

Kurt Seelmann

**Gutachten für das Bundesamt für Gesundheit (BAG) über Rechte auf
Versicherungsleistungen in der obligatorischen Krankenversicherung**

Basel, 2021

Inhaltsverzeichnis

I. Ausgangslage	5
II. Begründung von Leistungsrechten.....	6
1. Abwehr-, Zugangs- und Leistungsrechte.....	6
a) <i>Abwehrrechte</i>	6
b) <i>Zugangsrechte</i>	7
c) <i>Leistungsrechte</i>	8
2. Versicherungsrechte als staatliche Leistungsrechte?.....	8
a) <i>Der obligatorische Charakter der Krankenkasse</i>	9
b) <i>Der Leistungskatalog auf dem Verordnungsweg</i>	9
3. Begründung von Leistungsrechten gegenüber dem Staat	10
a) <i>Hilfspflicht in Notlagen (Art. 12 BV) als Grundlage einer originären Leistungspflicht?</i>	10
b) <i>Gleichbehandlungspflicht (des Monopolisten) als derivative Leistungspflicht?</i>	13
c) <i>Wirksamkeitspflicht bei Abwehrrechten als weitere derivative Leistungspflicht?</i>	13
4. Begründung des Wirksamkeitserfordernisses	15
a) <i>Gibt es ein eigenständiges (nicht aus Freiheit oder Gleichheit zu deduzierendes) Wirksamkeitsprinzip?</i>	15
b) <i>Faktische Grundrechtsverletzung: Leistungsanspruch aus dem Freiheitsprinzip?</i>	18
i) <i>„ Negative“ und „positive“ Freiheit</i>	19
ii) <i>Unvermögen keine Freiheitsbeeinträchtigung?</i>	21
iii) <i>Elementare Freiheit und allgemeine Handlungsfreiheit</i>	22
c) <i>Faktische Grundrechtsverletzung: Leistungsanspruch aus dem Gleichbehandlungsprinzip?</i>	24
III. Beschränkungsgründe für Leistungsrechte.....	27
1. Rationierung von Leistungen: Können Leistungsrechte an mangelnden finanziellen Mitteln scheitern?	27
a) <i>Rationierung versus Rationalisierung</i>	28
b) <i>Unterscheidung nach Konkretisierungsebenen von Rationierung?</i> .	29
c) <i>Kriterien der Rationierung</i>	30
2. Präzisionsgrad von Leistungsrechten: Können Leistungsrechte an mangelnder Justiziabilität (zu geringer Präzision) scheitern?	32

3.	Bedeutsamkeit des Krankheitsbegriffs	34
a)	<i>Krankheit und Krankheitsfolgenbehandlung</i>	34
b)	<i>Kinderlosigkeit im Alter</i>	35
c)	<i>Irrelevanz einer ausführlichen Auseinandersetzung mit dem Krankheitsbegriff</i>	36
4.	Systemverträglichkeit von Leistungen für Fortpflanzungsmedizin?	36
a)	<i>Pflegeleistungen Art. 25a KVG</i>	36
b)	<i>Prävention, Art 26 KVG</i>	37
c)	<i>Geburtsgebrechen, Art. 27 KVG</i>	37
d)	<i>Unfälle, Art. 28 KVG</i>	37
e)	<i>Mutterschaft (natürliche Geburt) Art. 29 KVG</i>	37
f)	<i>Schwangerschaftsabbruch, Art. 30 KVG</i>	38
IV.	Situation im benachbarten Ausland	42
1.	Internationales Recht	42
2.	Deutschland	42
3.	Frankreich	43
4.	Österreich.....	44
5.	Liechtenstein	45
6.	Italien.....	45
V.	Verfahrensdifferenz	47
VI.	Zusammenfassung	51
VII.	Literaturliste	56

Das folgende Gutachten wird erstellt im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit (BAG). Die Gutachtenfrage lautet:

Gibt es aus Rechtsprinzipien ein Recht der obligatorisch Versicherten gegenüber ihrer Krankenkasse auf Zahlung von Leistungen für die Fortpflanzungsmedizin?

Zum Verständnis des Folgenden bedarf es einer methodischen Vorbemerkung: Die Gutachtenfrage wird hier beantwortet auf der Basis rechtstheoretischer und rechtsphilosophischer Überlegungen. Grundlage ist also nicht die *lex lata*, sondern die *lex ferenda*, deren Fundamente aus anerkannten Rechtsprinzipien gewonnen werden. Das Gutachten bemüht sich also um mögliche rechtstheoretische und rechtsphilosophische Begründungen für und gegen die derzeitige Regelung des geltenden Rechts, gibt also rechtstheoretisch und rechtsphilosophisch begründete Empfehlungen für eine Änderung oder Beibehaltung des geltenden Rechts. Da rechtstheoretische und rechtsphilosophische Prinzipien bei der Lösung einzelner Probleme nicht immer zu eindeutigen Lösungen führen, werden im Vordergrund die Strukturierung von Problemebenen und die Eröffnung von Perspektiven stehen.

Hinweise auf das geltende Recht, insbesondere die Bundesverfassung, aber auch auf die Rechtsprechung, können so nur Beispielscharakter haben – wobei allerdings der Versuch des Gesetzgebers und der Gerichte, ihrerseits von grundlegenden Rechtsprinzipien auszugehen, in Rechnung zu stellen ist. Soweit es für die Entfaltung und die Konkretisierung solcher Grundlagen sinnvoll erscheint, wird deshalb das geltende Recht in die Untersuchung mit einbezogen.

Für viele weiterführende Hinweise und intensive Gespräche danke ich Herrn Dr. iur. et dipl. biol. Matthias Till Bürgin CAS Ev. Unibe.

I. Ausgangslage

Nach geltendem Recht der Schweiz ist die Ausgangslage so, dass unter den fortpflanzungsmedizinischen Massnahmen lediglich das künstliche Einbringen des Samens in die Gebärmutter (Intrauterininsmination) von der obligatorischen Krankenkasse finanziert wird. Derzeit also kennt das Krankenversicherungsrecht unter den Inseminationen nur die intrauterine Insemination als Pflichtleistung, allerdings auch dies nur im Umfang eines Ersatzes der Kosten von drei Behandlungszyklen pro Schwangerschaft.¹ Nicht durch die obligatorische Krankenversicherung finanziert werden dagegen die intratubare Insemination und alle Arten der In-vitro-Fertilisation (IVF) einschliesslich der intrazytoplasmatischen Spermieninjektion (ICSI) und der Präimplantationsdiagnostik (PID). Der Vollständigkeit halber sei zudem erwähnt, dass im Unterschied zur PID die Pränataldiagnostik (PND) von der obligatorischen Krankenversicherung finanziert wird. Bei ihr handelt es sich aber um eine Untersuchung am Embryo oder Fötus in vivo zu einem späteren Zeitpunkt.

Ob diese Finanzierungs-Regelung mit guten Gründen aufrecht erhalten werden sollte oder ob gute Gründe eher für eine Änderung in die eine oder andere Richtung sprechen, wird hier genauer zu untersuchen sein. Bereits der Blick über die Grenzen hinaus auf die fünf Nachbarstaaten der Schweiz (unten IV) macht deutlich, dass allein schon im kontinentaleuropäischen Rechtskreis ganz unterschiedliche Regelungen der Materie denkbar und offensichtlich auch praxistauglich sind.

¹ Verordnung des EDI über Leistungen in der Krankenversicherung, KLV, SR 832.112.31, Anhang 1, im Fall der Fortpflanzungsmedizin Kap. 3, Gynäkologie, Geburtshilfe.

II. Begründung von Leistungsrechten

1. Abwehr-, Zugangs- und Leistungsrechte

Zunächst geht es um die Ausgangsfrage: Welche Rechte haben Individuen auf *Leistungen* ihrer obligatorischen Krankenversicherung bezüglich der Fortpflanzungsmedizin, wenn ihnen insoweit *Abwehr- und Zugangsrechte* zukommen?

In den folgenden Überlegungen wird im Hinblick auf die Fortpflanzung unterschieden zwischen (a) Abwehrrechten, also Freiheitsrechten gegenüber hindernden Verboten oder verpflichtenden Geboten, (b) Zugangsrechten zur Beteiligung an bestimmten Angeboten und (c) Leistungsrechten mit einem Anspruch auf die Erbringung von Leistungen (Sachleistungen oder finanziellen Leistungen). Ein anderes Beispiel für ein Abwehrrecht wäre das Recht, vom Staat grundsätzlich nicht in seinem Eigentum verletzt zu werden. Beispiel für ein Zugangsrecht wäre die Erlaubnis, zum Schutz vor Eigentumsverletzungen Sicherheitspersonal anstellen oder die Polizei rufen zu dürfen. Beispiel für ein Leistungsrecht wäre das Recht auf Finanzierung dieses Sicherheitspersonals oder der Polizei.

a) Abwehrrechte

Die „Fortpflanzungsfreiheit“ (dazu insbesondere Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 Abs. 1 EMRK)² ist ursprünglich ein (negatives) Abwehr- oder Freiheitsrecht, das aus dem Recht auf persönliche Freiheit und dem Recht auf Schutz des Privatlebens erwächst und den Staat daran hindert, für das Ob und das Wie der Fortpflanzung Gebote oder Verbote zu erlassen.³ Jedes Paar

² Zum Recht auf Fortpflanzung auch in Art. 12 EMRK vgl. Philip Czech, Fortpflanzungsfreiheit. Das Recht auf selbstbestimmte Reproduktion in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Wien 2015, S. 20f.

³ Dazu Bernhard Rüttsche, Eugenik und Verfassung. Regulierung eugenischer Wünsche von Eltern im freiheitlichen Rechtsstaat, ZBl 2010, S. 297-327, 312. Ausführlich dazu Kurt Seelmann, Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) über „Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle“, 30.05.2018, abrufbar unter <https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/biomed/fortpflanzungsmedizin/gutachten-fortpflanzungsmedizin-f%C3%BCr-alle.pdf.download.pdf/gutachten-fortpflanzungsmedizin-f%C3%BCr-alle.pdf>

soll selbst und ohne Zwang entscheiden können, ob und ggf. wann und unter welchen Bedingungen es sich fortpflanzen will oder nicht.

b) Zugangsrechte

Aus solchen Abwehrrechten können unter bestimmten Umständen Zugangsrechte erwachsen. Von der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁴ ist aus dem genannten ursprünglichen Abwehrrecht der Fortpflanzungsfreiheit für spezielle Fälle ein darüber hinausgehendes Zugangsrecht zur Fortpflanzungsmedizin entwickelt worden. Ein solches Zugangsrecht besteht danach für den Fall, dass eine Unfruchtbarkeit nicht anders behebbar ist oder dass jemand die Gefahr der Vererbung einer schweren Krankheit in sich trägt. Dann könne er oder sie im Fall der Unfruchtbarkeit nur mittels Fortpflanzungsmedizin überhaupt Kinder bekommen. Im Fall einer schweren vererblichen Krankheit könne er oder sie ebenso nur mittels Fortpflanzungsmedizin Kinder bekommen, ohne sich Sorge um die Vererbung dieser Krankheit machen zu müssen. Ohne den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin sei in solchen Fällen den Eltern die Erfüllung des Kinderwunsches nicht möglich bzw. nicht zumutbar. Könnten sie somit von ihrer Fortpflanzungsfreiheit ohne die Fortpflanzungsmedizin überhaupt keinen Gebrauch machen, so ergebe sich aus dem Abwehrrecht der Fortpflanzungsfreiheit als solchem auch ein Zugangsrecht zur Fortpflanzungsmedizin, da andernfalls das Abwehrrecht leerlaufen würde. Dieser Gedanke ist in sich schlüssig und bedarf keiner weiteren Begründung.

Entgegen der bisherigen gesetzlichen Regelung im FMedG wäre es in der Konsequenz der bundesgerichtlichen Entscheidung sogar begründbar, dass dieses Zugangsrecht auch für gleichgeschlechtliche Paare und Alleinstehende gilt - evtl. auch für ältere Paare, insbesondere dies letztere aber in den Grenzen des Kindeswohls. Auf diese Varianten der Ausweitung des Zugangsrechts über den bisher berechtigten Personenkreis hinaus braucht hier aber nicht näher eingegangen zu werden, da sie bereits Gegenstand

⁴ Vgl. insbes. BGE 115 Ia 234 und 119 Ia 460.

eines vorausgehenden Gutachtens „Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?“ sind und dort ausführlich behandelt werden.⁵

c) Leistungsrechte

Bisher ungeklärt und auch im oben genannten Gutachten „Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?“ nur kurz angesprochen ist allerdings die darüber hinaus gehende Frage nach guten Gründen für *Leistungsrechte* auf Kostentragung für die Fortpflanzungsmedizin. Müsste das Argument des Bundesgerichts, dass Abwehrrechte auch Zugangsrechte zur notwendigen Folge haben können, nicht daraufhin ausgedehnt werden können, dass diese Folgewirkung der Abwehrrechte auch für Leistungsrechte gilt? Müsste also zur Bewahrung der Freiheit und zur faktischen Gleichstellung von Unfruchtbaren oder mit einer schweren erblichen Krankheit Belasteten mit anderen Personen auch ein Leistungsrecht auf eine *Finanzierung* der Fortpflanzungsmedizin durch die obligatorische Krankenversicherung bestehen? Wäre es nicht nahe liegend, dass jemand, der für eigene Kinder der Fortpflanzungsmedizin bedarf, aber nicht die Mittel für eine fortpflanzungsmedizinische Behandlung hat, sich dennoch ein Kind sollte „leisten können“?

