

Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl! Kindeswohl und Fortpflanzungsmedizin?

Andrea Büchler, Prof. Dr., Professorin an der Universität Zürich

Sandro Clausen, lic. iur., Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent an der Universität Zürich

Stichwörter: Fortpflanzungsmedizin, Kindeswohl, Recht auf Kenntnis der Abstammung, rechtliche Elternschaft, Fortpflanzungsfreiheit, Diskriminierungsverbot, Eizellen- und Embryonenspende, Medizinethik.

Mots clefs : Procréation médicalement assistée, bien de l'enfant, droit de connaître l'origine, qualité juridique de parents, liberté reproductive, interdiction de la discrimination, don d'ovules et d'embryons, éthique médicale.

I. Einleitung

In den vergangenen Jahrzehnten hat die Fortpflanzungsmedizin zahlreiche Verfahren zur Behandlung verschiedener Formen und Ursachen von Fruchtbarkeitsstörungen entwickelt. Seit dem 1. Januar 2001 sind die rechtlichen Rahmenbedingungen der künstlichen Fortpflanzung im Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung vom 18. Dezember 1998 (FMedG)¹ geregelt. Die Medienmitteilung des Bundesamtes für Justiz vom 4. Dezember 2000² anlässlich des Inkrafttretens trug die Überschrift «Wohl des Kindes ist oberster Grundsatz der medizinisch unterstützten Fortpflanzung». Die erste Bestimmung des Gesetzes, welche sich mit den Verfahren der medizinisch unterstützen Fortpflanzung befasst, hält unter der Marginalie «Kindeswohl» im Sinne einer allgemeinen Handlungsanweisung fest, dass Fortpflanzungsverfahren nur angewendet werden dürfen, wenn das Kindeswohl gewährleistet ist.³ Des Weiteren wurden zum Schutz des Kindeswohls mehrere Zugangsschranken aufgestellt sowie bestimmte Praktiken verboten.⁴

Nach der Klärung verschiedener Begriffe und Konzepte soll im vorliegenden Beitrag unter Ausleuchtung der durch die divergierenden Interessen entstehenden

Spannungsfelder zunächst erörtert werden, ob und inwiefern sich die gesetzlich statuierten Restriktionen hinsichtlich der Inanspruchnahme der Fortpflanzungsmedizin und der anzuwendenden Verfahren (nach wie vor) mit dem Kindeswohlargument rechtfertigen lassen. Ein anschliessender Teil will die grundsätzliche Problematik der Orientierung am Kindeswohl beleuchten und Möglichkeiten eines alternativen Zugangs zur Bewältigung der vielschichtigen und schwierigen Fragestellungen im Bereich der künstlichen Fortpflanzung aufzeigen.

II. Von Elternschaft und Abstammung

Die Medizin der künstlichen Fortpflanzung dient der Verwirklichung des Kinderwunsches. Der Einsatz moderner Behandlungstechniken hat auch für das Familienrecht zahlreiche Problemfelder entstehen lassen. Im Verbund mit anderen gesellschaftlichen Entwicklungen scheinen althergebrachte und als selbstverständlich empfundene Vorstellungen vom Kind und seinen verwandtschaftlichen Beziehungen nicht länger unumstösslich. An den Anfang der vorliegenden Auseinandersetzung mit der Fortpflanzungsmedizingesetzgebung und deren primärer Ausrichtung am Kindeswohl sollen daher einige Ausführungen zu den familienrechtlich zentralen Konzepten der Elternschaft und der Abstammung gestellt werden.

1. Elternschaft als rechtliche Konstruktion

In der modernen europäischen Verwandtschaftskonzeption ist Elternschaft tief in biologische Strukturen verwurzelt und basiert überwiegend auf dem natürlichen Reproduktionsprozess.⁵ Vorrangiges Ziel sämtlicher Elternschaftskonzepte ist es, zum Zeitpunkt der Geburt eine klare Zuordnung der rechtlichen Elternschaft zu gewährleisten.⁶ Sind genetische, biologische und soziale Elternschaft nicht in derselben Person vereinigt, muss entschieden werden, welche davon zur rechtlichen Elternschaft gemacht werden soll.⁷ Rechtliche Elternschaft ist insofern ein rechtstheoretisches Konstrukt und bestimmt die rechtliche Zuordnung zu einer Mutter und zu einem Vater.⁸ Die Festlegung der rechtlichen Elternschaft ist Teil des Kindesrechts des Schweizerischen Zivilgesetzbuches.⁹

FamPra.ch 2014 - S. 233

In den letzten Jahrzehnten wurde die rechtliche Elternschaft durch verschiedene Entwicklungen herausgefordert, die für die vorliegende Thematik von besonderem Interesse sind. Zum einen gewann in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts die genetische Abstammung an Bedeutung, zumal sie nun mittels DNA-Gutachten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden konnte.¹⁰ Zum andern führte der gesellschaftliche Wandel zu einer Pluralisierung von Lebensformen: Durch die Zunahme der Zahl der Scheidungen, Wiederverheiratungen und damit verbunden von Stieffamilien sind biologische und soziale Dimensionen von Elternschaft vermehrt auf verschiedene Personen verteilt.¹¹ Eine beachtliche Zahl von Kindern teilt den Alltag mit einer Person, die zwar die Funktion eines Elternteils wahrnimmt, aber mit dem Kind genetisch nicht verbunden ist.¹² Diese sozialpsychischen Beziehungen, wie sie insbesondere in Fortsetzungsfamilien gelebt werden, rücken im Zuge der Etablierung des Kindeswohls als Handlungsmaxime zunehmend ins Blickfeld des Rechts.¹³

Auch die zunehmende Anwendung fortpflanzungsmedizinischer Verfahren¹⁴ bewirkt, dass genetische (auf Abstammung gründende), biologische (an die Geburt anknüpfende) und sozial gelebte Elternschaft vermehrt auseinanderfallen.¹⁵ Die künstliche Fortpflanzung mit gespendeten Samenzellen¹⁶ bewirkt eine Spaltung der Vaterschaft, weil nicht der Samenspender, sondern der

Partner der Mutter als sozialer Vater die Elternschaft beansprucht. Mit der Eizellenspende ist zudem ein in der Menschheitsgeschichte gänzlich neues Phänomen verbunden: Mutterschaft ist zwischen der Eizellenspenderin als genetische Mutter einerseits und der austragen-

FamPra.ch 2014 - S. 234

den Frau als biologische und soziale Mutter andererseits aufgespalten.¹⁷ Ein Auseinanderfallen sowohl der Mutterschaft wie auch der Vaterschaft erfolgt, wenn bei einer fortpflanzungsmedizinischen Behandlung gleichzeitig gespendete Ei- und Samenzellen verwendet werden.¹⁸

Als Folge des gesellschaftlichen und technologischen Wandels weichen die gegebenen Familienverhältnisse immer häufiger von der ursprünglichen Vorstellung der Kongruenz der verschiedenen Formen von Elternschaft ab.¹⁹ Insbesondere wird durch die Zulassung der Fortpflanzungsmedizin die weitgehende Entflechtung biologischer und sozialer Eltern-Kind-Beziehungen in Kauf genommen.²⁰ Unter dem Einfluss der beschriebenen Entwicklung wird Elternschaft zurzeit neu verhandelt, wobei die Frage im Vordergrund steht, ob sie eher an genetische Gewissheit oder an soziale Geborgenheit anknüpfen soll.²¹ Gerade die Fortpflanzungsmedizin und ihre abstammungsrechtlichen Auswirkungen machen deutlich, dass rechtliche Elternschaft und die sie konstituierenden Gesetze nicht blosse Abbilder biologischer Realitäten sind.²² Ausserdem ist durch die gesetzliche Regelung der Fortpflanzungsmedizin mit dem Willen zur Elternschaft ein weiteres Begründungsmerkmal in die Konzeption rechtlicher Elternschaft eingebracht worden.²³

2. Grundzüge des schweizerischen Abstammungsrechts

Die Grundlage aller rechtlichen Wirkungen der Eltern-Kind-Beziehung ist im schweizerischen Recht das Kindesverhältnis, das im Allgemeinen mit dem Begriff der Abstammung umschrieben wird.²⁴ Deshalb sei an dieser Stelle kurz rekapituliert, nach welchen Kriterien die juristischen Eltern eines Kindes bestimmt werden und welche Antworten der Gesetzgeber auf die durch die Errungenschaften der Fortpflanzungsmedizin aufgeworfenen Fragen bezüglich der Entstehung des Kindesverhältnisses gefunden hat.

Die Mutter-Kind-Beziehung steht am Anfang jeder rechtlichen Betrachtung, denn die Zuordnung zum Vater ist in der Regel nicht denkbar ohne die Feststellung der mütterlichen Abstammung.²⁵ Das Kindesverhältnis zwischen dem Kind und der

FamPra.ch 2014 - S. 235

Mutter entsteht nach Art. 252 Abs. 1 ZGB von Gesetzes wegen durch die Geburt.²⁶ Obwohl einzelne fortpflanzungsmedizinische Verfahren – wie erwähnt – dazu führen, dass das Kind nicht mehr von der gebärenden Mutter abstammt, hält der Gesetzgeber bei der Regelung des

Kindesverhältnisses zur Mutter weiterhin strikt am Zuordnungskriterium der Geburt fest.²⁷ Um dieses biologische Mutterschaftskonzept nicht aufgeben zu müssen, hat der schweizerische Gesetzgeber alle medizinisch unterstützten Fortpflanzungsverfahren verboten, die zu einer Spaltung der Mutterschaft in eine biologische und eine genetische führen.²⁸ Das Zuordnungskriterium der Geburt gilt auch dann, wenn dennoch der Fall gespaltener Mutterschaft eintritt, weil entweder die gesetzlichen Verbote missachtet wurden oder Betroffene sich im Ausland entsprechenden Verfahren unterzogen haben.²⁹ An den herkömmlichen Entstehungsgründen der Mutterschaft hat damit der Einsatz der modernen Fortpflanzungsmedizin nicht zu rütteln vermocht.³⁰ Nach wie vor geht das Gesetz von der untrennbaren Einheit von Geburt und Abstammung aus.³¹ Nach geltendem Recht sind weder die Anerkennung noch die Anfechtung der Mutterschaft möglich.³² Dem durch weibliche Keimzellen gezeugten Kind ist es damit verwehrt, die Mutterschaft der biologischen Mutter später anzufechten und eine rechtliche Beziehung zur genetischen Mutter herzustellen.³³

Die Vaterschaft lässt sich nicht an einen äusserlich wahrnehmbaren Vorgang wie der Geburt anknüpfen und ist somit weit weniger gewiss. Der Gesetzgeber bedient sich deshalb verschiedener Rechtsvermutungen, deren wichtigste diejenige zugunsten des Ehemannes der Mutter ist.³⁴ Diese Vaterschaftsvermutung setzt einzig voraus, dass die Ehe im Zeitpunkt der Geburt besteht,³⁵ und greift auch im Falle künstlicher Insemination, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine homologe oder um eine hete-

FamPra.ch 2014 - S. 236

rologe Insemination handelt.³⁶ Bei unverheirateten Paaren ist die Verwendung gespendeter Samenzellen ohnehin verboten.³⁷ Hat der Ehemann dem Einsatz gespendeter Samenzellen zugestimmt, wird er rechtlicher Vater des gezeugten Kindes und kann die Vaterschaft auch nicht anfechten.³⁸ Auch das Kind hat keine Möglichkeit zur Anfechtung der Vaterschaft des Ehemannes seiner Mutter³⁹ oder zur Herstellung einer rechtlichen Verbindung zum Samenspender durch Vaterschaftsklage.⁴⁰ Das Fortpflanzungsmedizingesetz schützt die rechtliche Zuordnung der Vaterschaft konsequent vor der genetischen Gewissheit. Ist die Mutter nicht verheiratet oder die Vaterschaftsvermutung zugunsten des Ehemannes erfolgreich angefochten worden, entsteht das Kindesverhältnis zum Vater, indem er das Kind anerkennt.⁴¹ Schliesslich kann das Kindesverhältnis – mit den bereits genannten Einschränkungen – durch die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft begründet werden.⁴² Unter den verschiedenen Entstehungsgründen der Vaterschaft herrscht eine klare Kaskadenordnung: Die Anerkennung kommt nur zum Zuge, wenn keine Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes besteht, ein gerichtliches Urteil zur Vaterschaft seinerseits nur dann, wenn weder diese Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes noch die Anerkennung greifen.⁴³

III. Fortpflanzungsmedizinische Gesetzgebung und ihre Orientierung am Kindeswohl

1. Begriff des Kindeswohls

Beim Kindeswohl handelt es sich um einen ursprünglich aus dem Familienrecht stammenden,⁴⁴ aber auch völker- und verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz.⁴⁵ Obwohl zahlreiche Erlasse unterschiedlicher Normstufe und aus verschiedenen Rechtsgebieten den Begriff des Kindeswohls enthalten, fehlt eine detaillierte gesetzliche Nor-

FamPra.ch 2014 - S. 237

mierung. Beim Begriff des Kindeswohls handelt es sich daher um einen unbestimmten und in seinem materiellen Gehalt nicht leicht fassbaren Rechtsbegriff. Diskurse und Entwicklungen rund um diesen Begriff machen seine Historizität und seine Abhängigkeit von wertenden Annahmen deutlich.⁴⁶ Nach der schweizerischen Rechtspraxis gehören zum Kindeswohl – in einer positiven und nicht abschliessenden Umschreibung – die Förderung der Entwicklung in geistiger, körperlicher und seelischer Hinsicht, ein Umfeld von Kontinuität und Stabilität, die Möglichkeit einer inneren Bindung des Kindes an die Beziehungsperson und eine positive Beziehung zu den Eltern sowie die Achtung des Willens und seines Selbstbestimmungsrechts.⁴⁷ Aufgrund seiner Konzeption als Leitlinie für die Ausgestaltung von Rechten und Pflichten in der Eltern-Kind-Beziehung und für sämtliche kindbezogenen Entscheidungen und Handlungen entzieht sich der Begriff des Kindeswohls einer allgemein gültigen Beschreibung und muss im Einzelfall anhand der gegebenen Umstände inhaltlich konkretisiert werden.⁴⁸

Der Kontext, in welchem sich die Frage nach dem Kindeswohl stellt, sowie die einschlägigen Gesetzesnormen geben jeweils vor, welches Anspruchsniveau bei der Orientierung am Kindeswohl zur Anwendung gelangt. Da die Wahrung des Kindeswohls beispielsweise bei der Adoption sowohl Ziel als auch Rechtfertigung ist,⁴⁹ wird diese nur zugelassen, wenn sich das Kind in allen Belangen bestmöglich entwickeln kann.⁵⁰ Angestrebt werden folglich ideale Voraussetzungen für das Wohlbefinden und die gedeihliche Entwicklung des Kindes (sogenannte «Maximal- oder Idealvariante»⁵¹). Würde dieser Massstab auf die Fortpflanzungsmedizin übertragen, dürften Kinder nur dann künstlich gezeugt werden, wenn sie in ideale Lebensverhältnisse hinein geboren würden.⁵² Anders präsentiert sich die Ausgangslage bei gerichtlichen Sorgerechts- oder Obhutrechtskonflikten. Das Gericht hat das Kind demjenigen Elternteil zuzuteilen, bei welchem es aller Wahrscheinlichkeit nach am besten aufgehoben ist und wo es die für seine physische und psychische Entwicklung notwendige Hinwendung und Wärme am ehesten findet.⁵³ Für die Zuteilung an einen Elternteil werden also günstige und entwicklungsförderliche Verhältnisse vorausgesetzt, aber eben auch als ausreichend betrachtet (sogenannte «Gut-Genug-

FamPra.ch 2014 - S. 238

Variante»⁵⁴). Auf die Fortpflanzungsmedizin bezogen müssten die potentiellen Eltern immerhin als geeignet angesehen werden, um dem Kind ein annehmbares Leben zu ermöglichen.⁵⁵ In einer letzten Erscheinungsform tritt der Begriff des Kindeswohls dort auf, wo es zum Wohlergehen des

Kindes unablässig ist, von Seiten des Staates mittels geeigneter Massnahmen in die elterliche Erziehungs- und Betreuungsarbeit einzugreifen. Aufgrund des Vorrangs privater Verantwortung und der Freiheit privater Lebensgestaltung auch bei der Erziehung von Kindern darf behördliches Einschreiten nur erfolgen, wenn eine eigentliche Gefährdung des Kindes vorliegt.⁵⁶ Das Kindeswohl dient in diesem Zusammenhang als Bezugspunkt für die Bestimmung der Schwelle, ab welcher ein aktiver Schutz eines Kindes angezeigt ist (sogenannte «Minimalvariante»⁵⁷). Fortpflanzungsmedizinische Verfahren wären demnach nur dann zu verweigern, wenn die zu erwartenden Lebensumstände derart schlecht sind, dass es für das Kind besser ist, gar nicht geboren zu werden.⁵⁸

2. Das Kindeswohl im Fortpflanzungsmedizingesetz

a) Allgemeines

Wie einleitend erwähnt, wurde das Kindeswohl vom Fortpflanzungsmedizingesetz zur leitenden Maxime erklärt. Zur Realisierung dieser Maxime hat sich der Gesetzgeber verschiedener Strategien bedient: Einmal wurde der Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren streng reguliert. Zweitens erlaubt das Gesetz die Selektion von Keimzellen nur sehr eingeschränkt und verbietet bestimmte Verfahren ganz. Zuletzt wurden legislatorische Vorkehrungen getroffen, um das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu gewährleisten. Im Folgenden werden diese unterschiedlichen Strategien je gesondert unter dem Gesichtspunkt überprüft, ob sie sich (noch) mit dem angestrebten Ziel begründen lassen, das Kindeswohl zu sichern.

b) Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren

aa) Art. 3 Abs. 1 FMedG

Verfahren der medizinisch assistierten Fortpflanzung dürfen nur angewendet werden, wenn das Kindeswohl gewährleistet ist. In der Botschaft heisst es: «Im Un-

FamPra.ch 2014 - S. 239

terschied 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. Die Interessen und Wünsche des zu behandelnden Paares haben aus dieser Sicht hinter dem Kindeswohl zurückzutreten. (...) 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 psychosozialen Risiken belastet sein würden. Die Zeugung eines Kindes darf beispielsweise nicht als Versuch zur Rettung einer Paarbeziehung in der Krise dienen».⁵⁹

Art. 3 Abs. 1 FMedG erhebt den Grundsatz des Kindeswohls zur Grundvoraussetzung und zum allgemeinen Leitprinzip einer jeden Anwendung fortpflanzungsmedizinischer Praktiken. Dem Kindeswohl wird der Vorgang gegenüber den Interessen und Wünschen der Eltern eingeräumt.

