

rechts
ZSR

Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Band 135 (2016) II

Schweizerischer Juristentag 2016
Der Mensch, seine Gesundheit und das Recht

Congrès de la Société suisse des Juristes 2016
L'homme, la santé et le droit

Helbing Lichtenhahn Verlag



Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Band 135 (2016) II

Schweizerischer Juristentag 2016

Der Mensch, seine Gesundheit und das Recht

Congrès de la Société suisse des Juristes 2016

L'homme, la santé et le droit



Unterstützt durch die Schweizerische Akademie
der Geistes- und Sozialwissenschaften
www.sagw.ch

ISBN 978-3-7190-3865-6

ISSN 0254-945X

© 2016 by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Inhaltsübersicht/Sommaire

L'avenir du droit international de la santé

STÉPHANIE DAGRON 5

Réflexion juridique sur la définition de la politique suisse de la santé

DOMINIQUE SPRUMONT/NATACHA JOSET 89

Transparenz – Ein Grundprinzip des Rechtsstaats und seine Bedeutung im Gesundheitsrecht, insbesondere im Heilmittel- und Humanforschungsrecht

FRANZISKA SPRECHER 139

Statut juridique des parties détachées du corps humain

Une approche anatomique et fonctionnelle

PHILIPPE DUCOR 251

Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung

Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens

ANDREA BÜCHLER 349

Schweizerisches Pflegefinanzierungssystem – eine kritische Standortbestimmung

HARDY LANDOLT 493

Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung

Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen
menschlichen Lebens

ANDREA BÜCHLER*

* Universität Zürich

Ich danke meinen Mitarbeitenden Ada Trnovszka und Sandro Clausen für die Unterstützung bei der Materialsammlung und Sichtung. Für inspirierende Gespräche und wertvolle Hinweise danke ich Barbara Bleisch, Sandro Clausen, Birgit Christensen, Michelle Cottier, Luca Maranta, Margot Michel, Srinivas Narayanan, Eva Schlumpf, Christian Schwarzenegger, Ania Sitek und Sibylle Weidmann. Für die Schlusslektüre gebührt Birgit Christensen grosser Dank.

Inhalt

A.	Einleitung	352
B.	Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung	355
I.	Begriffe, Konzepte und Entwicklungen	355
1.	Von der Freiheit zum Begehren	355
2.	Abgrenzungen und Kontextualisierungen	357
II.	Rechtliche Grundlagen	360
1.	Reproduktive Selbstbestimmung	360
a.	Grundlagen	360
b.	Inhärente und externe Grenzen	366
2.	Körperliche Integrität	367
3.	Das ungeborene Leben	368
a.	Der normative Status des Embryos und des Fötus	368
b.	Ein pränatales Integritätsrecht?	373
c.	Zusammenfassung	374
III.	Zusammenfassung und Würdigung	375
C.	Reproduktion	378
I.	Grundlagen	378
II.	Natürliche Reproduktion	379
1.	Reproduktive Urteilsfähigkeit	379
2.	Empfängnisverhütung	386
III.	Medizinisch assistierte Reproduktion	389
1.	Entwicklungen	389
2.	Zulässige und verbotene Verfahren der Fortpflanzungsmedizin	392
a.	Allgemeines	392
b.	Eizellen- und Embryonenspende	393
c.	Leihmutterschaft	395
3.	Voraussetzungen und Beschränkungen des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin	397
a.	Allgemeines	397
b.	Das Kindeswohl?	397
c.	Gleichgeschlechtliche und nichtverheiratete Paare	400
4.	Nutzung und Auswahl von Keimzellen und Embryonen	401
a.	Nutzung und Kommerzialisierung	401
b.	Auswahl von Keimzellen und spendenden Personen	403
c.	Präimplantationsdiagnostik	405
5.	Intervention in und Veränderung von Keimzellen und Embryonen	410
6.	Social Egg Freezing	410
IV.	Exkurs: Elternschaft und Intention	412
V.	Zusammenfassung und Würdigung	414
D.	Schwangerschaft	417
I.	Allgemeines	417
II.	Schwangerschaftsabbruch	420
1.	Grundlagen	420
2.	Fristenlösung und reproduktive Selbstbestimmung	423
3.	Spätabbruch und reproduktive Selbstbestimmung	424
4.	Schwangerschaftsabbruch und Urteilsunfähigkeit	428
5.	Pränatale genetische Untersuchungen und selektiver Schwangerschaftsabbruch	428
6.	Pflicht zum Schwangerschaftsabbruch?	432
III.	Reproduktive Selbstbestimmung und elterliche Verantwortung während der Schwangerschaft	433

1. Allgemeines	433
2. Selbstbestimmung, Verantwortung und Interventionen während der Schwangerschaft	434
a. Verhalten während der Schwangerschaft, pränatale Untersuchungen und pränatale Therapien	434
b. Pränatale Untersuchungen und Informed consent	435
c. Pränataler Kinderschutz?	436
d. Interventionen zum Schutz der schwangeren Frau	439
e. Würdigung	440
3. Haftung für Schädigungen während der Schwangerschaft mit postnatalen Folgen	444
4. Das Recht auf Wissen und Auskunft	447
IV. Zusammenfassung und Würdigung	450
E. Geburt	453
I. Allgemeines	453
II. Der Geburtsvorgang	454
1. Urteilsfähigkeit	454
2. Erzwungene Geburtshilfe	455
3. Indizierte und elektive Sectio	459
4. Haftung für Schädigungen während der Geburt mit postnatalen Folgen	460
III. Frühgeburt	460
IV. Zusammenfassung und Würdigung	462
F. Das Recht des Kindes auf Wissen und Nichtwissen	463
G. Schlussbetrachtung und Thesen	465
Literatur	473
Materialien	488

A. Einleitung

Die Anfänge menschlichen Lebens sind heute kein schicksalhaftes und kontingentes Geschehen mehr, sie sind vielmehr beeinflussbar und werden eng durch die Medizin begleitet. Bereits die Entstehung des Embryos kann auf einem reproduktionstechnologischen Vorgang beruhen, der ohne eine sexuelle Interaktion zweier Menschen auskommt. Während der Schwangerschaft erfolgen in der Regel unzählige Untersuchungen, die sowohl die Frau als auch den Embryo oder Fötus im Fokus haben. Die Geburt ist zu einem Geschehen geworden, das lückenlos überwacht wird und vielfältige Interventionen erfährt. Schliesslich werden Mutter und Kind in einigen Fällen auch nach der Geburt weiterhin für eine bestimmte Zeit medizinisch intensiv betreut.

Diese Entwicklungen werden insgesamt als Fortschrittsgeschichte be- und geschrieben: Die medizinisch assistierte Reproduktion ermöglicht vielen Paaren die Erfüllung ihres Kinderwunsches, die medizinisch begleitete Schwangerschaft garantiert die Gesundheit von Frau und Embryo beziehungsweise Fötus, die medizinisch assistierte Geburt reduziert gesundheitsgefährdende Komplikationen, und die medizinische Betreuung von Neugeborenen rettet Leben. Mit dem rasch anwachsenden genetischen Wissen

gehen überdies Möglichkeiten einher, die genetische Ausstattung des Nachwuchses vorauszusagen oder gar Kontrolle darüber auszuüben. Nicht zuletzt deshalb ist diese Fortschrittsgeschichte auch mit zahlreichen Problemen, Spannungsfeldern, Ambivalenzen und Entscheidungsnöten potenzieller, werdender oder gewordener Eltern verbunden.

An der Entstehung menschlichen Lebens und an dessen Anfang sind verschiedene Akteure beteiligt: die Frau und das Paar, der Embryo beziehungsweise Fötus oder das Kind, die medizinische Institution und das medizinische Personal. Aber auch die Gesellschaft verfolgt jeweils spezifische Anliegen und Interessen. Diese Vielfalt von Protagonisten sowie das Geflecht von Beziehungen und Interaktionen sind verantwortlich für viele der Spannungsfelder. Sie werden in diesem Beitrag zu den Anfängen menschlichen Lebens aus der Perspektive der Frau oder des Paares diskutiert. Ausgangs- und Referenzpunkt sind ihre reproduktive Selbstbestimmung, aber auch ihre Position als zukünftige Inhaber elterlicher Verantwortung, dies im Wissen darum, dass die Position der Frau beziehungsweise des Paares durch Interessen, Ansprüche und Interventionen anderer begrenzt, in vielerlei Hinsicht aber auch erst durch diese begründet und gerechtfertigt wird.

Der Beitrag behandelt die Stadien der Entstehung menschlichen Lebens und die frühen Anfänge desselben aus rechtlicher Sicht.¹ Es wird der Bedeutung nachgegangen, die der reproduktiven Selbstbestimmung in diesen verschiedenen Situationen zukommt. Dabei zeigt sich, dass die rechtswissenschaftliche Diskussion um Inhalt und Umfang der reproduktiven Selbstbestimmung in Kontinentaleuropa eher jüngeren Datums ist und sich bislang wenig ausdifferenziert präsentiert. Sie fokussierte lange Zeit auf Fragen nach dem Zugang zu Verhütungsmitteln und dem Schwangerschaftsabbruch, während medizinisch assistierte Fortpflanzung oder Fragen rund um die pränatale Diagnostik bis heute nur vereinzelt unter dem Blickwinkel der reproduktiven Selbstbestimmung betrachtet werden. Generell enthält die rechtswissenschaftliche Literatur des deutschsprachigen Raums – im Gegensatz zum philosophischen, ethischen und anthropologischen Schrifttum² – nur wenige und kaum explizite Hinweise zum Recht auf reproduktive Selbstbestimmung.³ Ausserdem werden zahlreiche Teilaspekte der reproduktiven Selbstbestimmung durch die Bezugnahme auf andere Rechte behandelt, etwa das Recht auf Sexualität, die persönliche Frei-

1 Bestimmten Abschnitten zugrunde liegendes Material wurde bereits an anderen Stellen verwendet und vereinzelte Aussagen oder Textpassagen finden sich in einer ähnlichen oder ausführlicheren Fassung und mit weiteren Hinweisen in anderen Texten: so zum Kindeswohl und zu den gleichgeschlechtlichen und nichtehelichen Paaren (C III 3b, c) in BÜCHLER/CLAUSEN, zur Eizellenspende (C III 2b) und zum *Social Egg Freezing* (C III 6) in BÜCHLER, Rechtsgutachten, und zur pränatalen Diagnostik (D II 5 und D III 4) in BÜCHLER, Genetische Untersuchungen.

2 Siehe zum Beispiel BLEISCH, Genetische Untersuchungen, 259 f., 267 ff.; für Deutschland BEIER/WIESEMANN.

3 Solche finden sich zum Beispiel in HOTZ; BÜRKL, 70; COESTER-WALTJEN.

heit und Selbstbestimmung, die körperliche Integrität oder die Verwirklichung des Kinderwunsches.

Zu fragen ist mit den gegenwärtigen Entwicklungen in der Reproduktionstechnologie und Humangenetik aber danach, ob und wenn ja welche Kerninhalte, Konturen und Schranken der reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung ausgemacht werden können. Kann zum Beispiel vom Recht auf reproduktive Selbstbestimmung im Kontext des Schwangerschaftsabbruchs oder der Sterilisation auf ein solches im Kontext der Präimplantationsdiagnostik oder der Eizellenspende geschlossen werden? Welche Lesart der reproduktiven Autonomie offenbaren die verschiedenen Gesetze in der Schweiz, die sich mit dem Anfang des menschlichen Lebens befassen? Gibt es ein Recht auf kein Kind? Auf ein Kind? Auf ein gesundes Kind? Auf ein bestimmtes Kind? Diese Fragen leiten die nachfolgenden Ausführungen. Das Vorgehen ist sowohl analytisch als auch kritisch. Der Beitrag befasst sich zum einen mit den geltenden rechtlichen Grundlagen und mit dem, was sie über reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung aussagen, zum andern mit den Möglichkeiten und Implikationen eines offensiven Verständnisses dieser zentralen Rechtsposition auf die verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit den Anfängen menschlichen Lebens. Im Vordergrund steht eine privatrechtliche Perspektive, was namentlich dort von Bedeutung ist, wo es um das Verhältnis zwischen Patientin und Arzt geht. Schliesslich sei bereits an dieser Stelle festgehalten, dass es ein Recht auf kein, auf ein oder auf ein bestimmtes Kind im Sinne eines Anspruchs gegenüber dem Staat, der diesen verpflichten würde, alles Notwendige für seine Realisierung zu tun, freilich nicht geben kann. Die etwas holzschnittartige Formulierung soll aber auf eine Position verweisen, die eine Begründungspflicht für staatliche Interventionen und Verbote in die reproduktive Selbstbestimmung auslöst.

Als erstes wird auf die zentralen Konzepte und rechtlichen Grundlagen im Zusammenhang mit reproduktiver Autonomie und Selbstbestimmung eingegangen. Darauf folgen Ausführungen zu Aspekten der natürlichen und medizinisch assistierten Reproduktion, der Schwangerschaft und der Geburt. Anschliessend wird eine kurze Rückschau aus der Perspektive des Kindes im Sinne des Rechts auf Kenntnis seiner Entstehungsgeschichte diskutiert. Schliesslich werden die so gewonnenen Erkenntnisse zusammengefasst und Thesen für die Lesart und Weiterentwicklung des Rechts formuliert.

B. Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung

«I would argue that having one's reproductive choices taken seriously and treated with respect may be similarly integral to a satisfying and self-authored life. A commitment to liberty and to moral pluralism should lead us to restrict an individual's reproductive autonomy only where the risk of harm to another person outweighs her undeniably compelling interest in deciding for herself whether and how to reproduce.»

EMILY JACKSON, 323

I. Begriffe, Konzepte und Entwicklungen

1. Von der Freiheit zum Begehren

Reproduktive Autonomie oder Selbstbestimmung wird in einer engen Bedeutung als Recht jeder Person umschrieben, selbst darüber zu entscheiden, ob, wann, wie viele und in welchen zeitlichen Kadenzen sie Kinder möchte.⁴ Die menschliche Fortpflanzung gehört zu den höchstpersönlichen Aspekten des Lebens, reproduktive Entscheidungen sind privater, ja intimer Natur. Gleichzeitig hatten und haben sie zweifelsohne eine gesellschaftliche Dimension; das Interesse des Staates an den individuellen reproduktiven Aktivitäten hat im Zuge der Entwicklungen der Fortpflanzungsmedizin und der Humangenetik gar deutlich zugenommen. NELSON spricht von einem «shift from reproduction as a matter of chance to an opportunity for deliberate choice» mit weitreichenden Konsequenzen.⁵

«The time is long past when reproduction was chiefly a matter of chance – when heterosexual intercourse was the only mode of conception, and when the outcome of each pregnancy was a roll of the dice. In the past, reproductive decision making, if it took place at all, was simply a question of whether or not to engage in sexual intercourse. The introduction of reproductive technology – including contraception, medical and surgical abortion, pre-natal and pre-implantation diagnosis, and ART's – has ushered in a new era in reproductive decision making; an era of complex and complicated choices. And with these choices has come the reality of State involvement in regulating reproduction.»⁶

Die Involviertheit des Staates in die menschliche Reproduktion kann mit einer Differenzierung, die BEIER und WIESEMANN vornehmen, verdeutlicht werden: Sie unterscheiden zwischen dem Recht, *kein* Kind zu haben, dem Recht, *ein* Kind oder Kinder zu haben, und dem Recht, *ein bestimmtes* Kind zu haben.⁷ Diese Unterscheidung ist nützlich, um die Entwicklungen der ethischen

4 So etwa UN, Programme of Action, Ch. VII, Art. 7.3.

5 NELSON, I.

6 NELSON, 353.

7 BEIER/WIESEMANN, 207.

Debatten, die mit dem sich ständig wandelnden medizinisch-technischen Umfeld einhergehen, zu beschreiben. Im rechtlichen Diskurs kann ähnlich, wenngleich nicht deckungsgleich, zwischen der negativen reproduktiven Freiheit (*reproductive freedom* oder *liberty*) und der positiven reproduktiven Autonomie (*reproductive autonomy* oder *reproductive choice*) unterschieden werden.⁸

Die negative reproduktive Freiheit wird traditionellerweise als Abwehrrecht gegenüber dem Staat verstanden: Sie soll die einzelne Person vor staatlichen Eingriffen schützen beziehungsweise einen Raum für individuelle Erwägungen und Entscheidungen schaffen. Jedenfalls soll sich der Staat nicht in den höchstpersönlichen Bereich der Fortpflanzung einmischen. Dagegen wurde im Verlauf der Geschichte mehrfach verstossen, in gravierender Weise im 20. Jahrhundert durch das NS-Regime und dessen an der Rassenideologie ausgerichteter Fortpflanzungspolitik.⁹ Ein weiteres Beispiel für eine krasse Verletzung der reproduktiven Freiheit stellen die zeitgleich auch in der Schweiz vorgenommenen Zwangssterilisationen dar.¹⁰ Vor allem in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, zuweilen aber auch bis in die 1980^{er}-Jahre hinein, wurden Sterilisationen durchgeführt, in welche betroffene Personen nicht oder nur unter Druck eingewilligt hatten.¹¹ Staatliche Interventionen in die Fortpflanzung gehören jedoch nicht der Vergangenheit an: Scharf kritisiert wird gegenwärtig die weitverbreitete Rechtspraxis, für den registerrechtlichen Geschlechtswechsel von Personen mit einer Transgenderidentität zu verlangen, dass sie die Reproduktionsfähigkeit im ursprünglichen Geschlecht aufgeben.¹² Im Übrigen befindet sich die Reproduktion der Bürgerinnen auch heute noch weit oben auf der (bevölkerungs-)politischen Agenda vieler Staaten. Zum Beispiel findet die anti-natalistische Politik Indiens Ausdruck in verschiedenen staatlichen Programmen zur Geburtenkontrolle der ärmeren Bevölkerung, diejenige Chinas in der offiziellen – inzwischen aufgegebenen – Ein-Kind-Politik, und die pro-natalistische Politik Israels in einer ausserordentlich hohen Zahl von Fertilitätskliniken im Verhältnis zur Bevölkerung. Schliesslich verfolgen die Zugangsbeschränkungen zu Techniken der Fortpflanzungsmedizin für gewisse Gruppen, wie sie zahlreiche Staaten kennen, zwar keine bevölkerungspolitischen Interessen, aber mitunter stehen sie im Dienste staatlicher Familienpolitik¹³ oder sind religionsrechtlich motiviert.¹⁴

8 Vgl. NELSON, 34 ff.

9 BOCK, 42, 254.

10 Siehe den Überblick über die Erkenntnisse aus Forschungen zur Praxis der Zwangssterilisationen in Kommission für Rechtsfragen NR, Bericht Zwangssterilisationen, 6316 ff.; ausführlich WOLFISBERG; HELLER/JEANMONOD/GASSER, 96 ff.; HUONKER, 79 ff.

11 Vgl. MEIER, 130 ff.

12 Siehe CARASTATHIS.

13 Zum Beispiel das Verbot des Zugangs zu bestimmten fortpflanzungsmedizinischen Techniken für gleichgeschlechtliche oder nichtverheiratete Paare, vgl. unten C III 3c.

14 So zum Beispiel die fortpflanzungsmedizinischen Regelungen und Praktiken in den Ländern des Nahen Ostens; vgl. dazu ausführlich BÜCHLER/SCHNEIDER KAYASSEH.

Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung wurden ursprünglich im Kampf um das Recht auf Empfängnisverhütung und eine sichere, termingerechte Abtreibung gefordert.¹⁵ Die Entwicklungen in der Fortpflanzungsmedizin haben jedoch dazu geführt, dass reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung nicht mehr nur als Freiheit von Zwang zur Reproduktion und als Möglichkeit, ungewollte Schwangerschaften zu verhindern, diskutiert werden. Sie werden heute auch geltend gemacht, um den Zugang zu bestimmten Technologien einzufordern, die weit über eine Hilfestellung bei der Zeugung eines Embryos hinausgehen. Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung werden zum Beispiel angerufen, um das Spermium des verstorbenen Ehemannes für die Befruchtung nutzen zu können, um eine umfassende genetische Untersuchung des Embryos *in vitro* und *in vivo* einzufordern, um einen Embryo des erwünschten Geschlechts oder mit einer bestimmten Behinderung auswählen zu dürfen, um eine Schwangerschaft nach der Menopause mit Hilfe einer Eizellenspende zu rechtfertigen, und als Begründung dafür, weshalb etwa Männerpaaren für ihre Reproduktion der Beizug einer Leihmutter zu ermöglichen ist.¹⁶ Jede einzelne dieser Praktiken ist freilich umstritten.

2. *Abgrenzungen und Kontextualisierungen*

Die Unsicherheiten, die mit der Bestimmung von Inhalt und Reichweite der reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung einhergehen, sind gross. Ist reproduktive Autonomie für jeden dieser Bereiche gesondert zu formulieren oder ist sie einer Dogmatik zugänglich, die mehr ist als die Summe der einzelnen Teile? Diese Unsicherheiten sind auch der genuinen Natur der Autonomie selbst geschuldet. Während Autonomie seit jeher Gegenstand philosophischer, ethischer, politischer und rechtlicher Auseinandersetzung ist, ist sie in der Bioethik eher untertheoretisiert.¹⁷ Die medizinrechtliche Debatte hingegen befasst sich vorwiegend mit selbstbestimmten Entscheidungen und selten mit autonomen Personen, was in der verbreiteten Gleichsetzung der Frage nach der Autonomie mit dem Erfordernis des *Informed consent* zum Ausdruck kommt.

Die Begriffe Autonomie und Selbstbestimmung werden zudem häufig synonym verwendet, womit die ursprünglichen Bedeutungsunterschiede ausser Acht gelassen werden. Während der Begriff der Autonomie eher der Philosophie und Ethik zuzuordnen ist, weist derjenige der Selbstbestimmung rechtlich-normative Konnotationen auf.¹⁸ Auch wenn Unsicherheiten in der Ver-

15 Zum US-amerikanischen Kontext NELSON, 2 ff.

16 Zu zahlreichen dieser Aspekte reproduktiver Autonomie statt Vieler NELSON.

17 BEAUCHAMP, ein Gründer der Bioethik, formuliert es so (214): «The contemporary literature in bioethics contains no theory of autonomy that spells out its nature, its moral implications, its limits, how respect for autonomy differs from respect for persons (if it does), and the like.»

18 Im englischen Sprachgebrauch umfasst *Reproductive autonomy* meist sowohl die philosophische wie die normative Dimension. Vgl. den Hinweis von BÜRKL, 64, dass es in der juristi-

wendung der beiden Begriffe im Folgenden nicht gänzlich ausgeräumt werden können, soll an dieser Stelle auf die unterschiedlichen Verwendungskontexte hingewiesen werden: Autonomie bezeichnet die grundsätzliche Fähigkeit des Menschen, einen freien Willen zu haben und aus eigenen Stücken vernünftige Erwägungen anzustellen, mithin die Fähigkeit zur Selbstgesetzgebung nach moralischen Maximen. Daraus wird das Vorrecht der Person abgeleitet, ihr Leben nach eigenen Vorstellungen zu leben und sich dabei von ihren eigenen Werten und Wünschen leiten zu lassen. Unter Selbstbestimmung wird hingegen die Möglichkeit verstanden, eigene Handlungsentwürfe und Handlungsentscheidungen zu realisieren, das heisst gemäss den inneren Überzeugungen zu handeln. Dafür müssen gewisse sowohl persönliche wie soziale Bedingungen gegeben sein, da andernfalls Selbstbestimmung unter Umständen nicht oder jedenfalls nur unter grosser Anstrengung ausgeübt werden kann. Subtile Bedrohungen von Selbstbestimmungsmöglichkeiten können etwa durch gesellschaftliche Normalitätsvorstellungen entstehen, was im Kontext der Reproduktion von einiger Bedeutung ist.¹⁹ Auch fehlende Ressourcen oder alternative Handlungsoptionen können die Selbstbestimmung beeinträchtigen. Selbstbestimmung ist mithin auf die Entfaltung der Persönlichkeit angelegt, und aus ihr folgt auch die Verantwortung des Einzelnen für sein Handeln, für die ihn dabei leitenden Überzeugungen und deren voraussehbare Folgen. Zur verantworteten Freiheit, eigene Lebenspläne verfolgen zu können, gehört auch die Selbstverfügung über den Körper. Zwischen der reproduktiven Autonomie als allgemeine Fähigkeit, in reproduktiven Angelegenheiten einen eigenen Willen sowie moralische Überzeugungen zu haben und sich von diesen leiten zu lassen, und der reproduktiven Selbstbestimmung als Möglichkeit, diese Entscheidungen zu realisieren, bestehen freilich derartige Verflechtungen, dass die Begriffe häufig synonym verwendet werden können und werden.

Wie bereits erwähnt, ist der Diskurs um die Begriffe der Autonomie und Selbstbestimmung vielschichtig und kontrovers. Im Zusammenhang mit reproduktiven Entscheidungen ist ein kritischer Einwand gegen die traditionelle Deutung dieser Konzepte von besonderer Bedeutung. Er richtet sich gegen ein individualistisches und rationales Verständnis von Autonomie und Selbstbestimmung, die den Handlungs- und Entscheidungskontext, mitunter Beziehungen und Abhängigkeiten, ausser Acht lässt. Gerade mit Bezug auf reproduktive Entscheidungen vermag die Opposition zwischen selbstbestimmter und fremdbestimmter Handlung, zwischen freier Wahl und Zwang die Komplexität des lebensgeschichtlichen, sozialen und kulturellen Handlungskontextes nicht zu

schen Debatte in der Schweiz keinen gefestigten Begriff der Autonomie gäbe, sondern ihre verschiedenen Aspekte vornehmlich unter den Begriff der Selbstbestimmung gefasst würden.

19 In diesem Sinne auch der Deutsche Ethikrat, *Genetische Diagnostik*, 119 ff.

erfassen.²⁰ Eine unmittelbare Folge dieser Kritik sind die vielfältigen Ansätze, Autonomie und Selbstbestimmung anders zu konzeptualisieren, die unter dem Begriff der relationalen Autonomie (*relational autonomy*) zusammengefasst werden.²¹ Ausgangspunkt der Überlegungen ist dabei die Erkenntnis, dass Autonomie und Selbstbestimmung nur relational erkannt und erfasst werden können. Mit anderen Worten: Für ihr Verständnis ist ein Rückbezug auf die gesellschaftlichen und privaten Bedingungen notwendig. Zudem sind soziale Determinanten wie Geschlecht, Ethnizität und sozialer Status für die Konstruktion des Selbst bestimmend. Schliesslich sind Personen keine entkörpernten Wesen, sondern verletzte Subjekte mit Bedürfnissen und Gefühlen, die ihre Entscheidungen wesentlich beeinflussen. Damit soll die Bedeutung von Autonomie und Selbstbestimmung im Kontext reproduktiver Äusserungen keineswegs relativiert werden: Persönliche Entscheidungen dürfen nicht als unauthentisch abgetan werden, weil sie in einem Netz von Beziehungen und Einflüssen entstehen; und die Freiheit, nach eigenen Präferenzen zu handeln, mögen diese noch so sehr sozial bedingt und mit dem Beziehungsumfeld verflochten sein, ist zentral für die Affirmation des Selbst. Aber es ist unerlässlich, dass die Komplexität, auf welche ein relationales Verständnis von Autonomie und Selbstbestimmung verweist, gebührend gewürdigt wird, insbesondere wenn es darum geht, die Bedingungen für die Entscheidungsfindung zu reflektieren.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere die feministische Analyse des Zusammenhangs von reproduktiver Technologie und reproduktiver Selbstbestimmung von grosser Bedeutung. Sie vermochte aufzuzeigen, dass die Normalisierung medizinisch-technologischer Interventionen in den biologisch-sozialen Prozess der menschlichen Reproduktion weitreichende Implikationen für die reproduktive Selbstbestimmung hat. Damit ist nämlich auch ein technologischer Imperativ entstanden, der selbstbestimmte Entscheidungen der Frau oder des Paares erschwert, Einfluss auf ihre Risikobereitschaft hat, das Vertrauen in die körperlichen Möglichkeiten schwächt, eine Trennung der Interessen von Frau und Fötus fördert und nicht zuletzt mit einer Kontrolle über Reproduktion, Schwangerschaft und Geburt einhergeht.²²

Schliesslich macht die Beziehungsethik zu Recht darauf aufmerksam, dass zahlreiche Entscheidungen der schwangeren Frau am Anfang menschlichen Lebens aus Sorge für ein anderes Wesen beziehungsweise im Hinblick auf die Möglichkeit einer Beziehung zu diesem erfolgen. Dies kommt einer Form der Einschränkung der traditionell gedachten Autonomie gleich, die zugleich «konstitutionelle Bedingung von Schwangerschaft und Mutterschaft» ist.²³ Tatsäch-

20 Für eine Zusammenfassung dieser kritischen Stimmen und mit zahlreichen Hinweisen NELSON, 21 ff.

21 Vgl. NELSON, 23 ff.

22 So zum Beispiel BURROW, *passim*; auch SHERWIN, mit weiteren Hinweisen.

23 Vgl. WIESEMANN, 164 ff.

lich entspricht die schwangere Frau nicht dem Paradigma des autonomen Individuums:

«[...] the women as discrete individual is temporarily displaced by her pregnant self. Through pregnancy, the woman does not become a different individual [...], yet she is not the same. [...] The pregnant woman is at once self and somehow more than self. [...] The transformative, interconnected nature of pregnancy is contrasted with liberal thought respecting the typically separate, atomistic liberal individual.»²⁴

Ein Denkmodell, das präsümiert, selbstbestimmte Entscheidungen seien regelmässig eigennützig und selbstbezogen, wird jedenfalls der Komplexität reproduktiver Entscheidungen nicht gerecht.

II. Rechtliche Grundlagen

1. Reproduktive Selbstbestimmung

a. Grundlagen

Reproduktive Selbstbestimmung ist mit unterschiedlicher Definition und Reichweite auf verschiedenen normativen Ebenen verankert. Sie hat zunächst menschenrechtliche Dimensionen. Als völkerrechtliche Quelle reproduktiver Selbstbestimmung sind die folgenden Bestimmungen von Bedeutung: Art. 17 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (Freiheit vor willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in das Privatleben und die Familie), Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens), Art. 12 EMRK und Art. 23 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Recht auf Eheschliessung und Familiengründung), Art. 16 Ziff. 1 lit. e CEDAW (Recht, über die Anzahl und den Altersunterschied der Kinder zu bestimmen sowie auf Zugang zu den zur Ausübung dieser Rechte erforderlichen Informationen, Bildungseinrichtungen und Mitteln), Art. 12 CEDAW (Verpflichtung der Vertragsstaaten, der Frau gleichberechtigt mit dem Mann Zugang zu den Gesundheitsdiensten, einschliesslich derjenigen im Zusammenhang mit der Familienplanung zu gewährleisten und für eine angemessene Schwangerschaftsbetreuung zu sorgen) und Art. 12 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Recht auf Gesundheit).

Auch zahlreiche internationale Erklärungen äussern sich zur reproduktiven Selbstbestimmung. Ihre explizite Bezeichnung als Menschenrecht erfolgte bereits im Rahmen der Abschlusserklärung der UN-Menschenrechtskonferenz in Teheran im Jahr 1968: «Couples have a basic human right to decide freely and responsibly on the number and spacing of their children.»²⁵ Ein eigentlicher Paradigmenwechsel von der bevölkerungspolitischen Kontrolle der Reproduktion hin zu reproduktiven Rechten und der Gesundheit von Frauen wurde an der

24 NELSON, *Reconceiving Pregnancy*, 612.

25 UN, *Final Act*, Ch. XVIII.

UN-Weltbevölkerungskonferenz von Kairo 1994 vollzogen.²⁶ Das Aktionsprogramm der Internationalen Konferenz über Bevölkerung und Entwicklung von 1994²⁷ sowie die Erklärung und Aktionsplattform von Peking von 1995²⁸ definieren die reproduktive Gesundheit folgendermassen:

«Reproductive health is a state of complete physical, mental and social wellbeing and not merely the absence of disease or infirmity, in all matters relating to the reproductive system and to its functions and processes. Reproductive health therefore implies that people are able to have a satisfying and safe sex life and that they have the capability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so.»

Diese Definition verdeutlicht die enge Verbindung zwischen dem Recht auf Gesundheit, dem Diskriminierungsverbot und der reproduktiven Selbstbestimmung.²⁹ Aus dem Recht auf Gesundheit fliesst eine vorrangige Pflicht der Staaten, auch die reproduktive Gesundheit und mithin die reproduktiven Rechte zu gewährleisten.³⁰

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat zu Aspekten reproduktiver Autonomie und Selbstbestimmung insbesondere im Zusammenhang mit den neueren Technologien der Fortpflanzungsmedizin Stellung bezogen. In verschiedenen Entscheidungen hält das Gericht fest, dass der Zugang zu Methoden der assistierten Fortpflanzung grundsätzlich in den Schutzbereich des Rechts auf Privatleben nach Art. 8 EMRK falle.³¹ Zugleich räumt es in der Frage, wer zu welchen Verfahren Zugang haben soll und welche Interessen gewichtig genug sind, um eine Einschränkung der Rechtsposition zu rechtfertigen, den Staaten grosses Ermessen ein, weil ein europäischer Konsens in diesem ethisch sehr sensiblen und kontroversen Gebiet (noch) nicht gegeben sei.³² Das Gericht macht aber zugleich darauf aufmerksam, dass mit Blick auf die dynamischen gesellschaftlichen und medizinischen Entwicklungen die Gesetze laufend zu überprüfen seien:

«Even if it finds no breach of Article 8 in the present case, the Court considers that this area, in which the law appears to be continuously evolving and which is subject to a particularly dynamic development in science and law, needs to be kept under review by the Contracting States.»³³

26 Ausführlich dazu BUSCH.

27 UN, Programme of Action, Ch. VII, Art. 7.2.

28 UN, Beijing Declaration and Platform for Action, Annex II, Ch. IV, Art. 94.

29 Vgl. auch ausführlich BOGNUMA, 203 ff.

30 CESCR, General Comment No. 14/2000, § 44 (a).

31 *Costa and Pavan v. Italy* (no. 54270/10), Urteil vom 28. August 2012, § 56; *S.H. and Others v. Austria* (no. 57813/00), Urteil (Grosse Kammer) vom 3. November 2011, § 82; *Dickson v. The United Kingdom* (no. 44362/04), Urteil vom 4. Dezember 2007, § 66; *Evans v. The United Kingdom* (no. 6339/05), Urteil (Grosse Kammer) vom 10. April 2007, § 71.

32 *S.H. and Others v. Austria* (no. 57813/00), Urteil (Grosse Kammer) vom 3. November 2011, § 53; *Evans v. The United Kingdom* (no. 6339/05), Urteil (Grosse Kammer) vom 10. April 2007, § 54.

33 *S.H. and Others v. Austria* (no. 57813/00), Urteil (Grosse Kammer) vom 3. November 2011, § 118.

Auch weitere Aspekte der reproduktiven Selbstbestimmung werden vom EGMR als Ausfluss von Art. 8 EMRK bewertet, so beispielsweise die Auskunft über genetische Daten des Embryos oder das Recht auf Abbruch der Schwangerschaft. Das Auskunftsrecht über genetische Daten ist Teil des Rechts auf Privatleben, das in der Schwangerschaft auch gesundheitsrelevante Informationen, die den Fötus betreffen, umfasst. Diese Informationen können nämlich Grundlage sein für die Ausübung reproduktiver Selbstbestimmung, zum Beispiel für die Entscheidung, einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen.³⁴

Auf Verfassungsebene ist die reproduktive Selbstbestimmung in verschiedenen Bestimmungen enthalten. Art. 10 Abs. 2 BV gewährleistet die persönliche Freiheit und schützt insbesondere die körperliche und geistige Unversehrtheit. Das Grundrecht der persönlichen Freiheit umfasst das Recht auf Selbstbestimmung über die wesentlichen Aspekte der individuellen Lebensgestaltung und auf die Entfaltung elementarer Lebensbedürfnisse.³⁵ Die herrschende Lehre anerkennt heute «den Kinderwunsch» oder den «Wunsch nach Elternschaft» als Aspekt der grundrechtlich geschützten individuellen Persönlichkeitsentfaltung.³⁶ In der Literatur wird zudem auf das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 13 Abs. 1 BV verwiesen, das zumindest sexuelle Beziehungen, Schwangerschaft und Geburt umfasst,³⁷ und auf das Recht auf Familie nach Art. 14 BV, das die Familiengründung einschliesst.³⁸

Unbestritten ist, dass eine staatliche Geburtenregelung und damit einhergehende Zwangsmassnahmen zur Einschränkung der Reproduktion das Grundrecht der persönlichen Freiheit tangieren würde.³⁹ Auch das Recht, keine Kinder zu haben, und damit der Zugang zur freiwilligen Sterilisation, zur Empfängnisverhütung und zum Schwangerschaftsabbruch werden ohne weiteres dem Recht auf persönliche Freiheit zugeordnet.⁴⁰

Die Frage hingegen, inwiefern dem Grundrecht der persönlichen Freiheit nicht nur die reproduktive Freiheit sondern auch ein Recht, fortpflanzungsmedizinische Verfahren zu nutzen, entnommen werden kann, wurde lange Zeit kontrovers diskutiert. Zentral sind zwei Entscheide des Bundesgerichts aus den Jahren 1989⁴¹

34 Siehe *Bruggemann and Scheuten v. Federal Republic of Germany* (no. 6959/75), Bericht der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 12. Juli 1977, § 59; *R.R. v. Poland* (no. 27617/04), Urteil vom 26. Mai 2011, § 127.

35 Vgl. BGE 133 I 110, E. 5.2; SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, N 20; SCHWEIZER, St.Galler Kommentar BV, Art. 10, N 6.

36 Vgl. KIENER/KÄLIN, 147; AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 6 ff.; SCHWEIZER, St.Galler Kommentar BV, Art. 10, N 38.

37 Vgl. AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 15 ff.; ausführlich und weitergehend KUHN, 72 ff.

38 Vgl. AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 21 ff.; ausführlich KUHN, 91 ff.

39 Vgl. BGE 115 Ia 234, E. 5a; BIAGGINI, OFK BV, Art. 10, N 22; SCHWEIZER, St.Galler Kommentar BV, Art. 10, N 25; KUHN, 60 f.

40 Vgl. AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 13; HEGNAUER, 342; KUHN, 59.

41 BGE 115 Ia 234 ff.

und 1993.⁴² Sie betrafen kantonale Erlasse zur Einschränkung der medizinisch assistierten Fortpflanzung.⁴³ Das Bundesgericht führte aus:

«Es kann wohl nicht gesagt werden, dass mit dem angefochtenen Erlass die psychische Integrität oder die Gesundheit direkt gefährdet würden. Es ist indessen nicht zu verkennen, dass der Wunsch nach Kindern eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung darstellt. Kinder zu haben und aufzuziehen bedeutet für viele Menschen eine zentrale Sinngabe ihres Lebens, und die ungewollte Kinderlosigkeit wird von den Betroffenen häufig als schwere Belastung erlebt. Das gilt für Personen, die aus organischen Gründen keine Kinder haben können oder für die eine natürliche Zeugung wegen genetischer Belastung oder angesichts der gesundheitlichen Risiken für die Kinder etwa nach einer Krebsbehandlung nicht verantwortbar erscheint. Die Beschränkung des Zugangs zu den modernen Methoden künstlicher Fortpflanzung berührt die Beschwerdeführer daher in ihrem Verfassungsrecht der persönlichen Freiheit.»⁴⁴

Demnach greifen staatliche Massnahmen, die den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin einschränken, in die reproduktive Selbstbestimmung – oder in der Terminologie des Gerichts: in die Verwirklichung des Kinderwunsches – als Teil der persönlichen Freiheit ein; sie bedürfen einer besonderen Rechtfertigung im Sinne einer Gesetzesgrundlage sowie eines überwiegenden öffentlichen Interesses und sie müssen verhältnismässig sein (Art. 36 BV).⁴⁵

In der Literatur noch wenig diskutiert ist die Frage, inwiefern nicht nur das Recht auf *kein* Kind und das Recht auf *ein* Kind vom Grundrecht der reproduktiven Selbstbestimmung erfasst sind, sondern auch das Recht auf ein *bestimmtes* Kind. Die Fortpflanzungsmedizin und die Genetik stellen zukünftigen Eltern verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, auf die genetische Ausstattung ihres Kindes gezielt Einfluss zu nehmen, zum Beispiel durch die Auswahl von Keimzellen im Rahmen heterologer Verfahren, durch die Präimplantationsdiagnostik, die Pränataldiagnostik oder durch die direkte Intervention in das Erbgut der Keimzellen zum Beispiel durch einen sogenannten Mitochondrientransfer⁴⁶ oder gar durch weitergehende Keimbahneingriffe.⁴⁷ Viele dieser Verfahren sind aktuell in der Schweiz verboten. Es gibt prominente Stimmen in der

42 BGE 119 Ia 460 ff.

43 KUHN bemerkt zu Recht, es sei doch erstaunlich, dass das Bundesgericht so spät und im Zusammenhang mit der Fortpflanzungsmedizin (und nicht etwa der Zwangssterilisationen) erstmals den verfassungsrechtlichen Schutz des Kinderwunsches anerkannt habe, vgl. KUHN, 48 ff.

44 BGE 115 Ia 234, E. 5a; auch BGE 119 Ia 460, E. 5a. Die generellen Verbote der heterologen künstlichen Insemination und der In-vitro-Fertilisation vermochten unter dem Gesichtspunkt des überwiegenden öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit das Gericht nicht zu überzeugen. Kritisch dazu zum Beispiel HEGNAUER, 343 f., wonach die persönliche Freiheit und damit die reproduktive Selbstbestimmung nur die Ausübung der natürlichen Fortpflanzungsfähigkeit umfassen könne.

45 Ausführlich KUHN, 62 ff.

46 Im Februar 2015 hat England als bislang einziges Land der Welt die Mitochondrienspende unter bestimmten Voraussetzungen gesetzlich erlaubt, vgl. REYFIELD, 379 ff.; vgl. FISCH, 35.

47 Im Mai 2015 haben chinesische Wissenschaftler erstmals ihre Forschungsergebnisse zur genetischen Veränderung von Embryonen veröffentlicht, vgl. LIANG et al.

ausländischen Literatur, die vertreten, reproduktive Selbstbestimmung müsse auch das Recht umfassen, Embryonen zu selektieren und auf ihre Eigenschaften Einfluss zu nehmen.⁴⁸ Die wenigen vorhandenen Lehrmeinungen in der Schweiz zum Verhältnis dieser Verfahren zu den grundrechtlichen Positionen hingegen differenzieren: Die reproduktive Selbstbestimmung sei dann tangiert, wenn die Inanspruchnahme des Verfahrens der Verwirklichung des Kinderwunsches, das heisst des Wunsches nach einem gesunden Kind diene.⁴⁹ Das ist beispielsweise der Fall, wenn erblich belastete Eltern pränimplantationsdiagnostische Massnahmen wünschen oder eine schwangere Frau fortgeschrittenen Alters eine Amniozentese durchführen lassen will. Ob auch der Wunsch, eine positive Auswahl bestimmter Eigenschaften eines Embryos zu treffen, grundlegende Dimensionen aufweist, wird in der Literatur nur vereinzelt diskutiert. Von Bedeutung könnte in diesem Zusammenhang nicht nur das Recht auf persönliche Freiheit sein, sondern auch das Recht auf Familienleben (Art. 13 Abs. 1 BV), zumal Frauen und Paare solche Entscheidungen in der Eigenschaft als künftige Erziehungsberechtigte treffen, wobei eine solche Auslegung wohl in der Schweiz kaum Unterstützung erfahren wird.⁵⁰

Aus der grundrechtlich geschützten reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung fliesst das Recht, nicht daran gehindert zu werden, Massnahmen zu ergreifen, um den Kinderwunsch oder den Wunsch, kein Kind zu haben, zu verwirklichen. Hingegen kann daraus keine staatliche Pflicht abgeleitet werden, entsprechende Angebote zu schaffen oder zu unterstützen.⁵¹ Auch eine generelle sozialversicherungsrechtliche Übernahme der Kosten für die ergriffenen Massnahmen lässt sich damit nicht begründen.⁵² Nachfolgend werden deshalb die finanziellen Implikationen reproduktiver Entscheidungen nicht erörtert, was allerdings nicht als Geringschätzung des regulierenden Einflusses ökonomischer Rahmenbedingungen auf Entscheidungen in den Bereichen der Empfängnisverhütung, des Schwangerschaftsabbruchs, der Pränataldiagnostik, und insbesondere der Fortpflanzungsmedizin gedeutet werden soll. Für die Fortpflanzungsmedizin wird bisweilen zu Recht festgestellt, dass im geltenden Umfeld nicht das Recht, sondern das Privileg der reproduktiven Selbstbestimmung verhandelt werde, zumal die Realisierung des Kinderwunsches meist mit sehr

48 Vgl. ROBERTSON, 149 ff.; ähnlich SAVULESCU.

49 So RÜTSCHKE, Eugenik, 312. RÜTSCHKE spricht in diesem Zusammenhang von der negativen Eugenik. So auch das Bundesgericht in BGE 115 Ia 234, E. 5a und 119 Ia 460, E. 5a.

50 Vgl. RÜTSCHKE, Eugenik, 312, der vertritt, dass solche Entscheidungen zwar dem grundrechtlich geschützten Familienleben zuzurechnen seien, daraus aber kein Recht auf Zugang zu eugenischen Methoden folge.

51 Vgl. AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 30; vgl. auch differenziert KUHN, 126 ff.

52 So AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 111; differenziert KUHN, 128 ff. Vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts K 107/03 vom 2.3.2005, wonach weder aus dem Fortpflanzungsmedizinengesetz noch aus dem Recht auf Pflege ein Anspruch resultiere, dass die Kosten einer In-vitro-Fertilisation mit anschliessendem Embryotransfer von der obligatorischen Krankenversicherung übernommen werden.

hohen Kosten verbunden ist.⁵³ Will man die rechtsgleiche Ausübung grundrechtlicher Positionen gewährleisten, dürfen Kostenaspekte nicht vernachlässigt werden. Zudem sind zahlreiche Aspekte der reproduktiven Selbstbestimmung eng mit der Gesundheit der Frau verbunden, deren Gewährleistung staatlicher Auftrag ist.⁵⁴

Im privatrechtlichen Zusammenhang ist das Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ZGB) von zentraler Bedeutung. Es umfasst das Recht auf körperliche, sexuelle und psychische Integrität, auf persönliche Freiheit und auf Beziehungen zu Nahestehenden.⁵⁵ Zwar fehlt in der Literatur und Rechtsprechung eine explizite Anerkennung der reproduktiven Selbstbestimmung als Teilgehalt des Persönlichkeitsrechts weitgehend, es kann aber kein Zweifel daran bestehen, dass reproduktive Entscheidungen für die Selbstentfaltung des Einzelnen von grösster Bedeutung sind.⁵⁶ Die reproduktive Selbstbestimmung als persönlichkeitsrechtlich geschützte Position kommt einerseits im Verhältnis zwischen Arzt und Patientin zum Tragen. Ihre Verletzung kann haftpflichtrechtliche (Art. 41 ff. OR) und regelmässig auch vertragsrechtliche (Art. 97 ff. OR) Folgen haben, so zum Beispiel bei einer misslungenen Sterilisation mit anschliessender Schwangerschaft oder einer mangelhaften pränatalen Untersuchung und anschliessenden Geburt eines Kindes mit einer schweren Behinderung. Sie ist andererseits aber auch im Verhältnis zwischen den Beteiligten – Partnerin und Partner, Keimzellenspender, Leihmutter – bedeutsam. Ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht kann durch Einwilligung der verletzten Person, durch überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt sein (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Als höchstpersönliches Recht kann und muss die reproduktive Selbstbestimmung von urteilsfähigen minderjährigen Personen selbständig geltend gemacht werden (Art. 19c ZGB). Verschiedene Dimensionen der reproduktiven Selbstbestimmung sind auch so eng mit der Person verbunden, dass sie im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit keiner Vertretung zugänglich sind (Art. 19c Abs. 2 ZGB).

Zahlreiche Gesetze enthalten explizit oder implizit Regelungen der reproduktiven Selbstbestimmung, so zum Beispiel das Strafgesetzbuch mit der Nor-

53 WINDDANCE TWINE, 7, *passim*.

54 In allgemeiner Form wird der Bund in Art. 118 Abs. 1 BV beauftragt, Massnahmen zum Schutz der Gesundheit zu treffen; vgl. POLEDNA, St.Galler Kommentar BV, Art. 118, N 2 ff.

55 Vgl. MEILI, BSK ZGB I, Art. 28, N 17.

56 Vgl. STEINER, 1157, die ein Recht auf eine selbstbestimmte Familienplanung annimmt. BGE 132 III 359, E. 4.2 spreche von der Durchkreuzung der Familienplanung als Verletzung der Entscheidungsfreiheit der Mutter beziehungsweise der Eltern, und diese stelle eine Persönlichkeitsverletzung dar. Anders mit Bezug auf das Recht auf kein Kind BREHM, BK OR, Art. 41, N 96b, nach welchem «die Familienplanung kein geschütztes Rechtsgut [sei], sondern eine inoffizielle eheliche Vereinbarung». Es ist aber inzwischen wohl allgemein anerkannt, dass der Mann mit dem Eheschluss kein Recht auf die Gebärtätigkeit der Ehegattin erwirbt, sondern dass über diese auch verheiratete Frauen weiterhin selbstbestimmt entscheiden. Zur Diskussion über das Recht auf Familienplanung in Deutschland HILLMER, 298 ff.

mierung des Schwangerschaftsabbruchs, das Fortpflanzungsmedizingesetz, das Gesetz über die genetischen Untersuchungen beim Menschen oder das Sterilisationsgesetz. Die Regelungen muten fragmentiert an; ein expliziter Hinweis auf reproduktive Autonomie oder Selbstbestimmung fehlt regelmässig. Auch die dazugehörenden Materialien nehmen darauf nur äusserst selten Bezug.⁵⁷ Bereits eine erste, oberflächliche Lektüre dieser Normen lässt vermuten, dass ein umfassendes Konzept reproduktiver Autonomie und Selbstbestimmung, das den verschiedenen Gesetzen zugrunde läge und zwischen ihnen eine Verbindungslinie zu bilden vermöchte, fehlt. Während zum Beispiel das Gesetz über die genetischen Untersuchungen beim Menschen und das Schwangerschaftsabbruchsrecht die Untersuchung von Embryo und Fötus zulassen und eine Entscheidung zugunsten eines gesunden Kindes erlauben, ist eine solche Vorgehensweise im Kontext der neu geregelten Fortpflanzungsmedizin unter anderen, engeren Voraussetzungen möglich. Dies verweist darauf, dass die Definition und die Bestimmung der Reichweite reproduktiver Selbstbestimmung jeweils *ad hoc* für die einzelnen Bereiche und Fragestellungen erfolgten und erfolgen. Auch Lehre und Rechtsprechung bieten bislang keinen theoretischen Rahmen an für das systematische Nachdenken über Entscheidungen an den Anfängen menschlichen Lebens. Die Frage, welche Reichweite reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung im geltenden Recht haben und welche Grenzen ihnen gesetzt werden, kann also bislang nur für den jeweiligen Kontext beantwortet werden.

b. *Inhärente und externe Grenzen*

Ist reproduktive Autonomie als die Fähigkeit, eigene moralische Überzeugungen in reproduktiven Angelegenheiten zu haben und dafür die Verantwortung zu übernehmen, wertneutral zu denken oder ist sie nur in gewissen Grenzen gegeben? Oder anders gefragt: Sind alle Werte, Überzeugungen und Haltungen von der reproduktiven Autonomie erfasst oder gibt es solche, die *off-limits* sind? In der philosophischen Literatur werden hierzu verschiedene Positionen vertreten. Während einige Autorinnen die Überzeugung äussern, die Fähigkeit zur kritischen Reflexion sei die einzige Voraussetzung für die Möglichkeit reproduktiver Autonomie, vertreten andere, nur bestimmte Werte und Haltungen könnten auf autonome Überlegungen zurückgeführt werden und anerkennen mithin Grenzen, die der reproduktiven Autonomie inhärent sind.⁵⁸

Die Reichweite reproduktiver Selbstbestimmung gibt vor, welche Entscheidungsoptionen einer Person einzuräumen sind. Um sie festlegen zu können, muss danach gefragt werden, ob und woraus sich inhärente Beschränkungen der Selbstbestimmung ergeben und ergeben können. Grenzen können etwa

57 Zu diesen Ausnahmen gehört die Botschaft Präimplantationsdiagnostik, 5879.

58 Vgl. zu dieser Auseinandersetzung NELSON, 14 f.

dem Zweck einer Massnahme und einer Entscheidung entnommen werden. So könnte die reproduktive Selbstbestimmung in ihrer Reichweite zum Beispiel begrenzt werden auf den Zugang zu denjenigen genetischen Untersuchungen am Embryo oder Fötus, welche die schwangere Frau für eine informierte und selbstbestimmte Entscheidung, die Schwangerschaft fortzuführen oder abzubrechen, benötigt.⁵⁹ Im Zusammenhang mit der Nutzung fortpflanzungsmedizinischer Verfahren könnte hingegen berücksichtigt werden, dass ihr Ziel darin besteht, dauerhafte verantwortungsvolle Beziehungen zu begründen, weshalb deren voraussichtliche Qualität in die Bestimmung der Reichweite der reproduktiven Selbstbestimmung eingebracht werden kann.⁶⁰

Unbestritten ist, dass Rechtspositionen von Drittpersonen und öffentliche Interessen der reproduktiven Selbstbestimmung Schranken auferlegen können. Dazu gehören zum Beispiel die Interessen der Keimzellenspender, die Einhaltung medizinischer Standards, die Glaubwürdigkeit der medizinischen Profession, gesellschaftliche Kohäsion und Integrität und – was im Detail höchst umstritten ist – die Würde und Interessen des potenziellen oder ungeborenen Lebens. Es bleibt im Einzelnen zu untersuchen, welche Schranken die reproduktive Selbstbestimmung im geltenden rechtlichen Kontext erfährt und ob beziehungsweise wie sich diese rechtfertigen lassen.

2. Körperliche Integrität

Reproduktion, Schwangerschaft und Geburt sind intensive körperliche Erfahrungen. Die verfassungsrechtlich (Art. 10 Abs. 2, Art. 13 Abs. 1 BV) und persönlichkeitsrechtlich (Art. 28 ZGB) geschützte körperliche Integrität ist auf vielfältige Weise mit der reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung verwoben.

Zunächst sind im vorliegenden Kontext häufig sowohl die körperliche Integrität als auch die reproduktive Selbstbestimmung verletzt, so zum Beispiel bei einer Sterilisation ohne Zustimmung der betroffenen Person. Beim Schwangerschaftsabbruch wird die körperliche Integrität durch den Eingriff nicht nur verletzt, sondern durch die Verhinderung der weiteren Schwangerschaft auch geschützt. Die Lage präsentiert sich aber mitunter auch dergestalt, dass die Ausübung der reproduktiven Selbstbestimmung einen (häufig schweren) Eingriff in die körperliche Integrität mit sich bringt, so bei der Inanspruchnahme moderner Körpertechniken wie fortpflanzungsmedizinischer Massnahmen.

Tatsächlich sind Fragen der reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung solche, die Frauen in besonderem Masse berühren. Reproduktion findet im Körper der Frau statt, ihre Folgen sind für das Leben einer Frau weitreichend.⁶¹ Die enge Verbindung zwischen der reproduktiven Selbstbestimmung

59 So ist wohl die Einschränkung von Art. 11 GUMG zu verstehen.

60 Dies dürfte das primäre Ziel von Art. 3 Abs. 1 FMedG sein.

61 Vgl. auch BEIER/WIESEMANN, 206.

und der körperlichen Integrität der Frau wirkt sich auch auf die Position des Partners und potenziellen Vaters aus. Er verfügt ebenfalls über reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, kann sie allerdings regelmässig nur dann realisieren, wenn dafür kein Eingriff in die körperliche Integrität der Frau notwendig ist. So kann er zum Beispiel die Einwilligung zur In-vitro-Fertilisation nach Entnahme und allenfalls auch Befruchtung der Eizellen nur vor deren Transfer in die Gebärmutter der Frau widerrufen.⁶² Wünscht er hingegen eine pränatale Untersuchung, ist er in seiner reproduktiven Selbstbestimmung auf die Mitwirkung der Frau angewiesen. Der werdende Vater kann zudem nicht verhindern, dass die schwangere Frau ihre reproduktive Autonomie verwirklicht, zum Beispiel indem sie die Schwangerschaft abbricht.

Der körperlichen Integrität kommt – wie noch zu zeigen sein wird – auch im Verhältnis zu anderen Interessen eine hervorragende Bedeutung zu. Eingriffe in die körperliche Integrität ohne das Einverständnis der betroffenen Person, das heisst Zwangsbehandlungen, setzen eine gesetzliche Grundlage voraus, die den Grundsätzen der hinreichenden Normbestimmtheit genügt,⁶³ sie müssen ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter verfolgen und verhältnismässig sein, weshalb sie nur in sehr seltenen Konstellationen gerechtfertigt sind.⁶⁴

3. *Das ungeborene Leben*

a. *Der normative Status des Embryos und des Fötus*

Das Nachdenken über den Anfang des menschlichen Lebens und die Bedeutung reproduktiver Autonomie und Selbstbestimmung ist deshalb so herausfordernd, weil es eine Bewertung ungeborenen Lebens verlangt, die stark kulturell und religiös geprägt ist. Der ungeklärte und widersprüchliche Umgang mit dem werdenden Leben ist mit ein Grund für die Schwierigkeiten, die sich im Zusammenhang mit der reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung ergeben. Die ethische Debatte über den Status ungeborenen Lebens wird seit jeher heftig geführt und die Positionen stehen sich mitunter unversöhnlich gegenüber.⁶⁵ Für den rechtlichen Diskurs sind einige Vereinfachungen von Nutzen.

Zwar sind physiologisch-ontologische Zäsuren innerhalb der menschlichen Entwicklung im rechtlichen Kontext allgemein von Bedeutung. In vergleichen-

62 Vgl. *Evans v. The United Kingdom* (no. 6339/05), Urteil (Grosse Kammer) vom 10. April 2007, §§ 83 ff. Für eine eingehende und kritische Auseinandersetzung mit dem Fall Evans vgl. PRIAULX.

63 Siehe MÜLLER, *Zwangsmassnahmen*, 157 ff.

64 Zivilrechtlich bedarf der Eingriff einer Rechtfertigung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB; im verfassungsrechtlichen Kontext kommt Art. 36 BV zur Anwendung. Vgl. exemplarisch BGE 127 I 6, E. 6. (medikamentöse Zwangsbehandlung) oder BGE 118 Ia 434, E. 5a (obligatorische zahnärztliche Untersuchung).

65 Zur Diskussion über den moralischen Status des Embryos ausführlich WAGNER-WESTERHAUSEN; KIPKE; RÜTSCHKE, 153 ff.

der Sicht werden aber mit Bezug auf die Frage, ab welchem Zeitpunkt der Embryo eine rechtlich relevante Entität ist, sehr verschiedene Standpunkte vertreten. Die Spannweite von Anschauungen reicht von der Zusprechung der Menschenwürde und des Lebensrechts ab dem Zeitpunkt der Befruchtung über graduelle Abstufungen dieses Rechts zum Beispiel ab dem Zeitpunkt der Einnistung des Embryos in die Gebärmutter, der Ausbildung des zentralen Nervensystems oder ab der Geburt bis hin zum Standpunkt, das Vorhandensein des Bewusstseins sei die massgebliche Zäsur. Eine Mehrheit europäischer Rechtsordnungen sieht die Geburt als entscheidend an für die Entstehung einer Person im Rechtssinne.⁶⁶

Das Völkerrecht äussert sich nicht zum Beginn des Rechtsschutzes für menschliches Leben.⁶⁷ Auch in der Biomedizin-Konvention wurde auf eine entsprechende Bestimmung verzichtet.⁶⁸ Der EGMR entschied, dass die Regelung des Lebensbeginns in den Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten falle, da über seinen Zeitpunkt weder aus naturwissenschaftlicher noch aus rechtlicher Sicht ein Konsens bestehe. Vor diesem Hintergrund verneinte er eine Verletzung des Rechts auf Leben (Art. 2 EMRK) in einem Fall, in dem ein Arzt irrtümlich die Fruchtblase seiner Patientin verletzt hatte, was schliesslich zum Verlust des Fötus führte.