2. Versicherungsrechte als staatliche Leistungsrechte?

Zur Beantwortung der Frage nach einem Leistungsrecht im Sinne von 1 c ist zunächst näher zu klären: Gelten bei der obligatorischen Krankenversicherung dieselben Regeln zur Leistungsbegründung wie bei (anderen) staatlichen Leistungen?

Sind Leistungen von Pflichtversicherungen überhaupt staatliche Leistungen? Hier ist zu klären, inwieweit die durch einen staatlich verordneten Katalog vorgeschriebenen Leistungen einer vom Staat für obligatorisch erklärten Krankenkasse in den Voraussetzungen (anderen) staatlichen Leistungen, wie etwa dem Schulunterricht oder der Haltung einer Polizei, gleichstehen. Zwei mögliche Gründe für eine solche Gleichstellung sind besonders zu berücksichtigen:

⁵ Vgl. das oben Fn. 3 angeführte Gutachten.

a) Der obligatorische Charakter der Krankenkasse

Durch Gesetz ist es grundsätzlich allen Bewohnerinnen und Bewohner der Schweiz vorgeschrieben, eine Grundversicherung mit einer der in der Schweiz tätigen Krankenkassen abzuschliessen (Art. 3 Abs. 1 KVG, SR 832.10). Offenbar gibt es ein staatliches Interesse an einer lückenlosen Verpflichtung zur Krankenversicherung für alle in der Schweiz lebenden Personen und dieses Interesse wird auch mit Rechtszwang durchgesetzt. Vom typischen Erscheinungsbild eines Versicherungsvertrages zwischen Versicherten und Versicherer unterscheidet sich so die obligatorische Krankenkasse grundlegend durch das Zwangselement. Diesem stehen weitere staatliche Eingriffe zur Seite: u.a. die Durchsetzung der Pflicht zu einem Risikoausgleich zwischen den Versicherungen (Art 16ff.) und zu einer gemeinsamen Einrichtung der Krankenkassen (Art. 18ff.).

b) Der Leistungskatalog auf dem Verordnungsweg

Die Leistungen, die durch diese Krankenkassen zu erbringen sind, werden ebenfalls durch den Staat festgelegt, und zwar in der Verordnung des EDI über Leistungen in der Krankenversicherung, KLV, SR 832,112,31, Anhang 1, im Fall der Fortpflanzungsmedizin Kap. 3, Gynäkologie, Geburtshilfe. Auch hier also besteht offenkundig ein staatliches Interesse an einer Aufteilung von Pflichten zwischen Versicherungen und Versicherten und auch dieses Interesse wird mit Rechtszwang durchgesetzt. Ebenfalls staatlich festgelegt werden die Leistungserbringer und die Voraussetzungen zur Zulassung als Leistungserbringer (Art. 35ff. KVG). Zudem regelt das Gesetz die Finanzierung einschliesslich der Prämien Differenzen, einer Franchise und einer Kostenbeteiligung (Art. 60ff. KVG).

Offenbar geht der Staat also davon aus, dass die Krankenversicherungen nicht nur einer staatlichen Rechtsaufsicht unterstehen sollten, sondern auch unter staatlichem Schutz staatliche Aufgaben erfüllen (Grundsicherung gegen Krankheitskosten und Kosten in krankheitsähnlichen Situationen) und dass folglich der Staat mit dem Leistungskatalog direkt in das ja eigentlich typischerweise privatrechtliche Versicherungsverhältnis eingreift. Staatliche Aufgabenstellungen und Befugnisse dominieren also so stark die

Ausgestaltung der obligatorischen Krankenversicherung, dass bei deren Leistungen materiell von staatlichen Leistungen die Rede sein muss. Die formelle Ausgestaltung als substaatliche Solidargemeinschaft vermag daran nichts zu ändern.

3. Begründung von Leistungsrechten gegenüber dem Staat

Falls Krankenkassenleistungen direkten staatlichen Leistungen prinzipiell gleichstehen, womit könnten dann generell und insbesondere bei der Fortpflanzungsmedizin Leistungsrechte begründet werden?

Leistungsrechte gegenüber dem Staat können „originär“ oder „derivativ“ sein. In ersterem Fall wird eigens für die jeweilige Leistung ein Anspruch geschaffen – was selten der Fall ist –, in letzterem Fall knüpft das jeweilige Leistungsrecht aus Konsistenzgründen an ein bereits bestehendes Leistungsrecht oder das bestehende Faktum einer Leistung an und hat keine selbständige Anspruchsgrundlage.⁶ Leistungsrechte entstehen also einerseits aus einzelnen Normen wie beispielsweise den Art. 12 BV (Recht auf Hilfe in Notlagen), 19 BV (Anspruch auf Grundschulunterricht) und 29 Abs. 3 BV (Recht auf unentgeltliche Rechtspflege). Andererseits lassen sich „(d)aneben [...] in bestimmten Situationen Leistungsansprüche auch aus Grundrechten ableiten, bei denen im Normalfall der Abwehranspruch im Vordergrund steht“⁷, wie etwa aus den Freiheitsrechten der Art. 10 BV (Recht auf Leben und persönliche Freiheit) oder 13 BV (Recht auf Ehe und Familie).

a) Hilfspflicht in Notlagen (Art. 12 BV) als Grundlage einer originären Leistungspflicht?

Beginnt man mit den originären Leistungsrechten, so liesse sich eine Hilfspflicht in einer Notlage im Sinne des Art. 12 BV denjenigen gegenüber erwägen, die selbst nicht die finanziellen Mittel zur Inanspruchnahme der Fortpflanzungsmedizin haben. Fraglich aber ist, ob in dieser Vorschrift des Art. 12 BV und ihrem Grundgedanken mit Notlagen auch solche Situationen des

⁶ Mathias Kuhn, *Recht auf Kinder?* Zürich/St. Gallen 2008, 124f.

⁷ Giovanni Biaggini/Thomas Gächter /Regina Kiener, *Staatsrecht*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, S. 448, Rn. 45.

nicht erfüllten Kinderwunsches gemeint sein können⁸ oder ob eine Notlage enger zu definieren ist. Sind hier (nur) „elementarste menschliche Entfaltungsmöglichkeiten“⁹ betroffen? Geht es um ein „menschenwürdiges Dasein“, die Verhinderung einer Bettelexistenz¹⁰, die Sicherung der Existenz¹¹, um verschiedene Definitionsvorschläge für „Notlage“ aufzugreifen?

Gewöhnlich wird in der Debatte tatsächlich im Grundsatz auch die „medizinische Grundversorgung“ zu den Leistungen gerechnet, auf die in Notlagen ein Anspruch besteht.¹² Aber schon auf den ersten Blick würde man die Erfüllung des Kinderwunsches nicht notwendig zum Kontext solcher Notlagen im üblichen Begriffsverständnis zählen. Für Menschenwürde-relevant und existenznotwendig im Sinne der angeführten Definitionen einer Notsituation kann man also zwar den gesundheitlichen Bereich als solchen noch rechnen. Dies gilt aber wohl eher nur für Notsituationen, welche die eigene Gesundheit oder die Gesundheit Nahestehender betreffen.

Dem könnte allerdings entgegenstehen, dass die Fortpflanzungsmedizin vom Bundesgericht auf einer ganz entsprechenden sprachlichen Ebene wie die unbestrittenen „Notlagen“ des Art. 12 BV thematisiert wird. Das Bundesgericht geht nämlich davon aus, „dass der Wunsch nach Kindern eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung darstellt“¹³. Kinder zu haben und aufzuziehen bedeute „für viele Menschen eine zentrale Sinnggebung ihres Lebens“ – so fährt das Bundesgericht fort. Auch der Kinderwunsch ist danach also „elementar“ und fügt sich so jedenfalls grundsätzlich in das Voraussetzungs-Schema einer verfassungsrechtlich geforderten Hilfe in Notlagen ein.

Neben dieser Elementarität des Kinderwunsches könnte weiter für die Einordnung von dessen Nichterfüllung unter die Notlagen der Umstand

⁸ Zu möglichen Argumenten Kuhn (o. Fn. 6), S. 137.

⁹ Kuhn (o. Fn. 6), S. 135.

¹⁰ Dazu Jörg-Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 763.

¹¹ Müller/Schefer (o. Fn. 10), S. 764.

¹² Thomas Gächter/Gregori Werder, Kommentierung zu Art. 12 BV, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015, Art. 12, Rn. 34; Müller/Schefer (o. Fn. 10), S. 763.

¹³ BGE 119 Ia 460, 475, E. 5a.

sprechen, dass Personen, die ihre Krankenkassenprämien nicht selbst bezahlen können, wie beispielsweise die Empfangenden von Hilfe in Notlagen selbst, gleichwohl obligatorisch krankenversichert sind und die Prämien von der öffentlichen Hand finanziert bekommen und dass die Krankenversicherung, wie zu Beginn gezeigt, auch bisher schon für die intrauterine Insemination finanzielle Leistungen entrichtet.¹⁴ Es ist also offenbar gewollt, dass jemand, der sich aus anderen Gründen in einer Notlage befindet, auch auf die heute gesetzlich vorgesehenen Therapien der Fortpflanzungsmedizin einen Anspruch hat.

Aber selbst wenn sich in der aufgezeigten Weise Gründe für einen Notlagen-Anspruch auf Fortpflanzungsmedizin vertretbar angeben liessen, spricht doch folgende Überlegung i. Erg. gegen das Verständnis der Kinderlosigkeit als Notlage: Wenn das Bundesgericht den Kinderwunsch für „elementar“ erklärt, so meint es damit etwas anderes als eine elementare Notlage im Sinn des Art. 12 BV. In der Notlage geht es um das Überleben, beim Kinderwunsch um ein Element der Lebensplanung, um „Persönlichkeitsentfaltung“ und „Sinnggebung“. Auch Letzteres ist im individuellen Leben von höchster Bedeutung, und dennoch würden wir wohl in aller Regel nicht sagen, jemand mit Schwierigkeiten bei der „Persönlichkeitsentfaltung“ und der „Sinnggebung“ befinde sich im juristischen Sinn in einer „Notlage“.

Auch hat der historische Gesetzgeber (in diesem Fall: der historische Verfassungsgeber) offenbar nicht an diese Möglichkeit einer Notlage durch nicht erfüllten Kinderwunsch gedacht und auch heute finden sich keine Stellungnahmen zu Art. 12 BV, welche die Nichterfüllung des Kinderwunsches unter eine Leistungsrechte generierende Notlage subsumieren würden.¹⁵ Offenbar wird der Wunsch nach Kindern dann doch nicht im selben Mass für elementar gehalten wie die Sorge für das gesundheitliche Wohl von tatsächlich geborenen Kindern.

¹⁴ Gächter/Werder (o. Fn. 12), Art. 12, Rn. 34.

¹⁵ „Medizinische Grundversorgung“ wird von Art. 12 BV erfasst, vgl. Gächter/Werder (o. Fn. 12), Art. 12 BV, Rdn. 25. Nicht die Rede ist hierbei von der Fortpflanzungsmedizin.

b) Gleichbehandlungspflicht (des Monopolisten) als derivative
Leistungspflicht?

Neben diesen im Ergebnis nicht einschlägigen „originären Leistungsrechten“, in denen eine Leistungspflicht ausdrücklich statuiert sein müsste (wie oben a), ist aber in Bezug auf fortpflanzungsmedizinische Behandlungen auch an „derivative Leistungspflichten“ zu denken. Diese können in zwei verschiedenen Typen entstehen (hier b und unten c). Beim ersten Typus müssen drei Voraussetzungen bestehen: Es müssen zum einen von den Leistungserbringenden bereits Leistungen einer bestimmten Art angeboten werden und es muss zum anderen das Gleichbehandlungsgebot anwendbar sein, d.h. es darf keine guten Gründe für eine Verschiedenbehandlung geben. Zudem besteht für jene, welche die Leistung benötigen, nur dann ein Bedarf, wenn er oder sie die Leistung nicht auch von einem Dritten erhalten kann, wenn der Leistungserbringende also ein Monopol inne hat. Bietet der Staat, sei es auch in Gestalt einer obligatorischen Krankenversicherung, Leistungen einer bestimmten Art als Monopolist¹⁶ prinzipiell an und finanziert sie, so könnte sich aus dem Gleichbehandlungsgebot ergeben, dass er auch in vergleichbaren anderen Fällen diese Leistungen ebenfalls anbieten und finanzieren muss. In diesem Fall bestünde deshalb eine derivative Leistungspflicht.¹⁷ Der Fall eines staatlichen Monopols auf Einrichtungen der Fortpflanzungsmedizin besteht aber in der Schweiz nicht und es liegt auch nicht die Situation vor, dass unter den Personen, die Zugang zur Fortpflanzungsmedizin haben, nur ein Teil die Leistungen finanziert bekommt. Somit braucht ein solcher Typ einer derivativen Leistungspflicht des Monopolisten hier nicht genauer geprüft zu werden.

c) Wirksamkeitspflicht bei Abwehrrechten als weitere derivative
Leistungspflicht?