Das Gesetz selbst äussert sich nicht dazu, was unter dem Begriff des Kindeswohls im vorliegenden Kontext zu verstehen ist. Art. 3 Abs. 1 FMedG ist laut Botschaft primär als Handlungsanweisung an die behandelnden Ärzte und Ärztinnen zu betrachten. Vor einer fortpflanzungsmedizinischen Behandlung haben Ärzte eine umfassende Abklärung im Hinblick auf das Kindeswohl vorzunehmen.⁶⁰ Medizinisches Handeln ist stets dem Wohl des Patienten verpflichtet und soll Schaden vermeiden (sogenanntes Prinzip, nichts Schlechtes zu tun, das heisst keine Schmerzen oder Leiden zuzufügen; «principle of non-maleficence»⁶¹). Insofern ist aus der Bestimmung von Art. 3 Abs. 1 FMedG zu schliessen, dass diese ärztlichen Pflichten sich neben der zu behandelnden Patientin auch und insbesondere auf das erwünschte Kind beziehen. Aus Sicht der behandelnden Ärzte und Ärztinnen ist diese Betrachtungsweise folgerichtig, liegt doch das eigentliche Behandlungsziel in der Geburt eines gesunden Kindes und hat sich das ärztliche Handeln auch daran zu orientieren. Im Vordergrund dürfte daher das elementare Bedürfnis nach physischer Unversehrtheit des zu zeugenden Kindes stehen. Damit können mit der Gefährdung des Kindeswohls zunächst einmal Beeinträchtigungen gemeint sein, die durch den Zeugungsakt selber oder aber durch die Art der angewendeten Methode bewirkt werden. In erster Linie müssen deshalb medizinische Verfahren ausgeschlossen sein, die für das erhoffte Kind mit hoher oder überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einer Gesundheitsschädigung führen oder deren Risikohaftigkeit noch gänzlich

FamPra.ch 2014 - S. 240

unerforscht ist.⁶² Das Verbot von medizinisch erprobten und etablierten Techniken kann hingegen nicht mit dem Kindeswohl gerechtfertigt werden.⁶³

Seit den frühen Anfängen der Fortpflanzungsmedizin bestehen Misstrauen und Zweifel bezüglich der Sicherheit der entsprechenden Verfahren.⁶⁴ Nach dem heutigen Stand der medizinischen Wissenschaft besteht das gravierendste Risiko bei den fortpflanzungsmedizinischen Behandlungen sowohl für Frauen als auch für Kinder in der hohen Zahl der Mehrlingsschwangerschaften.⁶⁵ Bei Mehrlingsschwangerschaften besteht eine erhöhte Gefahr von Schwangerschafts- und Geburtskomplikationen.⁶⁶ Dieser Problematik hat der Gesetzgeber durch verschiedene Bestimmungen Rechnung getragen.⁶⁷ In der medizinischen Forschung bemüht man sich europaweit, die Mehrlingsschwangerschaftsrate zu senken.⁶⁸ Seit langem umstritten ist, ob bei Verfahren der künstlichen Fortpflanzung an sich ein erhöhtes Risiko für angeborene Fehlbildungen besteht.⁶⁹ Neuere Studien weisen darauf hin, dass die Fehlbildungsrate bei künstlich gezeugten Kindern höher ist als bei Kindern, die natürlich gebo-

FamPra.ch 2014 - S. 241

ren wurden.⁷⁰ Es muss indessen darauf hingewiesen werden, dass das Risiko für ein Kind mit Fehlbildungen absolut betrachtet gering ist.⁷¹

Gegenstand weiterer Untersuchungen ist die Frage, ob das erhöhte Risiko für Fehlbildungen mit der Fortpflanzungstechnik oder mit der zugrunde liegenden eingeschränkten Fertilität zu erklären ist.⁷² Nach dem gegenwärtigen Forschungsstand kann nicht eindeutig entschieden werden, inwieweit allfällige Fehlbildungen bei den Kindern auf die Infertilität der Eltern oder auf die Anwendung fortpflanzungsmedizinischer Verfahren zurückzuführen sind, wobei die Ursachen wahrscheinlich in rein sterilitätsassoziierten Risiken liegen.⁷³ Soweit die Verursachung von Schädigungen durch die zur Anwendung gelangenden Verfahren selber betroffen ist, haben jedenfalls die sich aus dem Kindeswohl ergebenden Einschränkungen für die Fortpflanzungsmedizin sicherlich ihre Berechtigung. Wird die Abwendung von Schädigungen oder von Gesundheitsgefährdungen bezweckt, liegt es nahe, bei

FamPra.ch 2014 - S. 242

den Überlegungen zum Kindeswohl bezüglich des Anspruchsniveaus die Minimalvariante anzuwenden. Im Vordergrund steht der Gesundheitsschutz im Sinne der Vermeidung von Schädigungen.

Offensichtlich richtet der Gesetzgeber seine Bestrebungen, das Kindeswohl zu schützen, nicht nur auf den Zeugungsvorgang als solchen, sondern auch auf die späteren Lebensbedingungen des geborenen Kindes. Es sollen insbesondere psychosoziale Belastungen, aber auch körperliche Probleme im künftigen Leben des Kindes vermieden werden. Soweit diese als unmittelbare Folgen der Art der Zeugung betrachtet werden müssen,⁷⁴ wird dadurch wiederum bezweckt, Schäden beim zu zeugenden Kind zu verhindern, weshalb bezüglich des mit der Orientierung am Kindeswohl verbundenen Anspruchsniveaus grundsätzlich das zum Risiko von Fehlbildungen Gesagte gilt. Elternschaft und Kindesentwicklung nach fortpflanzungsmedizinischer Behandlung waren und sind Gegenstand intensiver sozialwissenschaftlicher Forschung. Bei der Mehrzahl der Studien konnten bezüglich der psychischen, motorischen und sozialen Entwicklung der Kinder keine substantiellen Unterschiede zu natürlich gezeugten Kindern festgestellt werden.⁷⁵ Zwei europäische Studien haben ergeben, dass sich die psychosoziale Entwicklung von Einlingen nach medizinisch unterstützter Fortpflanzung nicht von derjenigen anderer Kinder unterscheidet.⁷⁶ Die Befunde über die unauffällige beziehungsweise positive emotionale und psychosoziale Entwicklung und die Lebenssituation von mittels Hilfe der Fortpflanzungsmedizin gezeugten Kindern wurden in späteren Forschungsarbeiten bestätigt.⁷⁷ Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erkennen, inwiefern die heute praktizierten Zeu-

FamPra.ch 2014 - S. 243

gungsmethoden zu Lebensumständen führen könnten, die aus Gründen des Kindeswohls einen Verzicht auf die Zeugung nahelegen müssten.

bb) Art. 3 Abs. 2 FMedG

Aus der gemäss Botschaft bewussten Anlehnung an die gesetzlichen Voraussetzungen der Adoption Minderjähriger ist zu schliessen, dass der Rückgriff auf das Kindeswohl in der Fortpflanzungsmedizin zwar primär, aber eben nicht ausschliesslich verhindern soll, dass das Kind

durch die Anwendung künstlicher Fortpflanzungsmethoden Schaden nimmt. Vielmehr sollen im Sinne der dargelegten Idealvariante für das Kind möglichst optimale Lebensumstände bestehen. Aus dem Inhalt von Art. 3 FMedG ergibt sich, worauf nach den Vorstellungen des Gesetzgebers dabei besonderes Augenmerk gerichtet werden sollte. Das Gesetz enthält nämlich eine Konkretisierung des Kindeswohlgrundsatzes in der Bestimmung, dass Fortpflanzungsverfahren 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. Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung dürfen zudem nur bei Paaren angewendet werden, zu denen ein Kindesverhältnis im Sinne der Art. 252–263 ZGB (Vaterschaftsvermutung, Anerkennung oder Vaterschaftsurteil) begründet werden kann.

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen alleinstehende Personen oder gleichgeschlechtliche Paare von vornherein keinen Zugang zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung haben. Verallgemeinert lässt sich sagen, dass das mittels fortpflanzungsmedizinischer Massnahmen gezeugte Kind nicht in «natürlich» nicht möglichen Familienverhältnissen aufwachsen und von seinen künftigen Eltern möglichst lange betreut werden soll. Angestrebt wird eine hohe Stabilität der Betreuungsverhältnisse des Kindes.⁷⁸ Nach der Botschaft legt das Gesetz auch grossen Wert auf die Stabilität der Paarbeziehung, wobei diesbezüglich unter anderem auf die starke Belastung hingewiesen wird, welche die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung für das Paar bedeuten kann.⁷⁹ Darüber hinaus wird in der Botschaft ausgeführt, dass der Schutz des Kindeswohls zu den «wohlbegründeten öffentlichen Interessen unserer Gesellschaft» gehöre.⁸⁰ Auch das Bundesgericht hat in seinen grundlegenden Entscheidungen zur Fortpflanzungsmedizin dafür gehalten, dass der Schutz des zu zeugenden Kindes und das Kindeswohl zu den anerkannten öffentlichen Interessen zu zählen seien.⁸¹ Angesprochen wird damit das Wohl der Kinder nicht um ihrer selbst willen, sondern um der Allgemeinheit willen, wobei in diesem Zusammenhang neben gesundheitspolitischen, familien- und sozialpolitischen auch

FamPra.ch 2014 - S. 244

kriminallpolitische sowie staatspolitische und volkswirtschaftliche Interessen genannt werden.⁸² Was das Kriterium des Lebensalters anbelangt, gilt bei der Mutter aufgrund des Verbots der Eizellenspende (Art. 4 FMedG) das Klimakterium als natürlich gegebene Altersgrenze für eine fortpflanzungsmedizinische Behandlung. Die Festsetzung einer starren Altersgrenze wurde demgegenüber abgelehnt. Eine implizite Altersgrenze nur für Frauen ist kaum gerechtfertigt, wenn es darum geht, sicherzustellen, dass die Eltern ihre Verantwortung bis zur Volljährigkeit des Kindes wahrnehmen können. Der Rückgriff auf die «Natur» als Altersgrenze ist freilich im Kontext der medizinisch assistierten Fortpflanzung paradox, gilt es doch gerade die Bürden und Schwierigkeiten, welche die Natur der einzelnen Person auferlegt, zu überwinden.⁸³

Ausserdem soll die Inanspruchnahme der Fortpflanzungsmedizin Paaren versagt bleiben, die bestimmte persönliche Voraussetzungen nicht erfüllen. Es lässt sich weder anhand des Gesetzestextes noch anhand der Materialien im Einzelnen festmachen, in Bezug auf welche weiteren persönlichen Verhältnisse die Zulässigkeit der fortpflanzungsmedizinischen Massnahmen beurteilt werden sollte. Von einer Behandlung ist nach der Intention des

Gesetzgebers wohl dann abzusehen, wenn die dereinstigen Lebensumstände des Kindes mit schwerwiegenden psychosozialen Risiken verbunden wären.⁸⁴ Ursprünglich war beabsichtigt, dass die nationale Ethikkommission der Bestimmung in einer Richtlinie schärfere Konturen verleihen würde,⁸⁵ doch wurde eine solche Richtlinie nie erlassen. Es bleibt damit unklar, ob und gegebenenfalls nach welchen Kriterien (beispielsweise ökonomische Verhältnisse oder Lebenswandel) die behandelnden Ärzte die zukünftige Lebenssituation des Kindes einzuschätzen haben.⁸⁶ Soweit ersichtlich, gibt es auch keine anderen von Fortpflanzungsmedizinern allgemein anerkannten Richtlinien. Bei der Abwägung zwischen dem Kinderwunsch und den Risiken für das Kind oder die Frau bestehen demnach beträchtliche Unsicherheiten hinsichtlich Art und Schwere der zu berücksichtigenden Risiken. Schwierigkeiten bereiten dürfte auch die Vorhersage der Wahrscheinlichkeit, mit welcher sich die einmal als gefährlich definierten Risiken tatsächlich verwirklichen.

FamPra.ch 2014 - S. 245

cc) Art. 3 Abs. 3 FMedG

Nur verheiratete Paare haben Zugang zu heterologen Verfahren der Fortpflanzungsmedizin. Im Gesetz heisst es: Gespendete Samenzellen dürfen nur bei Ehepaaren verwendet werden. Das Fortpflanzungsmedizingesetz setzt zur Gewährleistung des Kindeswohls also auf die Ehe als Garantin von stabilen Verhältnissen.⁸⁷ Die Privilegierung verheirateter Paare mit Bezug auf heterologe Verfahren vermag nicht mehr zu überzeugen. Durch die sozialwissenschaftliche Forschung wurde belegt, dass verlässliche familiäre Strukturen für das Kindeswohl von zentraler Bedeutung sind.⁸⁸ Kinder sind in hohem Masse auf emotionale Zuwendung in stabilen sozialen Beziehungen angewiesen.⁸⁹ Insbesondere aus der Scheidungsforschung ist bekannt, dass Kinder durch die Zerrüttung der Familie mitunter erheblich belastet werden können und dass familiäre Veränderungen die kognitive Entwicklung und die Gesundheit der Kinder stärker beeinflussen als die Struktur der Familie an sich.⁹⁰ Besonders nachhaltige Negativeinflüsse scheinen dabei frühe Änderungen in der Familiensituation zu haben.⁹¹ Nun ist es aber gesichertes Erkenntnis, dass die Rechtsform der Ehe keine Stabilität mehr zu garantieren vermag, dies ungeachtet der tatsächlich gestiegenen Scheidungsziffer deshalb, weil die eheliche Beziehung heute ohne Weiteres einvernehmlich aufgelöst oder einseitig gekündigt werden kann.⁹² Es besteht keine Gewähr, dass nach abgeschlossener medizinisch assistierter Fortpflanzung die eheliche Gemeinschaft fortgeführt wird. Das Kindeswohllargument beinhaltet auch eine realitätsfremde Stigmatisierung nichtehelicher Lebensgemeinschaften als Kindeswohlgefährdend. Jedenfalls ist die Ehe weder eine notwendige, noch eine hinreichende Bedingung für das Kindeswohl. Das geltende Fortpflanzungsmedizingesetz verharrt im institutionellen Denken des 19. Jahrhunderts, verschliesst sich dem Wandel familialer Wirklichkeiten und ist Ausdruck der ungewöhnlichen Persistenz des

FamPra.ch 2014 - S. 246

normativen Leitbildes der natürlichen Einheit biologischer und sozialer Elternschaft, die in der Ehe ihre unauftrennbare Erfüllung finden soll.

Die Zusammenhänge zwischen der Familienstruktur und der Entwicklung von Kindern werden seit längerer Zeit gründlich erforscht. Vor allem in den USA hat sich eine Vielzahl von Studien mit dem Einfluss von strukturellen Merkmalen von Familien auf die Kindesentwicklung befasst. Diese weisen darauf hin, dass sich das Aufwachsen mit den biologischen und miteinander verheirateten Eltern in verschiedener Hinsicht vorteilhaft auswirkt.⁹³ Hervorzuheben ist insbesondere, dass die Heirat der Eltern aufgrund der besseren Vereinbarkeit von Familien- und Erwerbsarbeit in stabilen Zweielternfamilien zur ökonomischen Sicherung der Familie beitragen kann.⁹⁴ Diese Forschungsergebnisse weisen einen Zusammenhang zwischen der Struktur einer Familie und dem Wohlergehen von Kindern nach. Nicht geklärt sind demgegenüber die genauen Mechanismen, welche diese günstigen Effekte bewirken.⁹⁵ Eine vertiefte Analyse der vorliegenden Befunde ergibt, dass nicht die Ehe der Eltern an sich die für das Kindeswohl und die Entwicklung günstigen Prozesse fördert, sondern dass dabei weitere elterliche und familiäre Umstände wie zeitliche Verfügbarkeit oder die wirtschaftlichen Ressourcen berücksichtigt werden müssen.⁹⁶ Insgesamt erlauben die sozialwissenschaftlichen Studien die Schlussfolgerung, dass für die Entwicklung der Kinder letztlich nicht die Struktur der Familie, sondern die Qualität der innerfamiliären Beziehungen entscheidend ist.⁹⁷ In komplexen Familienverhältnissen sind mit Blick auf das Kindeswohl weder die Heirat der mit dem Kind zusammenlebenden Erwachsenen an sich noch deren biologische Verbindung mit dem Kind aussagekräftig.⁹⁸ Dass die Förderung der Ehe den Kindern, die dies besonders

FamPra.ch 2014 - S. 247

nötig hätten, die Vorzüge einer stabilen, ökonomisch abgesicherten Zweielternfamilie eröffnen, liess sich nicht bestätigen.⁹⁹

Als besonders wichtig für eine gesunde Entwicklung der Kinder erscheint es aufgrund empirischer Erkenntnisse, dass Kinder tragfähige und liebevolle Beziehungen und Lebensgemeinschaften erleben und sich zugehörig fühlen können.¹⁰⁰ Wesentlichen Einfluss auf die Entwicklung der Kinder hat – wie durch mehrere Studien aufgezeigt werden konnte – namentlich das väterliche Engagement.¹⁰¹ Das bereits mehrfach zitierte Gutachten der Psychologin HEIDI SIMONI weist diesbezüglich darauf hin, es gäbe keine wissenschaftliche Evidenz dafür, dass die grundlegende Entscheidung, als Vater grundsätzlich und konkret die Verantwortung für ein Kind zu übernehmen, durch die Ehe mit der Mutter des Kindes positiv beeinflusst werde.¹⁰² Nach einlässlicher Analyse sowohl der empirischen Forschung als auch aktueller Angaben über die demografische Entwicklung¹⁰³ resümiert das Gutachten, es sei unwahrscheinlich, dass die Heirat in Verhältnissen wie der Schweiz heute noch elterliche Ressourcen widerspiegeln, die für das Wohl eines Kindes wichtig seien.¹⁰⁴ Zudem legt die Autorin in nachvollziehbarer und überzeugender Weise dar, weshalb sich über den Zivilstand der Eltern weder die Lebensumstände des Kindes noch das elterliche Engagement verlässlich absichern lassen.¹⁰⁵

Gestützt auf die dargestellten Erkenntnisse aus der Rechtstatsachenforschung lässt sich die gesetzgeberische Annahme, nur die Ehe gewährleiste die für die Entwicklung des Kindes eminent

wichtige Kontinuität der Elternbeziehung, auch wissenschaftlich nicht aufrechterhalten. Insofern entfällt das primäre Argument für die sachliche Rechtfertigung einer Beschränkung der Verwendung gespendeter Samenzellen auf Ehepaare.¹⁰⁶ In der Botschaft wird zudem angedeutet, dass ein praktisches Bedürfnis für die Zulassung der heterologen Verfahren bei unverheirateten Paaren gar nicht bestünde.¹⁰⁷ Die damit allenfalls beantwortete Frage ist – worauf

FamPra.ch 2014 - S. 248

im Schrifttum zutreffend hingewiesen wurde¹⁰⁸ – im Kontext einer rechtlichen Differenzierung zwischen verschiedenen Partnerschaftsformen indessen falsch gestellt. Zur Begründung der Beschränkung taugt schliesslich auch das im Gesetzgebungsverfahren genannte Argument nicht, die Zulassung heterologer Fortpflanzungsverfahren mache gewisse Änderungen im Kindschaftsrecht nötig.¹⁰⁹ Die Lösung des Problems wäre nämlich sehr einfach: Es wären lediglich die Anerkennung des so gezeugten Kindes und der Ausschluss einer Anfechtung des Kindesverhältnisses durch Dritte gesetzlich vorzusehen. Heterologe Verfahren der medizinisch assistierten Fortpflanzung sollten also auch unverheirateten Paaren zugänglich gemacht werden.¹¹⁰

dd) Art. 3 Abs. 2 lit. a FMedG, Art. 28 PartG

Das Fortpflanzungsmedizingesetz gewährt nur Paaren, das heisst einem Mann und einer Frau, die gemeinsam die Elternverantwortung für das Kind übernehmen wollen, Zugang zu Verfahren der Fortpflanzungsmedizin. Personen, die nicht zusammen mit einem verschiedengeschlechtlichen Partner Kinder haben wollen, bleiben aufgrund von Art. 3 Abs. 2 lit a FMedG¹¹¹ von der künstlichen Fortpflanzung ausgeschlossen.¹¹² Personen in eingetragener Partnerschaft ist der Zugang zur Fortpflanzungsmedizin zudem ausdrücklich verwehrt (Art 28 PartG¹¹³). Zur Rechtfertigung dieser Zugangsbeschränkung rekurriert der Gesetzgeber in erster Linie auf den Topos der Natur: «Von der Natur vorgegeben ist, dass jedes Kind eine Mutter und einen Vater hat (...). Diese Grundbedingungen menschlicher Existenz sind auch bei der Anwendung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung zu beachten».¹¹⁴ Die