«It follows that the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere, notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention, a «living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions» [...]. The reasons for that conclusion are, firstly, that the issue of such protection has not been resolved within the majority of the Contracting States themselves, in France in particular, where it is the subject of debate [...] and, secondly, that there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life [...].»⁶⁹

Spätestens seit der umfassenden Arbeit von BERNHARD RÜTSCHKE ist hinreichend dokumentiert, dass die Schweizer Verfassung keine Antwort auf die Frage enthält, ob Ungeborene ein Recht auf Leben und Integrität haben beziehungsweise dass sich jedenfalls aus der Verfassung keine Grundrechtsträgerschaft von Embryonen und Föten ergibt, diese vielmehr erst mit der Geburt einsetzt.⁷⁰

66 Vgl. BÜCHLER/FREI, Rz. 53.

67 Vgl. RÜTSCHKE, 100 ff.

68 Der Verzicht erfolgte bewusst: Weil kein Konsens zwischen den Mitgliedstaaten des Europarats auszumachen war, wurde die Festlegung des Beginns des Mensch- und Person-Seins den nationalen Rechtsordnungen überlassen; vgl. Council of Europe, Explanatory Report, Ch. I, § 18.

69 *Vo v. France* (no. 53924/00), Urteil vom 8. Juli 2004, § 82. Auch in verschiedenen früheren Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch hatte sich die Kommission beziehungsweise der Gerichtshof dahingehend geäussert, dass die Staaten über einen grossen Ermessensspielraum in Fragen des pränatalen Lebensschutzes verfügen; vgl. *H. v. Norway* (no. 17004/90), Entscheid vom 19. Mai 1992, § 1; *Boso v. Italy* (no. 50490/99), Urteil vom 5. September 2002, § 1.

70 Eingehend RÜTSCHKE, 109 ff. So auch BIAGGINI, OFK BV, Art. 10, N 8; MÜLLER/SCHEFER, 46 ff.; SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB II, Vor Art. 118, N 7. Auch *de lege ferenda* soll, so RÜTSCHES Position, erst die Geburt ein Lebens- und Integritätsrecht begründen, 442 ff.

Dass Embryonen und Föten kein Recht auf Leben und Integrität zukommt, heisst nicht, dass sie aus verfassungsrechtlicher Sicht gänzlich schutzlos sind. Entsprechend wird in der Lehre vertreten, dass auch Ungeborenen Menschenwürde zukomme,⁷¹ oder dass die Menschenwürde zumindest erfordere, ungeborenes Leben würdevoll zu behandeln.⁷² RÜTSCHÉ folgert aus seiner Analyse, dass die Menschenwürde im Kontext vorgeburtlichen Lebens zwar keine grundrechtliche Dimension aufweise, also nicht als individuell-anspruchsbegründendes Grundrecht verstanden werden könne, sehr wohl aber ein objektives Verfassungsprinzip darstelle.⁷³ Embryonen und Föten komme ein objektiver Eigenwert zu, der auf moralische Gefühle in der Gesellschaft zurückzuführen sei, und zwar aufgrund ihrer Potenzialität und damit Nähe zu geborenen Menschen,⁷⁴ weshalb ihr Schicksal der Rechtsgemeinschaft nicht gleichgültig sein könne.⁷⁵ Daraus wird ein Verbot abgeleitet, pränatales Leben leichtfertig zu opfern, dieses wie ein «beliebig austauschbares Objekt» zu behandeln, es der Willkür preiszugeben oder ihm jede Entwicklungschance zu verwehren.⁷⁶

Die Wahrnehmung von Grundrechtspositionen, so die weiteren Erläuterungen RÜTSCHÉ, rechtfertige Eingriffe in den Eigenwert von Embryonen und Föten. Wenn der Eingriff für die Verwirklichung eines Grundrechts unbedingt notwendig, das heisst geeignet und erforderlich sei, dürfe er stattfinden,⁷⁷ zumal der Schutz von objektiven Verfassungsprinzipien nicht dazu führen könne, dass individuelle Rechte weichen müssen:

«[D]ieser Grundsatz [steht] im Dienst einer liberalen Verfassungsordnung, die das Rechte dem Guten überordnet, indem sie im Konfliktfall universellen Interessen gegenüber partikularen Wertauffassungen den Vorrang gibt. Der objektive Eigenwert von nicht-rechtsfähigen Ungeborenen ist auf partikuläre Interessen, nämlich auf moralische Gefühle in der Gesellschaft zurückzuführen. Demgegenüber sind die von Menschen- und Grundrechten geschützten elementaren Bedürfnisse grundsätzlich allen Menschen eigen und damit universeller Natur.»⁷⁸

Vgl. allerdings die vielen Literaturstellen, die explizit oder implizit von der Grundrechtsträgerschaft des Ungeborenen bzw. von einem Recht auf Leben des Nasciturus ausgehen: SCHWEIZER, St.Galler Kommentar BV, Art. 10, N 21; ähnlich KOHLER-VAUDAUX, 97 ff.; HANGARTNER, 24 ff.; ausführlich SEELMANN, 72 ff. Eine Grundrechtsträgerschaft des Embryos und Fötus entspricht auch der deutschen Verfassungsdoktrin, vgl. ausführlich ROHRER, insbesondere 88 ff.

71 So MASTRONARDI, St.Galler Kommentar BV, Art. 7, N 52; HALLER, Rz. 21; RHINOW, Rz. 1032.

72 So RÜTSCHÉ, 315.

73 RÜTSCHÉ, 315.

74 RÜTSCHÉ, 471 f.

75 Siehe BGE 115 Ia 234, E. 9c.

76 RÜTSCHÉ, 472 f. Zudem vertritt RÜTSCHÉ ein Integritätsrecht empfindungsfähiger Föten, das diese vor der Zufügung von Schmerzen und Leid schützen soll, RÜTSCHÉ, 426 f.; anderer Ansicht NEK, Forschung an menschlichen Embryonen und Föten, 100 f.

77 RÜTSCHÉ, 474 f.

78 RÜTSCHÉ, 473.

Die reproduktive Selbstbestimmung ist ein solches Grundrecht, das Eingriffe in den Eigenwert von Embryonen und Föten zu legitimieren vermag, wobei sie freilich in ihrer Reichweite umstritten ist. In der spiegelbildlichen und meines Erachtens gleichwertigen Betrachtungsweise stellt der Eigenwert von Embryonen und Föten ein öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV) dar, das einen Eingriff in die reproduktive Selbstbestimmung als grundrechtliche Position rechtfertigen kann.

Explizit geregelt ist der Beginn der Persönlichkeit in Art. 31 Abs. 1 ZGB. Danach fällt dieser mit der vollendeten Geburt zusammen, das heisst mit dem vollständigen Austritt aus dem mütterlichen Körper. Es wird weiter vorausgesetzt, dass das Kind Lebenszeichen zeigt, namentlich die Lungenatmung einsetzt oder das Herz zu schlagen beginnt, und nach einem Teil der Lehre dass eine zumindest vorübergehende Entwicklung ausserhalb des Körpers der Mutter möglich, das Kind also grundsätzlich überlebensfähig ist.⁷⁹ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, handelt es sich um eine Person, der sämtliche Persönlichkeitsrechte zustehen, und die insbesondere ein unabwägbares Recht auf Leben hat.

Nach Art. 31 Abs. 2 ZGB ist das Kind vor der Geburt unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass es lebend geboren wird. Aufgrund der Bedingung der Lebendgeburt können meines Erachtens aus dieser Bestimmung keine Persönlichkeitsrechte Ungeborener abgeleitet werden, unabhängig davon, ob die Bedingung als Resolutiv- oder als Suspensivbedingung begriffen wird.⁸⁰ Allerdings wird dem ungeborenen Leben, dem Nasciturus, eine bedingte Rechtsfähigkeit zugestanden, die im vorliegenden Kontext vor allem deshalb von Bedeutung ist, weil sie zu haftpflichtrechtlichen Ansprüchen des Kindes führen kann, sofern schädigende Handlungen während der Schwangerschaft eine gesundheitliche Beeinträchtigung bewirkt haben.⁸¹ Grundlage dafür ist aber das Integritätsrecht des geborenen Kindes und nicht des Fötus. Die Ansprüche materialisieren sich jedenfalls mit der Lebendgeburt.

79 BERETTA, BSK ZGB I, Art. 31, N 4 f.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.09 f.; GUILLOD, Personnes, 29; MEIER/DE LUZE, Rz. 22 f.; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 429 f.; so aus verfassungsrechtlicher Sicht auch RÜTSCHKE, 443. Anderer Ansicht mit Bezug auf die Notwendigkeit der Entwicklungsfähigkeit BREITSCHMID, HK, Art. 31, N 3. Ablehnend auch schon HAFTER im Kommentar von 1919, Art. 31, N 4. Ausführlich SCHLATTER, 39 ff., die durch eine eingehende und überzeugende Auseinandersetzung mit der Bestimmung nachzeichnet, weshalb die Persönlichkeit eines extrem Frühgeborenen im Zweifel immer anzuerkennen ist.

80 Vgl. BERETTA, BSK ZGB I, Art. 31, N 20, wonach die Auseinandersetzung darüber, ob der Vorbehalt der Lebendgeburt eine Suspensiv- oder Resolutivbedingung darstellt, lediglich akademischer Natur sei; so auch RÜTSCHKE, 481 f.; vgl. auch GUILLOD, 843. Anderer Meinung und differenzierend HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 03.14, und PALLY, 190 f. MEIER/DE LUZE, Rz. 29, und STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 438, vertreten die Meinung, es handle sich um eine Resolutivbedingung. Zur Diskussion über die Rechtsstellung des Nasciturus in Deutschland ausführlich HILLMER, 133 ff.

81 Vgl. GUILLOD, Personnes, 31; MEIER/DE LUZE, Rz. 31; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 440; HAUSHEER/AEBI MÜLLER, Rz. 03.20 f.

Die bedingte Rechtsfähigkeit entsteht mit der Zeugung und im Kontext der Fortpflanzungsmedizin je nach Ansicht im Zeitpunkt der Befruchtung oder der Nidation.⁸² Auch wenn die Rechtsfähigkeit des lebend Geborenen zurück auf den Zeitpunkt der Zeugung wirkt, erfasst sie die Zeugung selbst, die Tatsache der Existenz nicht.⁸³ Die Existenz kann nicht beklagt werden, zumal es die Möglichkeit einer besseren nie gegeben hat. Dem Obergericht des Kantons Bern wurde der Fall einer Frau unterbreitet, die ein Kind mit cystischer Fibrose, einer vererblichen und nicht heilbaren Stoffwechselkrankheit, zur Welt brachte.⁸⁴ Die behandelnde Ärztin hatte es unterlassen, eine pränatale diagnostische Untersuchung durchzuführen, obwohl die Mutter bereits ein Kind mit dieser Erkrankung geboren hatte. Mit Bezug auf die Genugtuungsklage der an cystischer Fibrose leidenden Tochter, der *Wrongful Life*-Klage, hielt das Obergericht fest:

«Ein Recht auf Nichtexistenz gibt es nicht. Die Unterlassung der Beklagten stellte daher weder eine Verletzung vertraglicher (Schutz-)Pflichten dar, noch war sie widerrechtlich. Der Umstand, überhaupt (wenn auch mit einer Behinderung) geboren zu sein, beinhaltet keine immaterielle Unbill.»⁸⁵

Der zivilrechtliche Befund, wonach die Rechtspersönlichkeit mit der Geburt entsteht, bestätigt sich im Wesentlichen auch im Strafrecht. Die Art. 111–117 StGB schützen Leib und Leben. Das geschützte Rechtsgut der Bestimmungen zum Schwangerschaftsabbruch (Art. 118–120 StGB) ist dagegen nicht das Leben der Person, sondern das Interesse des Fötus.⁸⁶ Wann das Person-Sein beginnt, ergibt sich indirekt aus Art. 116 StGB, welcher von der Kindestötung handelt. Nach dieser Norm wird eine Tötung «während des Geburtsvorganges» bereits als Kindestötung qualifiziert. Das heisst, dass im Unterschied zum Zivilrecht, das personales Leben erst mit der vollendeten Lebendgeburt entstehen lässt, dieses im Strafrecht gegeben ist, sobald der Geburtsvorgang einsetzt.⁸⁷ Bei einer natürlichen Geburt ist dies mit den Eröffnungswehen der Fall, bei einem Kaiserschnitt, wenn der Arzt zum Eingriff ansetzt.⁸⁸

82 Für die Nidation als Anknüpfungspunkt für den Beginn der bedingten Rechtsfähigkeit bei der medizinisch assistierten Reproduktion: BERETTA, BSK ZGB I, Art. 31, N 17; MEIER/DE LUZE, Rz. 33; für die Befruchtung: HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.25; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, Rz. 442a.

83 Für den verfassungsrechtlichen Kontext hält KUHN, 219, zu Recht fest: «Der später geborene Mensch kann nicht durch ein Verfahren in seinen Grundrechten verletzt werden, die [sic] ihm erst zum Leben verholten haben [...]. Es gibt kein Grundrecht, das dem Individuum einen Anspruch einräumt, nicht, anders als geschehen oder auf eine bestimmte Art und Weise gezeugt worden zu sein.»

84 Urteil der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 2.5.2011, ZK 10 569.

85 Urteil der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 2.5.2011, ZK 10 569, IV.C. ii.b, Ziff. 5; kritisch dazu MÜLLER, 49 ff.

86 Siehe SCHWARZENEGGER, BSK StGB II, Vor Art. 111, N 1.

87 Vgl. auch BGE 119 IV 207, E. 2.

88 SCHWARZENEGGER, BSK StGB II, Vor Art. 111, N 27f. Im Rahmen einer Revision des Strafrechts soll Art. 116 StGB ersatzlos gestrichen werden. Ob dies zu einer Harmonisierung zwi-

Nur wer eine Person tötet oder verletzt, begeht ein Tötungs- oder Körperverletzungsdelikt und muss mit Strafen bis zu lebenslänglichem Freiheitsentzug rechnen. Wer hingegen eine Schwangerschaft abbricht, wird deutlich milder und unter Umständen überhaupt nicht bestraft: Gemäss der im Jahr 2002 eingeführten Fristenlösung ist der Schwangerschaftsabbruch im ersten Trimester der Schwangerschaft mit Einwilligung der Schwangeren gänzlich straflos (Art. 119 Abs. 2 StGB) und in den zwei folgenden Trimestern ebenfalls, sofern der Abbruch indiziert ist (Art. 119 Abs. 1 StGB).

b. Ein pränatales Integritätsrecht?

Die Auseinandersetzungen mit dem Schwangerschaftsabbruch aber auch mit der Herstellung von Embryonen *in vitro* haben die traditionelle Diskussion um den normativen Status beziehungsweise das (fehlende) Lebensrecht des Ungeborenen massgeblich geprägt. In jüngster Zeit wird in der Literatur in verschiedenen Zusammenhängen neu über einen Integritätsanspruch des Embryos diskutiert, der möglicherweise Schutzansprüche trotz fehlendem Lebensrecht zu begründen vermag. Geschuldet ist diese Entwicklung den pränatalen Therapiemöglichkeiten und dem anwachsenden Wissen um Zusammenhänge zwischen Medikamenten oder bestimmten Verhaltensweisen und der Entwicklung des Embryos oder Fötus.

RÜTSCHKE entnimmt dem geltenden Verfassungsrecht eine Vorwirkung des Integritätsrechts auf die pränatale Phase. Er begründet dies mit dem Schutz des Gesundheitsbedürfnisses geborener Menschen und stützt sich auf den weitgehenden Konsens in der ethischen und philosophischen Literatur – ein solcher Konsens besteht im Zusammenhang mit dem Lebensrecht von Embryonen und Föten gerade nicht.⁸⁹ Mit der Anerkennung einer solchen Vorwirkung sollen Handlungen, welche Embryonen oder Föten schädigen, als Eingriffe in das Integritätsrecht geborener Menschen erfasst werden,⁹⁰ was freilich bedeutende Auswirkungen auf die reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung der Frau oder des Paares hat. Mich vermag diese Betrachtungsweise nicht zu überzeugen. Auch wenn damit nicht behauptet wird, Embryonen oder Föten seien Träger des Integritätsrechts, so impliziert diese Ansicht doch, dass es zwar kein Recht auf Leben gibt, aber eines auf ein gesundes Leben; dass die Verfassung zwar keine Aussage zum Schwangerschaftsabbruch macht, sehr wohl aber eine Grundlage für staatliche Vorschriften bietet, welche etwa die Einnahme von Folsäure während der Schwangerschaft zur Pflicht erklären. Das scheint wenig konsistent.

schen strafrechtlichem und zivilrechtlichem Lebensbeginn führen würde oder führen sollte, ist ungeklärt und wird in den Materialien nicht erörtert. Zur Streichungsabsicht von Art. 116 StGB vgl. Bundesrat, Erläuternder Bericht, Harmonisierung der Strafrahmen, 8 und 13 f.

89 RÜTSCHKE, 272 ff.

90 RÜTSCHKE, 273.

In zivilrechtlicher Sicht ist anerkannt, dass die Rechtspersönlichkeit – und damit auch das Recht auf körperliche Integrität – eine Rückwirkung entfaltet, sofern das Kind lebend geboren wird (Art. 31 Abs. 2 ZGB). Damit ist eine Grundlage gegeben, um nach der Geburt des Kindes Ansprüche wegen Verletzungen vor der Geburt geltend machen zu können. Für die Beantwortung der Frage, ob es ein pränatales Integritätsrecht gibt, kann jedoch nicht daran angeknüpft werden. Zwar gibt es einige Stimmen in der Literatur, welche die Lebendgeburt in Art. 31 Abs. 2 ZGB als resolutive Bedingung verstehen und daraus folgern, dem Fötus kämen Schutzansprüche zu,⁹¹ allerdings ziehen diese daraus keine Schlüsse für den vorliegenden Kontext. Verwiesen wird regelmässig nur auf Rechtspositionen, die verwandtschaftliche Beziehungen betreffen und im Gesetz eine besondere Grundlage gefunden haben.⁹² Wie noch zu zeigen sein wird, ist zwar eine klare «Tendenz zur Subjektivierung des Fötus»⁹³ auszumachen, das heisst, es wird in verschiedenen Zusammenhängen und auf unterschiedlichen Wegen versucht, Schutzpositionen des Embryos oder Fötus zu begründen. Die Versuche sehen sich allerdings mit einer klaren Regelung des Beginns der zivilrechtlichen Persönlichkeit konfrontiert und schlagen deshalb regelmässig fehl.

Schliesslich kennt auch das Strafrecht keine Bestimmung, welche die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung eines Embryos oder Fötus durch Dritte oder durch die schwangere Frau selbst zum Gegenstand hätte.⁹⁴

c. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nach geltendem Recht Ungeborene kein Recht auf Leben und körperliche Integrität haben, dass sie keine Grundrechtsträger sind und ihnen keine Persönlichkeitsrechte zustehen. Keimendes Leben ist aber für die Rechtsordnung nicht ohne Bedeutung, es ist vielmehr mit Würde zu behandeln und nicht ohne Not zu opfern. Die Potenzialität und damit die Schutzwürdigkeit nehmen im Laufe der Entwicklung des pränatalen Lebens zu,⁹⁵ was insbesondere im Strafrecht zum Ausdruck kommt. Das graduelle Anwachsen der moralischen Schutzwürdigkeit des Fötus wird auch in der ethischen Literatur vertreten, so beispielsweise von LITTLE:

91 MEIER/DE LUZE, RZ. 29 f., und STEINAUER/FOUNTOULAKIS, RZ. 438 ff.

92 Die an diesen Stellen erwähnten Rechte betreffen insbesondere die erbrechtliche Position (Art. 544 und 605 ZGB), die vorgeburtliche Anerkennung der Vaterschaft (Art. 11 Abs. 2 ZStV) oder den Entzug der elterlichen Sorge für ein werdendes Kind (Art. 311 Abs. 3 ZGB).

93 HILLMER, 73.

94 Vor der Geburt besteht kein strafrechtlicher Schutz vor Angriffen auf die körperliche Integrität, vgl. FINGERHUTH, PK StGB, Vor Art. 122, N 1; TSCHUOR-NAYDOWSKI, 186 f. So auch die Rechtslage in Deutschland, vgl. HEINEMANN, 51 ff.; ROBBEN, 103 ff., die zugleich diese eingehend kritisiert und *de lege ferenda* einen Straftatbestand zum Schutz vor pränatalen Schädigungen vorschlägt.

95 Siehe zum Konzept der anwachsenden Schutzwürdigkeit aufgrund des kontinuierlich ansteigenden Potenzials des Fötus RÜTSCHKE, 154 ff., insbesondere 158, mit zahlreichen Hinweisen.

«Even at early stages of pregnancy, developing human life has an important value worthy of respect; its status grows as it does, increasing gradually until, at some point late in pregnancy, the fetus is deserving of the very strong moral protection due newborns.»⁹⁶

Weder im verfassungsrechtlichen noch im privatrechtlichen Kontext steht aber dem Recht auf reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung als grundrechtlich geschützter Position – mit noch zu bestimmender Reichweite – ein grundsätzlich gleichwertiges Lebensrecht oder ein Recht auf Nichtexistenz des Embryos oder Fötus gegenüber, die gegeneinander abzuwägen wären. Das Lebensrecht und das Recht auf körperliche Integrität setzen erst mit der Geburt ein. Darüber, ob dies richtig ist, wird immer wieder diskutiert. Die Geburt ist jedenfalls keine überzeugende ontologische Zäsur in der Entstehung des Menschen und es haftet ihr etwas Zufälliges an. Dies wird zunehmend offensichtlich, je umfassender sich die Möglichkeiten der pränatalen und postnatalen medizinischen Intervention präsentieren.⁹⁷ Vieles spräche dafür, dem Fötus ein selbständiges Lebensrecht mit seiner extrauterinen Lebensfähigkeit, spätestens ab der 24. Schwangerschaftswoche⁹⁸ einzuräumen, das heisst nicht erst mit der Tatsache, sondern bereits mit der Möglichkeit der körperlichen Trennung von Fötus und Frau.⁹⁹ An der Geburt als entscheidender Zäsur halten aber zahlreiche Autorinnen mit bedenkenswerten Argumenten fest, so auch WARREN:

«Birth is morally significant because it marks the end of one relationship and the beginning of others. It marks the end of pregnancy, a relationship so intimate that it is impossible to extend the equal protection of the law to foetuses without severely infringing women's most basic rights. Birth also marks the beginning of the infant's existence as a socially responsive member of a human community. [...] There is room for only one person with full and equal rights inside a single human skin. That is why it is birth, rather than sentience, viability, or some other prenatal milestone that must mark the beginning of legal parenthood.»¹⁰⁰

III. Zusammenfassung und Würdigung

Eine erste Auslegeordnung hat zusammenfassend ergeben, dass Dimensionen, Inhalte und Umfang der reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung für die Schweiz noch weitgehend ungeklärt sind. Neben den traditionellen Bereichen der Freiheit vor staatlichen Eingriffen in die Reproduktion sowie des Zugangs zur Empfängnisverhütung und zum Schwangerschaftsabbruch ist der verfassungsrechtlichen Diskussion immerhin ein Recht auf Verwirklichung des Kinderwunsches zu entnehmen, das auch den Zugang zur Fortpflanzungsmedi-

96 LITTLE, 332.

97 Vgl. BÜCHLER/FREI, Rz. 63 ff.; vgl. ähnlich TSCHUOR-NAYDOWSKI, 365 ff.

98 Siehe Schweizerische Gesellschaft für Neonatologie, Perinatal care, 29; vgl. SCHLATTER, 44 ff.

99 Vgl. auch VAN DEN DAELE, 18; zu dieser Diskussion jüngst JENSEN.

100 WARREN, 62 f.

zin umfasst. Ein Recht auf ein gesundes Kind kommt in verschiedenen Stellungnahmen aber auch – wie noch zu zeigen sein wird – in einzelnen Gesetzesbestimmungen zum Ausdruck. Hingegen werden die Möglichkeit, Drittpersonen für die Verwirklichung des Kinderwunsches beizuziehen, eine umfassende genetische Untersuchung des Fötus zu veranlassen oder Interventionen in die – und Klagen wegen der – Lebensweise während der Schwangerschaft abzuwehren, nur selten in eine Beziehung zur reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung gesetzt und als mögliche Dimensionen derselben diskutiert. Der nachfolgenden Auseinandersetzung mit den einzelnen Aspekten reproduktiver Autonomie und Selbstbestimmung an den Anfängen menschlichen Lebens wird dagegen ein umfassendes Verständnis dieser Position zugrunde gelegt.

Die Lebensplanung vieler Menschen beinhaltet den Wunsch, eine Familie zu gründen. Kinder zu bekommen, mit ihnen zu leben, für sie verantwortlich zu sein, sie zu erziehen und zu begleiten, ist für viele Menschen identitäts- und sinnstiftend und ein existenzielles Bedürfnis. KUHN spricht deshalb von einem natürlich vorgegebenen Grundbedürfnis.¹⁰¹ Der Fortpflanzungstourismus ist mitunter der Macht dieses Bedürfnisses geschuldet. Die Rechtsordnung wird der zentralen Bedeutung reproduktiver Autonomie und Selbstbestimmung für die eigene Identität, die Würde und den Lebenssinn nur gerecht, wenn eine starke Vermutung zu ihren Gunsten etabliert ist und Einschränkungen nur dann angeordnet werden dürfen, wenn sie notwendig sind, um Schaden oder eine nachweisbare Gefährdung von anderen Personen oder der Gesellschaft abzuwehren.¹⁰² Die Selbstbestimmungsanliegen im Kontext der Reproduktion gehen aber über die Freiheit, sich nicht zu reproduzieren und die Möglichkeit, den Kinderwunsch zu verwirklichen hinaus. Auch die dichotome Fassung der persönlichen Freiheit in Fragen der Reproduktion durch die Unterscheidung zwischen einer negativen und einer positiven reproduktiven Selbstbestimmung vermag das Geflecht und die Komplexität von Entscheidungen, die Frauen und Paare in den verschiedenen Situationen treffen wollen und treffen müssen, längst nicht mehr adäquat abzubilden. Die fortschreitende Medikalisierung des Anfangs menschlichen Lebens und die Proliferation der Möglichkeiten beim Akt der Reproduktion, während der Schwangerschaft sowie während und gleich nach der Geburt haben zu einer Vervielfältigung von Entscheidungssituationen, Entscheidungsinhalten, Entscheidungsalternativen, Entscheidungsbedeutungen und Entscheidungsnotwendigkeiten geführt. Damit haben sich auch die Dimensionen der reproduktiven Selbstbestimmung vermehrt und ausdifferenziert. Ich werde in Übereinstimmung mit der Literatur im anglo-amerikanischen

101 KUHN, 2. Siehe auch ROBERTSON, 24: «[...] at the most basic level transmission of one's genes through reproduction is an animal or species urge closely linked to the sex drive.»

102 Vgl. auch ROBERTSON, 24, *passim*; JACKSON, 318. Zur eminent grossen Bedeutung der reproduktiven Selbstbestimmung siehe auch PRIAULX, 173 ff.; zum moralischen Gewicht BUCHANAN/BROCK/DANIELS et al., 214 ff.

Raum und dem ethischen Diskurs all diejenigen Erwägungen und Entscheidungen in Beziehung zur reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung setzen, welche die Person oder das Paar im Kontext ihrer Reproduktion anstellt und trifft, und diejenigen gesetzgeberischen, behördlichen oder ärztlichen Interventionen als solche in die reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung diskutieren, welche die Frau oder das Paar in ihrer reproduktiven Funktion ansprechen oder ihre reproduktive Interessen tangieren. Die reproduktive Selbstbestimmung ist somit sowohl durch den gesetzgeberischen Entscheid betroffen, bei der Samenspende keine Auswahl der Keimzellen anhand der Berufswahl des Spenders zuzulassen, oder der Frau den Zugang zu bestimmten genetischen Informationen über den Embryo zu verwehren, als auch durch die ärztliche Anordnung, die schwangere Frau müsse sich zum Schutz des Embryos einer bestimmten Therapie unterziehen.¹⁰³

Seit einigen Jahrzehnten findet eine weitreichende Verschiebung des Fokus der ethischen und rechtlichen Aufmerksamkeit statt: von der schwangeren Frau und dem Prozess der Schwangerschaft hin zum Embryo als Subjekt und Objekt der Intervention. Die Unsicherheiten in der Diskussion um reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung sind wesentlich darauf zurückzuführen, dass der rechtliche und ethische Umgang mit dem Embryo beziehungsweise Fötus ungeklärt, umstritten oder konfus ist. Verschiedene technologische Errungenschaften haben diese Unsicherheiten noch verschärft. Seit der Erfindung des Ultraschalls kann man den Embryo oder Fötus nämlich sehen, seit einigen Jahren sind gar dreidimensionale Bilder möglich, die dann häufig die ersten Seiten des Fotoalbums zieren und den «Beginn des Lebens des Kindes» dokumentieren: «Das war schon ich.»¹⁰⁴ Zudem ist es vermehrt möglich, Interventionen am Embryo selbst vorzunehmen, sowohl im Vorfeld der Implantation *in vitro* als auch *in utero*. Das hat Einfluss auf das Vokabular in der wissenschaftlichen und öffentlichen Debatte: In der Diskussion um die Fortpflanzungsmedizin ist die Rede vom noch nicht gezeugten Kind und seinem zu erwartenden Wohl und in der Diskussion um die vorgeburtliche Diagnostik vom ungeborenen Kind als einem eigenständigen Patienten.¹⁰⁵ Auch das Lebensrecht des

103 Eher fraglich ist hingegen, ob es bei Keimzellspenden, also Samen- und Eizellenspenden, um Fragen der reproduktiven Selbstbestimmung geht, zumal zwar reproduktive Funktionen eingesetzt werden, aber kein Kinderwunsch oder andere reproduktive Interessen geltend gemacht werden.

104 Dies ganz im Sinne des Identitätsarguments, das bisweilen zur Rechtfertigung des Einbezugs potenzieller Personen in den Personenbegriff vorgebracht wird; vgl. dazu BÜCHLER/FREI, Rz. 25. Vgl. zur Strategie der Visualisierung des Fötus der Abtreibungsgegner in den USA aber auch allgemein zu den Wirkungen routinemässig durchgeführter Ultraschallbilder des Fötus auf den Diskurs um reproduktive Selbstbestimmung und die Erfahrungen und Empfindungen schwangerer Frauen POLLACK PETCHESKY, 263 ff.; MAIER, 120 f.

105 Statt Vieler PALLY, *Nasciturus*, 863. Insbesondere unter Ärztinnen und Ärzten wird diese Sichtweise vertreten. Es gibt gar eine *International Society for the Fetus as Patient*, abrufbar unter <http://www.fetusasapatient.org/> (besucht am 29.3.2016), die sich dem Ultraschall, der pränatalen Diagnostik und Chirurgie sowie der Geburtshilfe widmet.

Embryos wird immer wieder postuliert, und die in der realpolitischen Arena gefundenen, mit der Idee des Lebensrechts häufig nicht vereinbaren Lösungen, so zum Beispiel für den Schwangerschaftsabbruch oder die Präimplantationsdiagnostik, werden als Kompromisse dargestellt. Diese Sichtweise und damit einhergehende moralisierende Tendenzen mutieren nicht nur immer häufiger zu Prämissen sogenannt wissenschaftlicher Debatten, sondern erreichen auch breite Bevölkerungskreise.¹⁰⁶

Mit WIESEMANN ist festzuhalten, dass die Debatte um den moralischen Status des Embryos an einen toten Punkt gekommen ist.¹⁰⁷ Meines Erachtens zeigt die Vielfalt von ethischen, philosophischen und rechtlichen Haltungen dazu, dass die Frage nach dem Beginn des Person-Seins letztlich nicht beantwortet oder bewältigt werden kann. Normativ entstehen in der Schweiz wie in vielen anderen Ländern die Rechtspersönlichkeit sowie das Lebens- und Integritätsrecht aber mit der Geburt.

Viele der nachfolgend zu diskutierenden Fragen würden je für sich alleine eine Publikation verdienen. Die vorliegende Abhandlung strebt weder Vollständigkeit an noch behandelt sie alle Detailfragen. Indes werden vor allem Fragen herausgegriffen, die unbearbeitet, ungeklärt oder umstritten sind, mit dem Ziel, ihre Bedeutung und Komplexität im Zusammenhang mit der reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung an den Anfängen menschlichen Lebens herauszuarbeiten.

C. Reproduktion

«Reproduction is the locus of some of the most pressing conceptual, moral, and legal quandaries in contemporary society. In recent years, we have seen stunning advances in technologies that limit reproduction and even more spectacular advances in those that assist it.»

JOAN C. CALLAHAN, 1.

I. Grundlagen

Viele Menschen haben einen ausgeprägten Kinderwunsch, sie verbinden die Familiengründung mit Sinngebung und Familie mit einem wichtigen Lebensinhalt. Lediglich 7% der 20 bis 29-jährigen Frauen und Männer wünschen sich keine Kinder, weniger als 2% wünschen sich ein Kind, dagegen wünschen sich rund 63% der Frauen und Männer zwei Kinder und 28% gaben drei oder mehr Kinder als persönliches Ideal an. Mit zunehmendem Alter nimmt dann al-

106 So auch BUSCH, Abtreibung, 27 ff.

107 WIESEMANN, 13.

lerdings der Kinderwunsch ab: In der Altersgruppe der 30 bis 39-Jährigen wollen bereits 20% kinderlos bleiben. Offenbar passen Personen ohne Kinder ihre Vorstellungen und Lebenspläne entsprechend an.¹⁰⁸

Die Geburtenziffer ist rückläufig. Während in den frühen 1970^{er}-Jahren die Geburtenziffer noch bei über 2.00 lag, liegt sie heute bei 1.54.¹⁰⁹ Ein Fünftel der Frauen zwischen 50 und 59 Jahren ist kinderlos, 16% haben ein Kind; Frauen mit zwei, drei oder mehreren Kindern sind seltener, als dies aufgrund der von jungen Frauen angegebenen Wünsche zu vermuten wäre. Jedenfalls gibt es eine deutliche Diskrepanz zwischen dem im früheren Alter geäußerten Kinderwunsch und der tatsächlich realisierten Familiengröße.¹¹⁰ Markant ist der Anstieg des Alters der Frauen bei der Geburt des ersten Kindes. Dieses liegt aktuell bei 31.7 Jahren.¹¹¹ Diese Entwicklung ist unter anderem auf veränderte Erwartungen von Frauen an Partnerschaft und Berufsleben zurückzuführen, sowie auf kulturelle und strukturelle Hindernisse, die es erschweren, Erwerbs- und Familienarbeit zu vereinbaren. Wird die Realisierung des Kinderwunsches in eine spätere Lebensphase verschoben, führt das nicht selten zu einer ungewollten Kinderlosigkeit.

Im Folgenden wird auf die reproduktive Selbstbestimmung sowohl im Zusammenhang mit der sogenannten natürlichen wie auch mit der medizinisch assistierten Fortpflanzung eingegangen. Die Abgrenzung zwischen natürlicher und künstlicher Reproduktion ist keineswegs evident, wie das Beispiel der intra-uterinen Insemination veranschaulicht.¹¹² Mit BERNARD wird vorliegend davon ausgegangen, dass die Assistenz durch Ärzte, Keimzellenspender oder Leihmütter bei der Reproduktion «die Natur der Fortpflanzung in eine <Kultur>»¹¹³ überführt.

II. Natürliche Reproduktion

1. Reproduktive Urteilsfähigkeit

Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung umfassen zweifellos die sogenannte natürliche Zeugung und gehören zu den höchstpersönlichen Rechten. Weil diese natürliche Zeugung in der Regel auf sexuelle Kontakte angewiesen ist,¹¹⁴ nehmen die strafrechtlichen Bestimmungen zum Schutzalter auf die re-

108 Vgl. BFS, Familien und Generationen, 8.

109 Vgl. BFS, Indikatoren der Fruchtbarkeit, Tabelle T 01.04.01.02.0.

110 Vgl. BFS, Familien und Generationen, 6.

111 Vgl. BFS, Indikatoren der Fruchtbarkeit, Tabelle T 01.04.01.02.0.

112 Vgl. auch JACKSON, 171.

113 BERNARD, 250.

114 In jüngerer Zeit haben sich Online-Angebote von Spendersamen etabliert. Spermia kann bestellt werden, die Befruchtung erfolgt dann zu Hause durch die Frau selbst und ohne ärztliche Assistenz. Es existieren auch Webseiten, die Personen, welche nach Spendern suchen und solche, welche spenden wollen, zusammenführen; siehe zum Beispiel <http://www.samenspender4you>.

produktive Selbstbestimmung Einfluss. Sexuelle Handlungen mit einer Person, die das 16. Altersjahr noch nicht erreicht hat, sind strafbar, es sei denn, der Altersunterschied zwischen den Beteiligten betrage weniger als drei Jahre (Art. 187 StGB).¹¹⁵ Die Einschränkung erfolgt im Schutzinteresse der jugendlichen Person. Zwar können mit Bezug auf die angemessene Altersgrenze verschiedene Ansichten vertreten werden,¹¹⁶ dass eine solche aber legitime Zwecke verfolgt, scheint unbestritten. Geschützt wird die ungestörte sexuelle Entwicklung des Kindes.¹¹⁷

Mit Blick auf die reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung nicht zu rechtfertigen ist hingegen das Inzestverbot (Art. 213 StGB), auch wenn der EGMR im Jahr 2012 in einer Deutschland betreffenden Entscheidung festgehalten hat, die Strafbarkeit des Geschwisterinzests verletze Art. 8 EMRK nicht, zumal ein europäischer Konsens fehle und die einzelnen Staaten in dieser Frage über ein gewisses Ermessen verfügten.¹¹⁸ Die Strafbarkeit des Inzests ist deshalb problematisch, weil mitunter unklar ist, welches Rechtsgut dieser Tatbestand schützen will und soll. Genannt werden die intakte Familie und eugenische Interessen.¹¹⁹ Das Inzestverbot ist jedoch kaum geeignet, die Intaktheit einer Familie zu schützen.¹²⁰ Auch die Absicht, Personen vor erhöhten Risiken von Fehlbildungen zu bewahren, rechtfertigt eine solche Einschränkung der reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung nicht. Zum einen existiert das Kind, das vor Schäden bewahrt werden soll, nicht, und somit auch kein individuelles Gut, das zu schützen wäre. Zum andern wäre das Inzestverbot kaum eine verhältnismässige Massnahme, wenn erbbiologische Interessen im Sinne der öffentlichen Gesundheit dessen Ziel wären. Sehr zu Recht werden nämlich generell keine Anforderungen an eine bestimmte Konstitution gestellt, um sexuelle Kontakte eingehen und damit möglicherweise Nachwuchs zeugen zu können.¹²¹

com/> (besucht am 29.3.2016). Diese Praxis bestätigt insbesondere, dass sich der Begriff «natürlich» kulturellen Konstruktionen nicht entzieht, dass Natürlichkeit also keine ontologische Evidenz hat.

115 Mit Blick auf die Gefahr, dass eine Abhängigkeit ausgenutzt wird, sind auch sexuelle Handlungen mit Abhängigen (Art. 188 StGB) oder mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen und Beschuldigten verboten (Art. 192 StGB).

116 Etwa in Österreich (§§ 74, 207 StGB) und ebenso in Italien (Art. 609 ter Codice penale) liegt das Schutzalter bei 14 Jahren. In einigen Bundesstaaten der USA liegt das Schutzalter demgegenüber bei 18 Jahren.

117 Siehe MAIER, BSK StGB II, Art. 187, N 1.

118 Siehe *Stübing v. Germany* (no. 43547/08), Urteil vom 12. April 2012, §§ 66 f.

119 ECKERT, BSK StGB II, Art. 213, N 2; siehe die umfassende und kritische Auseinandersetzung mit den Begründungen des Inzestverbots bei KUHN, 320 ff.; aus kulturwissenschaftlicher Sicht BERNARD, 163 ff.

120 Vgl. die entsprechende Kritik in Bundesrat, Erläuternder Bericht, Harmonisierung der Strafrahmen, 29.

121 Der Bundesrat schlug im Zusammenhang mit einer Revision des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches vor, das Inzestverbot aufzuheben (Bundesrat, Vorentwurf, Harmonisierung der Strafrahmen, 11; Bundesrat, Erläuternder Bericht, Harmonisierung der Strafrahmen, 8 f.). In der Ver-

Sexualität gehört zur Persönlichkeit des Menschen. Die Möglichkeit, sich ungehindert sexuell zu entfalten, ist ein hohes Gut, das allen zukommt, auch Menschen mit einer körperlichen oder geistigen Behinderung. Sexuelle Handlungen an und mit urteilsunfähigen Personen sind zwar strafbar (Art. 191 StGB); die Bestimmung zielt aber nicht darauf ab, sexuelle Beziehungen von Menschen mit einer geistigen Behinderung zu unterbinden, sondern die sexuelle Selbstbestimmung einer Person zu schützen, die in eine entsprechende Handlung nicht einzuwilligen vermag.¹²² Sind Personen mit einer geistigen Behinderung sexuell aktiv, so kann dies zur Zeugung und Schwangerschaft führen. Bisweilen wird der Kinderwunsch zum Beispiel von Personen mit einer Trisomie 21 auch explizit geäußert.¹²³ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Mitteln auf Personen eingewirkt werden darf, um der Zeugung eines Embryos vorzubeugen.

Zunächst ist festzuhalten, dass auch Personen mit einer geistigen Behinderung das Recht haben, sich für oder gegen die Gründung einer Familie frei zu entscheiden.¹²⁴ Ist die Person mit Bezug auf reproduktive Entscheide urteilsfähig, bestimmt sie alleine darüber, ob und welche Mittel sie einnehmen oder applizieren will, um einer Schwangerschaft vorzubeugen. Empfängnisverhütende Massnahmen dürfen nicht gegen ihren Willen angeordnet werden. In Bezug auf die reproduktive Urteilsfähigkeit als Voraussetzung für die Ausübung der reproduktiven Selbstbestimmung verdienen insbesondere zwei Aspekte diskutiert zu werden: Erstens stellt sich die Frage, welcher Massstab an die Urteilsfähigkeit anzulegen ist und ob sich die Urteilsfähigkeit nur auf die Tatsache der Zeugung selbst beziehen oder auch die Schwangerschaft, die Geburt und insbesondere die Aufgaben und die Verantwortung, die mit dem Elternsein verbunden ist, umfassen muss. Zweitens ist unklar, ob im Falle von Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person die Entscheidung für oder gegen die Empfängnisverhütung der gesetzlichen Vertretung zusteht. Die Frage der Empfängnisverhütung ist zwar im Alltag von und mit Menschen mit einer psychischen Behinderung von einiger Bedeutung, wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur aber kaum diskutiert. Über der Auseinandersetzung mit dem Thema liegt der Schatten der Vergangenheit. Schon kurz nach ihrer Einführung wurde die Sterilisation in einem eugenischen Kontext diskutiert und entwickelte sich zu einer der verbreitetsten Massnahmen der selektiven, fortpflanzungsverhindernden Poli-

nehmlassung wurde dagegen deutliche und breite Kritik geäußert. Gegen die Streichung von Art. 213 StGB wurden insbesondere der Schutz der Institution der Familie sowie erbhgienische Gründe angeführt. Unter Hinweis auf die Ordnungsfunktion des Strafrechts wurden zudem Bedenken geäußert, dass die Aufhebung des Inzestverbots unerwünschte Signalwirkung haben könnte. Die Gesetzesrevision wurde insgesamt zurückgestellt.

122 Vgl. MAIER, BSK StGB II, Art. 191, N 1 f.

123 Zum in der Schweiz seltenen, aber dennoch bedeutsamen Ereignis der Schwangerschaft von Frauen mit einer geistigen Behinderung vgl. ORTHMANN BLESS.

124 Das ergibt sich aus dem verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot, Art. 8 Abs. 2 BV; siehe auch Art. 23 § 1 a, b Behindertenkonvention.

tik.¹²⁵ In der Schweiz wurden Menschen mit einer geistigen Behinderung bis in die 1980er-Jahre zwangssterilisiert.¹²⁶ Die Aufarbeitung dieser Geschichte¹²⁷ hat zur bundesweiten gesetzlichen Regelung der Sterilisation geführt; das Sterilisationsgesetz ist seit Juli 2005 in Kraft.¹²⁸

Fragen rund um die Urteilsfähigkeit als Voraussetzung für reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung sind komplex und vielschichtig. Ist eine Person in der Lage, ihre Lebenssituation zu erfassen, daraus Entscheidungen abzuleiten, die mit ihren Werten und Überzeugungen in Einklang stehen, und ihren Willen zum Ausdruck zu bringen, ist sie urteilsfähig. In sachlicher Sicht ist zu berücksichtigen, dass Reproduktion darauf ausgerichtet ist, von Verantwortung getragene Beziehungen zu begründen, weshalb sich Urteilsfähigkeit nicht nur auf den Akt der Reproduktion selbst beziehen darf, sondern auch die Bedeutung von Elternschaft umfassen muss. Ist die Person voraussichtlich nicht in der Lage, die Betreuungsaufgabe allein zu erfüllen, so spricht dies allerdings nicht *a priori* gegen ihre Urteilsfähigkeit mit Bezug auf den Wunsch, eine Familie zu gründen. Eltern mit einer Behinderung, so verschiedene Untersuchungen, können sehr wohl ihre Aufgabe wahrnehmen, wenn sie adäquate, mitunter permanente Unterstützung erhalten.¹²⁹ Im Allgemeinen werden Personen, die reproduktives Verhalten zeigen, nicht mit der Erwartung konfrontiert, die Verantwortung für ein mögliches zukünftiges Kind übernehmen zu können oder zu wollen. Bei Menschen mit einer geistigen Behinderung anders vorzugehen, würde einer Diskriminierung gleichkommen.¹³⁰

Bis zum Inkrafttreten des Sterilisationsgesetzes bestand in der Schweiz keine bundesrechtliche Regelung der Sterilisation. Verschiedene Kantone kannten eigene Regelungen, wobei diejenigen des Kantons Waadt Zeugnis ablegen für die eugenisch motivierte Haltung und Praxis der damaligen Zeit. Im Jahr 1928 wurde in das kantonale «Gesetz über die Geisteskranken» eine Bestimmung aufgenommen, wonach «an einer geisteskranken oder geistesschwachen Person medizinische Eingriffe zur Kindsverhütung vorgenommen werden können, wenn diese Person anerkanntermassen unheilbar ist und aller Voraussicht nach nur ungesunden Nachwuchs hervorbringen kann».¹³¹ Die Bestimmung blieb bis 1985 in Kraft.¹³² Bereits 1981 erklärten jedoch die Richtlinien der

125 Vgl. WECKER, 102 f.

126 Zur Geschichte eugenisch motivierter Sterilisationen in der Schweiz siehe DUBACH; GOSSENREITER.

127 Vgl. Kommission für Rechtsfragen NR, Bericht Zwangssterilisationen, 6316 ff.

128 Näheres zur Entstehungsgeschichte MANAI, 304 f.

129 Vgl. die deutsche Initiative «begleitete Elternschaft», abrufbar unter <<http://www.begleitete-elternschaft.de>> (besucht am 29.3.2016).

130 Jedenfalls ist reproduktive Selbstbestimmung von fundamentaler Bedeutung und an die Urteilsfähigkeit sind geringe Anforderungen zu stellen. Nahe liegt eine Analogie zu den tiefen Anforderungen an die Urteilsfähigkeit im Zusammenhang mit der Eheschliessung, vgl. BGE 109 II 273 ff.

131 Vgl. den Hinweis in Kommission für Rechtsfragen NR, Bericht Zwangssterilisationen, 6316.

132 Siehe JEANMONOD/GASSER/HALLER, 77 f. Gestützt auf diese Bestimmung wurden etwa 190 Zwangssterilisationen durchgeführt. Die meisten betrafen Frauen.

SAMW die Sterilisation von Urteilsunfähigen für unzulässig. Damit wurde auch die nicht unumstrittene Ansicht zum Ausdruck gebracht, bei der Reproduktionsfähigkeit handle es sich um ein absolutes, der Vertretung nicht zugängliches höchstpersönliches Recht; die Sterilisation verfolge keinen Heilzweck und sei irreversibel, weshalb nur die betroffene Person selbst in eine solche einwilligen könne.¹³³

Das Sterilisationsgesetz regelt die Frage, ob und wann die Fortpflanzungsfähigkeit einer urteilsunfähigen Person aufgehoben werden kann. Ausnahmsweise und unter engen, kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen ist die Sterilisation von dauernd urteilsunfähigen Personen über 16 Jahren zulässig (Art. 7 Sterilisationsgesetz): Zunächst kommt die Sterilisation nur dann in Betracht, wenn keine Aussicht besteht, dass die betroffene Person jemals die Urteilsfähigkeit erlangt. Sodann muss der Eingriff nach den gesamten Umständen im Interesse der betroffenen Person liegen. Dabei spielt ausschliesslich das Wohl der betroffenen Person eine Rolle; Interessen Dritter sind nicht von Belang.¹³⁴ Zudem muss mit der Zeugung und der Geburt eines Kindes überhaupt zu rechnen sein, und die Zeugung darf sich nicht durch geeignete andere Verhütungsmethoden oder die freiwillige Sterilisation des urteilsfähigen Partners verhindern lassen. Die Sterilisation einer urteilsunfähigen Person ist nach dem Grundsatz der Subsidiarität das letzte zu wählende Mittel der Empfängnisverhütung. Doch selbst unter diesen Voraussetzungen ist eine Sterilisation nur dann zulässig, wenn entweder nach der Geburt die Trennung vom Kind unvermeidlich wäre, weil die Elternverantwortung nicht wahrgenommen werden könnte, oder wenn die Schwangerschaft die Gesundheit der betroffenen Frau erheblich gefährden würde. Zu wählen ist überdies in jedem Fall die Operationsmethode mit der grössten Refertilisierungsaussicht und schliesslich muss die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde zur Sterilisation vorliegen. Vor diesem Entscheid ist sie verpflichtet, sowohl die betroffene Person als auch ihr nahestehende Personen getrennt anzuhören, über die sozialen und persönlichen Verhältnisse der betroffenen Person einen Fachbericht zu erstellen, und die Urteilsunfähigkeit und die Dauer dieses Zustandes durch ein fachärztliches Gutachten abklären zu lassen (Art. 8 Abs. 2 Sterilisationsgesetz).

Die Sterilisation einer urteilsunfähigen Person stellt einen schweren Eingriff in die körperliche Integrität dar und hebt die reproduktive Fähigkeit irreversibel auf. Es ist deshalb davon auszugehen, dass sie kaum praktiziert wird,¹³⁵ zumal heute in der Regel andere, weniger invasive Methoden der Empfängnisverhütung zur Verfügung stehen.¹³⁶ Es ist auch im Lichte der Behindertenkonvention

133 In der juristischen Lehre wurde durchaus auch eine andere Meinung vertreten, nämlich dass ein gesetzlicher Vertreter in die Sterilisation Urteilsunfähiger einwilligen könne; so HEGNAUER, Sterilisation.

134 So noch ausdrücklich Art. 7 Abs. 2 lit. a Entwurf Sterilisationsgesetz.

135 Vgl. aber das Urteil des Obergerichts Zürich vom 26.3.2008, ZR 107 (2008), 112 ff.

136 SAMW, Menschen mit Behinderung, 25.

und mit Blick auf die körperliche Integrität höchst fraglich, ob eine Sterilisation gegen den wie auch immer geäusserten Widerspruch oder Widerstand der urteilsunfähigen Person überhaupt zulässig ist.¹³⁷

Ein klarer Verstoss gegen die reproduktive Selbstbestimmung liegt hingegen im Zusammenhang mit registerrechtlichen Geschlechtsänderungen vor, wenn dafür der Nachweis verlangt wird, dass die Reproduktionsfähigkeit im ursprünglichen Geschlecht aufgehoben wurde. Es ist tatsächlich verbreitete Praxis, einer Person erst und nur dann die Änderung des Personenstands zu ermöglichen, wenn sie einen «irreversiblen Geschlechtswechsel»¹³⁸ geltend machen kann, wofür Gerichte mitunter die Aufhebung der Fortpflanzungsfähigkeit im ursprünglichen Geschlecht voraussetzen.¹³⁹ Das bedeutet, dass die betroffene Person sich zwischen der Ausübung zweier Grundrechte entscheiden muss: Sie kann das Recht auf Geschlechtsidentität nur unter Inkaufnahme eines Eingriffs in die körperliche Integrität und die reproduktive Selbstbestimmung erreichen. Erst seit wenigen Jahren wird diese Praxis kritisch hinterfragt. So hat das Obergericht Zürich in einem Urteil aus dem Jahr 2011 erstmals festgehalten, dass für die Änderung des amtlichen Geschlechts keine geschlechtsangleichenden Operationen verlangt werden dürfen.¹⁴⁰ Weitere Gerichte und das Eidgenössische Amt für das Zivilstandswesen folgten dieser Ansicht.¹⁴¹ Erst vereinzelt wird jedoch ausdrücklich festgehalten, dass nicht nur der operative Eingriff, sondern auch andere Nachweise der Fortpflanzungsunfähigkeit für die Änderung des Geschlechtseintrags nicht vorausgesetzt werden dürfen.¹⁴²

Weniger Aufmerksamkeit in der Literatur erhalten andere – gegenüber der Sterilisation mildere – Formen der erzwungenen Empfängnisverhütung bei psychisch beeinträchtigten, möglicherweise urteilsunfähigen Personen. Zunächst liegt es nahe, dass das familiäre Umfeld, der Beistand, oder die Betreuenden in der Institution mit der betroffenen Person das Gespräch suchen und wenn sinnvoll und notwendig die adäquate Methode zur Empfängnisverhütung besprechen.¹⁴³ Liegt Urteilsunfähigkeit vor, so entscheidet die vertretungsberechtigte Person, ob und welche medizinischen Massnahmen zu ergreifen sind, wobei sie ihre Entscheidung an den Interessen der betroffenen Person auszurichten

137 Vgl. Art. 23 Abs. 1 lit. c, Art. 17 Behindertenkonvention. Der Entwurf zu einem Sterilisationsgesetz sah noch ein Verbot der Sterilisation vor, wenn die betroffene urteilsunfähige Person eine Ablehnung gegen den Eingriff äussert. Vgl. Kommission für Rechtsfragen NR, Bericht Zwangssterilisationen, 6331. Diese Regelung stiess auf Widerstand im Bundesrat und wurde im späteren Verlauf der Gesetzgebung gestrichen. Vgl. zu dieser Auseinandersetzung auch NEK, Sterilisation; KUHN, 312 f.

138 BGE 119 II 264, E. 6c.

139 Vgl. RECHER, 633 ff.

140 Siehe Urteil des Obergerichts Zürich NC090012/U vom 1.2.2011, E. 3.6.

141 Vgl. EAZW, Transsexualität, 7.

142 So Tribunal de première instance du Jura, Décision du 3 Septembre 2012, CIV/1420/2012 und das Regionalgericht Bern-Mittelland, Entscheid vom 12. September 2012, CIV 12 1217 JAC.

143 SAMW, Menschen mit Behinderung, 27.

hat (Art. 296 ff., 327a ff., 377 ff. ZGB).¹⁴⁴ Zwar ist eine Vertretung in Angelegenheiten der Empfängnisverhütung – zum Beispiel in Sachen Spirale oder Dreimonatsspritzen – möglich, zumal der Gesetzgeber diese auch mit Bezug auf die weit einschneidendere Massnahme der Sterilisation ausnahmsweise zulässt. Dauerhafte empfängnisverhütende Massnahmen können sinnvoll sein, um den unbeschwerten Umgang mit Sexualität zu ermöglichen. Allerdings sollte die körperliche Integrität insofern als absolute Schranke gelten, als eine Massnahme zu unterbleiben hat, wenn die Person Widerstand leistet. Auch der Eingriff in die sexuelle Aktivität selbst ist unzulässig, handelt es sich doch dabei um einen absolut höchstpersönlichen Aspekt der Persönlichkeit.¹⁴⁵

Darüber hinausgehende Voraussetzungen oder Anforderungen an potenzielle Eltern bestehen in der Schweiz nicht. Die Entscheidung über das Reproduktionsverhalten liegt alleine bei ihnen; die Verwirklichung des Kinderwunsches vollzieht sich im innersten Bereich der Privatsphäre, Interventionen in diesen haben zu unterbleiben. Auch dann, wenn mögliche Eltern an einer schweren Erbkrankheit leiden, die mit grosser Wahrscheinlichkeit weitergegeben wird, kann und darf ihnen die Reproduktion nicht untersagt werden.¹⁴⁶ In einigen Ländern werden allerdings noch heute medizinische Atteste für die Eheschliessung verlangt, dies nicht zuletzt im Bestreben, der Vererbung von Krankheiten entgegen zu wirken.¹⁴⁷ Weil der innere Zusammenhang zwischen Sexualität, Eheschliessung und Reproduktion in vielen Gesellschaften nicht (mehr) gegeben ist, stellen solche Vorschriften nicht nur einen Eingriff in die Eheschliessungsfreiheit dar, sondern können ihren Zweck auch nicht erfüllen.

Mithin dürfte auch eine spätere Klage des Kindes gegen seine Eltern auf Schadenersatz und Genugtuung wegen der Herbeiführung seiner Geburt im Bewusstsein bestehender Risiken (*Wrongful Life*-Klage) keine Aussicht auf Erfolg haben.¹⁴⁸ Einen Anspruch auf Nichtexistenz gibt es nicht. Die Zeugung hat auch nicht die körperliche Integrität des Kindes verletzt: Das Unterlassen der Zeugung hätte nicht zu demselben Kind ohne Beeinträchtigung geführt, sondern zu keinem Kind. Das heisst, die Rechtsfähigkeit wirkt zwar zurück auf

144 Weil es sich in diesen Fällen regelmässig um ursprüngliche und dauernde Urteilsunfähigkeit handelt, kommt dem mutmasslichen Willen der Betroffenen als Entscheidungsstab keine Bedeutung zu.

145 Zu den ausgesprochen tiefen Anforderungen an die Urteilsfähigkeit im Kontext sexueller Handlungen vgl. MAIER, BSK StGB II, Art. 191, N 5.

146 So im Ergebnis auch RÜTSCHKE aus verfassungsrechtlicher Sicht, 274 f.; für Deutschland vgl. ROBBEN, 213 ff.

147 Vgl. dazu BÜCHLER/GORA, 103 ff. Luxemburg hat erst per 1. 1. 2015 die medizinischen Untersuchungen vor der Heirat abgeschafft.

