil OLG Rostock vom 7. Mai 2010 (Az. 7 U 67/09).

schaftlichen Fachkunst verstossen hat. Die Aufklärungspflicht lässt sich in mehrere Teilaspekte unterteilen:

1. *Eingriffs- und Risikoaufklärung oder Selbstbestimmungsaufklärung*

Die behandelnde Person ist verpflichtet, die Patientin über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären, insbesondere über Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und spezifische Risiken der Massnahme sowie die Eignung (evtl. Notwendigkeit) der Massnahme zur Eizellenvorsorge und über die Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Eizellenvorsorge. Die Eingriffs- und Risikoaufklärung, auch Selbstbestimmungsaufklärung genannt, unterscheidet sich in diesen Punkten von einer reinen Informationspflicht.

Hierzu zählen etwa folgende Punkte:

- alle Ablaufschritte 1–10 der Eizellenvorsorge (lit. A Ziff. II.2)
- Ablauf eines medizinisch unterstützten Fortpflanzungsverfahrens (sofern intendiert), inkl. rechtlicher Information
- Schwangerschaftsrate mit eingefrorenen Eizellen/ohne eingefrorene Eizellen
- Schwangerschaftskomplikationen/-raten gemessen am Alter
- körperliche und psychische Beschwerden einer Frau bei ihrer hormonellen Stimulation.

2. *Aufklärung über Alternativen*

Können mehrere medizinisch gleichermassen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen, ist auch über bestehende Alternativen aufzuklären. Eine Alternative wäre mitunter auch der *Verzicht auf eine Behandlung* und die Möglichkeiten einer späteren natürlichen Schwangerschaft mit «älteren Eizellen», mit Aufklärung über die Vor- und Nachteile eines späteren Fortpflanzungsverfahrens mit «älteren Eizellen» und dessen rechtliche Voraussetzungen (z. B. auch über die in der Schweiz nicht legale Eizellenspende). Generell aufzuklären wäre ferner über Möglichkeiten der Adoption und der Pflegeelternschaft.

3. *Aufklärung über die Kosten*

Die Aufklärung über die Kosten für «Phase I» und die Kosten für «Phase II» ist sehr wichtig, denn es kann gut sein, dass die Patientin in die «Phase I» der Eizellenvorsorge gar nicht einwilligt, wenn sie erfahren hat, dass die medizinisch unterstützte Fortpflanzung sehr kostspielig (ca. CHF 20 000.–)

und die Krankenkassendeckung für diese beschränkt ist. Zudem ist für die Patientin wichtig zu wissen, dass die «Phase I» (ca. CHF 3000.– bis 6000.–) von den Krankenkassen nicht gedeckt ist.

4. *Zwischenfazit: umfassende, klare und offene Aufklärung*

Zusammenfassend ist es Sinn und Zweck der Aufklärung, der Patientin die Schwere und Tragweite ihres Entscheides *klar und offen zu verdeutlichen*, sodass sie eine ausreichende Entscheidungsgrundlage hat, um selbstbestimmt zu entscheiden, ob sie in eine medizinische Massnahme einwilligt. Wenn also im Schrifttum kritisiert wird, dass es vielen Frauen an den nötigen Kenntnissen und Informationen zur Eizellenvorsorge fehle,⁸⁰ kommt einer die Ziff. 1–3 umfassenden und schonungslosen Aufklärung der medizinischen Fachperson zentrale Bedeutung zu. Es kann sein, dass die bisherige Aufklärungspraxis dazu beigetragen hat, dass heute offenbar überwiegend Frauen, die bei dieser Behandlung aus medizinischer Sicht nur geringe Erfolgchancen haben, eine Eizellenvorsorge in Anspruch nehmen.

Für medizinische Eingriffe, die *nicht unbedingt medizinisch indiziert sind, ist bei der Aufklärung ein sehr strenger Massstab anzulegen*.⁸¹ Eine maximale Aufklärung umfasst dabei insbesondere nicht nur eine Risiko- und Selbstbestimmungsaufklärung⁸², sondern beinhaltet zusätzlich die *Aufklärung über mögliche Behandlungsalternativen sowie deren Zeithorizont* und die Aufklärung über sämtliche wirtschaftlichen Implikationen und möglichen wirtschaftlichen Risiken des Eingriffs.

Die Eizellenvorsorge ist insoweit vergleichbar mit den Schönheitsoperationen, die nur ästhetisch motiviert sind: An die Aufklärungspflicht bei diesen wird zumindest in der deutschen Rechtsprechung explizit ein strengerer Massstab angelegt als an jene bei medizinisch indizierten Eingriffen. Bei Schönheitsoperationen wird seitens der Fachpersonen nämlich eine offene und klare maximale

⁸⁰ Wunder, SAEZ 2013.