FamPra.ch 2014 - S. 249

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 regelmässigem ungeschütztem Geschlechtsverkehr, verlangt werde und lesbische Frauen, die in der Regel fruchtbar seien, diese Voraussetzungen von vornherein nicht erfüllen könnten.¹¹⁵ In der Literatur wird denn auch die Auffassung vertreten, dass die in Art. 119 Abs. 2 lit. c BV enthaltene Restriktion ein eigentliches Hindernis für den Zugang gleichgeschlechtlicher Paare zur Fortpflanzungsmedizin darstelle.¹¹⁶

Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV darf niemand wegen seiner Lebensform diskriminiert werden, wobei damit in erster Linie die sexuelle Orientierung einer Person geschützt werden soll.¹¹⁷ Dass auch gleichgeschlechtlich orientierte Menschen immer schon Eltern waren und sein werden, wurde in den erwähnten gesetzlichen Bestimmungen nur wenig berücksichtigt.¹¹⁸ Der heutigen Realität trägt die Gesetzesregelung zur Fortpflanzungsmedizin nur unzureichend Rechnung. Abgesehen davon begegnet der Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der Inanspruchnahme fortpflanzungsmedizinischer Methoden gewichtigen verfassungs- und konventionsrechtlichen Bedenken. Die Verwirklichung des Kinderwunsches ist ein elementares menschliches Bedürfnis, das nicht von der sexuellen Orientierung abhängt.¹¹⁹ Von daher gesehen wäre der Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren grundsätzlich ein Ge-

FamPra.ch 2014 - S. 250

bot der Gleichbehandlung. Die Durchbrechung des Differenzierungsverbots ist rechtfertigungsbedürftig und muss sich auf hinreichend sachliche Gründe stützen können.¹²⁰ Aus der Erwähnung der Lebensform und damit des Kriteriums der sexuellen Orientierung folgt nach mittlerweile herrschender Lehre in der Schweiz die Pflicht, eine damit zusammenhängende Ungleichbehandlung besonders qualifiziert zu begründen.¹²¹

Bei genauer Betrachtung erweist sich das vom Gesetzgeber bemühte Argument des vermeintlich von der Natur Vorgegebenen im Kontext des Diskriminierungsverbots als wenig stichhaltig. Der Schutz vor ungerechtfertigter Diskriminierung räumt dem Einzelnen gerade das Recht ein, anders zu sein.¹²² Zu bedenken ist dabei auch, dass die Kategorie der «Natürlichkeit» nicht objektiv feststeht, sondern kulturellen und entwicklungsgeschichtlichen Veränderungen unterworfen ist.¹²³ Der Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von den Errungenschaften der Fortpflanzungsmedizin liesse sich deshalb nur begründen, wenn die Entwicklung des bei gleichgeschlechtlichen Elternteilen aufwachsenden Kindes tatsächlich ernstlich gefährdet wäre. Solche Ängste werden von Vertretern eines traditionellen Familienbildes seit jeher geäussert, indem unter anderem auf die Notwendigkeit von Mutter und Vater hingewiesen wird und Schwierigkeiten bei der Entwicklung der sexuellen Identität sowie psychische Instabilitäten mit Verhaltens- und Entwicklungsstörungen befürchtet werden.¹²⁴ Nicht zuletzt wird unter Hinweis auf das Kindeswohl ins Feld geführt, Kinder aus gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften seien häufiger seelisch belas-

FamPra.ch 2014 - S. 251

tender Diskriminierung und Stigmatisierung ausgesetzt, oder es wird gar generell die Erziehungsfähigkeit homosexueller Eltern angezweifelt.¹²⁵

Ein im Wesentlichen weltanschaulich oder familienideologisch geprägtes Unbehagen gegenüber gleichgeschlechtlicher Elternschaft genügt aus rechtlicher Sicht nicht zur Begründung einer in Bezug auf die Möglichkeiten zur Verwirklichung des Kinderwunsches bestehenden Ungleichbehandlung von verschiedenen und gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Vielmehr

müsste anhand von wissenschaftlich fundierten Untersuchungen nachgewiesen werden können, dass und weshalb das Aufwachsen eines Kindes in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften seiner gedeihlichen Entwicklung nicht zuträglich ist. Wie sich Kinder in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften entwickeln, wird seit mehreren Jahrzehnten erforscht. Die bis heute verfügbaren empirischen Befunde sprechen insgesamt dafür, dass Kinder, die in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften aufwachsen, keine Nachteile in ihrer Entwicklung erleiden.¹²⁶ Aus dem umfangreichen Forschungsmaterial seien an dieser Stelle einige Studienarbeiten aus der jüngeren Vergangenheit herausgegriffen. Eine im Auftrag des deutschen Bundesministeriums für Justiz erstellte Untersuchung befasste sich mit der Lebenssituation von Kindern, die mit gleichgeschlechtlichen Elternpaaren aufwachsen, die in einer Lebenspartnerschaft leben.¹²⁷ Die Studie hält zusammenfassend fest, «dass sich Kinder und Jugendliche in Regenbogenfamilien¹²⁸ ebenso gut entwickeln wie Kinder in anderen Familienformen. [...] Entscheidend für die Entwicklung der Kinder ist nicht die Struktur der Familie, sondern die Qua-

FamPra.ch 2014 - S. 252

lität der innerfamiliären Beziehungen».¹²⁹ Zu einem vergleichbaren Ergebnis gelangte eine in Grossbritannien durchgeführte Langzeitstudie, welche Kinder vom frühen Schulalter bis in das junge Erwachsenenalter beobachtet hat.¹³⁰ Die Untersuchung konnte bei einem Vergleich mit jungen Erwachsenen aus Zweielternfamilien kaum Unterschiede hinsichtlich der elterlichen Qualitäten und der psychosozialen Entwicklung feststellen und hielt resümierend fest: «The quality of family relationship matters more than the way in which a family is formed».¹³¹ Die Entwicklung von Kindern bei gleichgeschlechtlicher Elternschaft wurde schliesslich auch in den USA intensiv erforscht. Eine neuere Studie aus dem Jahr 2010 untersuchte die Entwicklung von über 70 Kindern lesbischer Paare von Geburt an bis zu ihrem 17. Lebensjahr¹³² und fasste die Erkenntnisse wie folgt zusammen: «The NLLFS [National Longitudinal Lesbian Family Study] adolescents are well-adjusted, demonstrating more competencies and fewer behavioral problems than their peers in the normative American population».¹³³ Um allfälligen methodischen Bedenken oder Zweifeln nachzugehen,¹³⁴ werteten mehrere Forschungsarbeiten die Erkenntnisse aus bereits vorliegenden Studien aus. Eine breit angelegte Metaanalyse aus Skandinavien basiert auf der Auswertung von 23 empirischen Studien aus dem Zeitraum von 1978 bis 2000 aus verschiedenen Ländern Europas sowie den USA und befand, die ausgewerteten Studien erlaubten ungeachtet der unterschiedlichen Methodik den Schluss, dass sich die Entwicklung der von gleichgeschlechtlichen Eltern aufgezogenen Kinder bezüglich mehrerer Kategorien (beispielsweise Geschlechtsidentität, sexuelle Orientierung, Geschlechterrollenverhalten, Stigmatisierung) nicht wesentlich von derjenigen anderer Kinder unterscheidet.¹³⁵

FamPra.ch 2014 - S. 253

Die Bedenken gegen die gleichgeschlechtliche Elternschaft werden durch den hier beispielhaft wiedergegebenen Forschungsstand entkräftet.¹³⁶ Es hat sich gezeigt, dass das Fehlen gegengeschlechtlicher Eltern keine negativen Auswirkungen auf die Kindesentwicklung haben

muss.¹³⁷ Die durch die Forschung dokumentierten Stigmatisierungserfahrungen¹³⁸ werden allenfalls durch vorurteilsbeladene und intolerante Reaktionen des gesellschaftlichen Umfeldes ausgelöst und können daher keinesfalls eine rechtliche Diskriminierung rechtfertigen.¹³⁹ Aus Gründen des Kindeswohls lässt sich die Beschränkung des Zugangs zu medizinisch unterstützter Fortpflanzung auf heterosexuelle Paare nicht überzeugend begründen. Dem durch die Einschränkung resultierenden Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit der betroffenen gleichgeschlechtlichen Paare¹⁴⁰ mangelt es folglich an der für die Ungleichbehandlung vorausgesetzten sachlichen Rechtfertigung.¹⁴¹ Ohne Zweifel gebietet das Diskriminierungsverbot deshalb die Öffnung des Zugangs zur künstlichen Fortpflanzung auch für gleichgeschlechtliche Elternpaare mit Kinderwunsch.¹⁴² Dass gleichgeschlechtliche Beziehungen – wovon die Botschaft zum Fortpflanzungsmedi-

FamPra.ch 2014 - S. 254

zingesetz ausging¹⁴³ – häufiger aufgelöst würden als Ehen oder verschiedengeschlechtliche Verbindungen, konnte bislang empirisch nicht bestätigt werden und folgt entgegen den Ausführungen in der Botschaft sicherlich nicht zwangsläufig aus fehlenden gesetzlichen Unterhalts- oder Beistandspflichten.¹⁴⁴ Ein im Rahmen einer gleichgeschlechtlichen Beziehung mit Hilfe fortpflanzungsmedizinischer Verfahren gezeugtes Kind kann im rechtlichen Sinne nur einen mütterlichen und einen väterlichen Elternteil haben. Ob darin für das Kind bereits ein Nachteil gesehen werden muss, kann letztlich dahingestellt bleiben. Der Gesetzgeber hätte es jedenfalls in der Hand, eine solche Konstellation von Elternschaft zu erfassen und entweder die Partnerin der Kindesmutter oder den Partner des Kindesvaters als rechtlichen Elternteil anzuerkennen.¹⁴⁵

Zusammenfassend ergibt sich, dass sich für die ungleiche Behandlung von verschiedengeschlechtlichen und gleichgeschlechtlichen Partnerschaften ausser einem tradierten Elternschaftsverständnis keine rechtstatsächlichen Gründe ins Feld führen lassen. Die bestehende Beschränkung wiegt insofern besonders schwer, als sie eine bestimmte Bevölkerungsgruppe aufgrund ihrer sexuellen Orientierung und damit aufgrund eines nicht in zumutbarer Weise zu ändernden Persönlichkeitsmerkmals benachteiligt. In der durch die Erkenntnisse der Sozialwissenschaften bestärkten Überzeugung, dass sich die für Kinder bedeutsame familiäre Geborgenheit unabhängig vom Geschlecht der Partner entwickeln kann, wäre es zu begrüssen, wenn im Zuge einer Gesetzesrevision auch gleichgeschlechtlichen Paaren das Recht zur Inanspruchnahme der Fortpflanzungsmedizin eingeräumt würde. Dass sich Teile der Bevölkerung aus weltanschaulichen oder religiösen Gründen gegen eine Elternschaft gleichgeschlechtlicher Partner oder Partnerinnen aussprechen, ist selbstverständlich zu respektieren. In einem säkularen und demokratischen Staat stellen solche subjektiv nachvollziehbaren Gründe indessen keine ausreichende Begründungsbasis für die Ungleichbehandlung derjenigen dar, welche die Überzeugungen nicht teilen.

FamPra.ch 2014 - S. 255

c) Selektion von Keimzellen

Die negative Selektion von Keimzellen ist zum Schutz der Nachkommen erlaubt, wenn die Gefahr der Übertragung einer schweren, unheilbaren Krankheit auf die Nachkommen nicht anders abgewendet werden kann (Art. 5 Abs. 2 FMedG). Im Sinne einer positiven Selektion darf 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, im Interesse des Kindeswohls berücksichtigt werden (Art. 22 Abs. 4 FMedG).

Zur letztgenannten Bestimmung führt die Botschaft aus, dass ein ähnliches Aussehen zur besseren Integration des Kindes in die Familie beitrage. Seien zum Beispiel beide Wunscheltern blauäugig, so wäre gestützt auf die Vererbungslehre für Dritte sofort erkennbar, dass der soziale Vater nicht der genetische Vater des Kindes sein könne, wenn dieser braune Augen habe. Es gehe hier auch um den Schutz der Intim- und Privatsphäre der Familie: Für Dritte solle nicht sofort ersichtlich sein, dass nicht der Ehemann der Mutter, sondern ein Dritter der Vater des Kindes sei.¹⁴⁶ Auch hier also soll das «natürliche» Ideal vorgetäuscht werden, was im Gegensatz zum Prinzip der Offenheit steht. Man geht davon aus, dass sich die Integration des Kindes in die Familie einfacher gestaltet, wenn nach aussen nicht ersichtlich ist, dass die genetische Verbindung zu einem Elternteil fehlt.

Eine Adoptivfamilien betreffende Studie aus dem Jahr 2012 hat sich mit den Schutz- und Risikofaktoren befasst, die zum Gelingen beziehungsweise zum Scheitern von Adoptionen führen.¹⁴⁷ Die Autoren der Studie weisen zwar auf direkte Reaktionen oder indirekte Ressentiments hin, die vor allem Eltern mit Adoptivkindern anderer Hautfarbe erfahren, ein empirischer Zusammenhang zwischen der Ähnlichkeit der äusseren Erscheinung und der Entwicklung der Eltern-Kind-Beziehung konnte jedoch nicht festgestellt werden.¹⁴⁸ Die äusserliche Verschiedenheit von Kindern und ihren Eltern scheint damit vielmehr einer von vielen Faktoren in der komplexen familialen und sozialen Dynamik zu sein.¹⁴⁹

d) Verbotene fortpflanzungsmedizinische Verfahren

aa) Gespaltene Mutterschaft

Einige Verfahren der modernen Reproduktionsmedizin wie die Eizellenspende rütteln am Grundsatz «mater semper certa est» in klarer Weise. Zwar gibt es seit jeher Kinder, die sowohl über eine biologische, als auch über eine soziale Mutter verfügen, die nicht identisch sind, die Spaltung zwischen der biologischen und der gene-

tischen Mutterschaft allerdings ist eine Erfindung der Fortpflanzungsmedizin. Eine noch grössere Herausforderung stellt die Leihmutterschaft dar: Während bei der Eizellenspende die biologische Mutter auch die soziale Mutter ist, ist es bei der Leihmutterschaft entweder die genetische Mutter oder eine Person, die mit dem Kind weder genetisch noch biologisch verwandt ist.

Art. 4 FMedG verbietet die Ei- und die Embryonenspende sowie die Leihmutterschaft. In der Botschaft heisst es: «Für den Bundesrat ist entscheidend, 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 einer Diskriminierung der Frau sprechen».¹⁵⁰ Das Verbot der Embryonenspende wird zusätzlich damit begründet, dass es nicht im Kindeswohl sei, mit keinem der beiden sozialen Eltern genetisch verwandt zu sein; die Leihmutterchaft instrumentalisieren darüber hinaus die Frau.¹⁵¹

bb) Eizellen- und Embryonenspende und Kindeswohl

Im Gegensatz zu verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen¹⁵² verbietet das schweizerische Fortpflanzungsmedizinengesetz die Eizellenspende. Bereits im Gesetzgebungsverfahren war diese Einschränkung umstritten.¹⁵³ Im Folgenden soll das mit dem Kindeswohl argumentativ gestützte Verbot der Eizellenspende unter verfassungsrechtlichen Aspekten kritisch analysiert werden.

FamPra.ch 2014 - S. 257

Das Schweizerische Bundesgericht geht davon aus, dass der Wunsch nach Kindern eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung darstellt, und stellt ihn unter den Schutz des Grundrechts der persönlichen Freiheit.¹⁵⁴ Im Zusammenhang mit dem Fortpflanzungsmedizinengesetz von Österreich hat sich auch der EGMR mit der Frage auseinandergesetzt, ob und inwiefern das Verbot der In-vitro-Fertilisation mit fremden Samen- und Eizellen das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK verletze. Die Kleine Kammer urteilte in ihrem Entscheid vom 1. April 2010, dass sowohl ein generelles Verbot des Embryotransfers nach Eizellenspende als auch das Verbot der heterologen In-vitro-Fertilisation mit dem von einem Dritten gespendeten Samen eine Verletzung von Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 8 EMRK bedeute, weil es für diese Verbote keine objektive und angemessene Rechtfertigung gäbe.¹⁵⁵ Die Kleine Kammer leitete aus Art. 8 EMRK das Recht ab, ein Kind zu bekommen und sich zur Erfüllung des Kinderwunsches der Massnahmen der Fortpflanzungsmedizin zu bedienen.¹⁵⁶

Die von der Republik Österreich in der Folge angerufene Grosse Kammer des EGMR hat in ihrem Urteil vom 3. November 2011 indessen einen Grundrechtsvorstoss im Ergebnis verneint. Zur Begründung wurde zusammenfassend ausgeführt, dass die in der österreichischen Gesetzgebung vorgesehenen Beschränkungen vor dem Hintergrund des in Europa fehlenden Konsenses bezüglich der Zulässigkeit einzelner fortpflanzungsmedizinischer Methoden und im Lichte des in Art. 8 Abs. 2 EMRK verankerten Gesetzesvorbehaltes nicht konventionswidrig sei.¹⁵⁷ Relevanter Beurteilungszeitpunkt für dieses Urteil war das Jahr 2000, in welchem sich die Beschwerdeführer an den Gerichtshof gewandt hatten, sodass nicht auszuschliessen ist, dass das Gericht bei einer neuerlichen Überprüfung mit Blick auf die in Europa seit-

her zu beobachtende Liberalisierungstendenz anders entscheiden würde.¹⁵⁸ Der EGMR hat die Mitgliedstaaten denn auch aufgerufen, in Bereichen, in welchen sich Wissenschaft und Recht schnell entwickeln, die Gesetzgebung laufend zu überprüfen und zu überarbeiten.¹⁵⁹

Unter dem Blickwinkel des Kindeswohls sprechen keine überzeugenden Gründe gegen die Zulässigkeit der Eizellenspende oder für eine Ungleichbehandlung mit der Samenspende. Insbesondere vermag der Rückgriff auf das Kindeswohl nicht nachvollziehbar zu begründen, weshalb die Spaltung zwischen sozialer beziehungsweise rechtlicher und genetischer Elternschaft beim Samenspender, nicht aber bei der Eizellenspenderin hingenommen wird.¹⁶⁰ Weder die Spaltung zwischen sozialer und biologischer Mutterschaft noch die deswegen angeblich erschwerte Identitätsfindung¹⁶¹ des Kindes stellen im Vergleich zur analogen Problematik bei Vätern zwingende biologisch fundierte Gründe für eine verschiedene Behandlung dar.¹⁶² Die Eindeutigkeit der Mutterschaft wird im schweizerischen Familienrecht als für das Kindeswohl unabdingbarer Grundsatz behandelt.¹⁶³ Welcher Nachteil für ein Kind jedoch daraus entstehen soll, dass es nach einer durch Eizellenspende erfolgten Zeugung mit der gebärenden und daher auch rechtlichen Mutter aufwächst, konnten empirische Studien bisher nicht darlegen.¹⁶⁴

Die Eizellenspende als medizinischer Akt stellt keine Bedrohung des Kindeswohls dar, da gegenüber den auf natürliche Weise geborenen Kindern grundsätzlich kein erhöhtes Risiko für Erkrankungen und Fehlbildungen besteht.¹⁶⁵ Die Eizellenspende gilt als erfolgreiches und sicheres Reproduktionsverfahren.¹⁶⁶ Die mit einer solchen Behandlung für die Wunschmutter verbundenen psychischen und physischen Belastungen¹⁶⁷ sind nach genügender ärztlicher Aufklärung durch die Einwilligung gerechtfertigt. Bisher liess sich nicht beobachten, dass sich nach der Eizellenspende entweder die Kinder oder aber die Eltern-Kind-Beziehung nicht normal entwickelten.¹⁶⁸ Dass die Identitätsfindung eines Kindes durch das Zurückhalten von Informationen über die besonderen Umstände seiner Entstehung und Abstammung nachteilig beeinflusst werden kann, darf als wissenschaftlich anerkannt gelten.¹⁶⁹ Naheliegender als ein Verbot der Eizellenspende wäre es aber, die Bedürfnisse von Kindern nach Aufklärung über ihre genetischen Eltern rechtlich abzusichern. Generelle Identitätsfindungsschwierigkeiten des Kindes, das sein Leben wie bei der Eizellenspende mehreren Elternteilen zu verdanken hat, konnten bisher nicht nachgewiesen werden.