148 Vgl. GAUCH, 271; anderer Ansicht bei absichtlichen Schädigungen und der Übertragung von Infektionskrankheiten MANNSDORFER, 311 ff.; ähnlich auch LANDOLT, 211 ff. Vereinzelt Stimmen der älteren deutschen Lehre vertraten auch eine deliktsrechtlich sanktionierte Pflicht, auf Kinder zu verzichten, wenn die Gefahr von Erbkrankheiten bestand, so HELDRICH, 599. Für die neuere deutsche Literatur, die eine Haftung der Eltern für Entscheidungen in der konzeptionellen Phase ablehnt, vgl. die Hinweise in ROBBEN, 212 ff.

den Zeitpunkt der Zeugung, sie umfasst allerdings den Zeugungsakt selbst nicht.¹⁴⁹ Hingegen können Eltern die Verletzung ihrer reproduktiven Selbstbestimmung geltend machen, wenn sie sich wegen einer mangelhaften präkonzeptionellen genetischen Beratung zur Zeugung eines Kindes entschlossen haben, das Kind aber mit schwersten Behinderungen geboren wurde und ihnen dadurch ein Schaden erwachsen ist (*Wrongful Conception-Klage*).¹⁵⁰ Die reproduktive Selbstbestimmung umfasst in diesen Fällen das Recht, in Kenntnis der Chancen auf ein gesundes Kind eine reproduktive Entscheidung zu treffen. Eine Pflicht der potenziellen Eltern, solche Kenntnisse mittels präkonzeptionellen genetischen Tests zu erlangen, besteht hingegen nicht (vgl. Art. 6 GUMG).

2. Empfängnisverhütung

Frauen haben seit jeher Mittel und Wege gesucht und gefunden, um einer Schwangerschaft trotz sexueller Aktivität vorzubeugen.¹⁵¹ In Sachen Empfängnisverhütung läutete die Entwicklung der Antibabypille, die 1960 erstmals zugelassen wurde, eine neue Ära ein. Die Schwangerschaftsverhütung ist in der Schweiz sehr verbreitet. Eine aktuelle Befragung des Bundesamtes für Statistik ergab, dass annähernd 90% der Frauen im Alter von 20 bis 24 Jahren Verhütungsmittel benutzen.¹⁵² Trotz der Anwendung von Verhütungsmitteln kommt es zu ungewollten Schwangerschaften. Genaue statistische Zahlen dazu liegen – soweit ersichtlich – nicht vor, doch gehen (ältere) Schätzungen davon aus, dass rund 60% der Schwangerschaftsabbrüche auf das Versagen von Verhütungsmitteln zurückzuführen sind.¹⁵³

Das Recht, durch den Einsatz von Antikontrazeptiva auf die Möglichkeit zur Reproduktion (vorübergehend) zu verzichten, stellt einen wesentlichen Bereich der reproduktiven Rechte dar. Der sichere und finanziell tragbare Zugang zu Methoden der Empfängnisverhütung ist für die Familienplanung und zur Verhinderung ungewollter Schwangerschaften von grosser Bedeutung. Zugangsbeschränkungen bedürfen mit Blick auf die reproduktive Selbstbestimmung einer besonderen Rechtfertigung. Diese liegt insbesondere bei hormonalen Verhütungsmitteln wie der Pille in der Sicherheit für die Gesundheit der Patientin, weshalb sie als Arzneimittel eine Bewilligung der Swissmedic benötigt, um in Verkehr gebracht werden zu können.¹⁵⁴ Die Pille ist rezeptpflichtig und die Pa-

149 Vgl. ausführlich RÜTSCHÉ, 274 ff.

150 Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern VGE 21322 vom 24.11.2003, BVR 2004, 289 ff., E. 3.4. Im konkreten Fall wurde die Klage abgewiesen.

151 Vgl. die Hinweise bei JACKSON, 11.

152 Vgl. BFS, Mikrozensus Familie und Geburtenhäufigkeit.

153 Vgl. Angaben der Schweizerischen Vereinigung für Strafflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs, abrufbar unter <<http://www.svss-uspda.ch/de/facts/verhuetzung.htm>> (besucht am 29.3.2016).

154 Art. 9 Abs. 1 HMG (Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember; Heilmittelgesetz; SR 812.21). Die Bewilligung wird erteilt, wenn der Hersteller das Produkt kli-

tientin ist umfassend über die mit ihrer Einnahme einhergehenden Risiken zu informieren.¹⁵⁵ Tragische Einzelfälle haben der Öffentlichkeit in Erinnerung gerufen, dass die Pilleneinnahme für schwere gesundheitliche Schädigungen verantwortlich sein kann,¹⁵⁶ und dass eine sorgfältige Abklärung und Aufklärung von grosser Bedeutung ist.¹⁵⁷

Die sogenannte «Pille danach» ist eine Notfallmethode, die dann in Betracht gezogen wird, wenn während des Sexualkontakts die Verhütung gescheitert ist. Weil ihre Wirksamkeit von der raschen Einnahme abhängt, ist sie rezeptfrei erhältlich, einzig eine Beratung durch die Apothekerin ist erforderlich.¹⁵⁸

Die reproduktive Selbstbestimmung ist auch im Bereich der Empfängnisverhütung höchstpersönlicher Natur und kann und muss von urteilsfähigen minderjährigen Personen selbständig geltend gemacht werden. Das heisst, dass minderjährigen urteilsfähigen Jugendlichen der Zugang zur Empfängnisverhütung ohne Zustimmung der Eltern zu gewähren ist. Die Urteilsfähigkeit muss im jeweiligen Behandlungskontext beurteilt werden. Die Anforderungen, die an den Zugang zur Empfängnisverhütung gestellt werden, müssen allerdings gering sein, zumal eine Verweigerung weitreichende Folgen haben kann.¹⁵⁹ Auch die Verschreibung von Antikontrazeptiva an eine jugendliche Person unter 16 Jahren, die einen Sexualpartner hat, der wesentlich älter ist, ist nach richtiger, aber umstrittener Ansicht nicht als strafbares Verhalten zu qualifizieren.¹⁶⁰ Den urteilsfähigen minderjährigen Patientinnen muss es zudem möglich sein, den Behandlungsvertrag, der mit dem Zugang zu Antikontrazeptiva einhergeht, selbst abzuschliessen. Zum einen, weil es sich dabei um unentgeltliche Vorteile handelt, das heisst um Leistungen, die von der Versicherung übernommen werden (Art. 19 Abs. 2 ZGB), zum andern, weil sich die Ausgaben wohl regelmässig im Rahmen des freien Kindesvermögens bewegen (Art. 323 ZGB). Meines Erachtens ist der Abschluss eines Vertrags zur gynäkologischen Beratung und Behandlung generell zur Ausübung höchstpersönlicher Rechte

nisch auf seine therapeutische Wirkung und die Sicherheit bzw. ein positives Nutzen-Risikoverhältnis getestet hat; vgl. Art. 53 HMG; vgl. Art. 5 AMZV (Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts über die Anforderungen an die Zulassung von Arzneimitteln vom 9. November 2001; Arzneimittel-Zulassungsverordnung; SR 812.212.22).

155 Die Anforderungen an die Patienteninformation sind im Anhang 5 der AMZV gesondert geregelt.

156 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_365/2014 vom 5. 1. 2015.

157 Liegt keine medizinische Indikation für die Empfängnisverhütung vor, trägt die Patientin die Kosten, wobei dies in der Schweiz keine ernstzunehmende Zugangsschranke zu einer zuverlässigen und sicheren Empfängnisverhütung zu sein scheint.

158 Vgl. auch IENK/SGRM, Positionspapier zur Notfallkontrazeption. Als Deutschland im Jahr 2014 die Rezeptpflicht für die «Pille danach» einführte, wurde dies unter dem Aspekt der reproduktiven Selbstbestimmung stark kritisiert. Inzwischen wurde die Rezeptpflicht wieder aufgehoben.

159 Vgl. dazu ausführlich BÜCHLER/HOTZ, 572 ff.

160 Vgl. DONATSCH, 496, wonach Gehilfenschaft nur dann zu bejahen sei, wenn die Jugendliche geradezu ermutigt wird, mit der älteren Person sexuell zu verkehren.

zu zählen, weshalb die Zustimmung der gesetzlichen Vertretung nicht verlangt werden kann.¹⁶¹ Wünscht die Jugendliche nicht, dass die Eltern von ihrem Besuch bei der Gynäkologin erfahren, leitet die Ärztin das Begehren an die Krankenkasse weiter. Ärztinnen und Ärzte unterliegen der Geheimhaltungspflicht (Art. 320 f. StGB). Die Befreiung von dieser Pflicht kann nur durch die Jugendliche selbst oder auf Anfrage der Ärztin oder des Arztes durch die übergeordneten kantonalen Gesundheitsbehörden erfolgen (Art. 321 Abs. 2 StGB).¹⁶²

Die Sterilisation – die Durchtrennung der Eileiter bei der Frau oder der Samenleiter beim Mann – ist weltweit eine weit verbreitete Form der Empfängnisverhütung¹⁶³ und führt zu dauerhafter Reproduktionsunfähigkeit. Sterilisationen mit dieser Absicht werden in Kliniken seit etwas mehr als einem Jahrhundert durchgeführt. Wie erwähnt, wurden sie auf Bundesebene erst vor einem Jahrzehnt gesetzlich geregelt. In der Literatur wurde lange Zeit die Ansicht vertreten, die Sterilisation stelle eine schwere Körperverletzung dar, die zumindest im strafrechtlichen Kontext durch die blosser Einwilligung nicht gerechtfertigt werden könne. Vielmehr müssten die Patientin oder der Patient wichtige Gründe für den Eingriff vorbringen können.¹⁶⁴ Im heute geltenden rechtlichen Kontext kann eine volljährige und urteilsfähige Person gültig in eine Sterilisation einwilligen, wenn sie über den Eingriff umfassend informiert wird und diesem frei und schriftlich zustimmt (Art. 5 Abs. 1 Sterilisationsgesetz). Urteilsfähige minderjährige Personen können jedoch nicht in eine Sterilisation einwilligen. Dies kann als Einschränkung der reproduktiven Autonomie gewertet werden. Mit Blick auf die Schwere und die Irreversibilität des Eingriffs scheint dies aber gerechtfertigt. Die Urteilsfähigkeit darf in Abweichung von Art. 16 ZGB auch nicht einfach vermutet werden, sondern ist in der Patientendokumentation positiv zu begründen (Art. 5 Sterilisationsgesetz). Besondere Gründe für den Eingriff muss die Patientin aber nicht vorbringen.¹⁶⁵ Dies ist ein Tribut an die reproduktive Autonomie, wobei viele Ärztinnen und Spitäler den Eingriff an sehr jungen Patientinnen und Patienten nicht durchführen, wenn keine besondere Sachlage vorliegt.¹⁶⁶ Auch urteilsfähige Personen unter umfassender Beistandschaft dürfen nach Art. 6 Sterilisationsgesetz sterilisiert werden, sofern sie über 18 Jahre alt sind, über den Eingriff umfassend informiert wor-

161 Vgl. ausführlich BÜCHLER/HOTZ, 573 ff., so auch TAG/WITTE, 1844; anderer Meinung RUTISHAUSER, der aber zugleich auf Schwierigkeiten und Dilemmata in der ärztlichen Praxis hinweist, wenn zum einen die Zustimmung der Eltern zum Abschluss des Behandlungsvertrags verlangt wird, zum andern es alleiniges Recht der jugendlichen Patientin ist, der Behandlung zuzustimmen, und der Arzt gegenüber den Eltern das Patientengeheimnis grundsätzlich zu wahren hat.

162 Zu darüber hinausgehenden Melderechten und Meldepflichten der Ärztin oder des Arztes gegenüber den Behörden vgl. BÜCHLER/HOTZ, 569 ff.

163 Vgl. die tabellarische Übersicht in UN, Contraceptive Use, 25.

164 Vgl. eingehend SCHUBARTH, Kommentar Strafrecht, Art. 123, N 38 ff.

165 Ausführlich zur Sterilisation urteilsfähiger volljähriger Personen und ihren Voraussetzungen aus verfassungsrechtlicher Sicht KUHN, 303 ff.

166 So verschiedene Berichte in entsprechenden Foren.

den sind, diesem frei und schriftlich zustimmen und der gesetzliche Vertreter sowie die Erwachsenenschutzbehörde die Zustimmung ebenfalls erteilen.¹⁶⁷

Unter dem Aspekt der Selbstbestimmung und Höchstpersönlichkeit der Rechtsposition ist im Übrigen die Praxis einiger Gesundheitsinstitutionen¹⁶⁸ nicht haltbar, im Zusammenhang mit der Aufklärung und Zustimmung zur Sterilisation der Frau auch die Unterschrift des Ehemannes zu verlangen. Der Ehemann hat keinen Anspruch auf die Reproduktionsfähigkeit und Reproduktionsbereitschaft seiner Ehefrau, und es liegt auch kein Eingriff in seine Reproduktionsfähigkeit vor, welcher seiner Zustimmung bedürfte.

Die Sterilisation kann misslingen; auf dieses nicht unerhebliche Risiko muss die Ärztin hinweisen. Verletzt sie ihre Aufklärungspflicht¹⁶⁹ oder missachtet sie bei der Durchführung der Sterilisation die Regeln der ärztlichen Kunst und tritt eine Schwangerschaft ein, hat eine *Wrongful Pregnancy*- oder *Wrongful Conception*-Klage Aussicht auf Erfolg: Die Ärztin hat für den Schaden einzustehen, der durch die Geburt des Kindes entsteht.¹⁷⁰ Neben dem Schaden in Form von Unterhaltskosten, der Kausalität zwischen der unterlassenen oder unsorgfältigen Aufklärung beziehungsweise Sterilisation und dem Schaden sowie dem Verschulden muss eine Vertragsverletzung oder Widerrechtlichkeit vorliegen. Letztere liegt im Eingriff in die persönlichkeitsrechtlich geschützte reproduktive Selbstbestimmung, die nicht nur der Frau, sondern auch dem Mann zukommt.¹⁷¹

III. Medizinisch assistierte Reproduktion

I. Entwicklungen

Technologien der Fortpflanzungsmedizin sind seit den späten 1970er-Jahren verfügbar und haben einiges revolutioniert. Nicht nur führt Sexualität nicht mehr notwendigerweise zur Fortpflanzung, sondern Fortpflanzung setzt auch

167 Die Erwachsenenschutzbehörde hat eine ärztliche Zweitmeinung anzufordern und nötigenfalls ein psychiatrisches Gutachten über die Urteilsfähigkeit der betroffenen Personen anzuordnen.

168 So einige Erfahrungsberichte.

169 Zum Erfordernis der Aufklärung über das Versagerisiko bei Sterilisationen für eine rechtsgültige Zustimmung PALLY, 240 ff., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

170 In BGE 132 III 359 ff. vergass der Operateur die geplante Eileiterunterbindung, die an den Kaiserschnitt hätte anschliessen sollen, durchzuführen, wovon das Ehepaar allerdings keine Kenntnis hatte. In der Folge wurde die Ehefrau ein drittes Mal schwanger und erhob nach der Geburt des Kindes erfolgreich Klage gegen den Arzt. Kritisch STEINER, 1154 f. Noch teilweise anders WEIMAR, 49. Vgl. zur früheren Rechtsprechung MANAI, 306 ff. Zum Thema ausführlich PALLY, 12 ff.; auch ZELLWEGER, 78 f. Zur Rechtsprechung im anglo-amerikanischen Rechtskreis NELSON, 220 ff.

171 So auch STEINER, 1158: «Haben sich die Partner übereinstimmend für eine *präventive Familienplanungsmassnahme* entschieden, ist das Recht des Mannes auf selbstbestimmte Familienplanung ebenfalls verletzt. Dasselbe muss auch ohne gemeinsamen Entschluss gelten, sofern sich beide Partner durch die Verhütungsmassnahme geschützt wähen.»

nicht mehr zwingend Sexualität voraus. Mit dem Kontrollzuwachs über biologische Vorgänge ist es möglich geworden, Infertilität zu überlisten. Es ist zudem die Gelegenheit entstanden, auf Keimzellen und Embryonen einzuwirken, diese zu untersuchen, auszusondern oder gar zu verändern. Daraus ergeben sich zahlreiche Fragen, die ebenfalls als neue Dimensionen der reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung thematisiert werden.

Die Geburt des ersten mittels In-vitro-Fertilisation gezeugten Kindes im Jahr 1978 war eine wissenschaftsgeschichtliche Zäsur und markiert den Beginn der ethischen und rechtlichen Debatten über die Regulierung der medizinisch assistierten Reproduktion. Die Fortpflanzungsmedizin hat das Potenzial, Konzeptionen und Verständnisse von Familie und Elternschaft ebenso radikal zu verändern wie jene des ungeborenen Lebens. Das ist mit ein Grund, weshalb seit den Anfängen an ihrer Expansion im Hinblick auf Methoden und Anwendungsbereiche grundsätzliche Kritik geäußert wird. Diese richtet sich gegen den technischen Zugriff auf die Reproduktion, gegen ihre Aneignung und ihre Verdinglichung. Im Rahmen der feministischen Debatten in den 1990^{er}-Jahren wurde ausserdem die Befürchtung geäußert, dass medizinisch assistierte Reproduktion dem autonomen Willen der Frau nicht entspreche oder gar entsprechen könne, da deren diskursive und praktische Nutzung in erster Linie die traditionelle gesellschaftliche Rollenerwartung an die Frau als Mutter zum Ausdruck bringe. Überdies würden die Techniken der Reproduktion sich des Körpers der Frau in der Art eines zweckgerichteten Gegenstandes bemächtigen.¹⁷² Kritische Interventionen sind zwar nicht verstummt, sie richten sich allerdings immer seltener gegen die technische Assistenz im Rahmen der Reproduktion an sich. Gewarnt wird heute vielmehr davor, dass die reproduktionsmedizinischen Technologien zu eugenischen Zwecken eingesetzt und missbraucht werden könnten.

Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung sind im Kontext der medizinisch assistierten Fortpflanzung auf verschiedene Weisen tangiert. Zunächst kann der Kinderwunsch möglicherweise nur mit Hilfe der Fortpflanzungsmedizin realisiert werden. Ob die verfügbaren Technologien in Anspruch genommen werden sollen, ist grundsätzlich von den betroffenen Personen selbst in Übereinstimmung mit ihren Werten zu entscheiden. Werden Keimzellen *in vitro* verwendet, so entsteht die Möglichkeit, diese zu untersuchen, um sicherzustellen, dass der auszutragende Embryo – negativ – nicht Träger einer bestimmten Veranlagung ist, oder dass er – positiv – über bestimmte Eigenschaften verfügt. Auch diese Entscheidungen sind reproduktiver Natur und gehören deshalb

172 Exemplarisch COREA, 166 ff.; auch BRAZIER, 74 ff. Vgl. auch die ausführliche Diskussion der feministischen Kritik bei JACKSON, 174 ff. Geradezu entgegengesetzt zum Beispiel SHULAMITH FIRESTONE, die in den modernen Technologien ein Instrument der Befreiung der Frau «von der Tyrannei der Fortpflanzung» und der biologischen Mutterschaft sieht; ganz im Sinne der Parole «ohne Leib keine Leibeigenschaft» sei dies der Dreh- und Angelpunkt für die gesellschaftliche Überwindung des Patriarchats; vgl. FIRESTONE, 225 f.

grundsätzlich zur reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung. Die betroffenen Personen sind aber auch in ihrer Eigenschaft als zukünftige Eltern angesprochen, das heisst als diejenigen, welche die elterliche Verantwortung ausüben werden. Die körperliche Integrität steht dagegen bei möglichen anderen Beteiligten im Vordergrund, so bei der Eizellenspenderin oder der Leihmutter, wobei die verschiedenen Positionen durchaus kollidieren können, so zum Beispiel dann, wenn die Leihmutter bei einer Mehrlingsschwangerschaft keine Embryoreduktion vornehmen will, die Wunsch- und zugleich genetische Mutter hingegen schon. Fortpflanzungsmedizinische Verfahren tangieren aber nicht nur individuelle, sondern auch öffentliche Interessen. Schliesslich ist der Kinderwunsch zwar höchstpersönlicher Natur, wenn dessen Verwirklichung aber auf die technische Unterstützung durch Fachpersonen angewiesen ist, gibt es immer einen sogenannten *Gatekeeper*, der vor allem darauf zu achten hat, dass nicht zuletzt im gesundheitlichen Interesse der Beteiligten bestimmte Standards eingehalten werden.

Die Fortpflanzungsmedizin ist auf verschiedenen Normebenen reglementiert. Die Verfassung formuliert die programmatische Vorgabe, dass der Mensch vor Missbräuchen der Fortpflanzungsmedizin zu schützen sei (Art. 119 Abs. 1 BV), dass im Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut der Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie zu gewährleisten sei und dass fortpflanzungsmedizinische Verfahren familienstiftende Wirkung entfalten sollen (Art. 119 Abs. 2 BV). Sie enthält darüber hinaus detaillierte materielle Vorgaben; insbesondere sieht Art. 119 Abs. 2 lit. c BV vor, dass Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung nur angewendet werden dürfen, wenn die Unfruchtbarkeit oder die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit nicht anders behoben werden können, nicht aber, um beim Kind bestimmte Eigenschaften herbeizuführen oder um Forschung zu betreiben.¹⁷³

Die Schweiz hat seit dem Jahr 2001 ein Bundesgesetz über die medizinisch assistierte Fortpflanzung, das in verschiedener Hinsicht sehr restriktiv ist.¹⁷⁴ Weil viele Menschen, welche einen auf natürliche Weise nicht realisierbaren Kinderwunsch haben, diese prohibitive Haltung nicht teilen und weil andere Länder Verfahren anbieten, die in der Schweiz verboten sind, reisen Frauen und Paare nicht selten ins Ausland und unterziehen sich dort einer Behandlung. Dieser wachsende internationale Fortpflanzungstourismus¹⁷⁵ und fehlende, verbindliche internationale Regelungen und Standards werden mit Sorge beobachtet.¹⁷⁶

173 Ausführlich zu Art. 119 BV REUSSER/SCHWEIZER, St.Galler Kommentar BV, Art. 119; BELSER/MOLINARI, BSK BV, Art. 119, insbesondere N 30 ff.; BÜCHLER, Rechtsgutachten, 12 ff.

174 Zu den Gründen für diese restriktive Gesetzgebung COTTIER, 11 f.

175 Vgl. dazu die Studienauswertung von HUDSON et al. und die Hinweise in BÜCHLER, Rechtsgutachten, 5 f.

176 Vgl. COESTER-WALTIEN, 233 f. Im Zusammenhang mit der Leihmutterchaft vgl. Bundesrat, Leihmutterchaft, 33 ff., aber auch BERTSCHI, 222 ff., mit eigenem Vorschlag. Die Haager Konferenz hat das Thema der Leihmutterchaft immerhin auf ihre Agenda gesetzt.

Es ist aber auch eine alternative Sichtweise auf die fortpflanzungsgerichtete Reisetätigkeit möglich: Die rechtlichen Ordnungen der reproduktiven Medizin spiegeln eine Vielfalt von philosophischen, kulturhistorischen, ethischen und religiösen Positionen wieder. Diese Pluralität von Haltungen besteht aber nicht nur zwischen verschiedenen Ländern, sondern auch innerhalb einer Gemeinschaft. Die Verschiedenheit der rechtlichen Ordnungen ermöglicht also die Ausübung reproduktiver Autonomie und Selbstbestimmung zwar nicht immer im eigenen Land, doch immerhin in einem grösseren Raum. Sie wird auch bezeichnet als

«safety valve that avoids moral conflict, and as such, contributes to a peaceful co-existence of different ethical and religious views in Europe».¹⁷⁷

Die Fortpflanzungsmedizin hat in der Schweiz in den letzten Jahren an Bedeutung gewonnen. Das Bundesamt für Statistik registrierte im Jahr 2014 insgesamt 6 269 Behandlungen an Frauen. Im Jahr 2004 wurden demgegenüber noch 3 601 Behandlungen an Frauen verzeichnet.¹⁷⁸ Hauptindikation für die Inanspruchnahme der künstlichen Fortpflanzung ist seit Jahren unverändert die Sterilität des Mannes.¹⁷⁹ Das Durchschnittsalter der in der Schweiz behandelten Frauen betrug im Jahr 2014 etwas über 36 Jahre.¹⁸⁰ Die vermehrte Beanspruchung der medizinisch assistierten Fortpflanzung korrespondiert mit einer seit Jahren rückläufigen Anzahl der in der Schweiz vollzogenen Adoptionen;¹⁸¹ die Fortpflanzungsmedizin hat die Adoption als erste Option bei Fruchtbarkeitsstörungen verdrängt.

2. *Zulässige und verbotene Verfahren der Fortpflanzungsmedizin*

a. *Allgemeines*

Die Fortpflanzungsmedizin ist in der Schweiz restriktiv geregelt. Zusätzlich zum verfassungsrechtlichen Verbot der Embryonenspende und aller Formen der Leihmutterchaft (Art. 119 Abs. 2 lit. d BV) untersagt das Fortpflanzungsmedizinengesetz auch die Eizellenspende (Art. 4 FMedG). Erlaubt sind hingegen

177 PENNING, 2694. Er meint denn auch: «It is one thing to introduce rules regarding procreation and family building in one's society, it is quite another to take every possible measure to force individual citizens to abide by these rules» (2691), und präsentiert reproduktiven Tourismus als Lösung des Problems restriktiver nationaler Gesetzgebung. In gewissen Gebieten hat allerdings eine Rechtsvereinheitlichung stattgefunden: Im Jahr 2004 erliessen das Europäische Parlament und der Europäische Rat die sogenannte Gewerichtlinie, deren vorrangiges Ziel die Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für menschliche Gewebe und Zellen ist, die zur Verwendung bei Menschen bestimmt sind; siehe Richtlinie 2004/23/EG (ABl L 102/48 vom 7.4.2004), Art. 1.

178 BFS, Fortpflanzung, Tabelle T 14.03.07.01.01.

179 Mehr als 40 Prozent der fortpflanzungsmedizinischen Verfahren in den Jahren 2007 bis 2014 erfolgten aufgrund von Sterilität des Mannes; vgl. BFS, Fortpflanzung, Tabelle T 14.03.07.01.03.

180 BFS, Fortpflanzung, Tabelle T 14.03.07.01.03.

181 Vgl. auch Botschaft Adoption, 891.

die artifizielle Insemination, die In-vitro-Fertilisation (wozu auch die intrazytoplasmatische Spermajektion gehört¹⁸²) mit Embryotransfer und der Gameten-transfer (Art. 2 lit. a FMedG) – heute alle etabliert und weit verbreitet. Allerdings formuliert das Gesetz zahlreiche Voraussetzungen für die Nutzung der einzelnen reproduktiven Möglichkeiten.

b. Eizellen- und Embryonenspende

Schwangerschaft und Geburt nach einer Eizellenspende sind seit etwa 30 Jahren möglich.¹⁸³ Wegen des Verbots der Eizellen- und Embryonenspende sind diejenigen Paare, die sich den Kinderwunsch aufgrund von Fruchtbarkeitsstörungen der Frau nicht erfüllen können, in der Schweiz jedoch von den Verfahren der künstlichen Fortpflanzung ausgeschlossen.¹⁸⁴ Während das Embryonenspendeverbot Eingang in die Verfassung gefunden hat, war das Verbot der Eizellenspende im Gesetzgebungsverfahren umstritten. Begründet wurde es schliesslich damit,

«dass die medizinisch unterstützte Fortpflanzung nicht zu Familienverhältnissen führen sollte, die von dem, was sonst natürlicherweise möglich ist, abweichen. Das Erfordernis der Eindeutigkeit der Mutterschaft bei der Geburt, das im Satz «mater semper certa est» zum Ausdruck kommt, sollte nicht preisgegeben werden. [...] Die Spaltung der Vaterschaft in einen genetischen und in einen sozial-rechtlichen Vater durch Insemination mit Spendersamen hat im Gegensatz zur Eispende bei natürlichen Zeugungsvorgängen eine Parallele: Dass der genetische Vater rechtlich nicht die Verantwortung für sein Kind übernimmt, dass insbesondere der Ehemann der das Kind gebärenden Frau nicht notwendigerweise dessen leiblicher Vater sein muss, ist eine Erfahrungstatsache. Dementsprechend kann man auch nicht von Diskriminierung der Frau sprechen.»¹⁸⁵

Die gegenüber der Eizellenspende geäusserten Vorbehalte thematisieren schwergewichtig drei unterschiedliche Problemkreise. Einmal wird vorgebracht, die Eizellenspende entferne sich weitgehend von der natürlichen Zeugung, was unerwünscht sei. Ein zweiter Einwand gründet auf der Überzeugung, dass das Wohl des zu zeugenden Kindes vor den Gefahren geschützt werden müsse, die seiner Identitätsentwicklung durch das Auseinanderfallen von genetischer und sozialer Mutterschaft drohen. Schliesslich wird mit Blick auf die Spenderin argumentiert, die Eizellenspende instrumentalisieren den weiblichen Körper und setze die Frau gesundheitlichen Belastungen sowie einem erhöhten Risiko von Ausnützung und Ausbeutung aus. Diese Einwände eignen sich allerdings nicht, um ein Verbot der Eizellenspende und damit einen Eingriff in die reproduktive Selbstbestimmung zu rechtfertigen. «Natürlichkeit» ist weder

182 Vgl. zur grossen Bedeutung der «Erfindung» dieser Methode nicht nur in medizinischer, sondern auch in kulturwissenschaftlicher Sicht BERNARD, 410 ff.

183 Vgl. KENTENICH/UTZ-BILLING, 229, wonach im Jahr 1984 erstmals die erfolgreiche Schwangerschaft und Geburt nach einer Eizellenspende gelang.

184 Vgl. zu den Indikationsgebieten der Eizellenspende BÜCHLER, Rechtsgutachten, 6 f.

185 Botschaft FMedG, 254 f.

ein von kulturellen und entwicklungsgeschichtlichen Vorgängen unabhängiges Konzept, noch gibt es ein öffentliches Interesse daran, das wie auch immer verstandene «Natürliche» als eine Art gesellschaftlichen Selbstverständnisses zu bewahren.¹⁸⁶ In Bezug auf das Kindeswohl sind zwei Dimensionen desselben zu unterscheiden: das Kindeswohl als öffentliches Interesse und das Wohl des einzelnen potenziellen, aber noch nicht gezeugten Kindes. Auf die mit dem Kindeswohl als Leitprinzip des Gesetzes und als Voraussetzung für die Anwendung medizinisch assistierter Fortpflanzungsverfahren (Art. 3 Abs. 1 FMedG) einhergehenden Fragen und Probleme ist an anderer Stelle einzugehen. Mit Bezug auf die Eizellenspende im Besonderen kann zusammenfassend festgehalten werden, dass sie zu den erprobten und etablierten Verfahren gehört und kein erhöhtes Risiko für Erkrankungen oder Fehlbildungen birgt.¹⁸⁷ Ebenso wenig gehen mit der Spaltung zwischen der genetischen (auf Abstammung beruhenden), der biologischen (an die Geburt anknüpfenden) und der sozialen Mutterschaft schwerwiegende psychosoziale Risiken einher.¹⁸⁸ Hingegen ist anerkannt, dass es sich bei der Eizellenspende um einen invasiven Eingriff handelt, der physisch anstrengend ist, schmerzhaft sein kann und nicht frei von gesundheitlichen Risiken ist. Diese Risiken allein können ein Verbot nicht rechtfertigen, gehen sie doch mit jeder In-vitro-Fertilisationsbehandlung einher. Weil der Eingriff nicht mit einem therapeutischen Nutzen für die Spenderin gerechtfertigt werden kann – ausser allenfalls bei *Egg Sharing*¹⁸⁹ – und damit mit dem in der Medizinethik zentralen Gebot der Nichtschädigung in Konflikt gerät, muss der selbstbestimmten und freien Einwilligung der Spenderin und deren vorangehender Aufklärung indessen höchste Aufmerksamkeit zukommen.¹⁹⁰ Zudem sind die medizinischen Standards auch und in erster Linie an den Bedürfnissen sowie der körperlichen und gesundheitlichen Integrität der Spenderin auszurichten. Schliesslich ist mit der Eizellenspende neu die Frage zu diskutieren, ob das Alter der Empfängerin einer Eizellenspende unter dem Aspekt der reproduktiven Selbstbestimmung gesetzlich begrenzt werden soll und darf, zumal die Austragung selbst auch noch in fortgeschrittenem Alter möglich ist.¹⁹¹

186 Grundlegend BIRNBACHER, insbesondere 139 ff.; RÜTSCHKE, 521; siehe auch STEINER/ROGGO, 477; BÜCHLER/CLAUSEN, 259 f.; so schon BÜCHLER, Rechtsgutachten, 17 f., mit weiteren Hinweisen.

187 Zum Forschungsstand im Detail und mit Hinweisen auf die verschiedenen Forschungsarbeiten BÜCHLER, Rechtsgutachten, 18 ff.

188 Vgl. die umfassenden Hinweise auf den sozialwissenschaftlichen und psychologischen Forschungsstand bei BÜCHLER, Rechtsgutachten, 21 ff.; zu den rechtlichen Bedenken hinsichtlich dieses Arguments siehe REINKE, 129 ff., und SCHEWE, 93.

189 Das ist die Möglichkeit, die im Rahmen einer In-vitro-Fertilisationsbehandlung gewonnenen überzähligen Eizellen zu spenden, vgl. BÜCHLER, Rechtsgutachten, 37 f.

190 Vgl. BÜCHLER, Rechtsgutachten, 25.

191 Vgl. zu möglichen Eckpunkten einer Regelung *de lege ferenda* BÜCHLER, Rechtsgutachten, 28 ff.

Für die Embryonenspende, die durch die Verfassung verboten ist, gelten ganz ähnliche Überlegungen. Mit ihrer Hilfe kann sich ein Paar den Kinderwunsch auch dann erfüllen, wenn weder die Frau noch der Mann über funktionsfähige Keimzellen verfügen. Zwar besteht bei der Embryonenspende im Unterschied zur Eizellenspende keinerlei genetische Verbindung des Embryos zum Paar, was das Verfahren in die Nähe der Adoption rückt, die eigene und strenge Regeln kennt. Für sich allein genommen ist dies aber kein Indiz für eine besondere Gefährdung, die ein Verbot rechtfertigen würde.¹⁹² Immerhin besteht durch die Schwangerschaft eine biologische Verbindung zur zukünftigen Mutter. Eine gesetzliche Regelung müsste hingegen dafür besorgt sein, dass nicht leichtfertig überzählige Embryonen erzeugt werden.¹⁹³

Im Rahmen der Revisionsarbeiten zum schweizerischen Fortpflanzungsmedizinengesetz wurden auch parlamentarische Vorstösse betreffend die Zulassung der Eizellenspende eingereicht, welche zu einer politischen Auseinandersetzung geführt haben, deren Ausgang noch offen ist.¹⁹⁴ Jedenfalls ist das Verbot der Eizellen- und Embryonenspende in der geltenden absoluten Form mit dem Recht auf reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung nicht zu vereinbaren, zumal keine öffentlichen Interessen auszumachen sind, welche dieses rechtfertigen könnten.¹⁹⁵

c. *Leihmutterschaft*

Auch sämtliche Formen der Leihmutterschaft sind in der Schweiz verboten.¹⁹⁶ Die argumentative Rechtfertigung für das Verbot der Leihmutterschaft unterscheidet sich nicht grundlegend von derjenigen für das Verbot der Eizellen- und Embryonenspende. Auch die Leihmutterschaft, so die Befürchtungen, untergrabe tradierte Vorstellungen von Mutterschaft, gefährde das Kindeswohl und sei inhärent ausbeuterisch. Bei der Leihmutterschaft erfahren diese Bedenken allerdings eine Zuspitzung: Schwangerschaft und Geburt werden als unhintergehbare Voraussetzungen für echte Mutterschaft präsentiert, die Gefährdung des Kindeswohls und die Verletzung der Würde der Leihmutter werden als der Praxis der Leihmutterschaft immanent beschrieben, und einer Leihmutter wird die Fähigkeit, in eine solche Vereinbarung informiert und selbstbestimmt einzuwilligen, schlicht abgesprochen.¹⁹⁷

192 Siehe KUHN, 351.

193 Vgl. KUHN, 352.

194 Siehe die parlamentarische Initiative von Nationalrat Neiryneck, Die Eizellenspende zulassen. Diese wurde inzwischen abgeschrieben, allerdings mit dem Hinweis, dass das Thema in anderer Form wieder auf die Tagesordnung der Räte gesetzt werden soll.

195 So bereits KUHN, 357 ff.; STEINER/ROGGO, 477 ff. Vgl. zum allgemeinen Liberalisierungstrend COTTIER, 12 ff.

196 Zu den verschiedenen Formen der Leihmutterschaft BLEISCH, 8 f.

197 Vgl. Bundesrat, Leihmutterschaft, 17. Grundlegend kritisch auch CHRISTENSEN. Für eine gute Zusammenfassung und Diskussion der Argumente, die gegen die Zulassung der Leihmutterschaft vorgetragen werden JACKSON, 297 ff.

Bei der Leihmutterschaft handelt es sich um eine komplexe Beziehung zwischen mehreren Personen. Sie hat eine lange Geschichte; die moderne Auseinandersetzung mit dem Phänomen wurde durch den Fall des *Baby M* in den USA der 1980er-Jahre entfacht, als eine Leihmutter und zugleich genetische Mutter sich weigerte, den auftraggebenden Eltern das Kind nach der Geburt zu übergeben.¹⁹⁸ In einer wachsenden Zahl von Rechtsordnungen wird die Inanspruchnahme einer Leihmutter durch Männerpaare oder durch Frauen, die selbst nicht in der Lage sind, eine Schwangerschaft auszutragen, als legitime Möglichkeit angesehen, den Kinderwunsch zu verwirklichen.¹⁹⁹

Ohne an dieser Stelle auf die aufwändigen und kontroversen Diskussionen eingehen zu können, sei lediglich festgestellt, dass auch das gänzliche Verbot der Leihmutterschaft beziehungsweise die Ungültigkeit entsprechender Verträge einen Eingriff in die reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung darstellt und der fundierten Begründung bedarf.²⁰⁰ Der Nachweis, dass von Leihmüttern geborene Kinder in ihrer psychosozialen Entwicklung gefährdet wären, konnte bislang nicht erbracht werden.²⁰¹ Der Leihmutter jegliche Fähigkeit abzusprechen, autonome Entscheidungen zu treffen, mutet zudem paternalistisch an. Die Literatur für den anglo-amerikanischen Raum spricht jedenfalls eine andere Sprache: Es gibt keinen empirischen Nachweis, dass Leihmütter ihre Entscheidungen nicht selbstbestimmt treffen, unabhängig davon, ob sie für die Leistung entschädigt werden.²⁰² Hingegen ist es auch hier vornehme Aufgabe einer gesetzlichen Regelung, den Bedürfnissen der potenziellen Leihmutter Rechnung zu tragen. Dies gilt ganz besonders hinsichtlich ihrer körperlichen Integrität, welche die reproduktiven Interessen der intendierten Eltern regelmässig überwiegen muss. Daraus folgt, dass eine vertragliche Vereinbarung von Eingriffen in die körperliche Integrität der Leihmutter, zum Beispiel in Form einer Embryonenreduktion im Falle der Mehrlingsschwangerschaft oder eines Kaiserschnitts, ungültig wäre (Art. 27 ZGB).²⁰³

198 Dazu statt Vieler BERTSCHI, 109. Ausführlich und detailreich zum Fall *Baby M* BERNARD, 257 ff.

199 Vgl. COTTIER, 19 ff., mit Hinweisen auf die verschiedenen rechtsvergleichenden Studien. Vgl. auch die tabellarische Übersicht über die nach wie vor insgesamt restriktiven Regelungen der Leihmutterschaft in Europa im Bericht des Europäischen Parlaments, Das System der Leihmutterschaft, 10 f.

200 STRAEHLE macht zu Recht auf die Bedeutung der Vertragsfreiheit aufmerksam und postuliert nicht das Verbot, sondern die Regulierung solcher Verträge.

201 Vgl. GOLOMBOK et al., 653, 657. Vgl. auch die englische Studie von JADVA et al., die eine positive Haltung der befragten Kinder zur Leihmutter und zur Leihmutterschaft dokumentiert.

202 So die Schlussfolgerung einer umfassenden Evaluation empirischer Untersuchungen betreffend Kanada, USA und England von BUSBY/VUN, 92: «The empirical research demonstrates that concerns that commercial surrogacy will lead to commodification and exploitation and that women cannot give meaningful consent to such arrangements, have not been realized in those countries.» Siehe auch die Hinweise auf die sozialwissenschaftliche und psychologische Literatur bei NELSON, 331 ff.

203 Es gibt immer mehr Stimmen in der Literatur, die darauf hinweisen, dass internationale Leihmutterschaft ausbeuterisch ist oder sein kann, dass dies allein allerdings ein absolutes Verbot

3. Voraussetzungen und Beschränkungen des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin

a. Allgemeines

Das Fortpflanzungsmedizingesetz kennt nicht nur verbotene Verfahren, sondern auch Beschränkungen des Zugangs zu den erlaubten Behandlungen. Verfahren der Fortpflanzungsmedizin dürfen nur bei einer anders nicht behebbaren Unfruchtbarkeit beansprucht werden²⁰⁴ oder wenn die Gefahr der Übertragung einer schweren, unheilbaren Krankheit²⁰⁵ auf die Nachkommen nicht anders abgewendet werden kann (Art. 119 Abs. 2 lit. c BV; Art. 5 FMedG).²⁰⁶ Heterologe Verfahren stehen nur verheirateten Paaren offen (Art. 3 Abs. 3 FMedG). Paare in eingetragener Partnerschaft sind ausdrücklich von der Fortpflanzungsmedizin ausgeschlossen (Art. 28 PartG). Und schliesslich dürfen nur Personen medizinisch assistierte Fortpflanzungsverfahren in Anspruch nehmen, die aufgrund ihres Alters und ihrer persönlichen Verhältnisse voraussichtlich bis zur Volljährigkeit des Kindes für dessen Pflege und Erziehung sorgen können (Art. 3 Abs. 2 lit. b FMedG), wobei die Konkretisierung dieser Anforderung der ärztlichen Praxis obliegt, die wegen der Unbestimmtheit der Norm grosses Ermessen ausüben kann.²⁰⁷ Freilich haben die Betroffenen in den Eingriff informiert einzuwilligen. Im Kontext der Fortpflanzungsmedizin hat die Einwilligung schriftlich zu erfolgen (Art. 5b rev. FMedG) und die Aufklärung muss gewisse Inhalte aufweisen (Art. 6 Abs. 1 und 2 FMedG).

Haben bestimmte Personen keinen Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, so ist ihre reproduktive Selbstbestimmung tangiert. Eine solche Intervention wird regelmässig mit dem Wohl des Kindes gerechtfertigt, das allerdings in verschiedener Hinsicht dafür ungeeignet ist.

b. Das Kindeswohl?

Unter der Marginalie «Kindeswohl» hält das Fortpflanzungsmedizingesetz im Sinne einer allgemeinen Handlungsanweisung fest, dass medizinisch assistierte Reproduktionsverfahren nur angewendet werden dürfen, wenn das Kindeswohl gewährleistet ist. Dass und weshalb diese Voraussetzung generell und für sämtliche Techniken der assistierten Fortpflanzung gelten soll, wird mitunter wie folgt begründet:

nicht zu rechtfertigen vermag, sondern Grund für eine umfassende Regelung ist; vgl. WILKINSON, Surrogacy.

204 Zu dieser Voraussetzung vgl. FANKHAUSER/VIONNET, 149 f.

205 Das neue Recht verzichtet auf die Voraussetzung der Unheilbarkeit, ohne dadurch eine weitreichende materielle Änderung zu bewirken; vgl. Botschaft Präimplantationsdiagnostik, 5919.

206 Zur Auslegung der Indikation der Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit auf die Nachkommen vgl. Botschaft Präimplantationsdiagnostik, 5920 ff.

207 Eingehend und kritisch zu dieser Voraussetzung FANKHAUSER/VIONNET, 148 f.

«Im Unterschied zur natürlichen Zeugung sind bei den Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung Dritte beteiligt, die ihr Handeln mit Blick auf das Wohl des zu zeugenden Kindes rechtfertigen müssen. [...] Namentlich sollen die Fortpflanzungstechniken bloss gebraucht werden, wenn und soweit sie im Vergleich zur natürlichen Zeugung keine besonderen Risiken für die gesundheitliche Entwicklung des Kindes aufweisen. Auf eine Behandlung ist zu verzichten, wenn die Ärztin oder der Arzt zur Überzeugung gelangt, dass die Lebensbedingungen des Kindes mit schwerwiegenden psycho-sozialen Risiken belastet sein würden. Die Zeugung eines Kindes darf beispielsweise nicht als Versuch zur Rettung einer Paarbeziehung in der Krise dienen.»²⁰⁸

Der Schutz des Kindeswohls wird damit zum wichtigsten Prinzip bei der Anwendung fortpflanzungsmedizinischer Praktiken erklärt und insbesondere den Interessen und Wünschen der möglichen Eltern übergeordnet. Beim Kindeswohl handelt es sich um einen im Familienrecht gut etablierten Grundsatz, wobei der Begriff unbestimmt und in seinem materiellen Gehalt nicht leicht fassbar ist und deshalb im Einzelfall der Konkretisierung bedarf. Zudem variiert das Anspruchsniveau je nach Fragestellung: Da die Wahrung des Kindeswohls beispielsweise bei der Adoption sowohl Ziel als auch Rechtfertigung ist, wird diese nur zugelassen, wenn sich das Kind in allen Belangen bestmöglich entwickeln kann. Will hingegen eine staatliche Behörde in die elterliche Erziehungs- und Betreuungsarbeit eingreifen, so darf sie das nur, wenn eine eigentliche Gefährdung des Kindeswohls vorliegt.²⁰⁹ Die Funktion und der Inhalt des Kindeswohls sind im Kontext der Fortpflanzungsmedizin hingegen ebenso unklar wie der Massstab, der an das Kindeswohl angelegt werden soll.

Das Kindeswohl nach Art. 3 FMedG kann sich – wie im familienrechtlichen Kontext – im Sinne einer individuellen Position auf ein bestimmtes Kind beziehen und sowohl somatische als auch psychosoziale Dimensionen seiner Gesundheit ansprechen. Damit ist zunächst das elementare Bedürfnis nach physischer Unversehrtheit des zu zeugenden Kindes gemeint. Jedenfalls sind Beeinträchtigungen, die durch den Zeugungsakt selber oder aber durch die Art der angewandten Methode bewirkt werden, zu verhindern. Deshalb sind medizinische Verfahren zu untersagen, die für das erhoffte Kind mit hoher oder überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einer Gesundheitsschädigung führen oder deren mögliche Risiken noch gänzlich unerforscht sind.²¹⁰ Ob das Konzept des Kindeswohls hier tatsächlich etwas leistet, was über die allgemeinen ärztlichen Pflichten hinausgeht, ist allerdings fraglich. Die medizinische Integrität und die ärztliche Sorgfaltspflicht verlangen, so vorzugehen, dass die Behandlung zielführend ist und der Patientin nicht schadet. Wünscht zum Beispiel ein Paar unter Berufung auf die reproduktive Selbstbestimmung die Einpflanzung von zehn Embryonen gleichzeitig, kann und muss der Arzt dies mit Blick

208 Botschaft FMedG, 249.

209 Zu diesem Themenkomplex siehe BÜCHLER/CLAUSEN, 237 f., mit weiteren Hinweisen.

210 So schon BÜCHLER/CLAUSEN, 239 f., mit weiteren Hinweisen.

auf die Risiken, die mit einer Mehrlingsschwangerschaft einhergehen, ablehnen;²¹¹ das Konzept des Kindeswohls muss dazu nicht bemüht werden.²¹²

Offensichtlich spricht der Gesetzgeber mit dem Kindeswohl nicht nur den Zeugungsvorgang als solchen an, sondern auch die späteren Lebensbedingungen des geborenen Kindes. Es sollen insbesondere psychosoziale Belastungen, aber auch körperliche Probleme im künftigen Leben des Kindes vermieden werden. Das Gesetz enthält eine Konkretisierung des Kindeswohlgrundsatzes, indem es festhält, dass fortpflanzungsmedizinische Verfahren nur bei Paaren angewendet werden dürfen, die aufgrund ihres Alters und ihrer persönlichen Verhältnisse voraussichtlich bis zur Volljährigkeit des Kindes für dessen Pflege und Erziehung sorgen können (Art. 3 Abs. 2 lit. b FMedG). Diese Einschränkungen der reproduktiven Selbstbestimmung mögen in einzelnen Fällen durchaus sinnvoll und gerechtfertigt sein. Die Verwirklichung des Kinderwunsches zielt darauf ab, dauerhafte und von Verantwortung und Sorge getragene Beziehungen einzugehen, das heisst Elternschaft erleben zu dürfen. Als Begleiter und Beraterin bei der Entscheidungsfindung haben sich der Arzt und die Ärztin vor allem anderen am gegenwärtigen und zukünftigen Wohl des Paares auszurichten. Angesichts der gewichtigen Verantwortung der Elternschaft hat der Arzt die Motivation des Paares, fortpflanzungsmedizinische Unterstützung in Anspruch zu nehmen, zu hinterfragen, nötigenfalls Alternativen aufzuzeigen und insbesondere umfassend über allgemeine und individuelle Chancen und Risiken nicht nur der Behandlung selbst, sondern auch der Elternschaft aufzuklären. Schliesslich hat der Arzt abzuklären, ob die Patientin den physischen und psychischen Belastungen einer Behandlung gewachsen ist. Sollte er daran zweifeln, zum Beispiel weil die Frau bereits ein bestimmtes Alter hat oder weil sie unter einer schweren psychischen Krankheit oder körperlichen Belastung leidet, müsste er eine Fertilisationsbehandlung aufgrund des Nichtschädigungsprinzips und weil sie mit Blick darauf, dass ein Versagen in der Elternfunktion vorhersehbar ist, nicht zielführend sein kann, im Einzelfall unterlassen.²¹³

Das Kindeswohlprinzip und Spekulationen über mögliches Lebensglück und Lebensunglück helfen aber bei einer solchen Entscheidungsfindung nicht weiter. Das Kind, um dessen Wohl es im Kontext der Fortpflanzungsmedizin vermeintlich geht, existiert nämlich (noch) gar nicht. Das Wohl eines Kindes kann nicht verletzt werden, wenn es ohne diese Verletzung gar nicht existieren

211 Das Hauptrisiko einer Mehrlingsschwangerschaft ist die Frühgeburtslichkeit und damit das kindliche Sterbe- und Behinderungsrisiko. Ausführlich dazu SCHRÖER/WEICHERT, 332 f.; vgl. zu den Risiken einer Mehrlingsschwangerschaft insbesondere für die Mutter und zu den Folgeproblemen auch WEBLUS/SCHLAG/ENZETAMI et al., 187.

212 Angestrebt wird der Transfer nur eines Embryos (*Single-Embryo-Transfer*, SET), was allerdings voraussetzt, dass ein Embryo mit grossem Entwicklungspotential identifiziert werden kann; vgl. IMTHURN, 514.

213 Vgl. zu dieser zum Kindeswohlprinzip alternativen Ausrichtung der Fortpflanzungsmedizin-gesetzgebung und -praxis BÜCHLER/CLAUSEN, 264 ff.

würde; eher mutet es paradox an, die Entstehung von Leben verhindern zu wollen, um dessen Wohl zu wahren. Das heisst, dass das Kindeswohl kein taugliches Argument ist, um einer 55-jährigen Frau oder einer Frau, welche Trägerin des HI-Virus ist, den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin zu verweigern;²¹⁴ hingegen kann im Einzelfall das Wohl der Frau selbst einen Verzicht auf die Behandlung gebieten.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich das Kindeswohlargument für die Bewältigung der vielschichtigen Fragen der assistierten Fortpflanzung, mithin in Bezug auf geplante, noch nicht existente Kinder, nicht eignet oder gar inhaltsleer oder irreführend ist. Es lenkt den Blick ab von den kontroversen Rechtfertigungsstrukturen für die Interventionen in die reproduktive Selbstbestimmung.²¹⁵ Die Aufmerksamkeit muss stattdessen der Patientin, ihrer Selbstbestimmung und ihrem Wohl gelten.

c. *Gleichgeschlechtliche und nichtverheiratete Paare*

Gleichgeschlechtlichen und nichtverheirateten Paaren ist der Zugang zu heterologen Verfahren der Fortpflanzungsmedizin untersagt (Art. 3 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 2 lit. a FMedG, Art. 28 PartG). Auch zur Begründung dieser Verbote wird das Kindeswohlprinzip herangezogen. In diesem Kontext steht aber nicht die Perspektive des individuellen noch (oder eben nicht) zu zeugenden Kindes im Vordergrund. Argumentiert wird vielmehr, gleichgeschlechtliche Elternschaft oder die Elternschaft nichtverheirateter Paare sei dem Kindeswohl als öffentliches Interesse abträglich oder würde ihm zumindest nicht gerecht.²¹⁶

Die Einschränkung der reproduktiven Selbstbestimmung gleichgeschlechtlicher oder nicht verheirateter Personen wäre nur dann gerechtfertigt, wenn konkrete Gefahren für das Wohl von Kindern aus solchen Partnerschaften nachgewiesen werden könnten. Der privilegierte Zugang zu heterologen Verfahren der Fortpflanzungsmedizin von verheirateten Paaren lässt sich aber weder rechtsdogmatisch noch empirisch begründen. Verlässliche familiäre Strukturen sind zweifelsohne für das Kindeswohl von zentraler Bedeutung, zumal Kinder in hohem Masse auf emotionale Zuwendung in stabilen sozialen Beziehungen angewiesen sind. Die Ehe als solche vermag allerdings keine Stabilität (mehr) zu garantieren. Sie kann heute ohne weiteres einvernehmlich aufgelöst oder einseitig gekündigt werden. Die Ehe ist also keine hinreichende, aber auch keine notwendige Bedingung für das Kindeswohl.²¹⁷ Auch mit Bezug auf gleichgeschlechtliche Elternschaft gibt es keine empirischen Belege, wonach diese die

214 Vgl. BÜCHLER/CLAUSEN, 265 f.; ähnlich auch STEINER/ROGGO, 477 f.

215 Ausführlich COHEN, *Beyond*, 1189, 1208 ff. Ebenfalls kritisch FANKHAUSER/VIONNET, 147.

216 Auch das Bundesgericht befand in BGE 115 Ia 234, E. 6c und BGE 119 Ia 460, E. 6 e.bb, dass das Kindeswohl zu den anerkannten öffentlichen Interessen zähle.

217 Vgl. die umfassenden Hinweise auf die entsprechende Literatur SIMONI, 50 ff.; BÜCHLER/CLAUSEN, 245 ff.

Entwicklung von Kindern tatsächlich ernsthaft gefährden würde. Die bis heute verfügbaren empirischen Befunde sprechen insgesamt dafür, dass Kinder, die in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften aufwachsen, keine Nachteile in ihrer Entwicklung erleiden: Geborgenheit entwickelt sich unabhängig vom Geschlecht der Eltern.²¹⁸

Der Gesetzgeber rechtfertigt den Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare aus der Reproduktion auch mit den Topos der Natur: Von der Natur vorgegeben sei, dass jedes Kind eine Mutter und einen Vater habe. Diese Grundbedingungen menschlicher Existenz seien auch bei der Anwendung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung zu beachten.²¹⁹ Die Verwirklichung des Kinderwunsches ist aber ein elementares menschliches Bedürfnis, das nicht von der sexuellen Orientierung abhängt. Der Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren ist ein Gebot der Gleichbehandlung (Art. 8 Abs. 2 BV); Differenzierungen sind jedenfalls rechtfertigungsbedürftig. Das vom Gesetzgeber bemühte Argument des vermeintlich von der Natur Vorgegebenen erweist sich dabei als wenig stichhaltig. Der Schutz vor ungerechtfertigter Diskriminierung räumt dem Einzelnen gerade das Recht ein, anders zu sein. Ein im Wesentlichen weltanschaulich oder familienideologisch geprägtes Unbehagen eines Teils der Bevölkerung gegenüber gleichgeschlechtlicher Elternschaft vermag in einem säkularen Staat jedenfalls keine ausreichende Basis für die Ungleichbehandlung derjenigen darzustellen, die diese Überzeugungen nicht teilen. Ohne Zweifel gebieten die reproduktive Selbstbestimmung und das Diskriminierungsverbot deshalb die Öffnung des Zugangs zu den Errungenschaften der Fortpflanzungsmedizin auch für gleichgeschlechtliche Paare mit Kinderwunsch.²²⁰

4. *Nutzung und Auswahl von Keimzellen und Embryonen*

a. *Nutzung und Kommerzialisierung*

Fortpflanzungsmedizinische Verfahren beinhalten die Nutzung von Keimzellen. Damit gehen zahlreiche Fragen einher: Welchen rechtlichen Status haben Keimzellen? Wer darf sie nutzen und über sie verfügen? Welche Verpflichtungen resultieren daraus für den Spender? An dieser Stelle sei lediglich auf we-

218 Umfassende Hinweise auf den Forschungsstand und die verschiedenen Studien finden sich in SIMONI, 52 f.; BÜCHLER/CLAUSEN, 248 ff.; KUHN, 364 f.

219 Botschaft FMedG, 250. Die Botschaft zum Partnerschaftsgesetz meinte sich zur Begründung des Verbots unmittelbar auf die Verfassung berufen zu können, da als Voraussetzung für die Anwendung fortpflanzungsmedizinischer Massnahmen die Unfruchtbarkeit, das heisst ungewollte Kinderlosigkeit während einer bestimmten Zeit trotz regelmässigen ungeschützten Geschlechtsverkehrs verlangt werde und lesbische Frauen, die in der Regel fruchtbar seien, diese Voraussetzungen von vornherein nicht erfüllen könnten; siehe Botschaft Partnerschaftsgesetz, 1324. So auch AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 54; eine andere Meinung vertreten mit überzeugender Begründung KUHN, 362 ff. und RÜTSCHKE, 527 (Fn. 153).

220 So schon BÜCHLER/CLAUSEN, 248 ff., 254; auch AMSTUTZ/GÄCHTER, Rz. 46 ff.; KUHN, 386; vgl. auch RÜTSCHKE, 526.

nige im Zusammenhang mit der reproduktiven Selbstbestimmung stehende Fragen hingewiesen.

Die reproduktive Selbstbestimmung umfasst die Nutzung von Keimzellen (Art. 28 Abs. 2 ZGB, Art. 5b rev. FMedG). Wegen der höchstpersönlichen Natur der Rechtsposition kann die Zustimmung dazu auch jederzeit widerrufen werden (Art. 27 ZGB). Wurden die Keimzellen allerdings bereits verwendet, um Embryonen *in vitro* zu zeugen, wurden diese aber noch nicht in die Gebärmutter der Frau transferiert, stellt sich die Frage, ob der Mann seine Zustimmung noch zurückziehen kann. Rechtsvergleichend betrachtet ist die Frage umstritten.²²¹ Sowohl die Frau wie der Mann können sich auf ihre reproduktive Selbstbestimmung berufen; mit dem Embryo *in vitro* ist darüber hinaus bereits eine eigene Entität entstanden. In der Schweiz war die Konservierung von Embryonen bislang verboten, sie wird aber nun erlaubt sein (Art. 16 rev. FMedG), weshalb sich solche Konflikte zwischen verschiedenen grundrechtlichen Positionen vermehrt stellen werden. Weil für jeden Verfahrensschritt der medizinisch assistierten Fortpflanzung die Zustimmung des Paares erforderlich ist (Art. 5b, 15, 16, 18 (rev.) FMedG), wird vermutlich die reproduktive Selbstbestimmung einer Person, nicht genetischer Elternteil zu werden, derjenigen der anderen Person, durch die Verwendung der Embryonen die Möglichkeit der genetischen Elternschaft zu erhalten, vorgehen. Der EGMR räumt mangels Konsens in dieser Frage den Staaten ein weites Ermessen ein.²²²

Das Verbot der Kommerzialisierung von Körpersubstanzen ist in der kontinentaleuropäischen Bioethiktradition tief verankert (Art. 21 Bioethikkonvention). Auch das Schweizer Recht ist dieser Tradition verpflichtet (Art. 119 Abs. 2 lit. e BV, Art. 21 FMedG für die Samenspende). Mitunter wird geltend gemacht, dass eine Entschädigung die informierte Selbstbestimmung der Keimzellenspenderin oder der Leihmutter kompromittieren würde.²²³ Das mag im Einzelfall stimmen. Aber das Modell der ausschliesslich altruistischen Spende ist nicht zwingend überlegen. Es trägt nämlich bestimmte Erwartungen an das moralisch richtige Handeln in sich. Eine Spenderin kann von einem Pflichtgefühl gegenüber der Empfängerin geleitet sein oder in Erfüllung einer Erwartung handeln, die sie unmöglich enttäuschen darf, was zumindest in einem Spannungsverhältnis zur Selbstbestimmung steht.²²⁴ Ob das kategorische Verbot, für die Teilnahme an fremden fortpflanzungsmedizinischen Verfahren ein Entgelt zu erhalten, zum Schutz selbstbestimmter Entscheidungen zwingend ist, darf jedenfalls bezweifelt werden.