Es könnte aber ein anderes derivatives Leistungsrecht in Betracht kommen. Falls sich ein *Abwehrrecht* für bestimmte Personen nur *durchsetzen* lässt, wenn der Staat eine *Leistung* erbringt, so könnte auch direkt daraus ein Argument für ein entsprechendes Recht auf die staatliche Leistung entstehen.

¹⁶ Dazu Kuhn (o. Fn. 6), S. 127; Seelmann (o. Fn. 3), S. 39f.

¹⁷ Kuhn (o. Fn. 6), S. 124f.

Auch hier läge die Struktur eines derivativen Leistungsrechts vor.¹⁸ Man würde dann von der Geltung eines Rechts auf die Notwendigkeit von dessen praktischer Durchsetzung schliessen.

Das Bundesgericht scheint diesen Schluss vom Abwehrrecht auf ein Leistungsrecht jedoch nicht in jedem Fall nachzuvollziehen. Es folgt nämlich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts aus dem Abwehrrecht der Fortpflanzungsfreiheit nicht ein Leistungsrecht auf Vornahme einer bestimmten fortpflanzungsmedizinischen Massnahme, beispielsweise der In-vitro-Fertilisation (IVF).¹⁹ Auch in der Lehre wird der Schluss vom Freiheitsrecht auf ein Leistungsrecht mitunter bezweifelt.²⁰

Andererseits finden sich jedoch auch solche Ausführungen beim Bundesgericht, die eher die Möglichkeit eines Schlusses von Abwehrrechten auf Leistungsrechte befürworten.²¹ Das Bundesgericht deutet nämlich in einem Fall an, dass ein ablehnender Bescheid der Krankenkasse eine *besonders schwierige finanzielle Lage* schaffen könne und dann die Grundrechte angerufen werden könnten – wenn die Frau ausschliesslich wegen der Kosten sonst auf die fortpflanzungsmedizinische Massnahme hätte verzichten müssen.²²

Ebenso wird in der Literatur dieser Gedanke aufgegriffen: Ausnahmen von der Nicht-Ableitbarkeit des Leistungsrechts aus dem Abwehrrecht könnten sich ergeben, „wenn einem Patienten der Zugang zu einer medizinisch indizierten Behandlung faktisch verwehrt wird, weil die Behandlung aus wirtschaftlichen

¹⁸ Kuhn (o. Fn. 6), S. 127-130.

¹⁹ Vgl. die Entscheidung des EVG im Urteil K 107/03 vom 2. März 2005, E 5.

²⁰ Andrea Büchler, Reproductive Autonomie und Selbstbestimmung. Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens, Basel 2017, S. 15f.; auch Bernhard Rüttsche, Rechtsstaatliche Grenzen von Rationierung im Gesundheitswesen, in: Ueli Kieser/Agnes Leu (Hrsg.), 5. St. Galler Gesundheits- und Pflegerechtstagung: Referate der Tagung vom 31. August 2017, Zürich 2018, S. 109ff., 121.

²¹ BGE 113 V 22, 31 (Schluss von der Niederlassungsfreiheit auf Leistungsrechte bzgl. Transport) und BGE 118 V 206, 211 (Schluss von Recht auf Privat- und Familienleben auf Leistungsrechte bzgl. Reisekosten zum Besuch des Kindes im Spital).

²² BGer Urteil 9C_835/2011 vom 1. Oktober 2012, E. 7.5: „[...] et qu’elle aurait dû pour ce seul motif renoncer aux traitements.“

Gründen von der OKP nicht übernommen wird und der Patient die Kosten der Behandlung nicht tragen kann.“²³

Kein klarer Meinungsstand findet sich auch beim Schluss vom *Zugangsrecht* auf das Leistungsrecht: Denn auch aus dem Zugang zur Fortpflanzungsmedizin nach dem FMedG folge, so das Bundesgericht, kein Leistungsrecht, weil das FMedG andere Zielsetzungen verfolge²⁴ – gemeint ist: das FMedG soll mit Rahmenbedingungen für die Fortpflanzungsmedizin andere Aufgaben verfolgen (Sicherung der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie) als die die versicherungsrechtlichen Leistungen regelnde KVG.

Eine einheitliche Meinung zu derivativen Leistungsrechten besteht also im Bereich der Fortpflanzungsmedizin nicht. Selbst das Bundesgericht befürwortet sie teils und weist sie teils ab. Auch versucht es sich in Kompromissen: Nicht nur Eingriffs-, sondern auch Leistungshandeln des Staates könne durchaus grundrechtsrelevant sein. Zwar bestünden meist keine direkten Leistungsansprüche, aber bei der Auslegung von Leistungsnormen und bei Ermessensausübung sei den Grundrechten Rechnung zu tragen.²⁵ Die Angelegenheit erfordert also noch eine nähere Betrachtung der rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Grundlagen des Zusammenhanges von freiheitsbezogenen Abwehrrechten und Leistungsrechten.

4. Begründung des Wirksamkeitserfordernisses

Dazu bedarf es zunächst noch einer Vertiefung von Punkt 3c: Nach welchen Rechtsprinzipien ergeben sich aus Abwehrrechten unter Berücksichtigung des Wirksamkeitserfordernisses Leistungsrechte?

- a) Gibt es ein eigenständiges (nicht aus Freiheit oder Gleichheit zu deduzierendes) Wirksamkeitsprinzip?

Es geht hier zunächst um die Frage, ob es ein Wirksamkeitsprinzip dergestalt gibt, dass der Staat verpflichtet ist, nicht nur bestimmte Rechte als solche,

²³ Rütscbe (o. Fn. 20), S. 121.

²⁴ BGer Urteil K 117/02, E 4; K 107/03, E. 5.

²⁵ BGE 113 V 22, E 4d.

einschliesslich ihrer Einklagbarkeit, einzuräumen, sondern darüber hinaus auch die Wirksamkeit dieser Rechte zu garantieren. Spricht man hier von Wirksamkeitsprinzip, so ist also die Wirksamkeit von Rechten, nicht die Wirksamkeit von medizinischen Massnahmen wie Medikamenten oder Operationen nach dem w/z/w-Schema (für Wirksamkeit /Zweckmässigkeit /Wirtschaftlichkeit) gemeint.

Es ist also zu klären, ob der Staat die weitere aus einem Abwehrrecht abgeleitete Pflicht hat, die jeweils normativ eingeräumten Rechte auch praktisch wirksam werden zu lassen. Ein zur Fortpflanzungsmedizin paralleles Problem besteht hier etwa auch bei der Gleichberechtigung von Mann und Frau oder bei Massnahmen zugunsten von behinderten Menschen²⁶: reicht dort jeweils das verfassungsrechtliche Bekenntnis des Staates aus? Oder was muss an staatlichen Anstrengungen noch weiter hinzukommen? Muss, zusammengefasst, wer Geltung schafft, auch Wirksamkeit durchsetzen? Oder gibt es nur so etwas wie eine zivilgesellschaftliche Zuständigkeit für die Wirksamkeit staatlich geschaffener Geltung?

Die Bundesverfassung geht auf diese letztlich staatsphilosophische Frage sogar ein und statuiert auf der Basis moderner Staatsleitungs- und Verwaltungsprinzipien ein solches Wirksamkeitsprinzip für Gesetze in Art. 170 BV. Dort heisst es: „Die Bundesversammlung sorgt dafür, dass die Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden“. Diese Aussage wird so verstanden, dass die durch demokratische Verfahren und durch Rechtsstaatlichkeit geschaffene Legitimation ergänzt werde durch eine weitere Legitimation aufgrund der staatlichen Leistungen und Wirkungen, dass also zur „Input-Legitimation“ eine „Output-Legitimation“²⁷ hinzukommen solle. Aus dieser Sichtweise kann man schliessen, dass ein unwirksames Gesetz also ein Legitimationsdefizit aufweist.

²⁶ Die Leopoldina – Nationale Akademie der Wissenschaften, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemässe Gesetzgebung, Halle (Saale) 2019, S. 100f. plädiert für die Erstattung der Kosten einer fortpflanzungsmedizinischen Behandlung für Personen mit Behinderung, wozu auch Unfruchtbarkeit gerechnet wird.

²⁷ Andreas Lienhard/Fabienne Marti Locher, Kommentierung zu Art. 170 BV, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney, Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015, Art. 170, Rn. 5; Giovanni Biaggini, BV, Kommentar, 2. Aufl., Bern 2017, Art. 170, Rn. 1, der von einer „weltweite(n) Novität“ spricht.

Diese Wirkungsorientierung soll nach einer Meinung in der Literatur Bestandteil des „Leistungsstaatsprinzips“ sein.²⁸ Im Vordergrund steht beim Wirksamkeitsprinzip für unsere Problematik eines Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin die Effektivität, d.h. die tatsächliche Anwendung von fortpflanzungsmedizinischen Massnahmen. Diese Effektivität gehört neben und zusammen mit der Wirksamkeit im engeren Sinn (dem Zielerreichungsgrad) und der Effizienz (der Kosten/Nutzen-Abwägung) zum Wirksamkeitsprinzip im weiteren Sinn. Die hier allein interessierende Wirksamkeit im Sinne der Effektivität erfasst also die tatsächliche Anwendung des geltenden Rechts. Dass dem Recht nicht nur Geltung, sondern auch Wirksamkeit zukommen soll, ist danach Teil des Fundaments seiner Legitimation. Dieses Effektivitätsprinzip besteht aus den genannten Legitimationsgründen bereits unabhängig von den noch zu erörternden Orientierungen an Freiheit und Gleichheit.

Zu weit führen würde nun allerdings der Schluss, dass allein aus der Notwendigkeit einer Wirksamkeit von Gesetzen auch schon die Herleitung eines Leistungsrechts aus einem Abwehrrecht folge. Die Aufgabe des Wirksamkeitsprinzips ist im ersten Schritt bescheidener: Ein Abwehrrecht ist nämlich bereits dann in einem *unmittelbaren* Sinn wirksam, wenn die Abwehr gelingt. Das heisst im Fall des Abwehrrechts der Fortpflanzungsfreiheit: Das Recht ist wirksam, wenn niemand *unmittelbar* vom Staat gezwungen oder daran gehindert wird, sich fortzupflanzen. Wirksamkeit ist also schon dann unmittelbar gegeben, wenn die Abwehr aus dem Abwehrrecht funktioniert.

Allerdings sollte sich in einem zweiten Schritt auch die Notwendigkeit einer *mittelbaren* Wirksamkeit aus dem zum Wirksamkeitsprinzip Gesagten ergeben. Ein Recht, das nicht auch eine *mittelbare* Wirksamkeit hat, würden wir nicht als wirksam bezeichnen. Zum Beispiel: Ein Recht auf Ehe ist unmittelbar schon gewährleistet durch die Ermöglichung der Eheschliessung – das wäre die unmittelbare Wirksamkeit. Und doch würden wir dieses Recht erst für wirklich wirksam halten, wenn die mittelbare Wirksamkeit hinzuträte, wenn also etwa die Wahrung der Intimsphäre und der für das Zusammenleben

²⁸ Lienhard/Marti Locher (o. Fn. 27), Art. 170, Rn. 5.

erforderlichen wirtschaftlichen Existenz ermöglicht würde. Bloss mittelbar Bewirktes wird, allerdings nur in einem geringeren Mass, vom Wirksamkeitsprinzip erfasst. Die Notwendigkeit auch einer mittelbaren Bewirkung begründet noch nicht endgültig die Richtigkeit des Schlusses vom Abwehrrecht auf das Leistungsrecht, aber sie indiziert diesen Schluss. Ein Indiz zumindest dürfte das Wirksamkeitsprinzip für den Schluss vom Abwehrrecht auf das Leistungsrecht doch bieten. Dieses Indiz muss allerdings noch erhärtet werden durch die Qualität der inhaltlichen Gründe für den Schluss vom Abwehrrecht auf das Leistungsrecht. Für die inhaltlichen Gründe der Freiheit und Gleichbehandlung wird dies im Folgenden untersucht.

b) Faktische Grundrechtsverletzung: Leistungsanspruch aus dem Freiheitsprinzip?

