

UNIVERSITÄT
LUZERN



PROF. DR. BERNHARD RÜTSCHKE

**FORTPFLANZUNGSMEDIZIN
FÜR ALLE?
VERFASSUNGSRECHTLICHE
GRUNDLAGEN**

**WORKSHOP DES
ZENTRUMS FÜR LIFE SCIENCES-RECHT
UNIVERSITÄT BASEL**

26.– 28. JANUAR 2022

ÜBERSICHT

1. **Architektur von Artikel 119 BV**
2. **Schutz vor Missbräuchen (Abs. 1)**
3. **Schutzgüter (Abs. 2 Ingress)**
4. **Zugangsschranken (Abs. 2 Bst. c)**
5. **Begriff der Unfruchtbarkeit (Abs. 2 Bst. c)**
6. **Verbot der Embryonenspende (Abs. 2 Bst. d)**
7. **Ausschluss von Alleinstehenden (Art. 3 Abs. 2 FMedG)**
8. **Heterologe Verfahren nur für Ehepaare (Art. 3 Abs. 3 FMedG)**
9. **Verbot der Eizellenspende (Art. 4 FMedG)**
10. **Thesen und Fragen**

1. ARCHITEKTUR VON ARTIKEL 119 BV

Art. 119 Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich

¹ Der Mensch ist vor Missbräuchen der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie geschützt.

² Der Bund erlässt Vorschriften über den Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut. Er sorgt dabei für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie und beachtet insbesondere folgende Grundsätze:

- a. Alle Arten des Klonens und Eingriffe in das Erbgut menschlicher Keimzellen und Embryonen sind unzulässig.
- b. Nichtmenschliches Keim- und Erbgut darf nicht in menschliches Keimgut eingebracht oder mit ihm verschmolzen werden.
- c.⁶⁰ Die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung dürfen nur angewendet werden, wenn die Unfruchtbarkeit oder die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit nicht anders behoben werden kann, nicht aber um beim Kind bestimmte Eigenschaften herbeizuführen oder um Forschung zu betreiben; die Befruchtung menschlicher Eizellen ausserhalb des Körpers der Frau ist nur unter den vom Gesetz festgelegten Bedingungen erlaubt; es dürfen nur so viele menschliche Eizellen ausserhalb des Körpers der Frau zu Embryonen entwickelt werden, als für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung notwendig sind.
- d. Die Embryonenspende und alle Arten von Leihmutterchaft sind unzulässig.
- e. Mit menschlichem Keimgut und mit Erzeugnissen aus Embryonen darf kein Handel getrieben werden.
- f. Das Erbgut einer Person darf nur untersucht, registriert oder offenbart werden, wenn die betroffene Person zustimmt oder das Gesetz es vorschreibt.
- g. Jede Person hat Zugang zu den Daten über ihre Abstammung.

Absatz 1: **Zielnorm**

Absatz 2 Satz 1: **Bundeskompetenz und Auftrag**

Absatz 2 Satz 2 Ingress: **Schutzgüter**

Absatz 2 Satz 2 Buchstaben a-g:

Materielle Verfassungsgrundsätze

- **Verbote und Einschränkungen** (Bst. a-e)
- **Gesetzmässigkeitsprinzip** (Bst. c und f)
- **grundrechtlicher Anspruch** (Bst. g)

2. SCHUTZ VOR MISSBRÄUCHEN (ABS. 1)

Allgemeiner Schutzzweck

- «Fehlentwicklungen» in der Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie verhindern
- Begriff des Missbrauchs hat sich «an ethischen Postulaten auszurichten»

Arten von Missbräuchen aus Sicht des historischen Verfassungsgebers

- **Instrumentalisierung des Menschen**

Mensch als rein «fremdbestimmtes Produkt» der angewandten Technik

Infragestellung der menschlichen Würde und Individualität durch Manipulation des Erbguts

Kommerzialisierung menschlichen Lebens (Handel mit Embryonen)

- **Diskriminierung einzelner Gruppen**

Ausbeutung der Frau durch sozialen Druck, die neuen Techniken in Anspruch zu nehmen (z.B. Eizellenentnahme)

Benachteiligungen aufgrund des Erbgutes durch Behörden oder Versicherer

- **Eugenische Tendenzen**

Menschenzüchtung/Menschen nach Mass

Aussortierung von menschlichem Leben, das nicht gesellschaftlich vorgegebenen Massstäben entspricht