221 Zum *Case law* im anglo-amerikanischen Raum NELSON, 311 ff.

222 Vgl. *Evans v. The United Kingdom* (no. 6339/05), Urteil (Grosse Kammer) vom 10. April 2007, § 77.

223 Vgl. für die Leihmutterchaft die Hinweise zur Diskussion und zu den entsprechenden Stellungnahmen in JACKSON, 298 ff.

224 Zu dieser Problematik bei der Organtransplantation BÜCHLER/MICHEL, 251 f.

b. Auswahl von Keimzellen und spendenden Personen

Mit der Spende von Keimzellen und der Befruchtung *in vitro* geht auch die Möglichkeit einher, diese mit Blick auf das Vorhandensein oder die Abwesenheit bestimmter Eigenschaften auszuwählen. In diesem Zusammenhang ist häufig die Rede von der Eugenik, wobei unterschieden wird zwischen der liberalen und der staatlichen beziehungsweise politischen Eugenik: Im Rahmen einer liberalen oder privaten Eugenik wird den Eltern die Chance eingeräumt, ihre Präferenzen zum Ausdruck zu bringen, während im Rahmen einer staatlichen Eugenik die Selektion anhand bestimmter Merkmale politisches Programm ist.²²⁵ Staatliche Eugenik bedeutet eine Verletzung reproduktiver Selbstbestimmung, während liberale Eugenik durchaus in ihrem Dienste stehen kann.²²⁶

Bislang war in der Schweiz eine negative Selektion von Keimzellen nur dann erlaubt, wenn die Gefahr der Übertragung einer schweren, unheilbaren Krankheit auf die Nachkommen nicht anders abgewendet werden konnte.²²⁷ Es wird nun jedoch auch möglich sein, das Erbgut von Keimzellen zu untersuchen, um chromosomale Eigenschaften zu erkennen, welche die Entwicklungsfähigkeit des zu zeugenden Embryos beeinträchtigen können (Art. 5a Abs. 1 rev. FMedG). Im Sinne einer positiven Selektion dürfen bei der Auswahl gespendeter Samenzellen die Blutgruppe und die Ähnlichkeit der äusseren Erscheinung des Spenders mit dem Mann, zu dem ein Kindesverhältnis begründet werden soll, berücksichtigt werden, wobei der Arzt für die Auswahl und Vermittlung zuständig ist (Art. 22 Abs. 4 FMedG). Darüber hinaus sieht das Gesetz vor, dass Spender nach medizinischen Kriterien sorgfältig ausgewählt werden und gesundheitliche Risiken für die Empfängerin der gespendeten Samenzellen so weit wie möglich ausgeschlossen sein müssen. Die Auswahl nach medizinischen Gesichtspunkten umfasst heute auch Untersuchungen von Spendern auf Erbkrankheiten.²²⁸ Andere Auswahlkriterien sind verboten (Art. 19 Abs. 1 FMedG). Schulbildung, Intelligenzquotient, Begabungen, Sportlichkeit, der Strafregisterauszug oder die Religionszugehörigkeit dürfen bei der Wahl des

225 Vgl. RÜTSCHÉ, Eugenik, 298 ff.

226 Vgl. RÜTSCHÉ, Eugenik, 300 ff., 312.

227 So Art. 5 Abs. 2 des bisherigen FMedG. Unter diesen Voraussetzungen waren auch morphologische Untersuchungen und die Polkörperdiagnostik – die Untersuchung der Polkörper der imprägnierten Eizelle vor der Kernverschmelzung – erlaubt.

228 Vgl. zu den Untersuchungen, welche gemacht werden, um zu bestimmen, ob ein Mann als Samen-spender in Frage kommt, http://www.donors.ch/content_blau.dna?rubrik=5&lang=1 (besucht am 29.3.2016). Für die Europäische Union legt eine Richtlinie fest, welche Spenderuntersuchungen zum reproduktionsmedizinischen Standard gehören; Richtlinie 2006/17/EG (ABl L 38/40 vom 9.2.2006), Anhang III, Ziff. 3.6. Danach ist ein «genetisches Screening auf autosomale rezessive Gene, die nach internationalen wissenschaftlichen Erkenntnissen bekanntermassen zum ethnischen Erbe des Spenders gehören, und eine Prüfung des Übertragungsrisikos für in der Familie bekannte Erbkrankheiten nach Zustimmung des Betroffenen durchzuführen».

Spenders nicht berücksichtigt werden.²²⁹ Damit ist im jetzigen rechtlichen Umfeld auch die gerichtete Samenspende, das heisst die Spende durch einen den intendierten Eltern bekannten Mann oder die Spende zugunsten eines bestimmten Paares unzulässig.²³⁰

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Auswahl von Keimzellen, um im Sinne einer positiven Selektion Einfluss auf die Ausstattung des Embryos zu nehmen, nicht zulässig ist, es sei denn, es ginge im Sinne einer negativen Selektion darum, die Gesundheit des Embryos zu gewährleisten beziehungsweise Erbkrankheiten zu verhindern. Im internationalen Vergleich ist dieser gesetzliche Rahmen restriktiv. Es gibt heute weltweit zahlreiche Samen- und Eizellenbanken, die es Paaren ermöglichen, Spender und Spenderin nach bestimmten Kriterien auszusuchen.²³¹ Dass die Möglichkeit, eine Samenspende nach bestimmten Eigenschaften des Spenders auszuwählen, von der reproduktiven Selbstbestimmung erfasst ist, wird in der Literatur bestritten.²³² Meines Erachtens ist es durchaus eine Dimension des Kinderwunsches, Wesentliches über die andere an der Entstehung des möglichen Kindes beteiligte Person zu erfahren beziehungsweise darauf Einfluss zu nehmen. Auch bei der sogenannten natürlichen Zeugung kommt der Frage «mit wem» eine grosse Bedeutung zu, wobei es freilich bei dieser im Unterschied zur Samenspende meist – aber nicht zwingend – nicht nur um die Ausstattung des Erzeugers geht, sondern auch um die des Partners und zukünftigen Vaters des Kindes. Schliesslich vermag ich keine derart gewichtigen öffentlichen Interessen zu erkennen, die den Eingriff in die Selbstbestimmung der Frau oder des Paares, aus einem Angebot von Keimzellen in Kenntnis der Eigenschaften des Spenders die für sie passenden auszusuchen, rechtfertigen würde. Zwar evozieren die Präsentationen der Spender mit ihren durchgängig als ideal gepriesenen Eigenschaften auf den Websites der Samenbanken eugenische Phantasien.²³³ Doch erstens ist es eine individuelle Spenderwahl durch die Person oder das Paar, deren Motive wohl kaum abschliessend ergründet werden können, und zweitens hat zwar die Auswahl des Spenders der Keimzellen – wie die Auswahl des Sexualpartners –

229 Zur Auswahl und Vermittlung von Spendersamen und der Zuständigkeit des Arztes oder der Ärztin für das Spenderscreening vgl. FANKHAUSER/VIONNET, 154 f.

230 Vgl. eingehend, kritisch und rechtsvergleichend FANKHAUSER/VIONNET, 155 f.

231 Vgl. nur <https://www.europeanspermbank.com/spermbank/sperm_donor_screening.php> (besucht am 29.3.2016). Die Datenbank enthält Angaben zu Ethnizität, Augen- und Haarfarbe, Körpergrösse, Gewicht, Ausbildungsstand, Blutgruppe und Herkunftsland. Wenn man sich für einen Spender interessiert und die entsprechenden Zahlungen leistet, erhält man ein erweitertes Spenderprofil (etwa Präferenzen mit Bezug auf Sport, Musik, Farben; Religionszugehörigkeit, Familien- und Krankheitsgeschichte sowie einen handgeschriebenen Text) sowie ein Audio-Interview, Babyfotos, Eindrücke der Mitarbeitenden, ein Kiersey Text, der über Charaktereigenschaften Auskunft gibt. Mit noch grösserer Ambition wird die Samenbank «California Cryobank» betrieben: abrufbar unter <<http://www.cryobank.com>> (besucht am 29.3.2016); ausführlich zu dieser BERNARD, 107 ff.

232 Vgl. RÜTSCHKE, Eugenik, 312 f.

233 Siehe zum eugenischen Hintergrund und den vielfältigen Verbindungslinien BERNARD, 118 ff.

einen Einfluss auf die Ausstattung des zukünftigen Kindes, in welchem Ausmass und wie sich dieser manifestiert, ist allerdings vollkommen offen und kann nicht präjudiziert werden. Die Wahl des Spenders zu verbieten mit dem Hinweis auf Gefahren eugenischer Selektion durch die Summe individueller, gleichgerichteter Entscheidungen angehender Eltern, unterschätzt nicht nur die Komplexität und Irrationalität solcher Entscheidungen, sondern erliegt auch einem überkommenen biologischen Determinismus. Auch ist die individuelle Entität «Embryo» noch nicht entstanden, das heisst, die Einmaligkeit des werdenden Lebens ist mit der Auswahl bestimmter Keimzellen nicht bedroht.

Das Kind könnte später freilich keine rechtlichen Ansprüche gegen seine Eltern wegen ihrer Spenderwahl erheben, zumal es bei einer anderen Wahl gar nicht entstanden wäre. Hingegen kann der Arzt bei unsorgfältigem Handeln bei der Auswahl des Spenders von den Eltern belangt werden.

c. Präimplantationsdiagnostik

Anders präsentiert sich die Lage, wenn es nicht um die Auswahl von Keimzellen, sondern um die Selektion von Embryonen geht. Die Möglichkeit der Selektion von Embryonen setzt nämlich voraus, dass mehr Embryonen erzeugt als schliesslich transfertiert werden. Die Präimplantationsdiagnostik wird seit den 1990er-Jahren praktiziert. Sie bezeichnet die Entnahme von Zellen eines Embryos *in vitro* und die Untersuchung dieser Zellen auf genetische Anomalien, bevor der Embryo in die Gebärmutter eingebracht wird. Es ist ein – inzwischen etabliertes – rein diagnostisches Verfahren.

Die Präimplantationsdiagnostik war in der Schweiz bislang verboten. Dieses absolute Verbot führte dazu, dass ein genetisch vorbelastetes Paar auf die Verwirklichung des Kinderwunsches verzichten musste, wenn es verhindern wollte, eine schwere Krankheit mit grosser Wahrscheinlichkeit auf den Embryo zu übertragen, und zugleich die Schwangerschaft auf Probe als unzumutbar zurückwies. Das Verbot der Präimplantationsdiagnostik tangierte mithin die reproduktive Selbstbestimmung.²³⁴ Tatsächlich hat der EMGR in einem jüngeren Urteil²³⁵ das absolute Verbot der Präimplantationsdiagnostik als konventionswidrig erklärt und auf die Folgen für die Frau sowie die Widersprüche einer Regelung hingewiesen, welche die Präimplantationsdiagnostik zur Verhinderung der Übertragung einer Krankheit verbietet, den Schwangerschaftsabbruch bei einer embryopathischen Indikation hingegen erlaubt.²³⁶ Das Verbot des Schweizer Rechts wurde jüngst aufgehoben. Die neue Verfassungsbestimmung, wonach die Entwicklung von Embryonen ausserhalb des Körpers der Frau nicht mehr auf die Anzahl, die ihr «sofort eingepflanzt werden», begrenzt ist, sondern auf die, welche «für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung not-

234 Auch KUHN, 64.

235 *Costa and Pavan v. Italy* (no. 54270/10), Urteil vom 28. August 2012, §§ 62 ff.

236 Vgl. zum Urteil und seiner Bedeutung für die Schweiz ausführlich JUNOD.

wendig» ist (Art. 119 Abs. 2 lit. c BV), wurde in der Abstimmung vom 14. Juni 2015 angenommen. Art. 17 Abs. 1 des revidierten FMedG konkretisiert diese Vorgabe, indem neu maximal zwölf Embryonen erzeugt werden dürfen. Gemäss dem revidierten Gesetz können unter gewissen Voraussetzungen Embryonen auf schwere Krankheiten, die sich vor dem 50. Lebensjahr manifestieren, untersucht werden; auch die Untersuchung und Auswahl von Embryonen *in vitro* mit Blick auf chromosomale Eigenschaften, die ihre Entwicklungsfähigkeit beeinträchtigen können, ist neu zulässig (Art. 5a rev. FMedG). Weiterhin verboten bleibt aber die präimplantative Auswahl von immunkompatiblen Embryonen zum Zweck der Gewebespende an kranke Geschwister (sogenanntes Retterbaby). Das revidierte Fortpflanzungsmedizingesetz wurde in der Abstimmung vom 5. Juni 2016 mit deutlicher Mehrheit angenommen. Der Bundesrat bestimmt sein Inkrafttreten.

Ob Präimplantationsdiagnostik erlaubt sein soll – und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen –, ist eine höchst umstrittene Frage. Anerkennt man, dass sie ein Anliegen ist, welches von der grundrechtlich geschützten reproduktiven Selbstbestimmung erfasst ist, obliegt die Rechtfertigung für ein Verbot der Präimplantationsdiagnostik dem Staat.²³⁷ Öffentliche Interessen an einem Verbot des Verfahrens im Sinne von sozialetischen Einwänden, Überlegungen zu Gefahren des «Damnbruchs» oder anderen gesellschaftlichen Folgeproblemen müssten dafür freilich substantiiert werden. Zudem müsste das Verbot zur Verfolgung der öffentlichen Interessen erforderlich, geeignet und verhältnismässig sein. Anders als bei der Eizellenspende oder der Auswahl einer Samenspende, welche die berufliche Tätigkeit oder die Religionszugehörigkeit des Spenders mit in die Erwägungen einbezieht – beides reproduktive Entscheidungen, die kaum öffentliche Interessen berühren –, werden im Zusammenhang mit der Präimplantationsdiagnostik Embryonen einzig zum Zweck geschaffen, eine Selektion treffen zu können und damit einige von ihnen zu verwerfen. Damit wird die Möglichkeit eröffnet, im Rahmen einer gezielten positiven Selektion Embryonen mit erwünschten Eigenschaften auszuwählen oder im Rahmen einer negativen Selektion Embryonen mit unerwünschten Erbanlagen auszuschlagen. Mit der Selektionsentscheidung tritt zwingend auch ein Wertungsmoment hinzu.²³⁸ In diesem Kontext ist nicht nur der rechtliche und moralische Status relevant, der dem Embryo attestiert wird. Ein gewichtiger Teil der Diskussionen um die Präimplantationsdiagnostik widmet sich den Fragen um die möglichen Auswirkungen auf den gesellschaftlichen Umgang mit Personen mit Behinderungen sowie den Einflüssen auf das Bild des Menschen und der Gesellschaft allgemein. Geäussert wird insbesondere die Befürchtung, dass angesichts der beliebig erweiterbaren Untersuchungskriterien die Grenzziehung zwischen erlaubter Prävention und unerwünschter Selektion im Sinne einer individualisierten oder liberalen Eugenik, die sich immer in einem bestimmten so-

237 SEELMANN/DEMKO, 71; RÜTSCHKE, Eugenik, 311 f.

238 Dies sind die konstituierenden Elemente der Eugenik, siehe SEELMANN/DEMKO, 37 ff.

zialen Kontext äussere und damit einen kumulativen Effekt haben könne, kaum mehr gelingen dürfte, sobald sich die Präimplantationsdiagnostik als Standardverfahren etabliert habe.²³⁹

Zur Präimplantationsdiagnostik wurde im Rahmen der Revisionsbemühungen eine aufwändige Debatte geführt. Der Zugang zu Verfahren, welche die Selektion sogenannt gesunder Embryonen ermöglichen, damit genetisch belastete Paare eine Chance erhalten, ihren Kinderwunsch auf zumutbare Weise zu verwirklichen, wird von zahlreichen Stimmen aus der Ethik und der Rechtswissenschaft als Aspekt der Wahrung der reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung anerkannt.²⁴⁰ Entscheidende Bedeutung kommt dabei der Zumutbarkeit zu: Die Selektions- und damit Verwerfungsentscheidung soll nur dann von der reproduktiven Selbstbestimmung erfasst sein, wenn es für die Frau oder das Paar unzumutbar ist, darauf zu verzichten beziehungsweise das Risiko einzugehen, ein Kind mit einer entsprechend schweren Krankheit oder Behinderung zu bekommen. Die regelmässig geforderte²⁴¹ krankheitsbezogene Indikation begründet die Unzumutbarkeit,²⁴² die von den Eltern geltend gemacht werden muss (Art. 5a Abs. 2 lit. d rev. FMedG). Präimplantationsdiagnostik zur Auswahl beliebiger Merkmale ohne Krankheitsbezug, das heisst die positive (in Abgrenzung zur krankheitsbezogenen, negativen) Eugenik,²⁴³ oder gar zur Selektion einer genetisch bedingten Anomalie wird fast einhellig abgelehnt.²⁴⁴

Die Frage allerdings, welche Risiken als unzumutbar anzusehen sind, und wem diese Bewertung und Entscheidung obliegt, wird höchst kontrovers diskutiert. In verschiedenen Stellungnahmen wird vertreten, es bedürfe in Bezug auf den Anwendungsbereich eines Gleichlaufs zwischen Präimplantationsdiagnostik und Pränataldiagnostik, das heisst die beiden Verfahren seien den gleichen

239 So BÜCHLER/MICHEL, 331. Vgl. zu den sozioethischen Bedenken NEK, Präimplantationsdiagnostik, 27 ff.

240 Vgl. KUHN, 375 f.; RÜTSCHKE, Eugenik, 312, 325. Allerdings weisen theoretische und empirische Untersuchungen zu Recht darauf hin, dass die Möglichkeit der Präimplantationsdiagnostik auch Entscheidungszwänge hervorrufe, die in einem Spannungsfeld zur Selbstbestimmung stünden, was allerdings generell für medizinische Optionen gilt; vgl. zum Beispiel ZEILER, 181. ZEILER, 178, weist ebenfalls darauf hin, dass die Präimplantationsdiagnostik nicht allgemein reproduktive Selbstbestimmung fördere, sondern nur für diejenigen eine Option darstelle, welche eine Selektions- und Verwerfungsentscheidung vertreten können.

241 Vgl. bereits NEK, Präimplantationsdiagnostik, 51 ff.

242 Vgl. zur Unzumutbarkeit auch SEELMANN/DEMKO, 77 ff.

243 Zu dieser Begrifflichkeit vgl. SEELMANN/DEMKO, 47; RÜTSCHKE, Eugenik, 302.

244 Anders Stimmen aus dem Ausland: SAVULESCU, *passim*, zum Beispiel vertritt ein Prinzip, das er «procreative beneficence» nennt: Danach sollen Personen den Embryo wählen, der erwartungsgemäss das beste Leben führen wird. Dabei sollen sie die Möglichkeit haben, auch anhand nicht krankheitsbezogener Eigenschaften zu selektionieren. Vgl. auch ROBERTSON, Genomics, 460 ff., insbesondere 465, wonach es in erster Linie dem Paar zustehen müsse, darüber zu befinden, ob eine bestimmte Eigenschaft des Embryos für seine reproduktiven Interessen wichtig ist, wozu auch das Geschlecht oder die Stimme gehören könnten. Ausführlich auch WILKINSON, der das Verbot der «selective reproduction», auch derjenigen zugunsten eines Geschlechts oder einer bestimmten «Behinderung» wie Taubheit, für problematisch hält.

rechtlichen Bedingungen zu unterwerfen.²⁴⁵ Doch welche Bedeutung ist subjektiven im Verhältnis zu objektiven Dimensionen und Interpretationen der Begriffe «Gesundheit» und «Zumutbarkeit» beizumessen? Das bekannte Beispiel des gehörlosen Paares mit erblich bedingter Taubheit, das geltend macht, ein gehörloses Kind würde sich in ihre Gemeinschaft weit besser integrieren können als ein hörendes, und sich auf den Standpunkt stellt, Taubheit sei keine Krankheit, die es zu überwinden gelte, sondern eine verbindende, lebens- und familiendefinierende Eigenschaft,²⁴⁶ veranschaulicht die Problematik, die in einer rein objektivierten, an wie auch immer gearteten Normalitätsvorstellungen orientierten Betrachtung von Gesundheit und in fremdbestimmten Zuschreibungen liegt.²⁴⁷ Würde man einem erblich bedingt gehörlosen Paar ermöglichen, Präimplantationsdiagnostik zu nutzen, um einen mit derselben Behinderung behafteten Embryo auszusondern? Die neue Regelung der Präimplantationsdiagnostik strebt mit der Voraussetzung der schweren, nicht wirksam und zweckmässig therapierbaren Erkrankung, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit bis zu einem bestimmten Zeitpunkt ausbrechen muss, eine Objektivierung an.²⁴⁸ Eine solche Objektivierung steht durchaus in einem Spannungsverhältnis zur reproduktiven Selbstbestimmung, die im Grundsatz verlangt, dass die Definitionsmacht über zentrale Begriffe wie Gesundheit und Zumutbarkeit gerade wegen ihrer Kontingenz weitgehend bei den potenziellen Eltern liegen muss, auch wenn freilich der gesellschaftliche Diskurs Einfluss auf die Selbstinterpretation dieser Begriffe hat. Unzumutbar kann nicht das sein, was eine Gesellschaft den potenziellen Eltern nicht mehr zumutet, sondern nur das, was die potenziellen Eltern selbst als für sie und in ihrer ganz besonderen Situation und im Hinblick auf die Beziehung zum erhofften Kind als nicht zumutbar erachten. Massgebend muss sein, was Eltern leisten *können*, nicht, was sie leisten können *sollen*. In diesen Zusammenhang gehört auch die Diskussion um das «Retterbaby», das heisst die Nutzung der Präimplantationsdiagnostik zur Zeugung eines Embryos, der geeignet ist, einem bereits gebore-

245 SCHABER, 9; in diese Richtung auch JUNOD, Rz. 16 ff.; NEK, Fortpflanzungsmedizin, 33 ff.; anderer Ansicht ZIMMERMANN-ACKLIN, der für strengere Rahmenbedingungen für die Präimplantationsdiagnostik als für die Pränataldiagnostik plädiert.

246 Vgl. SPRIGGS. Vgl. zum Fall und generell zur Selektierung zugunsten von Taubheit auch WILKINSON, 57 ff. Siehe aus beziehungsethischer Perspektive, aus welcher ein solches Bedürfnis durchaus nachvollziehbar ist, WIESEMANN, 136 f.

247 Siehe DRAPER/CHADWICK, 115 ff.

248 Die Botschaft hält fest, dass geringfügige gesundheitliche Einschränkungen nicht Ursache einer unzumutbaren Belastungssituation seien und somit die Präimplantationsdiagnostik nicht rechtfertigen könnten. Für die Qualifikation als schwere Krankheit nennt die Botschaft konkrete Parameter, wozu therapieresistente Schmerzen, schwerwiegende Einschränkungen der Motorik, über die Kindheit hinausgehende Unselbständigkeit, schwerwiegende kognitive Einschränkungen, schwerwiegende Einschränkungen in der Emotionalität oder Affektregulation, Einschränkungen der allgemeinen Bewegungsfreiheit zum Beispiel durch die permanente Bindung an Geräte gehören. Vgl. Botschaft Präimplantationsdiagnostik, 5921 ff. Gehörlosigkeit erfüllt diese Voraussetzungen wohl nicht.

nen, schwer kranken Kind durch die Spende von Gewebe helfen zu können.²⁴⁹ Soll die Präimplantationsdiagnostik in erster Linie eingesetzt werden, um eine für die Eltern unzumutbare Situation zu verhindern, so könnten durchaus auch diese Fälle miteinbezogen werden,²⁵⁰ zumal die Motive, ein solches Verfahren in Anspruch zu nehmen, Anerkennung verdienen.²⁵¹

Freilich steht dem Wunsch des erwähnten gehörlosen Paares oder des Paares mit einem schwer kranken Kind im geltenden argumentativen und rechtlichen Umfeld nicht nur entgegen, dass Verfahren der Fortpflanzungsmedizin nur zur Überwindung von Unfruchtbarkeit oder zur Verhinderung der Übertragung einer genetischen Erkrankung in Anspruch genommen werden können – sollte man die krankheitsbezogene Indikation bejahen, könnte das Verfahren nur zur Überwindung der Gehörlosigkeit und nicht zu deren Sicherstellung in Anspruch genommen werden –, sondern auch und vor allem, dass die Präimplantationsdiagnostik nicht der positiven Auswahl von Eigenschaften des Embryos dienen darf. Zwischen der zulässigen negativen und der unzulässigen positiven Selektion kann allerdings kaum überzeugend unterschieden werden. Auswahl und Verwerfung bedingen sich regelmässig und die Feststellung, dass der Embryo eine bestimmte Eigenschaft nicht aufweist, enthält auch eine Aussage darüber, über welche Eigenschaften der Embryo verfügt. Mithin ist die Unterscheidung zwischen erlaubter negativer und verbotener positiver Selektion einzig eine darüber, ob die gesuchte Eigenschaft einen Krankheitswert hat.

In der Gesetzgebungsarbeit zum Entwurf des Fortpflanzungsmedizingesetzes war insbesondere umstritten, inwiefern die Präimplantationsdiagnostik nicht nur bei erblicher Vorbelastung der potenziellen Eltern, sondern auch zur Behandlung ihrer Unfruchtbarkeit zugelassen werden soll.²⁵² Die reproduktive Selbstbestimmung spricht klar für Letzteres, geht es doch dabei um einen ihrer Kerngehalte, nämlich die Möglichkeit, den Kinderwunsch zu verwirklichen. Das revidierte Gesetz lässt das Chromosomen- oder Aneuploidien-*Screening* zu (Art. 5a Abs. 3 rev. FMedG), dessen Sinn und Zweck nicht nur ist, Krankheiten zu verhindern, sondern auch, die Erfolgchancen einer In-vitro-Fertilisation zu erhöhen. Darüber hinaus – und damit zusammenhängend – können neu Embryonen konserviert werden (Art. 16 rev. FMedG).

249 Vgl. dazu ausführlich TAYLOR-SANDS, welche einen regulatorischen Zugang zur Problematik vorschlägt, der die Interessen aller Beteiligten und die Beziehungen zwischen diesen ins Zentrum stellt.

250 Vgl. dazu ausführlich SEELMANN/DEMKO, 92 ff.

251 Vgl. NEK, Fortpflanzungsmedizin, 36 ff. Ausführlich und differenziert zur ethischen Diskussion um das «Retterbaby» WILKINSON, 107 ff.

252 Botschaft und Entwurf des Bundesrates sahen noch einen eingeschränkten Anwendungsbereich der Präimplantationsdiagnostik vor (Botschaft Präimplantationsdiagnostik, 5902 ff.). Die Möglichkeit, Präimplantationsdiagnostik auch einzusetzen, um die Erfolgchancen eines fortpflanzungsmedizinischen Verfahrens zu erhöhen, wurde erst in der parlamentarischen Beratung eingeführt.

Mit der Präimplantationsdiagnostik geht die Frage einher, ob und unter welchen Voraussetzungen der Arzt oder die Ärztin für eine fehlerhafte Auswahl von Embryonen haftet.²⁵³ In Frage kommen auch hier *Wrongful Birth*-Klagen bei entsprechend unsorgfältigem Handeln der Ärztin. Das neue Recht sieht vor, dass der Arzt die Auswahl eines Embryos zur Übertragung in die Gebärmutter im Anschluss an ein besonderes Beratungsgespräch trifft (Art. 6a Abs. 3 rev. FMedG), womit der Einbezug der potenziellen Eltern in diese Selektionsentscheidung sichergestellt werden soll.

5. *Intervention in und Veränderung von Keimzellen und Embryonen*

Jede Intervention in und Veränderung von Keimzellen und Embryonen ist im Schweizer Recht untersagt. Art. 119 Abs. 2 lit. a BV hält fest, dass alle Arten des Klonens und Eingriffe in das Erbgut menschlicher Keimzellen und Embryonen unzulässig sind. Dies gilt unabhängig davon, ob diese therapeutische Ziele verfolgen oder im Dienste des *Human Enhancement* stehen, weshalb auch die Mitochondrienspende untersagt ist. Für ein absolutes Verbot solcher Praktiken werden zahlreiche Gründe angeführt, allen voran die Menschenwürde und die Integrität des genetischen Erbes.²⁵⁴ Die genetische Identität eines Menschen soll nicht angetastet werden.

6. *Social Egg Freezing*

Schliesslich wird im Kontext der reproduktiven Selbstbestimmung ebenfalls diskutiert, ob und wie das *Social Egg Freezing* gefördert oder unterstützt werden soll und kann. Die Nachfrage nach fremden Eizellen zur Verwirklichung des Kinderwunsches ist eng mit dem ansteigenden Alter der Frau bei der Erstgeburt verbunden, zumal das Alter der Eizelle und nicht dasjenige der Gebärmutter in einem Zusammenhang mit der Häufigkeit von Fehlgeburten steht.²⁵⁵ Das *Social Egg Freezing* dient der Vorsorge, das heisst der Möglichkeit, auch im höheren Alter mit eigenen Eizellen und einer In-vitro-Fertilisation einen Embryo zu zeugen und auszutragen. Einer Frau werden nach der hormonellen Stimulation operativ Eizellen entnommen, diese werden eingefroren, um sie möglicherweise zu einem späteren Zeitpunkt für die Befruchtung zu verwenden.²⁵⁶ Während das

253 Vgl. zu England NELSON, 210; zu Deutschland KRAMP.

254 Vgl. dazu RÜTSCHÉ, Eugenik, 315 ff.; REUSSER/SCHWEIZER, St.Galler Kommentar BV, Art. 119, N21 ff., die von einem «Grundrecht auf ein nicht künstlich verändertes Erbgut» sprechen (N23). Vgl. für Deutschland differenziert und kritisch COESTER-WALTJEN, 232 f. Die Diskussion im anglo-amerikanischen Raum verläuft mitunter anders: vgl. als Vertreter einer liberaleren Position ROBERTSON, Genomics, insbesondere 473 ff., der gewisse Interventionen in das embryonale Genom durchaus als legitim betrachtet.

255 Siehe zur Bedeutung der Qualität der Eizellen in der fortpflanzungsmedizinischen Praxis und zu den verschiedenen Testverfahren BEYER/DIEDRICH, 226 ff.

256 Vgl. zu den angewandten Techniken VON WOLFF, 394, und LIEBERMANN/NAWROTH, 234 ff.

Egg Freezing aus medizinischen Erwägungen, zum Beispiel im Vorfeld einer Chemotherapie, bereits seit längerer Zeit akzeptiert ist,²⁵⁷ wirft das *Social Egg Freezing* allein aus Gründen der Familienplanung zahlreiche Fragen auf. Aus rechtlicher Sicht ist es jedoch grundsätzlich möglich: Nach Art. 15 Abs. 1 (rev.) FMedG ist die Konservierung der Keimzellen mit dem Einverständnis der Person, von welcher sie stammen, erlaubt. Da diese kein fortpflanzungsmedizinisches Verfahren im Sinne von Art. 2 lit. a FMedG darstellt, zumal sie nicht unmittelbar der Herbeiführung einer Schwangerschaft dient, muss im Zeitpunkt der Eizellenentnahme und Konservierung keine Indikation nach Art. 5 (rev.) FMedG vorliegen.²⁵⁸ Auch die Zugangsbeschränkungen finden keine Anwendung. Dennoch wird das *Social Egg Freezing* insbesondere aus zwei Gründen vom geltenden Recht nicht unterstützt oder gefördert: Erstens dürfen Eizellen in der Regel nur für maximal fünf Jahre konserviert werden (Art. 15 Abs. 1 (rev.) FMedG). Nach Art. 15 Abs. 2 FMedG kann ausnahmsweise eine längere Konservierungsdauer vereinbart werden, und zwar «mit Personen, die im Hinblick auf die Erzeugung eigener Nachkommen ihre Keimzellen konservieren lassen, weil eine ärztliche Behandlung, der sie sich unterziehen, oder eine Tätigkeit, die sie ausüben, zur Unfruchtbarkeit oder zu einer Schädigung des Erbgutes führen kann». Zweitens muss im Zeitpunkt der Nutzung der konservierten Eizellen die medizinische Indikation vorliegen. Konkret bedeutet dies, dass auf die «jüngeren» Eizellen nur zurückgegriffen werden kann, wenn eine Schwangerschaft auf natürlichem Wege nicht mehr möglich erscheint. Zudem gelten die allgemeinen Voraussetzungen der Zulassung zu einem fortpflanzungsmedizinischen Verfahren.²⁵⁹ Nach dem revidierten Fortpflanzungsmedizinengesetz kann zwar die Frau eine Verlängerung der Konservierungsdauer um weitere fünf Jahre beantragen (Art. 15 Abs. 1 rev. FMedG),²⁶⁰ der Widerspruch zwischen dem eigentlichen Zweck des *Social Egg Freezing* – in fortgeschrittenem Alter «jüngere» Eizellen zur Verfügung zu haben²⁶¹ – und der Grundidee des Gesetzes – wonach die Fortpflanzungsmedizin nur dann unterstützend eingreifen soll, wenn eine entsprechende medizinische Indikation vorliegt – bleibt allerdings bestehen.

Die Technik der Konservierung von Keimzellen hat sich seit dem Erlass des Fortpflanzungsmedizinengesetzes rasch und sehr stark entwickelt.²⁶² Während bis zur Jahrtausendwende die Erfolgchancen einer Schwangerschaft unter Verwendung einer konservierten Eizelle gering waren, bestehen heute dank neu-

257 In der Botschaft FMedG, 263 f. wird ein medizinisches Bedürfnis nach Konservierung menschlicher Keimzellen ausdrücklich anerkannt.

258 So auch TETTAMANTI, Rz. 31.

259 Vgl. insbesondere zur Bedeutung der Aufklärung über diese Umstände im Zusammenhang mit dem *Egg Freezing* das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St.Gallen B2013/54 vom 23.9.2013.

260 Vgl. Botschaft Präimplantationsdiagnostik, 5932 f.

261 Siehe KRESS, 165; MERTES/PENNINGS, 824.

262 Vgl. insbesondere zur Entwicklung des sogenannten Vitrifikationsverfahrens LIEBERMANN/NAWROTH, 237 ff.

eren Verfahren der Konservierung (sogenannte Vitrifizierung) die gleichen Chancen, mit konservierten wie mit sogenannt frischen Zellen eine Schwangerschaft herbeizuführen.²⁶³ Mit der Konservierung von Eizellen geht nach bisheriger Erfahrung auch kein erhöhtes Risiko für Fehlbildungen des zu zeugenden Embryos einher, wobei anzufügen ist, dass langfristige Studien nach wie vor fehlen.²⁶⁴ *Social Egg Freezing* hat das Potenzial, eine revolutionäre, mit der Pille vergleichbare familien- und gesellschaftspolitische Rolle einzunehmen. Stellvertretend für die zunehmende Anzahl euphorischer Stimmen in der Literatur GOOLD und SAVULESCU:

«Social IVF promotes equal participation by women in employment; it offers women more time to choose a partner; it provides better opportunities for the child as it allows couples more time to become financially stable; it may reduce the risk of genetic and chromosomal abnormality; it allows women and couples to have another child if circumstances change; it offers an option to women and children at risk of ovarian failure [...]»²⁶⁵

Soll das *Social Egg Freezing* diese Bedeutung erhalten und damit womöglich auch die Nachfrage nach der Eizellenspende eindämmen, müssen dafür förderliche rechtliche Rahmenbedingungen geschaffen werden. Es müsste insbesondere gewährleistet sein, dass Eizellen ohne medizinische Indikation für eine längere Dauer konserviert und danach genutzt werden können. Freilich gibt es auch kritische Stimmen, wonach neu erschlossene Optionen nicht nur im Dienste der Selbstbestimmung stehen, sondern immer auch Zwänge und Erwartungen hervorbringen, zum Beispiel dahingehend, dem Druck der Erwerbsarbeitssituation trotz Kinderwunsch nachzugeben und Eizellen mit der vagen Aussicht auf eine spätere Schwangerschaft hin konservieren zu lassen.²⁶⁶

IV. Exkurs: Elternschaft und Intention

Die Anwendung von Technologien der assistierten Reproduktion lässt tradierte Konzepte von Familie und Elternschaft nicht unberührt, teilweise bedeutet sie gar ihre Erschütterung. Zweifelsohne kompliziert die Diskontinuität zwischen Sexualität und Zeugung die Narrative unserer Entstehung. Ein radikales transformatives Potenzial entfalten diese Technologien bei einer Entflechtung von biologischer, genetischer und sozialer Elternschaft, die dann stattfindet, wenn Keimzellenspenden zur Zeugung des Embryos verwendet werden. Sind mehrere Personen an der Entstehung eines Kindes beteiligt, muss das Recht ent-

263 Vgl. VON WOLFF, 394, der jedoch darauf hinweist, dass die vergleichbaren Erfolgszahlen nur für Frauen gelten, die bei der Eizellenentnahme höchstens 35 Jahre alt waren.

264 TETTAMANTI, Rz. 13; vgl. auch LIEBERMANN/NAWROTH, 239.

265 GOOLD/SAVULESCU, 47; vgl. auch DIEKÄMPER, 312 ff.

266 Vgl. etwa KRESS, 165 f.; siehe ferner LOCKWOOD, 339. Kritisch auch NEK, Fortpflanzungsmedizin, 16 f.; PETER, Rz. 36 ff.

scheiden, wem elterliche Rechte und Pflichten zuzuordnen sind. Unter dem Aspekt der Selbstbestimmung ist es zentral, dass die im Kontext der Reproduktion getroffenen Entscheidungen sich auch auf die rechtlichen Zuordnungen von Elternschaft und elterlicher Sorge erstrecken. Das trifft im Schweizer Recht für die Samenspende ohne weiteres zu: Hat der Ehemann der Verwendung von gespendeten Samenzellen, das heisst einer heterologen Insemination zugestimmt, können weder er (Art. 256 Abs. 3 ZGB) noch das Kind (Art. 23 Abs. 1 FMedG) seine Vaterschaft anfechten. Das Kind hat auch keine Möglichkeit, eine rechtliche Verbindung zum Samenspender durch Vaterschaftsklage herzustellen (Art. 23 Abs. 2 FMedG). Das Recht schützt also bei der Samenspende als akzeptierte Form der Reproduktion konsequent die Intentionen der Beteiligten.

Das tut es allerdings überall dort nicht, wo entweder ein Verfahren in der Schweiz nicht erlaubt ist, oder die Rechtsordnung geschaffene Realitäten nicht vorsieht. Verwirklicht zum Beispiel ein gleichgeschlechtliches weibliches Paar seinen Kinderwunsch mit Hilfe eines Freundes, wird den Intentionen der Beteiligten die rechtliche Anerkennung versagt. Das trifft auch dann zu, wenn eine Frau sich im Ausland die mit einer Samenspende befruchtete Eizelle ihrer Partnerin einsetzen lässt, um der gemeinsamen Mutterschaft besonderen Ausdruck zu verleihen, oder wenn ein männliches gleichgeschlechtliches Paar sich den Wunsch der gemeinsamen Elternschaft mit Hilfe einer Leihmutter in einer Rechtsordnung verwirklicht, die Leihmutterschaft erlaubt und für die normative Zuordnung von Elternschaft auf die Intentionen der Beteiligten abstellt.²⁶⁷ Zwar soll in absehbarer Zeit die Stiefkindadoption auch gleichgeschlechtlichen Paaren offenstehen,²⁶⁸ der intendierten originären Elternschaft von gleichgeschlechtlichen Paaren bleibt jedoch die rechtliche Anerkennung weiterhin verwehrt. Das ist ein schwerer Eingriff in die reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung. Interessen, die diesen rechtfertigen könnten, sind nicht leicht auszumachen. Insbesondere das Kindeswohl spricht nicht etwa gegen, sondern für die Anerkennung der intendierten Elternschaft.

Der gesellschaftliche und technologische Wandel hat dazu geführt, dass die Kongruenz zwischen genetischer, biologischer und sozialer Elternschaft nicht mehr selbstverständlich ist.²⁶⁹ Gerade die Fortpflanzungsmedizin und ihre ab-

267 Siehe zu Letzterem BGE 141 III 312: Zwei in eingetragener Partnerschaft lebende Männer mit Wohnsitz in der Schweiz wurden in Kalifornien zu rechtlichen Eltern eines mit der Eizelle einer Spenderin und Samenzellen eines der beiden Männer gezeugten und durch eine Leihmutter ausgetragenen Kindes erklärt und entsprechend im Geburtenregister eingetragen. Die beiden in der Schweiz lebenden Männer ersuchten in der Folge in ihrem Heimatort um Anerkennung des amerikanischen Urteils und der amerikanischen Geburtsurkunde. Das Bundesgericht hat die Anerkennung der Vaterschaft des mit dem Kind nicht genetisch verwandten Mannes wegen *ordre public*-Widrigkeit (Art. 27 IPRG) versagt. Diese Rechtsprechung wurde in BGE 141 III 328, E. 8 bestätigt, wobei es in diesem Fall um ein verschiedengeschlechtliches Paar ging, das aber keine genetische Verbindung zu den Kindern aufzuweisen vermochte.

268 Vgl. Botschaft Adoption, 909 f.

269 Wobei daran erinnert werden muss, dass es seit jeher Inkongruenzen gab, insbesondere im Zusammenhang mit Kindern, die ausserhalb der Ehe gezeugt wurden. Diese Inkongruenzen wur-

stammungsrechtlichen Auswirkungen machen deutlich, dass rechtliche Elternschaft und die sie konstituierenden Gesetze nicht blosses Abbild biologischer Realitäten sind.²⁷⁰ Elternschaft wird in zahlreichen Rechtsordnungen – so auch in der Schweiz – zurzeit neu verhandelt. Während das Primat der Gene für die Auffassung und Legitimation von Elternschaft kritisch befragt wird, findet die Intention für ihre Begründung in der Lehre immer grössere Beachtung. Eine an der Intention orientierte Ordnung kann und soll durchaus sowohl soziale wie biologische Beziehungen integrieren und geteilte Elternschaft anerkennen. Die konsequente Umsetzung einer offenen, intentionalen Elternschaft als rechtliche Konzeption würde freilich eine grundlegende Reform des Abstammungsrechts erfordern.²⁷¹

V. Zusammenfassung und Würdigung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung im Stadium der Reproduktion in der Ausprägung eines Rechts auf *kein* Kind verwirklicht ist. Grundsätzlich trifft dies auch für das Recht auf *ein* Kind zu, wobei grosse Unterschiede bestehen, je nachdem ob die Person sich auf natürlichem Weg fortpflanzen kann oder nicht. Auch die Dimensionen des «wann» und «mit wem» sind in verschiedenen Kontexten kontrovers.

Sehr problematisch ist die nach wie vor verbreitete Praxis, die Änderung des amtlichen Geschlechts von einem operativen Eingriff oder der Einnahme von Medikamenten abhängig zu machen, welche die Fortpflanzungsfähigkeit aufheben. Unsicherheit besteht auch im Umgang mit dem Kinderwunsch von Personen mit einer geistigen Behinderung. Ein Verbot, sich sexuell zu betätigen und sich so möglicherweise fortzupflanzen, ist in jedem Fall unhaltbar.

Hingegen ist der durch das Fortpflanzungsmedizingesetz abgesteckte Rahmen für die assistierte Reproduktion eng, und es fehlen Leitlinien oder eine dazugehörige juristische Praxis, welche die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe konkretisieren würden.²⁷² Mit der «Kultur der Reproduktion»²⁷³ bekundet die Schweiz offenbar Mühe. Jedenfalls sind unter dem Gesichtspunkt des grundrechtlichen Anspruchs auf reproduktive Selbstbestimmung die zahlreichen Einschränkungen und Inkonsistenzen problematisch, die im geltenden Recht bestehen. Dies gilt zunächst für den generellen Ausschluss bestimmter

den und werden durch strenge Vermutungen so gut es geht im Verborgenen gehalten, vgl. Art. 256 ff. ZGB.

270 Das Abstammungsrecht überführt biologische und andere Beziehungen in sozial organisierte Familienbindungen; vgl. BÜCHLER, Konzeptionen rechtlicher Elternschaft, 1175 ff.

271 Begriff und Konzept der intentionalen Elternschaft sind auf INGBORG SCHWENZER zurückzuführen, vgl. grundlegend SCHWENZER, 992 ff., insbesondere 995 ff.; RUMO-JUNGO, 841 f.

272 FANKHAUSER und VIONNET, 145, 157, sehen darin einen Mangel der geltenden rechtlichen Situation.

273 BERNARD, 247.

Personen beziehungsweise Paare aus der medizinisch assistierten Fortpflanzung, aber auch für die Verbote erprobter und etablierter Verfahren. Das häufig vorgetragene Argument, die Einschränkungen und Verbote seien notwendig, um konventionelle Familienbilder zu erhalten, ist einer liberalen Gesellschaft nicht würdig und steht zudem in einem grundlegenden Spannungsverhältnis zum Diskriminierungsverbot aufgrund der Lebensweise (Art. 8 Abs. 2 BV). Auch Befürchtungen, die Familie oder die «natürliche Mutterschaft» seien gefährdet, vermögen die Einschränkungen grundrechtlicher Positionen nicht zu rechtfertigen. Weitere Verweise auf gesellschaftliche Interessen und Kosten muten zudem häufig spekulativ an.

Das alles dominierende Paradigma des Kindeswohls krankt überdies an dem sogenannten *Non-identity*-Problem, das auf DEREK PARFIT zurückgeht, der dieses in vielen verschiedenen Spielarten diskutiert.²⁷⁴ Verbieht man jemandem den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin – ob grundsätzlich, nur zu einem bestimmten Zeitpunkt oder unter Verwendung bestimmter gespendeter Keimzellen – mit Hinweis darauf, es gelte das Kindeswohl zu wahren, macht man geltend, dem Kind könne durch seine Zeugung ein Schaden zugefügt werden. Zu behaupten, es wäre besser für eine Person, nicht geboren zu werden oder worden zu sein, bedeutet aber, der konkreten Existenz den Lebenswert abzusprechen. Die Alternative besteht nämlich nicht zwischen der Existenz mit einer krankheitsbedingten Belastung und einer Existenz unter anderen Bedingungen und ohne solche Belastungen, sondern nur zwischen der Existenz, so wie sie sich präsentiert, und der Nichtexistenz. Ein Kind, das von einer anderen Person, zu einem anderen Zeitpunkt oder unter Verwendung anderer Keimzellen gezeugt würde oder worden wäre, wäre ein *anderes* Kind.²⁷⁵ Das Nichtidentitätsproblem steht auch *Wrongful Life*-Klagen entgegen, sowohl im Zusammenhang mit der natürlichen wie mit der medizinisch assistierten Zeugung: Die Person wird nicht geschädigt, indem sie gezeugt wird. Schliesslich kann und darf Zumutbarkeit, die insbesondere im Kontext der Präimplantationsdiagnostik wichtig ist, nicht mit Blick auf das zukünftige Kind, sondern nur hinsichtlich der zukünftigen Eltern konkretisiert werden.

Die medizinisch assistierte Zeugung eines Embryos bedeutet «nicht nur künstliche, sondern immer auch optimierte Reproduktion».²⁷⁶ Grundsätzlich umfasst reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung auch die Nutzung genetischen Wissens im Rahmen der Fortpflanzung. Sie wirft freilich nicht nur das Problem der Selektion und damit der Verwerfung von Embryonen auf, gewisse Nutzungen zeitigen möglicherweise auch problematische gesellschaft-

274 PARFIT, 351 ff. Vgl. auch ausführlich COHEN, insbesondere 437 ff.

275 Vgl. zur Erläuterung auch die interessante Animation von Molly Gardner, <http://www.wi-phi.com/video/nonidentity-problem> (besucht am 29.3.2016). Siehe zur *Non-identity*-Problematik auch ROBERTSON, 75 f.; BLEISCH, Genetische Untersuchungen, 263 f.

276 So BERNARD, 330.

liche Effekte. Mithin ist nicht nur zu fragen, welche Beweggründe künftiger Eltern die Ermittlung genetischer Eigenschaften und eine darauf gestützte Selektion zu rechtfertigen vermögen, sondern auch, ob ein solches Handeln gesellschaftlichen Schaden anrichten würde. Mit der Einführung der Präimplantationsdiagnostik findet das Recht auf ein gesundes, nicht aber auf ein bestimmtes Kind Berücksichtigung.²⁷⁷ Negative Eugenik ist in gewissen Schranken zulässig, positive Eugenik hingegen verboten. Die Unterscheidung zwischen der negativen und der positiven Selektion vermag allerdings nur bedingt zu überzeugen. Verwerfung bedeutet immer auch positive Selektion. Oder anders ausgedrückt: Die Feststellung, dass gewisse Anomalien nicht vorhanden sind, ist gleichzusetzen mit der Aussage, dass der Embryo die gewünschte Ausstattung aufweist.²⁷⁸ Entscheidend ist also nur der Krankheitswert bestimmter Merkmale. Das setzt eine Definition von (schwerer) Krankheit voraus, die zum einen das Problem aufwirft, ob und wie sie mit Blick auf ihre historischen, sozialen oder kulturellen Dimensionen²⁷⁹ objektiv festgelegt werden kann und zum andern die Frage stellt, welche Perspektive dafür einzunehmen ist. Die Regelung der Präimplantationsdiagnostik nimmt eine objektive Skalierung des Unzumutbarkeitsgrades genetischer Erkrankungen für zukünftige Eltern vor. Dass diese auch ein Urteil über Lebensperspektiven und Lebensglück eines Menschen enthält und mit Vermutungen über Eigeninteressen des Embryos einhergeht, ist unvermeidbare Folge dieser problematischen Objektivierung.²⁸⁰

Zwei Anwendungen genetischen Wissens sind in der Schweiz und in weiten Teilen Europas noch jenseits des Denkbaren: Erstens die Untersuchung und Selektion anhand von nicht gesundheitsbezogenen Merkmalen wie Stimme, Intelligenz oder Körpergrösse, und zweitens allgemein die Umschreibung und Manipulation von Abschnitten des genetischen Codes des Embryos. Der in diesen Bereichen voranschreitenden Entwicklung in der Diskussion und Praxis wird sich auch die Schweiz nicht entziehen können. Man könnte freilich allgemein sagen, solche Nutzungen seien gar nicht erst der reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung zuzuordnen, weil sie keine genuin reproduktiven Zwecke verfolgen. Das ist allerdings zumindest für den therapeutischen oder reprodu-

277 Vgl. KARPIN/SAVELL, 157, welche die Präimplantationsdiagnostik als «*disability avoidance technologies*» bezeichnen.

278 So auch WILKINSON, 156 f.

279 Vgl. zu verschiedenen Zugängen zum Krankheitsbegriff und den unterschiedlichen Krankheitskonzepten ausführlich SCHWENDENER, 17 ff.

280 Vgl. zur Problematik des Begriffs «Krankheit» im Kontext genetischer Untersuchungen mit prädikativem Charakter RIEDER, 22 ff. Für eine eingehende Problematisierung der Unterscheidung zwischen positiver und negativer Eugenik beziehungsweise zwischen «*treatment*» und «*enhancement*»: BUCHANAN/BROCK/DANIELS/WINKLER, 107 ff., insbesondere 118 f. Schliesslich vertreten auch KARPIN/SAVELL in ihrer umfassenden Studie die Position, dass sich die Grenzziehung zwischen leichter und schwerer Beeinträchtigung nicht objektivieren lasse, weshalb sie den potenziellen Eltern obliegen müsse; so 347 f.

tiven Eingriff in die Keimbahn des Embryos nicht evident. Zudem sind in diesem Kontext nicht nur reproduktive Aspekte in die Diskussion miteinzubeziehen, sondern auch solche, welche die potenziellen Eltern in ihrer zukünftigen Erziehungsfunktion ansprechen und damit das geschützte Privat- und Familienleben betreffen. Die Selektion anhand von nicht gesundheitsbezogenen Kriterien zum Zweck des *Enhancement* wird zudem regelmässig im Hinblick darauf problematisiert, dass sie einen Wettbewerb initiieren könnte, der die reproduktive Selbstbestimmung von anderen angehenden Eltern möglicherweise beeinträchtigt.²⁸¹ Solche Zusammenhänge müssten allerdings zunächst untersucht werden.

D. Schwangerschaft

«[W]e have to restore women to a central place in the pregnancy scene. To do this, we must create new images that recontextualize the fetus, that place it back into the uterus, and the uterus back into the woman's body, and her body back into its social space.»

POLLACK PETCHESKY, 287.

I. Allgemeines

Die Schwangerschaft ist eine emotional und körperlich intensive Zeit. Obwohl sie eine private, ja intime Erfahrung erster Ordnung ist, ist eine schwangere Frau mit zahlreichen sozialen Normen konfrontiert. Die Art und Weise, wie über Schwangerschaft nachgedacht, wie sie wahrgenommen und diskutiert wird, unterliegt einem historischen Wandel. Heute ist die Schwangerschaft vor allem auch eine Zeit, die medizinisch eng begleitet wird und zu vielfältigen Interventionen in die körperliche Verfasstheit der Frau Anlass gibt.²⁸² Die Möglichkeiten der pränatalen Diagnostik und der pränatalen Therapie generieren Hoffnungen, Nöte und Zwänge zugleich. Der Einbezug medizinischer Professionen und Technologien wird in der Regel mit dem Schutz der Gesundheit für Mutter und Embryo begründet, er führt aber auch zu komplexen und widersprüchlichen Empfindungen schwangerer Frauen: Einerseits evoziert er das Gefühl, keine Kontrolle über das Geschehen zu haben, sind heute doch zahlreiche medizinische Interventionen unangefochtene Normalität in der Schwangerschaft, andererseits weckt er die Erwartung, über alle relevanten Informationen zu verfügen, um reproduktive Entscheidungen treffen zu können. Die Möglich-

281 Vgl. die Hinweise bei RÜTSCHKE, Eugenik, 324 f. Vgl. auch ROBERTSON, Genomics, 479.

282 Einen eindrücklichen Beleg dafür bieten die 37 Seiten langen Richtlinien des Deutschen Gemeinsamen Bundesausschusses über die ärztliche Betreuung während der Schwangerschaft und nach der Entbindung (Mutterschafts-Richtlinien), in der aktuellen Fassung in Kraft seit 5. Mai 2015.

keit, durch genetische Untersuchungen Wissen über die Konstitution des Fötus zu erlangen, die Vervielfältigung der Optionen pränataler Behandlungen, die Zunahme von Studien zur Wirkung von Verhalten, Substanzen oder Aktivitäten auf den Fötus: All dies macht die Schwangerschaft gerade mit Blick auf selbstbestimmte Entscheidungen zu einer höchst anspruchsvollen Zeit, zumal die Frau die auf verschiedenen Wegen gewonnene Information adäquat verarbeiten können muss.²⁸³ Hinzu kommt das bereits beschriebene Phänomen, dass die technischen Errungenschaften den intrauterinen Raum geöffnet, den Fötus sichtbar gemacht, und den Zugang zu ihm ermöglicht haben. Die technische Eroberung des Körpers der schwangeren Frau hat bedeutende Wahrnehmungsverchiebungen nach sich gezogen: Der Embryo oder Fötus wird zunehmend als von der schwangeren Frau getrennte Entität und als eigener Patient beschrieben. Daraus wird ein Mutter-Fötus-Konflikt konstruiert und imaginiert, was nicht ohne Einfluss auf Fragen der Selbstbestimmung bleibt.²⁸⁴ Es ist deshalb nicht ohne Relevanz, sich zu vergegenwärtigen, dass die vorgeburtliche medizinische Intervention am Körper der schwangeren Frau erfolgt: Sie ist als Patientin sowohl Adressatin der Aufklärung als auch diejenige, welche die Zustimmung zu den Massnahmen erteilen muss. Sie handelt nicht als Vertreterin des Embryos oder Fötus, der noch keine Rechtspersönlichkeit hat, sondern sie bietet die Rechtfertigung für den Eingriff in ihre körperliche Integrität. Für pränatale Untersuchungen hält das Gesetz explizit fest, dass die schwangere Frau die betroffene Person ist (Art. 3 lit. n GUMG).

Ist eine Schwangerschaft eingetreten, gewinnt die Auseinandersetzung um reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung an Komplexität. Erstens fliesst der Status eines Embryos *in vivo* in diese mit ein. Ethisch-normativ ging und geht es beim Themenkomplex der Schwangerschaft und ihres Abbruchs regelmässig darum, wie der Stellenwert des vorgeburtlichen Lebens einzuschätzen ist. Zweitens kann nach Eintritt der Schwangerschaft Selbstbestimmung nicht mehr ohne die körperliche Dimension gedacht werden. WIESEMANN beschreibt aus einer beziehungsethischen Perspektive die Schwangerschaft wie folgt:

«Die Frau geht in der Schwangerschaft – gewollt oder ungewollt – eine Beziehung zum Kind ein, für die es kaum Parallelen in der Lebenswelt von Menschen gibt. Es ist eine Beziehung zu sich selbst als einem Anderen, zu einem Anderen als zu sich selbst.

283 Vgl. MAIER, 108 ff.

284 Vgl. GALLAGHER, 188 ff.; JACKSON, 126 ff.; vgl. auch OBERMAN, 454, 471 ff., die darauf aufmerksam macht, dass es sich dabei meist weniger um einen Mutter-Fötus-Konflikt als um einen Mutter-Arzt-Konflikt handelt: «[...] these conflicts originate in the context of the relationship between the doctor and the pregnant woman. Specifically, they result from doctors' seemingly well-motivated efforts to promote maternal or fetal well-being by imposing their perception of appropriate medical care on their pregnant patients.» Sie hält weiter fest, dass der Arzt nicht neutral sei: «Rather than balancing the competing rights of mother and fetus, the doctor becomes just another party to these conflicts – one who always tips the balance 2:1 against the pregnant woman.» Ebd. 454.