Ein solcher Weg zur Begründung eines Leistungsrechts aus einem Abwehrrecht könnte zunächst aus der Freiheitsorientierung des Abwehrrechts zusammen mit dem Gedanken einer „faktischen Grundrechtsverletzung“²⁹ möglich sein. Es läge in einem solchen Fall einer „faktischen Grundrechtsverletzung“ kein Grundrechtseingriff im eigentlichen Sinn, also durch autoritative staatliche Anordnung vor, sondern ein bloss mittelbarer Grundrechtseingriff, „indem die Nichtgewährung der Sozialversicherungsleistung den Grundrechtsgenuss je nach materiellen Möglichkeiten der betroffenen Person faktisch verunmöglicht oder zumindest erschwert.“³⁰ Das primär als Abwehrrecht zu verstehende Grundrecht wäre im Fall seiner Unwirksamkeit mangels Leistungskomponente dann zwar nicht direkt als subjektives Recht verletzt, wohl aber in seiner praktischen Bedeutung als ein solches subjektives Recht. Dies könnte ein normativer Hintergrund für das Wirksamkeitsprinzip sein.

Voraussetzung dafür wäre allerdings, dass das im Abwehrrecht betroffene Grundrecht als ein- und dasselbe Grundrecht auch in den praktischen

²⁹ Kuhn (o. Fn. 6), S. 129f.

³⁰ Kurt Pärli, Aktivierung von gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmenden – Auswirkungen auf soziale Rechte, in: Josef Estermann (Hrsg.), Kampf ums Recht. Akteure und Interessen im Blick der interdisziplinären Rechtsforschung, Münster 2012, S. 293ff., 306.

Auswirkungen betroffen wäre. Das ist hier zunächst einmal für die Freiheit zu untersuchen.

i) „Negative“ und „positive“ Freiheit

Der normative grundrechtliche Hintergrund lässt sich aus einem solchen Blickwinkel eines Freiheitsrechts verstehen, wenn man zeigen kann, dass aus dem „negativen“ Freiheitsbegriff der blossen Eingriffsabwehr schon um dieser Eingriffsabwehr willen auch ein Leistungsrecht entstehen muss. Dieses Leistungsrecht würde man zur „positiven Freiheit“ rechnen, also im Gegensatz zur negativen Freiheit „von etwas“ zur positiven Freiheit „zu etwas“, das heisst zur Freiheit im Sinne der Lebensgestaltung. Zwang zur Sterilisierung aus eugenischen Gründen wäre ein Verstoss gegen das Recht auf die „negative Freiheit“. Nicht zugelassen zu werden zur Fortpflanzungsmedizin, auch wenn dies aus finanziellen Gründen geschieht, wäre dagegen ein Verstoss gegen das Recht auf „positive Freiheit“.

Hier ist im Einzelnen vieles umstritten. Wirkungsgeschichtlich besonders einflussreich sind die Begriffsbestimmungen des britischen Philosophen Isaiah Berlin, der als negative Freiheit diejenige versteht, nicht von anderen Menschen beeinträchtigt zu werden, unter positiver Freiheit aber diejenige, „dass man sein eigener Herr ist“³¹, mithin Entscheidungen trifft und diese durchsetzt, also die soziale Realität gestaltet. Diese Berlinsche Differenzierung entspricht im Prinzip weitgehend derjenigen, wie sie hier im Verhältnis von Abwehrrecht auf der einen und Zugangs-/Leistungsrecht auf der anderen eingeführt wurde.

Aber folgt aus dem Recht auf „negative Freiheit“ wirklich das Recht auf „positive Freiheit“ – vorausgesetzt man gehört einem Personenkreis an, dem in einer bestimmten Hinsicht die „negative Freiheit“ ohne die „positive Freiheit“ nichts nützt? Gerade dies wird nicht einheitlich gesehen.

³¹ Isaiah Berlin, Zwei Freiheitsbegriffe, in: ders., Freiheit. Vier Versuche, Frankfurt a.M. 1995, S. 197ff., 211. Zur Geschichte der Differenzierung in „negative“ und „positive“ Freiheit vgl. Günter Stratenwerth, Freiheit und Gleichheit. Ein Kapitel Rechtsphilosophie, Bern 2007, S. 56ff.

Zum Teil wird sogar angenommen, es handele sich bei der Unterscheidung dieser beiden Freiheiten um eine „Begriffsverwirrung“, denn in Wahrheit gehe es um „zwei Seiten ein- und derselben Medaille“.³² Wer „von“ signifikanten Hindernissen frei werde, „wird eben damit frei ‚zum‘ Realisieren jener Möglichkeiten, die ihr durch sie versperrt waren, und umgekehrt“³³. Das ist zumindest rechtsphilosophisch etwas ungenau – denn einen anderen nicht an einer Tätigkeit zu hindern ist in der Regel deutlich weniger aufwendig, als ihr Unterstützung – wenn auch zum selben Zweck – zu gewähren. Gerade deshalb werden in Moral und Recht höhere Anforderungen an die Zurechnung von Unterlassungen erhoben als an diejenige von Handlungen. Eine Identität beider Freiheiten lässt sich also wohl nicht behaupten. Das Problem der Ableitung eines Leistungsrechts aus einem Abwehrrecht lässt sich also nicht durch die Behauptung der Identität beider aus der Welt schaffen.

Nicht minder problematisch erscheint die gegenteilige Auffassung, wonach „negative“ und „positive“ Freiheit nicht nur deutlich voneinander zu unterscheiden seien, sondern es sich sogar nur bei der „negativen“ Freiheit um eine Freiheit im eigentlichen Sinn handele, die „positive Freiheit“ dagegen davon so weit entfernt sei, ja gar kein Thema der Freiheit sei, sondern eher eines der Gleichheit oder Gerechtigkeit.³⁴ Insoweit werden die Folgen des Abwehrrechts (als einer „negativen Freiheit“) für jene, die sich dieser Freiheit nicht bedienen können, völlig ausgeklammert. Diese Position Berlins ist, wie der Autor in einer neueren Veröffentlichung selbst sieht, nicht durchzuhalten. In der Einleitung zu einem Sammelband mit mehreren Beiträgen von Berlin zum Thema Freiheit ist für ihn „[...] Freiheit ohne ausreichende materielle Sicherheit, ohne Gerechtigkeit und Wissen in einer Gesellschaft, der es an Gleichheit, Gerechtigkeit, gegenseitigem Vertrauen fehlt, fast nutzlos [...]“.³⁵ Denn auch für Isaiah Berlin steht „ausser Frage, dass im Rahmen einer Theorie der Freiheit die grundlegenden realen Bedingungen für die Möglichkeit, seine individuellen Freiheitsrechte zu nutzen, auf irgendeine

³² Gottfried Seebass, Das Rätsel der Freiheit. Der Freiheitsbegriff in der Praktischen Philosophie, in: Martin Laube (Hg.), Freiheit, Tübingen 2014, S. 211ff., 217.

³³ Seebass (o. Fn. 32), a.a.O.

³⁴ Berlin (o. Fn. 31), S. 197ff., 205, 240.

³⁵ Isaiah Berlin, Einleitung, in: ders., Freiheit. Vier Versuche, Frankfurt a.M. 1995, S. 57. Es gelte aber, so Berlin im unmittelbaren Anschluss, auch die umgekehrte Voraussetzung.

Weise mitbedacht sein wollen.“³⁶ Dieser Gedanke verdient hier festgehalten zu werden: Freiheit ohne die realen Bedingungen der Möglichkeit ihrer Verwirklichung wäre jedenfalls grundsätzlich nicht Freiheit.

ii) Unvermögen keine Freiheitsbeeinträchtigung?

Isaiah Berlin scheint aber auch noch in einer anderen Hinsicht einen problematischen Schluss aus dem Vorliegen einer „negativen Freiheit“ nahe zu legen: Unfreiheit herrsche nur dort, „wo man von Menschen daran gehindert wird, ein Ziel zu erreichen.“³⁷ Daraus wird dann die Folgerung gezogen: „Blosses Unvermögen, ein Ziel zu erreichen, ist nicht politische Unfreiheit.“³⁸ Das könnte für das hier zu behandelnde Thema möglicher Weise bedeuten, dass Unfruchtbarkeit als natürliche und nicht von Menschen herrührende Beeinträchtigung keine Freiheitsbeeinträchtigung wäre. Darin ist Berlin sicher zuzustimmen – von jemandem, der durch einen Felssturz am Weitergehen gehindert ist, würden wir nicht sagen, er sei seiner Freiheit beraubt. Wenn Menschen ihm den Weg verstellten, könnte dies aber eine Freiheitsverletzung sein. Entsprechend ist Unfruchtbarkeit kein Freiheitsverlust und das Abwehrrecht kann sich nicht sinnvoll „gegen die Unfruchtbarkeit“ richten. Ein Abwehrrecht kann sich nur gegen menschliche Gebote oder Verbote zum Thema Fortpflanzung wenden. Aber für den Schluss von einem Abwehrrecht auf ein Leistungsrecht muss man auch gar nicht so weit gehen, die Unfruchtbarkeit für eine Freiheitsbeeinträchtigung zu halten. Das freiheitsrelevante Verhalten, die Freiheitsbeeinträchtigung, liegt hier nicht in der Unfruchtbarkeit als einem natürlichen Phänomen, sondern in einem menschlichen Unterlassen – im Unterlassen einer Kompensation für das Nicht-Nutzenkönnen der natürlichen Befähigung.

Diese Behinderung durch ein natürliches Phänomen und die Möglichkeit einer Kompensation dieses natürlichen Phänomens ändert aber nichts daran, dass die unfruchtbare Person dem Staat gegenüber ein Abwehrrecht im Hinblick auf die Fortpflanzung hat und ihre Unfruchtbarkeit nun der Anlass ist, sich

³⁶ Hans Michael Heinig, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit: Zur Formel vom „sozialen“ Staat in Art. 20 Abs. 3 GG*, Tübingen 2008, S. 181.

³⁷ Berlin (o. Fn. 31), S. 202.

³⁸ Berlin (o. Fn. 31), S. 202.

Gedanken über den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin und zu den Kosten dieser Behandlung zu machen.

Richtig ist natürlich, dass solche Leistungen begründet werden müssen. Dass ein Abwehrrecht für bestimmte Gruppen von Menschen leer zu laufen droht, wenn man nicht eine Kompensation vorsieht, wäre aber eine solche Begründung, wie Isaiah Berlin als unverdächtigter Vertreter eines primär negativen Freiheitsbegriffs selbst zugesteht (vgl. oben am Anfang von i).

Auch das „Unvermögensargument“ erscheint also als kein hinreichendes Gegenargument gegen den Schluss vom Abwehrrecht auf das entsprechende Leistungsrecht.

iii) Elementare Freiheit und allgemeine Handlungsfreiheit

Eine Möglichkeit der direkten Widerlegung des Schlusses vom Abwehrrecht auf das Leistungsrecht kann und muss allerdings hier noch ausdrücklich überprüft werden. Es bleibt nämlich ein anderes weiter reichendes Problem des Freiheitsbegriffs in seiner Anwendung auf die Fortpflanzungsmedizin noch bestehen: Ist der Schluss von der „negativen“ Freiheit auf die Wirksamkeitserfordernisse von Freiheit möglicher Weise von vornherein nicht kompatibel damit, dass es nach h. M. in der Schweiz keinen rechtlichen Schutz der „allgemeinen Handlungsfreiheit“, sondern ausschliesslich den Schutz einer „elementaren Freiheit“ im Sinne des Schutzes einer elementarer Entfaltung der Persönlichkeit gibt?³⁹ Die Schweizerische Bundesverfassung garantiert nämlich, anders als z.B. Art. 2 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes, keine „allgemeine Handlungsfreiheit“, also nicht jede „noch so nebensächliche Wahl- oder Betätigungsfreiheit“⁴⁰, sondern neben körperlicher

³⁹ Rütsche (o. Fn. 3), S. 298, 313 lehnt mit dieser Begründung den Schluss vom Recht auf Familienleben in Art. 13 Abs. 1 BV/Art. 8 EMRK zum Recht auf Zugang zu eugenischen Methoden ab. Dadurch, so Rütsche, „würde ein Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit eingeführt, wo doch im Schweizerischen Verfassungsrecht ein solches gerade abgelehnt wird.“

⁴⁰ BGE 101 1a 336, 346 E. 7a.

und geistiger Unversehrtheit und Bewegungsfreiheit nur „elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung“.⁴¹

Fragen nach dem Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit stellen sich in jeder Rechtsordnung, so dass es angebracht sein mag, auch in einem Gutachten „de lege ferenda“ kurz darauf hinzuweisen. Eine praktische Bedeutung für das hier zu erstellende Gutachten hat die Kontroverse um die allgemeine Handlungsfreiheit aber entgegen dem ersten Eindruck nicht.

Denn selbst wenn man diese Zurückhaltung gegenüber Bagatellfällen von Freiheitsbeeinträchtigung für sinnvoll hält,⁴² wird man doch mit dem Bundesgericht zugestehen müssen, dass „der Wunsch nach Kindern eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung darstellt“⁴³ und gerade nicht zu den Nebensächlichkeiten gehört – auch wenn, wie oben 3 a gezeigt, der Kinderwunsch noch nicht in dem Ausmass elementar ist, dass seine Nichterfüllung eine Notlage darstellt. Eine staatliche Geburtenregelung mit entsprechenden Zwangseingriffen würde zwar eindeutig in die substantielle persönliche Freiheit eingreifen⁴⁴ und nicht nur eine allgemeine Handlungsfreiheit tangieren. „Damit (gemeint ist: mit einem Abwehrrecht, K.S.) aber lässt sich der vorliegende Fall nicht vergleichen“⁴⁵, meint das Bundesgericht im Hinblick auf den Unterschied von Abwehrrecht und Zugangsrecht – werde doch durch Zugang und Leistung nicht eine natürlich gegebene Eigenschaft, wie beim Abwehrrecht, durch einen staatlichen Eingriff eingeschränkt, sondern der Zugang zu Techniken geordnet.