Das im Argumentarium der Botschaft betonte «Natürliche» in den persönlichen Beziehungen kann isoliert betrachtet nicht zur Legitimation einer gesetzlichen Ungleichbehandlung und eines Verbots genügen.¹⁷⁰ Ein öffentliches Interesse daran,

das – wie auch immer zu definierende – «Natürliche» als eine Art gesellschaftlichen Selbstverständnisses zu bewahren, gibt es nicht.¹⁷¹ Die künstliche Fortpflanzung an sich ist «unnatürlich», und wie die Zulassung der heterologen Fortpflanzungsverfahren zeigt, lässt sich dieser Begriff nicht akkurat konturieren.¹⁷² Wer kennt das für die Bestimmung der gerade noch «natürlichen» Fortpflanzungsverfahren zuständige Mass? Es bleibt damit festzuhalten, dass die Untersagung der Eizellenspende als eine Form gespaltener Mutterschaft an sich auf der blossen Vermutung von Gefahren für das Kind gründet, die zudem ohne plausiblen Grund als höher eingestuft werden als bei der Samenspende.¹⁷³ Mit dem Verbot der Eizellenspende wird die Entstehung von Kindern verhindert, deren spätere Gefährdung ohne empirische Belege bloss behauptet wird.

Nach den vorstehenden Betrachtungen muss im Ergebnis davon ausgegangen werden, dass das Verbot der Eizellenspende sowohl die persönliche Freiheit, welche die Verwirklichung des Kinderwunsches als elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung schützt, als auch das Gebot der Gleichbehandlung verletzt.¹⁷⁴ Es sollte daher aufgehoben werden.¹⁷⁵

FamPra.ch 2014 - S. 261

e) Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung

Aus der sozialwissenschaftlichen Forschung ist bekannt, dass das Wissen um die eigene biologische Herkunft unabhängig von der kindesrechtlichen Zuordnung als wesentliche Voraussetzung der Identitätsfindung und der Persönlichkeitsentfaltung gilt.¹⁷⁶ Ein Aspekt des Wohles des Kindes ist denn auch sein völker- und verfassungsrechtlich garantiertes Recht, Auskunft über seine genetische Abstammung zu erhalten.¹⁷⁷ Da eine Frau dank der technischen Möglichkeiten in der Fortpflanzungsmedizin Keimgut (Samen- oder Eizelle) von beliebigen Dritten austragen kann, erlangt die Frage nach einem allfälligen Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung eine ganz neue Dimension.¹⁷⁸

Der in der Schweiz unmittelbar anwendbare Art. 7 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte der Kinder (KRK) gewährt jedem Kind soweit möglich das Recht, seine Eltern zu kennen.¹⁷⁹ Für Kinder, die durch Verfahren der künstlichen Fortpflanzung gezeugt wurden, stützt sich dieser Anspruch ausdrücklich auf Art. 119 Abs. 2 lit. g BV. 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 Samenspenders zu verlangen. Soweit möglich wird der Spender vorgängig einer Auskunftserteilung informiert. Lehnt dieser den persönlichen Kontakt ab, so ist das Kind auf die Persönlichkeitsrechte des Spenders und den Anspruch seiner Familie auf Schutz hinzuweisen. Beharrt das Kind auf der Auskunft bezüglich des Spenders, so wird ihm diese erteilt (Art. 27 Abs. 3 FMedG). Mit dieser Regelung reiht sich die Schweiz ein in die immer grösser werdende Zahl von nationalen Gesetzgebungen, die dem Kind eine Klärung seiner genetischen Abstammung ermöglichen.¹⁸⁰ Zur besseren Durchsetzbarkeit des Anspruchs des Kindes auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung hat der Gesetzgeber in Art. 24 FMedG die Pflicht der behandelnden Ärztin oder des behandelnden Arztes verankert, die Samenspende auf zuverlässige Weise zu dokumentieren.¹⁸¹

Die in Art. 27 Abs. 1 FMedG getroffene Regelung stellt einen Wertungsentscheid des Gesetzgebers dar, wonach dem Informationsanspruch des Kindes gegenüber dem allenfalls bestehenden Wunsch der leiblichen Eltern beziehungsweise des Samenspenders auf Anonymität der Vorrang einzuräumen ist, und zwar unabhängig von den Gründen, welche zum Verfahren der künstlichen Fortpflanzung geführt haben.¹⁸² In Bezug auf noch nicht volljährige Kinder bestimmt das Gesetz, dass diese jederzeit Auskunft über alle Daten des Spenders verlangen können, wenn sie ein schutzwürdiges Interesse daran haben (Art. 27 Abs. 2 FMedG). Minderjährigen werden die gewünschten Auskünfte erst nach einer Interessenabwägung erteilt. Nach Auffassung des Gesetzgebers sollte durch das Erfordernis eines besonderen Interesses auch der Schutz der Familie des die Auskunft verlangenden Kindes berücksichtigt werden.¹⁸³ Die eigene genetische Herkunft ist ein besonders wichtiger Aspekt der persönlichen Identität, und das Interesse an einer entsprechenden Kenntniserlangung muss grundsätzlich hoch eingestuft werden.¹⁸⁴ Das Fortpflanzungsmedizingesetz wollte es allerdings bewusst der Verantwortung der Eltern überlassen, ob und wann sie das Kind über die Tatsache der künstlichen Zeugung aufklären.¹⁸⁵ Noch nach dem Inkrafttreten des Fortpflanzungsmedizingesetzes wurde befürchtet, dass versucht würde, die heterologen Fortpflanzungsverfahren zufolge fehlender gesellschaftlicher Anerkennung zu vertuschen.¹⁸⁶ Wie häufig künstlich gezeugte Kinder von ihren Eltern tatsächlich informiert werden, ist nicht bekannt.¹⁸⁷

Faktisch nützt dem Kind jedenfalls auch der vorbildlichste Aufklärungsanspruch nichts, wenn es weder vom entsprechenden Recht noch von den einschlägigen Akten weiss. Die Inanspruchnahme und die Durchsetzung des gesetzlichen Kenntnisrechts erscheinen damit wenig gesichert. Aus psychosozialer Sicht konnte nachgewiesen werden, dass sich die Information weder auf das betroffene Kind noch auf das Eltern-Kind-Verhältnis ungünstig auswirkt, wohingegen die zufällige Entdeckung

zu Enttäuschung und Beeinträchtigungen der Beziehungsqualität führt.¹⁸⁸ Es könnte deshalb überlegt werden, ob im Falle elterlicher Untätigkeit die behandelnden Kliniken verpflichtet werden sollten und könnten, dem Kind nach Erreichen einer bestimmten Altersgrenze direkt die nötigen Informationen zukommen zu lassen.¹⁸⁹ Dies wäre wohl ein übermässiger Eingriff in die Privatsphäre und in den elterlichen Verantwortungsbereich.¹⁹⁰ Das Informationsrecht des Kindes und dessen entwicklungspsychologische und familiendynamische Bedeutung bei einer gewünschten heterologen Behandlung sollte aber wenigstens möglichst frühzeitig in den ärztlichen Aufklärungs- und Beratungsprozess integriert werden.¹⁹¹ In diesem Rahmen wären die Eltern insbesondere zu ermutigen, sich nach der Geburt des Kindes gegenseitig über die altersadäquate Umsetzung des Informationsrechts zu verständigen,¹⁹² wobei dem Zeitpunkt der Aufklärung besonderes Augenmerk zu schenken wäre.¹⁹³ Bei Bedarf sollten die Eltern in diesem Prozess auf die Unterstützung von Fachpersonen zurückgreifen können.¹⁹⁴ Das volljährige Kind würde somit

eine zuverlässige Grundlage erhalten für seinen Entscheid, ob es von seiner genetischen Herkunft erfahren

FamPra.ch 2014 - S. 264

will oder nicht. Auch Informationsbedürfnissen des noch minderjährigen Kindes könnte in altersgerechter Weise entsprochen werden.¹⁹⁵

Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist ein höchstpersönliches Recht, dessen Geltendmachung nach den allgemeinen Grundsätzen des Art. 28 ZGB nicht Volljährigkeit, sondern lediglich Urteilsfähigkeit voraussetzt. Das durch das Fortpflanzungsmedizingesetz vorgegebene Auskunftserteilungsverfahren ist langwierig und bietet insofern eine gewisse Gewähr dafür, dass das Kind nicht voreilig und nicht unüberlegt ein Auskunftsgesuch stellt.¹⁹⁶ Ansonsten gibt es kaum eine Rechtfertigung, um dem Kind die über seine genetische Abstammung verfügbaren Informationen vorzuenthalten, entspricht doch eine generelle Vorrangigkeit seiner Wissensbedürfnisse einer konsequenten Weiterführung der Rechtsentwicklung in der jüngsten Vergangenheit.¹⁹⁷ Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung muss schliesslich auch das Recht auf Kenntnis der genetischen mütterlichen Herkunft umfassen.¹⁹⁸ Auch wenn der schweizerische Gesetzgeber die Eizellen- und Embryonenspende sowie alle Arten von Leihmutterchaften für unzulässig erklärt hat, können interessierte Paare im Ausland auf solche Behandlungsmethoden zurückgreifen. Angesichts der bloss beschränkten Wirkung nationaler Verbote bestünde ebenfalls gesetzgeberischer Handlungsbedarf insofern, als die Folgen für den Anspruch des Kindes auf Kenntnis der Abstammung geregelt werden sollten.¹⁹⁹

IV. Alternative Ausrichtung des Fortpflanzungsmedizingesetzes?

1. Die Problematik des Kindeswohlbegriffs

Die herausgehobene Stellung des Kindeswohls im Fortpflanzungsmedizingesetz war keineswegs unbestritten.²⁰⁰ In den bisherigen Ausführungen wurde denn

FamPra.ch 2014 - S. 265

auch dargelegt, dass sich aus dieser prinzipiellen Ausrichtung der Fortpflanzungsmedizingesetzgebung zahlreiche Probleme ergeben. Vor allem auf der Begründungsebene erscheint der Einsatz des Kindeswohlarguments fragwürdig. Nachfolgend soll deshalb näher untersucht werden, ob das Kindeswohl grundsätzlich der richtige Ansatz für eine überzeugende Beantwortung der durch den technischen Fortschritt bei der menschlichen Reproduzierbarkeit entstehenden Fragestellungen ist.²⁰¹

Das Leben ist das höchste Gut. Leben soll verteidigt, geschützt, geachtet werden – und zwar ohne Diskriminierung. Eine Regelung, die darauf ausgerichtet ist, die Entstehung von Leben zu verhindern, mit der Begründung, es gelte dessen Wohl zu wahren, ist in höchstem Masse

widersprüchlich. Das Kind, um dessen Wohl es im Kontext der Fortpflanzungsmedizin geht, existiert zum Zeitpunkt der Beurteilung nicht.²⁰² Es geht also nicht um Fragen des Kindesschutzes im traditionellen Sinne und damit nicht um Massnahmen, welche getroffen werden müssen, um das Wohl des Kindes zu wahren. Es mutet paradox an, von Kindeswohl zu sprechen, wo es kein Kind gibt, und das Konzept dazu zu benutzen, um es nicht werden zu lassen. Wenn menschliches Leben grundsätzlich einen Wert hat, ist logisch nicht nachvollziehbar, weshalb es mit dem blossen Hinweis auf mögliche künftige Beeinträchtigungen verhindert werden soll.²⁰³ Wegen der Konkretisierungsbedürftigkeit des Begriffs des Kindeswohls besteht zudem die Gefahr, dass aufgrund bestimmter Annahmen über gute Elternschaft, gute Familienverhältnisse, gute Bedingungen für eine gesunde Kindheit und Jugend entschieden wird, wann eine Person medizinisch darin zu un-

FamPra.ch 2014 - S. 266

terstützen ist, ihren Kinderwunsch zu erfüllen.²⁰⁴ Besteht aufgrund dieser Annahmen, allenfalls auch aufgrund empirischer Erkenntnisse, eine gewisse Wahrscheinlichkeit oder die Möglichkeit, dass das Leben, das entstehen würde, nicht sorgenfrei, sondern Belastungen ausgesetzt wäre, so verweigert man der Person im Sinne einer präventiven Intervention die Unterstützung.

Mit anderen Worten zwingt der Topos des Kindeswohls in der Fortpflanzungsmedizin dazu, aufgrund von Vermutungen und Wahrscheinlichkeiten Urteile über potentielles Lebensglück und -unglück zu fällen, die den Wünschen der potentiellen Eltern vorgehen. Alle Aussagen über das künftige Wohlergehen des Kindes müssen aber spekulativ bleiben.²⁰⁵ Bei der Rechtfertigung der gesetzlichen Behandlungsverbote gelangt das Kindeswohl sodann eher im Sinne eines generalpräventiven Grundsatzes zur Anwendung und schliesst entgegen seiner inhaltlichen Unbestimmtheit jede einzelfallbezogene Abwägung aus. Tatsächlich dienen einige der geltenden Zugangsbeschränkungen und Verbote der Verteidigung bestimmter Vorstellungen von der richtigen Familie (zwei Eltern, verschiedengeschlechtlich, verheiratet), wobei gerade diese Einschränkungen – wie wir gesehen haben – nicht überzeugend mit dem Kindeswohl gerechtfertigt werden können. In Anbetracht der genannten Bedenken lohnt es sich, über eine andere argumentative Ausrichtung der Fortpflanzungsmedizinengesetzgebung nachzudenken.

2. Anwendung allgemeiner bioethischer Prinzipien in der Fortpflanzungsmedizin

a) Die Patientin und ihre Autonomie

Die Verwirklichung des Kinderwunsches als elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung und als Element des Privatlebens ist grundrechtlich abgestützt, und zwar sowohl im Rahmen der natürlichen Fortpflanzung als auch im Rahmen medizinisch assistierter Fortpflanzung. Die Fortpflanzungsmedizin versucht, solche legitimen Kinderwünsche zu realisieren, denen natürliche Hindernisse entgegenstehen. Ungewollte Kinderlosigkeit ist für betroffene Personen häufig sehr belastend

FamPra.ch 2014 - S. 267

und wird als emotionale Krise empfunden.²⁰⁶ Die Anwendung der medizinisch assistierten Fortpflanzung kann zwar nicht die medizinischen Ursachen (z. B. Fortpflanzungsunfähigkeit) durch die erfolgreiche Zeugung eines Kindes, wohl aber die negativen Folgen eines unerfüllten Kinderwunsches beheben. Unabhängig von der Problematik der Indikation sind auch bei einer fortpflanzungsmedizinischen Behandlung die grundlegenden medizinethischen Prinzipien in den Vordergrund zu stellen. Wird der Kinderwunsch als ein existenzielles menschliches Anliegen verstanden, ist dem Selbstbestimmungsrecht und der Patientenautonomie ein besonderer Stellenwert einzuräumen. Wegen der fehlenden medizinischen Indikation wird der Eingriff in die körperliche Integrität der betroffenen Frau in der Fortpflanzungsmedizin alleine durch die autonome Entscheidung zur Behandlung gerechtfertigt.

b) Aufklärung und Einwilligung bei der fortpflanzungsmedizinischen Behandlung

Eine selbstbestimmte Einwilligung in die ärztliche Behandlung kann nur erteilen, wer über alle dafür notwendigen Informationen verfügt («Informed-Consent-Prinzip»²⁰⁷). Die ärztliche Aufklärungspflicht verlangt vom behandelnden Arzt, durch Informationen und Förderung des Entscheidungsbildungsprozesses eine autonome Entscheidung der Patientin überhaupt zu ermöglichen.^{208, 209} Die Anforderungen an die ärztliche Aufklärung sind für die Fortpflanzungsmedizinerin im Vergleich zu anderen Gebieten der Medizin eher höher, weil es sich – wie gesagt – nicht eigentlich um

FamPra.ch 2014 - S. 268

die Behandlung einer Krankheit oder eines Schmerzes handelt.²¹⁰ Das Kinderwunschpaar ist umfassend über die Chancen und Risiken einer beabsichtigten Behandlung aufzuklären. Im Rahmen dieser Beratung sind neben den Erfolgsaussichten die möglichen Schwangerschafts- und Geburtskomplikationen (Mehrlingsschwangerschaften, psychische Auswirkungen) sowie die individuellen Risikofaktoren (beispielsweise das Alter der Patientin) zu thematisieren.²¹¹ Die im heutigen Recht bestehenden Probleme des Gesundheitsschutzes und der allenfalls negativen psychosozialen Auswirkungen einer reproduktionsmedizinischen Behandlung sind primär nach persönlichkeitsrechtlichen Grundsätzen auf der Ebene der rechtfertigenden Einwilligung zu lösen.

Die ärztliche Aufklärung soll dem Kinderwunschpaar die ganze Tragweite seines Entschlusses, ein fortpflanzungsmedizinisches Verfahren zu nutzen, bewusst machen. Eine selbstbestimmte Zustimmung zu einer solchen Behandlung setzt voraus, dass der Wunsch nach einem Kind tatsächlich authentisch ist. Gegenstand der vorgängigen ärztlichen Beratung und Begleitung muss deshalb auch die eingehende Reflexion des geäußerten Kinderwunsches bilden.²¹² Die Entscheidung für ein Kind hat für die künftigen Eltern weitreichende Konsequenzen und darf nicht leichtfertig und vorschnell getroffen werden. Die Eltern übernehmen die Verantwortung für einen während eines überaus langen Zeitraumes von ihnen abhängigen Menschen. Es sind verschiedene Begleitumstände vorstellbar, welche insofern begründete Zweifel an der Authentizität des Willens hervorrufen können, als andere, den eigentlichen Kinderwunsch überlagernde Absichten zu erkennen sind. Bei den Beratungsgesprächen mit dem Paar könnte sich beispielsweise ergeben, dass ein gemeinsames Kind weniger Bestandteil der persönlichen Lebensplanung ist, sondern vielmehr als eine Art stabilisierendes Element in der Partnerschaft

dienen soll. Der Arzt oder die Ärztin könnte aus der Erfassung des psychischen Zustandes eines Partners und aus dessen persönlichen Aussagen auch den Eindruck gewinnen, ein Kind solle eine anderweitig schwierige Lebenssituation zu überwinden helfen.