Die Zeit der Schwangerschaft ist die Zeit, in der sich das Andere allmählich individualisiert, bis es durch die Geburt zum Gegenüber geworden ist.»²⁸⁵

Mit voranschreitender Schwangerschaft intensiviert sich die Beziehung zwischen der schwangeren Frau und dem Fötus. Die Schwangerschaft erfordert von der Frau eine ständige Auseinandersetzung mit den laufenden Grenzverschiebungen zwischen dem Selbst und dem Anderen. Trotz der augenscheinlichen Tendenz, den Fötus in der medizinischen Praxis als verselbständigte Entität wahrzunehmen, bilden die Frau und der Fötus eine körperliche Einheit. Auch wenn zwischen ihnen keine Identität besteht und der Embryo ein eigener menschlicher Organismus ist, ist er räumlich ein Teil der Frau und von ihrer körperlichen Entität erfasst. Das Deutsche Bundesverfassungsgericht hat dafür das berühmte Bild der «Zweiheit in Einheit» geprägt.²⁸⁶ Der körperlichen Dimension der Schwangerschaft in ihrer Wechselbeziehung mit den Beziehungskonflikten derselben ist in der Diskussion um sogenannte Schwangerschaftskonflikte eine zentrale Rolle einzuräumen.²⁸⁷

Wie bereits festgehalten, besitzt der Embryo zwar einen moralischen Status, er ist allerdings nicht Träger von Grundrechten, die gegen die reproduktive Selbstbestimmung der Frau und ihre körperliche Integrität abzuwägen wären. Nach der hier vertretenen Ansicht begründet die Schwangerschaft auch nicht eine besondere Konfliktlage mit besonderen Abwägungsregeln und Privilegien der schwangeren Frau. Nach der in der deutschen Diskussion vorherrschenden argumentativen Rechtfertigungsstruktur des Schwangerschaftsabbruchs, die der Rechtsprechung des Deutschen Bundesverfassungsgerichts²⁸⁸ und der Einordnung des Schwangerschaftsabbruchs in die Tötungsdelikte geschuldet ist, wird zwischen dem Schutzzumfang des ungeborenen Lebens und demjenigen des geborenen Menschen nicht abgestuft. Der Lebensschutz gilt vielmehr vom Augenblick der Zeugung an und das vor diesem Hintergrund postulierte Lebensrecht des Embryos wird gegen die Interessen der schwangeren Frau abgewogen. Grundsätzlich genießt das Lebensrecht des Fötus für die gesamte Dauer der Schwangerschaft Vorrang, die Frau kann sich aber auf eine Notstandsfrage berufen.²⁸⁹ Im hiesigen Kontext überwiegt zu Recht eine andere

285 WIESEMANN, 159 f.

286 BVerfGE 88, 203 (253).

287 So auch WIESEMANN, 12, *passim*.

288 BVerfGE 39, 1 ff.; BVerfGE 88, 203. Das Bundesverfassungsgericht hat in den beiden Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch in den Jahren 1975 und 1993 festgehalten, dass Menschenwürde bereits dem Embryo und Fötus zukomme und es Aufgabe des Staates sei, dieses Leben zu schützen; vgl. zu den Entscheidungen ROHRER, 71 f., 95; ROBBEN, 57 ff.; BERGHÄUSER, 55 ff.

289 Dies im Sinne des Defensivnotstands, vgl. SEELMANN, 78 ff.; ausführlich zum komplexen Zusammenspiel zwischen Strafbegründung und Strafbefreiung im deutschen Recht ROHRER, 228 ff. Zur problematischen Begründungsstruktur und den Inkonsequenzen dieser Position SCHWARZENEGGER, 175 f.; ausführlich auch RÜTSCHKE, 494 ff.; vgl. auch TSCHUOR-NAYDOWSKI, 156 ff. Solche kritischen Stimmen gibt es auch in der deutschen Literatur, so zum Beispiel

rechtliche Konzeptualisierung der Verhältnisse während der Schwangerschaft: In der Schwangerschaft treffen die Selbstbestimmung und körperliche Integrität der Frau auf die zunehmende Schutzwürdigkeit des pränatalen Lebens beziehungsweise des Eigenwerts des Fötus, wie sie just im Schwangerschaftsabbruchsrecht verwirklicht ist.²⁹⁰ Die zivilrechtliche Fassung der Beziehung zwischen der schwangeren Frau und dem Fötus ist allerdings weitgehend ungeklärt und bedarf einer eingehenden Diskussion.

II. Schwangerschaftsabbruch

1. Grundlagen

Ungewollte und unerwünschte Schwangerschaften gab es schon immer; zu verschiedenen Zeiten wurden unterschiedliche Methoden angewendet, um die Schwangerschaft vorzeitig zu beenden. Die rechtliche Reaktion darauf hat sich ständig und in unterschiedliche Richtungen verändert. In der römisch-rechtlichen Tradition galt die Geburt als massgebliche Zäsur für den Lebensbeginn und der Schwangerschaftsabbruch blieb straflos. In der frühen christlichen Tradition herrschte in Anlehnung an die aristotelische Beseelungslehre die Vorstellung vor, dass der Fötus mit der Beseelung empfindungsfähig werde, weshalb eine Fristenlösung galt. Erst im späten 19. Jahrhundert stellte das kirchliche Recht den Schwangerschaftsabbruch ab dem Zeitpunkt der Befruchtung unter Strafe; eine Position, die das weltliche Strafrecht übernahm, wobei es den Schwangerschaftsabbruch als minder schweres Tötungsdelikt behandelte und in bestimmten Situationen von einer Strafe absah.²⁹¹ In der Schweiz galt dies bis weit in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts hinein und die Rückkehr zur Fristenlösung erfolgte erst zu Beginn des 21. Jahrhunderts.²⁹² Die geltende,

WESCHKA, 147 ff., 179 f.: «Konsequenz hieraus kann nur sein, dass dem menschlichen Embryo trotz der expliziten Zuschreibung der Grundrechtsträgereigenschaft durch das Bundesverfassungsgericht wegen der unüberbrückbaren logischen Widersprüche ein Status als Träger des Rechts auf Leben und der Menschenwürde nicht aufgrund der zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch selbst zukommen kann. Denn um was für eine Art Grundrechtsträgereigenschaft würde es sich handeln, wenn eine Tötung der Grundrechtsträger, die bei geborenen Menschen durch nichts zur rechtfertigen wäre, bei ungeborenen sanktionslos durchgeführt werden dürfte und der Staat eine solche Vorgehensweise ausserdem noch zu unterstützen verpflichtet wäre?». Vgl. auch BERGHÄUSER, *passim*; zusammenfassend und zu der Möglichkeit, die Wertungswidersprüche aufzuheben 755 ff.

290 Vgl. SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB II, Vor Art. 118, N 5; auch SCHWARZENEGGER, 177 ff.

291 So bereits die Zusammenfassung der geschichtlichen Entwicklung in BÜCHLER/MICHEL, 19. Zum Ganzen JEROSCHKE, insbesondere 36 f., 97 ff. Siehe auch BUSCH, Abtreibung, 19 ff.

292 Vgl. ausführlich BÜCHLER/FREI, Rz. 4 ff.; SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB II, Vor Art. 118, N 13 ff. In der Schweiz wurde das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs in den 1970er-Jahren erstmals in Frage gestellt. Eine Initiative «für die Fristenlösung» wurde in der Volksabstimmung von 1977 noch knapp verworfen. Im Jahr 1993 wurde sie nochmals aufgelegt, diesmal als parlamentarische Initiative. Sie verlangte die Straffreiheit für einen Schwanger-

eher liberale Regelung, die im Grundsatz das Schwangerschaftsabbruchsrecht als Gehalt der reproduktiven Rechte anerkennt, steht zurzeit wieder unter Druck, nicht zuletzt unter dem Eindruck der eingangs beschriebenen moralisierenden Tendenzen.

Der Schwangerschaftsabbruch gehört auch heute noch zu den umstrittensten und hoch emotionalen Themen im Umfeld der reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung, was freilich mit der Bewertung des bereits existierenden menschlichen Lebens zusammenhängt. Einig ist man sich darin, dass der Schwangerschaftsabbruch nicht ein beliebiger, sondern ein schwerer und folgenreicher Eingriff ist, der gut überlegt sein will, und die Frau physisch, geistig und seelisch stark fordert. Er ist gleichsam der «Abschied von einer Möglichkeit»,²⁹³ Unterschiedliche Haltungen werden hingegen insbesondere in der Frage eingenommen, wem es zustehen soll, die Notwendigkeit und Angemessenheit des Eingriffs zu beurteilen. Allgemein scheinen Vorstellungen und Meinungen auch darüber zu divergieren, welchen Einfluss das Recht auf die Praxis des Schwangerschaftsabbruchs ausüben kann, wobei hinlänglich belegt ist, dass eine restriktive, prohibitive Regelung des Schwangerschaftsabbruchs nicht dazu führt, dass ein Abbruch nicht oder weniger häufig vorgenommen würde, sondern dass er unter gefährliche(re)n Bedingungen erfolgt.²⁹⁴ In globaler Sicht weisen Regionen mit stark eingeschränktem Zugang zum Schwangerschaftsabbruch in der Tendenz höhere Abbruchszahlen auf als solche mit einer liberalen Regelung.²⁹⁵ Auch in der Schweiz gab es bis in die 1960er-Jahre eine sehr hohe Zahl illegaler Abbrüche, die mit der Einführung von Kontrazeptiva sank. Mit der zunehmenden Liberalisierung des Schwangerschaftsabbruchs auf kantonaler Ebene in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts ging auch die Zahl der legalen Abbrüche kontinuierlich zurück.²⁹⁶ Heute zählt die Schweiz im internationalen Vergleich zu den Ländern mit der niedrigsten Schwangerschaftsabbruchsrates.²⁹⁷ Im Jahr 2014 wurden insgesamt 10 249 Schwangerschaftsabbrüche verzeichnet, wobei 95% der Abbrüche innerhalb der ersten 12 Schwangerschaftswochen erfolgten.²⁹⁸ Lediglich 4% der Schwangerschaftsabbrüche wurden zwischen der 13. und der 27. Schwangerschaftswoche durchgeführt.²⁹⁹ In seltenen Fällen (insgesamt 36) wurde der Abbruch nach der 23. Schwangerschaftswoche vorgenommen.³⁰⁰ Während also das Recht wenig

schaftsabbruch in den ersten drei Monaten der Schwangerschaft. Sie nahm die parlamentarischen Hürden und wurde im Jahr 2002 zur Abstimmung vorgelegt und vom Volk angenommen. Die Fristenlösung ist heute geltendes Recht.

293 BUSCH, Abtreibung, 35.

294 Siehe WHO, Unsafe Abortions, 6.

295 Vgl. SEDGH et al., 630 f.

296 Vgl. Kommission für Rechtsfragen NR, Schwangerschaftsabbruch, 3009.

297 Siehe BFS, Schwangerschaftsabbrüche, 1.

298 Siehe BFS, Schwangerschaftsabbrüche, Tabelle T 14.03.07.02.14.

299 Siehe BFS, Schwangerschaftsabbrüche, Tabelle T 14.03.07.02.24.

300 Siehe BFS, Schwangerschaftsabbrüche, Tabelle T 14.03.07.02.24.

Steuerungskraft in Bezug auf die Zahl von Schwangerschaftsabbrüchen entfaltet, sagt es sehr wohl etwas über den Stellenwert reproduktiver Selbstbestimmung aus.

Die Möglichkeit zu entscheiden, eine Schwangerschaft fortzuführen oder abzubrechen, muss zum Kernbereich reproduktiver Autonomie und Selbstbestimmung gezählt werden und ist zugleich ein Gebot der Geschlechtergerechtigkeit.³⁰¹ Die Vehemenz und Ausdauer, mit welcher insbesondere Frauenorganisationen in allen Ländern seit Jahrzehnten für diese Möglichkeit kämpfen, ist dafür ein eindrückliches Zeugnis.³⁰² Dennoch wird an der gegenwärtigen Fassung des Schwangerschaftsabbruchs als Recht beziehungsweise Option auch grundlegende Kritik geübt: Sie sei defensiv ausgerichtet und vermöge die Komplexität und Ambivalenz der Entscheidung nicht zu fassen, überdies würde sie in der Tendenz konkurrierende Ansprüche generieren oder zumindest der Idee konfligierender Interessen entspringen, und schliesslich verschleierte sie die Tatsache, dass Frauen häufig nur über wenige oder prekäre Alternativen zum Abbruch der Schwangerschaft verfügen.³⁰³

Der Schwangerschaftsabbruch involviert die körperliche Unversehrtheit der Frau in höchstem Masse. Nicht nur seine Durchführung, sondern auch seine Verweigerung – und damit die Pflicht, den Fötus auszutragen – stellen intensive Eingriffe in die physische Integrität dar. So LITTLE:

«To be pregnant is to be *inhabited*. It is to be *occupied*. It is to be in a state of physical *intimacy* of a particularly thorough-going nature. The fetus intrudes on the body massively; whatever medical risks one faces or avoids, the brute fact remains that the fetus shifts and alters the very physical boundaries of the woman's self. To mandate continuation of gestation is, quite simply, to force continuation of such occupation. To mandate that the woman remain pregnant is to mandate that she remain in a state of physical intertwinement against her consent.»³⁰⁴

Die öffentliche Debatte um den Schwangerschaftsabbruch suggeriert bisweilen, unerwünschte Schwangerschaften würden leichtfertig beendet, weshalb das Recht das Ungeborene schützen müsse. Diese Sichtweise ist eine Ausprägung der problematischen Mutter-Kind-Konflikt-Rhetorik und verschliesst sich den komplexen Lebensrealitäten. Der Schwangerschaftsabbruch kann auch als Übernahme von Verantwortung gedeutet werden, wenn die Frau erkannt hat, dass ihr die Kraft und die Ressourcen fehlen, um der mit der Geburt eines Kindes einhergehenden lebenslangen Beziehung gerecht werden zu können. Für WIESEMANN ist deshalb die «Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch

301 Vgl. MACKINNON, 1319 ff.

302 Vgl. zur Entwicklung in der Schweiz BÜCHLER/COTTIER, 352 ff.

303 So zum Beispiel FOX, 81 ff.; ähnlich WHITBECK, 249 ff., welche insbesondere die Rahmung des Schwangerschaftsabbruchs als «Recht» diskutiert und kritisiert, und fragt: «Supposing you were able to do so, how many of you would like to have an abortion?» (251).

304 LITTLE, Intimacy, 301.

bruch [...] eine Entscheidung *gegen* eine Beziehung zum Kind *aus* einer Beziehung zum Kind»³⁰⁵ und somit Ausdruck des Ethos der Elternschaft.

Die völkerrechtlichen Vorgaben im Bereich des Schwangerschaftsabbruchsrechts sind bis anhin minim, nehmen allerdings in der Tendenz zu. Die Schwangerschaft und deren Abbruch gehören zum geschützten Privat- und Familienleben.³⁰⁶ Während der EGMR die prohibitive Regelung des Schwangerschaftsabbruchsrechts Irlands im Jahr 2010 nicht gerügt hatte, im Wesentlichen mit dem Argument, sie beruhe auf einer tief empfundenen moralischen Überzeugung der irischen Bevölkerung und es bestehe immerhin die Möglichkeit, den Eingriff im Ausland durchführen zu lassen,³⁰⁷ stellte er im Jahr 2011 eine Konventionsverletzung durch Polen fest. Polen lasse ein kohärentes und effektives Schwangerschaftsabbruchsrecht vermissen, zumal einer Frau mit entsprechender Indikation eine invasive genetische Untersuchung und später der – prinzipiell zulässige – Schwangerschaftsabbruch verweigert worden waren.³⁰⁸ Ein absolutes Verbot des Schwangerschaftsabbruchs verstößt jedenfalls klar gegen die Menschenrechte.³⁰⁹

2. *Fristenlösung und reproduktive Selbstbestimmung*

Art. 118 StGB stellt den Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich unter Strafe. Geschützte Rechtsgüter sind das menschliche Leben während der Schwangerschaft und die Gesundheit sowie das Selbstbestimmungsrecht der schwangeren Frau.³¹⁰ Strafbar ist der Abbruch dann, wenn die in Art. 119 StGB genannten Voraussetzungen nicht gegeben sind, sowie dann, wenn die Einwilligung der schwangeren Frau nicht vorliegt. Straflos ist der Abbruch der Schwangerschaft nach Art. 119 Abs. 2 StGB, wenn er innerhalb von zwölf Wochen seit Beginn der letzten Menstruation durchgeführt wird.³¹¹ Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss die schwangere Frau eine Notlage geltend machen. Es muss sich aber nicht um eine objektive, gutachterlich festgestellte Notlage handeln. Es genügt, wenn die schwangere Frau dem Arzt gegenüber zu erkennen gibt, sie befinde sich in einer Notlage, ohne diese näher begründen zu müssen. Jeder Arzt und jede Ärztin, der oder die zur Berufsausübung zugelassen ist, kann den Abbruch vornehmen. Erforderlich sind ein schriftliches Gesuch und ein persönliches Beratungsgespräch. Das Gespräch muss Informationen über die gesundheitlichen

305 WIESEMANN, 161.

306 Vgl. GRABENWARTER, ECHR Commentary, Art. 8, N 8.

307 Siehe *A, B and C v. Ireland* (no. 25579/05), Urteil (Grosse Kammer) vom 16. Dezember 2010, § 241.

308 Siehe *R.R. v. Poland* (no. 27617/04), Urteil vom 26. Mai 2011, § 214; vgl. auch *Tysiac. v. Poland* (no. 5410/03), Urteil vom 20. März 2007, §§ 128 ff.

309 Vgl. *Paton v. United Kingdom* (no. 8416/78), Entscheidung der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 13. Mai 1980, §§ 19 f.

310 SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB II, Vor Art. 118, N 1.

311 Ausführlich dazu TSCHUOR/NAYDOWSKI, 86 ff.

Risiken des Eingriffs beinhalten. Der schwangeren Frau ist zudem ein Leitfaden auszuhändigen, welcher ein Verzeichnis der kostenlosen Beratungsstellen, von Vereinen und Stellen, welche psychologische und materielle Hilfe anbieten, sowie Informationen über die Möglichkeit enthält, das Kind zur Adoption freizugeben. Den Erhalt des Leitfadens hat die Frau mit ihrer Unterschrift zu bestätigen (Art. 120 Abs. 1 lit. a und b StGB). Das Gesetz sieht keine Bedenkzeit zwischen dem Beratungsgespräch und dem Abbruch vor, weshalb der Abbruch gleich im Anschluss an das Gespräch durchgeführt werden kann.

Die Regelung achtet die reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung der Frau in den ersten zwölf Wochen der Schwangerschaft. Die Frau muss die Gründe für einen Abbruch nur sich selbst gegenüber rechtfertigen. Die Frist, innerhalb welcher der Abbruch der Schwangerschaft zulässig ist, ist im internationalen Vergleich allerdings eher knapp bemessen und räumt der schwangeren Frau eine relativ kurze Überlegungszeit für diesen schweren Entscheid ein.³¹² Das kann insbesondere für sehr junge Frauen eine Herausforderung sein, die in dieser kurzen Zeit mit ihren Gefühlen klar kommen, den Mut zum Gespräch aufbringen und sich mit ihren Erwartungen und Zukunftsplänen, aber auch mit denen des sozialen Umfelds auseinandersetzen müssen. Damit der Entscheid selbstbestimmt erfolgen kann, ist insbesondere eine gute, nichtdirektive Aufklärung und Beratung notwendig. Dazu gehört die Information über die verschiedenen möglichen Methoden des Abbruchs. Im Sinne der relationalen Betrachtungsweise von Autonomie ist zu bedenken, dass der Entscheid für oder gegen die Austragung der Schwangerschaft in einem bestimmten gesellschaftlichen Umfeld getroffen wird, das zu gestalten durchaus staatliche Aufgabe ist.

Auch der werdende Vater ist in seiner reproduktiven Selbstbestimmung tangiert, kann allerdings einen Schwangerschaftsabbruch weder herbeiführen noch verhindern. Darin äussert sich insbesondere die Bedeutung der körperlichen Integrität der Frau, die zusammen mit ihrer reproduktiven Selbstbestimmung in der Abwägung gegen die Interessen des angehenden Vaters überwiegt.

Misslingt der Schwangerschaftsabbruch und ist dies auf die mangelnde Sorgfalt des Arztes zurückzuführen, kommt grundsätzlich eine *Wrongful Birth*-Klage wegen Verletzung des Behandlungsvertrags oder der reproduktiven Selbstbestimmung als absolut geschütztes Rechtsgut in Betracht.³¹³

3. *Spätabbruch und reproduktive Selbstbestimmung*

Der Abbruch in einer Spätphase der Schwangerschaft stellt sowohl die schwangere Frau als auch das medizinische Personal vor sehr schwierige und belas-

312 Abrufbar unter <http://www.svss-uspda.ch/de/facts/world-list.htm> (besucht am 29.3.2016), vgl. auch SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB II, Art. 119, N 4.

313 Abgelehnt in Urteil des Appellationsgerichts vom 23.10.1998, BJM 2000, 306 ff: Die Mutter hätte eine spätere Abtreibung vornehmen lassen können beziehungsweise sie habe das Kind akzeptiert.

tende Fragen, zumal Föten bereits Stressreaktionen zeigen, ausgereifte Organ- und Hirnfunktionen sowie ein Schmerz erleben aufweisen können. Möglicherweise ist zum Zeitpunkt des Abbruchs auch bereits die extrauterine Lebensfähigkeit gegeben. Auch die Beziehung und Verbundenheit zwischen Fötus und Frau sind meist bereits intensiv.

Nach Ablauf der zwölfwöchigen Frist ist ein Schwangerschaftsabbruch nur noch möglich, wenn eine Indikation nach Art. 119 Abs. 1 StGB vorliegt. Gemäss dieser Bestimmung bleibt er straflos, wenn dafür eine medizinische Notwendigkeit besteht, weil der schwangeren Frau die Gefahr einer schwerwiegenden körperlichen Schädigung (medizinische Indikation) oder einer schweren seelischen Notlage, das heisst eines dauerhaften psychischen Ausnahmezustands (sozial-medizinische Indikation) droht, die mit dem Abbruch abgewendet werden kann.³¹⁴ Die Ursachen für einen solchen Zustand sind grundsätzlich nicht relevant. Auch eine embryopathische Indikation kann den Abbruch rechtfertigen, zum Beispiel dann, wenn zu erwarten ist, dass das Kind gravierende Beeinträchtigungen aufweisen würde und die Mutter mit seiner Pflege überfordert wäre.³¹⁵ Je fortgeschrittener die Schwangerschaft ist, desto grösser muss die drohende Gefahr sein. Der Abbruch aufgrund einer Indikation bleibt bis zu Beginn der Geburtswehen möglich.³¹⁶ Der Arzt hat zu beurteilen, ob die Indikation vorliegt, und verfügt dabei über ein grosses Ermessen, wobei er dem Stadium der Schwangerschaft Rechnung tragen muss. Das ist unter dem Aspekt der reproduktiven Selbstbestimmung zumindest nicht unproblematisch, wie NELSON treffend festhält:

«Framing abortion as a decision for physicians to make about women, instead of one for women to make for themselves, reveals distrust for women's capacity to make these decisions. That stance is essentially at odds with an ethic of respect for reproductive autonomy.»³¹⁷

Wegen der zunehmenden Schutzwürdigkeit des Fötus bedarf der Abbruch der Schwangerschaft in einem fortgeschrittenen Stadium einer besonderen Begründung. Die erhöhte Begründungspflicht, wie sie in der Indikationenregelung zum Ausdruck kommt, und die Überprüfung der Indikation durch einen Arzt oder eine Ärztin sollen insbesondere sicherstellen, dass erstens die Frau tatsächlich selbstbestimmt handelt, zweitens, dass sie ihre reproduktive Selbstbestimmung verantwortungsvoll ausübt, und schliesslich – in den Worten von RÜTSCHKE –, dass «der Eigenwert des ungeborenen Lebens mittels einer Abtreibung nur beeinträchtigt wird, wenn dies unbedingt notwendig ist».³¹⁸ Eine mit der

314 Zu diesen Indikationen ausführlich SCHWARZENEGGER, 166 ff.; TSCHUOR-NAYDOWSKI, 92 ff.

315 Vgl. SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB II, Art. 119, N 15. An der embryopathischen Indikation wird auch Kritik geübt, vgl. TSCHUOR-NAYDOWSKI, 212 ff.

316 Vgl. ausführlich SCHWARZENEGGER, 168 ff.

317 NELSON, 135.

318 RÜTSCHKE, 503.

reproduktiven Selbstbestimmung in Einklang stehende Auslegung der Indikationenregelung muss aber anerkennen, dass auch in einem späten Stadium der Schwangerschaft die Beurteilung, ob eine Gefahr für eine schwere seelische Notlage gegeben ist, primär der betroffenen Frau selbst obliegen muss. Sie muss die Verantwortung für das werdende Kind übernehmen. Auch in diesem Zusammenhang – wie bei der Präimplantationsdiagnostik – ist nach der Zumutbarkeit von Schwangerschaft und Elternschaft zu fragen, und diese kann nur durch Einbezug der Umstände, Ressourcen, Werte und Perspektiven der betroffenen Frau konkretisiert werden, wobei zu diesen auch die Haltung und Rolle des werdenden Vaters gehört. Damit soll nicht zum Ausdruck gebracht werden, die Interessen der Frau würden oder müssten diejenigen des Fötus immer überwiegen.³¹⁹ Im Gegenteil: Damit wird gewürdigt, dass es in der Frage des Schwangerschaftsabbruchs nicht um das Recht geht und gehen kann, eigene Interessen auf Kosten anderer zu verfolgen, sondern Entscheidungsprozesse angesprochen sind, welche regelmässig die Möglichkeiten und Chancen einer gegenwärtigen und zukünftigen Beziehung und damit nicht nur Aspekte der Sorge um sich selbst, sondern auch die Sorge um andere einbeziehen. Solche Entscheidungen sind persönlich zu verantworten und müssen derjenigen Person zustehen, die nicht nur in einer unmittelbaren leiblichen Beziehung zum Fötus steht, sondern auch die Folgen der Entscheidung zu tragen hat.³²⁰ Freilich muss es dem ärztlichen Personal möglich sein, von der schwangeren Frau angefragte Eingriffe zu verweigern.³²¹

Kommt es bei einem indizierten Spätabbruch dazu, dass das Kind lebend geboren wird, stellen sich schwierige Fragen an der Schnittstelle zwischen Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe.³²² Nur wenn sich der rasche Eintritt des Todes auch durch entsprechende medizinische Interventionen nicht verhindern liesse, wird angenommen, es handle sich noch um einen Schwangerschaftsabbruch und nicht bereits um ein Tötungsdelikt.³²³ Nicht nur diese schwierige Abgrenzung, sondern auch zahlreiche andere Gründe und insbesondere Erkenntnisse der Neurowissenschaften legen nahe, *de lege ferenda* über

319 SCHWARZENEGGER, 180 f., schreibt die Position, das Selbstbestimmungsrecht der schwangeren Frau müsse den Interessen des Embryos oder Fötus immer vorgehen, der feministischen Bewegung zu. Die feministische Debatte erweist sich allerdings als wesentlich komplexer, zumal sie auch traditionelle Konzepte von Autonomie herausfordert.

320 So auch LITTLE für den Abbruch im zweiten Trimester, 344 f.; vgl. auch WHITBECK, 253, wonach die Frau *prima facie* die beste Person ist, um über die moralische Legitimation des Abbruchs zu entscheiden.

321 Zur restriktiven Praxis in der Schweiz und der damit verbundenen Suche nach Hilfe im Ausland REY, Schwangerschaftsabbruch in der Schweiz: Zahlen und Fakten 2013, abrufbar unter <http://www.svss-uspda.ch/pdf/fakten-und-zahlen.pdf> (besucht am 29.3.2016); vgl. auch REY/SEIDENBERG, 551 ff.

322 Gesundheitsinstitutionen in der Schweiz führen tatsächlich keinen Fetozid durch, wenn der Fötus ein Entwicklungsstadium erreicht hat, welches das Überleben nicht ausschliesst und in welchem das Schmerzempfinden wahrscheinlich ist; vgl. TSCHUOR-NAYDOWSKI, 44 f.

323 Vgl. SCHWARZENEGGER, 157 f.

die extrauterine Lebensfähigkeit als wichtige Zäsur in der menschlichen Entwicklung und damit verbunden über ein mögliches Verbot von Abbrüchen im dritten Trimester aus sozial-medizinischer Indikation nachzudenken.³²⁴ Freilich ist die fötale Viabilität – das heisst der Zeitpunkt, ab welchem andere als die schwangere Frau das Leben des Fötus sinnvoll aufrechterhalten können und vernünftigerweise sollen, wenn dieser nur unversehrt geboren werden kann – keineswegs ein klares Konzept, sondern selbst ein von Einstellungen zu intensivmedizinischer Intervention, der Wahrscheinlichkeit möglicher Behinderungen und von benötigten Ressourcen abhängiges Konstrukt.³²⁵ Ist die Viabilität des Fötus einmal stabil, hat der Fötus allerdings von der Frau unabhängige Möglichkeiten, die Verbindung ist nicht mehr untrennbar und die Abtreibung erscheint nicht mehr als vorzeitige Beendigung der Schwangerschaft, sondern eher als seine Tötung.³²⁶

Spätabbrüche nach Art. 119 Abs. 1 StGB sind in der Schweiz selten. Nur 5% der Schwangerschaftsabbrüche finden nach Ablauf der zwölfwöchigen Frist statt.³²⁷ Etwa die Hälfte der Spitäler und Kliniken, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, tun dies auch zwischen der 19. und 24. Schwangerschaftswoche. Die Indikationen werden allerdings insgesamt eher restriktiv gehandhabt. Eine Befragung hat ergeben, dass etwa ein Drittel der Institutionen, die Abbrüche nach Ablauf der zwölfwöchigen Frist vornehmen, dies nur tun, wenn somatisch-medizinische Gründe vorliegen.³²⁸ Eine schwere seelische Notlage der Frau wird für diese Indikation als nicht ausreichend bewertet. In rund einem Viertel der übrigen Spitäler und Kliniken wird eine psychosoziale Indikation nur für einen Abbruch bis zur 14. Schwangerschaftswoche anerkannt.³²⁹ Und nur gerade drei Institutionen in der Schweiz führen einen Abbruch nach der 20. Schwangerschaftswoche wegen einer dokumentierten schweren seelischen Notlage durch.³³⁰ Schwangerschaftsabbrüche nach der

324 So *de lege ferenda* auch SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB II, Art. 119, N 18.; vgl. auch SCHWARZENEGGER, 183 ff., insbesondere 185. Dazu BÜCHLER/FREI, Rz. 65 ff., wonach auch dann, wenn man die extrauterine Lebensfähigkeit als die entscheidende Zäsur anerkennen würde, die Frau weder verpflichtet werden könnte, ihren Körper für die vollständige Austragung der Schwangerschaft zur Verfügung zu stellen, noch dazu, das Kind unverzüglich zu gebären. Für den Arzt würde dies bedeuten, dass er auf Verlangen der Frau jederzeit die Schwangerschaft beenden dürfte, jedoch das Leben des Kindes zu schützen hätte. Ähnlich auch LITTLE, wonach trotz des moralischen Status des lebensfähigen Fötus, der seinen vollen Schutz erfordere, die körperliche Integrität der Frau nicht ohne ihre Einwilligung verletzt werden dürfe, zumal niemand verpflichtet werden könne, sich zugunsten einer anderen Person einer medizinischen Intervention zu unterziehen, 345 ff., hier 347: «The matured fetus is the same as a newborn in intrinsic status, but regulating the body is different from regulating the custody of a child.»

325 Vgl. auch LITTLE, 343.

326 Vgl. LITTLE, 345.

327 Abrufbar unter <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/02/03/key/03.html> (besucht am 29.3.2016).

328 REY/SEIDENBERG, 552.

329 REY/SEIDENBERG, 552 und 553.

330 REY/SEIDENBERG, 552 und 553.

24. Schwangerschaftswoche werden schliesslich nur von wenigen Spitalern vorgenommen und dies auch nur dann, wenn das Leben der schwangeren Frau in Gefahr ist oder der Fötus eine letale fötale Anomalie aufweist.³³¹ Faktisch wird also einem extrauterin lebensfähigen Fötus ein Lebensrecht zugestanden.

Aufhorchen lassen Berichte über die Gründe, welche Frauen zu einem Abbruch in der späten Phase der Schwangerschaft bewegen. Sowohl ausländische Studien wie die Auswertung von Schweizer Daten legen nahe, dass Frauen, welche um einen Spätabbruch nachsuchen, häufig mangelhaft aufgeklärt und informiert sind, in prekären sozio-ökonomischen Verhältnissen leben, über geringe Bildung verfügen und jung sind.³³² Mitunter ist auch der familiäre und gesellschaftliche Druck Grund für eine Spätabtreibung. Grössere Aufmerksamkeit muss deshalb insbesondere dem Zugang zu Informationen und unterstützenden Massnahmen zukommen, die Frauen befähigen, reproduktive Entscheidungen selbstbestimmt zu fällen.

4. *Schwangerschaftsabbruch und Urteilsunfähigkeit*

Der Schwangerschaftsabbruch tangiert zwei höchstpersönliche Rechtsgüter – die reproduktive Selbstbestimmung und die körperliche Integrität –, die von minderjährigen urteilsfähigen Jugendlichen selbständig wahrgenommen werden können und müssen. Ist die minderjährige schwangere Jugendliche hingegen urteilsunfähig, so ist zum Abbruch die Zustimmung der gesetzlichen Vertretung erforderlich (Art. 119 Abs. 3 StGB). Aus der Systematik des Gesetzes ergibt sich, dass dies sowohl für den Abbruch aufgrund einer Indikation wie auch für denjenigen innerhalb der Frist von zwölf Schwangerschaftswochen gilt. Beim Schwangerschaftsabbruch aufgrund der Fristenregelung handelt es sich allerdings nicht um eine medizinisch indizierte Massnahme, sondern um eine Konzession an das Selbstbestimmungsrecht der schwangeren Frau und damit um eine absolut höchstpersönliche Position, weshalb die Vertretungsmöglichkeit abzulehnen ist.³³³

5. *Pränatale genetische Untersuchungen und selektiver Schwangerschaftsabbruch*

Pränatale genetische Untersuchungen dienen nicht nur oder nicht in erster Linie der Evaluation einer Therapie zur Heilung oder Linderung einer Krankheit, sondern ziehen regelmässig Überlegungen über die Weiterführung oder den

331 REY/SEIDENBERG, 552; vgl. auch SCHWARZENEGGER, 169 f.; TSCHUOR-NAYDOWSKI, 23 f.

332 Vgl. ausführlich und mit weiteren Hinweisen auf die verschiedenen Studien SCHWARZENEGGER, 160 ff.

333 So ausführlich THOMMEN, 104 ff.; auch BÜCHLER/HOTZ, 572; nach SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, BSK StGB II, Art. 119, N 7, müsste allerdings der Gesetzgeber diese Korrektur vornehmen.

Abbruch der Schwangerschaft nach sich. Bisweilen lehnt die Frau nicht generell eine Schwangerschaft ab, sondern macht ihren Entscheid davon abhängig, ob das Kind gesund, mit bestimmten Eigenschaften oder mit einer Behinderung auf die Welt kommen würde. Bei einem selektiven Abbruch ist die Schwangerschaft zwar gewollt, nicht aber der konkrete Embryo.

Pränatale Untersuchungen und diagnostische Tests, um den Zustand und die Entwicklung des Embryos und Fötus zu beobachten, gehören in unserer Region zum Standard der Betreuung und Begleitung von Frauen während ihrer Schwangerschaft und erfahren im GUMG eine besondere Regelung. Pränatale Risikoabklärungen im Sinne des GUMG sind zum einen Laboruntersuchungen, die Hinweise auf das Risiko einer genetischen Anomalie des Embryos geben, und zum anderen Untersuchungen des Embryos mit bildgebenden Verfahren (Art. 3 lit. g GUMG). Bei pränatalen genetischen Untersuchungen hingegen wird während der Schwangerschaft direkt das Erbgut des Embryos oder Fötus untersucht (Art. 3 lit. f GUMG). Dazu gehören die Amniozentese, die Chorionbiopsie und die Cordozentese. Diese invasiven Methoden der pränatalen Diagnostik sind mit einem eingriffsbedingten Fehlgeburtsrisiko von etwa 1% behaftet,³³⁴ ein Risiko, das viele Frauen nicht bereit sind einzugehen. Das Gesetz sieht für die Kategorien der pränatalen genetischen Untersuchungen und pränatalen Risikoabklärungen unterschiedliche Anforderungen an die Aufklärung und Beratung vor (Art. 14 ff. GUMG).³³⁵

Gänzlich neue Perspektiven für die pränatale Diagnostik eröffnen sich mit den jüngeren nichtinvasiven Methoden (NIPT). Seit einigen Jahren kann man mittels Analyse embryonaler oder fötaler DNA im Blut der Mutter bereits im ersten Trimester der Schwangerschaft Eigenschaften des Embryos oder Fötus ermitteln.³³⁶ Damit können genetische Erkrankungen nicht nur immer früher, sondern auch risikolos vorhergesagt werden. Das heisst, dass die schwangere Frau ohne Fehlgeburtsrisiko Zugang zu einer Fülle von Informationen betreffend das werdende Kind erhalten kann und zwar innerhalb der Frist, in welcher sie die Schwangerschaft ohne weitere Begründung abrechnen könnte. Einzelne US-amerikanische Staaten haben darauf mit dem Verbot des Schwangerschaftsabbruchs aus bestimmten Gründen reagiert.³³⁷ Das ist weder aus dogmatischen noch aus praktischen Gründen ein valabler Weg. In den Worten NELSONS:

«[...] meaningful respect for reproductive autonomy rules out legal restrictions on abortions for specific reasons, such as sex selection or disability selection. In fact, it rules out most restrictions on abortion. There is no way to respect reproductive autonomy fully and at the same time bracket that respect by prohibiting abortion in some

334 Vgl. ausführlich zur invasiven pränatalen Diagnostik FILGES/MINY/TERCANLI, 37 ff.

335 Zur Aufklärungs- und Beratungspraxis FILGES/MINY/TERCANLI, 23 ff.; zur grossen Bedeutung von und den rechtlichen Anforderungen an Aufklärung und Beratung umfassend und kritisch BÜCHLER, Genetische Untersuchungen, 221 ff. Zu den ethischen Ansprüchen an die Beratungspraxis BLEISCH, Genetische Untersuchungen, 290 ff.

336 Vgl. ausführlich FILGES/MINY/TERCANLI, 33 ff.; KARPIN/SAVELL, 301 ff.

337 Vgl. ausführlich und kritisch KING, 26 ff.

circumstances or for some reasons. That some women will terminate pregnancies in circumstances that are generally considered morally objectionable is undeniable, and regrettable. But in liberal democratic societies, moral views around the propriety of certain abortions should not be translated into legal restrictions. The only legitimate restriction on abortion is one based on timing, in keeping with a gradualist view of fetal personhood that sees the protection due a late gestation fetus as approaching the protection due a neonate.»³³⁸

Die Möglichkeit, eine Schwangerschaft wegen der Befunde der pränatal-diagnostischen Untersuchungen abubrechen, ist ein Aspekt des geltenden Schwangerschaftsabbruchsrechts. Jedenfalls unterscheidet die Fristenregelung des Art. 119 Abs. 2 StGB nicht zwischen dem Abbruch einer ungewollten Schwangerschaft und dem selektiven Abbruch.³³⁹

Pränatale Untersuchungen sind grundsätzlich zulässig, wobei ihr Anwendungsbereich eingeschränkt ist. Sie dürfen nicht durchgeführt werden, um beim Embryo oder Fötus Eigenschaften zu ermitteln, die seine Gesundheit nicht direkt beeinträchtigen (Art. 11 lit. a GUMG). Es ist ebenfalls verboten, das Geschlecht des Embryos oder Fötus zu einem anderen Zweck als dem der Diagnose einer Krankheit festzustellen (Art. 11 lit. b GUMG). Gesundheit im Sinne des Art. 11 GUMG ist eng zu verstehen, psychische und soziale Aspekte sind davon nicht erfasst.³⁴⁰ Abgeklärt werden können indes Krankheiten, die zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen beim Kind führen, ungeachtet dessen, ob die Krankheit bereits beim Embryo oder Fötus besteht, unmittelbar nach der Geburt oder erst im Erwachsenenalter auftritt. Eine Ausnahme vom Erfordernis des Gesundheitsbezugs besteht für pränatale Vaterschaftsabklärungen. Diese sind zulässig (Art. 34 Abs. 4 GUMG), obgleich genetische Beziehungen nicht zu den pathologischen Zuständen gehören und mithin die Untersuchung keinen medizinischen Zweck verfolgt. Pränatale genetische Untersuchungen dürfen nicht routinemässig angeboten werden. Die genetische Beratung muss besonderen Anforderungen genügen (Art. 14, Art. 15 Abs. 1, Art. 18 Abs. 3 GUMG).

Das GUMG wird zurzeit einer Totalrevision unterzogen. Der Vorentwurf sieht eine Verschärfung der geltenden Regelung vor. Neu sollen nur noch Eigenschaften untersucht werden dürfen, welche die Gesundheit des Embryos oder des Fötus direkt und wesentlich beeinträchtigen (Art. 15 Abs. 1 lit. a VE GUMG). Diese Verschärfung wird explizit mit der Entwicklung im Bereich der nichtinvasiven genetischen Tests begründet und will erwirken, dass nur Leiden einer gewissen Schwere überhaupt ermittelt werden. Eine einfache Gesundheitsbeeinträchtigung soll jedenfalls nicht festgestellt werden und dann möglicherweise zu einem Schwangerschaftsabbruch führen können.³⁴¹

338 NELSON, 157.

339 Vgl. zur ethischen Bewertung des selektiven Schwangerschaftsabbruchs BLEISCH, Genetische Untersuchungen, 273 ff.

340 Botschaft GUMG, 7410.

341 BAG, Erläuterungen, 12.

Gegen die vorgeschlagene neue, verschärfte Umschreibung des Anwendungsbereichs pränataler Untersuchungen spricht, dass sie die grundlegende Frage, für wen die Gesundheitsbeeinträchtigung wesentlich sein muss, nicht klärt.³⁴² Die Formulierung im Gesetz suggeriert, dass sie dies für das Ungeborene sein muss. Damit wäre allerdings die Aussage verbunden, dass ein Embryo oder Fötus mit bestimmten Eigenschaften es möglicherweise vorziehen würde, nicht geboren zu werden und deshalb seine Geburt unterbunden werden könne. Das ist weder ethisch noch rechtlich vertretbar. Mit dem Wohl des ungeborenen Lebens kann man pränatale Untersuchungen von nicht therapierbaren Krankheiten klarerweise nicht rechtfertigen. Dagegen stehen solche Untersuchungen im Dienste informierter und selbstbestimmter Entscheidungen schwangerer Frauen. Auch in diesem Zusammenhang erweist sich die Zumutbarkeit von Schwangerschaft und Elternschaft als wichtige, aber nicht objektive Bezugsgrösse für die Wesentlichkeit der Gesundheitsbeeinträchtigung des Embryos oder Fötus, die im Kontext der reproduktiven Selbstbestimmung und mit Blick auf die Lebensumstände, Ressourcen und Wertungen der schwangeren Frau konkretisiert werden muss.³⁴³

Wird über die Möglichkeit einer indizierten pränatalen Untersuchung nicht informiert, wird eine solche unterlassen oder fehlerhaft durchgeführt, liegt darin bisweilen eine Vertragsverletzung oder eine widerrechtliche Handlung in Form der Verletzung der reproduktiven Selbstbestimmung. Die zweite Gerichtsstanz des Kantons Bern bejahte den Genugtuungsanspruch der Mutter gegen die Ärztin im Zusammenhang mit einer *Wrongful Birth*-Klage. Die behandelnde Ärztin hatte es unterlassen, eine pränatale diagnostische Untersuchung durchzuführen, obwohl ein beachtliches Risiko bestand, dass das Kind mit einer zystischen Fibrose zur Welt kommen würde, was dann auch eintraf. Das Gericht argumentierte, dass die Mutter einen Schwangerschaftsabbruch nach Art. 119 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB hätte durchführen lassen können; und hätte sie von der Krankheit des Fötus gewusst, hätte sie dies wohl auch getan. Dass die Ärztin der Mutter die Möglichkeit des straflosen Schwangerschaftsabbruchs vorenthielt, griff nach Ansicht des Gerichts in das Selbstbestimmungsrecht der Mutter ein.³⁴⁴ Dasselbe anerkannte das Bundesgericht mit Bezug auf die Unterlassung einer Ärztin, auf die Möglichkeit einer Amniozentese aufmerksam zu

342 Zu der in vielen Kontexten relevanten Frage, wessen Einschätzung darüber, ob eine schwere oder wesentliche Gesundheitsbeeinträchtigung vorliegt, entscheidend sein soll, KARPIN/SAVELL, 273 ff.

343 So schon BÜCHLER, Genetische Untersuchungen, 209 ff.

344 Urteil der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 2.5.2011, ZK 10 569. Das Obergericht nannte in diesem Zusammenhang das körperliche Selbstbestimmungsrecht als Teilgehalt des physischen Schutzbereichs der Persönlichkeit. Meines Erachtens hätte die Berufung auf das Schutzgut der reproduktiven Selbstbestimmung wesentlich präziser die Widerrechtlichkeit der Handlung beziehungsweise Unterlassung zu erfassen vermocht.

machen, welche es ermöglicht hätte, die Trisomie 21 des Kindes zu erkennen.³⁴⁵

6. *Pflicht zum Schwangerschaftsabbruch?*

Eine Pflicht, die Schwangerschaft abbrechen, wenn pränatale Untersuchungen ergeben, dass das Kind mit einer sehr schweren Schädigung geboren werden wird, ist als Eingriff in den Kerngehalt reproduktiver Selbstbestimmung und körperlicher Integrität abzulehnen.³⁴⁶

Allerdings wird im Zusammenhang mit *Wrongful Life*-Klagen die Pflicht zum Schwangerschaftsabbruch aus der postnatalen Perspektive diskutiert, wenn nämlich Personen mit einer Behinderung oder Krankheit geltend machen, die Mutter hätte die Schwangerschaft abbrechen müssen, weil sie um diesen Zustand wusste, oder sie hätte die Schwangerschaft abgebrochen, wenn die adäquaten Untersuchungen durchgeführt worden wären. Im europäischen aber auch anglo-amerikanischen Ausland werden solche Klagen mehrheitlich abgewiesen.³⁴⁷ In der Schweiz sind *Wrongful Life*-Klagen in der Lehre umstritten.³⁴⁸ Das Obergericht des Kantons Bern hielt im besagten Entscheid mit Bezug auf die Genugtuungsklage der an der Erbkrankheit leidenden Tochter fest, dass ein Anspruch darauf, «nicht geboren zu werden», dem Recht unbekannt sei.³⁴⁹ *Wrongful Life*-Klagen scheitern mithin daran, dass die Nichtexistenz kein Rechtsgut ist, das verletzt werden könnte und dass die Existenz als solche niemals einen Schaden – ein Vorgehen nach der Differenzhypothese verbietet sich, weil ein bestimmbares hypothetisches Vergleichsvermögen fehlt – oder eine immaterielle Unbill darstellen kann.³⁵⁰ Weiter besteht zwischen dem Arzt und

345 Urteil des Bundesgerichts 4A_551/2013 vom 15.12.2014. Zur *Wrongful Birth*-Klage ausführlich PALLY, 23 ff.; auch ZELLWEGER, 79 ff. Vgl. zur Rechtsprechung des anglo-amerikanischen Rechtskreises, wo die Klage inzwischen ebenfalls etabliert ist, NELSON, 226 ff.

346 So auch für Deutschland HILLMER, 88 ff. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis gibt es durchaus Befürworter einer moralischen Pflicht zum Schwangerschaftsabbruch, zumal es sowohl ein gesellschaftliches wie ein individuelles Interesse gäbe, die Geburt eines Kindes mit einer schweren Behinderung zu verhindern; vgl. dazu BUCHANAN/BROCK/DANIELS/WINKLER, 237 ff.

347 Vgl. die Hinweise auf deutsche Rechtsprechung und Lehre in PALLY, 25; für den anglo-amerikanischen Rechtskreis NELSON, 206 ff. Als Ausnahme bekannt geworden ist der Zuspruch von Schadenersatz an ein schwer behindertes Kind im Entscheid des französischen Kassationsgerichts «Perruche». Diese Praxis wurde jedoch mit dem Inkrafttreten der «Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé» unterbunden. Vgl. zum Fall MANAI, 362 f.; MELCHERT, Rz. 7 f.

348 Ablehnend MELCHERT, Rz. 23 ff., wohl ablehnend auch ZELLWEGER, 80 f.; FULLIN/ZEHNTNER, 106; befürwortend dagegen: MÜLLER, Ärztliche Haftpflicht, 537 f.; LANDOLT, 199 ff.; MANNSDORFER, 328 ff. Die Argumentationen erscheinen häufig ergebnisorientiert.

349 Urteil der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 2.5.2011, ZK 10569, IV.C. ii.b, Ziff. 5; so auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_551/2013 vom 15.12.2014, E. 9: «Il figlio non dispone per contro di un diritto a non nascere.»

350 Vgl. auch RÜTSCHKE, 276 f., wonach die Existenz keine Verletzung des Integritätsrechts darstellen kann.

dem Fötus kein Behandlungsvertrag, weshalb eine vertragliche Haftung gänzlich ausser Betracht fällt.³⁵¹

III. Reproduktive Selbstbestimmung und elterliche Verantwortung während der Schwangerschaft

I. Allgemeines

Während für den Schwangerschaftsabbruch in der Schweiz und anderen Ländern Regelungen gefunden wurden – für die einen stellen sie Kompromisse oder Zugeständnisse an pragmatische Vorgehensweisen dar, für die anderen mehr oder weniger gut vertretbare Abwägungen verschiedener Schutzinteressen –, ist die Frage, ob und welche Interessen des einmal angenommenen Fötus Interventionen in die Positionen und Lebensweise der schwangeren Frau rechtfertigen, unregelt, ungeklärt und umstritten. Die juristische Literatur beschränkt sich häufig darauf, die Haftung wegen pränataler Schädigung mit postnatalen Folgen zu thematisieren.³⁵²

Die zahlreichen Entscheidungen und medizinischen Interventionen in der pränatalen Phase erscheinen als eigentlicher Schauplatz für Erwägungen rund um die reproduktive Selbstbestimmung, auch wenn sie im hiesigen juristischen Schrifttum nicht als solche thematisiert werden.³⁵³ Geht es um pränatale genetische Untersuchungen als Grundlage für eine informierte Entscheidung für oder gegen die Weiterführung der Schwangerschaft, ist die reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung der schwangeren Frau im Kern angesprochen. Aber auch dann, wenn Eigenschaften des Fötus zu anderen Zwecken ermittelt werden sollen, ist erstens das Begehren auf Wissen oder Auskunft untrennbar mit der Tatsache der Schwangerschaft verbunden, und zweitens die Frau in ihrer Eigenschaft als zukünftiger Elternteil angesprochen. Geht es schliesslich um medizinische Untersuchungen und Behandlungen während der Schwangerschaft oder um mögliche Interventionen wegen eines bestimmten Verhaltens der Frau, stehen die persönliche Freiheit und die körperliche Integrität im Vordergrund, wobei die reproduktive Selbstbestimmung insofern tangiert ist, als die Frau in ihrer reproduktiven Funktion, das heisst als Schwangere angesprochen ist.

351 Ein Vertrag zugunsten Dritter kommt wegen fehlender Rechtsfähigkeit des Ungeborenen nicht in Betracht. Die Konstruktion des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist für die Schweiz abzulehnen; vgl. zu dieser umstrittenen Rechtsfigur ZELLWEGER-GUTKNECHT, BSK OR I, Art. 112, N 23 f. mit Anmerkungen zu den verschiedenen Lehrmeinungen. Anders hingegen für Deutschland HILLMER, 175 ff.; kritisch ROBEN, 220 ff., mit weiteren Hinweisen.

352 So für Deutschland auch ROBEN, 24 ff.

353 Anders in der ethischen Diskussion, vgl. BLEISCH, Genetische Untersuchungen, 259 f., 267 ff.; Deutscher Ethikrat, Genetische Diagnostik, 149. Auch die anglo-amerikanische Literatur thematisiert die Fragen der Selbstbestimmung in der Schwangerschaft als solche der reproduktiven Autonomie, vgl. statt Vieler NELSON, 161 ff.; JACKSON, 113 ff.

2. *Selbstbestimmung, Verantwortung und Interventionen während der Schwangerschaft*

a. *Verhalten während der Schwangerschaft, pränatale Untersuchungen und pränatale Therapien*

Während der Schwangerschaft kann Alltägliches wie der Kaffee am Morgen, der Gang zur Pilates-Stunde, die Begegnung mit einer Katze oder die Einladung zu Sushi und Tiramisu besondere Fragen aufwerfen. Schwangere Frauen werden mit vielen Ratschlägen und Empfehlungen zu Ernährung und Verhalten konfrontiert. Zudem gibt es einiges, was schwangere Frauen unbedingt unterlassen sollen – etwa den Konsum von Alkohol oder das Rauchen³⁵⁴ – und einiges, was sie unbedingt tun sollen – etwa Folsäure einnehmen. Darf aber auch ein bestimmtes Verhalten verfügt und dürfen Massnahmen angeordnet werden? Darf ein HIV-Test gegen den Willen der schwangeren Frau durchgeführt werden? Kann eine HIV-positive Frau verpflichtet werden, sich einer medikamentösen Behandlung zu unterziehen, um das Risiko für das werdende Kind zu verringern, sich mit dem Virus zu infizieren? Darf eine Frau, die an einer Suchterkrankung leidet, wegen der Schwangerschaft in einer entsprechenden Institution untergebracht und zwangsbehandelt werden? Kann der schwangeren Frau die Einnahme eines Medikaments, das ihr Wohlbefinden unterstützt,³⁵⁵ oder eine Reiseimpfung untersagt oder verweigert werden, weil die Wirkungen auf den Fötus wenig erforscht sind oder es Hinweise gibt, dass sie sich schädlich auf ihn auswirken? Haftet die Mutter, wenn sie zum Beispiel durch massiven Alkohol- oder Tabakkonsum, durch ungeschützten Sex oder durch einen Sturz vom Mountainbike während der Schwangerschaft den Fötus geschädigt hat? NELSON formuliert die Fragen und deren Zusammenhang zur reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung so:

«It is one thing for society to expect us to avoid health risks and take ownership over responsibility and asserting that women owe beneficence-based moral duties to the fetus. But does law have a role to play here? Women may choose to regulate and modify their own conduct during pregnancy, but should law participate in that project by assigning liability for bad outcomes perceived to result from women's conduct during pregnancy? If so, to what extent is a pregnant woman's choice of activities circumscribed by the fact of her decision to reproduce? Is she free to engage in risky conduct, such as driving, while pregnant? Or, if she chooses to do so, could she be held liable

354 Nikotinabusus ist assoziiert mit niedrigem Geburtsgewicht, niedrigem Gewicht für das Gestationsalter und Frühgeburten; Alkoholabusus kann zu einer Alkoholembyopathie führen. Zur Prävalenz von Alkohol- und Tabakkonsum während der Schwangerschaft siehe die Studie von DUPRAZ/GRAFF/BARASHE et al. Zu den Folgen des Alkoholkonsums während der Schwangerschaft vgl. LEUTWYLER/DAEPEN/GERBER et al. Der Konsum anderer Suchtmittel kann zu Entwicklungsstörungen des Fötus führen und entsprechende Abhängigkeiten bei ihm hervorrufen.

355 Vgl. die interessante Studie von CSAJKA/JAQUET/WINTERFELD ET AL., wonach die Risiken der Einnahme von Medikamenten während der Schwangerschaft für den Fötus durch das medizinische und pflegerische Personal stark überschätzt werden, dies zulasten einer angemessenen medikamentösen Behandlung von schwangeren Frauen.

for injuries suffered by her child (once born) due to her negligent conduct while pregnant? The question of tort liability to one's later-born child for potentially harmful conduct during pregnancy is related to reproductive autonomy in that recognition of such liability creates the potential for the fact of pregnancy (or, the decision to reproduce) to constrain a woman's behaviour.»³⁵⁶

In die Diskussion möglicher Massnahmen und Interventionen in das Leben der schwangeren Frau zum Schutz des Fötus ist auch die Frage miteinzubeziehen, ob die Frau verpflichtet werden kann, sich gewissen angezeigten medizinischen Untersuchungen wie beispielsweise einem Ultraschall oder einem Test der Gestationsdiabetes zu unterziehen, oder eine medikamentöse Therapie, eine Gentherapie oder einen chirurgischen Eingriff am Embryo oder Fötus zu dulden. Zwar bleiben in der Schwangerschaft die therapeutischen Möglichkeiten noch hinter den diagnostischen zurück, allerdings haben sich bereits bestimmte fötale Therapien etabliert, so zum Beispiel die Bluttransfusion bei Blutarmut wegen der Rhesusfaktorunverträglichkeit, die Arzneimitteltherapie bei fötalen Herzrhythmusstörungen oder Stoffwechselerkrankungen, sowie das Anlegen eines sogenannten *Shunts*³⁵⁷ bei Flüssigkeitsansammlungen im Brustraum, Unterleib oder Kopf des Fötus. Besteht ein Risiko der Frühgeburt, kann mit der Injektion von Corticostereoiden die vorgeburtliche Lungenreifung angeregt werden. Bei diagnostizierter *Spina bifida* wird immer häufiger eine Operation am Fötus erwogen.³⁵⁸ Allerdings hat ungeachtet der grossen Fortschritte in der Fötaltherapie und Fötalchirurgie vieles noch experimentellen Charakter.

Trotz der Fülle an Literatur zum Status des Embryos oder Fötus sind juristische Stellungnahmen zu diesem Themenkreis in der Schweiz spärlich, Positionen kaum begründet und bisweilen widersprüchlich.³⁵⁹ Dimensionen der reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung kommen dabei kaum zur Sprache, hingegen wird auf die Notwendigkeit hingewiesen, die körperliche Unversehrtheit und Gesundheit des Ungeborenen zu schützen, allerdings ohne dass daraus Schlussfolgerungen gezogen beziehungsweise diese angemessen reflektiert würden.

b. *Pränatale Untersuchungen und Informed consent*

Weitgehend Konsens scheint darin zu bestehen, dass vorgeburtliche Untersuchungen nur durchgeführt werden dürfen, wenn die schwangere Frau in diese

356 NELSON, 178 f.

357 Vgl. PSCHYREMBEL, Shunt, 1957. Es geht dabei um Kurzschlussverbindungen zwischen Gefässsystemen.

358 Vgl. die Darstellung von MEULI/ZIMMERMANN/OCHSENBEIN/MÖHRLÉN.

359 Ähnlich für Deutschland ROBBEN, 202, wobei dort seit einigen Jahren eine intensive Auseinandersetzung mit dem strafrechtlichen und zivilrechtlichen Schutz des Fötus stattfindet. In den USA wird bereits seit Jahrzehnten über die Möglichkeiten diskutiert, die Selbstbestimmung der schwangeren Frau aus Gesundheitserwägungen zugunsten des Embryos zu beschränken; siehe statt Vieler OBERMAN, mit weiteren Hinweisen.

einwilligt (vgl. Art. 5 GUMG).³⁶⁰ Das muss zum Beispiel auch für einen HIV-Test gelten.³⁶¹ Das Recht auf Selbstbestimmung und auf körperliche Integrität verlangt ihren *Informed consent*. Das heisst, dass die schwangere Frau pränatale Untersuchungen ablehnen kann, und zwar auch dann, wenn eine erhöhte Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Fötus eine Anomalie aufweist, die allenfalls therapierbar wäre. Es gibt keine Pflicht zu wissen. Im Bereich der Pränataldiagnostik besteht heute aber die Gefahr, dass die medizinische Routine während der Schwangerschaft die Selbstbestimmung der Frau unterminiert.³⁶² Es ist nicht einfach, sich gegen pränatale Untersuchungen zu entscheiden, zumal diese häufig als «Standard» dargestellt werden und so der Willensbildungsprozess beeinflusst wird. Mit vermehrten fötaltherapeutischen Möglichkeiten dürfte der Druck auf Frauen noch grösser werden, die Untersuchungen in Anspruch zu nehmen. Es ist auch denkbar, dass die schwangere Frau zwar den schwangerschaftsbegleitenden Untersuchungen aus Gründen der Gesundheitsvorsorge zustimmt, jedoch über Befunde, die auf genetische Auffälligkeiten oder auf Fehlbildungen hinweisen, nicht informiert werden möchte, was in Anbetracht ihres Rechts auf Nichtwissen zu respektieren ist (Art. 6 GUMG).