⁸¹ So z. B. für Schönheitsoperationen im deutschen Recht, die nur ästhetisch motiviert sind: Erwin Deutsch/Andreas Spickoff, *Medizinrecht*, 6. A., 2008 Berlin, N 1318; Uhlenbruck, § 64 Rz. 5 m. w. H., § 67; BGH-Urteil vom 6. 11. 1990, NJW 1991 2349; OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. 3. 2003, Az. 8 U 18/02, Rz. 38; OLG Koblenz, Urteil vom 9. 4. 2009, Az. 5 U 621/08, NJOZ 2010 849; ein Haftungsausschluss für den ästhetischen Erfolg ist unzulässig: OLG Saarbrücken, MDR 2003, 1291.

⁸² Über seltene, aber grosse Risiken, die dem medizinischen Eingriff anhaften, ist die Patientin nach konstanter Rechtsprechung generell aufzuklären, wobei nicht die Häufigkeit eines möglichen Risikos, sondern die Tragweite des Risikos massgebend ist: BGH v. 29. 9. 2009, MedR 2010 (28) 494 ff., BGHZ 126, 386 ff., 389; BGHZ 144, 1 ff., 5.

Aufklärung verlangt:⁸³ Die Aufklärung vor einer Schönheitsoperation soll möglichst konkret und anschaulich erfolgen, sodass die Patientin sowohl über den gewählten Eingriff und dessen mögliche Alternativen, insbesondere das Anwenden einer «Aussenseitermethode», ihre Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Verbesserungen ihres Erscheinungsbildes als auch über allfällige Risiken, ja sogar *seltene* bleibende Entstellungen und gesundheitliche Beeinträchtigungen sehr konkret ins Bild gesetzt wird.

D. Einige Folgerungen, weitere Herausforderungen und nächste Schritte

I. Einige rechtliche Folgerungen

1. Eizellenvorsorge

Der Terminus *Eizellenvorsorge* wird hier bevorzugt, weil er das Phänomen nicht auf die Technik des Einfrierens reduziert, sondern den Zweck der Vorsorge zum Ausdruck bringt. Jede Frau, die sich zur Eizellenvorsorge mittels Vitrifizierung entscheiden will, muss über mehr als nur über diese Technik informiert werden und zusätzliche Schritte durchlaufen. Zudem ist die Gegenüberstellung von *Social vs. Medical-(Egg-)Freezing* zu hinterfragen: Dieser Akt der Vorsorge kann für sich genommen durchaus auch psychologisches Wohlbefinden auslösen, und umgekehrt ergibt auch nicht jede Eizellenvorsorge einer Krebspatientin medizinisch Sinn. Es dürfte u. U. nicht ganz einfach sein, die Behandlung eindeutig als nicht medizinisch indiziert zu bezeichnen. *Leidet eine Frau psychologisch* an der Vorstellung, dass ihr die Familiengründung oder der Kinderwunsch künftig versagt bleiben könnte, so ist im Zweifel von einer medizinischen Indikation auszugehen. Anderenfalls, und das ist eine rechtliche Differenzierung, die beachtlich ist, kann die medizinische Fachperson die Eizellenvorsorge aus rechtlicher und berufsethischer Sicht ablehnen.

2. Behandlungsvertrag mit umfassenden Aufklärungspflichten

Die Vereinbarung einer *Eizellenvorsorge mittels Behandlungsvertrag* mit einer medizinischen Fach-

person ist in der Schweiz rechtlich zulässig. Es wird im schweizerischen Recht dabei nicht die Unterscheidung gemacht, ob die medizinische Dienstleistung Heilzwecken oder der Gesundheit im Allgemeinen dient.⁸⁴

Vertragsrechtlich kann grundsätzlich gut unterschieden werden, ob in dem Vertrag nur die Eizellenvorsorge («Phase I») oder auch die medizinisch unterstützte Fortpflanzung («Phase II») geregelt werden soll. Vertragsgegenstand wird aber wie ausgeführt regelmässig nur die *Eizellenvorsorge* sein («Phase I»), und später (u. U. nach ca. zehn Jahren oder mehr Aufbewahrungszeit) wird realistischerweise ein neuer Behandlungsvertrag für die («Phase II») möglicherweise mit einer anderen Vertragspartei geschlossen. Diese Auffassung ist kohärent mit der geltenden Fortpflanzungsmedizin-gesetzgebung.

Gegenstand des Behandlungsvertrags zur Eizellenvorsorge sind die Information, Beratung, hormonelle Stimulation, die Entnahme der Eizellen mit einer Punktion und das Einfrieren der Eizellen («Phase I»). Zweck des Vertrags ist die Vorsorge für den Zeitpunkt, in dem die eigenen Fertilitätschancen vermindert sind, wobei die unmittelbaren individuellen Motive variieren können: Oft scheint der passende Partner zu fehlen. Es gibt mit einer vertraglichen Vereinbarung über die Eizellenvorsorge jedenfalls *keine rechtlich geschützte Option (auch keine vertraglich vereinbarte) auf Zulassung zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung* («Phase II»). Zum künftigen Zeitpunkt X, in dem die Eizellen aufgetaut und für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung verwendet werden sollen, müssen – wie in jedem anderen Fall – die Voraussetzungen des Fortpflanzungsmedizin-gesetzes nach Art. 3 und 5 FMedG erfüllt sein; dies sind namentlich die Unfruchtbarkeit, eine heterosexuelle Partnerschaft (oder Ehe im Fall des Bezugs eines Samenspenders) und die Voraussetzung, aufgrund des eigenen Alters und der persönlichen Verhältnisse für das Kind sorgen zu können. Dies gilt es in jedem Aufklärungsgespräch deutlich zu machen.