3. SCHUTZGÜTER (ABS. 2 INGRESS)

Menschenwürde

- **Verfassungsprinzip** (öffentliches Interesse) – nicht Grundrecht
- Würde (Eigenwert) menschlicher Lebewesen – nicht Gattungswürde
- **Embryonenschutz** als öffentliches Interesse, das im Konfliktfall hinter Grundrechten (Persönlichkeitsschutz) zurücktritt (vgl. Art. 119 Abs. 2 lit. c Satz 3 BV)

Persönlichkeit

- **Grundrechtlicher Schutz** von **Kinderwunsch und reproduktiver Autonomie**
- Rechte auf Leben und Integrität (z.B. Eizellenentnahme oder Implantation eines Embryos)
- Schutz von Personendaten

Familie

- Grundrechtlicher Schutz der Familie
- **Öffentliches Interesse**: Schutz des gesellschaftlichen **Instituts der Familie**: «cellule fondamentale de la société»
- **Kindeswohl** als Aspekt des Schutzes der Familie

4. ZUGANGSSCHRANKEN (ABS. 2 BST. C)

c.⁶⁰ Die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung dürfen nur angewendet werden, **wenn** die Unfruchtbarkeit oder die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit nicht anders behoben werden kann, nicht aber **um** beim Kind bestimmte Eigenschaften herbeizuführen oder um Forschung zu betreiben;

Zugang ↔ Durchführung

- **Abschliessende Nennung** von Zugangsvoraussetzungen (Indikationen): Ausschluss von «positiver Selektion» und Forschung als Zwecke von Fortpflanzungsverfahren
- Regelt nur **Zugang** («wenn» / «um ... zu»), nicht aber die **Durchführung** von Verfahren
 - Steht der **Forschung an überzähligen Embryonen** bzw. an daraus gewonnenen Stammzellen nicht entgegen (vgl. Stammzellenforschungsgesetz von 2003)
 - Steht der Verwendung von **Überschussinformationen aus einer PID** für Auswahl von Embryonen nicht entgegen, auch wenn sich diese nicht auf eine Indikation beziehen

5. BEGRIFF DER UNFRUCHTBARKEIT (ABS. 2 BST. C)

c.⁶⁰ Die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung dürfen nur angewendet werden, wenn die **Unfruchtbarkeit** oder die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit nicht anders behoben werden kann, nicht aber um beim Kind bestimmte Eigenschaften herbeizuführen oder um Forschung zu betreiben;

Medizinisches Verständnis ↔ psychologisches Verständnis

- **Medizinisches Verständnis:** Paar kann bei regelmässigem, ungeschütztem Geschlechtsverkehr nach mindestens einem Jahr keine Schwangerschaft erzielen oder namentlich infolge von wiederholt auftretenden Spontanaborten eine Schwangerschaft nicht zu Ende führen
- **«Psychologisches» Verständnis:** Zustand ungewollter Kinderlosigkeit
- **«Ehe für alle» (26.9.2021):** Verfassungsinterpretation des demokratischen Gesetzgebers im Sinne des psychologischen Unfruchtbarkeitsbegriffs
 - Art. 119 BV schliesst **gleichgeschlechtliche Paare** nicht von Fortpflanzungsverfahren aus
 - Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV schliesst **Alleinstehende** nicht von Fortpflanzungsverfahren aus

6. VERBOT DER EMBRYONENSPELDE (ABS. 2 BST. D)

d. Die **Embryonenspende** und alle Arten von Leihmutterschaft sind **unzulässig**.

Herstellung von Embryonen zur Spende ↔ Spende von überzähligen Embryonen

- **Wortlaut:** absolut
- **Historischer Zweck:** keine Aufspaltung von genetischer, biologischer und sozialer Elternschaft (Parlamentsdebatte 1991)
- Verfassungsinternes Spannungsverhältnis des Verbots der Spende überzähliger Embryonen zu den **Schutzgütern**
 - **Menschenwürde:** entwicklungsfähige überzählige Embryonen könnten zur Herbeiführung einer Schwangerschaft verwendet werden
→ **besserer Embryonenschutz**
 - **Persönlichkeit:** **Verwirklichung des Kinderwunsches** bei beidseitiger Sterilität
 - **Schutz von Familie bzw. Kindeswohl:** Analogie zur **Kindesadoption?**

7. AUSSCHLUSS VON ALLEINSTEHENDEN (ART. 3 ABS. 2 FMEDG)

² Sie dürfen **nur bei Paaren** angewendet werden:

- a. zu denen ein **Kindesverhältnis** im Sinne der Artikel 252–263 des Zivilgesetzbuchs⁴ (ZGB) begründet werden kann; und
- b.⁵ die auf Grund ihres **Alters** und ihrer **persönlichen Verhältnisse** voraussichtlich bis zur Volljährigkeit des Kindes für dessen Pflege und Erziehung sorgen können.