Sind jedoch Erkrankungen oder Gefährdungen des Fötus bekannt und besteht eine Möglichkeit, diese zu behandeln, zu mildern oder abzuwenden, stellt sich die Frage, ob der schwangeren Frau gewisse Verhaltensweisen vorgeschrieben oder sie gar zur Duldung von Eingriffen in ihre körperliche Integrität verpflichtet werden kann. Dasselbe gilt mit Bezug auf Interventionen bei Verhaltensweisen, die nach allgemeiner Erkenntnis die Entwicklung des Embryos oder Fötus beeinträchtigen oder beeinträchtigen können. Im juristischen Kontext werden kinderschütz- und erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen diskutiert.

c. *Pränataler Kinderschutz?*

Überlegungen zu einem möglichen pränatalen Kinderschutz sind in der Schweizer Literatur selten. Die kinderschützrechtlichen Abhandlungen gehen meist implizit davon aus, dass die Bestimmungen des Kinderschutzes nur zum Schutz Geborener angerufen werden können. Allerdings ziehen einige Stimmen in der Lehre kinderschützrechtliche Massnahmen (Art. 307 ff. ZGB) aus-

360 Vgl. PALLY, 204 f.; MANNSDORFER, 176.

361 Die Empfehlung «HIV-Testung während der Schwangerschaft» der Fachkommission Klinik und Therapie HIV/Aids vom 24. Februar 2003 hält denn auch fest, dass jeder Frau im Rahmen der Schwangerschaftsvorsorge der HIV-Test empfohlen, der Entscheid der Frau gegen die Durchführung des Tests aber respektiert werden müsse; abrufbar unter http://www.bag.admin.ch/hiv_aids/05464/12752/index.html?lang=de (besucht am 29.3.2016). Ein wenig anders GÄCHTER/VOKINGER, Rz. 180, wonach ein heimlicher Test mit Blick auf die Interessenabwägung grundsätzlich legitim sei, aber dennoch fragwürdig, weil eine daran anschliessende Zwangsbehandlung nicht in Frage käme.

362 Vgl. für die Schweiz die Untersuchung von BOLLIGER, 99 f., 133 f., 142, 147 ff.

nahmsweise auch schon vor der Geburt des Kindes in Erwägung.³⁶³ Ausgegangen wird von einer pränatalen Fürsorgepflicht der schwangeren Frau³⁶⁴ oder, wohl weitergehend, von einer vorgeburtlichen elterlichen Sorge.³⁶⁵ In diese pränatale elterliche Sorge soll zum Wohl des ungeborenen Lebens eingegriffen werden können.³⁶⁶ Als mögliche Massnahmen werden Ermahnungen, Weisungen, Kontrollrechte, Informationspflichten und Beistandschaften genannt.³⁶⁷ Weil Massnahmen verhältnismässig sein müssen, werden körperlicher Zwang – zum Beispiel zur Durchführung einer Behandlung des Embryos *in utero*³⁶⁸ – oder die Einweisung der schwangeren Frau zum Zweck ihrer Beaufsichtigung – wofür auch eine gesetzliche Grundlage fehlen würde – mehrheitlich abgelehnt.³⁶⁹ Weiter wird festgehalten, kindesschutzrechtliche Massnahmen seien darauf ausgerichtet, die Ausübung der elterlichen Sorge und damit verbundene Entscheidungsrechte einzuschränken, weshalb Anordnungen des Inhalts, die Frau müsse sich einer Therapie unterziehen oder sie hätte eine gefährliche Sportart zu unterlassen, kritisch seien.³⁷⁰ Allgemein wird betont, dass mit Blick auf die Verhältnismässigkeit nur bei Verhaltensweisen, die das Ungeborene

-
- 363 SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, Art. 296, N 12; KOHLER-VAUDAUX, 229 ff.; MANNSDORFER, 135; BIDERBOST, 17. Gemäss verschiedenen mündlichen Auskünften werden kindesschutzrechtliche Massnahmen in der Praxis an einzelnen Orten auch pränatal angeordnet. Explizit a.M. HANGARTNER, 21; DÄPPEN-MÜLLER, 59 f.; wohl auch GUILLOD, 844 f. Zur entsprechenden Diskussion in Deutschland, die schon länger andauert und mehr Teilnehmende kennt, vgl. statt Vieler HILLMER, 158 ff.; RASCHEN, 153 ff.; jüngst kritisch ROBBEN, 234 ff. Siehe auch die Stellungnahme der Arbeitsgruppe «Familiengerichtliche Massnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666 BGB», 32 ff., welche den pränatalen Kindesschutz ablehnt. Im verfassungsrechtlichen Kontext wird mitunter erwogen, solche Massnahmen würden dazu dienen, drohende Verletzungen der Persönlichkeit des dereinst geborenen Kindes zu verhindern. Weil ab Entwicklungsfähigkeit des Fötus die Bedingung der Lebendgeburt wohl eintreten werde und dann rückwirkend die Persönlichkeitsrechte entstehen würden, könne das Integritätsrecht des geborenen Kindes – und nicht etwa des ungeborenen Lebens – solche Massnahmen rechtfertigen; vgl. RÜTSCHKE, 481.
- 364 So SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, Art. 296, N 12. In diesem Zusammenhang ist für Deutschland § 1912 BGB interessant. Diese Bestimmung formuliert Folgendes: «(1) Eine Leibesfrucht erhält zur Wahrung ihrer künftigen Rechte, soweit diese einer Fürsorge bedürfen, einen Pfleger. (2) Die Fürsorge steht jedoch den Eltern insoweit zu, als ihnen die elterliche Sorge zustünde, wenn das Kind bereits geboren wäre.» Vgl. dazu ausführlich RASCHEN, 95 ff.
- 365 So FASSBIND, 85 f.; MANNSDORFER, 236 ff.
- 366 So insbesondere FASSBIND, 89 ff. Das steht grundsätzlich im Einklang mit der verfassungsrechtlichen Perspektive von RÜTSCHKE, wonach das Integritätsrecht des Kindes eine Vorwirkung auf die pränatale Phase entfalte, woraus sich eine grundsätzliche Pflicht ergebe, entwicklungsfähige Embryonen und Föten zu therapieren, soweit geeignete Methoden zur Verfügung stünden. Siehe RÜTSCHKE, 273.
- 367 Vgl. FASSBIND, 93 ff.; bezüglich Beistandschaft vgl. auch BIDERBOST, 17; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, Rz. 440.
- 368 Siehe auch für Deutschland HILLMER, 312 f., die das Beispiel der Bluttransfusion am Fötus mittels einer Nabelvenenpunktion zur Behandlung einer Rhesusunverträglichkeit diskutiert.
- 369 FASSBIND, 96 f.; vgl. auch KOHLER-VAUDAUX, 229 f., 249.
- 370 Vgl. FASSBIND, 94.

schwer gefährden, in die Lebensführung der Mutter eingegriffen werden dürfe.³⁷¹

Zwar herrscht also die Einsicht vor, dass die Anwendung von Zwang gegenüber der schwangeren Frau unverhältnismässig wäre, mithin der ärztliche Eingriff in ihre körperliche Integrität immer durch ihre Einwilligung gerechtfertigt werden muss; diese fehlende Möglichkeit, zum Schutz des Embryos oder Fötus intervenieren zu können, wird allerdings vielfach bedauert. Es wird mitunter vertreten, dass der Zustimmung zu einer diagnostischen Massnahme eine Duldungspflicht der schwangeren Frau folgen müsse, wenn pränatale Therapien zur Behandlung der ermittelten Erkrankung des Fötus bestehen.³⁷²

Die Anwendung des Kindesschutzrechts in der pränatalen Phase ist abzulehnen. Sie widerspricht nicht nur dem Wortlaut,³⁷³ sondern auch dem Zweck und der Ausgestaltung der Massnahmen des Kindesschutzes. Auch ihr liegt die Konstruktion eines Mutter-Fötus-Konflikts zugrunde.³⁷⁴ Überdies beruht das Bemühen um das Kindesschutzrecht auf drei Prämissen: Erstens, der Fötus sei Träger des Rechts auf Leben und Gesundheit; zweitens, diese Rechte würden das Selbstbestimmungsrecht und das Recht auf körperliche Integrität der schwangeren Frau konkurrenzieren und begrenzen, sowie drittens, die Kindeschutzbehörde sei berufen, im Interesse und zum Schutz des «Kindes»-Wohls zu intervenieren.³⁷⁵ Die Rechtspersönlichkeit des Kindes entsteht aber erst mit der Geburt, eine Vertretung des Fötus ist mithin gar nicht möglich, und in der vorgeburtlichen Behandlung ist die schwangere Frau und gerade nicht der Fötus Patientin. Es ist auch widersprüchlich, zum einen die Freiheit der schwange-

371 Vgl. FASSBIND 102 ff., der *de lege ferenda* eine Regelung vorschlägt, die Art. 307 ff. ZGB ergänzt und den zivilrechtlichen Schutz pränatalen Lebens stärkt.

372 So PALLY, *Nasciturus*, 864 f.; und PALLY, 193 ff., die eine Lücke feststellt und *de lege ferenda* eine besondere Regelung vorschlägt, die solche Eingriffe erlaubt (insbesondere 203 ff.). Vgl. auch MANNSDORFER, 127 ff., der die geltende Rechtslage bedauert, wonach die schwangere Frau nicht zur Einwilligung in eine indizierte Intervention zugunsten des Fötus verpflichtet werden könne.

373 Art. 252 Abs. 1 (Geburt des Kindes), Art. 296 Abs. 2 (minderjähriges Kind), aber auch Art. 301 ZGB.

374 FASSBIND diskutiert mögliche kindeschutzrechtliche Interventionen ausführlich. Seine Ausführungen sind offensichtlich geleitet von der Annahme, die Schwangerschaft stelle eine Situation dar, in welcher sich die Interessen der Mutter und des Ungeborenen zwingend widersprechen; vgl. zum Beispiel die Formulierungen: «welcher der sich gegenseitig ausschliessenden Interessen den Vorzug erhalten soll» (86); oder: «Dem Recht der Mutter ein Kind auszutragen, entspricht auch eine korrelative Pflicht, dieses möglichst von Gefahren fernzuhalten und Einschnitte in ihre individuelle Lebensführung zu akzeptieren» (87); oder: «Die [...] pränatale Pflicht zur Wahrnehmung der Personensorge durch die werdenden Eltern kann frontal – naturgemäss unmittelbarer noch als bei einem bereits geborenen Kind – mit der persönlichen Freiheit der Mutter kollidieren.» (89). Diese Herangehensweise ist problematisch und wird der Komplexität der Situation in der Schwangerschaft in keiner Weise gerecht. Zudem kommt darin ein Misstrauen gegenüber schwangeren Frauen zum Ausdruck, das eindeutig unangebracht ist.

375 Vgl. auch VAN DER DAELE, 16. Ähnlich präsentiert sich der Umstand, dass eine Ärztin, welche die Betreuung während der Schwangerschaft übernommen hat, sich nicht selten sowohl der schwangeren Frau als auch dem Fötus verpflichtet sieht.

ren Frau anzuerkennen, auf pränatale Untersuchungen zu verzichten, zum andern ihr eine Fürsorgepflicht als Grundlage für kindesschutzrechtliche Interventionen aufzuerlegen. An die schwangere Frau gerichtete Anordnungen, gewisse Verhaltensweisen zu übernehmen oder zu unterlassen, greifen in die persönlichkeitsrechtlich geschützte Sphäre ein und können zudem wegen mangelnder Durchsetzungsmöglichkeit kaum zielführend sein. Schliesslich sind die Konzepte des Kindeswohls, der Kindeswohlgefährdung und des Kindesschutzes wegen der allerengsten leiblichen Verbundenheit der Frau mit dem werdenden Kind, die unter dem Schutz der Privatheit des pränatalen Kontextes steht, kaum operationalisierbar.

d. Interventionen zum Schutz der schwangeren Frau

Der kindesschutzrechtlichen Perspektive ist eine andere vorzuziehen, welche die Frau in ihrer emotional und physisch anspruchsvollen Situation in den Fokus nimmt. Sie bringt zur Geltung, dass unterstützende Massnahmen zum Wohl der schwangeren Frau am besten geeignet sind, auch das Wohl des Ungeborenen zu schützen. In aller Regel fallen die Interessen von Frau und Fötus nämlich zusammen. Ist die Lage der schwangeren Frau äusserst prekär, können ausnahmsweise verhältnismässige erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen in Betracht gezogen werden, die das Wohl und den Schutz der betroffenen Frau zum Ziel haben und ihre Selbstbestimmung fördern sollen (Art. 388 f. ZGB). Ist die schwangere Frau vorübergehend urteilsunfähig, hat der Vertreter notwendige medizinische Entscheidungen zu treffen, die dem mutmasslichen Willen und den Interessen der schwangeren Frau entsprechen (Art. 378 Abs. 3 ZGB). Im Einzelfall ist eine Beistandschaft in Erwägung zu ziehen (Art. 390 ff. ZGB), namentlich eine Begleitbeistandschaft, die mit Zustimmung der schwangeren Frau errichtet werden kann, wenn sie für die Erledigung bestimmter Angelegenheiten begleitende Unterstützung braucht (Art. 393 ZGB). Im Unterschied dazu erfolgt eine fürsorgerische Unterbringung gegen den Willen der betroffenen Person und bedeutet einen schwerwiegenden Eingriff in ihre Rechtspositionen. Diese Massnahme kann bei einem Schwächezustand in Form einer psychischen Störung, geistigen Behinderung oder schweren Verwahrlosung greifen (Art. 426 Abs. 1 ZGB). Die fürsorgerische Unterbringung hat den Zweck, die betroffene Person zu betreuen und zu behandeln und setzt eine entsprechende Bedürftigkeit voraus, die auf den Unterbringungstatbestand zurückzuführen ist.³⁷⁶ Zwar wird es selten verhältnismässig sein, mit einer fürsorgerischen Unterbringung auf das den Fötus gefährdende Verhalten einer schwangeren Frau zu reagieren, insbesondere im Zusammenhang mit Alkoholabhängigkeit oder einer anderen Suchterkrankung kann aber ein entsprechendes Fürsorgebedürfnis bestehen. Die Tatsache der Schwangerschaft kann dieses

376 GUILLOD, Commentaire droit de la famille, Art. 426, N 48 ff.

Fürsorgebedürfnis nicht alleine begründen, es aber verstärken, zumal die Frau nicht nur sich selbst, sondern auch ihre Beziehung zum Ungeborenen gefährdet.³⁷⁷ Das Erwachsenenschutzrecht enthält weiter eine Grundlage für medizinische Behandlungen ohne die Zustimmung der betroffenen Person (Art. 434 ZGB). Solche kommen allerdings nur in Frage, wenn eine ernsthafte Selbst- oder Fremdgefährdung, Urteilsunfähigkeit mit Bezug auf die Behandlungsbedürftigkeit und Verhältnismässigkeit gegeben sind. Auch in diesem Zusammenhang lässt sich die ernsthafte Selbstgefährdung nicht allein mit Verweis auf die Schwangerschaft begründen, die Schwangerschaft kann aber insofern mit in die Evaluation einbezogen werden, als die Interessen des Ungeborenen in der Regel auch diejenigen der schwangeren Frau sind. Pränatale Untersuchungen, intrauterine Behandlungen des Fötus oder medikamentöse Behandlungen der schwangeren Frau zugunsten des Fötus können aber freilich nicht als medizinische Zwangsbehandlungen im Rahmen einer fürsorglichen Unterbringung ausgestaltet werden, zumal sie nicht im Zusammenhang mit dem Einweisungsgrund der psychischen Störung stehen.³⁷⁸

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Massnahmen des Erwachsenenschutzes Hilfsbedürftigkeit voraussetzen, nur subsidiär zur Anwendung kommen und verhältnismässig sein müssen. Sie kommen bei einem Verhalten der schwangeren Frau, das den Fötus gefährdet, nur ausnahmsweise in Betracht. In aller Regel hat eine Intervention zugunsten des Embryos oder Fötus zu unterbleiben, wenn die schwangere Frau dieser nicht zustimmt. Lebenssouveränität gehört zu einer umfassend verstandenen Gesundheit. Freilich ist die schwangere Frau in der Wahrnehmung ihrer Verantwortung für ihre eigene und die Gesundheit des Fötus zu unterstützen.³⁷⁹

e. Würdigung

Im rechtlichen Umgang mit pränatalen Gefährdungen besteht grosse Unsicherheit und Unklarheit. Vorgeschlagene Vorgehensweisen werden selten im Gesamtkontext der Rechtsordnung verortet und diskutiert, sondern sind meist vom Bedürfnis geleitet, «etwas zum Schutz des Fötus tun zu können». Das immer umfassendere Wissen und die Möglichkeiten der Behandlung im pränatalen Stadium scheinen diesem Bedürfnis zusätzliche Legitimation zu verleihen. Positionen, die ausgehend von einer Konfliktperspektive und zum Schutz des Embryos Einschränkungen der Selbstbestimmung oder gar Eingriffe in die kör-

377 Nicht ausdrücklich, aber ansatzweise und implizit in diese Richtung Bundesgericht 5A_900/2013 vom 11. Dezember 2013. Der Entscheid handelt von der Rechtmässigkeit einer fürsorglichen Unterbringung zwecks Begutachtung im Falle eines Verdachts einer anhaltenden wahnhaften Störung einer schwangeren Frau.

378 Vgl. zum Anwendungsbereich der Art. 433 bis 435 ZGB GUILLOD, Commentaire droit de la famille, Art. 433, N 8 ff.

379 Vgl. MAIER, 123 f.; vgl. auch DÄPPEN-MÜLLER zum Umgang mit suchtkranken Müttern vor und nach der Entbindung 61 ff.

perliche Integrität der schwangeren Frau befürworten, finden zunehmend Beachtung. In solchen Fällen wird zwischen dem Nutzen einer Massnahme für das Ungeborene und der Zumutbarkeit beziehungsweise den Risiken für die schwangere Frau abgewogen. Ist der pränatale Eingriff von grossem Nutzen für den Fötus und sind die damit verbundenen Risiken für die Frau nur gering, zum Beispiel bei einer medikamentösen Behandlung oder einer Bluttransfusion, wird die Möglichkeit, diesen auch ohne Einwilligung der schwangeren Frau durchzuführen, bisweilen bejaht oder zumindest befürwortet.³⁸⁰

Eine solche regulierende Intervention während der Schwangerschaft wird mitunter damit gerechtfertigt, dass eine Frau, die von ihrem Recht auf Abbruch der Schwangerschaft nicht Gebrauch mache, ihre Entscheidungsautonomie einbüsse:

«[The woman] waived her right to resist bodily intrusions made for the sake of the fetus when she chose to continue the pregnancy.»³⁸¹

Eine solche Interpretation der Entscheidung, eine Schwangerschaft nicht abzubrechen, ist allerdings höchst problematisch. Sie verstellt den Blick auf die zahlreichen vielschichtigen Fragen und die Komplexität der Entscheidungsfindung, die sich der Frau in der Schwangerschaft stellen.³⁸²

Aus einer rechtlichen Perspektive ist zunächst zwischen medizinischen Behandlungen und Interventionen, die sich auf Verhaltensweisen der schwangeren Frau beziehen, zu unterscheiden.

Behandlungen im medizinrechtlichen Kontext sind nur unter Wahrung des Selbstbestimmungsrechts zulässig, das heisst des Rechts jedes Einzelnen, autonom über Eingriffe in seine physische und psychische Integrität zu entscheiden und solche zu untersagen, selbst wenn sie objektiv einem sinnvollen Zweck dienen. Nur in sehr wenigen Ausnahmesituationen, die sich auf eine besondere gesetzliche Grundlage stützen können, ist eine Zwangsbehandlung zulässig. Dem Schutz der Selbstbestimmung dient das *Informed consent*-Prinzip, das jede medizinische Untersuchung und Behandlung gegen den Willen der schwangeren Frau verbietet, unabhängig davon, ob es sich um eine Arzneimitteltherapie, ein genetisches Verfahren oder um einen fötälchirurgischen Eingriff handelt.³⁸³ Die schwangere Frau kann auf die Behandlung zugunsten des Fötus verzichten,

380 So (wohl *de lege ferenda*) MANNSDORFER, 132 ff., mit Hinweisen auf Stimmen in der Literatur, die ein solches Vorgehen befürworten. Vgl. auch PALLY, 201 ff., die eine entsprechende gesetzliche Regelung befürwortet. Für Deutschland so in Ausnahmefällen HILLMER, 255 ff., insbesondere 257.

381 ROBERTSON, Procreative Liberty, 445. Ähnlich auch MANNSDORFER, 131, wonach mit der Entscheidung, das Kind auszutragen, Verpflichtungen entstehen würden.

382 Vgl. auch eingehend NELSON, Reconceiving Pregnancy, 603 ff.

383 Siehe auch SAMW, Zwangsmassnahmen, 19: «Es ist jedoch nicht zulässig, eine urteilsfähige Schwangere, welche die Konsequenzen ihres Handelns erkennen und beurteilen kann und negative Folgen für sich und ihr Kind bewusst in Kauf nimmt, zu einer medizinischen Massnahme zu zwingen [...]»

selbst wenn sie aus ärztlicher Sicht indiziert wäre.³⁸⁴ Zwangsbehandlungen setzen zwingend eine gesetzliche Grundlage mit hinreichender Normbestimmtheit voraus und sind im vorliegenden Kontext nur unter den strengen und besonderen Bedingungen des Erwachsenenschutzrechts möglich.

Die körperliche Integrität, deren Schutz das Erfordernis des *Informed consent* zu medizinischen Massnahmen ebenfalls bezweckt,³⁸⁵ muss sogar dann als absolute Grenze der Intervention gelten, wenn dem Fötus Rechtsträgerschaft und damit eigenständige Behandlungs- und Schutzansprüche zugesprochen würden, denn es besteht allenfalls eine moralische, aber grundsätzlich keine rechtliche Verpflichtung, einen körperlichen Eingriff zugunsten der Gesundheit einer Drittperson zu dulden, unabhängig davon, ob der Eingriff mit Risiken verbunden ist.³⁸⁶ Der Körper einer Person kann nicht gegen ihren Willen zu Gunsten anderer instrumentell genutzt werden.³⁸⁷ Dies muss auch für die Phase der Schwangerschaft gelten. Die Berufung auf die zivilrechtliche Notstandshilfe kann eine Behandlung gegen den Willen der betroffenen Person ebenfalls nicht rechtfertigen.³⁸⁸ Selbst in den seltenen Fällen, in denen das Gesetz eine rechtliche Verpflichtung statuiert, einen Eingriff in die körperliche Integrität zu dulden, um Rechte einer anderen Person zu wahren, wird Zwang zu deren Durchsetzung in aller Regel ausgeschlossen, so beispielsweise bei der Mitwirkungspflicht an der Klärung der Vaterschaft mittels eines DNA-Tests.³⁸⁹ Dass

384 So für England deutlich LEMMENS, 491, *passim*.

385 Vgl. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung BÜCHLER/MICHEL, 63 f.; ausdrücklich BGE 117 Ib 197, E. 2a.

386 Es wird zum Beispiel zu Recht nicht erwogen, die Mutter zu verpflichten, zugunsten ihres kranken Kindes Gewebe oder Organe zu spenden. Im Gegenteil: In der Diskussion um die Lebendorganspende wird kritisch überprüft, ob trotz der Nähebeziehung zum Empfänger eine selbstbestimmte Entscheidung der Spenderin möglich ist; vgl. dazu BÜCHLER/MICHEL, 250 ff.; vgl. auch LEMMENS, 493.

387 Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wurde erst kürzlich im Rahmen der Revision des Transplantationsgesetzes verabschiedet: Nach dem revidierten Art. 10 Transplantationsgesetz können die nächsten Angehörigen den die Organentnahme vorbereitenden Massnahmen zustimmen, wenn dies nicht dem mutmasslichen Willen des Spenders widerspricht und wenn diese Massnahmen für eine erfolgreiche Transplantation unerlässlich sind und für die spendende Person nur minimale Risiken und Belastungen bedeuten (Art. 10 Abs. 2 und 3 rev. Transplantationsgesetz). Das Besondere dabei ist, dass diese Massnahmen getroffen werden, bevor der Hirntod eingetreten ist und klar nicht dem Spender, sondern einer Drittperson dienen. In diesem Fall allerdings liegt der ausserordentliche Umstand vor, dass die Person, die den Eingriff «dulden» muss, nicht nur keinerlei Lebensperspektiven mehr hat, sondern viele mit der Integrität verbundene Funktionen bereits eingebüsst hat.

388 Art. 52 Abs. 2 OR rechtfertigt keinen Eingriff in die physische Integrität.

389 Im Rahmen einer Statusklage des Abstammungsrechts trifft den Beklagten eine Mitwirkungs- und Duldungspflicht (Art. 296 Abs. 2 ZPO). Er muss den Wangenschleimhautabstrich dulden, wenn die DNA-Untersuchung der Klärung der genetischen Verwandtschaft dient. Zur Durchsetzung der Duldungspflicht sind nur mittelbare Sanktionen möglich; körperlicher Zwang scheidet wegen Unvereinbarkeit mit der persönlichen Freiheit aus; vgl. STECK, BSK ZPO, Art. 296, N 25, mit Verweis auf die Rechtsprechung. Die Möglichkeit des körperlichen Zwangs ist hingegen bisweilen im polizeilichen und strafprozessualen Kontext anzutreffen, vgl. zum Beispiel Art. 55 Abs. 4 SVG für die Abnahme einer Blutprobe.

im Kontext der Schwangerschaft diese tragenden Prinzipien unserer Rechtsordnung zur Disposition gestellt werden, ist bedenklich. Versuche, dieses Phänomen zu erklären, weisen auf die nach wie vor vertretene biologische Definition der gesellschaftlichen Rolle der Frau hin und auf die damit verbundene soziale Normierung der Schwangerschaft. Durch die expandierende Subjektivierung des Fötus scheinen solche Vorstellungen abermals Gewicht zu erhalten.³⁹⁰

Aus den obigen Überlegungen muss es der schwangeren Frau gleichfalls möglich sein, eine adäquate medizinische Behandlung für ein eigenes Leiden zu erhalten, selbst wenn eine solche mit der Eventualität einhergeht, die Entwicklung des Fötus zu beeinträchtigen. Erwartungen, etwas zu unterlassen, werden im Vergleich zu Erwartungen, etwas zu tun, häufig anders bewertet: Die Zumutbarkeit, etwas zu unterlassen, wird eher bejaht als jene, etwas zu tun.³⁹¹ Meines Erachtens ist aber im medizinischen Kontext in beiden Fällen die körperliche Unversehrtheit gleichermaßen betroffen.

Interventionen nicht medizinischer Natur, so etwa die Reglementierung des beruflichen oder sozialen Lebens der schwangeren Frau, ihrer Aktivitäten und ihres Konsumverhaltens stellen ebenfalls Eingriffe in die persönliche Lebensführung dar. Sie müssen, wenn sie Aspekte der privaten Betätigung betreffen, die vom Schutzbereich des Grundrechts der persönlichen Freiheit erfasst sind, auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, ein öffentliches Interesse verfolgen und verhältnismässig sein.³⁹² In der ausländischen Literatur werden solche Anordnungen, die das Leben der schwangeren Frau regulieren, unter anderem mit dem Hinweis kritisiert, sie würden eine stereotype Erwartung an die Frau zum Ausdruck bringen, sie hätte sich altruistisch, selbstlos und aufopfernd zu verhalten, was sich in bestimmten Verhaltensweisen äussern müsse.³⁹³

«Pregnancy can refract and intensify the already demanding moral standards of sacrifice we apply to mothers. This can lead to a tendency to unreflectively judge any risk to the fetus, however small or theoretical, to trump considerations that may be of substantial importance to the woman herself.»³⁹⁴

Solche Eingriffe scheinen die Frau in der Tat lediglich in ihrer reproduktiven und nährenden Funktion zu würdigen und sind oft auch kaum zielführend. So brauchen etwa suchterkrankte schwangere Frauen zwar Unterstützung, das Recht auf Selbstbestimmung kommt ihnen aber dennoch zu. Eine Massnahme, welche die Freiheit der schwangeren Frau beschränkt, ist nur dann gerechtfertigt,

390 So auch VAN DEN DAELE. Ein Ausdruck davon sind die Ausführungen von MANNSDORFER, 269 ff., zur Haftung der Mutter für postnatale Schäden des Kindes, wonach sich eine Haftungsbegrenzung dann rechtfertigen könne, wenn das Verhalten der schwangeren Frau «uneigennützig», «altruistisch», «von selbstloser Zuneigung und Liebe geprägt» war.

391 Vgl. dazu allgemein LEMMENS, 492.

392 Art. 10 Abs. 2 BV schützt nur elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung und keine allgemeine Handlungsfreiheit.

393 So zum Beispiel CHERRY, 740 ff.; NELSON, *Reconceiving Pregnancy*, 622 ff.; JACKSON, 150.

394 DRAPKIN LYERLY et al., 35.

tigt, wenn ein Schwächezustand und die Behandlungsbedürftigkeit der Frau gegeben sind, das heisst nur in seltenen Situationen grosser Not, die ihrerseits nicht durch die Schwangerschaft hervorgerufen, durch sie aber möglicherweise verstärkt wurde.³⁹⁵ Das mit der Intervention verbundene Ziel wird in diesen Fällen nicht sein können, ein Optimum an Schutz des Fötus zu erreichen, sondern ein Minimum an Gesundheit und Sicherheit für die werdende Mutter und das werdende Kind zu gewährleisten.³⁹⁶

3. *Haftung für Schädigungen während der Schwangerschaft mit postnatalen Folgen*

Verhältnisse während der Schwangerschaft, die zu pränatalen Einwirkungen auf den Embryo oder Fötus mit postnatalen Folgen geführt haben, werden in der Literatur einer *ex post*-Betrachtung unterzogen, wenn über Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung nachgedacht wird. Diese Klagen sind gesetzlich nicht explizit geregelt.

Ansprüche der Mutter gegen Drittpersonen wegen schädigendem Verhalten während der Schwangerschaft mit Folgen für das Kind können sich sowohl aus dem Behandlungsvertrag als auch aus Delikt (Verletzung der körperlichen und psychischen Integrität oder der reproduktiven Selbstbestimmung) ergeben. In gewissen Fällen kann der Arzt für eine fehlerhafte Behandlung während der Schwangerschaft haftbar gemacht werden. Ebenfalls anerkannt ist der Einbezug pränataler Schädigungen mit postnatalen Folgen in den Schutzbereich der Art. 41 ff. OR des Kindes, dies mit Verweis auf die zivilrechtliche Rechtsstellung des Nasciturus.³⁹⁷

Im Kontext der reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung ist vor allem die Verantwortlichkeit der Mutter von Bedeutung. Ob Klagen des Kindes gegen die Mutter nach der Geburt wegen ihres Verhaltens während der Schwan-

395 Dies entspricht auch der Meinung einer grossen Mehrheit der US-amerikanischen Autorinnen und Autoren, die sich diesen Fragen seit Jahrzehnten widmen, auch wenn die Praxis von Ärzten, der Polizei und anderen Behörden durchaus anders aussehen kann; vgl. OBERMAN, 453, 485, mit weiteren Hinweisen; GALLAGHER, *passim*. Vgl. zur besonderen Verletzlichkeit von suchtabhängigen ethnischen Minderheiten und afroamerikanischen Frauen ROBERTS.

396 Wohin eine Haltung führen kann, welche den Embryo als Entität mit eigener Rechtspersönlichkeit sieht und den Staat als ermächtigt betrachtet, den Embryo im Konflikt mit der werdenden Mutter gegen diese «zu verteidigen», zeigen Entwicklungen in den USA, wo in einigen Staaten Festnahmen, Inhaftierungen, Entziehungen der elterlichen Sorge und medizinische Zwangsbehandlungen von schwangeren Frauen zum Beispiel wegen der Einnahme von Suchtmitteln oder Medikamenten an der Tagesordnung sind; vgl. PALTROW/FLAVIN. Die strafrechtliche Verfolgung und Verurteilung des *prenatal maternal substance abuse* wird allerdings von höheren Gerichtsinstanzen selten geschützt, vgl. dazu ROBBEN, 168 ff.

397 Vgl. LANDOLT, 188 ff. Ein vertraglicher Anspruch des Kindes gegen den Arzt kommt hingegen meines Erachtens nicht in Frage, weil der Behandlungsvertrag zwischen dem Arzt und der schwangeren Frau besteht und eine Schutzwirkung zugunsten des Ungeborenen abzulehnen ist (vgl. zu umstrittenen Konstruktionen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter WIEGAND, BSK OR I, Einl. zu Art. 97–109, N 9; ZELLWEGER-GUTKNECHT, BSK OR I, Art. 112, N 23 f.).

gerschaft zulässig sind beziehungsweise unter welchen Voraussetzungen ihnen Erfolg beschieden sein könnte, ist weitherum umstritten oder ungeklärt.³⁹⁸ Be-klagte Verhaltensweisen können eine mangelhafte Schwangerschaftsvorsorge, risikoreiche Freizeit- und Reiseaktivitäten, Suchtmittelkonsum, die Einnahme von Medikamenten aller Art oder das Unterlassen von Massnahmen sein, um die Übertragung des HI-Virus zu verhindern.³⁹⁹ Ein Teil der Lehre bejaht im Grundsatz die Schadenersatzpflicht der Mutter, begrenzt diese dann allerdings wegen der Koexistenz von Frau und Fötus und mit Blick auf die Persönlichkeitsrechte der schwangeren Frau mittels Interessenabwägungen, oder sie privilegiert die schwangere Frau für fahrlässiges Verhalten und für Verhalten, das zur üblichen Lebensführung gezählt werden kann.⁴⁰⁰ Zudem wird vertreten, die Haftung der Frau in den ersten zwölf Wochen ihrer Schwangerschaft auszu-schliessen, um eine Wertungskohärenz mit dem Schwangerschaftsabbruchsrecht zu gewährleisten.⁴⁰¹

Mit der Haftung der Mutter für postnatale Schäden wird zugleich ein Verhalten definiert, das von ihr während der Schwangerschaft erwartet wird. Eine solche Haftung muss deshalb immer dann entfallen, wenn die Frau keine Ver-pflichtung traf, etwas zu tun oder zu dulden. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Massnahme zugunsten des Fötus mit einem Eingriff in ihre kör-perliche Integrität verbunden gewesen wäre, zu welchem sie ohne weiteres die Zustimmung verweigern konnte. Unterlässt die Frau eine pränatale Unter-suchung und wird deshalb eine behandelbare Erkrankung des Fötus nicht entdeckt, oder lehnt sie eine – nur über ihren Körper vermittelbare – pränatale Behandlung des Fötus ab, kann das Kind auch keine ausservertraglichen An-sprüche wegen postnataler Schädigungen geltend machen.⁴⁰²

Nur leicht anders stellt sich die Situation dar bei Verhaltensweisen, die zur Lebensweise der schwangeren Frau zählen und sich schädigend auf den Fötus auswirken, so beispielsweise bei massivem Konsum von Alkohol und anderen Suchtmitteln. Lehnt man die pränatale elterliche Sorge mit der dazugehörigen Fürsorgepflicht ab, mutet es widersprüchlich an, *ex post* die Mutter für das Ver-halten während der Schwangerschaft zur Verantwortung zu ziehen. Allerdings

398 Ausführlich dazu MANNSDORFER, 250 ff., mit weiteren, auch rechtsvergleichenden Hinweisen. Kritisch GAUCH, 270 f. Für Deutschland vgl. ROBEN, 198 ff., 224 ff. Für den anglo-amerikanischen Rechtskreis vgl. NELSON, 169 ff. Interessant ist die Rechtslage in England, wo der *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* 1976 festhält, dass Drittpersonen für vorgeburtlich zugefügten Schaden haftbar gemacht werden können, nicht aber die Mutter selbst.

399 Vgl. ausführlich zu möglichem schädigenden Verhalten der schwangeren Frau MANNSDORFER, 42 ff.

400 Vgl. zu diesen verschiedenen Konstellationen LANDOLT, 207 ff., der grundsätzlich eine Haftung der Mutter bejaht und im Einzelfall eine Abwägung von Interessen vornimmt; MANNSDORFER, 260 ff., 274 ff., der eine Privilegierung der Mutter für leicht fahrlässiges Verhalten vertritt; vgl. auch HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.21. Für Deutschland ausführlich und kritisch ROBEN, 224 ff.; HEINEMANN, 210 ff.; HILLMER, 181 ff.

401 Für Deutschland ROBEN, 229.

402 Vgl. auch MANNSDORFER, 176 f.

folgt aus der Ablehnung des Konzepts der pränatalen elterlichen Sorge und des pränatalen Kindesschutzes nicht ohne weiteres, dass jegliche Haftung für Verhalten, das zu einer Verletzung der körperlichen Integrität führt, entfallen muss. Art. 31 Abs. 2 ZGB begründet nach herrschender Lehre die Rechtspersönlichkeit rückwirkend. Die Schädigung der körperlichen Integrität des Kindes erfüllt grundsätzlich die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit. Allerdings bereitet die haftpflichtrechtliche Verarbeitung von pränatalen Schädigungen durch die schwangere Frau einige Mühe und begegnet zahlreichen dogmatischen Unstimmigkeiten. Wesen des Deliktsrechts ist die Haftung für Schäden, welche durch eigenes schuldhaftes Verhalten verursacht worden sind. Eine haftpflichtrechtliche Verantwortung für eine Handlung, die keine Verbotsnorm verletzt, lässt sich im Grundsatz ebenso wenig begründen wie das Einstehenmüssen für eine Unterlassung, die kein Handlungsgebot missachtet. Für die schwangere Frau bestehen keine solchen Handlungs- bzw. Unterlassungspflichten. Wird sie für pränatale Schädigungen haftbar gemacht, werden im Grunde alleine aufgrund des Schadenseintritts bestimmte Verhaltenspflichten konstruiert, die während der Schwangerschaft als solche nicht bestanden haben.

Die Haftung der Mutter analog einer Drittperson ist jedenfalls aus verschiedenen Gründen abzulehnen, zumal die körperliche Verbindung zwischen Frau und Fötus eine aussergewöhnliche Situation schafft. Zunächst kann sich die Mutter auf eigene Persönlichkeitsrechte berufen, das heisst auf das Recht, auch während der Schwangerschaft selbstbestimmt ihre Lebensführung zu gestalten. Im Schrifttum wird dieser Aspekt auf der Rechtfertigungsebene thematisiert, indem der Mutter nach Abwägung der verschiedenen Interessen allenfalls ein überwiegendes Interesse attestiert wird.⁴⁰³ Dieser Ansatz vermag indessen nicht restlos zu überzeugen, insofern als nicht rechtswidriges Verhalten an sich keiner Rechtfertigung bedarf und sich auch keiner Interessenabwägung unterziehen muss.⁴⁰⁴ Weder sozialadäquates Verhalten noch solches, das die schwangere Frau als angemessen und notwendig erachtet, kann zur Schadenersatzpflicht führen. In der Literatur wird bisweilen auch vorgeschlagen, das haftungsbe gründende Verhalten auf dasjenige zu beschränken, das für die schwangere Frau zumutbar gewesen wäre.⁴⁰⁵ Auch in diesem Zusammenhang ist allerdings die Zumutbarkeit kaum einer objektiven Fassung zugänglich.⁴⁰⁶ Suchtverhalten

403 AEBI-MÜLLER/TANNER, 109 f.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.21.

404 Siehe explizit und konsequent BRÜCKNER, 181 f.: «Entsprechende Rechtspflichten der Mutter gegenüber dem Kind bestehen jedoch nicht. Das keimende Leben beschränkt die Mutter nicht in ihrer persönlichen Freiheit zu rauchen, Alkohol zu konsumieren oder durch anderes Verhalten das Leben und die Gesundheit des Kindes zu gefährden. Da eine für das Kind schädliche Lebensweise der Mutter während der Schwangerschaft nicht rechtswidrig ist, gibt es keine Schadenersatzansprüche des mit Schäden geborenen Kindes gegenüber der Mutter.»

405 So MANNSDORFER, 261 f.

406 Anderer Meinung freilich MANNSDORFER, 269 ff., 275 ff., der anhand der Kategorisierung aller Verhaltensweisen einen eigentlichen Verhaltenskodex für die schwangere Frau aufstellt, der dann mittels Haftpflichtrecht sanktioniert werden soll.

beispielsweise ist zweifellos schädlich für den Fötus. Die plötzliche Abstinenz allerdings ist wohl für die Frau nicht nur ein schwieriges, sondern auch ein nicht immer zumutbares Unterfangen. Dasselbe gilt auch für den Verzicht auf Schmerzmedikation. Es ist auch hier daran zu erinnern, dass die Frau in der Regel das grösste Interesse am Schutz des Embryos oder Fötus hat und auch diejenige ist, welche die Verantwortung für das Kind und damit auch für allfällige Belastungen tragen wird. Somit bleibt einzig die Haftung der Mutter für absichtliche Schädigungen des Fötus, das heisst für solche, die nicht nur eine unbeabsichtigte oder unerwünschte Folge, sondern primäres Ziel des Verhaltens der Frau waren.

4. *Das Recht auf Wissen und Auskunft*

Eine weitere Dimension reproduktiver Autonomie und Selbstbestimmung während der Schwangerschaft stellt das Recht dar, über ermittelte oder ermittelbare Eigenschaften des Fötus Kenntnis zu erhalten. Dies muss auch gelten, wenn damit – anders als beim selektiven Schwangerschaftsabbruch – nicht die Absicht verbunden ist, diese Information als Grundlage für die Entscheidung zu verwenden, die Schwangerschaft fortzuführen oder abzubrechen.

Unbestritten ist, dass die schwangere Frau ein Recht hat, über die Ergebnisse pränataler Untersuchungen Auskunft zu erhalten.⁴⁰⁷ Nur mit ihrer ausdrücklichen Zustimmung darf das Untersuchungsergebnis auch anderen Personen mitgeteilt werden (Art. 19 Abs. 1 und 2 GUMG). Bestehen überwiegende Interessen der Verwandten oder des Partners an der Mitteilung der Untersuchungsergebnisse, und verweigert die betroffene Person die Zustimmung, kann die Ärztin bei der zuständigen kantonalen Behörde nach Art. 321 Ziff. 2 StGB die Entbindung vom Berufsgeheimnis beantragen (Art. 19 Abs. 3 GUMG), womit die Möglichkeit gegeben ist, die reproduktive Selbstbestimmung des werdenden Vaters miteinzubeziehen.

Das Auskunftsrecht erstreckt sich auf alle Befunde, welche im Rahmen von Untersuchungen festgestellt werden, und zwar unabhängig davon, ob gezielt nach diesen gesucht wurde oder ob der Befund zufällig bei einer Untersuchung ans Licht kam, die anderen Zwecken diene. Das geltende Recht schweigt zum Umgang mit Zufallsbefunden. Mit der Revision des GUMG wird aber eine Regelung vorgeschlagen, wonach die betroffene Person schon vor der Durchführung einer genetischen Untersuchung über die Möglichkeit aufgeklärt werden müsste, dass Informationen zutage treten, die für den Zweck der Untersuchung nicht benötigt werden. Die schwangere Frau würde dann selbst entscheiden, welche Überschussinformationen ihr mitgeteilt werden sollen, wobei nur solche Erkenntnisse mitgeteilt werden dürften, die eine direkte und wesentliche

407 So auch Art. 10 Abs. 2 Satz 1 Bioethikkonvention; vgl. auch RIEDER, 94 ff.

Beeinträchtigung der Gesundheit des Embryos oder Fötus betreffen (Art. 24 Abs. 1, 2 und 4 VE GUMG).

Das Geschlecht ist regelmässig ein Nebenbefund pränataler Tests. Während es nach Art. 11 lit. b GUMG verboten ist, Untersuchungen durchzuführen, die darauf abzielen, das Geschlecht des Embryos oder Fötus festzustellen, ist unklar, ob und wie über das Geschlecht informiert werden kann und soll, wenn es infolge der Untersuchung feststeht. Das Thema hat im Zusammenhang mit den nichtinvasiven genetischen Tests an Brisanz gewonnen, weil diese Tests innerhalb der ersten zwölf Schwangerschaftswochen durchgeführt werden können. Aus diesem Grund schlägt der Vorentwurf eine Regelung vor, wonach das im Rahmen einer pränatalen Untersuchung festgestellte Geschlecht des Embryos oder Fötus der schwangeren Frau nicht vor Ablauf der zwölften Schwangerschaftswoche mitgeteilt werden dürfte und auch danach nicht, wenn der Arzt befürchtet, dass die Schwangerschaft deswegen abgebrochen würde (Art. 15 Abs. 2 VE GUMG).

Die Überlegungen, die zu diesem Regelungsvorschlag geführt haben, sind durchaus nachvollziehbar, es bestehen allerdings erhebliche Bedenken mit Bezug auf seine Notwendigkeit, Angemessenheit und Berechtigung. Das Verhältnis zwischen der Zahl von Geburten von Mädchen und Knaben in der Schweiz lässt nicht den Schluss zu, es bestehe diesbezüglich Handlungsbedarf.⁴⁰⁸ Eine solche gesetzgeberische Intervention erscheint mithin unverhältnismässig. Weiter wird das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patientin durch eine solche Regelung womöglich beeinträchtigt, zumal der Arzt verpflichtet wird, Informationen zurückzubehalten, über die er verfügt. Gewichtiger sind aber die dadurch entstehenden Widersprüche: Das Schwangerschaftsabbruchsrecht betont die Selbstbestimmung der schwangeren Frau in den ersten zwölf Schwangerschaftswochen. Die Frau entscheidet selbst, ob und aus welchen Motiven sie einen Abbruch der Schwangerschaft vornehmen will. Sie muss die vorausgesetzte Notlage nur sich selbst gegenüber rechtfertigen. Wird die Einschränkung des Rechts auf Auskunft damit begründet, eine solche Information könnte die Frau zu einer unethischen Entscheidung verleiten, wird das Selbstbestimmungsrecht relativiert. Es ist freilich denkbar, dass eine schwangere Frau sich in einer schwierigen Situation befindet, wenn sie etwa unter dem Einfluss und Druck der nahen Verwandtschaft steht, die es ihr erschweren, eine selbstbestimmte Entscheidung zu treffen. Ein generelles, gesetzgeberisch verordnetes Vorenthalten von vorhandener Information ist aber kaum eine adäquate Antwort auf diese Problematik. Vielmehr ist die schwangere Frau im Gespräch und durch Beratung zu unterstützen und zu befähigen, eine informierte und selbstbestimmte Entscheidung zu treffen sowie deren Konsequenzen zu tragen.⁴⁰⁹

408 Vgl. auch RÜTSCHÉ, Eugenik, 326.

409 So schon BÜCHLER, Genetische Untersuchungen, 245 f.

Garantiert ist auch das Recht auf Nichtwissen: Das Recht, nicht nur auf eine Untersuchung zu verzichten, sondern auch, die Befunde aus dieser nicht zur Kenntnis zu nehmen (Art. 6 GUMG).⁴¹⁰ Die Ärztin hat die Frau auf diese Möglichkeit der Nichtkenntnisnahme hinzuweisen. Dies gilt nur dann nicht, wenn für die betroffene Person oder den Embryo beziehungsweise Fötus eine unmittelbar drohende physische Gefahr besteht und diese abgewendet werden könnte (Art. 18 Abs. 2 GUMG), wobei diese Einschränkung mit Hinweis auf die Bedeutung der Selbstbestimmung der schwangeren Frau im revidierten Recht nicht mehr bestehen soll.⁴¹¹

Wie bereits festgestellt, ist der Anwendungsbereich pränataler Untersuchungen eingeschränkt auf Eigenschaften des Embryos oder Fötus, die seine Gesundheit direkt beeinträchtigen, und soll durch die Einführung der Voraussetzung der Wesentlichkeit der Gesundheitsbeeinträchtigung weiter eingeschränkt werden. Dieser gesetzgeberische Umgang mit der Pränataldiagnostik steht in einem Spannungsfeld zur reproduktiven Selbstbestimmung. Reproduktive Selbstbestimmung und das Recht auf Wissen umfassen nämlich auch den Zugang zu Technologien, die informierte und selbstbestimmte reproduktive Entscheidungen unterstützen. Diese müssen nicht zwingend solche über den Abbruch oder die Fortführung der Schwangerschaft sein, es kann auch darum gehen, die Möglichkeit zu erhalten, sich zu informieren, zu vernetzen und auf das Leben mit einem Kind mit bestimmten Eigenschaften vorzubereiten, sowie entsprechende Massnahmen hinsichtlich der medizinischen Betreuung, Ernährung, intellektuellen, physischen, psychischen und sozialen Förderung zu seiner Unterstützung frühzeitig zu diskutieren, zu planen oder zu ergreifen. Dies sind meines Erachtens Aspekte des Rechts auf persönliche Freiheit oder auf Privat- und Familienleben, weshalb Beschränkungen des Anwendungsbereichs pränataler Untersuchungen mit Verweis auf höherwertige private oder öffentliche Interessen gerechtfertigt werden und verhältnismässig sein müssen. Zu diesen Interessen gehören die Einhaltung medizinischer Standards, die Glaubwürdigkeit der medizinischen Profession, aber auch die gesellschaftliche Kohäsion und Integrität sowie das Prinzip, wonach Embryonen und Föten mit Würde zu behandeln sind. Die Reichweite der reproduktiven Selbstbestimmung im Kontext vorgeburtlicher Untersuchungen ist allerdings keineswegs geklärt. Schranken können sich meines Erachtens aus dem Inhalt der Rechtsposition selbst ergeben. Danach könnten Eigenschaften aus dem Anwendungsbereich der Pränataldiagnostik ausgeschlossen werden, deren Kenntnis in keinerlei

410 Vgl. ausführlich zu den Grundlagen, zum Inhalt und zu den Grenzen des Rechts auf Nichtwissen RIEDER, 96 ff.; HOLLENSTEIN. HOLLENSTEIN, N 15, formuliert das Grundproblem des Rechts auf Nichtwissen treffend wie folgt: «[...] dass zuerst definiert werden muss, welcher Wissensstand noch als «Nichtwissen» gelten kann und wie viel Wissen überhaupt vorhanden sein muss, damit eine Person selbstbestimmt entscheiden kann, ob und was sie über ihren Gesundheitszustand wissen will.»

411 Vgl. BAG, Erläuterungen, 55.

Weise der Befähigung zur informierten und selbstbestimmten reproduktiven Entscheidung beiträgt. Diskutiert wird beispielsweise, ob die reproduktive Selbstbestimmung die pränatale Ermittlung einer Geschlechtschromosomenanomalie umfasst, zumal diese Diagnose beim Unterlassen der pränatalen Untersuchung möglicherweise gar nicht bekannt wird oder ihre Auswirkungen auf die Gesundheit und das Leben des werdenden Kindes minim, höchst unklar oder variabel sind.⁴¹² Darauf ist freilich keine generelle Antwort möglich; die Bewertung kann wohl nur durch die schwangere Frau selbst erfolgen. Beruft sie sich hingegen auf ihr Recht auf Privat- und Familienleben, so dürfte meines Erachtens nur nach Eigenschaften gesucht werden, die für die Gestaltung der Kindheit eine Bedeutung haben, oder nach Anomalien, die sich im Kindesalter bemerkbar machen und die tatsächlich beeinflusst werden können, dies auch, um das Recht auf Nichtwissen des werdenden Kindes nicht zu kompromittieren.⁴¹³ Schliesslich können höherwertige öffentliche Interessen das Recht auf Wissen der schwangeren Frau überwiegen. In diesem Zusammenhang sind die soziale und gesellschaftliche Kohäsion und Integrität von Bedeutung. Es kann ein Interesse daran bestehen, vorgeburtliche Untersuchungen zur Ermittlung einer bestimmten Eigenschaft des Embryos oder Fötus zu unterbinden oder einzuschränken, wenn nachgewiesen werden kann, dass Eltern in grösserer Zahl anhand gewisser genetischer Merkmale «selektionieren» und die Gesellschaft dadurch Schaden nimmt, mithin wenn das Gesamtergebnis des individuellen reproduktiven Verhaltens zu gesellschaftlicher Diskriminierung führt.⁴¹⁴ Die Zusammenhänge zwischen dem individuellen reproduktiven Verhalten und dem gesellschaftlichen Schaden, beispielsweise in Form einer Zunahme diskriminierenden Verhaltens gegenüber bestimmten Menschen, oder einer Gefährdung der Geschlechterbalance, müssten jedoch nachgewiesen werden, um eine Einschränkung der reproduktiven Selbstbestimmung zu rechtfertigen. Schliesslich müssten die Interessen der schwangeren Frau an der Information und die öffentlichen Interessen gegeneinander abgewogen werden.⁴¹⁵

Schädigen Untersuchungen den Fötus, so trifft den Arzt möglicherweise eine vertragliche Haftung, zumal der Behandlungsvertrag über die Schwangerschaftsvorsorge auch die Wahrung der Interessen des Fötus umfasst.

IV. Zusammenfassung und Würdigung

Der Diskurs um den Schwangerschaftsabbruch, um Verhaltens- und Duldungspflichten der schwangeren Frau, um ihre Haftung für pränatale Schädigungen und um ihr Recht auf Wissen und Nichtwissen ist mit demjenigen um die

412 So diskutiert in DONDORP/DE WERT/BOMBARD et al., 1443 ff.

413 Zu dieser Problematik auch der Deutsche Ethikrat, *Genetische Diagnostik*, 161 ff.

414 Ausführlich KING, 56 ff.; vgl. zu diesem Themenkreis auch RÜTSCHKE, *Eugenik*, 321 ff.

415 So die Ausführungen in BÜCHLER, *Genetische Untersuchungen*, 217 ff.

Schutzansprüche vorgeburtlichen Lebens untrennbar verwoben. Die im Grundsatz unauflösbaren gesellschaftlichen und individuellen Spannungen, die mit Letzterem einhergehen, führen auch zu unsicheren normativen Konzeptualisierungen und Setzungen.

Sowohl die reproduktive Selbstbestimmung der Frau als auch die anwachsende Schutzwürdigkeit des Fötus kommen im Schwangerschaftsabbruchsrecht zum Ausdruck. Dieses gibt den zeitlichen Rahmen vor, in welchem der Abbruch der Schwangerschaft ohne Indikation möglich ist. Es besteht ein erhebliches Interesse daran, verlässliche Resultate über die Gesundheit des Embryos innerhalb der ersten zwölf Schwangerschaftswochen zu erzielen. Dies ist mit Hilfe der neueren Methoden der pränatalen Diagnostik zwar durchaus möglich, es ist allerdings ein zeitlich enger Rahmen, der die sorgfältige Beratung und Aufklärung sowie die Einhaltung von Bedenkzeiten kompromittieren kann. Das Verhältnis zwischen der Pränataldiagnostik und dem Schwangerschaftsabbruchsrecht ist tatsächlich nicht geklärt. Die Diskussion um die pränatale Diagnostik wird unterschiedlich geführt je nachdem, ob es um vorgeburtliche Untersuchungen zur Prävention von Schädigungen und der Gewährleistung der Gesundheit von Frau und Embryo oder Fötus geht oder ob das Selbstbestimmungsinteresse der schwangeren Frau im Vordergrund steht.⁴¹⁶ Die Einschränkung des Anwendungsbereichs der pränatalen Diagnostik auf Eigenschaften des Embryos oder Fötus, die seine Gesundheit direkt beeinträchtigen, will sicherstellen, dass die Schwangerschaft nicht wegen der Feststellung «harmloser» Anomalien oder unerwünschter, nicht krankheitsbezogener Eigenschaften des Embryos abgebrochen wird. Sie soll Selektionsprozesse, die sich an sogenannten optimalen Eigenschaften orientieren, verunmöglichen. Diese Herangehensweise bringt ein Misstrauen gegenüber der schwangeren Frau und ihren Beweggründen und Intentionen zum Ausdruck. Zudem steht sie in einem Spannungsfeld zur Fristenlösung des Schwangerschaftsabbruchsrechts, die davon ausgeht, dass der Frau die Entscheidung obliegt, ob und aus welchen Gründen sie die Schwangerschaft abbrechen will.

Meines Erachtens sollte sich auch das Recht der pränatalen Untersuchungen an der reproduktiven Selbstbestimmung orientieren. Die pränatale medizinische Betreuung intensiviert sich und die entsprechenden Untersuchungen gehören inzwischen fast selbstverständlich zu jeder Schwangerschaft. Sie können die schwangere Frau durchaus unterstützen, sie können aber auch zu Entscheidungsnoten führen. Erweiterte Optionen und Entscheidungsspielräume stellen nicht immer einen Zuwachs an Autonomie dar, insbesondere dann nicht, wenn sie mit Erwartungen an ein bestimmtes Entscheidungsverhalten der schwangeren Frau einhergehen. Zusätzliche Optionen stellen insbesondere eine Herausforderung für die Aufklärung und Beratung dar. Die gesetzlichen Rahmenbe-

416 Zur Bedeutung der Unterscheidung zwischen «*autonomy-aimed screening* und «*prevention-aimed screening*» DONDORP/DE WERT/BOMBARD et al., 1445 f.

dingungen sind darauf auszurichten, schwangeren Frauen informierte Entscheidungen im Bereich ihrer reproduktiven Selbstbestimmung zu ermöglichen, und der Erfolg einer Praxis der pränatalen Untersuchungen ist an diesem Ziel zu messen. Jedenfalls muss es der Frau auch immer möglich sein, auf eine pränatale Untersuchung zu verzichten.

Hat sich die Frau für die Austragung des Fötus entschieden, so setzt zivilrechtlich zwar die elterliche Sorge noch nicht ein, aber die Frau übernimmt die Verantwortung für das werdende Leben und nimmt die körperlichen Beschwerden hin, was mitunter mit gewissen Einschränkungen ihrer Lebensweise einhergeht. Die Schwangerschaft involviert die Frau in ihrer ganzen Persönlichkeit. In der Wahrnehmung dieser Verantwortung ist die schwangere Frau zu begleiten und zu unterstützen.

Der Rechtsprechung und Lehre sind keine klaren und konsistenten Antworten auf die Frage zu entnehmen, ob die Schwangerschaft rechtliche Pflichten mit Bezug auf medizinische Interventionen oder die Lebensführung mit sich bringt. Es scheint zumindest im Ergebnis einen Konsens zu geben, dass die schwangere Frau keine Massnahmen zugunsten des Fötus dulden muss, die mit einer Verletzung ihrer körperlichen Integritätsinteressen einhergehen. Ansonsten werden aber die eingeschränkten Möglichkeiten, während der Schwangerschaft zum Schutz der Gesundheit des Fötus zu intervenieren, von einigen beklagt. Aus der Bejahung der Schwangerschaft Rechtspflichten abzuleiten, ist meines Erachtens allerdings verfehlt und verkennt die Komplexität der physischen und psychischen Situation. Hätten Dritte die Definitionsmacht darüber, welche Opfer schwangeren Frauen aufzuerlegen sind, würde sich das Mass des Zumutbaren vermutlich stetig zu ihren Lasten verschieben. Auch und gerade während der Schwangerschaft soll die Frage, was der Frau noch zugemutet werden kann und darf, von ihr selbst beantwortet werden können. Die Interessen des Fötus werden am besten gewahrt, indem Frauen in ihrer Würde geschützt und sie darin unterstützt werden, die ihnen anvertrauten Entscheidungen selbstbestimmt und verantwortungsvoll zu treffen, denn die Schicksale von Frau und Fötus sind unauflösbar miteinander verwoben. Im Übrigen wird in der Literatur zu Recht darauf hingewiesen, dass wenn Frauen damit rechnen müssen, zur Verantwortung gezogen zu werden, falls sie nicht das optimale Umfeld für das Gedeihen des Fötus bieten, oder zur Duldung föthaltherapeutischer Massnahmen verpflichtet zu werden, sie die Schwangerschaft oder die Schwangerschaftsvorsorge insgesamt meiden werden.⁴¹⁷

Auch im Zusammenhang mit der reproduktiven Selbstbestimmung während der Schwangerschaft stellt die Zumutbarkeit eine wichtige, diese begrenzende Grösse dar: Sie fliesst sowohl in die Überlegungen zur Zulässigkeit des späten Schwangerschaftsabbruchs ein, wie auch in die Bestimmung des Anwendungsbereichs der pränatalen Diagnostik. Zwar bezieht sich der Gesetzestext zum

417 Vgl. HEINEMANN, 334 f.

Spätabbruch auf eine schwere seelische Notlage, die mit einem Abbruch der Schwangerschaft abgewendet werden soll (Art. 119 Abs. 1 StGB), und derjenige zur pränatalen Diagnostik auf die Gesundheit des zu untersuchenden Embryos, die möglicherweise beeinträchtigt ist (Art. 11 lit. a GUMG). In beiden Fällen geht es aber letztlich um die Frage, ob die Schwangerschaft und die Geburt des Kindes für die Frau oder das Paar zumutbar sind, eine Frage, die mit Blick auf ihren Kontext und ihre Implikationen die Frau oder das Paar im Wesentlichen selbst zu beantworten haben. Die Werthaftigkeit des Embryos ist nach der hier vertretenen Perspektive eine der reproduktiven Selbstbestimmung inhärente – und nicht externe – Begrenzung, die zum Beispiel im Schwangerschaftsabbruchsrecht in einer erhöhten Begründungspflicht bei fortgeschrittener Schwangerschaft zum Ausdruck kommt. Erreicht der Fötus die extrauterine Lebensfähigkeit, ist ein Abbruch faktisch kaum mehr möglich.