Aus vertragsrechtlicher Perspektive kann darauf geachtet werden, dass der Patientin keine unrealistischen Hoffnungen auf künftige Schwangerschaften gemacht werden. Verspricht ein Vertrag etwa die Schwangerschaft weit nach Abschluss der Wechseljahre (wie im Fall VwerGer. St. Gallen vom 23.9.2013 geschehen), so erscheint dies grundsätzlich problematisch. Es reicht etwa nicht, dass die Patientin einfach über die gesetzlich be-

⁸³ BGH-Urteil vom 6. 11. 1990, NJW 1991 2349; OLG Celle, Urteil vom 20. 5. 1985, NJW 1987 2304; Matthias Teichner/Birgit Schröder, Medizinisch nicht indizierte, ästhetische Eingriffe und das GKV-WSG, MedR 2009 17, 586 ff. m. w. H.; Joost, 126 ff., 132 ff. m. w. H. Nine Joost, Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten, in: Grenzen des Paternalismus, Bijan Fateh-Moghadam, Stephan Sellmaier, Wilhelm Vossenkuhl (Hrsg.), Stuttgart 2010, 126 ff.

⁸⁴ Hierzu bereits anderenorts. Sandra Hotz, Schönheitsoperationen im rechtlichen und kulturellen Kontext. Zur rechtlichen Diskussion einer Form von Human-Enhancement, in: Hotz, Zelger (Hrsg.), Kultur und Kunst, St. Gallen/Baden-Baden 2011.

schränkte Aufbewahrungsdauer von kryokonservierten Eizellen informiert wird, sie muss sich dabei auch konkret vorstellen können, was dies für ihren Wunsch, später einmal eine Familie zu gründen, bedeutet. Die Patientin muss von der medizinischen Fachperson über Risiken und Chancen und Alternativen der Eizellenvorsorge sowie die Kosten umfassend aufgeklärt sein. Namentlich muss ihr klar sein, wofür sie die eingefrorenen Eizellen benützen kann und wofür nicht, und es müssen ihr hinsichtlich der medizinischen Chancen, schwanger zu werden, klare und offene Angaben gemacht werden. Die hohen Kosten der Behandlung müssen vorgerechnet werden. Und die Patientin ist über die Alternativen der Eizellenvorsorge zu informieren.

3. Braucht es weitere rechtliche Rahmenbedingungen?

Über die Einhaltung eines solchen strengen *Informed-Consent*-Prinzips und die Vereinbarung eines ausführlichen Behandlungsvertrags hinaus braucht es *de lege ferenda* in erster Linie nur rechtliche Rahmenbedingungen zum allgemeinen Umgang mit den Eizellen bzw. dem Keimgut. In einem zweiten Schritt ist jedoch ein Verzicht auf die / eine Herabsetzung der gesetzlichen Unfruchtbarkeitsvoraussetzung (Art. 5 FMedG) zu diskutieren.

a) Regelung des Umgangs mit Keimzellen

Der missbräuchliche Umgang mit Keimzellen soll verhindert werden, darüber dürfte Einigkeit bestehen. Es ist daher dogmatisch unbefriedigend, wenn die Eizellenvorsorge (ohne Indikation) nicht als Fortpflanzungsverfahren nach FMedG angesehen wird, dann aber ausgewählte Bestimmungen zum Umgang mit Keimzellen gemäss Art. 15 FMedG/ Art. 15 nFMedG doch auf die Eizellenvorsorge zur Anwendung kommen (nach der hier vertretenen Ansicht nur analog). Das FMedG trägt den Titel Fortpflanzungsmedizinengesetz, es regelt ausdrücklich dieses Verfahren und setzt dafür eine medizinische Indikation voraus. Es passt deshalb inhaltlich schlecht zusammen, den Umgang mit Keimgut auch ausserhalb dieses Fortpflanzungsmedizinverfahrens unter dieses zu subsumieren.

Zudem ist die Aufbewahrung von Keimzellen aus gesundheitlichen Gründen zu kontrollieren (Bevolligungspflicht der Stätten). Dies muss aber nicht zwingend mit einer fixen Konservierungsdauer von fünf oder zehn Jahren erfolgen, sondern kann, wie etwa das englische Recht zeigt, auch mit einer regelmässigen Kontrolle der Eizellen seitens der medizinischen Fachperson (alle zehn Jahre) geschehen.