In all diesen Fällen gilt es angesichts der gewichtigen Verantwortung der Elternschaft die Motivation zu hinterfragen und nötigenfalls geeignete Interventionsalternativen aufzuzeigen. Auch hier konzentriert sich die ärztliche Beratung auf die Patientin, ihren Partner und die gemeinsame Rolle als Eltern und nicht auf das Kind und die Bedingungen, unter denen es womöglich aufwachsen wird. Es erscheint nicht notwendig, zusätzlich aus der Perspektive des noch nicht gezeugten Kindes zu argumentieren. Gerade in einer solchen Konstellation kann das Kindeswohlargument seine mangelnde Aussagekraft nicht verbergen. Selbst aus einer nur mittelbar oder eigentlich gar nicht gewollten Geburt eines Kindes lassen sich keinerlei verlässlichen

FamPra.ch 2014 - S. 269

Schlüsse auf die Qualität seines späteren Lebens ziehen.²¹³ Schliesslich dürfte es vorkommen, dass der Kinderwunsch nicht bei beiden Partnern gleichermassen ausgeprägt vorhanden ist. Ob die Vornahme einer fortpflanzungsmedizinischen Behandlung unter diesen Umständen noch vertretbar erscheint, ist wiederum auf der Ebene des Arzt-Patienten-Verhältnisses zu erörtern. Denn die ärztliche Beratung bezieht sich auf das Paar und soll daher auch beiden Partnern gerecht werden.²¹⁴

c) Das «Nichtschädigungs»-Prinzip

Jedes ärztliche Handeln ist am Wohl der Patientin ausgerichtet («Wohltätigkeits-» bzw. «Nichtschädigungs»-Prinzip²¹⁵). Der Arzt oder die Ärztin hat im Vorfeld deshalb genau abzuklären, ob die Patientin den physischen und psychischen Belastungen der angestrebten Behandlung gewachsen ist. Kommt er oder sie dabei zum Schluss, die Anwendung fortpflanzungsmedizinischer Technologien stelle eine unverhältnismässige Gefährdung dar, ist die Behandlung abzulehnen. Wird die Behandlung durchgeführt, steht das gesundheitliche Wohl der Patientin selbstverständlich im Mittelpunkt der ärztlichen Verantwortung. Jede Schwangerschaft birgt gewisse Risiken, die sich nicht ganz ausschalten lassen. Der Arzt hat die Behandlung nach dem aktuellsten Stand der medizinischen Wissenschaft durchzuführen und dafür Sorge zu tragen, dass keine voraussehbaren und vermeidbaren Gesundheitsschädigungen eintreten. Durch die Behandlung darf die Patientin (und ihr Partner) nicht somatischen und psychischen Belastungen oder Gefährdungen ausgesetzt werden, die entweder als solche oder aber im Verhältnis zu den Erfolgsaussichten der Behandlung übermässig sind. Unmittelbar betroffen von einer fortpflanzungsmedizinischen Behandlung ist auch der Embryo beziehungsweise das erhoffte Kind. Bei der Anwendung des Verfahrens ist daher auch dessen Wohl insoweit unbedingt zu beachten, als es nicht durch die konkrete Technik geschädigt werden darf und aus dem Verfahren selbst entstehende Gefahren minimiert werden. Aus diesen Überlegungen folgt zwingend ein Verbot all jener Methoden assistierter Reproduktion, die übermässige Risiken für Frau und Fötus bergen, die experimentellen Charakter haben oder deren Erfolgsaussichten höchst ungewiss sind.

d) Orientierung am gewünschten Behandlungserfolg

Das geltende Fortpflanzungsmedizingesetz will – wie gesehen – sicherstellen, dass das künstlich gezeugte Kind unter bestmöglichen Voraussetzungen leben kann. Selbstverständlich soll das Kind unter für seine Entwicklung idealen Bedingungen aufwachsen können und dürfen. Soll diese Beurteilung jedoch nicht unter Zuhilfe-

FamPra.ch 2014 - S. 270

nahme fragwürdiger Vorstellungen von «gutem» oder «schlechtem» Leben erfolgen, kann dabei nur ein vager und spekulativer Massstab angelegt werden. Auch in diesem Zusammenhang drängt sich eine Betrachtung unter dem Blickwinkel der allgemeinen arztrechtlichen Grundsätze auf. Wiewohl der Fortpflanzungsmediziner keinen Behandlungserfolg garantieren kann, hat er sein gesamtes Handeln daran auszurichten. Das angestrebte Behandlungsziel besteht sicherlich vor allem in der Zeugung und anschliessenden Geburt eines Kindes. Die Verwirklichung des Kinderwunsches macht die Patienten aber ebenso zu Eltern und soll ihnen ein erfüllendes Familienleben mit dem Kind ermöglichen.²¹⁶ Zwangsläufig wird sich das Paar im Vorfeld mit der elterlichen Verantwortung und damit auseinandersetzen müssen, ob es dieser gerecht werden kann. Wird Elternschaft dabei nicht nur strikt biologisch verstanden, sondern in ihrer umfassenden sozialen und funktionalen Bedeutung interpretiert, sind durchaus Lebenssituationen denkbar, in welchen das erfolgreiche Einfinden in die Elternrolle und letztlich die Bewältigung der Elternschaft aufgrund greifbarer Anhaltspunkte zweifelhaft erscheinen.

Es bedarf keiner näheren Erläuterung, dass das Wohl des Kindes beispielsweise erheblich gefährdet erscheint bei übermässigem Konsum von Alkohol oder Drogen durch die Eltern.²¹⁷ Das Gleiche gilt bei Personen, die frühere Kinder vernachlässigt und Kinderschutzmassnahmen ausgelöst haben²¹⁸ oder unter krankheitswerten psychischen Beschwerden leiden. Solche Verhaltensweisen und Zustände vertragen sich nicht immer mit dem Kindeswohl. Genauso wenig sind sie jedoch mit der Stellung und den Aufgaben eines erziehenden Elternteils vereinbar. Die das Wunschelternpaar bei der Entscheidungssuche unterstützende Ärztin wird daher darauf hinweisen, dass die beabsichtigte medizinische Behandlung nicht zielführend sein könnte. Die persönlichen Voraussetzungen beim Wunschelternpaar können gar derart ungünstig sein, dass ein Versagen in der Elternfunktion vorhersehbar ist. Auf eine Behandlung wäre in diesem Falle zu verzichten, ohne dass die Perspektive auf das künftige Kind und dessen Wohl verlagert zu werden bräuchte. Es liegt auch nicht im Interesse der Patientin oder des Patienten selber, sich einer im zuvor umschriebenen Sinne «nutzlosen» Behandlung zu unterziehen und sich dadurch weiteren physischen und psychischen Risiken auszusetzen. Zudem hat der Arzt oder die Ärztin aufgrund

FamPra.ch 2014 - S. 271

der ärztlichen Fürsorgepflicht darauf zu achten, dass ein Misserfolg hinsichtlich des persönlich bedeutsamen Kinderwunsches nicht zu einem schmerzlichen und schädlichen Einschnitt in der Biografie des Paares wird. Nach einer handlungsfolgenorientierten Abwägung von Nutzen und Schaden wird das in anderen Bereichen der Medizin anerkannte «futile treatment»-Prinzip²¹⁹ zum gleichen Ergebnis führen, wie wenn hauptsächlich mit dem Kindeswohl argumentiert würde.

e) Würdigung

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Lösung der sich im Bereich der Fortpflanzungsmedizin stellenden spezifischen Probleme in vielerlei Hinsicht auch ohne das Kindeswohl als alles überragendes Leitbild auskommen kann. Im Rahmen der Arzt-Patienten-Beziehung sollen primär die im Hinblick auf verfahrensbedingte Gesundheitsgefährdungen und eine erfolgreiche Elternschaft relevanten Aspekte berücksichtigt werden. Dadurch sind alle erforderlichen Grundlagen zu erarbeiten, die der Frau beziehungsweise dem Paar eine wohlüberlegte Einwilligung zu einer Behandlung ermöglichen. Der Entschluss der Eltern, kein Kind zu zeugen, soll – wie es COESTER-WALTJEN ausdrückt²²⁰ – keine Entscheidung zum Wohl des ungeborenen Kindes, sondern eine Entscheidung über die eigene elterliche Verantwortung darstellen. Durch dieses Vorgehen mag für die beteiligten Ärzte die Entscheidung über die Durchführung der Behandlung nicht vereinfacht werden. Für die Entscheidungsträger ergibt sich jedoch der Vorteil eines konsistenten Entscheidungsfindungsprozesses, indem über die Anwendung fortpflanzungsmedizinischer Methoden aufgrund einer ärztlichen Anamnese und damit auf der Basis einer an den tatsächlich gegebenen Verhältnissen anknüpfenden Befundlage und nicht aufgrund des überwiegend in Wahrscheinlichkeiten und Spekulationen ausdrückbaren Wohls des hypothetischen Kindes befunden wird. Dass der primäre Fokus auf die potentiellen Eltern gerichtet bleibt, heisst keinesfalls, dass Überlegungen des Kindeswohls gänzlich aus dem Blickfeld verschwinden müssten. Wenn der Arzt nach der berufsethischen Überzeugung die Vornahme der fortpflanzungsmedizinischen Behandlung nicht verantworten kann und nicht verantworten will, kann er im Falle eines Konflikts mit der Patientenautonomie eine Behandlung ablehnen.²²¹ Da es sich nicht um eine Notfallbehandlung handelt, hat ein Paar keinen generellen Anspruch auf die Durchführung einer Behandlung. Die Gründe für eine Weigerung müssen aber hinreichend gut sein, damit die elterliche Autonomie mit dem grundsätzlich achtenswerten Kinderwunsch nicht verletzt wird.²²²

V. Schluss

Dank den Innovationen der Fortpflanzungsmedizin lässt sich der Kinderwunsch einer Frau und ihres Partners heute in Fällen erfüllen, in denen dies früher undenkbar erschien und einzig noch Resignation möglich war. So sehr damit den legitimen persönlichen Interessen eines Kinderwunschaars gedient werden kann, so sehr geben die neuen fortpflanzungsmedizinischen Behandlungsmethoden bis heute Anlass zu Verunsicherung und Ängsten. Der schweizerische Gesetzgeber hat aus Sorge um das Wohl des künftigen Kindes – oder vielmehr: aus Sorge um den Erhalt eines traditionellen, bürgerlichen Familienbildes? – zahlreiche Restriktionen hinsichtlich der Inanspruchnahme der Fortpflanzungsmedizin vorgesehen. Gesellschaftlicher Wandel und die Ergebnisse empirischer Studien legen nahe, diese Verbote zu revidieren. Selbst wenn man im Ausgangspunkt an der problematischen Orientierung der Gesetzgebung am Kindeswohl festhalten will, müssen die gesetzlichen Zugangsbeschränkungen überdacht werden. Auch hat sich gezeigt, dass die Argumentation mit dem Kindeswohl unter logischen Inkonsistenzen leidet. Der sachlich überzeugende Anwendungsbereich des Kindeswohlprinzips beschränkt sich auf die Gesundheitsgefahren, die dem künstlich erzeugten Kind durch die einzelnen Verfahren selber drohen. Dem Schutz des Kindeswohls im eigentlichen Sinne sind sodann diejenigen

Bestimmungen verpflichtet, die den kindlichen Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung verwirklichen wollen. Im Übrigen wäre für die Fortpflanzungsmedizin eine andere Denkart vorzuziehen und wären die allgemeinen bioethischen Prinzipien in den Vordergrund zu rücken. 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. Unabhängig von den gesellschaftlich vorherrschenden Auffassungen hängt es von der individuellen Lebenseinstellung des Paares ab, wie es sich zu den modernen Fortpflanzungstechniken stellt. Entschliesst es sich nach einer fundierten Entscheidungsfindung zu einer solchen Behandlung, sollte es in seinem Vorhaben nicht durch zu viele Verbote und zu restriktive Vorgaben behindert werden. Die hier skizzierte Neuorientierung des Fortpflanzungsmedizingesetzes würde das für das gesamte Medizinrecht elementare Selbstbestimmungsrecht von Patientinnen und Patienten stärker betonen. Indem primär auf die medizinischen und psychosozialen Aspekte bei den Wunschertern und weniger auf das überwiegend bloss zu vermutende Wohl des erst noch zu zeugenden Kindes abgestellt würde, könnte überdies ein stringenter und kohärenter Rahmen geschaffen werden, in welchem im Behandlungsalltag die im Einzelfall mitunter komplexen und heiklen Fragen zu diskutieren und zu entscheiden wären.

FamPra.ch 2014 - S. 273

Zusammenfassung: Die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung sollen den Wunsch nach einem eigenen Kind erfüllen. Im internationalen Vergleich kennt die Schweiz eine restriktive Regelung der Fortpflanzungsmedizin. Der vorliegende Beitrag untersucht, ob und inwiefern die zahlreichen Verbote und Zugangsbeschränkungen mit dem Schutz des zu zeugenden Kindes legitimiert werden können. Dabei ergibt sich, dass das Kindeswohlsprinzip weder die Nichtzulassung von medizinisch etablierten Reproduktionstechniken noch den Ausschluss bestimmter Personenkreise von der Anwendung der modernen Fortpflanzungsmedizin sachlich befriedigend zu begründen vermag. Es ergeben sich zudem generelle Vorbehalte gegenüber der Eignung des Kindeswohls als primärer Ausgangs- und Orientierungspunkt bei der Beantwortung sowohl grundsätzlicher als auch den klinischen Alltag betreffenden Fragen. Der Beitrag skizziert Möglichkeiten einer alternativen Gesetzesausrichtung und kommt zum Ergebnis, dass im Interesse eines konsistenten Entscheidungsfindungsprozesses den allgemeinen Geboten der Medizinethik auch im Bereich der Fortpflanzungsmedizin vorrangiger Stellenwert beigemessen werden müsste.

Resumé : *Les méthodes de procréation médicalement assistée permettent de réaliser le désir d'enfant. En comparaison internationale, la Suisse a une réglementation restrictive de la médecine reproductive. Le présent article examine si et dans quelle mesure les nombreuses interdictions et restrictions d'accès peuvent être justifiées par la protection de l'enfant à concevoir. Il en ressort que le principe du bien de l'enfant ne suffit pas à justifier objectivement le rejet de techniques de reproduction courantes en médecine ni l'interdiction faite à certains cercles de personnes d'avoir recours à la médecine reproductive moderne. On peut également émettre des réserves générales et se demander si l'intérêt de l'enfant se prête en tant que point de départ et guide pour répondre à des questions aussi bien d'ordre général que relatives à la pratique clinique. L'article esquisse les possibilités d'une autre orientation de la loi et parvient à la conclusion que les principes généraux de l'éthique médicale devraient figurer au premier plan également en matière de procréation médicalement assistée, dans l'intérêt d'un processus décisionnel cohérent.*

- 2 Im Internet abrufbar unter <http://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2000/4.html> (27. 3. 2014).
- 3 Art. 3 Abs. 1 FMedG.
- 4 Vgl. die Botschaft über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)» und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (FMedG), BBl 1996 205 ff.
- 5 BÜCHLER, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, *FamPra.ch* 2005, 437, 438 ff.
- 6 RUSCH, Rechtliche Elternschaft. Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz, Bern 2009, 68.
- 7 BÜCHLER, Sag mir, wer die Eltern sind ... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, *AJP* 2004, 1175, 1177.
- 8 RUSCH (Fn. 6), 35.
- 9 Art. 252 ff. ZGB.
- 10 BÜCHLER/RYSER, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, *FamPra.ch* 2009, 1, 2 f.
- 11 BÜCHLER, Jenseits des ganz normalen Chaos des Familienrechts. Transistenzen und Persistenzen, Konvergenzen und Divergenzen in den Familienrechten Europas: Institutionelle Betrachtungen, vertragliche Bindungen und rechtliche Verantwortung in Gegenwart von Pluralität, in: BÜCHLER/MÜLLER-CHEN (Hrsg.), FS Schwenzler zum 60. Geburtstag, *Private Law* (Band I), Bern 2011, 285, 299; eingehend dazu auch SCHWENZER, Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage, in: SCHWENZER (Hrsg.), *Familie und Recht. Ausgewählte Beiträge aus 25 Jahren*, Bern 2010, 643 ff. und COESTER-WALTJEN, Kinderarm, aber elternreich, in: HOFER/KLIPPEL/WALTER (Hrsg.), *Perspektiven des Familienrechts*, FS Schwab, Bielefeld 2005, 761 ff.
- 12 Die genaue Anzahl ist statistisch nicht erfassbar, vgl. immerhin die Hinweise in BUNDESAMT FÜR STATISTIK, *Familien in der Schweiz. Statistischer Bericht 2008*, 8.
- 13 BÜCHLER/VETTERLI, *Ehe Partnerschaft Kinder. Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz*, 2. Aufl., Basel 2011, 187.
- 14 Vgl. die Angaben des Bundesamtes für Statistik im Bericht «Statistik der medizinisch unterstützen Fortpflanzung: Behandlung und Resultate» für die Periode 2002–2011: Im Jahr 2011 unterzogen sich 6350 Frauen einer fortpflanzungsmedizinischen Behandlung.
- 15 KUHN, Recht auf Kinder? Der verfassungsrechtliche Schutz des Kinderwunsches, Zürich/St. Gallen 2008, 388 f.; BEN-AM, *Gespaltene Mutterschaft*, Basel/Frankfurt a. M. 1998, 10 ff.; FOUNTOLAKIS, L'impact de la procréation médicalement assistée sur l'établissement et la destruction du lien de filiation, *FamPra.ch* 2011, 247, 261.
- 16 Sogenannte heterologe oder donogene Insemination; zum Begriff und zum Verfahren vgl. DORN, Inseminationsbehandlung, in: DIEDRICH/LUDWIG/GRIESINGER (Hrsg.), *Reproduktionsmedizin*, Berlin/Heidelberg 2013, 197, 200 ff.
- 17 Die Eizellspende ist in der Schweiz nicht erlaubt (Art. 4 FMedG).
- 18 KUHN (Fn. 15), 391.
- 19 HEGNAUER, Künstliche Fortpflanzung und Grundrechte, in: HALLER/KÖLZ/MÜLLER/THÜRER (Hrsg.), FS Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 127 f. spricht von der Verfügbarkeit beziehungsweise – deutlich negativ konnotiert – von der Manipulierbarkeit rechtlicher und sozialer Elternschaft.