Das Abwehrrecht als solches unterfällt damit unstreitig der Freiheitsgarantie und es ist nur zu fragen, ob die Ableitung eines Leistungsrechts aus diesem Abwehrrecht ein überschliessendes „allgemeines“ Handlungsrecht (für „Nebensächliches“) schüfe.

⁴¹ BGE 118 1a 427, 434 E. 4b; vgl. auch näher Axel Tschentscher. Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney, Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015, Art. 10, Rn. 32; Müller/Schefer (o. Fn. 10), S. 141.

⁴² Zweifel bei Tschentscher (o. Fn. 40), Art. 10, Rn. 32.

⁴³ BGE 115 1a 234, 246 E. 5a; 119 1a 460, 475 E. 5a.

⁴⁴ BGE 119 1a 460, 475, E. 5a.

⁴⁵ A.a.O.

Zugangs- und Finanzierungsmöglichkeiten scheinen nun zwar auf den ersten Blick von geringerer Dramatik, „nebensächlicher“ und weniger elementar zu sein als mit Zwang durchzusetzende Verbote. Das mag zwar bei prinzipieller Vergleichung von Abwehrrechten einerseits und Zugangs- und Leistungsrechten andererseits so sein. Wo aber ein und derselbe Erfolg, für dessen Eintritt die Mehrheit der Menschen nur eines Abwehrrechts bedarf, für manche Menschen nur über ein Zugangs- oder Leistungsrecht gewährleistet ist, wird dieser strukturelle Unterschied formeller Rechte für die materielle Situation bedeutungslos. Die Dramatik und elementare Bedeutung des Abwehrrechts überträgt sich dann bei unfruchtbaren und erblich schwer belasteten Personen auf das Zugangs- und Leistungsrecht, das damit auch am Schutz elementarer Freiheit partizipiert. Das Argument, in der Schweiz werde die allgemeine Handlungsfreiheit nicht verfassungsrechtlich geschützt, kann also bei der Fortpflanzungsmedizin nicht gegen die Ableitbarkeit des Leistungsrechts aus dem Abwehrrecht in Anspruch genommen werden.

c) Faktische Grundrechtsverletzung: Leistungsanspruch aus dem Gleichbehandlungsprinzip?

Ein weiterer normativer Hintergrund hinter dem Wirksamkeitsprinzip – neben der Verhinderung faktischer Grundrechtsverletzungen im Bereich der Freiheit – könnten faktische Grundrechtsverletzungen im Bereich des Gleichbehandlungsprinzips sein: Nur bei Durchsetzung des Gleichbehandlungsprinzips hängt es nicht vom ökonomischen Zufall ab, ob jemand sein Recht auf Behandlung durch die Fortpflanzungsmedizin auch wirklich innehat. Ohne Durchsetzung des Gleichbehandlungsprinzips für die Fortpflanzungsmedizin würde diese zu einer Zweiklassen-Medizin.⁴⁶

Dahinter stehen zweierlei Argumente: Es geht einerseits um ein Individualrecht auf Gleichbehandlung und andererseits um ein institutionelles Interesse an einem Medizinsystem, das gleichmässige Leistungen zur medizinischen Behandlung und zu deren Bezahlung erbringt und so in einem

⁴⁶ Esther Amstutz/Thomas Gächter, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin. Verfassungs-, gesundheits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, in: Jusletter 31. Januar 2011, Rn. 118.

elementaren Interessengebiet zur Aufrechterhaltung des sozialen Friedens beiträgt.

Wie könnte nun das Gebot der individuellen Gleichbehandlung zu einer Begründung des Wirksamkeitsprinzips beitragen? Oder mit anderen Worten: Was lässt sich aus dem Gleichbehandlungsgebot an Argumenten dafür entnehmen, dass sich aus dem Abwehrrecht der Fortpflanzungsfreiheit und dem daraus für bestimmte Personengruppen folgenden Recht auf Zugang zur Fortpflanzungsmedizin zusätzlich ein Leistungsrecht auf Finanzierung einer fortpflanzungsmedizinischen Behandlung herleiten lässt? Zur Beantwortung muss man sich die Folgen für die Gleichbehandlung vergegenwärtigen für den Fall, dass man nicht das Wirksamkeitsprinzip im Bereich der Fortpflanzungsmedizin zugrunde legen würde. Die zu vermutenden Folgen wären, dass Wohlhabende sich die Leistungen der Fortpflanzungsmedizin erkaufen und so in vielen Fällen ihren Kinderwunsch erfüllen könnten, weniger gut Gestellte aber ihren Kinderwunsch nicht oder nicht unter zumutbaren Bedingungen verwirklichen könnten. Die finanzielle Leistungsfähigkeit würde über die Erfüllung des Kinderwunsches entscheiden.

Wäre dies problematisch? Ist es nicht in vielen anderen Lebensgebieten so und wird von den meisten von uns hingenommen, dass sich der eine auf Grund der vorhandenen Ressourcen seine Wünsche in einem höheren Masse erfüllen kann als der andere?

Es scheinen zwei besondere Umstände zu sein, die uns eine finanzielle Ungleichbehandlung in gesundheitlichen Angelegenheiten schwerer erträglich machen als bei sonstigen wirtschaftlichen Ungleichheiten. Der erste besondere Umstand: Gesundheitliche Probleme, wozu hier auch Unfruchtbarkeit und schwere vererbte Krankheiten gehören, erscheinen uns einerseits in einem höheren Masse zufallsbedingt und weniger selbstverantwortet zu sein als andere Mängelsituationen. Auf den Kosten für gesundheitliche Beeinträchtigungen „sitzen zu bleiben“ halten wir folglich in einem höheren Masse für ungerecht als wir dies bei anderen Mängelsituationen tun. Und der zweite besondere Umstand: Gesundheitliche Probleme betreffen uns in ihrer Körperlichkeit weit substantieller und direkter

als Mängel in anderen Lebensbereichen, die uns weniger nahe berühren, weniger buchstäblich „unter die Haut gehen“.

Aber auch im institutionellen Bereich erscheinen uns Leistungsunterschiede durch die Medizin, eine sog. „Zweiklassenmedizin“, weniger akzeptabel als etwa die zwei Klassen in der Eisenbahn oder andere alltägliche soziale Differenzierungen. Zweiklassenmedizin scheint uns in einem weit höheren Mass das Gemeinwohl zu beeinträchtigen: Einer Gesellschaft, die medizinische Leistungen über die Kosten ungleich verteilt und über ihren Preis allein den Markt entscheiden lässt, würden wir die „Sozialstaatlichkeit“ absprechen.

Aus dem individuellen und institutionellen Gleichbehandlungsprinzip lassen sich, so das Zwischenresultat, nach diesen Überlegungen also ebenso gewichtige Gründe für eine Herleitung von Leistungsrechten aus Abwehrrechten finden wie aus dem Freiheitsprinzip. Auch dies aber gilt zunächst nur grundsätzlich und es muss noch geprüft werden, ob für bestimmte Themenbereiche dem gewonnenen Zwischenergebnis gewichtige Einschränkungen entgegenzuhalten sind.

III. Beschränkungsgründe für Leistungsrechte

Bisher wurde nach möglichen Herleitungszusammenhängen zwischen der Fortpflanzungsfreiheit als einem Abwehrrecht und dem Recht auf Finanzierung fortpflanzungsmedizinischer Massnahmen als einem Leistungsrecht gesucht. Nunmehr wird noch auf einige mögliche Gründe für eine Einschränkung von der grundsätzlich bestehenden Leistungsrechten einzugehen sein.

1. Rationierung von Leistungen: Können Leistungsrechte an mangelnden finanziellen Mitteln scheitern?

Darf für die Einschränkung von Leistungen, für deren Erbringung gute Gründe sprechen, auf unzureichende Mittel („Wir haben kein Geld dafür“) verwiesen werden? Bei dieser Frage geht es um die sogenannte Rationierung medizinischer Leistungen wegen eines Mangels an finanziellen Mitteln.⁴⁷

In Frage steht mit diesem Problem der Rationierung in der Medizin u.a. die Zulässigkeit finanzieller Einsparungen durch Verminderung der an die Versicherten erbrachten Leistungen oder der dafür zu entrichtenden Zahlungen. Eine Rationierung liegt dann vor, wenn aus wirtschaftlichen Gründen jemand nicht die für ihn wirksame und zweckmässige Behandlung erhalten kann, also „wenn notwendige medizinische Leistungen zwecks Eindämmung von Gesamtkosten nicht angeboten oder vom Staat bzw. von der Sozialversicherung nicht bezahlt werden“.⁴⁸ Die „Notwendigkeit“ ist dabei aber nicht nach den Wünschen des Leistungsempfängers, sondern nach dem sog. medizinischen Standard zu bestimmen.⁴⁹ Gewünschtes aber nicht Wirksames und/oder nicht Zweckmässiges vorenthalten zu bekommen ist noch keine Rationierung.

⁴⁷ Bernhard Rütsche (Fn. 20), S. 109ff., 111ff.

⁴⁸ Überblick in Olivier Guillot, Aus dem Blickwinkel des Rechts, in: SAMW, Rationierung im Schweizer Gesundheitswesen – Einschätzung und Empfehlungen. Bericht der Arbeitsgruppe „Rationierung“ im Auftrag der Steuerungsgruppe des Projekts „Zukunft Medizin Schweiz“, 2007, S. 30-32.

⁴⁹ Entscheidend ist „das tatsächliche, gegenwärtig gegebene durchschnittliche medizinische Leistungsniveau“, Rütsche (o. Fn. 20), S. 113.

Auch zur Rationierung wird man allerdings zählen müssen, wenn eine Leistung zu einem beträchtlichen Teil nur mit einer Kostenbeteiligung der Empfangenden der Leistung abgegeben wird, der oder die Empfangende also etwa zur Hälfte die Kosten beispielsweise einer fortpflanzungsmedizinischen Therapie selbst zu tragen hat. Lösungen dieser Art sind international verbreitet und werden deshalb auch hier noch besonders zu behandeln sein (vgl. unten IV).

Solche Rationierungsfragen würden sich nur dann nicht stellen, wenn man davon ausginge, die Anzahl der von Mangelsituationen Betroffenen würde überschaubar bleiben⁵⁰ und es könne deshalb in jedem Fall jeder das seinem Bedarf Entsprechende bekommen. Letzteres ist aber evidentermassen nicht der Fall.

a) Rationierung versus Rationalisierung

Ehe aber eine Rationierung erfolgen darf, sind zunächst die Möglichkeiten einer Rationalisierung auszuschöpfen. Rationalisierung heisst, dass unter den wirksamen und zweckmässigen Massnahmen die finanziell günstigste (wirtschaftlichste) auszuwählen ist. Rationierung dagegen bedeutet, dass wirtschaftliche Überlegungen auch zur Verweigerung wirksamer und zweckmässiger Massnahmen führen können.⁵¹

Der Bericht der Expertenkommission Humangenetik und Reproduktionsmedizin vom 19. August 1988 („Amstad-Bericht“)⁵² zeigt, dass man sich eine eventuelle Notwendigkeit von Rationierung im Bereich der Fortpflanzungsmedizin damals noch prinzipiell nicht vorstellen konnte. Der Bericht hielt einfach fest: „Wenn die übrige Gesetzgebung künstliche Fortpflanzung aber künftig als Mittel zur Erfüllung des Kinderwunsches zulässt, müssen diese Verfahren, soweit sie klinisch hinlänglich erprobt sind, nach Meinung der Kommissionsmehrheit ohne Rücksicht auf die Kosten für jedermann zugänglich sein.“ Damals war es völlig üblich, schon die blosse

⁵⁰ So Kuhn (o. Fn. 6), S. 138.

⁵¹ Zur Unterscheidung von Rationierung und Rationalisierung vgl. Yvonne Padrutt/Agnes Leu, Rationalisierung oder Rationierung im Spital – Akut- und Übergangspflege, in: Ueli Kieser/Agnes Leu (Hrsg.), 5. St. Galler Gesundheits- und Pflegerechtstagung: Referate der Tagung vom 31. August 2017, Zürich 2018, S. 95ff.

⁵² BBl 1989 III 1029, 1100.

Debatte über mögliche Rationierungen nicht aufzugreifen und man ging offensichtlich davon aus, dass sich etwaige finanzielle Probleme ausschliesslich auf dem Weg der Rationalisierung und ohne jede Rationierung lösen liessen.

b) Unterscheidung nach Konkretisierungsebenen von Rationierung?