Konkret ist die vorgesehene verlängerte Konservierungsfrist von zehn Jahren gemäss Art. 15 nFMedG für kryokonservierte Eizellen im Rahmen der Eizellenvorsorge und einer anschliessenden medizinisch unterstützten Fortpflanzung (das heisst für Phasen I und II) zu kurz bemessen. Geht man wie die medizinischen Fachpersonen von einer «idealen Eizellenvorsorgerin» von 25 Jahren aus, so ist diese Frau mit 35 Jahren möglicherweise noch immer nicht bereit zur Familiengründung (ein bis zwei Jahre später aber schon), oder sie ist es zwar, aber sie ist mit ihren 35 Jahren noch nicht «unfruchtbar» und erfüllt die Voraussetzungen nach FMedG für das medizinisch unterstützte Fortpflanzungsverfahren nicht.

Es fragt sich deshalb, ob der Umgang mit Keimzellen im Allgemeinen *nicht auch ausserhalb des FMedG geregelt werden* könnte, wie dies etwa im österreichischen oder im deutschen Gewebe(sicherheits)gesetz geschieht.

Soll umgekehrt der Umgang mit Keimzellen (Entnahme und Kryokonservierung von Eizellen) im Allgemeinen vom FMedG erfasst sein, dann sollte dies explizit sein, damit klar ist, dass die Bestimmungen für den Umgang mit den Eizellen gelten. Dann wüsste man heute wohl auch, wie viele Eizellen in der Schweiz überhaupt eingefroren werden und wie viele nach fünf Jahren nicht verwendet bzw. wie viele vernichtet werden⁸⁵ (eine *Registerpflicht für alle kryokonservierten Eizellen* vermag dieses Nebenproblem freilich relativ einfach zu lösen).

b) Aufgabe oder Herabsetzung der Unfruchtbarkeitsvoraussetzung

Das grundsätzlichere rechtliche Problem ist jedoch, dass Art. 5 FMedG eine medizinische Indikation für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung voraussetzt, namentlich die gesetzliche «Unfruchtbarkeit», was mit der Eizellenvorsorge, welche die eigene Fertilität begünstigen soll, im Widerspruch stehen *kann*, namentlich dann, wenn «nur» eine «herabgesetzte Fertilität» der Frau besteht.

Es sollte daher rechtspolitisch entschieden werden, ob die gesetzliche Voraussetzung der Unfruchtbarkeit (inkl. der Voraussetzung, dass andere Behandlungen nicht erfolgreich waren)⁸⁶ aus

⁸⁵ Die Statistik (BFS) zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung in den Jahren 2015 und 2016 enthält bloss Angaben zu entnommenen und befruchteten Oozyten 2015 (Stand 20.9.2016)/2014 (Stand 22.3.2016): entnommene Oozyten: 44 885/45 852, befruchtete Oozyten: 37 788/38 709; tiefgefrorene imprägnierte Eizellen (nach Befruchtung, vor Kernverschmelzung): 14 564/16 091, tiefgefrorene Embryonen: 139/140, übertragene Embryonen: 15 321/16 315, vernichtete Embryonen: 2820/2403.

⁸⁶ Zur Voraussetzung der Unfruchtbarkeit: *Fankhauser/Vionnet*, recht 2 (2015) 144, 149 f.

gesundheitlichen Gründen (der Frau und des Kindes) nicht aufgegeben oder wenigstens herabgesetzt werden könnte. Dies würde im Resultat dazu beitragen, dass in einem medizinisch unterstützten Fortpflanzungsverfahren «jüngere Eizellen» verwendet werden können und dass Eizellspenden im Ausland aufgegeben werden könnten. Erst wenn eine «herabgesetzte Fruchtbarkeit» der Frau (z. B. Wechseljahre) ausreichte als Voraussetzung für ein medizinisch unterstütztes Fortpflanzungsverfahren, könnte die nicht risikofreie und nicht beschwerdefreie Eizellenvorsorge ihren Endzweck letztlich sinnvoll erfüllen.

Obschon die medizinische Indikation zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung etwa in den Vereinigten Staaten *nicht* vorausgesetzt ist, erscheint dieser Punkt in der Schweiz und den erwähnten Nachbarländern noch wenig diskutiert.⁸⁷ Diese Diskussion müsste aber im Zusammenhang mit der Eizellenvorsorge geführt werden, zumal diese sich nach der hier vertretenen Ansicht nicht von derjenigen über die personellen Zulassungsbeschränkungen zur Fortpflanzungsmedizin zugunsten des Kindeswohls nach Art. 3 FMedG trennen lässt, und diese wird bekanntlich bereits geführt (Form der Partnerschaft, Alter, persönliche Verhältnisse zum Kindeswohl).⁸⁸ Zwei Beispiele für den *Konnex der beiden Voraussetzungen* (Art. 3 und 5 FMedG): 1.) Die Voraussetzung der «Unfruchtbarkeit» nach Art. 5 FMedG impliziert auch den Ausschluss von homosexuellen männlichen Paaren nach Art. 3 FMedG; es fragt sich daher, ob die Unfruchtbarkeit ein taugliches Voraussetzungskriterium sei.⁸⁹ 2.) Die Voraussetzung der «Unfruchtbarkeit» nach Art. 5 FMedG kann auch konnex sein mit dem Alter der Frau als Zulassungsvoraussetzung nach Art. 3 FMedG: Ist eine Frau mit 55 Jahren zwar «unfruchtbar» und wird zugelassen zur Fortpflanzungsmedizin, so wird sich regelmässig aus Sicht des Kindeswohls fragen, ob sie als «ältere Mutter» dazu geeignet ist (dazu gleich noch unter Ziff. II). Ziel müsste es aber aus Sicht des Kindeswohls sein, dass auch Frauen mit 41 Jahren, die ihre Eizellen hinterlegt haben und «nicht unfruchtbar» sind, Mutter werden können, und zwar mit ihren eigenen, «jüngeren Eizellen» und mittels medizinisch unterstützter Fortpflanzung – und nicht mit ihren «älteren Eizellen».