E. Geburt

«Too often, current practices reflect reasoning governed by dread, not evidence. In birth, no less than in life itself, there is an irreducible element of risk. Responsible risk reasoning requires confronting the fundamental fact that the joy of birth creates vulnerability to the potential for traumatic loss.»

DRAPKIN LYERLY et al., 39

I. Allgemeines

Die Geburt im medizinischen Sinne ist kein Ereignis, sondern ein meist mehrstündiger Vorgang.⁴¹⁸ Im rechtlichen Kontext ist die Geburt hingegen ein wesentlicher Einschnitt für den Status des menschlichen Lebens: Sie markiert den Beginn des Person-Seins. Sie ist auch eine moralisch relevante Zäsur: Alltagsweltlich tritt der geborene Mensch als nun vollständig individuiertes Lebewesen in Kontakt mit seiner Umwelt, für die Frau wird er durch die Entbindung zum Gegenüber, das heisst, die Beziehung wird manifest.⁴¹⁹

Auch bei der Geburt sind die medizinische Technologie und Profession allgegenwärtig. Heute gebären 97% der Frauen ihr Kind in einem Spital oder in einer Gebärklinik.⁴²⁰ Rund ein Drittel der Geburten erfolgt mittels Kaiserschnitt.⁴²¹ Die Schweiz hat eine der höchsten Kaiserschnittraten der Welt.⁴²² Sehr häufig werden im Geburtsverlauf eine ganze Reihe von medizinischen

418 Vgl. PSCHYREMBEL, Geburt, 752.

419 Zur moralischen Bedeutung der Geburt siehe WIESEMANN, 82 ff.

420 BFS, Taschenstatistik, 26.

421 BFS, Taschenstatistik, 26; vgl. BAG, Kaiserschnittgeburten, 12 ff.

422 Vgl. BAG, Kaiserschnittgeburten, 14.

Massnahmen veranlasst und durchgeführt, so beispielsweise das elektronische Monitoring des Fötus, die medikamentöse Geburtseinleitung, die Periduralanästhesie, der Dammschnitt oder die Vakuum- oder Zangenextraktion. Auch diese Entwicklung bleibt nicht ohne Kritik: Die Normalisierung der geburtshilflichen Interventionen rufe den Imperativ hervor, diese Technologien während des Geburtsverlaufs in Anspruch zu nehmen. Dies wiederum könne selbstbestimmte Entscheidungen kompromittieren und schliesslich den Frauen während der Geburt eine passive Rolle zuweisen.⁴²³ Freilich erfasst das Selbstbestimmungsrecht auch die Entscheidung über die Entbindungsmethode und es bleibt der schwangeren Frau grundsätzlich unbenommen, auf geburtshilfliche Massnahmen zu verzichten und, wenn solche angeboten werden, diese abzulehnen.⁴²⁴ Dennoch stellt sich im Kontext der Geburt wiederum die Frage, inwiefern in gewissen Situationen und zugunsten des Fötus eine schwangere Frau verpflichtet werden kann, besondere geburtshilfliche Interventionen zu dulden oder gar per Kaiserschnitt zu gebären.⁴²⁵

II. Der Geburtsvorgang

1. Urteilsfähigkeit

Die Geburt ist in verschiedener Hinsicht eine Extremsituation. Der Körper der Frau wird in höchstem Masse beansprucht, der Geburtsvorgang kann sehr schmerzhaft und erschöpfend sein, die Frau wird mitunter von Unsicherheit, Angst und intensiven Schmerzen heimgesucht. Gleichzeitig ist die Geburt eine sehr intime Situation, weshalb die gebärende Frau meist besonders verletzlich ist. Die Intensität körperlicher und psychischer Involviertheit kann zu einer vorübergehenden Urteilsunfähigkeit führen.⁴²⁶ Ob diese eingetreten ist, ist im Sinne der Relativität der Urteilsfähigkeit im Einzelfall zu prüfen, das heisst, es ist sowohl zu berücksichtigen, in welchem Zustand sich die gebärende Frau befindet, wie auch zu bedenken, welche Entscheidungen zu fällen sind. Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit fällt in erster Linie in der Zuständigkeit der Ärztin. Nicht jede gebärende Frau verliert im Zuge der Entbindung die Urteilsfähigkeit, es ist auch nicht von einer Umstossung der Vermutung der Urteilsfähigkeit *sub parto* auszugehen, zumal die Geburt keine Krankheit darstellt und von Frauen ganz unterschiedlich erlebt wird. Auch der Wunsch, den Prozess mitzugestalten, variiert stark.⁴²⁷

423 So BURROW, 35 f.

424 Vgl. auch *Ternovszky v. Hungary* (no. 67545/09), Urteil vom 14. Dezember 2010, § 22, wonach Art. 8 EMRK auch das Recht umfasst, die Bedingungen der Geburt zu bestimmen.

425 Zum *Case law* in verschiedenen Ländern des anglo-amerikanischen Rechtskreises NELSON, 183 ff.

426 Vgl. PALLY, 149 ff.; SITEK, 43 ff.

427 So auch SITEK, 45.

Ist Urteilsunfähigkeit tatsächlich eingetreten, so hat der gesetzliche Vertreter, in aller Regel der anwesende Partner, nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der gebärenden Frau über die zu treffenden medizinischen Massnahmen zu entscheiden (Art. 377 ff. ZGB). Nur in einer dringlichen Situation darf im Falle der medizinischen Indikation die Patientin ohne die Zustimmung des Vertreters behandelt werden (Art. 379 ZGB).⁴²⁸

Die Tatsache, dass im Verlauf der Geburt Urteilsunfähigkeit eintreten kann, und dass meist lange unklar ist, welche geburtshilflichen Massnahmen indiziert sein werden, hat Auswirkungen auf die Modalitäten der Aufklärung über mögliche medizinische Interventionen während des Geburtsvorganges. Die Aufklärung über die verschiedenen Massnahmen und möglichen Vorgehensweisen ist bereits in der letzten Phase der Schwangerschaft geschuldet oder sobald mit einer Risikosituation gerechnet werden muss.⁴²⁹ Sie ist dann, wenn sich erweist, dass eine bestimmte Massnahme indiziert ist, zwingend zu konkretisieren und zu individualisieren. Mit der vorgezogenen Aufklärung können die Vorstellungen und Erwartungen der schwangeren Frau geklärt werden, was mit Blick auf die Feststellung ihres mutmasslichen Willens im Falle eintretender Urteilsunfähigkeit von Bedeutung ist.

2. Erzwungene Geburtshilfe

Ein Kaiserschnitt kann nur vorgenommen werden, wenn die Frau einem solchen zustimmt. Auch weitere geburtshilfliche Massnahmen wie der Dammschnitt, die Vakuumextraktion oder die Periduralanästhesie können nur mit Zustimmung der Frau durchgeführt werden.⁴³⁰

Die Frage, ob für die Durchführung der geburtshilflichen Interventionen auf die ausdrückliche Zustimmung der schwangeren Frau ausnahmsweise verzichtet werden darf, kann sich in zwei verschiedenen Situationen stellen: Erstens, wenn sich im Verlauf der Geburt eine Änderung des Entbindungskonzepts aufdrängt, zum Beispiel weil die kindlichen Herztöne sich erheblich verschlechtern, ein andauernder Sauerstoffmangel eine Hirnschädigung zur Folge hätte, und deshalb eine (sekundäre) *Sectio* oder die Vakuumextraktion in Betracht gezogen werden sollten. Zweitens, wenn von Beginn an aufgrund besonderer Risiken wie beispielsweise der Beckenlage des Fötus oder der HIV-Positivität der schwangeren Frau eine (primäre) *Sectio* indiziert ist.⁴³¹

428 Vgl. dazu ausführlich AEBI-MÜLLER, Rz. 109 ff.

429 Vgl. ausführlich zur *Sectio*-Aufklärung PALLY, 103 ff.; zur vorgezogenen Aufklärung in der Geburtshilfe auch SITEK, 57 ff.; vgl. zum Zeitpunkt der Aufklärung auch MARKUS, 124 ff.

430 So auch PALLY HOFMANN, 18.

431 Ausführlich zum Kaiserschnitt und den verschiedenen Arten und Weisen, wie er durchgeführt wird MARKUS, 24 ff. Zur Indikation der primären *Sectio* in gewissen Fällen der HIV-Positivität der Frau vgl. die Empfehlung «HIV, Schwangerschaft und Geburt. Ein Update der Empfehlungen zur Prävention der vertikalen HIV-Transmission» der Fachkommission Klinik und Therapie HIV/Aids vom 26. Januar 2009 und einschränkend die Empfehlungen der Eidgenössischen Kommission für sexuelle Gesundheit (EKSG) zur Prävention der HIV-Übertragung von der

In Anwendung der allgemeinen erwachsenenschutzrechtlichen Regeln ist im ersten Fall dann, wenn die Frau mit Bezug auf die zu treffenden Entscheidungen nicht mehr urteilsfähig ist, die zur Vertretung berechtigte Person (Art. 378 ZGB) über das weitere Vorgehen zu befragen, wobei sich diese in erster Linie nach dem mutmasslichen Willen und den objektiven Interessen der gebärenden Frau zu richten hat. Der von der Frau geäusserte Wille und ihre Werthaltungen sind somit massgebend. Die Frau ist soweit möglich auch in die Entscheidung miteinzubeziehen (Art. 377 Abs. 3 ZGB). In Fällen der absoluten Dringlichkeit kann der Arzt die erforderlichen Massnahmen ergreifen, wobei sich auch in diesem Fall sein Handeln am mutmasslichen Willen und den Interessen der schwangeren Frau orientieren muss (Art. 379 ZGB).

Ein Kaiserschnitt ist nur selten absolut indiziert. Bei einer nur relativen Indikation ist mit der gebärenden Frau zu klären, ob er vorgenommen werden soll. Das gilt freilich auch für alle anderen geburtshilflichen Massnahmen. Aber selbst bei einer absoluten Indikation hat der Eingriff zu unterbleiben, wenn die urteilsfähige Patientin diesem nicht zustimmt. Nach hier vertretener Meinung käme die zwangsweise Entbindung per Kaiserschnitt einer unzulässigen Verletzung der körperlichen Integrität der Frau gleich. Die von einigen Autorinnen und Autoren vertretene Ansicht, ein Kaiserschnitt könne in besonderen Fällen gegen den Willen der schwangeren Frau angeordnet und durchgeführt werden,⁴³² setzt sich über den in unserer Rechtsordnung zentralen Grundsatz hinweg, wonach medizinische Eingriffe zwingend durch einen *Informed consent* der betroffenen Person gerechtfertigt werden müssen.⁴³³

Diese zivilrechtliche Betrachtung steht allerdings in einem ungeklärten, und in der Literatur kaum diskutierten Spannungsfeld zu strafrechtlichen Wertungen. Der Beginn der Persönlichkeit fällt nämlich im Kontext des Strafrechts mit der Eröffnung des Geburtsvorganges zusammen; mit ihr setzt der vollumfängliche strafrechtliche Schutz ein, und das noch ungeborene Kind unterliegt dem strafrechtlichen Tötungsverbot.⁴³⁴ Der natürliche Geburtsvorgang gilt

Mutter auf das Kind vom 25. Januar 2016, abrufbar unter http://www.bag.admin.ch/hiv_aids/05464/12752/index.html?lang=de (besucht am 29.3.2016).

432 Befürwortend KOHLER-VAUDAUX, 249; MANNSDORFER, 133, 138; wohl auch HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 03.21. Der Ansicht, die Zwangs-*Sectio* sei in jedem Fall unzulässig, ist PALLY HOFMANN, 18. Eine kleine Umfrage hat ergeben, dass in der Praxis eine *Sectio* gegen den Willen der Patientin zwar nur äusserst selten, aber doch vorkommt.

433 Eine Zuspitzung dieser Problematik findet sich im vieldiskutierten Fall der terminal krebserkrankten und schwangeren Angela Carter, die für eine palliative Behandlung in den letzten Lebensstagen optiert hatte, zumal sie den Belastungen eines Kaiserschnitts zur Geburt ihres Kindes in der 26. Schwangerschaftswoche nicht gewachsen war, das Kind nur eine etwa 50-prozentige Chance hatte zu überleben, und mit grosser Wahrscheinlichkeit schwer behindert gewesen wäre. Sie wurde einem erzwungenen Kaiserschnitt unterzogen, das Kind starb kurz nach der Geburt, Angela Carter fiel in ein Koma und starb zwei Tage später. Der Gerichtsentscheid, welcher dieses Vorgehen bewilligt hatte, wurde später revidiert; vgl. den Hinweis auf *In re A.C.*, 533 A.2d 1259 (District of Columbia Court of Appeal) in LEMMENS, 489.

434 Vgl. statt Vieler SCHWARZENEGGER, BSK StGB II, Vor Art. 111, N 26.

mit – natürlichem oder medikamentös ausgelöstem – Einsetzen der Eröffnungswehen als eingeleitet, bei der operativen Entbindung spätestens mit der Eröffnung der Bauchdecke.⁴³⁵ Dies könnte bedeuten, dass die Frau eine Straftat begeht, wenn sie den Tod oder die Körperverletzung des Kindes während des Geburtsvorganges zum Beispiel durch Unterlassen eines indizierten Kaiserschnitts zu verantworten hat, wobei sie wegen der Ausnahmesituation, in welcher sie sich befindet, im Falle der (eventual)vorsätzlichen Tötung dem privilegierten Tatbestand von Art. 116 StGB, im Falle der fahrlässigen Tötung und der Körperverletzung aber den allgemeinen Tatbeständen unterliegen würde. Besonders bedeutsam ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob und inwieweit die Frau eine Rechtspflicht trifft, während der Geburt auftretende Gefahren für das Kind beispielsweise durch Einwilligung in eine medizinisch notwendige Behandlung abzuwenden. Da das Kind die zivilrechtliche Rechtspersönlichkeit erst mit der vollendeten Geburt erlangt, wird sich ein entsprechendes Handlungsgebot nicht auf die elterlichen Pflichten stützen können. Strafrechtlich betrachtet ist indessen vom Bestehen einer Garantenstellung der Mutter bereits während des Geburtsvorganges auszugehen.⁴³⁶ Freilich hätte die Mutter eine Tötung oder eine Körperverletzung des Kindes durch Unterlassen nur dann begangen, wenn diese durch das gebotene Handeln höchstwahrscheinlich hätten verhindert werden können.⁴³⁷ In subjektiver Hinsicht müsste die gebärende Frau zudem erkannt haben, dass der Tod oder die Körperverletzung des Kindes gerade wegen des nicht vorgenommenen Eingriffs hatte eintreten können.⁴³⁸ Der Arzt seinerseits könnte sich der Beihilfe zu einer solchen Kindestötung schuldig machen, wenn er die Möglichkeit gehabt hätte, einzuschreiten.⁴³⁹ Daraus könnte man folgern, dass eine Ärztin nach Eröffnen des Geburtsvorganges – und mit Beginn des Lebens aus strafrechtlicher Perspektive – auch gegen den Willen der Patientin einen Kaiserschnitt oder andere geburtshilfliche Massnahmen durchführen könnte oder müsste, wenn diese zur Lebenserhaltung oder zur Wahrung der körperlichen Integrität oder Gesundheit des Kindes notwendig erscheinen. Eine gegen die eindeutige Verweigerungshaltung der Mutter vorgenommene Behandlung ist allerdings ihrerseits als Verletzung der körperlichen Unversehrtheit der Frau strafrechtlich relevant, wobei die Strafbarkeit des Arz-

435 Vgl. zu den verschiedenen Positionen SCHWARZENEGGER, BSK StGB II, Vor Art. 111, N 28. Ebenfalls vertreten wird die Ansicht, für den Beginn des strafrechtlichen Lebensschutzes beim Kaiserschnitt sei die Setzung der Narkose entscheidend, zumal der Schutz deshalb gewährleistet werde, weil mit der Geburtshilfe besondere Risiken einhergehen, was auch für die Narkose zutrefte; so SITEK, 12 f.

436 Vgl. SCHWARZENEGGER, BSK StGB II, Art. 116, N 5, mit weiteren Hinweisen.

437 So die in Rechtsprechung und Lehre vorherrschende «Wahrscheinlichkeitstheorie»; vgl. DONATSCH/TAG, 313 f.

438 DONATSCH/TAG, 316.

439 In Anwendung von Art. 27 StGB wäre der Arzt immer nach den Tötungstatbeständen von Art. 111–113 StGB und den Körperverletzungstatbeständen von Art. 122–125 StGB strafbar, vgl. SCHWARZENEGGER, BSK StGB II, Art. 116, N 3.

tes unter Umständen zufolge rechtfertigender Pflichtenkollision oder einer entschuldbaren Notstandshilfe zugunsten des Kindes entfallen könnte.⁴⁴⁰

Aufgrund der Behandlungsvereinbarung mit der Mutter sind die Handlungsmöglichkeiten von Ärztinnen und Ärzten durch das Selbstbestimmungsrecht der Patientin beschränkt, sind doch Eingriffe zugunsten des Kindes immer auch mit einer einwilligungsbedürftigen Behandlung der Mutter verbunden. Aus Sicht der gebärenden Frau steht der strafrechtliche Schutz des Kindes während des Geburtsvorganges in einem Spannungsverhältnis zu ihrem Selbstbestimmungsrecht, zu ihrem Recht, über medizinische Eingriffe an ihr zu entscheiden, das heisst, über ihre körperliche Integrität zu verfügen. Selbst wenn eine Schutzpflicht der Frau gegenüber dem Kind bejaht wird, müsste die Inanspruchnahme einer medizinischen Behandlung der Frau auch zumutbar sein. Ob die Zumutbarkeit gegeben ist, muss jedoch im Wesentlichen von ihr selbst beurteilt werden. Eine im Unterlassungsfall strafrechtlich zu sanktionierende Verpflichtung zur Duldung eines schwerwiegenden Eingriffs, wie ihn etwa ein Kaiserschnitt darstellt, kann deshalb nicht bestehen. Die Behandlungsverweigerung der Frau ist vielmehr zu respektieren. Eine autonome und eigenverantwortliche Entscheidung der Frau wäre nicht mehr gewährleistet, wenn sie bei jeder Nichteinwilligung in eine medizinische Massnahme eine strafrechtliche Verfolgung zu befürchten hätte, weil das Kind während des Geburtsvorganges verletzt werden könnte. Mit einer fehlenden Einwilligung der Mutter entfällt aber auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes, wenn er keine medizinische Intervention zugunsten des Kindes und gegen den Willen der Frau unternimmt.

Es sei daran erinnert, dass Frauen weder während der Schwangerschaft noch nach der Geburt eine strafrechtlich sanktionierte Pflicht trifft, körperliche Eingriffe zugunsten des Fötus oder Kindes zu dulden. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit der Frau während der Stunden der Geburt aufzuheben, schafft nicht nur Werteinkohärenz, sondern tangiert ihre Würde in einer höchst verletzlichen Situation.

Schliesslich bleibt hervorzuheben, dass in der Geburtsbegleitung nur sehr wenige Massnahmen absolut indiziert sind. Ob und wie medizinisch interveniert wird, ist nicht nur kulturell und sozial verschieden, sondern auch abhängig von persönlichen Haltungen gegenüber Lebensrisiken. Im geltenden Umfeld der medikalisierten Geburt ist es eine Herausforderung für Frauen, sich dem technologischen Imperativ zu widersetzen. Ihre Entscheidungen darüber hinaus in einen strafrechtlichen Kontext zu stellen, ist kaum zu vereinbaren mit den Grundsätzen der reproduktiven Selbstbestimmung. Hingegen ist es entscheidend, über Massnahmen, Risiken und Alternativen umfassend aufzuklären. Dazu gehört auch Transparenz in Bezug auf die erwähnten persönlichen Haltungen.

440 Vgl. SCHWARZENEGGER, BSK StGB II, Vor Art. 111 StGB, N 29.

3. *Indizierte und elektive Sectio*

Der medizinische Fortschritt in der Geburtsmedizin hat sich in den letzten Jahren insbesondere durch die erhebliche Verminderung der Operationsrisiken beim Kaiserschnitt ausgezeichnet: gute prä- und postoperative Versorgung, neue Operationstechniken, sicherere Anästhesie. Der Kaiserschnitt gehört heute zu den Standardeingriffen der Geburtshilfe. Zudem erhalten die Risiken einer vaginalen Geburt vermehrte Aufmerksamkeit. Die Zahl der Kaiserschnitte nimmt ständig zu, was zum einen mit den Entwicklungen der Geburtsmedizin zu erklären ist, zumal einzelne Interventionen häufig weitere nach sich ziehen, sowie der Zunahme von Risikoschwangerschaften, zum anderen ist es der Wunsch und das Bedürfnis einer wachsenden Zahl von Frauen, die Geburt zu planen und die Risiken zum Beispiel von Verletzungen des Beckenbodens und Schmerzen einer vaginalen Geburt zu vermeiden.⁴⁴¹ Diese Entwicklung wird mitunter kritisiert. Unter dem Aspekt der reproduktiven Selbstbestimmung wird einerseits diskutiert, inwiefern Frauen die *Sectio* als Entbindungsmethode auch sollen wählen können, wenn sie medizinisch nicht indiziert ist, und andererseits, inwiefern die Zunahme von medizinisch nicht indizierten Kaiserschnitten tatsächlich selbstbestimmte Entscheidungen reflektiert oder eher Folge einer zwanghaften Logik ist.

Die Indikationen für eine *Sectio* können absoluter Natur sein, wenn eine vaginale Geburt mit erheblichen Gefahren für die Gesundheit des Ungeborenen oder der werdenden Mutter einhergeht. Dies trifft unter bestimmten Voraussetzungen bei einer HIV-Erkrankung der Frau oder bei einer Fehllage der Plazenta zu. Meist liegt aber nur eine relative Indikation vor, so zum Beispiel bei einer Mehrlingsschwangerschaft, bei früheren Schnittentbindungen oder bei der Beckenlage des Fötus. Die Risiken einer vaginalen Geburt im Vergleich zu einem Kaiserschnitt werden gegeneinander abgewogen.⁴⁴² Besteht keine medizinische, psychische oder geburtshilfliche Indikation für den Kaiserschnitt beziehungsweise keine Kontraindikation für eine vaginale Geburt, spricht man von der elektiven *Sectio*. Zulässigkeit und Angemessenheit des Kaiserschnitts ohne ein erkennbares medizinisches Motiv sind umstritten.⁴⁴³ Die vaginale Geburt gilt als die natürliche und ist damit die bevorzugte Entbindungsmethode. Insbesondere sind die langfristigen maternalen Risiken der primären Schnittentbindung im Vergleich zu denjenigen einer vaginalen Geburt nach unauffälliger Schwangerschaft nach wie vor deutlich erhöht.⁴⁴⁴ Während in der älteren Literatur die Ansicht vertreten wurde, der Kaiserschnitt ohne medizinische Indikation sei rechts- und sittenwidrig, hat in den letzten Jahren nicht zuletzt wegen

441 Siehe MARKUS, 33 ff.; zu den Nachteilen und Risiken einer vaginalen Geburt ebd., 63 ff.

442 Vgl. zu dieser Einteilung und der Verteilung der verschiedenen Indikationen auf die Gesamtheit der Kaiserschnitte Gynécologie Suisse, Guideline, Punkt 2.

443 Vgl. zur Diskussion in der Ethik MARKUS, 171 ff.

444 Vgl. Gynécologie Suisse, Guideline, Punkt 12.

der stark verminderten Risiken des Eingriffs eine Verschiebung zugunsten der Selbstbestimmung der Frau und ihrer Wahl des Geburtsmodus stattgefunden, dies zumindest dann, wenn sie im weitesten Sinne nachvollziehbare Gründe für den Wunsch vortragen kann. Willigt also die werdende Mutter in den Kaiserschnitt rechtsgültig ein, soll der Eingriff durchgeführt werden, auch wenn keine medizinische Indikation vorliegt. Wegen der Tragweite der Entscheidung muss die Aufklärung freilich besonders umfassend und sorgfältig ausfallen. Schliesslich ist ein Arzt auch nicht verpflichtet, eine primäre *Sectio* auf Wunsch durchzuführen.⁴⁴⁵

4. Haftung für Schädigungen während der Geburt mit postnatalen Folgen

Begeht der Arzt im Zuge der Geburtsbetreuung eine Sorgfaltspflichtverletzung, so haftet er (auch) für Schäden, die dem Kind entstehen.⁴⁴⁶ Missachtet er den Willen der Gebärenden, so verletzt er deren körperliche Integrität und reproduktive Selbstbestimmung. Mit Bezug auf die Haftung der Mutter für Schäden, die dem Kind während des Geburtsvorganges entstanden sind, gelten die Ausführungen zur Haftung für Schäden, die auf Verhaltensweisen während der Schwangerschaft zurückzuführen sind, entsprechend.

III. Frühgeburt

Im medizinischen Kontext ist eine Frühgeburt eine solche vor Vollendung der 37. Schwangerschaftswoche. Bei Lebendgeburten vor der 28. Schwangerschaftswoche handelt es sich um extreme Frühgeburten.⁴⁴⁷ Intensivmedizinische Massnahmen zur Lebenserhaltung Frühgeborener schliessen heute fast unmittelbar an die Möglichkeit des Schwangerschaftsabbruchs aus Indikation an.

445 Vgl. Gynécologie Suisse, Guideline, Punkt 4.4. Vgl. zum Beispiel auch § 23 Abs. 2 PatG ZH.

446 Siehe Urteil des Bundesgerichts 4C.32/2003 vom 19.5.2003, E. 2.2 bezüglich der Vertragshafung eines Arztes wegen einer Sorgfaltspflichtverletzung in der geburtlichen Behandlung des werdenden Kindes: «Es ist für den Arzt ohne weiteres erkennbar, dass ein solcher Vertrag von der Mutter hinsichtlich seines ganzen Gehaltes, also auch soweit es um die Wahrung der Gesundheit des Kindes geht, nicht nur im Interesse des Kindes, sondern auch im eigenen Interesse und damit für sie selbst geschlossen wird: Es geht ihr regelmässig nicht nur um die Wahrung ihrer eigenen Gesundheit, sondern auch darum, ein gesundes Kind zu haben.» Zur Spitalhaftung wegen eines unterlassenen indizierten Kaiserschnitts vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_48/2010 vom 9.7.2010.

447 Die Totgeburt ist hingegen die Geburt eines verstorbenen Fötus von 500 Gramm und mehr Geburtsgewicht oder einem Gestationsalter von mindestens 22 vollendeten Schwangerschaftswochen. Ein Totgeborenes ist meldepflichtig und im Geburtsregister einzutragen (Art. 9 Zivilstandsverordnung), erwirbt aber keine Persönlichkeit im Sinne des Art. 31 ZGB. In zahlreichen Fällen bleibt die Ursache der Totgeburt ungeklärt. Die Zahl der tot geborenen Kinder pro 1000 Geburten ist zwischen 1970 und 1990 um die Hälfte zurückgegangen, seit 1990 ist sie jedoch fast unverändert geblieben und seit einigen Jahren steigt sie wieder leicht an; BFS, Totgeburten, 1. Jährlich sind etwa 350 Totgeburten zu verzeichnen.

In der medizinischen Literatur wird der Zeitraum zwischen dem Ende der 24. Schwangerschaftswoche und dem siebten Lebenstag nach der Geburt auch als Einheit betrachtet und als Perinatalperiode bezeichnet.⁴⁴⁸ Im rechtlichen Kontext stellt die Geburt aber eine Zäsur dar. Mit der Geburt greift das Recht auf Leben vollumfänglich. Während Abtreibungen in der 24. Schwangerschaftswoche straflos bleiben können, trifft den Arzt grundsätzlich eine Behandlungspflicht für ein zu früh geborenes Kind desselben Gestationsalters. Mit anderen Worten: Wird der lebensfähige Fötus im Mutterleib abgetötet und danach die Geburt eingeleitet, ist dies straflos; wird zuerst die Geburt eingeleitet und das selbe geborene Kind erst danach getötet, handelt es sich um eine vorsätzliche Tötung.⁴⁴⁹ Die Zäsur der Geburt ist also weitreichend, ihr wohnt aber etwas Willkürliches inne, vergegenwärtigt man sich die Tatsache, dass sich die Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit dank medizinischen Fortschritts immer mehr nach vorne verschiebt.

Bei einem (zu) früh geborenen Kind haben also das selbständige Leben und der rechtliche Schutz desselben begonnen. Die leibliche Verbindung zur Frau ist aufgehoben, das Kind ist zu einem Gegenüber geworden. Sind Entscheidungen über medizinische Massnahmen zu treffen, ist eine Abwägung der Interessen des Frühgeborenen mit denjenigen anderer Personen nicht mehr zulässig, es geht allein um den Schutz des Kindes um seiner selbst willen. Mit der Geburt geht die reproduktive Selbstbestimmung in die elterliche Verantwortung über. Eine postnatale reproduktive Selbstbestimmung, wie sie teilweise in der ausländischen Literatur vertreten wird,⁴⁵⁰ ist für den hiesigen Rechtskontext abzulehnen.⁴⁵¹

In der Behandlung von extrem Frühgeborenen herrscht häufig Entscheidungsnot. Es muss entschieden werden, ob alle Möglichkeiten auszuschöpfen sind, um das Leben des kleinen Patienten zu retten, oder ob von Behandlungen abzusehen ist, wenn sie mit grosser Wahrscheinlichkeit erhebliche Schädigungen zurücklassen. Eine solche Entscheidung kommt nicht ohne gesellschaftliche und individuelle Wertungen aus. Prognostische Unsicherheit verschärft die Entscheidungsnot, eindeutige Antworten auf die Frage, ob ein extrem Frühgeborenes intensivmedizinisch behandelt oder palliativ-medizinisch im Sterben begleitet werden soll, gibt es auch aus therapeutisch-medizinischer Sicht nicht.⁴⁵² Die Empfehlungen der Schweizerischen Gesellschaft für Neonatologie zur Betreuung von Frühgeborenen an der Grenze der Lebensfähigkeit sehen

448 PSCHYREMBEL, Perinatalperiode, 1634.

449 Vgl. SCHWARZENEGGER, 157 f.

450 Vgl. GOERING. Mit dem Konzept der postnatalen reproduktiven Selbstbestimmung soll zum Ausdruck gebracht werden, dass elterliche Selbstbestimmung eine Verlängerung reproduktiver Entscheidungen ist, deren Ausübung durch entsprechende Unterstützung in der komplexen und anspruchsvollen Situation der jungen Elternschaft ermöglicht werden soll.

451 Kritisch auch BEIER/WIESEMANN, 220.

452 Vgl. SCHLATTER/BÜCHLER, mit weiteren Hinweisen, 37 f.

vor, dass ärztliche Massnahmen bei einer Frühgeburt vor der 24. Schwangerschaftswoche in der Regel auf Palliativbehandlungen zu beschränken sind, während ab der 25. Schwangerschaftswoche eine intensivmedizinische Intervention in der Regel indiziert ist.⁴⁵³ Die Eltern sind als gesetzliche Vertreter des Kindes an der Entscheidung beteiligt, wobei sie sich am Wohl des Kindes zu orientieren haben (Art. 304 Abs. 1, 301 Abs. 1 i.V.m. Art. 302 Abs. 2 ZGB). Welche Rolle ihnen im Entscheidungsprozess zukommt, ist aber umstritten, denn im medizinischen Bereich ist die elterliche Konkretisierungskompetenz stark eingeschränkt.⁴⁵⁴ Überdies gilt, dass Eltern zum einen eine medizinisch nicht indizierte Behandlung des Kindes nicht verlangen können und zum anderen einer klar indizierten Behandlung die Zustimmung nicht verweigern dürfen. Die medizinische Indikation vermag aber ihre Orientierungsfunktion im Kontext neonatologischer Behandlungen häufig nicht zu erfüllen, weil es ein objektiv definiertes oder definierbares Kindeswohl nicht gibt. Vielmehr sind in die Beurteilung des Kindeswohls die elterlichen Ressourcen, ihre psychologischen und sozialen Lebensbedingungen wie auch ihre kulturellen und religiösen Überzeugungen miteinzubeziehen und zentral zu gewichten.⁴⁵⁵ Dies bedeutet, dass lebenserhaltende Behandlungen von Frühgeborenen wenn immer möglich im Einklang mit den Wünschen der Eltern vorzunehmen sind.

IV. Zusammenfassung und Würdigung

Der Geburtsvorgang ist Fortsetzung und zugleich Abschluss der Schwangerschaft. Mit Bezug auf die Reichweite der Selbstbestimmung der schwangeren Frau und der Möglichkeiten der Intervention zugunsten des Lebens- und Gesundheitsinteresses des zu gebärenden Kindes gelten im Wesentlichen die gleichen Erwägungen, die bereits für die Schwangerschaft dargelegt wurden. Freilich erscheint die Geburtssituation als Zuspitzung, zumal durch die nahende Geburt der Beginn der Persönlichkeit unmittelbar bevorsteht. Das erklärt auch, weshalb die zwangsweise Schnittentbindung von verschiedenen Autorinnen und Autoren als mögliche Massnahme aufgeführt wird. Doch auch während der Geburt ist grundsätzlich von gleichgerichteten Interessen von Frau und Kind auszugehen. Die Frau ist frühzeitig, sorgfältig und umfassend aufzuklären, damit sie die notwendigen Entscheidungen selbstbestimmt treffen kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die Indikationsstellung gerade mit Bezug auf geburtshilfliche aber auch neonatologische Massnahmen keine feststehende Grösse ist, sondern eine starke kulturelle oder gar persönliche Prägung hat, worüber wenn immer möglich Transparenz zu

453 Schweizerische Gesellschaft für Neonatologie, *Perinatal care*, 29.

454 Vgl. statt Vieler MICHEL, 152 ff. mit Hinweisen. Zum Kindeswohl im medizinischen Kontext auch ausführlich SCHLATTER, 107 ff.

455 Grundlegend MICHEL, 153 ff.; SCHLATTER, 124 ff.; SCHLATTER/BÜCHLER, 46 f.

schaffen ist. Medizinische Indikationen eröffnen regelmässig einen Ermessensspielraum, weshalb über Alternativen und deren Einordnung aufzuklären ist. Absolute Indikationen sind sehr selten, Behandlungsoptionen und Einschätzungen von und Umgangsweisen mit Risiken verschieden. Das Ermessen ist im Sinne der Wünsche, Bedürfnisse und Werte der Frau zu konkretisieren.

F. Das Recht des Kindes auf Wissen und Nichtwissen

Verschiedene reproduktive Verfahren führen zu einer Spaltung in soziale, genetische und biologische Elternschaft und damit zu fragmentierten Familienverhältnissen, so die Samenspende, die Eizellen- und Embryonenspende oder die Leihmutterchaft. Sie alle bringen aber in erster Linie Kinder hervor, die eigene Wünsche und Vorstellungen haben und die in diesem Gefüge ihre Position einnehmen wollen und sollen. Die keimzellenspendende Person mag dem Kind sozial fremd sein, biologisch und genetisch ist sie aber mit ihm aufs engste verbunden. Eine Kultur der Offenheit und allenfalls gar der flexiblen Integration verschiedener Beteiligter in die Familienordnung ist von Geheimnissen und Ausschluss geprägten Bündnissen regelmässig vorzuziehen. Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung ist völker- und verfassungsrechtlich verbrieft (Art. 7 UN-KRK, Art. 8 EMRK, Art. 119 Abs. 2 lit. g BV, Art. 10 Abs. 2 BV) und unbestrittenermassen ein wesentlicher Aspekt des Wohls des Kindes.⁴⁵⁶ Konkretisierend räumt Art. 27 Abs. 1 FMedG dem Kind das uneingeschränkte Recht ein, ab Vollendung des 18. Lebensjahres Auskunft über die äussere Erscheinung und die Personalien des Spenders zu verlangen. Hat es ein schützenswertes Interesse daran, kann es die entsprechende Auskunft bereits früher erhalten (Art. 27 Abs. 2 FMedG). Eltern haben eine umfassende Verantwortung gegenüber dem Kind: Als Inhaber der elterlichen Sorge dürfen und müssen sie für das Kind sorgen, dieses erziehen und vertreten. Mit dem Heranwachsen des Kindes verändert sich ihre Aufgabe. So wandelt sich der Inhalt der elterlichen Sorge mit zunehmender Selbständigkeit des Kindes zur Leitung und schliesslich zur wachsamem, beratenden Begleitung. Die Entscheidungsbefugnis der Eltern ist begrenzt durch das Wohl und die Persönlichkeitsrechte des Kindes (Art. 301 Abs. 1 ZGB). Es ist inzwischen anerkannt, dass es die Pflicht der Eltern ist, das Kind über seine Entstehungsgeschichte aufzuklären (Art. 272 ZGB).⁴⁵⁷ Nicht nachvollziehbar ist hingegen, weshalb das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung im Grundsatz erst bei Volljährigkeit geltend gemacht werden kann, handelt es sich doch um ein höchstpersönliches Recht, weshalb Urteilsfähigkeit nach den allgemeinen Regeln (vgl. 19c Abs. 1 ZGB) genügen

456 Ausführlich zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung BÜCHLER/RYSER. Siehe die eindrückliche und ausführliche Schilderung der Perspektive der Spenderkinder BERNARD, 124 ff.

457 SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, Art. 272, N 5; BÜCHLER/RYSER, 15.

müsste. Die Ergebnisse psychologischer Forschung sprechen jedenfalls für eine möglichst frühe Aufklärung.⁴⁵⁸

Weniger diskutiert wird die sich im Zusammenhang mit einer immer umfassenderen pränatalen Diagnostik stellende Frage, welche Pflichten Eltern gegenüber ihren Kindern in Bezug auf die Offenlegung von pränatal erhobenen Informationen über ihre genetische Konstitution haben. Das Kind hat ein Recht auf Auskunft und auf Nichtwissen, das höchstpersönlicher Natur ist. Es kann dieses selbständig geltend machen, sobald es urteilsfähig, das heisst, in der Lage ist zu verstehen, um welche Informationen es geht, und sich mit Bezug auf die Kenntnisnahme eine Meinung zu bilden und diese zu äussern. Auch in diesem Zusammenhang ist das Kind auf die Mitteilung der Eltern angewiesen, dass solche pränatal erhobenen Informationen vorhanden sind, um das Recht auf Auskunft beziehungsweise Nichtwissen wahrnehmen zu können. Meines Erachtens verpflichtet die Beistandspflicht (Art. 272 ZGB) die Eltern, mit Urteilsfähigkeit des Kindes ihm diese Information zukommen zu lassen. Es ist freilich auch denkbar, dass Eltern bereits zu einem früheren Zeitpunkt ihr Kind mit pränatal erhobenen Informationen betreffend seine genetischen Veranlagungen konfrontieren wollen. Das ist allerdings nur dann zulässig – dann allerdings auch erforderlich –, wenn die Kenntnisnahme im Wohl des Kindes liegt, insbesondere weil Massnahmen zur Förderung der Gesundheit und zur Prävention von Krankheit zur Verfügung stehen.

Der Familienalltag ist durch Kommunikation geprägt; Offenheit und Vertrauen sind entscheidend für eine gute Eltern-Kind-Beziehung. Es liegt freilich in der Erziehungskompetenz der Eltern zu beurteilen, was im Wohl des Kindes liegt und was nicht. Sind Informationen über genetische Veranlagungen des Kindes vorhanden, kann dies allerdings die Eltern-Kind-Beziehung belasten und im Alltag schwierige Spannungsverhältnisse zwischen Erziehung und Sorge der Eltern und dem Recht auf Nichtwissen und eine offene Zukunft des Kindes erzeugen.⁴⁵⁹ Gerade deshalb erscheint es gerechtfertigt, pränatale genetische Untersuchungen auf Eigenschaften zu beschränken, die für die Gestaltung der Kindheit eine Bedeutung haben, die sich im Kindesalter bemerkbar machen und die tatsächlich beeinflusst werden können.⁴⁶⁰

Schliesslich gilt nach der Geburt des Kindes erst recht, dass prädiktive genetische Untersuchungen von nicht gesundheitsrelevanten Eigenschaften, von nicht behandelbaren Krankheiten, von Krankheiten, die sich erst im Erwachsenenalter manifestieren und die nicht gemildert werden können, sowie Untersuchungen auf einen Anlageträgerstatus zu unterbleiben haben, um das Recht des Kindes auf Nichtwissen und auf informationelle Selbstbestimmung zu wahren. Nach Art. 10 Abs. 2 GUMG darf immerhin eine genetische Untersuchung bei

458 Vgl. die umfassenden Hinweise auf die Forschung bei SIMONI, 64 ff.

459 Vgl. dazu BLEISCH, Genetische Untersuchungen, 285 f.

460 So die Ausführungen in BÜCHLER, Genetische Untersuchungen, 247 f.

einer urteilsunfähigen Person durchgeführt werden, wenn sie zum Schutz ihrer Gesundheit notwendig ist – wobei in diesem Zusammenhang ein weiter Gesundheitsbegriff gilt, welcher das psychische und soziale Wohlbefinden miteinbezieht⁴⁶¹ – und auch ausnahmsweise dann, wenn sich eine schwere Erbkrankheit in der Familie oder eine entsprechende Anlageträgerschaft nicht auf andere Weise abklären lässt. In der Schweiz wird ein Neugeborenen-Screening in Form einer genetischen Reihenuntersuchung (Art. 12 GUMG) durchgeführt; untersucht werden verschiedene Stoffwechsel- und Hormonkrankheiten, für welche eine Frühbehandlung oder eine Prophylaxe möglich sind.⁴⁶²

G. Schlussbetrachtung und Thesen

Angesichts der Anzahl, der Vielfalt und der Komplexität der Fragen im Umfeld der reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung an den Anfängen menschlichen Lebens fällt es nicht leicht, ein abschliessendes Resümee zu ziehen. Die einzelnen Teile lassen sich nur schwer zu einem grossen stimmigen Bild zusammenfügen. Es folgt eine thesenhafte Zusammenfassung mit Ausblick.

1. Es braucht eine umfassende Theorie der reproduktiven Rechte.

Reproduktive Rechte berühren essentielle menschliche Lebensbereiche und sind ein höchstpersönliches Gut, das Gesetzgebung und Rechtsprechung zu den verschiedenen Stadien der Entstehung und den Anfängen des menschlichen Lebens leiten sollte. Allerdings fehlt bislang in der hiesigen Diskussion eine Theorie der reproduktiven Rechte. Dimensionen, Reichweite und Grenzen der reproduktiven Selbstbestimmung sind nicht geklärt. Anders als in der ethischen und der rechtswissenschaftlichen Literatur des anglo-amerikanischen Raums herrscht hierzulande ein verengter Blick vor, der nur wenige Aspekte des Rechts auf *ein* oder *kein* Kind zu erfassen vermag. Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung bedürfen einer Theoretisierung, welche die gesetzgeberischen Entscheidungen leiten kann. In ihrem Kern muss reproduktive Selbstbestimmung Entscheidungen umfassen, welche die reproduktive Aktivität, aber auch medizinische Interventionen zur Erlangung oder Verhinderung einer Schwangerschaft zum Inhalt haben. Schliesslich muss sie die Bedingungen der und die Kontrolle über Schwangerschaft und Geburt einbeziehen.

2. Die Wirkungsmacht der Medikalisierung des Anfangs menschlichen Lebens auf den Diskurs über die reproduktive Selbstbestimmung ist gross.

Die Tatsache, dass die Anfänge menschlichen Lebens immer häufiger und intensiver medizinisch begleitet werden, hat weitreichende Implikationen für

461 Vgl. Botschaft GUMG, 7408 f.

462 Vgl. ausführlich BAG, Genetische Reihenuntersuchungen.

die reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, denn die verschiedenen Angebote haben grosse persuasive Macht und sie gehen mit sozialer Normierung einher. Wunsch und Zwang, die verfügbaren Technologien in Anspruch zu nehmen, liegen nah beieinander. Autonomie ist ein Ideal, deren Realisierung sich im konkreten medizinisch-gesellschaftlichen Kontext komplex gestaltet. Die Frage kann jedenfalls nicht nur lauten, ob Personen ein bestimmtes medizinisches Verfahren wählen dürfen oder erdulden müssen, und in welchen Bereichen sich der Staat der Intervention enthalten sollte, sondern vor allem auch, wie mittels Richtlinien, Praktiken und Beratung sichergestellt werden kann, dass die betroffenen Personen Zugang zu allen relevanten Informationen und Ressourcen haben, so dass sie vollständig in den Entscheidungsfindungsprozess integriert sind und Raum für tatsächlich selbstbestimmte Entscheidungen haben.

3. Die Konstruktion eines «Werdende Mutter-werdendes Kind»-Konflikts ist keine adäquate Grundlage für die Bewältigung der juristischen Fragen betreffend die pränatale Phase.

Die in der Literatur vorgefundene Desorientierung in zahlreichen Fragen der reproduktiven Selbstbestimmung während der Schwangerschaft und Geburt und die teilweise problematischen rechtlichen Konstruktionen, wie beispielsweise die Ausweitung des Kindesschutzes auf die vorgeburtliche Phase, sind wesentlich auf den ungeklärten Status des Embryos und eine konfliktfokussierte Betrachtung des Verhältnisses zwischen der schwangeren Frau und dem Fötus zurückzuführen. Wissenschaftlich-technische Entwicklungen, welche die Lebenseinheit von Fötus und schwangerer Frau auflösen oder den Fötus zum Objekt von Analyse, zum Adressat medizinischer Intervention und zum von äusseren Einwirkungen Betroffenen machen, führen dazu, dass medizinische und andere Handlungsoptionen vermehrt in ausgebaute Rechtsansprüche eines verselbständigten Fötus übersetzt werden. Dies wiederum hat unweigerlich eine zivil- und mitunter auch strafrechtlich verfasste Beziehung zwischen Fötus und Frau zur Folge. Dieser Tendenz, die Schwangerschaft als Rechtsverhältnis zu konstruieren, ist entgegenzutreten, zumal sie weder der beziehungsbezogenen noch der leiblichen Verbindung zwischen werdender Mutter und werdendem Kind gerecht zu werden vermag. Mit VAN DEN DAELE gesprochen:

«Sie eröffnet ein Feld für präventive Zwänge, die im Ergebnis die Selbstbestimmung der Schwangeren über ihre Lebensführung und ihren Körper beseitigen. [...] Eine derartige Verrechtlichung [...] macht die Lebenseinheit zwischen der Schwangeren und ihrem Fötus normativ bedeutungslos und behandelt die Frau insoweit lediglich als Treuhänderin des Fötus, als Mittel zum zukünftigen Kind.»⁴⁶³

Ist die Diskussion von der Vorstellung eines Mutter-Fötus-Konflikts geprägt, werden Überlegungen angestellt, wie die konfligierenden Interessen abzuwä-

463 VAN DEN DAELE, 30.

gen sind und wann eine Intervention zugunsten des Embryos und zulasten der reproduktiven Selbstbestimmung der schwangeren Frau vorgenommen werden kann, darf und soll.⁴⁶⁴ Dies ist problematisch. Zunächst darf und sollte darauf vertraut werden, dass reproduktive Entscheidungen von Frauen und Paaren sich nicht ausschliesslich oder gar vorrangig an ihrem Recht orientieren, über die Belange des eigenen Lebens zu bestimmen, sondern diese getroffen werden, um der Verantwortung gegenüber dem werdenden Leben und anderen, möglicherweise konkurrierenden Verpflichtungen gerecht werden zu können. Das ist eine umfassende und ganz persönliche Verantwortung. Der Mutter-Fötus-Konflikt-Konstruktion ist mithin eine beziehungsethische Perspektive entgegenzuhalten. WIESEMANN stellt zu Recht fest, dass die verschiedenen Beteiligten nicht voneinander unabhängige Grössen sind, deren moralische Ansprüche gegeneinander abgewogen werden müssten, dass sie vielmehr zueinander in einer Beziehung stehen, die sich zunächst nur als Aussicht, später als ernsthafte Chance und schliesslich als von Verantwortung und Sorge geprägter Alltag präsentiert.⁴⁶⁵ Hinzu gesellt sich die leibliche Wirklichkeit der Schwangerschaft. Auch wenn Positionen wie diejenige von BARBARA DUDEN, der intrauterine Fötus sei nicht den Kategorien Leben oder Natur zuzuordnen, sondern ein Geschöpf der modernen Gesellschaft und eine instrumentell hergestellte Scheinwirklichkeit,⁴⁶⁶ im rechtswissenschaftlichen Diskurs kaum produktiv wirken können, ist dennoch vor epistemologischen Fallen durch die Visualisierungstechniken zu warnen. Technische Abbildungen vermögen das sinnlich Erlebte weder zu fassen, noch sollten sie es verdrängen: Das Erleben, wonach der Fötus für die schwangere Frau «both me and not me»,⁴⁶⁷ in ihr und Teil von ihr, zugleich aber noch etwas darüber hinaus ist.

Erst mit der Geburt entsteht zwischen Eltern und Kind auch eine soziale Beziehung, die der rechtlichen Fassung bedarf. Das bedeutet freilich nicht, dass der Embryo zur freien Verfügung der Frau steht. Ich kann RÜTSCHES Analyse folgen, wonach dem Embryo oder Fötus ein Eigenwert zukommt, und ein Eingriff in diesen durch die Grundrechtsausübung gerechtfertigt werden kann und muss. Ich möchte allerdings einen Schritt weiter gehen: Die Gegenüberstellung von autonomer Entscheidung der Frau und Schutzinteressen des Embryos greift häufig zu kurz und blendet die leibliche und beziehungsethische Dimension von Reproduktion aus. Deshalb und im Sinne der oben eingenommenen kriti-

464 Dazu trägt freilich auch die allgegenwärtige Diskussion um das Leben, den Lebensschutz und den Beginn des Lebens bei, die unweigerlich zu einer Diskussion um Interessen und Rechte führt.

465 Vgl. WIESEMANN, *passim*. WIESEMANN, 126, hält auch fest, dass Versuche, Konflikte in der Schwangerschaft wie Konflikte zwischen zwei Individuen zu behandeln, in der Prämisse jenen Gegensatz zwischen Frau und Fötus erzeugen, der hätte aufgelöst werden sollen. Siehe auch MACKINNON, 1317 f.

466 DUDEN, 13, *passim*.

467 MACKINNON, 1316.

schen Haltung gegenüber der Mutter-Kind-Konflikt-Konstruktion bevorzuge ich eine Betrachtung, wonach die Interessen des Embryos dann, wenn die leibliche Verbindung von Embryo und Frau bereits entstanden ist, nicht eine externe, sondern eher eine der reproduktiven Selbstbestimmung inhärente Schranke bilden. Schliesslich können sich Schutzinteressen des ungeborenen Lebens auch als öffentliche Interessen präsentieren, die einen Eingriff in die reproduktive Selbstbestimmung zu rechtfertigen vermögen.

4. In einem Behandlungskontext ist die Frau Patientin, ausgestattet mit der dazugehörenden Selbstbestimmung.

Unabhängig davon, ob es um eine Entnahme von Eizellen für ihre Befruchtung, einen Abbruch der Schwangerschaft, eine genetische Untersuchung des Embryos oder um medizinische Interventionen während der Geburt geht: Der Arzt oder die Ärztin behandelt die Frau in ihren besonderen Lebensbezügen und nicht den Embryo. Die Frau ist Aufklärungsadressantin, sie stimmt den Behandlungen zu. Ihre ganzheitlich verstandene Gesundheit ist Ziel der medizinischen Intervention sowohl bei der Reproduktion als auch während der Schwangerschaft und Geburt. Sie umfasst die Perspektiven der physischen und psychischen Entwicklung aller Beteiligten, auch die des potenziellen oder werdenden Kindes, und die Beziehung zwischen ihnen.

5. Das Pendel muss auch in der Reproduktion zugunsten der Selbstbestimmung ausschlagen.

Das zwischen dem medizinethischen Prinzip der Autonomie und dem Fürsorgeprinzip⁴⁶⁸ oszillierende Pendel hat in den letzten Jahren klar auf die Seite der Autonomie ausgeschlagen. Die Selbstbestimmung ist gar zum unangefochtenen Paradigma der Medizinethik und des Medizinrechts geworden. Das Autonomieprinzip verpflichtet, jede Verhinderung selbstbestimmten Lebens eigens zu rechtfertigen. Im Kontext von Reproduktion, Schwangerschaft und Geburt trifft dies aber nicht unbedingt zu. In diesen Kontexten bestehen Verbote und es werden Interventionen diskutiert, welche der Entscheidungsfreiheit der Frau oder des Paares keine oder geringe Bedeutung zusprechen, dies unter dem Einfluss technologischer Errungenschaften und einer Perspektive, wonach der Fötus als selbständige Entität vor der schwangeren Frau zu schützen sei. Das Recht, reproduktions- und gesundheitsbezogene Entscheidungen selbst zu treffen, muss aber auch für Paare, welche Elternschaft erfahren wollen, und für die schwangere Frau uneingeschränkt gelten. Schliesslich muss die Selbstbestimmung nicht nur für reproduktive Verfahren oder die Abwehr von Eingriffen in die körperliche Integrität gelten, sondern autonome Entscheidungen können im Grundsatz auch Behandlungen rechtfertigen, welche medizinisch nicht indiziert

468 Vgl. zu den vier bioethischen Prinzipien der Autonomie, der Fürsorge, der Nichtschädigung und der Gerechtigkeit BEAUCHAMP/CHILDRESS, 13 f., 101 ff.

sind, so beispielsweise den Kaiserschnitt auf Wunsch, eine besondere pränataldiagnostische Untersuchung oder die Eizellenspende.

In die reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung als grund- und persönlichkeitsrechtlich geschützte Position kann freilich eingegriffen werden, dann nämlich, wenn öffentliche Interessen oder Grund- beziehungsweise Persönlichkeitsrechte Dritter dies gebieten. Um welche Positionen es im Einzelnen geht, ist im jeweiligen Kontext zu diskutieren. Hier sind es die Menschenwürde und das Kindeswohl, die in verschiedenen Zusammenhängen genannt werden, um bestimmte Verbote oder Einschränkungen zu rechtfertigen. Ein wesentlicher Inhalt der reproduktiven Autonomie besteht jedoch gerade darin, dass die betroffene Person selbst entscheiden kann, was ihr zur Würde gereicht, beziehungsweise dass das Konzept der Würde nicht gegen ihre Ansicht durchgesetzt wird.⁴⁶⁹ Das Kindeswohl als individuelles Interesse ist insofern nicht geeignet, der reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung Grenzen zu setzen, als das Kind entweder noch nicht gezeugt wurde oder noch keine Rechtspersönlichkeit besitzt. Hingegen können zur Begründung von Eingriffen in die reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung eine ganze Reihe von öffentlichen Interessen relevant sein, so auch die Bedeutung der Einhaltung medizinischer Standards, die Glaubwürdigkeit der medizinischen Profession, aber auch die gesellschaftliche Kohäsion und Integrität. Gefahren für die Gesellschaft im Allgemeinen oder für bestimmte Gruppen von Menschen, die von der Ausübung der Grundrechtsposition ausgehen können, sind allerdings zu konkretisieren und nachzuweisen und der Eingriff in die reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung muss geeignet, erforderlich und zumutbar sein, um den angestrebten Schutz zu erreichen.

6. Stellt man sich die Dimensionen reproduktiver Selbstbestimmung in einem konzentrischen Kreis vor, so macht die körperliche Integrität das Zentrum aus.

Der Körper ist Kern der Intimsphäre, die körperliche Unversehrtheit mithin von elementarer Bedeutung. Die körperliche Dimension einer reproduktiven Massnahme oder Entscheidung begründet oder verstärkt das Selbstbestimmungsinteresse. Tatsächlich müssen konzeptionelle Überlegungen zur reproduktiven Selbstbestimmung ihre enge Verbindung zur körperlichen Integrität miteinbeziehen. Mehr noch: Dass im Kontext von Reproduktion, Schwangerschaft und Geburt dem Willen der Frau Respekt gebührt, ist nicht zuletzt der Bedeutung des weiblichen Körpers im Reproduktionsprozess geschuldet.⁴⁷⁰

Entscheidungen hinsichtlich des eigenen Körpers sind höchstpersönlich und verdienen absoluten Respekt. Im medizinischen Kontext entzieht sich die körperliche Integrität einer Abwägung mit anderen Interessen. Auch die Entscheidung, einen Embryo auszutragen, führt weder zu einer Behandlungspflicht

469 So auch KUHN, 212, im Zusammenhang mit der Begründung für das Verbot der Leihmutter-schaft.

470 Vgl. auch NELSON, 67 ff.; JACKSON, 8.

noch dazu, Eingriffe in die körperliche Integrität dulden zu müssen. Aus dem körperlichen Selbstbestimmungsrecht folgt aber auch, dass eine Person in Eingriffe einwilligen kann, die reproduktive Entscheidungen umsetzen, zum Beispiel in einer Sterilisation, in einen Wunschkaiserschnitt, in eine invasive genetische Untersuchung oder in die Entnahme von Eizellen zum Zweck der Vorsorge.

7. In einem weiteren Kreis ist das Recht auf ein Kind beziehungsweise auf kein Kind anzusiedeln.

Dieses Recht ist die ursprünglich(st)e Dimension reproduktiver Autonomie und Selbstbestimmung und dessen völker- und verfassungsmässiger Schutz ist unbestritten. Das Recht auf *kein* Kind kann nicht nur den Zugang zu Antikontazeptiva umfassen, sondern muss sich auf den Schwangerschaftsabbruch erstrecken, wobei Jugendlichen besondere Aufmerksamkeit gebührt. Sorge zu tragen ist auch dem Grundsatz, dass niemand an der Reproduktion gehindert werden darf. Insgesamt verkörpert die aktuelle Gesetzgebung zur medizinisch assistierten Reproduktion unter dem Vorwand des Kindeswohls allerdings eine traditionelle Vorstellung von richtiger Familie und Elternschaft. Damit geht sie über ihre Aufgabe weit hinaus, nämlich einen Rahmen zur Verwirklichung des Grundrechts der reproduktiven Selbstbestimmung zu bieten beziehungsweise dieses Grundrecht nur zugunsten manifester überwiegender Interessen zu beschränken. Die zahlreichen Verbote in Bezug auf zulässige Verfahren, auf Personen und Paare, die Zugang zu reproduktionsmedizinischen Verfahren haben, und auf den Einfluss auf verwendete Keimzellen sind zwingend zu überprüfen. Jedenfalls ist der Zugang zur Reproduktionsmedizin ohne Diskriminierung der Lebensform zu gewährleisten. Daran anschliessend ist bei der rechtlichen Organisation der Familie im Modus der Samenspende, der Eizellenspende oder der Leihmutterchaft der Intention der Beteiligten entscheidende Bedeutung zuzumessen und dem urteilsfähigen Kind das Recht einzuräumen, seine Entstehungsgeschichte zu erfahren.