Häufig macht man bei der Legitimation einer Rationierung eine Differenzierung nach Konkretisierungsebenen: Es dürfe keine bedside-Rationierung geben, also im Spital vorhandene Mittel dürften nicht vorenthalten werden – hier gelte die Priorität der Bedürftigkeit –, wohl aber dürfte eine allgemeine institutionelle Rationierung, etwa durch „Deckelung“ des allgemeinen Gesundheitsbudgets, stattfinden).⁵³

Wie könnte diese zulässige Form der Rationierung im Fall der Fortpflanzungsmedizin aussehen? Eine allgemeine institutionelle Rationierung wird häufig unvermeidbar sein – man kann nicht die gesamten staatlichen Einnahmen dem Gesundheitswesen zukommen lassen, und selbst dann gäbe es noch Knappheit – ein Verzicht auf Rationierung auf der Makro-Ebene ist also schlicht nicht denkbar. Eine solche Rationierung ist auch alltäglich. Die obligatorische Grundversicherung deckt beispielsweise grundsätzlich nicht die Kosten für Seh- und Hörhilfen⁵⁴, obwohl normal zu sehen und zu hören zu den elementaren Bedürfnissen des Menschen gehört und auch sein soziales Leben bestimmt.

Aber selbst in der individuellen Behandlungssituation (auf der Mikroebene) scheinen Rationierungen nicht völlig ausgeschlossen. Wenn eine Leistung nicht zum Katalog der bezahlten Leistungen gehört und der Patient oder die Patientin auch nicht eine eigene Zuzahlung vornehmen kann, wird man grundsätzlich (ausser vielleicht in Notlagen) den Arzt oder die Ärztin nicht zu einer kostenfreien Behandlung für verpflichtet halten müssen: dies wäre ein Eingriff in die Berufsfreiheit und die Eigentumsgarantie.⁵⁵

⁵³ Ausführlich zu den Ebenen der Rationierung Sibylle Schürch, Rationierung in der Medizin als Straftat, Basel/Genf/München 2000, bes. S. 48ff.

⁵⁴ Im Fall der Hörhilfen tragen andere Sozialversicherungen einen Teil der Kosten.

⁵⁵ Anne Franziska Streng-Baunemann, Strafrechtliche Grenzen der Rationierung medizinischer Leistungen. Zugleich ein Beitrag zum „Dogma vom Höchstwert des

c) Kriterien der Rationierung

Die Hoffnung auf eine Vermeidbarkeit jeder Rationierung ist somit heute weitgehend geschwunden. Auch auf dem Gebiet der Fortpflanzungsmedizin wird man deshalb derlei Fragen einer Rationierung nicht übersehen dürfen. Denkt man an eine Festschreibung oder gar Ausdünnung des Leistungskatalogs, so müssten die *Kriterien* für eine Nichtaufnahme von wirksamen und zweckmässigen Leistungen in den Katalog oder eine Entfernung von wirksamen und zweckmässigen Leistungen aus dem Katalog festgelegt werden. Hierbei könnte etwa das (ohnehin auch im Zusammenhang mit dem Kindeswohl möglicherweise relevante) Alter der potentiellen Eltern eine Rolle spielen. Wie, wenn sie nach statistischer Lebenserwartung nicht einmal mehr das Jugendalter ihres Kindes erleben werden? Zwar darf nach Art. 8 Abs. 2 BV das Alter für eine Vorenthaltung von Leistungen grundsätzlich nicht ausschlaggebend sein. Dieses verfassungsrechtliche – und auch rechtsethisch naheliegende Diskriminierungsverbot kann aber durch sachliche Gründe eingeschränkt werden. Zum Beispiel: Kinder zu zeugen, mit denen man aller Voraussicht nach nur wenige Jahre gemeinsam leben wird, muss der Staat nicht finanziell fördern – er hätte einen sachlichen Grund, dies nicht zu tun.

Ebenso wie das Alter sind nach der Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 2) als Grund für eine rechtliche Differenzierung grundsätzlich verboten und damit auch als Rationierungskriterien ausdrücklich ausgeschlossen: Herkunft, Rasse, Geschlecht, Sprache, soziale Stellung, Lebensform, religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung sowie körperliche, geistige und psychische Behinderung. Auch bei diesen Kriterien müssten jeweils sachliche Gründe für die Akzeptabilität von Leistungseinschränkungen vorliegen. Allerdings wird es bei solchen nach der BV grundsätzlich diskriminierenden Kriterien auch eher selten denkbar sein, dass man im Fall der Fortpflanzungsmedizin eine vernünftige Begründung für die Anwendung als Rationierungskriterium findet. Ausgenommen sind vielleicht bestimmte Behinderungen, die ein Aufziehen von Kindern unmöglich machen.

menschlichen Lebens“ und zum „Grundsatz vom Vorrang von Personwerten vor Sachinteressen“, Berlin 2016, S. 335.

Rationierungen dürfen also nur „nicht dazu führen, dass Patienten aus unsachlichen oder diskriminierenden Gründen ungleich behandelt werden.“⁵⁶

Als in einer Mangelsituation grundsätzlich zulässige – schon in der Regel nicht diskriminierende – Differenzierungskriterien wird man dagegen ansehen müssen: die grössere Dringlichkeit bei einem anderen Patienten und die grösseren Erfolgsaussichten der Behandlung bei einer anderen Patientin, ein grosses Missverhältnis beim Kosten-Nutzen-Vergleich sowie einen Mangel an Compliance bei der Patientin.⁵⁷ In die auch rechtsethisch relevanten Kategorien, die Art. 36 Abs. 2 BV für die Einschränkung von Grundrechten voraussetzt – dass diese durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein müssen – würden die genannten Kriterien wie folgt einzuordnen sein: Die Orientierung an den Erfolgsaussichten, an der Vermeidung eines Missverhältnisses von Kosten und Nutzen und an der Compliance würde das knappe Gut der fortpflanzungsmedizinischen Behandlung am grösseren kollektiven Nutzen messen, die Orientierung an der Dringlichkeit aber an den individuellen Grundrechten und am individuellen Wohl. Soweit damit öffentliches Interesse oder Drittnutzen angesprochen ist, wird die Einschränkung des Grundrechts immer doch zugleich im Lichte dieses Grundrechts gesehen und zudem an der Menschenwürde gemessen werden müssen, damit sich das Recht nicht auf utilitaristische Erwägungen allein beschränkt.

Dabei kann an dieser Stelle offen gelassen werden, ob zwischen den zulässigen Rationierungskriterien eine begründbare Priorität bestehen kann, d.h. ob bei einem Konflikt (die vorhandenen Mittel reichen nur für eine statt der benötigten zwei Therapien aus) z.B. die besseren Erfolgsaussichten oder das bessere Kosten-Nutzen-Verhältnis den Ausschlag geben soll. In beiden Fällen läge eine Rationierung vor. Aber auch dann würde es sich um eine Rationierung handeln, wenn – bei gleicher Gewichtung der Kriterien in einer Konkurrenzlage – die Bevorzugung einer Patientin nur das Ergebnis der Berufung auf ein Wahlrecht im Rahmen einer rechtfertigenden Pflichtenkollision wäre. Wer zwei gleich wiegende Pflichten hat, die sie oder er

⁵⁶ Rütscbe (o. Fn. 20), S. 123.

⁵⁷ Streng-Baunemann (o. Fn. 55), S. 339.

nicht beide erfüllen kann, darf zwischen ihnen entscheiden, weil das Recht nichts Unmögliches (beide Pflichten zu erfüllen) fordern kann.

Fragen der Dringlichkeit und der Erfolgsaussichten können sich etwa in der Fortpflanzungsmedizin wieder aus dem Alter ergeben – insofern nämlich, als ab einem bestimmten Alter bei der Frau die Chance einer Schwangerschaft abnimmt – was auch als ein Argument für eine vorrangige Behandlung dienen könnte, sofern nur das Alter nicht so weit fortgeschritten ist, dass Kindererziehung nur noch sehr begrenzt möglich ist (s. oben am Anfang von c). Kosten-Nutzen-Erwartungen könnten auch in der Fortpflanzungsmedizin als Frage der Gerechtigkeit auftreten, wenn mit demselben finanziellen Aufwand bei anderen Paaren mehr Schwangerschaften herbeigeführt werden könnten.

Somit kann als weiteres Zwischenergebnis festgehalten werden, dass es trotz der grundsätzlichen Ableitbarkeit von fortpflanzungsmedizinischen Leistungsrechten aus entsprechenden Abwehr- und Zugangsrechten auch sachliche Gründe für eine Einschränkung dieser Leistungsrechte aus dem Gesichtspunkt notwendiger Rationierungen geben kann. Alter und bestimmte Behinderungen könnten Leistungen aus der obligatorischen Krankenversicherung entgegenstehen, desgleichen z.B. grössere Dringlichkeit bei anderen Patientinnen, zu geringe Erfolgsaussichten, ein schlechtes Kosten-Nutzen-Verhältnis oder mangelnde Compliance auf Patientinnenseite. Wie oben (vor a) schon angedeutet wurde, könnten solche Einschränkungen der Leistungsrechte auch in einer prozentualen Beteiligung der Patientinnen an den Kosten der Fortpflanzungsmedizin bestehen.

2. Präzisionsgrad von Leistungsrechten: Können Leistungsrechte an mangelnder Justiziabilität (zu geringer Präzision) scheitern?

Rechte auf staatliche Leistungen können auch daran scheitern, dass ihre Formulierung nicht präzise genug ist, dass sie sich also im Verfahren gar nicht genau bestimmen und deshalb auch nicht in ein Urteil umsetzen lassen. Dies ist ein allgemeines strukturelles Problem von Leistungsrechten im Unterschied zu Abwehrrechten.

Leistungsrechte auf Seiten des Empfangenden von Leistungen entsprechen Handlungspflichten auf Seiten des zur Leistung Verpflichteten. Rechte des Individuums auf staatliche Leistungen entsprechen also Handlungspflichten zu Leistungen beim Staat. Solche Handlungspflichten, in der Tradition „unvollkommene Pflichten“ genannt, sind strukturell wenig präzise (daher rührt ihre „Unvollkommenheit“). „Leiste das für die Herbeiführung einer Schwangerschaft Nötige“ ist schon deshalb wenig präzise, weil „das Nötige“ erst noch bestimmt werden müsste und weil auch noch festzulegen wäre, „wem“ im Konfliktfall zuerst geleistet werden soll.

Anders ist es mit Abwehrrechten, denen ein Eingriffsverbot auf Seiten des Staates entspricht, etwa dem Verbot, sich staatlicherseits in das Ob und Wie der Fortpflanzung einzumischen. Solchen in der Regel einfachen und klaren Abwehrrechten des Individuums entsprechen also auf der Seite des Staates Unterlassungspflichten, in der Tradition „vollkommene Pflichten“ genannt.⁵⁸ Deren „Vollkommenheit“ besteht in ihrer vergleichsweise grösseren Klarheit und damit einfacheren Anwendbarkeit verglichen mit den ein Leistungsrecht einräumenden Handlungspflichten. Das wurde in der rechtstheoretischen Diskussion schon lange an klassischen Beispielen diskutiert: „Hilf in Not!“ als Handlungspflicht ist unklar und provoziert sofort Fragen: Wem? Wann? Wo? Inwieweit? „Töte andere nicht“ als Unterlassungspflicht ist dagegen klar: Es gilt immer und jedem gegenüber. Ganz entsprechend ist bei der Fortpflanzungsmedizin das Verhältnis von Abwehrrechten zu den mit ihnen korrespondierenden Unterlassungspflichten auf der einen Seite und von Leistungsrechten zu den mit ihnen korrespondierenden Handlungspflichten auf der anderen Seite beschaffen.

Folglich stellt sich nicht nur das bisher debattierte Problem der Ableitbarkeit von Leistungsrechten aus Abwehrrechten, sondern unabhängig davon und zusätzlich auch noch die Frage, ob die jeweiligen Leistungsrechte als

⁵⁸ Überblick zur klassischen Pflichtenlehre und zur Unterscheidung in „vollkommene“ und „unvollkommene“ Pflichten bei Wolfgang Kersting, Das starke Gesetz der Schuldigkeit und das schwächere der Gütigkeit. Kant und die Pflichtenlehre des 18. Jahrhunderts, in: *Studia Leibnitiana* 14, 1984 ff., i. Erg. allerdings zweifelhaft, da er diese traditionelle Unterscheidung erst mit Grotius beginnen lässt.

juridische Rechte überhaupt klar genug für eine Anwendung sind, ob sie somit als „justiziabel“ gelten können.⁵⁹

Die Ausweitung von Leistungsansprüchen (Leistungsrechten) des Bürgers und der Bürgerin und Leistungspflichten (also Handlungspflichten) des Staates im Bereich der Fortpflanzungsmedizin ist nun zwar von grosser Bedeutung, weil sie dazu Anlass gibt, gerade Leistungspflichten so klar wie möglich zu fassen, um zu gewährleisten, dass man überhaupt rechtlich mit solchen Rechten arbeiten kann, das heisst, dass solche Rechte „justiziabel“ sind.