⁸⁷ Büchler, ZSR Bd. 135 (2016) II 411, aber ohne Diskussion; s. a. NEK-Stellungnahme Nr. 23/2013, 43 f., welche das Unfruchtbarkeitskriterium nach geltendem Recht kritisiert und für einen Zugang zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung bei «starkem Leiden» aufgrund des Kinderwunsches plädiert.

⁸⁸ Belsler, *Jungo*, ZSR Bd. 135 (2016) I 175 ff.

⁸⁹ Krit. NEK-Stellungnahme Nr. 23/2013, 42.

II. Über das Recht hinausgehende Herausforderungen

Daneben gibt es ohne Anspruch auf Vollständigkeit über das Recht hinausgehende *medizinische, ethisch-gesellschaftliche und feministische* Herausforderungen, die sich mit der Eizellenvorsorge stellen:

1. Medizinische Einwände

Ein allgemeiner medizinischer Einwand, der bereits erwähnt worden ist, betrifft das Alter der Frauen zum Zeitpunkt der Vornahme der Eizellenvorsorge («Phase I»), welches oftmals aus biomedizinischer Sicht bereits als zu hoch erscheint.⁹⁰ Dies liesse sich möglicherweise mit einer verbesserten Aufklärung ändern. Allerdings weist *Pennings*⁹¹ zu Recht darauf hin, dass, wenn allzu junge Frauen ihre Eizellen kryokonservieren lassen, die Wahrscheinlichkeit, dass sie nie benutzt (sondern nur vernichtet) werden, gross ist.

Zudem liegt nach bisherigen Erkenntnissen die klinische Schwangerschaftsrate pro eingefrorene und aufgetaute Eizelle bei maximal 12%.⁹² Ferner gibt es noch kaum Langzeitstudien zur *raschen Einfriertechnik* und zu den Auswirkungen auf die Kinder.⁹³

Es fragt sich deshalb umso dringender, welches genau die Motive für die Eizellenvorsorge aus Sicht der Frauen sind, welches ihre Erwartungen dabei sind und wem dies nützt. Es gilt, die allgemeinen Risiken und die (bis jetzt) nicht allzu überwältigenden Schwangerschaftsraten als Resultat der Eizellenvorsorge dann gegenüber dem Wunsch nach Handlungsspielraum in der Familienplanung oder dem nach einer psychologischen Sicherheit abzuwägen. Zudem fragt es sich, wie gross dabei die

⁹⁰ *Wunder*, *Swiss Med. Wkly* 2013:143:w3746, mit Zahlenangaben zu den Chancen einer Schwangerschaft bei einer Eizellenvorsorge vor einer zytotoxischen Therapie: Die Chancen für junge Frauen (18 bis 24 Jahre) liegen bei 40% und sind ungleich viel höher, als sie im Alter von 36 bis 40 Jahren liegen, nämlich bei nur 25%. Nach *Michael von Wolff*, *Anlage einer Fertilitätsreserve bei nicht medizinischen Indikationen: «Social freezing»: Sinn oder Unsinn?*, *SAEZ* 2013 94:10, 395, sind «letztlich nur zwei Dinge sicher: Der sicherste Weg zu einem eigenen Kind ist eine Schwangerschaft mit <35 Jahren und einer der unsichersten ist ein «Social freezing» mit >35 Jahren»; eine etwas spätere Untersuchung von *Wolff et al.* (2015) ergab, dass von 134 behandelten Frauen 68 zwischen 35 und 39 Jahre alt und 31 Frauen 40 Jahre alt oder älter waren. Eine Studie aus den Niederlanden ergab, dass die meisten Frauen ohne festen Partner sind: *Brewaeys et al.*, 2014.

⁹¹ *Pennings*, *Gynécologie Obstétrique & Fertilité* 41 (2013) 521 ff., 523.