8. In einem weiteren, äusseren Kreis sind Entscheidungen zu verorten, die nicht nur die Reproduktion selbst betreffen, sondern darauf abzielen, Wissen über das werdende Kind zu erlangen oder Einfluss auf den zu zeugenden oder auszutragenden Embryo zu nehmen.

Ob solche Entscheidungen von der reproduktiven Autonomie und Selbstbestimmung überhaupt erfasst sind, ist im geltenden Rechtskontext von den Zwecken abhängig, die sie verfolgen. Nur wenn es um die Ermittlung krankheitsbezogener Merkmale des Embryos geht, sei dies vor oder während der Schwangerschaft, wird eine solche Zuordnung weitherum bejaht. Zunächst ist sicherzustellen, dass potenzielle und werdende Eltern trotz der Proliferation von Möglichkeiten das uneingeschränkte Recht behalten, in allen Stadien der Reproduktion auf den Zugang zu diesem Wissen zu verzichten. Weiter ist die Regelung der präimplantativen und der Pränataldiagnostik allgemein an der re-

produktiven Selbstbestimmung auszurichten. In diesen höchst umstrittenen Bereichen sind zudem in verschiedener Hinsicht Erweiterungen der Diskussionen gefragt. Erstens dienen möglicherweise präimplantative Interventionen in die Keimbahn des Embryos seiner Therapie, und damit durchaus legitimen reproduktiven Zwecken. Zweitens geht es bei der Ermittlung von Eigenschaften des Embryos oder Fötus möglicherweise nicht um reproduktive Interessen, sondern um Anliegen der zukünftigen elterlichen Sorge und des Familienlebens, über die vermehrt nachzudenken ist. Allerdings können einer Selektionsentscheidung, unabhängig davon, ob sie im Vorfeld oder während der Schwangerschaft getroffen wird, zahlreiche Interessen öffentlicher Natur entgegenstehen, die gegen das Interesse der potenziellen Eltern oder der schwangeren Frau abzuwägen sind.

9. Entscheidungen zur Lebensführung während der Schwangerschaft sind dann, wenn sie keinen Bezug zum Fötus aufweisen, ausserhalb des Rayons der reproduktiven Selbstbestimmung anzusiedeln.

Erfolgen allerdings Interventionen in diese Lebensführung, die im Zusammenhang mit der Schwangerschaft stehen, so wird die Frau in ihrer reproduktiven Funktion angesprochen und ihre diesbezügliche Selbstbestimmung ist zu berücksichtigen.

10. Eine liberale Rechtsordnung ist einer Vielfalt von Haltungen und Lebensweisen verpflichtet. Ziel gesetzlicher Normierung kann nicht sein, eine moralische Position zur allgemein gültigen zu erheben, mit Verbotsnormen soziale Kontrolle auszuüben und bestimmte Wertungen durchzusetzen, sondern sie soll Güter wie Gesundheit, Sicherheit sowie individuelle und soziale Interessen gewährleisten.

Über den moralischen Status des Embryos oder die Bewertung der Leihmutterschaft bestehen nicht nur zwischen, sondern auch innerhalb von Gesellschaften unterschiedliche Ansichten. Zur Frage nach dem richtigen Umgang mit vorgeburtlichem Leben existiert eine Pluralität von Werten und Prinzipien, die geradezu konstitutiv ist für gesellschaftliche Auseinandersetzungen. Einzelne religiöse oder weltanschauliche Haltungen zum Schwangerschaftsabbruch oder der Präimplantationsdiagnostik lassen sich nicht verallgemeinern, sondern können nur für diejenigen gelten, die sie nachzuvollziehen vermögen. SCHWARZENEGGER macht zu Recht darauf aufmerksam, dass Versuche, bestimmte moralische Anschauungen allen Individuen rechtlich vorzuschreiben, dazu führen könnten, dass das Recht seine Autorität einbüsst.⁴⁷¹ Es entspricht der Position

471 SCHWARZENEGGER, 155, mit weiteren Hinweisen. Beispiele dafür liefern die Zahlen illegaler Schwangerschaftsabbrüche und der Fortpflanzungstourismus. SCHWARZENEGGER, 152 ff., insbesondere 154 f., zieht die sogenannte soziale Konflikttheorie heran, um zu begründen, dass es notwendig sei, sich der rechtlichen Intervention im Bereich des Schwangerschaftsabbruchs nur zurückhaltend zu bedienen.

vieler Autoren, dass der moralische Status wächst, je älter der Embryo ist. Was das genau bedeutet, ist aber nicht objektivierbar. Ist eine Frage heftig umstritten und ungeklärt und gibt es im ethischen und philosophischen Diskurs eine Vielfalt von Positionsbezügen, so sind rechtliche Interventionen in höchstpersönliche Kontexte nur zurückhaltend in Erwägung zu ziehen. Die Entscheidungsverantwortung ist vielmehr derjenigen Person zuzuweisen, die der Entscheidung am nächsten steht und von ihr physisch und psychisch betroffen ist. Das gilt ganz besonders für Entscheidungen im Umfeld der Reproduktion, ist es doch ihre eigentliche Bestimmung, Lebens- und Verantwortungsbeziehungen zu begründen.

11. Die Zumutbarkeit für eine Frau oder ein Paar ist zwar ein in vielen reproduktionsbezogenen Zusammenhängen wichtiger Orientierungspunkt, in höchstpersönlichen Kontexten und pluralen Gesellschaften entzieht sie sich allerdings einer Objektivierung.

Im Kontext der Reproduktion, Schwangerschaft und Geburt wird häufig auf die Gesundheit Bezug genommen. Auch wenn die Verwendung dieses Begriffs suggeriert, dass es sich dabei um eine bestimmte oder zumindest bestimmbare Grösse handelt, wird Gesundheit ständig neu verhandelt, weshalb bei ihrer Konkretisierung den betroffenen Personen, ihren Ansichten und Umständen entscheidende Bedeutung zukommen muss. Auch bei der Antwort auf die Frage, was das medizinisch Richtige ist, handelt es sich erstens regelmässig lediglich um eine Momentaufnahme, und zweitens bestehen darüber ebenfalls unterschiedliche Meinungen.

Auch mit Bezug auf notwendige individuelle Entscheidungen im Umfeld der Diagnose, der Prävention oder der Behandlung ist der Vielfalt von Überzeugungen, den Lebensbezügen und der Verantwortungsdimension Raum einzuräumen. Geht es um die Abwägung der Interessen zukünftiger Eltern gegen öffentliche Interessen oder die Schutzwürdigkeit des Embryos oder Fötus, kommt der Einschätzung, was der Frau oder dem Paar zumutbar ist und was nicht, grosse Bedeutung zu. Die Zumutbarkeit ist im Kontext der Präimplantations- und Pränataldiagnostik, des Spätabbruchs sowie möglicher Anforderungen an das Verhalten der schwangeren Frau relevant. Die Zumutbarkeit lässt sich aber kaum je objektivieren und kontextunabhängig auslegen: Notlagen im Umfeld reproduktiver Entscheidungen sind inhärent subjektiv. Folgerichtig braucht es eine Kongruenz zwischen Entscheidungszuständigkeit und Verantwortungsübernahme. Freilich ist es dabei vornehme Aufgabe des Staates und der Gemeinschaft, die Person zu einer Entscheidung zu befähigen und sie in der Wahrnehmung ihrer Verantwortung zu unterstützen.

12. Auch bei der vertragsrechtlichen und haftpflichtrechtlichen postnatalen Verarbeitung der Reproduktion, Schwangerschaft und Geburt stehen die reproduktive Selbstbestimmung der Frau und ihre Beziehung zum Kind im Mittelpunkt.

Der Behandlungsvertrag verpflichtet den Arzt zu sorgfältigem Handeln. Dieses umfasst die Information über indizierte, der reproduktiven Selbstbestimmung dienende Untersuchungen und Massnahmen. Die reproduktive Selbstbestimmung fällt auch in den Schutzbereich der Persönlichkeitsrechte, deren Verletzung zu einer ausservertraglichen Haftung führen kann. Die Mutter hingegen haftet nur ganz ausnahmsweise für pränatale Schädigungen mit postnatalen Folgen. Eine Klage wegen der Existenz als solche fällt ausser Betracht.

Literatur

- AEBI-MÜLLER REGINA E., Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Ausgeordnung, in: Jusletter 22. September 2014
- AEBI-MÜLLER REGINA/TANNER DEBORA, Das behinderte Kind im Zivilrecht, in: Sprecher/Sutter (Hrsg.), Das behinderte Kind im schweizerischen Recht, Zürich 2006, 82 ff.
- AMSTUTZ ESTHER/GÄCHTER THOMAS, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, in: Jusletter 31. Januar 2011
- BEAUCHAMP TOM L., Does Ethical Theory Have a Future in Bioethics? Journal of Law, Medicine & Ethics, 32 (2004), 209 ff.
- BEAUCHAMP TOM L./CHILDRESS JAMES F., Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl., Oxford/New York 2013
- BEIER KATHARINA/WIESEMANN CLAUDIA, Reproduktive Autonomie in der liberalen Demokratie – eine ethische Analyse, in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie. Theoretische Grundlagen, praktische Anwendungen, Münster 2013, 205 ff.
- BELSER EVA MARIA/MOLINARI EVA, Art. 119, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit.: BSK BV, Art. 119)
- BERETTA PIERA, Art. 31, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I. Art. 1–456 ZGB, Basler Kommentar, 5. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK ZGB I, Art. 31)
- BERGHÄUSER GLORIA, Das Ungeborene im Widerspruch. Der symbolische Schutz des menschlichen Lebens in vivo und sein Fortwirken in einer allopoietischen Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft, Diss., Berlin 2015

- BERNARD ANDREAS, *Kinder machen. Samenspende, Leihmütter, Künstliche Befruchtung. Neue Reproduktionstechnologien und die Ordnung der Familie*, Frankfurt am Main 2014
- BERTSCHI NORA, *Leihmutterschaft. Theorien, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien*, Diss., Bern 2014
- BEYER DIETER/DIEDRICH KLAUS, *Bewertung von Eizellen und Embryonen*, in: Diedrich/Ludwig/Griesinger (Hrsg.), *Reproduktionsmedizin*, Berlin 2013, 225 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, *Art. 10. Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit*, in: Biaggini (Hrsg.), *BV Kommentar. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG*, Zürich 2007 (zit.: OFK BV, Art. 10)
- BIDERBOST YVO, *Die Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 ZGB)*, Diss., Freiburg 1996
- BIRNBACHER DIETER, *Natürlichkeit*, Berlin 2006
- BLEISCH BARBARA, *Leihmutterschaft als persönliche Beziehung*, *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik* 2012, 5 ff.
- BLEISCH BARBARA, *Individuelethische und familienethische Perspektive*, in: Brauer/Strub/Bleisch/Bolliger/Büchler/Filges/Miny/Sax/Tercanli/Zimmermann: *Wissen können, dürfen, wollen? Genetische Untersuchungen während der Schwangerschaft*, Zürich 2016, 257 ff. (zit.: *Genetische Untersuchungen*)
- BOCK GISELA, *Zwangssterilisation im Nationalsozialismus, Studien zur Rassenpolitik und Frauenpolitik*, Opladen 1986
- BOGNUDA CRISTINA, *Die Verletzung des Rechts auf Gesundheit. Indikatoren für die Praxis*, Diss., Zürich/Basel/Genf 2011
- BOLLIGER CHRISTIAN, *Sozialwissenschaftliche Befunde*, in: Brauer/Strub/Bleisch/Bolliger/Büchler/Filge/Miny/Sax/Tercanli/Zimmermann: *Wissen können, dürfen, wollen? Genetische Untersuchungen während der Schwangerschaft*, Zürich 2016, 85 ff.
- BRAZIER MARGARET, *Reproductive Rights: Feminism or Patriarchy?*, in: Harris/Holm (Hrsg.), *The Future of Human Reproduction. Ethics, Choice, and Regulation*, New York 1998, 66 ff.
- BREHM ROLAND, *Das Obligationenrecht. Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, Art. 41–61 OR, *Berner Kommentar*, 4. Aufl., Bern 2013 (zit.: BK OR, Art. 41)
- BREITSCHMID PETER, *Art. 31*, in: Breitschmid/Jungo (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht*, Band I, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit.: HK, Art. 31)

- BRÜCKNER CHRISTIAN, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000
- BUCHANAN ALLEN/BROCK DAN W./DANIELS NORMAN/WIKLER DANIEL, From Chance to Choice. Genetics & Justice, Cambridge 2000
- BÜCHLER ANDREA, Die Eizellenspende in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda, Gutachten zur Eizellspende für das Bundesamt für Gesundheit, November 2013 (abrufbar unter <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/03882/index.html>) (zit.: Rechtsgutachten)
- BÜCHLER ANDREA, Rechtliche Perspektive, in: Brauer/Strub/Bleisch/Bolliger/Büchler/Filges/Miny/Sax/Tercanli/Zimmermann: Wissen können, dürfen, wollen? Genetische Untersuchungen während der Schwangerschaft, Zürich 2016, 189 ff. (zit.: Genetische Untersuchungen)
- BÜCHLER ANDREA, Sag mir wer die Eltern sind ... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, AJP 2004, 1175 ff. (zit.: Konzeptionen rechtlicher Elternschaft)
- BÜCHLER ANDREA/CLAUSEN SANDRO, Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl! Kindeswohl und Fortpflanzungsmedizin?, FamPra.ch 2014, 231 ff.
- BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, Legal Gender Studies – Rechtliche Geschlechterstudien. Eine kommentierte Quellensammlung, Zürich/St.Gallen 2012
- BÜCHLER ANDREA/FREI MARCO, Der Lebensbeginn aus juristischer Sicht – unter besonderer Berücksichtigung der Problematik des Schwangerschaftsabbruchs, in: Jusletter 29. August 2011
- BÜCHLER ANDREA/GORA JUSTYNA, Die Eheschliessung in rechtsvergleichender Sicht. Aktuelle Entwicklungen in den Familienrechten des Okzidents, FamPra.ch 2011, 96 ff.
- BÜCHLER ANDREA/HOTZ SANDRA, Medizinische Behandlung, Unterstützung und Begleitung Jugendlicher in Fragen der Sexualität. Ein Beitrag zur Selbstbestimmung Jugendlicher im Medizinrecht, AJP 2010, 565 ff.
- BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT, Medizin – Mensch – Recht. Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2014
- BÜCHLER ANDREA/RYSER NADINE, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, FamPra.ch 2009, 1 ff.
- BÜCHLER ANDREA/SCHNEIDER KAYASSEH EVELINE, Medically Assisted Reproduction in Egypt, Iran, Saudi Arabia and the United Arab Emirates. Sunni and Shia Legal Debates, European Journal of Law Reform 2014, 430 ff.
- BÜRKL PETER, Autonomie am Lebensanfang: Problemfelder und Konflikte im Kontext der Reproduktionsmedizin aus juristischer Perspektive, in: Hafner/Seelmann/Widmer Lüchinger (Hrsg.), Selbstbestimmung an der Schwelle zwischen Leben und Tod, Zürich/Basel/Genf 2014, 61 ff.

- BURROW SYLVIA, Reproductive Autonomy and Reproductive Technology, *Techné: Research in Philosophy and Technology* 2012, 16:1, 31 ff.
- BUSBY KAREN/VUN DELANEY, Revisiting the *Handmaid's Tale*: Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Mothers, *Canadian Journal of Family Law* 2010, Vol. 26, No. 1, 13 ff.
- BUSCH ULRIKE, Sexuelle und reproduktive Gesundheit und Rechte – Zur Geschichte und Aktualität eines Paradigmenwechsels, in: Busch (Hrsg.), *Sexuelle und reproduktive Gesundheit und Rechte. Nationale und internationale Perspektiven*, Baden-Baden 2010, 9 ff.
- BUSCH ULRIKE, Vom individuellen zum gesellschaftlichen Umgang mit dem Thema Abtreibung, in: Busch/Hahn (Hrsg.), *Abtreibung. Diskurse und Tendenzen*, Bielefeld 2015, 13 ff. (zit.: Abtreibung)
- CALLAHAN JOAN C. (Hrsg.), *Reproduction, Ethics, and the Law: Feminist Perspectives*, Bloomington 1995
- CARASTATHIS ANNA, Compulsory sterilisation of transgender people as gendered violence, in: Kantsa/Zanini/Papadopoulou (Hrsg.), *(In)Fertile Citizens. Anthropological and Legal Challenges of Assisted Reproduction Technologies*, Alexandria 2015, 79 ff.
- CHERRY APRIL L., Roe's Legacy: The Nonconsensual Medical Treatment of Pregnant Women and Implications for Female Citizenship, *Journal of Constitutional Law* 2004, Vol. 6:4, 723 ff.
- CHRISTENSEN BIRGIT, Schwangerschaft als Dienstleistung – Kind als Ware? Eine rechtliche Annäherung an das komplexe Phänomen der sogenannten Leihmutterschaft, *hill* 2013 Nr. 86
- COESTER-WALTJEN DAGMAR, Reproduktive Autonomie aus rechtlicher Sicht, in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie. Theoretische Grundlagen, praktische Anwendungen*, Münster 2013, 222 ff.
- COHEN GLENN, Beyond Best Interests, *Minnesota Law Review* 2012, Vol. 96, 1187 ff. (zit.: Beyond)
- COHEN GLENN, Regulating Reproduction. The Problem with Best Interests, *Minnesota Law Review* 2012, Vol. 96, 423 ff.
- COREA GENA, *The Mother Machine. Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, New York 1985
- COTTIER MICHELLE, Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie: Leihmutterschaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich, in: Schwenzer/Büchler/Fankhauser (Hrsg.), *Siebte Schweizer Familienrechtstage*, Bern 2014, 3 ff.
- CSAJKA CHANTAL/JAQUET AURÉLIE/WINTERFELD URUSLA et al., Risk perception by healthcare professionals related to drug use during pregnancy: a Swiss survey, *Swiss Medical Weekly* 2014;144:w13936

- DÄPPEN-MÜLLER SILVIA, Kindsmisshandlung und -vernachlässigung aus straf- und zivilrechtlicher Sicht, Diss., Zürich 1998
- DIEKÄMPER JULIA, Reproduziertes Leben. Biomacht in Zeiten der Präimplantationsdiagnostik, Bielefeld 2011
- DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 10. Aufl., Zürich 2013
- DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich 2013
- DONDORP WYBO/DE WERT GUIDO/BOMBARD YVONNE et al., Non-invasive prenatal testing for aneuploidy and beyond: challenges of responsible innovation in prenatal screening, *European Journal of Human Genetics* (2015) 23, 1438 ff.
- DRAPER HEATHER/RUTH CHADWICK, Beware! Preimplantation genetic diagnosis may solve some old problems but it also raises new ones, *Journal of Medical Ethics* 1999; 25, 114 ff.
- DRAPKIN LYERLY ANNE/MITCHELL LISA M./MITCHELL ARMSTRONG ELIZABETH et al., Risk and the Pregnant Body, *Hastings Center Report* 39, no. 6 (2009), 34 ff.
- DUBACH ROSWITHA, Die Sterilisation als Mittel zur Verhütung «minderwertiger» Nachkommen (Ende 19. Jh. bis 1945): Forschungsergebnisse einer historischen Studie zum Sterilisationsdiskurs aufgrund zeitgenössischer Publikationen und zur Sterilisationspraxis auf der Grundlage psychiatrischer Akten der Klinik Königsfelden (Kanton Aargau), *Schweizerische Ärztezeitung* 2001; 82, 81 ff.
- DUDEN BARBARA, Der Frauenleib als öffentlicher Ort. Vom Missbrauch des Begriffs Leben, Frankfurt am Main 1991
- DUPRAZ JULIEN/GRAFF VALÉRIE/BARASCHE JUDITH et al., Tobacco and alcohol during pregnancy: prevalence and determinants in Geneva in 2008, *Swiss Medical Weekly* 2013;143:w13795
- ECKERT ANDREAS, Art. 213, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), *Strafrecht II. Art. 111–392 StGB, Basler Kommentar*, 3. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK StGB II, Art. 213)
- FANKHAUSER ROLAND/VIONNET REBECCA, Die Samenspende im schweizerischen Recht, recht 2015, 144 ff.
- FASSBIND PATRICK, Systematik der elterlichen Personensorge in der Schweiz, Diss., Basel/Genf/München 2006
- FILGES ISABEL/MINY PETER/TERCANLI SEVGI, Medizinische Sachlage, in: Brauer/Strub/Bleisch/Bolliger/Büchler/Filges/Miny/Sax/Tercanli/Zimmermann: Wissen können, dürfen, wollen? Genetische Untersuchungen während der Schwangerschaft, Zürich 2016, 11 ff.

- FINGERHUTH THOMAS, Vorbemerkungen zu Art. 122–126, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2012 (zit.: StGB PK, Vor Art. 122)
- FIRESTONE SHULAMITH, Frauenbefreiung und sexuelle Revolution. The Dialectic of Sex, Frankfurt am Main 1987
- FISCH FLORIAN, Die Angst vor der gespaltenen Mutter, in: Schweizerischer Nationalfonds – Akademie Schweiz: Horizonte Nr. 105, 34 ff.
- FOX MARIE, A Woman's Right to Choose? A Feminist Critique, in: Harris/Holm (Hrsg.), The Future of Human Reproduction, Ethics, Choice, and Regulation, Oxford/New York, 1998, reprint 2003, 77 ff.
- FULLIN NICOLAI/ZEHNTNER ANOUCK, Die Haftung für ungewolltes Leben unter Berücksichtigung neuer Urteile, HAVE 2013, 102 ff.
- GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHKE BERNHARD, Gesundheitsrecht. Ein Grundriss für Studium und Praxis, 3. Aufl., Basel 2013
- GÄCHTER THOMAS/VOKINGER KERSTIN NOËLLE, HIV-Test und Informed Consent. Rechtliche Stellungnahme zu jüngeren Entwicklungen, in: Jusletter 26. November 2012
- GALLAGHER JANET, Fetus as Patient, in: Cohen/Taub (Hrsg.), Reproductive Laws for the 1990s, Clifton 1989, 185 ff.
- GAUCH PETER, Familienschuldrecht, in: Gauch/Schmid/Steinauer/Tercier/Werro (Hrsg.), Familie und Recht – Famille et Droit, FS Bernhard Schnyder, Fribourg 1995, 249 ff.
- GOERING SARA, Postnatal Reproductive Autonomy: Promoting Relational Autonomy and Self-Trust in New Parents, Bioethics, Vol. 23(1), 2009, 9 ff.
- GOLOMBOK SUSAN/BLAKE LUCY/CASEY POLLY et al., Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment, Journal of Child Psychology and Psychiatry, 2013 June; 54(6), 653 ff.
- GOOLD IMOGEN/SAVULESCU JULIAN, In Favour of Freezing Eggs for Non-Medical Reasons, Bioethics, Vol. 23(1), 2009, 47 ff.
- GOSSENREITER ANNA, Die Sterilisation in den 1920^{er} und 1930^{er} Jahren als Sozialpolitik und medizinisches Mittel, in: Jaun/Studer (Hrsg.), Weiblich – männlich. Geschlechterverhältnisse in der Schweiz: Rechtsprechung, Diskurs, Praktiken, Zürich 1995
- GRABENWARTER CHRISTOPH, European Convention on Human Rights, Commentary, München/Oxford/Baden-Baden/Basel 2014 (zit.: ECHR Commentary)
- GUILLOD OLIVIER, Art. 426, Art. 433, in: Leuba/Stettler/Büchler/Häfeli (Hrsg.), Protection de l'adulte, Commentaire du droit de la famille, Bern 2013 (zit.: Commentaire droit de la famille, Art. 426; Art. 433)

- GUILLOD OLIVIER, *Droit des personnes*, 4. Aufl., Basel 2015 (zit.: *Personnes*)
- GUILLOD OLIVIER, *Le nouveau-né, l'embryon et le diagnostic perinatal – quelques repères juridiques*, *Schweizerische Ärztezeitung* 1991; 72, 841 ff.
- HAFTER ERNST, *Personenrecht. Art. 31*, in: Gmür (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, 2. Aufl.*, Bern 1919 (zit.: *Art. 31*)
- HALLER WALTER, *Menschenwürde, Recht auf Leben und persönliche Freiheit*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2: Grundrechte in der Schweiz und in Lichtenstein*, Heidelberg/Zürich 2007, 199 ff.
- HANGARTNER YVO, *Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe*, Zürich 2000
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 3. Aufl., Bern 2012
- HEGNAUER CYRIL, *Künstliche Fortpflanzung und persönliche Freiheit. Bemerkungen zu BGE 115 Ia 246 ff. Erw. 5 und 6 (= ZBI 91/1990, 68 ff.)*, ZBI 1991, 341 ff.
- HEGNAUER CYRIL, *Sterilisation geistig Behinderter*, ZVW 2000, 25 ff. (zit.: *Sterilisation*)
- HEINEMANN NICOLA, *Frau und Fötus in der Prä- und Perinatalmedizin aus strafrechtlicher Sicht*, Diss., Baden-Baden 2000
- HELDRIK ANDREAS, *Der Deliktsschutz des Ungeborenen*, JZ 1965, 593 ff.
- HELLER GENEVIÈVE/JEANMONOD GILLES/GASSER JACQUES, *Rejetées, rebelles, mal adaptées. Débats sur l'eugénisme. Pratiques de la stérilisation non volontaire en Suisse romande au XX^e siècle*, Chêne-Bourg/Genève 2002
- HILLMER AGNES, *Patientenstatus und Rechtsstatus von Frau und Fötus im Entwicklungsprozess der Pränatalmedizin*, Diss., Frankfurt am Main 2004
- HOLLENSTEIN MARINA, *Das Recht auf Nichtwissen im Bereich genetischer Untersuchungen*, hill 2014 Nr. 177
- HOTZ SANDRA, *Reproduktive Selbstbestimmung und Informed Consent im Zeitalter von pränatalen Gentests*, recht 2013, 2 ff.
- HUDSON NICKY/CULLEY LORRAINE/BLYTH ERIC et al., *Cross-border reproductive care: a review of the literature*, *Biomedicine Online* (2011) 22, 673 ff.
- HUONKER THOMAS, *Diagnose: «moralisch defekt». Kastration, Sterilisation und Rassenhygiene im Dienst der Schweizer Sozialpolitik und Psychiatrie 1890–1970*, Zürich 2003
- IMTHURN BRUNO, *Ja zu einer zeitgemässen Fortpflanzungsmedizin*, *Schweizerischer Ärztezeitung* 2015; 96, 512 ff.
- JACKSON EMILY, *Regulating Reproduction. Law, Technology and Autonomy*, Antwerpen 2001

- JADVA VASANTI/BLAKE LUCY/CASEY POLLY/GOLOMBOK SUSAN, Surrogacy families 10 years on: relationship with the surrogate, decisions over disclosure and children's understanding of their surrogacy origins, *Human Reproduction* 2012, 3008 ff.
- JEANMONOD GILLES/GASSER JACQUES/HALLER GENEVIÈVE, Déficience mentale et sexualité. La stérilisation légale dans le canton de Vaud entre 1928 et 1985, *Schweizerische Ärztezeitung* 2001; 82, 77 ff.
- JENSEN DAVID, Birth, meaningful viability and abortion, *Journal of Medical Ethics* 2015; 41, 460 ff.
- JEROUSCHEK GÜNTER, *Lebensschutz und Lebensbeginn: Die Geschichte des Abtreibungsverbots*, 2. Aufl., Tübingen 2002
- JUNOD VALÉRIE, Un pas supplémentaire vers le diagnostic préimplantaire. Commentaire de l'arrêt Costa & Pavan de la Cour européenne des droits de l'homme, in: *Jusletter* 29. Oktober 2012
- KARPIN ISABEL/SAVELL KRISTIN, *Perfecting Pregnancy. Law, Disability, and the Future of Reproduction*, New York 2012
- KENTENICH HERIBERT/UTZ-BILLING ISABELL, Verbot der Eizellspende – ist es medizinisch, psychologisch oder ethisch gerechtfertigt?, *Gynäkologische Endokrinologie* 2006 (4), 229 ff.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, *Grundrechte*, 2. Aufl., Bern 2013
- KING JAIME STAPLES, Not This Child: Constitutional Questions in Regulating Noninvasive Prenatal Genetic Diagnosis and Selective Abortion, *60 UCLA Law Review* 2 (2012), 2 ff.
- KIPKE ROLAND, *Mensch und Person. Der Begriff der Person in der Bioethik und die Frage nach dem Lebensrecht aller Menschen*, Berlin 2001
- KOHLER-VAUDAUX MARYAM, *Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l'enfant à naître*, Diss., Genf/Zürich/Basel 2006
- KRAMP ANGELA, *Arzthaftung bei fehlerhaften Präimplantationsdiagnostik*, Baden-Baden 2015
- KRESS HARTMUT, Time-lapse-Embryomonitoring und Oozytenvitriifikation: Neue Verfahren in der Reproduktionsmedizin aus ethischer Sicht, *Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie* 2013, 163 ff.
- KUHN MATHIAS, *Recht auf Kinder? Der verfassungsrechtliche Schutz des Kinderwunsches*, Diss., Zürich/St.Gallen 2008
- LANDOLT HARDY, *Baby Boy und der kategorische Imperativ: Ein Beitrag zur haftpflichtrechtlichen Problematik des pränatalen Schadens und der Familienhaftung*, ZSR 122/2003, 185 ff.
- LEMMENS CHRISTOPHE, *End of Life Decisions and Pregnant Women: Do Pregnant Women Have the Right to Refuse Life Preserving Medical Treatment? A Comparative Study*, *European Journal of Health Law* 17 (2010), 485 ff.

- LEUTWYLER JOËLLE/DAEPPEN JEAN BERNARD/GERBER STÉPHANE/HOHLFELD PATRICK, Schwangerschaft und Alkoholkonsum, *Schweizerische Ärztezeitung* 2005; 86, 1517 ff.
- LIANG PUPING/XU YANWEEN/ZHANG XIYA et al., CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human trippronuclear zygotes, *Protein & Cell* 2015, 6(5), 363 ff.
- LIEBERMANN JÜRGEN/NAWROTH FRANK, Kryokonservierung, in: *Diedrich/Ludwig/Griesinger (Hrsg.), Reproduktionsmedizin*, Berlin 2013, 233 ff.
- LITTLE MARGARET OLIVIA, Abortion and the Margins of Personhood, *Rutgers Law Journal*, Vol. 39:331, 2008, 331 ff.
- LITTLE MARGARET OLIVIA, Abortion, Intimacy, and the Duty to Gestate, *Ethical Theory and Moral Practice* 2, 1999, 295 ff. (zit.: Intimacy)
- LOCKWOOD GILLIAN, Social egg freezing: the prospect of reproductive <immortality> or a dangerous delusion? *Reproductive BioMedicine Online* (2011) 23, 334 ff.
- MACKINNON CATHARINE A., Reflections on Sex Equality under Law, *The Yale Law Journal* 1991, Vol. 100, No. 5, 1281 ff.
- MAIER BARBARA, *Ethik in Gynäkologie und Geburtshilfe. Entscheidungen anhand klinischer Fallbeispiele*, Berlin/Heidelberg/New York 2000
- MAIER PHILIPP, Art. 187, Art. 191, in: *Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht II. Art. 111–392 StGB, Basler Kommentar*, 3. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK StGB II, Art. 187; Art. 191)
- MANAI DOMINIQUE, *Droit du patient face à la biomédecine*, 2. Aufl., Berne 2013
- MANNSDORFER THOMAS M., *Pränatale Schädigung. Ausservertragliche Ansprüche pränatal geschädigter Personen*, Diss., Freiburg 2000
- MARKUS NORA, *Die Zulässigkeit der Sectio auf Wunsch. Eine medizinische, ethische und rechtliche Betrachtung*, Diss., Frankfurt am Main 2006
- MASTRONARDI PHILIPPE, Art. 7. Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen, in: *Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2014 (zit.: St.Galler Kommentar BV, Art. 7)
- MEIER MARIETTA, Zwangssterilisationen in der Schweiz: zum Stand der Forschungsdebatte, in: *Traverse: Zeitschrift für Geschichte = Revue d'histoire* 2004/1, 130 ff.
- MEIER PHILIPPE/DE LUZE ESTELLE, *Droit des personnes. Article 11–89a CC*, Genf/Zürich/Basel 2014
- MEILI ANDREAS, Art. 28, in: *Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I. Art. 1–456 ZGB, Basler Kommentar*, 5. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK ZGB I, Art. 28)

- MELCHERT TANJA, Ärztliche Haftpflicht bei Fällen von Wrongful life, in: Jusletter 12. Januar 2004
- MERKEL REINHARD, Forschungsobjekt Embryo. Verfassungsrechtliche und ethische Grundlagen der Forschung an menschlichen embryonalen Stammzellen, München 2002
- MERTES HEIDI/PENNINGGS GUIDO, Social egg freezing: for better, not for worse, Reproductive BioMedicine Online (2011) 23, 824 ff.
- MEULI MARTIN/ZIMMERMANN ROLAND/OCHSENBEIN NICOLE/MÖHRLIN UELI, Kinderchirurgie: Fötale Chirurgie bei Spina Bifida, Schweiz Med Forum 2014; 14(51–52), 976 ff.
- MICHEL MARGOT, Rechte von Kindern in medizinischen Heilbehandlungen, Diss., Basel 2009
- MÜLLER CHRISTOPH, Die ärztliche Haftpflicht für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes. Rechtvergleichende Überlegungen zur Zulässigkeit von Wrongful birth- und Wrongful life-Klagen im schweizerischen Recht, AJP 2003, 522 ff. (zit.: Ärztliche Haftpflicht)
- MÜLLER CHRISTOPH, Wrongful-life-Klage – erster Entscheid eines Obergerichts. Kommentar zum Urteil der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 2. Mai 2011 (Entscheid ZK 10 569), recht 2013, 46 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMKR und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008
- MÜLLER MARKUS, Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung. Das Epidemienengesetz und die Persönliche Freiheit, Diss., Basel/Frankfurt am Main 1992 (zit.: Zwangsmassnahmen)
- MÜLLER-TERPITZ RALF, Der Schutz des pränatalen Lebens. Eine verfassungs-, völker- und gemeinschaftsrechtliche Statusbetrachtung an der Schwelle zum biomedizinischen Zeitalter, Tübingen 2007
- NELSON ERIN L., Law, Policy and Reproductive Autonomy, Oxford/Portland 2013
- NELSON ERIN L., Reconceiving Pregnancy: Expressive Choice and Legal Reasoning, (2004) 49 McGill Law Journal, 593 ff. (zit.: Reconceiving Pregnancy)
- OBERMAN MICHELLE, Mothers and Doctors' Orders: Unmasking the Doctor's Fiduciary Role in Maternal-Fetal Conflicts, Northwestern University Law Review, Vol. 94, No. 2, 1999–2000, 451 ff.
- ORTHMANN BLESS DAGMAR, Epidemiologie und Risiken der Gestation bei Frauen mit geistiger Behinderung, Medizin für Menschen mit geistiger oder mehrfacher Behinderung 2012, 75 ff.

- PALLY HOFMANN URSINA, *Recht in der Geburtshilfe*, Zürich/Basel/Genf 2013
- PALLY URSINA, *Arzthaftung mit den Schwerpunkten Schwangerschaftsbetreuung und Geburtshilfe*, Diss., Zürich/Basel/Genf 2007
- PALLY URSINA, *Die gesetzliche Regelung von medizinischen Eingriffen zugunsten des Nasciturus*, AJP 2008, 855 ff. (zit.: Nasciturus)
- PALTROW LYNN M./FLAVIN JEANNE, *The Policy and Politics of Reproductive Health. Arrests of and Forced Interventions on Pregnant Women in the United States, 1973–2005: Implications for Women’s Legal Status and Public Health*, *Journal of Health Politics, Policy and Law*, Vol. 38, No. 2, April 2013, 299 ff.
- PARFIT DEREK, *Reasons and Persons*, Oxford/New York 1984
- PENNINGS GUIDO, *Legal harmonization and reproductive tourism in Europe*, *Human Reproduction*, Vol. 19 No. 12, 2004, 2689 ff.
- PETER CHRISTIAN, *Rechtliche, ethische und gleichstellungspolitische Aspekte des Social Freezing*, in: *Jusletter* 10. August 2015
- POLEDNA TOMAS, *Art. 118. Schutz der Gesundheit*, in: *Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2014 (zit.: *St.Galler Kommentar BV, Art. 118*)
- POLLACK PETCHESKY ROSALIND, *Fetal Images: The Power of Visual Culture in the Politics of Reproduction*, *Feminist Studies* 1987, 263 ff.
- PRIAULX NICOLETTE, *Rethinking Progenitive Conflict: Why Reproductive Autonomy Matters*, *Medical Law Review* 2008, 16, 169 ff.
- PSCHYREMBEL WILLIBALD, *Klinisches Wörterbuch*, 266. Aufl., Berlin 2014
- RASCHEN WOLFGANG, *Zivilrechtliche Verhaltens- oder Schutzpflichten der Eltern für Leben und Gesundheit des ungeborenen Kindes?*, Diss., Göttingen 1994
- RECHER ALECS, *Änderung von Name und amtlichem Geschlecht: einfach zum rechtskonformen Entscheid*, *FamPra.ch* 2015, 623 ff.
- REINKE MATHIAS, *Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Eizellenspende*, Berlin 2008
- REUSSER RUTH/SCHWEIZER RAINER J., *Art. 119, St.Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2014 (zit.: *St.Galler Kommentar BV, Art. 119*)
- REY ANNE-MARIE/SEIDENBERG ANDRÉ, *Schwangerschaftsabbruch: die Praxis der Spitäler und Kliniken in der Schweiz*, *Schweizerische Ärztezeitung* 2010; 91, 551 ff.
- REYFIELD LEE S., *Crossing the Rubicon: Assisted Reproductive Technologies and Remaining Human*, in: *Sills (Hrsg.), Screening the Single Euploid Embryo. Molecular Genetics in Reproductive Medicine*, London 2015, 377 ff.

- RHINOW RENÉ, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel/Genf/München 2003
- RIEDER HEIKE, Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht. Eine Auseinandersetzung mit dem Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen im medizinischen Bereich, Diss., Basel/Genf/München 2006
- ROBBEN CHRISTINE, Pränatale Schädigungen mit postnatalen Folgen. Überlegungen zu einem neuen Schutz- und Haftungskonzept unter Berücksichtigung der US-amerikanischen Rechtslage, Diss., Frankfurt am Main 2015
- ROBERTS DOROTHY E., Punishing Drug Addicts Who Have Babies: Women of Color, Equality, and the Right of Privacy, Harvard Law Review 1991, Vol. 104, 1419 ff.
- ROBERTSON JOHN A., Children of Choice. Freedom and the New Reproductive Technologies, Princeton 1994
- ROBERTSON JOHN A., Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy, and Childbirth, Virginia Law Review 1983, Vol. 69, No. 3, 405 ff. (zit.: Procreative Liberty)
- ROBERTSON JOHN A., Procreative Liberty in the Era of Genomics, American Journal of Law & Medicine 2003, Vol. 29, No. 4, 439 ff. (zit.: Genomics)
- ROHRER JENS, Menschenwürde am Lebensanfang und am Lebensende und strafrechtlicher Lebensschutz, Diss., Berlin 2012
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Kindesverhältnisse im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung, FamPra.ch 2014, 838 ff.
- RÜTSCHKE BERNHARD, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität. Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zürich/St.Gallen 2009
- RÜTSCHKE BERNHARD, Eugenik und Verfassung. Regulierung eugenischer Wünsche von Eltern im freiheitlichen Rechtsstaat, ZBl 2010, 297 ff. (zit.: Eugenik)
- RUTISHAUSER CHRISTOPH, Altersangemessener Umgang mit jugendlichen Patienten im Widerspruch zu rechtlichen Aspekten?, Paediatrica Vol. 17/4, 2006, 28 ff.
- SAVULESCU JULIAN, Procreative Beneficence. Why we should select the best children, Bioethics, Vol. 15(5/6), 2001, 413 ff.
- SCHABER PETER, Wie soll die PID geregelt werden? Eine ethische Perspektive, Ethisches Gutachten für das Bundesamt für Gesundheit, Januar 2013, (abrufbar unter <<http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/03882/index.html>>)
- SCHWEWE ANKE, Mater semper certa est? Ein Plädoyer für die Abschaffung des Verbots der Eizellenspende in Deutschland, FamRZ 2014, 90 ff.

- SCHLATTER CHRISTINA, Lebenserhaltung in der Neonatologie. Entscheidungsbefugnis, Entscheidungsfindung, Entscheidungsverantwortung, Diss., Basel 2014
- SCHLATTER CHRISTINA/BÜCHLER ANDREA, Der (zu) frühe Start ins Leben. Elternrechte und Kindeswohl bei Entscheidungen am Lebensanfang, FamPra.ch 2016, 35 ff.
- SCHRÖER ANDREAS/WEICHERT JAN, Mehrlingsschwangerschaften, in: Diedrich/Ludwig/Griesinger (Hrsg.), Reproduktionsmedizin, Berlin 2013, 329 ff.
- SCHUBARTH MARTIN, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht. Besonderer Teil, 1. Band: Delikte gegen Leib und Leben. Art. 111–136 StGB, Bern 1982 (zit.: Kommentar Strafrecht)
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Schwangerschaftsabbruch in der Spätphase – Kriminologische und rechtsdogmatische Perspektiven, in: Tag (Hrsg.), Lebensbeginn im Spiegel des Medizinrechts, Beiträge der 2. Tagung der Medizinrechtslehrerinnen und Medizinrechtslehrer 2010 in Zürich, Baden-Baden 2011, 151 ff.
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Vor Art. 111, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht II. Art. 111–392 StGB, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK StGB II, Vor Art. 111)
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/HEIMGARTNER STEFAN, Vor Art. 118, Art. 119, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht II. Art. 111–392 StGB, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK StGB II, Vor Art. 118; Art. 119)
- SCHWEIZER RAINER J., Art. 10. Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2014 (zit.: St.Galler Kommentar BV, Art. 10)
- SCHWEIZER RAINER J., Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 691 ff.
- SCHWENDENER MYRIAM, Krankheit und Recht. Der Krankheitsbegriff im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Diss., Basel 2008
- SCHWENZER INGEBORG, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen. Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr, «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht», FamPra.ch 2014, 966 ff.
- SCHWENZER INGEBORG/COTTIER MICHELLE, Art. 272, Art. 296, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I. Art. 1–456 ZGB, Basler Kommentar, 5. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK ZGB I, Art. 272; Art. 296)
- SEDGH GILDA/SINGH SUSHEELA/SHAH IQBAL H, Induced abortion: incidence and trends worldwide from 1995 to 2008, The Lancet 2012, Vol. 379, 625 ff.

- SEELMANN KURT, Haben Embryonen Menschenwürde? Überlegungen aus juristischer Sicht, in: KETTNER (Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde, Frankfurt am Main 2004, 63 ff.
- SEELMANN KURT/DEMKO DANIELA, Präimplantationsdiagnostik (PID) und Eugenik (erster Teil), Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit, Januar 2013 (abrufbar unter <<http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/03882/index.html>>)
- SHERWIN SUSAN, Normalizing Reproductive Technologies and the Implications for Autonomy, in: Tong (Hrsg.), Globalizing Feminist Bioethics. Cross-cultural Perspectives, Colorado/Oxford 2001, 96 ff.
- SIMONI HEIDI, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten «Kindeswohl, Familie und Elternschaft» im Fortpflanzungsmedizingesetz, Zürich 2012 (abrufbar unter <www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/03882/index.html>)
- SITEK ANIA, Selbstbestimmung und Geburt. Eine medizinrechtliche Betrachtung der Geburtssituation mit speziellem Fokus auf das Selbstbestimmungsrecht, in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2012 (abrufbar unter <<http://www.weblaw.ch/shop/ebooks.html>>)
- SPRIGGS MERLE, Lesbian couple create a child who is deaf like them, *Journal of Medical Ethics* 2002; 28, 283
- STECK DANIEL, Art. 296, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK ZPO, Art. 296)
- STEINAUER PAUL-HENRI/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Bern 2014
- STEINER ISABELLE, Bemerkungen zu Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 20.12.2005 (4C.178/2005), *AJP* 2006, 1150 ff.
- STEINER REGULA/ROGGO ANTOINE, Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der allogenen Eizellentransplantation – der so genannten «Eizellenspende», *AJP* 2012, 474 ff.
- STRAEHLE CHRISTINE, Is There a Right to Surrogacy?, *Journal of Applied Philosophy* 2015, doi:10.1111/japp.12145
- TAG BRIGITTE/WITTE FELICITAS, Jugendliche in der Sprechstunde, Schweizerische Ärztezeitung 2009; 90, 1844 ff.
- TAYLOR-SANDS MICHELLE, Saviour Siblings. A Relational Approach to the Welfare of the Child in Selective Reproduction, Oxon 2013
- TETTAMANTI LEONIE, Social Egg Freezing: Eine neue Herausforderung für das schweizerische Fortpflanzungsmedizinrecht, *hill* 2013 Nr. 116

- THOMMEN MARC, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter. Eine strafrechtliche Analyse der stellvertretenden Einwilligung, Diss., Basel/Genf/München 2004
- TOOLEY MICHAEL, Abtreibung und Kindstötung, in: Leist (Hrsg.), Um Leben und Tod. Moralische Probleme bei Abtreibung, künstlicher Befruchtung, Euthanasie und Selbstmord, Frankfurt am Main 1990, 157 ff.
- TSCHUOR-NAYDOWSKI MICHAELA, Der Spätabbruch in der Schweiz. Eine rechtswissenschaftliche und medizinethische Betrachtung, Diss., Zürich/Basel/Genf 2014
- VAN DEN DAELE WOLFGANG, Der Fötus als Subjekt und die Autonomie der Frau. Wissenschaftlich-technische Optionen und soziale Kontrollen in der Schwangerschaft, Kritische Justiz 1998, 16 ff.
- VON WOLFF MICHAEL, «Social freezing»: Sinn oder Unsinn?, Schweizerische Ärztezeitung 2013; 94, 393 ff.
- WAGNER-WESTERHAUSEN KATJA, Die Statusfrage in der Bioethik, Diss., Berlin 2008
- WARREN MARY ANNE, The Moral Significance of Birth, Hypatia vol. 4, no 3 (Fall 1989), 46 ff.
- WEBLUS ANNA JULKA/SCHLAG SIGFRIED/ENTEZAMI MICHAEL/KENTENICH HERIBERT, Fetoamid bei Mehrlingen. Medizinische und psychologische Aspekte, Gynäkologische Endokrinologie 2011, 187 ff.
- WECKER REGINA, Vom Verbot Kinder zu haben und dem Recht keine Kinder zu haben. Zu Geschichte und Gegenwart der Sterilisation in Schweden, Deutschland und der Schweiz, in: Figurationen: Gender, Literatur, Kultur 2013, 101 ff.
- WEIMAR PETER, Entscheid des Bezirksgerichts Arbon vom 16.10.1985, SJZ 82/1985, 46 ff.
- WESCHKA MARION, Präimplantationsdiagnostik, Stammzellforschung und therapeutisches Klonen: Status und Schutz des menschlichen Embryos vor den Herausforderungen der modernen Biomedizin. Eine Untersuchung aus ein-fachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und internationaler Perspektive, Diss., Berlin 2010
- WHITBECK CAROLINE, The Moral Implications of Regarding Women as People: New Perspectives on Pregnancy and Personhood, in: Bondeson/Engelhardt/Spicker/Winship (Hrsg.), Abortion and the Status of the Fetus, Dordrecht/Boston/Lancaster 1983, 247 ff.
- WIEGAND WOLFGANG, Einleitung zu Art. 97–109, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I. Art 1–529 OR, Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK OR I, Einl. zu Art. 97–109)

- WIESEMANN CLAUDIA, Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen. Eine Ethik der Elternschaft, München 2006
- WILKINSON STEPHAN, Choosing Tomorrow's Children. The Ethics of Selective Reproduction, Oxford 2010
- WILKINSON STEPHAN, Exploitation in International Paid Surrogacy Arrangements, *Journal of Applied Philosophy* 2015, doi: 10.1111/japp.12138 (zit.: Surrogacy)
- WINDDANCE TWINE FRANCE, Outsourcing the Womb. Race, Class, and Gestational Surrogacy in a Global Market, New York/Oxon 2011
- WOLFISBERG CARLO, Heilpädagogik und Eugenik. Zur Geschichte der Heilpädagogik in der deutschsprachigen Schweiz (1800–1950), Zürich 2002
- ZEILER KRISTIN, Reproductive autonomous choice – a cherished illusion? Reproductive autonomy examined in the context of preimplantation genetic diagnosis, *Medicine, Health care and Philosophy* 2004, Vol. 7, No. 2, 175 ff.
- ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Art. 112, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), *Obligationsrecht I. Art 1–529 OR*, Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK OR I, Art. 112)
- ZELLWEGER RAPHAEL, Mögliche Haftungsfälle aus der Geburt eines Kindes, *Pflegerecht* 2015, 78 ff.
- ZIMMERMANN-ACKLIN MARKUS, Sollte die Präimplantationsdiagnostik (PID) unter den gleichen Voraussetzungen zulässig sein wie die Pränataldiagnostik (PND)?, *Gutachten zur rechtlichen Regelung der Präimplantationsdiagnostik aus ethischer Sicht*, Fribourg 2012, (abrufbar unter <<http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/03882/index.html?lang=>>>)

Materialien

- Arbeitsgruppe «Familiengerichtliche Massnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666 BGB», Abschlussbericht vom 14. Juli 2009 (abrufbar unter <http://www.sfbf.berlin-brandenburg.de/sixcms/media.php/5488/RS_G_4224_Ergebnisse_AG_Familiengerichtliche_Ma%C3%9Fnahmen_Anlage.pdf>)
- Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie) vom 26. Juli 1985, BBl 1985 II 1009 ff. (zit.: Botschaft StGB)
- Botschaft über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulation in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)» und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte

- Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG) vom 26. Juni 1996, BBl 1996 III 205 ff. (zit.: Botschaft FMedG)
- Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002, BBl 2003 1288 ff. (zit.: Botschaft Partnerschaftsgesetz)
- Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 11. September 2002, BBl 2002 7361 ff. (zit.: Botschaft GUMG)
- Botschaft zur Änderung der Verfassungsbestimmung zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich (Art. 119 BV) sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes (Präimplantationsdiagnostik) vom 7. Juni 2013, BBl 2013 5853 ff. (zit.: Botschaft Präimplantationsdiagnostik)
- Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption) vom 28. November 2014, BBl 2015 877 ff. (zit.: Botschaft Adoption)
- Bundesamt für Gesundheit, Erläuterungen zur Totalrevision des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 18. Februar 2015 (abrufbar unter https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2374/GUMG_Erl.-Bericht_de.pdf) (zit.: BAG, Erläuterungen)
- Bundesamt für Gesundheit, Genetische Reihenuntersuchungen. Voraussetzungen und Verfahren für die Bewilligungserteilung, Merkblatt GS-A, Bern 2012 (abrufbar unter <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/00683/02724/03677/11167/?lang=de>) (zit.: BAG, Genetische Reihenuntersuchungen)
- Bundesamt für Gesundheit, Kaiserschnittgeburten in der Schweiz. Synthese wissenschaftlicher Analysen, Grundlagenbericht zur Beantwortung des Postulates Maury Pasquier (08.3935), Bern 2013 (abrufbar unter <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/13641/15309/index.html?lang=de>) (zit.: BAG, Kaiserschnittgeburten)
- Bundesamt für Statistik, Erhebung zu Familien und Generationen 2013. Erste Ergebnisse, Neuchâtel 2015 (abrufbar unter <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.html?publicationID=5888>) (zit.: BFS, Familien und Generationen)
- Bundesamt für Statistik, Gesundheit, Taschenstatistik 2015, Neuchâtel 2015 (zit.: BFS, Taschenstatistik)
- Bundesamt für Statistik, Indikatoren der Fruchtbarkeit in der Schweiz, 1950–2014, Neuchâtel 2015 (abrufbar unter <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/key/02/06.html>) (zit.: BFS, Indikatoren der Fruchtbarkeit)
- Bundesamt für Statistik, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung: Behandlungen und Resultate, Gesamtansicht 2002–2014, Neuchâtel 2015 (abrufbar unter <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/02/03/key/02.html>) (zit.: BFS, Fortpflanzung)

- Bundesamt für Statistik, Mikrozensus Familie und Geburtenhäufigkeit – Erste sexuelle Erfahrung und Verhütung, Neuchâtel (abrufbar unter <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/04/blank/dos/mikrozensus/04.html>) (zit.: BFS, Mikrozensus Familie und Geburtenhäufigkeit)
- Bundesamt für Statistik, Statistik des Schwangerschaftsabbruchs 2014. Bestandsaufnahme der Schwangerschaftsabbrüche in der Schweiz, Neuchâtel 2015 (abrufbar unter <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.html?publicationID=6709>) (zit.: BFS, Schwangerschaftsabbrüche)
- Bundesamt für Statistik, Totgeburten und Säuglingssterblichkeit 2003–2010. Entwicklungen, Todesursachen und Risikofaktoren, Neuchâtel 2012 (abrufbar unter <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/02/04/dos/01.html>) (zit.: BFS, Totgeburten)
- Bundesrat, Bericht zur Leihmutterschaft vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulates 12.3917 vom 28. September 2012, Bern 2013 (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-11-29/ber-br-d.pdf>) (zit.: Bundesrat, Leihmutterschaft)
- Bundesrat, Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, Bern 2010 (abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1935/Bericht.pdf>) (zit.: Bundesrat, Erläuternder Bericht, Harmonisierung der Strafrahmen)
- Bundesrat, Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, Bern 2010 (abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1935/Vorlage.pdf>) (zit.: Bundesrat, Vorentwurf, Harmonisierung der Strafrahmen)
- Council of Europe, Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, ETS 164, Oviedo 1997 (zit.: Council of Europe, Explanatory Report)
- Deutscher Ethikrat, Die Zukunft der genetischen Diagnostik – von der Forschung in die klinische Anwendung. Stellungnahme, Berlin 2013 (abrufbar unter <http://www.ethikrat.org/publikationen/stellungnahmen/die-zukunft-der-genetischen-diagnostik>) (zit.: Deutscher Ethikrat, Genetische Diagnostik)
- Eidgenössisches Amt für das Zivilstandswesen (EAZW), Rechtsauskunft vom 1. Februar 2012 betreffend Transsexualität, Bern 2012 (zit.: EAZW, Transsexualität)

- Europäisches Parlament, Das System der Leihmutterschaft in den EU-Mitgliedstaaten, Zusammenfassung, Brüssel 2013 (abrufbar unter <[http://www.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_DE.pdf](http://www.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_DE.pdf)>) (zit.: Europäisches Parlament, Das System der Leihmutterschaft)
- Gynécologie Suisse, Guideline Sectio Caesarea, Bern 2015 (abrufbar unter <http://www.sggg.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/3_Fachinformationen/2_Guidelines/De/Guideline_Sectio_Caesarea_2015.pdf>) (zit.: Gynécologie Suisse, Guideline)
- Interdisziplinäre Expertengruppe für Notfallkontrazeption (IENK)/Kommission Kontrazeption der Schweizerischen Gesellschaft für Reproduktionsmedizin (SGRM), Positionspapier zur Notfallkontrazeption in der Schweiz, März 2014 (abrufbar unter <https://www.sante-sexuelle.ch/wp-content/uploads/2014/03/PositionspapierNK_M%C3%A4rz14_de_def.pdf>) (zit.: IENK/SGRM, Positionspapier zur Notfallkontrazeption)
- Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Bericht zur Parlamentarischen Initiative Änderung des Strafgesetzbuches betreffend Schwangerschaftsabbruch vom 19. März 1998, BBl 1998 III 3005 (zit.: Kommission für Rechtsfragen NR, Schwangerschaftsabbruch)
- Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Bericht zur Parlamentarischen Initiative Zwangsterilisationen. Entschädigung für Opfer (von Felten) vom 23. Juni 2003, BBl 2003 6311 ff. (zit.: Kommission für Rechtsfragen NR, Bericht Zwangsterilisationen)
- Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK-CNE), Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung. Ethische Überlegungen und Vorschläge für die Zukunft, Stellungnahme Nr. 22/2013, Bern 2013 (zit.: NEK, Fortpflanzungsmedizin)
- Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK-CNE), Forschung an menschlichen Embryonen und Föten, Stellungnahme Nr. 11/2006, Bern 2006 (zit.: NEK, Forschung an menschlichen Embryonen und Föten)
- Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK-CNE), Präimplantationsdiagnostik, Stellungnahme Nr. 10/2005, Bern 2005 (zit.: NEK, Präimplantationsdiagnostik)
- Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK-CNE), Zur Sterilisation bei urteilsunfähigen Personen, Stellungnahme Nr. 7/2004, Bern 2004 (zit.: NEK, Sterilisation)
- Nationalrat Jacques Neirynek, Parlamentarische Initiative Nr. 12.487 Die Eizellenspende zulassen, 4. Dezember 2012 (zit.: Nationalrat Neirynek, Die Eizellenspende zulassen)

- Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), Medizin-ethische Richtlinien und Empfehlungen, Medizinische Behandlung und Betreuung von Menschen mit Behinderung, Bern 2008 (aktualisiert 2012) (zit.: SAMW, Menschen mit Behinderung)
- Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), Medizin-ethische Richtlinien, Zwangsmassnahmen in der Medizin, Bern 2015 (zit.: SAMW, Zwangsmassnahmen)
- Schweizerische Gesellschaft für Neonatologie, Perinatal care at the limit of viability between 22 and 26 completed weeks of gestation in Switzerland. 2011 Revision of the Swiss recommendations, Swiss Medical Weekly 2011;141: w13280, 22 ff. (abrufbar unter <http://www.smw.ch/content/smw-2011-13280/>) (zit.: Schweizerische Gesellschaft für Neonatologie, Perinatal care)
- UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Article 12 of the Covenant), 11. August 2000, E/C. 12/2000/4 (abrufbar unter http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2000%2f4&Lang=en) (zit.: CESCR, General Comment No. 14/2000)
- United Nations, Beijing Declaration and Platform for Action, Fourth World Conference on Woman (FWCW), UN Doc A/Conf.177/20/Rev.1, Beijing 1995 (abrufbar unter <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/>) (zit.: UN, Beijing Declaration and Platform for Action)
- United Nations, Final Act of The International Conference on Human Rights, UN International Conference on Human Rights, UN Doc A/Conf.32/41, Teheran 1968 (abrufbar unter http://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf) (zit.: UN, Final Act)
- United Nations, Programme of Action of the International Conference on Population and Development, UN International Conference on Population and Development (ICPD), UN Doc A/CONE. 171/13/Rev.1, Cairo 1994 (abrufbar unter <http://www.un.org/popin/icpd/conference/offeng/poa.html>) (zit.: UN, Programme of Action)
- United Nations, Trends in Contraceptive Use Worldwide, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, ST/ESA/SER.A/349, New York 2015 (abrufbar unter <http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/family/trendsContraceptiveUse2015Report.pdf>) (zit.: UN, Contraceptive Use).
- World Health Organization (WHO), Unsafe abortion. Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008, 6th edition, Geneva 2011 (abrufbar unter http://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe_abortion/9789241501118/en/) (zit.: WHO, Unsafe abortion)