Die in diesem Gutachten in Frage stehende blosse Ausweitung von bestimmten Leistungsrechten über ihren bisherigen Anwendungsbereich hinaus würde aber am bestehenden Ausmass von Bestimmbarkeit oder Unbestimmbarkeit der Leistungserbringung nichts grundsätzlich ändern. Der Katalog mit der Beschreibung von Leistungen würde weiterhin im bisherigen Umfang einer eventuellen Unbestimmtheit entgegenwirken. Ein „Mehr“ oder „Weniger“ an Katalogleistungen macht diese Leistungen nicht mehr oder weniger bestimmbar. Dass die Umschreibung von Katalogleistungen noch der Interpretation bedarf, spielt hier kaum eine Rolle, weil im Prinzip auch Abwehrrechte interpretationsbedürftige Begriffe verwenden – wenn auch nicht selten leichter interpretierbare. Somit taugt die Unbestimmtheit von Leistungspflichten nur sehr beschränkt als Gegenargument gegen deren Ausweitung im Verhältnis zur bisherigen Situation.

3. Bedeutsamkeit des Krankheitsbegriffs

Leistungsrechte in der Fortpflanzungsmedizin könnten je nach Krankheitsdefinition auch am Fehlen einer Krankheit scheitern.

a) Krankheit und Krankheitsfolgenbehandlung

Krankheit als eine durch pathologische Vorgänge verursachte Störung ist, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, im Fall der Unfruchtbarkeit

⁵⁹ Jörg Paul Müller, Soziale Grundrechte in der Verfassung, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1981, S. 183ff., 192: „Soziale Grundrechte können sich zu justiziablen subjektiven Rechten verdichten, wenn sie [...] in der Ausführungsgesetzgebung hinreichend konkretisiert sind“; vgl. auch Kuhn (o. Fn. 6), S.123.

gegeben.⁶⁰ Unerheblich sei dabei, dass Unfruchtbarkeit – als Krankheit – selbst nicht geheilt werden könne⁶¹, denn es gebe offensichtlich auch andere Krankheiten, die nicht geheilt werden können, ohne dass sie dadurch ihren Krankheitscharakter verlören. Die Fortpflanzungsmedizin ist danach also in Fällen der Unfruchtbarkeit eine (Krankheits-)Folgenbehandlung, die sehr wohl als Reaktion auf die Krankheit vorgenommen werden kann und die deshalb auch unter das KVG fällt.⁶²

Am Krankheitscharakter der Unfruchtbarkeit könnte man allerdings trotzdem dann zweifeln, wenn man die Bestimmung von Art. 3 Abs. 1 ATSG zugrunde legt, auf die Art. 1a Abs. 2 lit. a KVG ausdrücklich für die Definition von Krankheit verweist. Danach ist nämlich eine Krankheit „jede Beeinträchtigung der [...] Gesundheit, die [...] eine medizinische Untersuchung oder Behandlung fordert“. Unfruchtbarkeit erforderte eine Untersuchung oder Behandlung, aber nur im Fall eines Kinderwunsches und nicht notwendig für sich genommen. Denn wer keine Kinder will, hat auch keine Veranlassung, sich im Hinblick auf die Sterilität untersuchen oder behandeln zu lassen. Die h. M. hält dem gegenüber die Krankheitsdefinition des Art. 3 Abs. 1 ATSG zwar für tautologisch, hofft aber, den Begriff durch medizinische Festlegungen ausfüllen zu können.⁶³

b) Kinderlosigkeit im Alter

Keine Krankheit liegt unumstritten vor, wenn die Kinderlosigkeit altersbedingt ist, weil Kinderlosigkeit im Alter zur natürlichen physiologischen Entwicklung gehört und somit nicht als pathologisch einzuschätzen ist.⁶⁴ Wer sich also in einer Zeit jenseits der Menopause ein Kind wünscht, kann sich bei ihrer Unfruchtbarkeit und dem Wunsch, fortpflanzungsmedizinisch behandelt zu werden, nicht auf das Bestehen einer Krankheit stützen.

⁶⁰ Vgl. BGE 122 V 289, E 2 b; BGE 125 V 21, E. 3 a.

⁶¹ Vgl. BGE 121 V 289.

⁶² Genauer zum Krankheitsbegriff vgl. Kuhn (o. Fn. 6), S. 137 mit Hinweis auf unveröff. Entscheidungen des Bundesgerichts.

⁶³ Ulrich Meyer, Krankheit als leistungsauslösender Begriff im Sozialversicherungsrecht, in: Thomas Gächter/Myriam Schwendener (Hrsg.), Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff. Entwicklungen in der Praxis, Bern u.a. 2009, S. 5 ff., 10f.

⁶⁴ Gebhard Eugster, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2. Aufl., Zürich u.a., 2018, Art. 1a, Rn. 8; Art. 25, Rn. 5.

- c) Irrelevanz einer ausführlichen Auseinandersetzung mit dem Krankheitsbegriff

Dieser Punkt der Krankheitsdefinition ist aber für die zu bearbeitende Thematik nicht besonders wichtig, weil schon traditionell für (Kranken-)Versicherungsleistungen nicht notwendig auf das Vorliegen einer Krankheit abgestellt wird. Es genügen für den Anspruch auf Leistungen nach dem KVG, wie die Aufzählung im Gesetz zeigt, auch Situationen, die mit Krankheiten gewisse Ähnlichkeiten aufweisen.

4. Systemverträglichkeit von Leistungen für Fortpflanzungsmedizin?

Können Leistungsrechte in der Fortpflanzungsmedizin auch de lege ferenda daran scheitern, dass die auszuführenden Leistungen keine Ähnlichkeit mit den sonst im KVG aufgelisteten Aufgaben haben? Das könnte dann der Fall sein, wenn die fortpflanzungsmedizinischen Massnahmen insbesondere nicht zu den über die Krankheiten hinaus als Leistungsvoraussetzungen anerkannten Situationen passen, weil sie mit diesen keine Ähnlichkeit aufweisen.

Fragen wir deshalb zunächst, welche Ausnahmen vom Krankheitserfordernis (Art. 25 KVG) es im Gesetz bereits heute gibt (sie seien hier als „krankheitsähnliche Situationen“ bezeichnet). Fällt, so ist sodann zu fragen, die Fortpflanzungsmedizin wertungsmässig in den Bereich der krankheitsähnlichen Situationen?

Das Gesetz (KVG) nennt folgende Leistungen jenseits der eigentlichen Krankheitsbehandlung, die von der obligatorischen Krankenversicherung finanziert werden:

- a) Pflegeleistungen Art. 25a KVG

In dieser Vorschrift wird festgelegt, wie die Finanzierung von Pflegeleistungen zwischen der Krankenkasse, der versicherten Person und der öffentlichen Hand verteilt wird. Das Gesetz geht davon aus, dass neben Untersuchung und

Behandlung auch die Pflegeleistungen prinzipiell zu den Haupttypen von krankenversicherungsrechtlichen Leistungen gehören.⁶⁵

b) Prävention, Art 26 KVG

Die Krankenkasse übernimmt auch die Kosten für Prävention, d.h. für bestimmte Untersuchungen zur frühzeitigen Erkennung von Krankheiten sowie für vorsorgliche Massnahmen zugunsten von Versicherten, die in erhöhtem Mass gefährdet sind, entrichtet also auch Kosten in manchen Fällen, in denen kein konkreter Verdacht auf eine Krankheit vorliegt, vgl. Abs. 1.⁶⁶

c) Geburtsgebrechen, Art. 27 KVG

Geburtsgebrechen liegen nach Art. 3 Abs. 2 ATSG vor, wenn die gesundheitliche Einschränkung (schon) bei vollendeter Geburt besteht. Es handelt sich eigentlich um einen Unterfall der Krankheit, für den aber in Art. 27 KVG die Abgrenzung der Leistungen zwischen IV und Krankenversicherung geregelt wird.

d) Unfälle, Art. 28 KVG

Auch ein Unfall ist eigentlich ein Unterfall der Krankheit, den das Gesetz aber von den Krankheiten i. S. des KVG/ATSG unterscheidet als „plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper“ (Art. 4 ATSG).

e) Mutterschaft (natürliche Geburt) Art. 29 KVG

Mutterschaft fasst die Schwangerschaft, die Niederkunft und die nachfolgende Erholungszeit für die Mutter (Art. 5 ATSG) zusammen. Hier wird Hilfe geleistet bei einem körperlichen Geschehen, das selbst keinen Krankheitscharakter hat, das sich ohne Hilfestellung aber zu einer Krankheit entwickeln kann.

⁶⁵ Ueli Kieser u.a. (Hrsg.), KVG/UVG Kommentar, Bundesgesetze über die Krankenversicherung, die Unfallversicherung und den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) mit weiteren Erlassen, Zürich 2018, Art. 26a, Rn. 3.

⁶⁶ Genauer Kieser u.a. (o. Fn. 65), Rn. 2.

f) Schwangerschaftsabbruch, Art. 30 KVG

Auch der straflose Schwangerschaftsabbruch nach Art. 119 StGB wird krankensicherungsrechtlich als krankheitsähnliche Situation behandelt. Er stellt keine Mutterschaft dar und ist deshalb nicht von der Kostenbeteiligung befreit (keine Mutterschaft gemäss Art. 64 Abs. 7 KVG).⁶⁷

In all diesen Fällen a-f handelt es sich im Vergleich zur Krankheit i. S. des Art. 25 KVG um recht unterschiedliche Geschehnisse. Zum einen geht es um spezielle Unterfälle von Krankheiten, die typischerweise im Alter auftreten und (auch) von einem anderen Finanzierungsmodell getragen werden (Pflegeleistungen), zum Teil geht es um schon bei der Geburt vorhandene Krankheiten (Geburtsgebrechen) oder durch ein plötzliches äusseres Ereignis eingetretene und auch wieder von einem anderen Träger finanzierte Krankheiten (Unfälle), um Früherkennung oder Verhinderung von Krankheiten (Prävention) – oder aber es geht zum anderen um ein beim weiblichen Körper natürliches Geschehen mit der Möglichkeit krankheitsähnlicher Folgen, das unterstützt (Mutterschaft) oder, weil die Betroffenen es als unzumutbar einschätzen, abgebrochen wird (Schwangerschaftsabbruch).

Passt die Fortpflanzungsmedizin zu diesen krankheitsähnlichen Situationen? Zum einen Teil, nämlich bei Unfruchtbarkeit, stellt sich die Frage so nicht, wenn man davon ausgeht, die Fortpflanzungsmedizin reagiere dort auf eine Krankheit (oben 3 a). Allerdings gilt auch dann hier gegenüber sonstigen Krankheitsbehandlungen etwas Spezielles, wie sich gleich zeigen wird. Zum anderen Teil bezieht sich die Fortpflanzungsmedizin aber nur indirekt auf Krankheiten – indem sie den Eltern zu Kindern ohne vererbte schwere Krankheiten zu verhelfen trachtet. Auch wenn man Unfruchtbarkeit mit der h. M. für eine Krankheit hält, wäre dieser andere Grund für eine fortpflanzungsmedizinische Behandlung, die Vermeidung einer schweren Erbkrankheit, unstreitig keine Krankenbehandlung. Denn die fortpflanzungsmedizinische Behandlung will dort nicht Krankheiten heilen, sondern Embryonen mit diesen Krankheiten verwerfen. Fällt sie aber nicht damit auch kategorial aus dem Rahmen, den das KVG mit den

⁶⁷ Genaueres Kieser u.a. (o. Fn. 65), Art. 30, Rn. 1.

krankheitsähnlichen Situationen umschreibt? Das hängt davon ab, ob die Fortpflanzungsmedizin ihrerseits mit diesen krankheitsähnlichen Situationen Ähnlichkeiten aufweist.

Am ehesten könnte eine solche Ähnlichkeit zur Mutterschaft und zum Schwangerschaftsabbruch bestehen, wo es darum geht, Krankheiten oder krankhafte Belastungen als Folge eines natürlichen Ablaufs oder einer Unzumutbarkeit dieses natürlichen Ablaufs für Betroffene zu verhindern. Das ist strukturell auch die Situation bei der Vermeidung einer Übertragung einer schweren vererblichen Krankheit – auch hier wird ein unzumutbar erscheinender natürlicher Ablauf verhindert. Auch eine psychische Belastung dürfte wie bei Mutterschaft und Schwangerschaftsabbruch bestehen.⁶⁸ Von einer damit vergleichbaren erheblichen psychischen Belastung im Fall der ungewollten Kinderlosigkeit geht jedenfalls die Rechtsprechung bisher aus.⁶⁹

Aber lässt sich diese Position einer Einschätzung der unerwünschten Kinderlosigkeit als zumindest einer krankheitsähnlichen Situation – wenn nicht gar in einer Variante als Krankheit – halten?