⁹² Nach *Angel Petropaganos*, *Allana Cattapan*, *Françoise Baylis*, *Arthur Leader*, *Social egg freezing: risk, benefits and other considerations*. *CMAJ* 2015, 1; dies gilt allerdings wohl nur für Eizellen, die von jungen Frauen im Alter bis zu 30 Jahren gewonnen und bei Frauen im Alter bis zu 38 Jahren eingepflanzt wurden; nach *Steinberg/Wiesemann*, *Laws* 2014/3, 288, sind diese Zahlen Anzeichen für gute Informiertheit.

⁹³ *Wunder*, *Swiss Med. Wkly* 2013:143:w3746, 2; s. a. NEK-Stellungnahme Nr. 23/2013, 16.

Rolle des Wunsches nach einem genetisch eigenen Kind ist und sein soll und welche anderen Möglichkeiten es für diese Frauen zur rechtlichen Elternschaft gibt bzw. gäbe (Adoption und Pflegeelternschaft) bzw. ob die Eizellenspende rechtlich möglich ist oder nicht.

Interessant dürfte in diesem Zusammenhang etwa die österreichische Gesetzeslösung sein, welche das Feld für die Eizellenspende geöffnet hat, sodass diese Möglichkeit (bei Einhaltung aller Voraussetzungen des FMedG) besteht, die aber andererseits die Eizellenvorsorge ohne medizinisch-körperliche Indikation explizit verbietet.

2. «Späte Mutterschaft»

Ein ebenfalls bereits erörtertes ethisches Problem ist die «späte Mutterschaft», welche mit der Eizellenvorsorge in der Schweiz möglich geworden ist und *die aus Sicht des Kindeswohls nicht förderlich sein kann*, sei es, weil der Altersabstand zur Mutter zu gross ist oder weil die Mutter physisch (Geburt oder Betreuung)⁹⁴überfordert ist. Umgekehrt lautet die Befürchtung, dass eine feste Altersschranke für die Zulassung zur Fortpflanzungsmedizin auch eine Form der Diskriminierung darstellen könne,⁹⁵ denn zum einen gibt es praktisch keine empirischen Untersuchungen zum Wohlbefinden (*well-being*) von Kindern von «älteren Müttern», und zum anderen wäre es aus rechtlicher Sicht relativ einfach, neben einem Faktor Alter oder alternativ dazu auch noch weitere Faktoren wie gesamtgesundheitliche Verfassung der Frau und sozial-ökonomische Faktoren zu berücksichtigen.

Die Zulassung zur medizinisch unterstützten Fortpflanzungsmedizin ist bewusst nicht altersmässig beschränkt worden, weil der Gesetzgeber davon ausgegangen war, dass sich die Menopause der Frau nicht auf ein bestimmtes Alter fixieren lässt, sondern dass die individuellen Schwankungen beträchtlich sind.⁹⁶ Eine Altersschranke kann sich das Bundesgericht gemäss einem jüngeren Entscheid vom 10. Mai 2016 zwar *de lege ferenda* grundsätzlich vorstellen,⁹⁷ es hält aber fest, dass die Frage danach, ob ein Fortpflanzungsverfahren aus medizinischen Gründen unterstützt werden könne, nicht allein vom Alter abhängen könne, es

komme vielmehr auf *den gesamtgesundheitlichen Zustand* der Frau an.⁹⁸ Hinzu kommt, dass feste Altersgrenzen im schweizerischen Privatrecht allgemein die Ausnahme bilden und es insbesondere auch keine rechtlich festgelegten Höchstgrenzen zum Heiraten oder Kinderkriegen gibt.⁹⁹ Zwar kennt das Adoptionsrecht Altersschränken zum Schutz des Kindeswohls, doch werden diese in der Tendenz auch flexibilisiert, ferner zählt bei der Adoption grundsätzlich das Alter beider Elternteile. Eine gangbare Zwischenlösung wären etwa gewisse Altersvorgaben als maximale Richtwerte, von denen aber mit Arzteugnissen abgewichen werden könnte.

Unabhängig von der ethischen Frage ist jedenfalls eine zehnjährige Frist zur Aufbewahrung von Eizellen (Art. 15 nFMedG) nicht geeignet, eine «späte Mutterschaft» zu verhindern. Das würde nur funktionieren, wenn die Frauen ihre Eizellen 30–40 Jahre lang einfrieren würden, was medizinisch betrachtet bereits nicht ideal ist.¹⁰⁰

3. Aufgaben der Gesellschaft

Es ist und bleibt Aufgabe der Gesellschaft, Politik und Wirtschaft und eines jeden individuellen Arbeitgebers, für *familiengerechte Arbeitsplatzstrukturen zu sorgen*, die es jungen Personen erlauben, ihr Berufsleben mit einer Elternschaft zu verbinden. Diese Aufgabe darf nicht auf individuelle medizinische, auf Frauen ausgerichtete Massnahmen verlagert werden.

Eine «skandinavisch egalitäre Arbeitsteilung zwischen den Eltern», von der wir in der Schweiz oder in Deutschland nur träumen können, und die Eizellenvorsorge schliessen sich jedoch nicht zwingend aus, denn in Schweden etwa ist die Eizellenvorsorge auch nicht verboten. Es ist auch nicht einzusehen, warum bei egalitärer Arbeitsteilung plötzlich alle Frauen jung Mutter werden wollten.