- 20 BÜCHLER, AJP 2004, 1175, 1183.
- 21 BÜCHLER/VETTERLI (Fn. 13), 188.
- 22 Vgl. BÜCHLER/RYSER, FamPra.ch 2009, 1, 2.
- 23 BÜCHLER, AJP 2004, 1183 mit weiteren Hinweisen.
- 24 HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Aufl., Bern 1999, Rz. 2.02; RUSCH (Fn. 6), 36, FN 125; BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 262 ZGB, N 2 f.
- 25 BÜCHLER/VETTERLI (Fn. 13), 188.
- 26 Grundsatz «mater semper certa est»; vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich 2010, 413.
- 27 KUHN (Fn. 15), 392; BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 252 ZGB, N 9; HEGNAUER (Fn. 24), Rz. 3.04; FOUNTOULAKIS, FamPra.ch 2001, 247, 261.
- 28 Art. 119 Abs. 2 lit. d BV sowie Art. 4 FMedG (Verbot der Eizellspende und der Leihmutterschaft); vgl. RUSCH (Fn. 6), 72 f.
- 29 KUKO ZGB/RUSCH, Art. 252 ZGB, N 2; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 4. Aufl., Zürich 2009, 115; vgl. auch Art. 68 Abs. 1 IPRG und dazu FOUNTOULAKIS, FamPra.ch 2011, 247, 261.
- 30 BÜCHLER, AJP 2004, 1175, 1178.
- 31 BEN-AM (Fn. 15), 121.
- 32 RUSCH (Fn. 6), 71 f.; BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 252 ZGB, N 9.
- 33 BÜCHLER/VETTERLI (Fn. 13), 189; für den Fall einer fehlenden Zustimmung zur Entnahme oder Einpflanzung der Eizelle will dagegen BernerKomm/HEGNAUER, Art. 252 ZGB, N 39, in Lückenfüllung sowohl dem Kind als auch der Geburtsmutter und der Eizellenspenderin ein Anfechtungsrecht zuerkennen.
- 34 Art. 255 ZGB.
- 35 TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO (Fn. 26), 419; HEGNAUER (Fn. 24), Rz. 5.05. Die Vaterschaftsvermutung zugunsten des Ehemannes greift selbst dann, wenn dieser das Kind unmöglich gezeugt haben kann; vgl. BÜCHLER/VETTERLI (Fn. 13), 191.
- 36 BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 255 ZGB, N 9; FOUNTOULAKIS, FamPra.ch 2011, 247, 261.
- 37 Art. 3 Abs. 3 FMedG; vgl. Botschaft FMedG, 252.
- 38 Art. 256 Abs. 3 ZGB und Art. 23 Abs. 1 FMedG.
- 39 Art. 23 Abs. 1 FMedG; vgl. MEIER/STETTLER (Fn. 29), 117. Das Kind kann nach Art. 27 FMedG lediglich Auskunft über den Samenspender verlangen.
- 40 Art. 23 Abs. 2 FMedG. Ausnahmsweise lässt das Gesetz die Vaterschaftsklage des Kindes zu, wenn die Samenspende wissentlich bei einer Person erfolgt, die keine Bewilligung für die Fortpflanzungsverfahren oder für die Konservierung und Vermittlung gespendeter Samenzellen hat.
- 41 Art. 260 ff. ZGB.
- 42 Art. 261 und 263 ZGB.
- 43 BÜCHLER/VETTERLI (Fn. 13), 190; RUSCH (Fn. 6), 79.

- 44 BRAUCHLI, Das Kindeswohl als Maxime des Rechts, Zürich 1982, 36 und 78 f.; zur zentralen Bedeutung des Kindeswohls im Familienrecht vgl. etwa STEINAUER, L'enfant dans le Code civil, in: Das Menschenbild im Recht, Festgabe der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg, Freiburg 1990, 472 ff.
- 45 UN-Kinderrechtskonvention; Art. 11 BV.
- 46 BÜCHLER/VETTERLI (Fn. 13), 229; eingehend dazu NAVE-HERZ, Eine historisch-soziologische Analyse zum Begriff Kindeswohl, in: KAUFMANN/ZIEGLER (Hrsg.), Kindeswohl. Eine interdisziplinäre Sicht, Zürich 2003, 75 ff.
- 47 BGer, 3. 5. 2006, 5P.83/2006, E. 4.1; vgl. auch BAVIERA, Elternrechte und Kindeswohl, in: KAUFMANN/ZIEGLER (Fn. 46), 143, 144.
- 48 NAVAS NAVARRO, Le bien-être de l'enfant, FamPra.ch 2004, 265, 271.
- 49 KUKO ZGB/PFAFFINGER, Art. 264 ZGB, N 4.
- 50 Vgl. BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 264 ZGB, N 18.
- 51 Vgl. DETTENBORN, Kindeswohl und Kindeswille. Psychologische und rechtliche Aspekte, 3. Aufl., München 2010, 55.
- 52 PENNING, Measuring the welfare of the child: in search of the appropriate evaluation principle, Human Reproduction 1999/14 (5), 1146.
- 53 KUKO ZGB/CANTIENI/VETTERLI, Art. 133 ZGB, N 3.
- 54 Vgl. DETTENBORN (Fn. 51), 55 ff.
- 55 Vgl. WALKER, Should There Be Limits On Who May Access Assisted Reproductive Services? A Legal Perspective, in: GUNNING/SZOKE (Hrsg.), The Regulation Of Assisted Reproductive Technology, Hampshire 2003, 123, 132.
- 56 BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 307 ZGB, N 6.
- 57 Vgl. DETTENBORN (Fn. 51), 57 ff.
- 58 Vgl. LARCHER, Ethical issues in respect of children born after assisted reproduction technologies. Archives of disease in childhood 2007/92 (8), 670 f.; PENNING, Human Reproduction 1999/14 (5), 1146, 1147 f.
- 59 Botschaft FMedG (Fn. 4), 249.
- 60 AMSTUTZ/GÄCHTER, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin. Verfassungs-, gesundheits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, Jusletter vom 31. Januar 2011, Rz. 40.
- 61 Vgl. dazu BEAUCHAMP/CHILDRESS, Principles of Biomedical Ethics, 6. Aufl., New York/Oxford 2009, 149 ff.
- 62 Vgl. HEGNAUER (Fn. 19), 127, 135; gemäss dem Bericht der Expertenkommission Humangenetik und Reproduktionsmedizin vom 19. August 1988, BBI 1989 III 1029 ff. (nachfolgend Amstad-Bericht), dürfen die Fortpflanzungstechniken nur angewendet werden, wenn die Zeugung keine erhöhten Risiken für die Entwicklung des Kindes aufweist.
- 63 Vgl. dazu KUHN (Fn. 15), 229.
- 64 DE GEYTER, Assisted reproductive medicine in Switzerland, Swiss Medical Weekly 2012, 142 ff., WUNDER, Fehlbildungen nach assistierter Reproduktionsmedizin, Der Gynäkologe 2005, 33.

- 65 DE GEYTER, Der heutige Stellenwert der modernen Fortpflanzungsmedizin und ihre Bedeutung für die Familienplanung, *FamPra.ch* 2001, 676, 679; ADAMSON/BAKER, Multiple births from assisted reproductive technologies: a challenge that must be met, *Fertil Steril* 2004/81 (3), 517 ff.
- 66 Ausführlich dazu SCHRÖER/WEICHERT, Mehrlingsschwangerschaften, in: DIEDRICH/LUDWIG/GRIESINGER (Hrsg.), *Reproduktionsmedizin*, Berlin/Heidelberg 2013, 329 ff.; vgl. zu den Risiken einer Mehrlingsschwangerschaft insbesondere für die Mutter und zu den Folgeproblemen auch WEBLUS/SCHLAG/ENTEZAMI/KENTENICH, Fetozyd bei Mehrlingen. Medizinische und psychologische Aspekte, *Gynäkologische Endokrinologie* 2011 (9), 187; ferner HOVATTA, Medical considerations of single embryo transfer, in: GARDNER ET AL. (Hrsg.), *Textbook of Assisted Reproductive Technologies: Laboratory and Clinical Perspectives*, 3. Aufl., London 2009, 707 ff.
- 67 In Art. 6 Abs. 1 lit. c FMedG ist vorgeschrieben, dass die Ärztin oder der Arzt vor der Durchführung des Fortpflanzungsverfahrens insbesondere über das Risiko einer allfälligen Mehrlingsschwangerschaft sorgfältig aufklären muss. Gemäss Art. 7 Abs. 3 FMedG darf das Verfahren, wenn das erhöhte Risiko einer Mehrlingsschwangerschaft besteht, nur durchgeführt werden, wenn das Paar auch mit der Geburt von Mehrlingen einverstanden wäre; zudem verbietet Art. 17 Abs. 1 FMedG zur Vermeidung von höhergradigen Mehrlingsschwangerschaften die Übertragung von mehr als drei Embryonen innerhalb eines Behandlungsvorganges, vgl. Botschaft FMedG (Fn. 4), 258, 260 und 266.
- 68 Vgl. DE GEYTER, *FamPra.ch* 2001, 676, 682; BORKENHAGEN ET AL., Mehrlingsproblem bei Kinderwunschpaaren, *Gynäkologische Endokrinologie* 2004 (2), 163 ff.; IMTHURN, «Mehr Drillinge in der Schweiz», *NZZ* vom 13. Januar 2012.
- 69 Vgl. zu den Schwierigkeiten bei der Interpretation der Forschungsdaten in diesem Bereich aufgrund von Unterschieden in wesentlichen Faktoren wie beispielsweise dem Alter DIEDRICH ET AL., Schwangerschaft und Outcome der Kinder nach ART, *Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie* 2011/8 (2), 108, 110 und WUNDER, *Der Gynäkologe* 2005, 33, 35.
- 70 Heute wird angenommen, dass nach Anwendung fortpflanzungsmedizinischer Verfahren das Fehlbildungsrisiko gegenüber natürlichen Schwangerschaften um rund 30% erhöht ist; vgl. LUDWIG/LUDWIG, Schwangerschaften nach assistierter Reproduktion, in: DIEDRICH/LUDWIG/GRIESINGER (Hrsg.), *Reproduktionsmedizin*, Berlin/Heidelberg 2013, 547, 551. Aus dem Forschungsmaterial vgl. aus neuester Zeit insbesondere WEN ET AL., Birth defects in children conceived by in vitro fertilization and intracytoplasmic sperm injection: a meta-analysis, *Fertil Steril* 2012 (6), 1331 ff. und SCHERRER ET AL., Systemic and Pulmonary Vascular Dysfunction in Children Conceived by Assisted Reproductive Technologies, *Circulation* 2012 (15), 1890 ff.; des Weiteren HANSEN ET AL., Assisted reproductive technologies and the risk of birth defects – A systematic review, *Human Reproduction* 2005/20 (2), 328 ff.; REEFHUIS ET AL., Assisted reproductive technology and major structural birth defects in the United States, *Human Reproduction* 2009/24 (2), 360 ff.; DAVIES ET AL., Reproductive Technologies and the Risk of Birth Defects, *New England Journal of Medicine* 2012/366 (19), 1803 ff.; TARARBIT ET AL., The risk for four specific congenital heart defects associated with assisted reproductive techniques: a population-based evaluation, *Human Reproduction* 2013/28 (2), 367 ff.
- 71 Bei einer natürlichen Konzeption ist bei jeder 15. Schwangerschaft mit einer schweren Fehlbildung zu rechnen, nach der Anwendung künstlicher Zeugungsmethoden bei jeder 12. Schwangerschaft; vgl. WUNDER, *Der Gynäkologe* 2005, 33, 34.
- 72 DE GEYTER, *FamPra.ch* 2011, 676, 682 f. weist in Bezug auf die In-vitro-Fertilisation darauf hin, dass die Fehlbildungsrate der Kinder nach der künstlichen Befruchtung nachweislich identisch sei mit der Fehlbildungsrate von Kindern nach Spontankonzeption; die vorliegenden Studien konnten eine Kausalität zwischen den Fehlbildungen und den Techniken der Fortpflanzungsmedizin nicht belegen, vgl. REEFHUIS ET AL. (Fn. 70), 360, 366; LUDWIG/LUDWIG (Fn. 70), 547, 551; ZHU ET AL., Infertility, infertility treatment, and congenital malformations: Danish national birth cohort, *British Medical Journal* 2006/333, 679 ff.
- 73 REVERMANN/HÜSSING, TAB – Studien des Büros für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag 32 – Fortpflanzungsmedizin: Rahmenbedingungen, wissenschaftlich-technische

- Fortschritte und Folgen, Berlin 2011, 140; SAVAGE ET AL., Childhood outcomes of assisted reproductive technology, *Human Reproduction* 2011/26 (9), 2392 ff.; LIE ET AL., Birth defects in children conceived by ICSI compared with children conceived by other IVF-methods: a meta-analysis, *International Journal of Epidemiology* 2005 (3), 696, 699 f.; LU ET AL., Long-term follow-up of children conceived through assisted reproductive technology, *Journal of Zhejiang University SCIENCE B* 2013/14 (5), 359 ff., 2.2.
- 74 So weist KUHN (Fn. 15), 348 f. darauf hin, dass es dem Kindeswohl nicht entspreche, wenn durch Fortpflanzungsverfahren menschenunwürdige Lebensumstände verursacht würden, etwa weil durch die angewendete Zeugungsmethode die Subjektqualität oder die Möglichkeit der Entwicklung von Gemeinschaftsgebundenheit von Beginn an in Frage gestellt werden.
- 75 Vgl. die zusammenfassende Darstellung bei SIMONI, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten «Kindeswohl, Familie und Elternschaft» im Fortpflanzungsmedizingesetz, Zürich 2012, 67; siehe auch REVERMANN/HÜSSING (Fn. 73), 155 f. und WISCHMANN, Psychosoziale Entwicklung von IVF-Kindern und ihren Eltern, *Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie* 2008/5 (6), 329, 332.
- 76 GOLOMBOK ET AL., The European study of assisted reproduction families: the transition to adolescence, *Human Reproduction* 2002/17 (3), 830 ff. (bezüglich In-vitro-Fertilisation) und BARNES ET AL., The influence of assisted reproduction on family functioning and children's socio-emotional development: results from a European study, *Human Reproduction* 2004/19 (6), 1480 ff. (bezüglich ICSI-Verfahren).
- 77 WAGENAAR ET AL., Behavior and socioemotional functioning in 9–18-year-old children born after in vitro fertilization, *Fertil Steril* 2009 (6), 1907 ff.; BEYDOUN ET AL., A cross-sectional evaluation of the first cohort of young adults conceived by in vitro fertilization in the United States, *Fertil Steril* 2010 (6), 2043 ff.; KNOESTER ET AL., Artificial Reproductive Techniques Follow-up Project (L-art-FUP) Matched follow-up study of 5–8-year-old ICSI singletons: child behaviour, parenting stress and child (health-related) quality of life, *Human Reproduction* 2007/22 (12), 3098 ff.; LU ET AL., *Journal of Zhejiang University SCIENCE B* 2013/14 (5), 3.4.
- 78 AMSTUTZ/GÄCHTER, Jusletter vom 31. Januar 2011, Rz. 39; KUHN (Fn. 15), 231 f.
- 79 Botschaft FMedG (Fn. 4), 250.
- 80 Botschaft FMedG (Fn. 4), 249.
- 81 BGE 115 Ia 234, 253; BGE 119 Ia 460, 483; vgl. allgemein zum Verhältnis zwischen Kindeswohl und Gesellschaftsinteressen COESTER, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, Frankfurt a. M. 1983, 235 ff.
- 82 Vgl. RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität. Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zürich/St. Gallen 2009, 524 ff. und KUHN (Fn. 15), 370 f.
- 83 BÜCHLER, *AJP* 2004, 1175, 1182.
- 84 Vgl. Botschaft FMedG (Fn. 4), 249; zu denken wäre beispielsweise an psychiatrische oder schwere somatische Nebendiagnosen oder an vererbare Erkrankungen des Paares.
- 85 Botschaft FMedG (Fn. 4), 251.
- 86 In der parlamentarischen Beratung wurde denn auch verschiedentlich vor einer diskriminierenden Anwendung der Gesetzesvorschrift wegen des sozialen Status oder der Herkunft gewarnt; vgl. etwa AmtlBull NR 1998, 1401 ff. (Votum NR Felten und Votum NR Teuscher).
- 87 Vgl. Botschaft FMedG (Fn. 4), 252; demgegenüber wollte ein Teil der Expertenkommission Amstad auf die Ehe als Voraussetzung für die heterologen Fortpflanzungsverfahren verzichten (Amstad-Bericht [Fn. 62] 1094); in der parlamentarischen Beratung gab das Kriterium der Ehe Anlass zu

intensiven Diskussionen (vgl. AmtlBull NR 1998, 1401 ff. und beispielsweise Votum NR Goll und Votum NR Sandoz).

- 88 Ausführlich BODENMANN, Der Zusammenhang zwischen Partnerschaftsproblemen und Störungen bei Kindern und Jugendlichen, in: KAUFMANN/ZIEGLER (Fn. 46), 119 ff. und CAVANAGH/HUSTON, Family Instability and Children's Early Problem Behavior, *Social Forces* 2006/85 (1), 551, 563 ff.
- 89 Vgl. nur DETTENBORN (Fn. 51), 52 f. und BAVERIA (Fn. 47), 143, 144.
- 90 FamKomm/SCHREINER, Anh. Psych., N 36 ff.; SIMONI (Fn. 75), 49 f.; siehe auch BODENMANN, Folgen der Scheidung für die Kinder aus psychologischer Sicht, in: RUMO-JUNGO/PICHONNAZ (Hrsg.), Kind und Scheidung. Symposium zum Familienrecht 2005, Universität Freiburg, Zürich 2006, 73, 75 ff.
- 91 CAVANAGH/HUSTON, *Social Forces* 2006/85 (1), 551, 565 f.; MÖGEL, Verlust, Veränderung, Entwicklung – Entwicklungsbedürfnisse kleiner Kinder als Fokus für die Beratung von Eltern in Trennungsprozessen, in: BÜCHLER/SIMONI (Hrsg.), Kinder und Scheidung. Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge, Zürich/Chur 2009, 344, 345 ff.
- 92 Art. 111 ff. ZGB.
- 93 AMATO, The impact of family formation change on the cognitive, social, and emotional well-being of the next generation, *The Future of Children* 2005/15 (2), 75, 82 f. und 89; ARTIS, Maternal cohabitation and child well-being among kindergarten children, *Journal of Marriage and Family* 2007/69 (1), 222, 223 f.; LIU/HEILAND, Should we get married? The effects of parents' marriage on out-of-wedlock children, *Economic Inquiry* 2012/50 (1), 17, 19.
- 94 ACS, Can we promote child well-being by promoting marriage? *Journal of Marriage and Family* 2007/69 (5), 1326, 1331 f.; AMATO/MAYNARD, Decreasing nonmarital births and strengthening marriage to reduce poverty, *Future of Children* 2007/17 (2), 117, 119.
- 95 WALDFOGEL ET AL., Fragile Families and Child Wellbeing (Review), *The Future of Children* 2010/20 (2), 87, 92; OSBORNE/PALMO, Do children benefit if their unmarried parents marry? A focus on young children's behavior, Working Paper 2009, 7 ff.
- 96 BROWN, Family structure and child well-being: The significance of parental cohabitation, *Journal of Marriage and Family* 2004/66 (2), 351, 352 ff.; RYAN, Marital Birth and Early Child Outcomes: The Moderating Influence of Marriage Propensity, *Child Development* 2012/83 (3), 1085, 1088 ff.; vgl. auch BODENMANN (Fn. 88), 119, 121 f.
- 97 AMATO, *The Future of Children* 2005/15 (2), 75, 83; RUPP, Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, Köln 2009, 308.
- 98 BROWN, Marriage and child well-being: Research and Policy Perspectives, *Journal of Marriage and Family* 2010/72 (5), 1059, 1076 f.; SIMONI (Fn. 75), 78 f.
- 99 ACS, *Journal of Marriage and Family* 2007/69 (5), 1326, 1341; SIMONI (Fn. 75), 51.
- 100 SIMONI (Fn. 75), 8.
- 101 Vgl. etwa CARLSON, Family Structure, Father Involvement, and Adolescent Behavioral Outcomes, *Journal of Marriage and Family* 2006/68 (1), 137 ff.; grundlegend dazu LAMB, The role of the father in child development, 5. Aufl., Hoboken, N. J. 2010.
- 102 SIMONI (Fn. 75), 10.
- 103 Vgl. BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Familien in der Schweiz. Statistischer Bericht, 2008.
- 104 SIMONI (Fn. 75), 9 und 78 f.
- 105 SIMONI (Fn. 75), 10 und 80.