Schutzgut der Familie (Art. 119 Abs. 2 BV)

- **Art. 41 Abs. 1 lit. c BV**: Familien als «**Gemeinschaften von Erwachsenen und Kindern**»
- **Art. 13 BV** (Achtung des «Familienlebens»): **tatsächliches familiäres Zusammenleben** (schützt auch Konkubinatspaare, gleichgeschlechtliche Paare – nicht aber Alleinstehende)

Diskriminierungsverbot und Rechtsgleichheit (Art. 8 BV)

- **Keine Diskriminierung**: «**Lebensform**» als verpönte Merkmal, namentlich sexuelle Ausrichtung, Fahrende → Alleinstehendsein nicht erfasst
- **Keine Verletzung der Rechtsgleichheit**: Schutz des Kindeswohls als **sachlicher Ungleichbehandlungsgrund**

8. HETEROLOGE VERFAHREN NUR BEI EhePAAREN (ART. 3 ABS. 3 FMEDG)

³ Gependete Samenzellen dürfen **nur bei Ehepaaren** verwendet werden.

Recht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV)

- Grundrecht auf Schutz der Ehe – **kein Ausschliesslichkeitsanspruch**
- keine Grundlage für staatliche Verbote zulasten nicht-ehelicher Gemeinschaften

Diskriminierungsverbot und Rechtsgleichheit (Art. 8 BV)

- **Verletzung von Diskriminierungsverbot und Rechtsgleichheit**
 - Benachteiligung nicht ehelicher Gemeinschaften als **Diskriminierungsgrund**
 - **Stabilität der elterlichen Beziehung** als mögliche Rechtfertigung der Benachteiligung
 - Ehe als solche ist **kein geeignetes Kriterium** für Stabilität
 - Alternative Kriterien: Mindestalter, Dauer des Zusammenlebens (vgl. Art. 264 ZGB bezüglich Adoption)

9. VERBOT DER EIZELLENSPENDE (ART. 4 FMEDG)

Art. 4 Verbotene Praktiken

Die **Ei-** und die Embryonenspende sowie die Leihmutterschaft sind **unzulässig**.

Schutzgüter gemäss Art. 119 Abs. 2 BV

- **Persönlichkeitsschutz:** Gefahr der Instrumentalisierung von Frauen als Eizellenspenderinnen?
- **Schutz der Familie:** Auswirkungen von **gespalteter Mutterschaft** auf das Kindeswohl?

Diskriminierungsverbot und Rechtsgleichheit (Art. 8 BV)

- **Ausschluss von Paaren**, die Kinderwunsch aufgrund von Unfruchtbarkeit der Frau nicht erfüllen können
 - **indirekte Diskriminierung** aufgrund des «**Geschlechts**»?
 - **Verletzung der Rechtsgleichheit:** **fehlende empirische Evidenz**, dass Spaltung der Mutterschaft – im Unterschied zur Spaltung der Vaterschaft – erhöhte Risiken für das Kindeswohl mit sich bringen würde → kein sachlicher Ungleichbehandlungsgrund

10. THESEN UND FRAGEN

- 1. Verwendung von Überschussinformationen aus einer PID für die Auswahl von Embryonen:**
Keine Einschränkung durch Art. 119 BV
- 2. Verbot der Spende überzähliger Embryonen:**
Aufhebung des Verbots bedürfte einer Verfassungsänderung
- 3. Ausschluss von Alleinstehenden von Fortpflanzungsverfahren:**
Verfassung gibt keine Antwort
- 4. Beschränkung heterologer Verfahren auf Ehepaare:**
Verletzung von Diskriminierungsverbot und Rechtsgleichheit
- 5. Verbot der Eizellenspende:**
Verletzung der Rechtsgleichheit
- 6. Integrale Aufhebung oder punktuelle Anpassungen von Art. 119 Abs. 2 BV?**
Möglicher Anpassungsbedarf pro futuro: Verbote von therapeutischem Klonen, Keimbahntherapie, Fortpflanzungsverfahren zum Zweck der HLA-Typisierung, Spende überzähliger Embryonen, Leihmutterschaft