Sollte ein Arbeitgeber tatsächlich einmal «junge kinderlose» Mitarbeiterinnen favorisieren und kann das bewiesen werden, so ist die Chancengleichheit verletzt.¹⁰¹ Vertragliche Vereinbarungen, wonach eine Frau während eines Arbeitsverhältnisses keine Kinder kriegen darf, sind nach Art. 27 Abs. 2 und Art. 19 f. OR ungültig.

⁹⁴ Zum Alter im Zusammenhang mit Pflege- und Betreuungsfähigkeit s. a. *Fankhauser/Vionnet*, recht 4 (2015) 144 ff., 147 f.

⁹⁵ *Steinberg/Wiesemann*, Laws 2014/3, 282, 293; *Guido Pennings*, Ethical aspects of social egg freezing, *Gynécologie Obstétrique & Fertilité* 41 (2013) 521 ff.; krit. auch NEK-Stellungnahme Nr. 23/2013, 40 f.

⁹⁶ BGE 142 V 249 E. 6.2.3 mit w. H.

⁹⁷ BGE 142 V 249 E. 6.2–6.4; dies sei aber nicht Aufgabe des Bundesgerichts; *in casu* argumentiert dieses einzig mit der individuellen medizinischen Vertretbarkeit der medizinischen Fortpflanzungsmassnahme; s. a. *Belser/Jungo*, ZSR 135 (2016) I 204 f.

⁹⁸ BGE 142 V 249 E. 7.2.1–7.2.3.

⁹⁹ Namentlich knüpft die Urteilsfähigkeit nach Art. 16 ZGB nicht an spezifische Altersschränken an; in jüngerer Zeit werden zur Sicherung von Kinderrechten aber auch vermehrt gewisse minimale Altersschränken fest gelegt (z. B. Art. 171 Abs. 1 oder Art. 301 lit. b ZPO).

¹⁰⁰ *Jackson*, *Journal of Med. Ethics* 2016 :0 :1-4.

¹⁰¹ Schweizerische Diskriminierungsdefinitionen umfassen sowohl das Geschlecht als auch das Alter (nach Art. 8 Abs. 2 BV), womit ggf. eine Mehrfachdiskriminierung vorliegen würde.

Ebenfalls als ein soziopolitisches Problem sind die hohen Kosten zu beurteilen, denn es können sich derzeit nur privilegierte Personen die Eizellenvorsorge leisten: Diese kostet rund CHF 4000.– bis 5000.–, dazu kommen CHF 420.– pro Jahr für das Aufbewahren («Phase I»); ferner betragen die Kosten für das medizinisch unterstützte Fortpflanzungsverfahren («Phase II») um die CHF 20000.–, je nach Anzahl Behandlungszyklen, die nötig sind.¹⁰² Im *Lichte der Chancengleichheit*¹⁰³ sollten die Kosten längerfristig unter die gesetzliche Pflichtleistung der Krankenkasse fallen. Lassen sich mit der Eizellenvorsorge die Eizellenspenden aus dem Ausland verhindern, so können bereits einige medizinische und rechtliche Komplikationen und zudem Kosten verhindert werden. Allerdings lässt sich gegen eine Aufnahme in die Kassenpflicht wiederum einwenden, dass mit dieser die soziale Akzeptanz weiter ansteige und der allfällige Druck, vorzusorgen, grösser würde. Das zeigt: Einfache Lösungen zur Selbstbestimmung und Eizellenvorsorge wird es nicht geben.

4. Differenziertere Vorstellungen von selbstbestimmten Frauen

Entsprechend sollte auch *kein Raum bleiben für stereotype Frauenbilder*: Im Zusammenhang mit Eizellenvorsorge werden zahlreiche bemüht, vorab die «egoistischen Karrierefrau» oder «das Opfer der männlich ausgerichteten Arbeitswelt», das fremdbestimmt ist,¹⁰⁴ oder die «weise vorausschauende Frau», die verhindern will, dass sie später einmal auf eine Eizellenspende (die in der Schweiz verboten ist) angewiesen sein wird. Jedes dieser Klischees ist verkürzt. Grund scheint vielmehr zu sein, dass sich heute die Partnerwahl wie auch die Ausbildungen, das Gebäralter und die Lebenserwartung im Allgemeinen zeitlich verschoben haben. Der Kinderwunsch ist dabei Teil des «grösseren» Wunsches oder Plans der Frau, eine

Familie zu gründen (vgl. lit. A Ziff. II). Darin unterscheiden sich aber Frauen, die eine Eizellvorsorge vornehmen, nicht wesentlich von anderen Frauen, denn die *generative Planung* war schon immer massgeblich für die Familiengründung: Kinderwunsch, Fertilitätsintention, familiale-soziale und individuelle-ökonomische Strukturen.¹⁰⁵ Nur entspricht es heute eben nicht mehr dem Zeitgeist der jungen Frauen, einen solchen Plan zwischen 20 und 25 Jahren zu realisieren; und sie müssen ihn auch nicht mehr realisieren, denn es gibt andere technische Möglichkeiten. An der Selbstbestimmung der Frau ist festzuhalten, und zugleich gilt es, sie «im Auge» zu behalten.