- 106 Auch RÜTSCHÉ (Fn. 82), 526 und KUHN (Fn. 15), 366 ff. beurteilen diese Einschränkung aus rechtlicher Sicht für unzulässig; a. M. dagegen noch HEGNAUER (Fn. 19), 127, 136, der die Beschränkung der künstlichen Fortpflanzung aus Rücksicht auf das Kind für richtig hält; das Bundesgericht schloss – ohne abschliessend Stellung zu beziehen – nicht aus, dass die Beschränkung der Samenspende durch Dritte auf verheiratete Paare im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein könnte (vgl. BGE 115 Ia 252, 234 ff.).
- 107 Botschaft FMedG (Fn. 4), 252.
- 108 Vgl. KUHN (Fn. 15), 368, der überdies darauf hinweist, dass Konkubinatspaaren die Berufung auf das Diskriminierungsverbot nicht mit dem Argument verwehrt werden dürfe, ihnen stünde die Eheschliessung offen, da der Einzelne entgegen dem Schutzgedanken des Diskriminierungsverbotes dadurch gezwungen würde, eine bestimmte Lebensform aufzugeben.
- 109 Botschaft FMedG (Fn. 4), 252 und das Votum von BR Koller in den parlamentarischen Beratungen, AmtBull NR 1998, 1406; vgl. zu dieser Problematik auch FOUNTOLAKIS, FamPra.ch 2011, 247, 264 f.
- 110 Im internationalen Vergleich erweist sich die schweizerische Regelung als sehr restriktiv; die meisten Länder erlauben heterologe Verfahren bei Vorliegen einer stabilen nichtehelichen Lebensgemeinschaft (Quelle: IFFS Surveillance 2010). Eine deutlich liberalere Stellung nimmt dagegen Dänemark ein («Barnløshedsloven» [Kinderlosigkeitsgesetz aus dem Jahr 2006]), das die künstliche Befruchtung auch homosexuellen und alleinstehenden Frauen erlaubt, vgl. FÖTSCHL, Das dänische Gesetz über künstliche Befruchtung – Ein Kurzüberblick, MedR 2010 (28), 95 ff.
- 111 Fortpflanzungsverfahren dürfen nur bei Paaren angewendet werden, zu denen ein Kindesverhältnis im Sinne der Artikel 252–263 des Zivilgesetzbuches begründet werden kann.
- 112 Vgl. AMSTUTZ/GÄCHTER, Jusletter vom 31. Januar 2011, Rz. 46 ff.; KUHN (Fn. 15), 361.
- 113 Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 18. Juni 2004 (SR 211.231; PartG).
- 114 Botschaft FMedG (Fn. 4), 250.
- 115 Botschaft PartG vom 29. November 2002, BBI 2003 1288 ff., 1324; vgl. auch BIAGGINI, Kommentar Bundesverfassung, Zürich 2007, Art. 119 BV, N 14 mit weiteren Hinweisen; kritisch zu dieser Auslegung FamKomm Eingetragene Partnerschaft/SCHWENZER, Art. 28 PartG, N 17 und SCHWEIGHAUSER, in: GEISER/GREMPER (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Zürich 2007, Art. 28 PartG, N 32 ff.; gemäss COPUR, Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Kindeswohl, Bern 2008, 120, lässt sich auch die Auffassung vertreten, nach einer teleologischen Auslegung von Art. 119 Abs. 2 lit. c Satz 1 BV könne es für den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin keinen Unterschied machen, ob Ursprung der Unfruchtbarkeit ein physisches Leiden oder eine psychische Weigerung sei.
- 116 AMSTUTZ/GÄCHTER, Jusletter vom 31. Januar 2011 Rz. 54; eine andere Meinung vertreten mit überzeugender Begründung KUHN (Fn. 15), 362 ff. und RÜTSCHÉ (Fn. 82), 527, FN 153.
- 117 MÜLLER/SCHÉFER, Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 2. Aufl., Bern 2008, 684 ff.; vgl. eingehend hierzu COPUR, Die Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung, AJP 2011, 1436 ff. sowie HANGARTNER, Verfassungsrechtliche Grundlagen einer registrierten Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare, AJP 2001, 252, 254.
- 118 COPUR (Fn. 115), 23 f.; vgl. auch SIELERT, Zwei-Väter- und Zwei-Mütter-Familien. Sorgerecht, Adoption und artifizielle Insemination bei gleichgeschlechtlichen Elternteilen, in: KEIL/HASPEL (Hrsg.), Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften in sozialetischer Perspektive, Neukirchen-Vluyn 2000, 45.

- 119 COPUR (Fn. 115), 36; MÜLLER-GÖTZMANN, Artificielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft: eine arztrechtliche Untersuchung zur Zulässigkeit fortpflanzungsmedizinischer Massnahmen bei gleichgeschlechtlichen Partnerschaften, Berlin 2009, 11.
- 120 Zu den sich aus der Bundesverfassung und der EMRK ergebenden Voraussetzungen für zulässige rechtliche Unterscheidungen ausführlich HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012, Rz. 756 ff. beziehungsweise GRABENWARTER/PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., Wien 2012, 526 ff.
- 121 ZIEGLER, Sexuelle Orientierung und schweizerische Rechtsordnung, AJP 2013, 649, 656; aus der Rechtsprechung zur EMRK vgl. etwa Gas und Dubois gegen Frankreich, EGMR Urteil vom 15. März 2012, No 25951/07, Ziff. 59: «(...) the Court has held repeatedly that, just like differences based on sex, differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification».
- 122 Vgl. aus der analogen Debatte in der Republik Österreich die Stellungnahme der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt zur Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts vom 2. Juli 2012, 29; in einem Entscheid vom 22. März 2011 hat der Österreichische Oberste Gerichtshof (OGH) verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der Fortpflanzungsmedizin geäussert; der Beschluss wird auszugsweise wiedergegeben in MedR 2011 (29), 737 ff. mit Anmerkungen von THÖNI/VOITHOFER.
- 123 Vgl. HEYDER, Das Verbot der heterologen Eizellenspende. Eine Analyse der zugrunde liegenden Argumente aus ethischer Perspektive, Halle 2011, 20; dortselbst findet sich zudem eine vertiefte Auseinandersetzung mit den verschiedenen Ausprägungen sowie der Relevanz des Natürlichkeitsarguments bei Fragen im Zusammenhang mit der Fortpflanzungsmedizin.
- 124 Vgl. dazu DITTBERNER, Lebenspartnerschaft und Kindschaftsrecht. Die rechtliche Situation gleichgeschlechtlicher Paare unter besonderer Berücksichtigung kindschaftsrechtlicher Regelungen, Frankfurt a. M. 2004, 153 f. und MÜLLER-GÖTZMANN (Fn. 119), 62.
- 125 Vgl. die Nachweise bei RUPP (Fn. 97), 203 ff.; EGGEN, Homosexuelle Paare mit Kindern, FamPra.ch 2007, 823, 824; FamKomm Eingetragene Partnerschaft/RAUCHFLEISCH, Allg. Einl. II Sozialwissenschaftliche Grundlagen, N 8 ff.
- 126 COPUR (Fn. 115), 59 f.; DITTBERNER (Fn. 124), 152 ff.; HERMANN-GREEN, Lesben mit Kinderwunsch, in: BOCKENHEIMER-LUCIUS/THORN/WENDEHORST (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind. Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, Göttingen 2008, 217, 236 f.; KUHN (Fn. 15), 364 f.; JANSEN/STEFFENS, Lesbische Mütter, schwule Väter und ihre Kinder im Spiegel psychosozialer Forschung, Verhaltenstherapie & psychosoziale Praxis 2006 (3), 643, 648 ff.; MÜLLER-GÖTZMANN (Fn. 119), 74 f.; RAUCHFLEISCH, Gleichgeschlechtliche Partnerschaft aus psychologischer Sicht, FamPra.ch 2004, 507, 516 f.; RUPP (Fn. 97), 308; PENNINGS, Evaluating the welfare of the child in same-sex families, Human Reproduction 2011/26 (7), 1609 ff.; THORN, Geplant lesbische Familien, Gynäkologische Endokrinologie 2010/8 (1), 73, 76 f., SCHEIB/HASTINGS, Lesbische Mütter und ihre Kinder aus Spendersamen, in: FUNCKE/THORN (Hrsg.), Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern. Interdisziplinäre Beiträge zu einer neuen Lebensform, Bielefeld 2010, 285, 291 ff.; SCHWENZER, Registrierte Partnerschaft: Der Schweizer Weg, Die Praxis des Familienrechts 2002, 223, 231 f.; WALKER (Fn. 55), 123, 128.
- 127 Die Studie verarbeitete Informationen von 693 Kindern und Jugendlichen und basiert auf der Befragung von 1059 Elternteilen sowie von 119 Kindern und Jugendlichen und von 29 unabhängigen Experten (z. B. aus Lehrberufen und Beratungsstellen).
- 128 Vgl. zu diesem Begriff und den verschiedenen Entstehungsformen RUPP/DÜRNBERGER, Wie kommt der Regenbogen in die Familie?, in: FUNCKE/THORN (Fn. 126), 61 und 70 ff.
- 129 RUPP (Fn. 97) 308; dieser zentrale Befund wird durch weitere Studien gestützt, vgl. nur BIBLARZ/STACEY, How Does the Gender of Parents Matter?, Journal of Marriage and Family 2010/72 (3), 3, 17.

- 130 GOLOMBOK/BADGER, Children raised in mother-headed families from infancy: a follow-up of children of lesbian and single heterosexual mothers, at early adulthood, *Human Reproduction* 2010/25 (1), 150 ff.
- 131 GOLOMBOK/BADGER (Fn. 130), 150 und 156.
- 132 GARTRELL/BOS, US National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-Year-Old Adolescents, *Pediatrics* 2010/126 (1), 1 ff.
- 133 GARTRELL/BOS, *Pediatrics* 2010/126 (1), 1, 7.
- 134 Zu möglichen methodischen und theoretischen Schwächen solcher Studien und der Gefahr einer von ideologischen Überzeugungen geleiteten Interpretation etwa COPUR (Fn. 115), 38 f. und FTHENAKIS, Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften und kindliche Entwicklung, in: BASEDOW ET AL. (Hrsg.), *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, Tübingen 2000, 351, 388 f.
- 135 ANDERSON ET AL., Outcomes for children with lesbian or gay parents. A review of studies from 1978 to 2000, *Scandinavian Journal of Psychology* 2000/43 (4), 335 ff.; Gestützt auf eine Reihe von Erhebungen hielt schliesslich auch das Ethische Komitee der Amerikanischen Gesellschaft für Reproduktive Medizin in einer im Jahr 2005 unter dem Titel «Lesbian & Gay Parenting» veröffentlichten Studie fest, es gäbe keine Hinweise dafür, dass Kinder durch lesbische oder homosexuelle Elternschaft benachteiligt oder dass homosexuelle Frauen oder Männer nicht erziehungsfähig seien.
- 136 Ein Überblick über die verfügbaren Studien findet sich bei FOND ET AL., *Homosexual parenthood and child development: present data*, *Encephale* 2012/38 (1), 10 ff.; vgl. ferner die weiteren Nachweise bei KUHN (Fn. 15), 365.
- 137 SIMONI (Fn. 75), 82; MÜLLER-GÖTZMANN (Fn. 119), 74 spricht angesichts der Anzahl der zu vergleichbaren Ergebnissen gelangenden Studien von einer kumulativen Evidenz; in einer kürzlich ergangenen Entscheidung betreffend Adoption durch einen gleichgeschlechtlichen Partner äusserte sich der EGMR dahingehend, dass gleichgeschlechtliche Paare für die Adoption von Kindern ebenso geeignet oder ungeeignet sein können wie verschiedengeschlechtliche Paare (X. und andere gegen Österreich, Urteil EGMR vom 19. Februar 2013, No 19010/07, Ziff. 142 [besprochen von MAURER in *FamRZ* 2013, 752 ff.]).
- 138 Vgl. die Nachweise bei RUPP (Fn. 97), 209 und bei FTHENAKIS (Fn. 134), 351, 385 ff.
- 139 Vgl. dazu die Stellungnahme der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt zur Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts vom 2. Juli 2012 (Fn. 122), 30.
- 140 Sofern man diese – wie von HEGNAUER (Fn. 19), 127, 133 f. propagiert – nicht individualbezogen betrachtet, sondern als Paarrecht versteht, das von Mann und Frau nur gemeinsam ausgeübt werden könne.
- 141 So auch KUHN (Fn. 15), 365, der unter dem Blickwinkel des Kindeswohls einzig auf die Fähigkeit der Eltern abstellt, dem Kind Stabilität, Geborgenheit und ein sicheres Zuhause zu vermitteln; gleicher Ansicht wohl auch AMSTUTZ/GÄCHTER, *Jusletter* vom 31. Januar 2011, Rz. 50 ff. und RÜTSCHKE (Fn. 82), 526; im neueren Schrifttum wird die Problematik ohne eigene Stellungnahme angesprochen von ZIEGLER, *AJP* 2013, 649, 654 und von NAY, *Que(er) zum Recht*, *FamPra.ch* 2013, 366, 375.
- 142 Anderer Meinung für die analoge Problematik im deutschen Recht LEHMANN, *Die In-vitro-Fertilisation und ihre Folgen. Eine verfassungsrechtliche Analyse*, Frankfurt a. M. 2007, 201 f., die zur Ungleichbehandlung die Wahrscheinlichkeit einer Kindeswohlbeeinträchtigung genügen lassen will. Der Schutz durch das Diskriminierungsverbot kann indessen nicht davon abgängig gemacht werden, ob gleichgeschlechtliche Partnerschaften zuvor hinsichtlich der grundsätzlichen Eignung und Fähigkeit zur Elternschaft eine Art Unbedenklichkeit lückenlos nachzuweisen vermögen.

- 143 Botschaft FMedG (Fn. 4), 252; der EGMR geht in seiner Rechtsprechung demgegenüber davon aus, dass gleichgeschlechtliche Paare ebenso wie verschiedengeschlechtliche Paare in der Lage sind, stabile und bindende Beziehungen einzugehen, vgl. Schalk und Kopf gegen Österreich, EGMR Urteil vom 24. Juni 2010, No 30141/04 (mit Anmerkungen von HEINRICH in FamRZ 2010, 1525).
- 144 Bei eingetragenen Partnerschaften hat dieses Argument seine Gültigkeit mit der Einführung des Partnerschaftsgesetzes (vgl. Art. 12 und Art. 13 PartG) ohnehin längst verloren.
- 145 Vgl. dazu eingehend COPUR (Fn. 115), 188 ff. und für das deutsche Recht MÜLLER-GÖTZMANN (Fn. 119), 330 ff.; in England und Wales wurde mit der Reform des Human Fertilisation and Embryology Act 2008 eine Regelung geschaffen, die bei Durchführung einer künstlichen Befruchtung unabhängig von der statusrechtlichen Beziehung der Partnerinnen eine gemeinsame Elternschaft ermöglicht (Sec. 42 ff.), vgl. dazu DETHLOFF, Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Ein rechtsvergleichender Überblick, in: FUNCKE/THORN (Fn. 126), 161, 179 f.; überholt insofern BEN-AM (Fn. 15), 24 ff. und 95 ff.
- 146 Botschaft FMedG (Fn. 4), 268.
- 147 GABRIEL/KELLER, Adoption – was beeinflusst ihren Verlauf, in: BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (Hrsg.), Vierte schweizerische Tagung zur internationalen Adoption, Bern 2012, 12 ff.
- 148 GABRIEL/KELLER (Fn. 147), 12, 20.
- 149 Vgl. SIMONI (Fn. 75), 39 und 81.
- 150 Botschaft FMedG (Fn. 4), 254 f.
- 151 Vgl. Botschaft FMedG (Fn. 4), 254; zu den vielfältigen und komplexen Problemkreisen der Leihmutterchaft vgl. etwa BÜCHLER/BERTSCHI, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern, FamPra.ch 2013, 33, 40 f.; CHRISTENSEN, Schwangerschaft als Dienstleistung – Kind als Ware? Eine rechtliche Annäherung an das komplexe Phänomen der sogenannten Leihmutterchaft, hill 2013, Nr. 86 und insbesondere BERTSCHI, Leihmutterchaft. Theorien, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien, Band 19 der Schriftenreihe zum Familienrecht, Bern 2014.
- 152 Erlaubt ist die Eizellenspende beispielsweise in Grossbritannien, den Niederlanden, Belgien, Frankreich, Italien, Schweden oder in Israel; vgl. MÜLLER-GÖTZMANN (Fn. 119), 256. Zu den verschiedenen rechtlichen Regelungen der Fortpflanzungsmedizin in Europa vgl. allgemein auch die tabellarische Übersicht des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht (im Internet abrufbar unter http://www.mpicc.de/meddb/show_all.php [27. 03. 2014]).
- 153 Botschaft FMedG (Fn. 4), 254.
- 154 BGE 115 Ia 234 ff.; BGE 119 Ia 460 ff. (Beide Entscheidungen betrafen nicht die Zulässigkeit der Eizellen- oder Embryonenspende); vgl. zu diesen Urteilen und zur grundsätzlichen grundrechtlichen Einordnung des Kinderwunsches KUHN (Fn. 15), 56 ff. und HEGNAUER, Künstliche Fortpflanzung und persönliche Freiheit: Bemerkungen zu BGE 115 Ia 246 ff. Erw. 5 und 6, ZBI 1991, 341 ff.
- 155 S. H. und andere gegen Österreich, EGMR (KK) Urteil vom 1. April 2010, No 57813/00; vgl. die Besprechung dieses Urteils von RÜTSCHKE/WILDHABER, AJP 2010, 803 ff.
- 156 Vgl. Ziff. 60 des angegebenen Urteils: «The Court therefore considers that the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that end comes within the ambit of Article 8, as such a choice is clearly an expression of private and family life.»; vgl. die Übersicht zur Rechtsprechung bei MEYER-LADEWIG, Handkommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, Art. 8 EMRK, N 17.