III. Nächste Schritte

Aufgrund der vielfältigen Herausforderungen erscheint es sinnvoll, vor einer vertieften Diskussion der rechtlichen Rahmenbedingungen in einem ersten Schritt einige rechtstatsächliche Fragen *empirisch* zu klären.¹⁰⁶ In einem zweiten Schritt sind *rechtspolitische Entscheide* zu fällen. Soll die Eizellenvorsorge ohne medizinische Indikation auch künftig erlaubt sein, so ist neben einer vertragsrechtlichen Regelung und einem rechtsgültigen *Informed Consent* grundsätzlich einmal hinsichtlich der «Phase I» nur der Umgang mit Keimzellen im Allgemeinen expliziter zu regeln (und konkret die Aufbewahrungsfrist nochmals zu verlängern oder zu flexibilisieren). Soll eine Eizellenvorsorge aber tatsächlich mehr Frauen zu einer Schwangerschaft verhelfen und sicher zu «Phase II» führen, sodass sich auch die Eizellenspenden im Ausland (die teils wenig reguliert und anonym möglich sind) erübrigen könnten, wäre zu überlegen, ob im medizinisch unterstützten Fortpflanzungsverfahren die medizinische Indikation (Art. 5 FMedG) herabgesetzt oder gestrichen werden könnte.

¹⁰² Vgl. Homepage der Abteilung für Frauenheilkunde des Inselspitals Bern unter: <http://www.frauenheilkunde.insel.ch/de/unserangebot/kinderwunsch/kosten/> (besucht am 19. Januar 2017). Die Eizellenvorsorge ist nicht kassenpflichtig. Bei der medizinisch indizierten und unterstützten Fortpflanzung sind dagegen regelmässig die Beratung und die hormonelle Stimulation (6–12 Zyklen) sowie eine intrauterine Insemination (3 Zyklen) gedeckt (Verordnung des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, SR. 832.112.31, dies seit 1. 1. 2016 gemäss BBl 2015 5125), hingegen sind die extraterinen Verfahren (IVF/ ICSI) nicht gedeckt; s. a. BGE 142 V 249 E. 4.3, 5.1.

¹⁰³ June Carbone/Naomi Cahn, *The Gender/Class Divide: Reproduction, Privilege, and the Workplace*, 8 FIU Law Rev. 287 (2013).

¹⁰⁴ Steinberg/Wiesemann, *Laws 2014/3*, 287 ff., 293.

¹⁰⁵ Isabel Nadine Häberling, *Kinder zwischen Wunsch und Wirklichkeit*, Zürich 2013, 125 ff. (Fertilitätsintention im Allgemeinen) 195 f. (Faktoren der Familiengründung).

¹⁰⁶ Z. B. 1.) Welches sind die Motive für die Eizellenvorsorge der Frauen in der Schweiz? 2.) Welches sind ihre Erwartungen hinsichtlich Fertilitätssicherung und Schwangerschaft durch eine Eizellenvorsorge? 3.) Wie fühlen sie sich, wenn sie ihre eigene Eizellenvorsorge planen? 4.) Fühlen sie sich irgendwie beeinflusst (Partner, Familie, Freunde, Arbeitgeber)? 5.) Sind sie in ihrem Entscheid beeinflusst dadurch, dass die Eizellenspende verboten ist? 6.) Wie viele Frauen, die ihre Eizellen einfrieren lassen, beginnen ein medizinisch unterstütztes Fortpflanzungsverfahren? 7.) Was wissen diese Frauen über die Eizellenvorsorge? 8.) Wie haben sich diese Frauen informiert? 9.) Von wem wurden sie aufgeklärt? 10.) Wie oft wurden sie aufgeklärt?

Bestellschein

— **Ex. Jahresabonnement inkl. 1 Online-Archivzugang**

CHF 188.–* inkl. Versandkosten

— **Ex. Jahresabonnement (nur online)**

CHF 168.–

— **Ex. Probeheft**

Gratis

*Lieferanschrift Schweiz

Name, Vorname

Firma

Strasse

PLZ/Ort

Telefon

E-Mail

Ich abonniere den Newsletter

Datum, Unterschrift

1408-165/16

Retournieren Sie den Bestellschein oder bestellen Sie Ihre Exemplare unter

www.staempflishop.com | periodika@staempfli.com

Telefon: +41 31 300 63 25 | Fax: +41 31 300 66 88



A

Nicht frankieren
Ne pas affranchir
Non affrancare

Geschäftsantwortsendung Invio commerciale-risposta
Correspondance commerciale-réponse



Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1

Postfach

3001 Bern