- 157 S. H. und andere gegen Österreich, EGMR Urteil (GK) vom 3. November 2011, No 57813/00; die vom EGMR gegebene Begründung wurde insbesondere im österreichischen Schrifttum teilweise sehr kritisch besprochen, vgl. dazu beispielsweise BERNAT, S. H. et al. gegen Österreich: Ein Schritt vorwärts, ein Schritt zurück, in: ROSENAU (Hrsg.), Ein zeitgemässes Fortpflanzungsmedizinrecht für Deutschland, Baden-Baden 2012, 10 ff. und WEILERT, Heterologe In-vitro-Fertilisation als europäisches Menschenrecht? Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Falle S. H. gegen Österreich, MedR 2012 (30), 355 ff.
- 158 Vgl. Ziff. 96 des Urteils: «The Court would conclude that there is now a clear trend in the legislation of the Contracting States towards allowing gamete donation for the purpose of in vitro fertilisation, which reflects an emerging European consensus.»
- 159 Vgl. Ziff. 118 des Urteils: «(...), 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.»
- 160 Auch die Expertenkommission Amstad trat geschlossen für eine gleiche rechtliche Beurteilung der Eizellenspende und der Samenspende ein (vgl. Amstad-Bericht [Fn. 62], 1091 ff.); die Ungleichbehandlung von Samen- und Eizellenspende wird auch in anderen Ländern zuweilen heftig kritisiert, vgl. etwa für Deutschland COESTER-WALTJEN, Elternschaft ausserhalb der Ehe, in: BUNDESMINISTERIUM FÜR GESUNDHEIT (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, 158, 159 oder für Österreich NOVAK, Fortpflanzungsmedizingesetz und Grundrechte, in: BERNAT (Hrsg.), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, Wien 2000, 62, 71 f.
- 161 Botschaft FMedG (Fn. 4), 254; vgl. auch BEN-AM (Fn. 15), 79.
- 162 Vgl. für das deutsche Recht HEUN, Restriktionen assistierter Reproduktion aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: BOCKENHEIMER-LUCIUS/THORN/WENDEHORST (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind. Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, Göttingen 2008, 49, 61.
- 163 BÜCHLER/BERTSCHI, FamPra.ch 2013, 33, 40; FOUNTOLAKIS, FamPra.ch 2011, 247, 249 f.
- 164 BERNAT, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, Frankfurt a. M. 1989, 221, gemäss welchem man dem Verfahren der Eizellenspende aus dieser Sicht sogar aufgeschlossener gegenüber treten müsste als der Zeugung mittels fremder Samen; vgl. auch WEYRAUCH, Zulässigkeitsfragen und abstammungsrechtliche Folgeprobleme bei künstlicher Fortpflanzung im deutschen und US-amerikanischen Recht, Berlin 2003, 127.
- 165 Vgl. ZOLL, Genetische Risiken durch Keimzellspende, in: BOCKENHEIMER-LUCIUS/THORN/WENDEHORST (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind. Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, Göttingen 2008, 123, 131 f.
- 166 Vgl. KENTENICH/PIETZNER, Überlegungen zur gesetzlichen Nachbesserung in der Reproduktionsmedizin, in: FRISTER/OLZEN (Hrsg.), Reproduktionsmedizin: Rechtliche Fragestellungen. Dokumentation der Tagung zum 10-jährigen Bestehen des Instituts für Rechtsfragen der Medizin Düsseldorf, Düsseldorf 2010, 59, 59.
- 167 Zum Ablauf einer solchen Behandlung vgl. etwa DEPENBUSCH/SCHULTZE MOSGAU, Eizell- und Embryonenspende, in: DIEDRICH/LUDWIG/GRIESINGER (Hrsg.), Reproduktionsmedizin, Berlin/Heidelberg 2013, 287, 288 f.
- 168 Siehe die Nachweise bei KENTENICH/UTZ-BILLING, Verbot der Eizellspende – Ist es medizinisch, psychologisch oder ethisch gerechtfertigt?, Gynäkologische Endokrinologie 2006/4 (4), 229, 230; in diese Richtung äusserte sich auch schon LURGER, Das Fortpflanzungsmedizingesetz vor dem österreichischen Verfassungsgerichtshof, DEuFamR 2000, 134, 140, wonach nicht einzusehen sei, warum die bei einer Eizellenspende entstehenden Beziehungen des Kindes so ungewöhnlich und für das Kind belastend sein sollen.

- 169 SIMONI (Fn. 75), 64 ff.; BERG, Die Eizellspende – eine Chance für wen?, in: BOCKENHEIMER-LUCIUS/THORN/WENDEHORST (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind. Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, Göttingen 2008, 239, 250; ausführlich dazu ferner PFAFFINGER, Geheime und offene Formen der Adoption. Wirkung von Information und Kontakt auf das Gleichgewicht im Adoptionsdreieck, Diss. Zürich/Basel/Genf 2007, 187 ff.
- 170 Grundsätzlich kritisch hinsichtlich der Legitimation gesetzlicher Verbote mit dem Hinweis auf die «Unnatürlichkeit» eines bestimmten Verhaltens SEELMANN, Recht und Rechtsethik in der Fortpflanzungsmedizin, recht 1996, 240, 244 f.; vgl. auch KUHN (Fn. 15), 231 f.
- 171 RÜTSCH/WILDHABER, AJP 2010, 803, 806, sprechen in diesem Zusammenhang von einem «echten naturalistischen Fehlschluss»; kritisch gegenüber dem Natürlichkeitsargument auch WEINKE, Gedanken zu künstlichen Befruchtungstechniken aus philosophisch-ethischer Sicht, in: BERNAT (Hrsg.), Lebensbeginn durch Menschenhand, Graz 1985, 73, 75 f.
- 172 Vgl. HEYDER (Fn. 123), 20 ff. und SIMONI (Fn. 75), 83; pointiert ferner BERNAT, MedR 2000 (8), 389, 396: «(...) es ist noch nie überzeugend gelungen, die von Menschenhand unberührte Natur als Vorbild für moralische und rechtliche Wertungen in den Dienst zu nehmen.»
- 173 Vgl. MÜLLER-GÖTZMANN (Fn. 119), 255 f. und ZIMMERMANN, Reproduktionsmedizin und Gesetzgebung. Reformbedarf im Recht der Reproduktionsmedizin und Realisierungsoptionen in einem Fortpflanzungsmedizingesetz, Berlin 2011, 116.
- 174 Vgl. RÜTSCH/WILDHABER, AJP 2010, 803, 806; STEINER/ROGGO, Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der allogenen Eizelltransplantation – der so genannten «Eizellenspende», AJP 2012, 474, 478 und 480; kritisch zum Verbot der Embryonen- und Eizellenspende auch KUHN (Fn. 15), 349 ff. und 357 ff., BEN-AM (Fn. 15), 179 f. und GÄCHTER/RÜTSCH, Gesundheitsrecht, 3. Aufl., Basel 2013, 123; anderer Ansicht in Bezug auf die Eizellenspende wohl REUSSER/SCHWEIZER, in: EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 119 BV, N 28 sowie für das deutsche Recht WEYRAUCH (Fn. 164), 127 f. mit dem fragwürdigen Argument, es sei nicht auszuschliessen, dass die Mutter eine gestörte Beziehung zu einem solchen Kind aufbaue.
- 175 Entsprechende Vorstösse liegen auf politischer Ebene bereits vor, vgl. die von Nationalrat Jacques Neiryck und sieben Mitunterzeichnenden am 4. Dezember 2012 eingereichte parlamentarische Initiative «Die Eizellenspende zulassen» (Nr. 12.487); im Rahmen entsprechender Gesetzgebungsarbeiten hat das Bundesamt für Gesundheit ein Rechtsgutachten zur Eizellenspende in Auftrag gegeben (vgl. BÜCHLER, Die Eizellenspende in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda, Rechtsgutachten verfasst im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit, Zürich 2013, im Internet abrufbar unter <http://www.bag.admin.ch/the-men/medizin/03878/03882/index.html> [27. 03. 2014]).
- 176 Vgl. die Nachweise bei BÜCHLER/RYSER, FamPra.ch 2009, 1, 5 und bei SIMONI (Fn. 75), 64 ff.
- 177 Vgl. z. B. Jäggi v. Switzerland, EGMR-Urteil vom 13. Juli 2006, No 58757/00; BGE 134 III 241, 243 = FamPra.ch 2008, 664 ff. und BGE 137 I 154, 158 = FamPra.ch 2011, 734 ff.; ein entsprechender Anspruch ergibt sich aus dem von Art. 8 EMRK geschützten Recht auf persönliche Identität und Entwicklung.
- 178 BUCHLI-SCHNEIDER, Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht, Diss. Bern 1987, 79; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern 2012, 231.
- 179 BGE 125 I 257, 262; BGE 128 I 63, 71.
- 180 Vgl. KOCH, Fortpflanzungsmedizin im europäischen Rechtsvergleich, Aus Politik und Zeitgeschichte 2001, 44, 46.

- 181 BÜCHLER, *FamPra.ch* 2005, 437, 446 ff.; LEUKART, Die praktischen Konsequenzen des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung – Welche Fälle verlangen ein Umdenken im schweizerischen Familienrecht?, *AJP* 2009, 584, 586.
- 182 AEBI-MÜLLER, Persönlichkeitsschutz und Genetik – Einige Gedanken zu einem aktuellen Thema, unter besonderer Berücksichtigung des Abstammungsrechts, *ZBJV* 2008, 82, 96.
- 183 Vgl. Botschaft FMedG (Fn. 4), 274.
- 184 BGE 134 III 241, 244 = *FamPra.ch* 2008, 664 ff.; BESSON, Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Wege und Auswirkungen der Konkretisierung eines Grundrechts, *ZSR* 2005 I, 39.
- 185 Botschaft FMedG, 271.
- 186 REUSSER/SCHWEIZER, Das Recht auf Kenntnis der Abstammung aus völker- und landesrechtlicher Sicht, *ZBJV* 2000, 605, 633.
- 187 Gemäss der bereits erwähnten Studie von GOLOMBOK ET AL. waren lediglich 8,6% der durch donogene Insemination gezeugten Kinder im Alter von 11 bzw. 12 Jahren über diesen Sachverhalt informiert, wobei sich 69,9% der Eltern definitiv gegen eine Aufklärung des Kindes entschieden haben (GOLOMBOK ET AL. [Fn. 76], 830, 836 f.).
- 188 GOLOMBOK ET AL. (Fn. 76), 830, 838; FRITH, Gamete donation and anonymity. The ethical and legal debate, *Human Reproduction* 2001/16 (5), 818, 821; MCGEE ET AL., Gamete donation and anonymity: disclosure to children conceived with donor gametes should not be optional, *Human Reproduction* 2001/16 (10), 2033, 2035.
- 189 In diese Richtung etwa COWDEN, «No harm, no foul»: a child's right to know their genetic parents, *International Journal of Law, Policy and the Family* 2012/26 (1), 102, 121 und 122 f. mit der Begründung, dass die Aufklärung schon aus Respekt vor dem Kind erfolgen müsse.
- 190 So betrachtet BERNAT, Der anonyme Vater im System der Fortpflanzungsmedizin, in: BERNAT (Hrsg.), *Lebensbeginn durch Menschenhand*, Graz 1985, 161, 174, eine staatlich verordnete Aufklärung bei Kindern, die keinen Grund für Zweifel an der biologischen Abstammung haben müssen, als ein unzulässiges «Aufdrängen» der Wahrheit.
- 191 Vgl. BLYTH, Donor insemination and the dilemma of the «unknown father», in: BOCKENHEIMER-LUCIUS/THORN/WENDEHORST (Hrsg.), *Umwege zum eigenen Kind. Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown*, Göttingen 2008, 157, 171 f.; THORN/WISCHMANN, Leitlinien für die psychosoziale Beratung bei Gametenspende, *Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie* 2008/5 (3), 147, 148; KENTENICH/TANDLER-SCHNEIDER, Die Arztrolle in unterschiedlichen klinischen Kontexten. Ärztliche Beratung bei In-vitro-Fertilisation (IVF) und Präimplantationsdiagnostik (PID), *Bundesgesundheitsblatt* 2012 (55), 1144, 1150.
- 192 SIMONI (Fn. 75), 85; KRESS, Ethik: Reproduktionsmedizin im Licht von Verantwortungsethik und Grundrechten, in: DIEDRICH/LUDWIG/GRIESINGER (Hrsg.), *Reproduktionsmedizin*, Berlin/Heidelberg 2013, 651, 656.
- 193 Verschiedene Studien konnten aufzeigen, dass bereits in der Kindheit aufgeklärte Kinder positiver auf den Umstand der künstlichen Zeugung reagiert haben; vgl. TURNER/COLE, What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counselling and therapy, *Human Reproduction* 2000/15 (9), 2041, 2048 ff. und JADVA ET AL., The experience of adolescents and adults conceived by sperm donation: comparisons by age of disclosure and family type, *Human Reproduction* 2009/24 (8), 1909, 1911 ff.
- 194 RUSCH (Fn. 6), 183; SIMONI (Fn. 75), 85.

- 195 Im psychosozialen Schrifttum wird etwa eine prozesshafte Aufklärung ab dem Kindergartenalter empfohlen; vgl. KENTENICH/WOHLFAHRT, Psychosoziale Aspekte, in: DUTTGE/ENGEL/LIPP/ZOLL (Hrsg.), Heterologe Insemination. Aktuelle Lage und Reformbedarf aus interdisziplinärer Perspektive, Göttingen 2010, 51, 56.
- 196 REUSSER/SCHWEIZER, ZBJV 2000 605, 628; LEUKART, AJP 2009, 584, 595.
- 197 BÜCHLER/RYSER, FamPra.ch 2009, 1, 20 f.; zurückhaltender dagegen BESSON, Enforcing the child's right to know her origins: contrasting approaches under the convention on the rights of the child and the European Convention on Human Rights, International Journal of Law, Policy and the Family 2007/21 (2), 137, 149 ff.
- 198 SCHWENZER, Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, AJP 1994, 817, 821.
- 199 Vgl. LEUKART, AJP 2009, 584, 592 und 596.
- 200 So hielt insbesondere eine Minderheit der Expertenkommission Amstad das Kriterium des Kindeswohls für ungeeignet, um die Zeugung oder Nichtzeugung künftigen menschlichen Lebens normativ zu regeln und damit als Rechtfertigungsgrund für das gesetzliche Verbot der Erzeugung zu dienen (vgl. Amstad-Bericht [Fn. 62], 1086).
- 201 Im internationalen Vergleich wird dem Kindeswohl auf Stufe Gesetzgebung mehrheitlich keine vergleichbar prominente Stellung eingeräumt (vgl. die von der European Society of Human Reproduction and Embryology herausgegebene Studie «Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies. Final Report, 2008»); eine der schweizerischen ähnliche Regelung enthält der Human Fertilisation and Embryology Act von Grossbritannien in Section 13 (5), welche allerdings auch nach ihrem Inkrafttreten umstritten blieb, vgl. BLYTH, To be or not to be, A Critical Appraisal of the welfare of Children Conceived through New Reproductive Technologies, International Journal of Children's Rights 2008/16 (4), 505, 514.
- 202 COESTER-WALTJEN, Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B für den 56. Deutschen Juristentag, München 1996, B45 f.; vgl. auch MÜLLER-TEPITZ, Das Recht auf Fortpflanzung – Vorgaben der Verfassung und der EMRK, in: FRISTER/OLZEN (Hrsg.), Reproduktionsmedizin: Rechtliche Fragestellungen. Dokumentation der Tagung zum 10-jährigen Bestehen des Instituts für Rechtsfragen der Medizin Düsseldorf, Düsseldorf 2010, 9, 20 und SOLBERG, Getting beyond the welfare of the child in assisted reproduction, Journal of Medical Ethics 2009/35 (6), 373.
- 203 WEYRAUCH (Fn. 164), 26; vgl. dazu auch ROBERTSON, Procreative Liberty and Harm to Offspring in Assisted Reproduction, American Journal of Law & Medicine 2004/30 (1), 7, 13 ff. und LANGDRIDGE, The welfare of the child. Problems of indeterminacy and deontology, Human Reproduction 2000/15 (3), 502 f.
- 204 Entsprechende Bedenken wurden bei der Beratung des Gesetzes in den eidgenössischen Räten wiederholt geäußert; vgl. AmtBull NR 1998, 1402 ff. (Voten NR Goll und NR Leemann); eine analoge Debatte hat auch die schon erwähnte Gesetzesbestimmung im Human Fertilisation and Embryology Act in Grossbritannien ausgelöst, vgl. dazu etwa BLYTH ET AL., Welfare of the child assessments in assisted conception: A social constructionist perspective, Journal of Reproductive and Infant Psychology 2008/26 (1), 31 ff.
- 205 Vgl. COESTER-WALTJEN (Fn. 202), B46 und KUHN (Fn. 15), 227; kritisch auch GÜNTHER, Der Kindeswohlbegriff als Zulässigkeitskriterium für die In-vitro-Fertilisation, Diss. Frankfurt a. M. 1996, 99 f. und 133 f. sowie MCLEAN, Assisted Reproduction and the Welfare of the Child, Cardiff Centre for Ethics, Law and Society 2005, 6.
- 206 DORN/WISCHMANN, Psychosomatik und psychosoziale Betreuung, in: DIEDRICH/LUDWIG/GRIESINGER (Hrsg.), Reproduktionsmedizin, Berlin/Heidelberg 2013, 483, 487; vgl. auch Botschaft FMedG (Fn. 4), 259.

- 207 BEAUCHAMP/CHILDRESS (Fn. 61), 117 ff.; GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn.174), 73 ff.; MANAI, Les droits du patient face à la biomédecine, 2. Aufl., Bern 2013, 79 ff.
- 208 Vgl. BOCKENHEIMER-LUCIUS, Fragen zur Entscheidungsfindung für eine In-vitro-Fertilisation mit ICSI, in: BOCKENHEIMER-LUCIUS/THORN/WENDEHORST (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind. Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, Göttingen 2008, 199, 201 f.
- 209 Illustrativ werden die Anforderungen an ärztliches Handeln in der Fortpflanzungsmedizin beispielsweise in der Präambel der (Muster-)Richtlinie der (deutschen) Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion wie folgt zusammengefasst: «Paare mit Kinderwunsch und vor allem die betroffenen Frauen sind den Prinzipien der Patientenautonomie und des informed consent gemäss über die Einzelheiten und Risiken der für sie in Betracht kommenden Verfahren umfassend zu informieren und aufzuklären. (...). Die Patientin beziehungsweise das Paar sind in die Lage zu versetzen, unter Kenntnis der medizinischen Sachverhalte, der Risiken, die mit der Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Verfahren verbunden sind, sowie der ethischen Aspekte, zu denen das Kindeswohl gehört, in eigener Verantwortung zu entscheiden, ob sie die Reproduktionsmedizin in Anspruch nehmen möchten und welche Verfahren der ärztlich assistierten Reproduktion es sind, von denen sie Gebrauch machen wollen» (Präambel der (Muster-)Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion, 1998 und 2006 (Novelle) [Deutsches Ärzteblatt 2006/103 (20), A-1392/B1188/C-1140]).
- 210 Vgl. KENTENICH/TANDLER-SCHNEIDER, Bundesgesundheitsblatt 2012 (55), 1144, 1145.
- 211 Die wichtigsten Elemente der ärztlichen Aufklärungspflicht hat der Gesetzgeber in Art. 6 FMedG ausdrücklich normiert; vgl. dazu Botschaft FMedG (Fn. 4), 257 f.
- 212 KENTENICH/WOHLFAHRT (Fn. 195), 51, 55.
- 213 Anders Botschaft FMedG (Fn. 4), 249, welche das Kindeswohl gefährdet sieht, wenn die Zeugung des Kindes als Versuch zur Rettung einer Paarbeziehung in der Krise dient.
- 214 KENTENICH/TANDLER-SCHNEIDER, Bundesgesundheitsblatt 2012 (55), 1144, 1145.
- 215 Vgl. dazu ausführlich BEAUCHAMPS/CHILDRESS (Fn. 61), 149 ff. und 197 ff.
- 216 Vgl. SOLBERG, Journal of Medical Ethics 2009/35 (6), 373, 374 und 376, mit der Feststellung, dass die reproduktionsmedizinischen Verfahren nicht um des möglichen Kindes willen, sondern um der kinderlosen Eltern willen angewendet werden.
- 217 Berufsethisch wird denn in einer solchen Konstellation auch empfohlen, eine fortpflanzungsmedizinische Behandlung abzulehnen; vgl. ESHRE TASK FORCE ON ETHICS AND LAW, Lifestyle-related factors and access to medically assisted reproduction, Human Reproduction 2010/25 (3), 578, 583.
- 218 Vgl. KENTENICH/TANDLER-SCHNEIDER (Fn. 191), 1144, 1145 und WALKER (Fn. 55), 123, 129; auch weitere Faktoren wie das fortgeschrittene Alter oder der zeitlich ungewisse Ausbruch einer Krankheit, die zur eigenen Pflegebedürftigkeit und dem Verlust der Betreuungsfähigkeit führen wird, betreffen unmittelbar die Voraussetzungen der Elternschaft.
- 219 Vgl. BEAUCHAMPS/CHILDRESS (Fn. 61), 220 f.
- 220 COESTER-WALTJEN (Fn. 202), B46.
- 221 Art. 10 des deutschen Embryonenschutzgesetzes hält gar explizit fest, dass niemand verpflichtet werden könne, Massnahmen der künstlichen Befruchtung vorzunehmen oder an solchen mitzuwirken.
- 222 Vgl. BOCKENHEIMER-LUCIUS (Fn. 208), 199, 211.