Immerhin bestehen sowohl zu den (anderen) Krankheiten als auch zu den krankheitsähnlichen Fällen deutliche Unterschiede: Die Betroffenen leiden im Fall des unerfüllten Kinderwunsches gewöhnlich nicht körperlich. Das scheint beim Schwangerschaftsabbruch ebenso zu sein, weil u.U. auch die Geltendmachung einer seelischen Notlage genügt. Allerdings ist der erfolgreiche Eingriff in jedem Fall ein körperlicher, darin unterscheidet sich der Schwangerschaftsabbruch von der Situation beim unerfüllten Kinderwunsch. Die Betroffenen sind beim unerfüllten Kinderwunsch auch in ihrer Lebensführung nicht durch ein aktives Geschehen beeinträchtigt.⁷⁰ Das lässt uns intuitiv die Situation schon anders sehen als in den Fällen von Krankheit und den bisher im KVG ausdrücklich anerkannten krankheitsähnlichen Fällen. Hinzu kommt schliesslich weiter, dass das durch den Kinderwunsch

⁶⁸ Zur notwendigen Erheblichkeit dieser psychischen Belastung vgl. Amstutz/Gächter (o. Fn. 46), Rn. 120.

⁶⁹ BGE 115 Ia 234; BGE 119 Ia 460.

⁷⁰ Zu beiden Unterschieden Stefan Huster, Die Leistungspflicht der GKV für Massnahmen der künstlichen Befruchtung und der Krankheitsbegriff, NJW 2009, 1713ff., 1715.

entstehende Problem auch anders als durch die Fortpflanzungsmedizin gelöst werden kann: Die betroffene Person kann den Kinderwunsch relativieren.⁷¹ Das ist eine harte Entscheidung – ihre Vergegenwärtigung macht jedoch deutlich, dass die Auswahl einer bestimmten Lebensform – das Leben mit einem Kind – sich unterscheidet von der Heilung oder Linderung von (anderen) Krankheiten und von (anderen) krankheitsähnlichen Situationen. Auch greift nicht das Argument, beim Schwangerschaftsabbruch gehe es ebenfalls um eine Entscheidung für eine Lebensform – nämlich zugunsten einer Lebensform ohne Kind. Die betroffenen Frauen empfinden sich im Fall des Schwangerschaftsabbruchs durch die Schwangerschaft als einen aktiven Eingriff beeinträchtigt, im Fall des Kinderwunsches kann dagegen die Beeinträchtigung der Lebensform durch einen blossen Willensakt beseitigt werden.

Wenn man somit eine erhebliche psychische Belastung in dem Sinne, wie sie die derzeit im KVG aufgezählten Fälle kennzeichnet, für den Fall der ungewollten Kinderlosigkeit bestreitet, so lässt man die Fortpflanzungsmedizin aus dem kategorialen Rahmen der bisherigen KVG-Leistungen fallen. Würde dies aber schon für die Ablehnung der Finanzierung einer den Kinderwunsch erfüllender Fortpflanzungsmedizin durch die obligatorische Krankenversicherung genügen?

Dagegen spräche auf der einen Seite, dass wir bereits oben II 4 gesehen haben, dass sich grundsätzlich aus dem Abwehrrecht der Fortpflanzungsfreiheit freiheits- und gleichheitsbezogene Leistungsrechte herleiten lassen. Zudem besteht auch im Rechtsstaat, der sich in den konkreten Kinderwunsch wegen der Fortpflanzungsfreiheit nicht einmischen darf, ein Interesse an einem Erhalt der Wohnbevölkerung, und dies schon wegen des umlagefinanzierten Teils der Altersversorgung. Ein bestehendes System aus Anreizelementen wie etwa Krippensubventionierung, Kinderzulagen und Steuerabzüge für die Betreuungskosten von Kindern belegt dies hinreichend. Somit erscheint aus den grundsätzlichen Erwägungen

⁷¹ Huster (o. Fn. 70), a.a.O.

ebenso wie aus pragmatischen Gründen eine gewisse Kostentragungspflicht der obligatorischen Krankenversicherung durchaus begründet.

Für eine Beteiligung der Eltern an den Kosten über die normale gesetzliche Beteiligung hinaus spricht auf der anderen Seite die Differenz zu den (anderen) berücksichtigten Krankheiten und krankheitsähnlichen Situationen mit der stärkeren Prägung des Kinderwunsches durch eine Lebensstil-Entscheidung (das Kind ist Ziel und Erfüllung individueller Lebensstil-Erwartungen), aber auch die Berücksichtigung der oben 1 genannten zulässigen Rationierungskriterien.

All dies könnte eine zwar grundsätzliche Anerkennung der Fortpflanzungsmedizin als KVG-Leistung, aber zugleich eine Aufteilung der Kosten einer Kinderwunsch-Behandlung und damit eine Mitfinanzierung der Erfüllung des Kinderwunsches durch die betroffenen potentiellen Eltern plausibel machen, so wie dies in einer Reihe von Ländern bereits heute der Fall ist (siehe im Folgenden).

IV. Situation im benachbarten Ausland

Betrachten wir deshalb die Finanzierung der fortpflanzungsmedizinischen Behandlungen durch die obligatorischen Krankenversicherungen und die ihnen entsprechenden Institutionen in den fünf Nachbarländern der Schweiz.

1. Internationales Recht

Zur Finanzierung der Fortpflanzungsmedizin gibt es bisher noch keine internationale rechtliche Regelung. Generell lässt sich zum Recht der Fortpflanzungsmedizin sagen, es eigne „sich [...] für einen Vergleich nationaler Regelungskonzeptionen sehr gut“, denn „der Rechtsvergleich wird kaum durch supranationales Recht gestört“⁷². Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die unmittelbaren Nachbarländer Deutschland, Frankreich, Österreich, Liechtenstein und Italien.

2. Deutschland

Zeugungs- und Empfängnisunfähigkeit sind zwar nach deutschem Recht krankhafte Zustände, künstliche Befruchtung aber ist keine Krankenbehandlung, sondern eine Kompensationsmassnahme (eigenständiger Versicherungsfall im Leistungssystem der Krankenversicherung) – sie beseitigt nach deutschem Recht nämlich keinen regelwidrigen körperlichen Zustand, sondern umgeht ihn nur mit Hilfe medizinischer Technik, ohne auf dessen Heilung zu zielen⁷³ – und wird nur unter bestimmten Bedingungen finanziert (§ 27a SGB V). Nur ein verheiratetes Paar erhält bei Behandlung mit den eigenen Gameten 50% der Leistungen für Insemination mit Stimulation, IVF und ICSI erstattet. Altersmässig ist die Erstattung grundsätzlich beschränkt auf Frauen zwischen 25 und 40 Jahren und auf Männer zwischen 25 und 50 Jahren. Bezahlt werden nur drei Behandlungszyklen je zur Hälfte. Privat versicherten

⁷² Gernot Sydow, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin, in: Gleichheit, Vielfalt, technischer Wandel, hrsg. von der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Tagung Bonn, 3.-6. Oktober 2018, Band 78, Berlin/Boston 2019, S. 361ff., 365ff.

⁷³ BVerfG, Beschluss vom 27. Februar 2009 (1 BvG 2982/07); früher schon BVerfGE 117, 316ff. Genauer dazu Anna-Katharina Wagner, Die Fortpflanzungsmedizin auf dem Prüfstand der europäischen Dienstleistungsfreiheit, Berlin 2018, S. 118ff.

Personen (in Deutschland kann man zwischen einer günstigeren gesetzlichen Versicherung und einer teureren Privatversicherung auswählen, über einem bestimmten Einkommen kann man sich nur noch privat versichern) werden die Kosten der fortpflanzungsmedizinischen Behandlung im Unterschied zu den „gesetzlich Versicherten“ auch darüber hinaus erstattet.⁷⁴

Eine PID ist nur zulässig, wenn eine schwerwiegende Erbkrankheit vorliegt oder eine kindliche Schädigung zu erwarten ist, die mit einer hohen Wahrscheinlichkeit zu einer Fehl- oder Totgeburt führen würde. Die Kosten der PID trägt gegenwärtig noch das Paar (eine Änderung wird diskutiert). Wurde aber neben der Indikation für die PID zugleich eine eingeschränkte Fruchtbarkeit des Paares festgestellt, beteiligen sich die Krankenkassen im üblichen Rahmen an den Kosten der künstlichen Befruchtung.

3. Frankreich

In Rechnung gestellt werden kann dem Sozialversicherungssystem zu 100% pro Zyklus eine Insemination, insgesamt aber höchstens sechs für die Herbeiführung einer Schwangerschaft. Die In-vitro-Fertilisation (IVF) darf auf Kosten des Systems viermal zur Herbeiführung einer Schwangerschaft versucht werden. Dies kann mit ICSI oder normaler IVF erfolgen. In der Literatur wird festgehalten, dass die französische Lösung für Personen, die eine Unterstützung durch die Fortpflanzungsmedizin wünschen, im europäischen Vergleich ziemlich grosszügig erscheint.⁷⁵ Die Frau darf nur bis zu ihrem 43. Geburtstag (beim Mann gibt es keine Obergrenze) fortpflanzungsmedizinisch auf Kosten des Sozialversicherungssystems behandelt werden.⁷⁶

⁷⁴ Zu Nachweisen vgl. Leopoldina – Nationale Akademie der Wissenschaften, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, Stellungnahme 2019, S. 98.

⁷⁵ Marie Mesnil, Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental, Diss., Basel 2018, §§ 212ff.

⁷⁶ Vgl. Code de la santé public, Art. L 2111-1ff. zu PND und PID und Art. L 2141-1ff. zu IVF und Inseminationen sowie selbständigen ovariellen Stimulationen. Für die ärztlichen Tarife vgl. CCAM (Classification Commune des Actes Médicaux), chap. 9, Actes concernant la procréation, la grossesse et le nouveau-né, sous-chap. 9.2, Assistance médicale à la procréation.

4. Österreich

Gynäkologische Eingriffe zur Behebung von Kinderlosigkeit sind in Österreich nicht als Massnahme der Krankenbehandlung anzusehen, da der unerfüllte Kinderwunsch nicht als Krankheit gilt.⁷⁷ Da somit eine Finanzierung über die gesetzliche Krankenversicherung nicht in Betracht kam, wurde ein Fonds-Gesetz geschaffen und inzwischen mehrmals verändert. Danach verpflichtet sich der Bund, einen Anteil von 70% der Kosten einer IVF-Behandlung zu tragen, den beteiligten Paaren wird eine Selbstbeteiligung von 30% auferlegt.⁷⁸ Das IVF-FondsG ist hier *lex specialis* gegenüber den Regelungen der Krankenversicherung.⁷⁹ Es gilt für die IVF, nicht aber für die künstliche Insemination *in vivo*.⁸⁰

Gleichgeschlechtliche weibliche Lebensgemeinschaften profitieren als Paar von dem Gesetz, nicht aber gleichgeschlechtliche männliche Lebensgemeinschaften und alleinstehende Frauen.⁸¹

Anspruchsvoraussetzung ist bei der Frau eine Sterilität tubaren (Veränderung am Eileiter der Frau), durch Endometriose (ausserhalb der Gebärmutterschleimhaut wachsende Zellen) oder durch polyzystisches Ovar (Stoffwechselkrankheit durch unterschiedliche pathogenetische Mechanismen) bedingten Ursprungs, beim Mann eine Sterilität gleich welchen Ursprungs.⁸² Ein Anspruch auf Kostentragung besteht nur für vier Versuche. Ist einer dieser Versuche erfolgreich, so besteht ein Anspruch auf Kostentragung für vier weitere Versuche.⁸³ Die Frau darf allerdings noch nicht das 40. Lebensjahr und der Mann bzw. die eingetragene Partnerin oder Lebensgefährtin der Frau noch nicht das 50. Lebensjahr vollendet haben.⁸⁴

⁷⁷ Magdalena Flatscher-Thöni/Caroline Voithofer (Hrsg.), FMedG und IVF-FondsG. Fortpflanzungsmedizinengesetz und In-vitro-Fertilisations-Fonds-Gesetz. Kommentar, Wien 2019, § 1 Rn. 1 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; dazu auch Beatrix Karl, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung und das Recht der sozialen Sicherheit, in: Stefan Arnold/Erwin Bernat/Christian Kopetzki (Hrsg.), Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015 – Analyse und Kritik, Wien 2016, S. 169ff, bes. 181ff.

⁷⁸ § 1, 2 Abs. 2 IVF-FondsG.

⁷⁹ Flatscher-Thöni/Voithofer (o. Fn. 77), § 1, Rn. 7.

⁸⁰ Flatscher-Thöni/Voithofer (o. Fn. 77), § 1 1, Rn. 7.

⁸¹ Flatscher-Thöni/Voithofer (o. Fn. 77), § 1a, Rn. 5.

⁸² § 4 Abs. 1 IVF-FondsG.

⁸³ § 4 Abs. 2 IVF-FondsG.

⁸⁴ § 4 Abs. 4 Ziff. 1 IVF-FondsG.

5. Liechtenstein

Liechtenstein hat bisher keine eigenständige Regelung der Fortpflanzungsmedizin – es gibt aber einen Entwurf, der sich weitgehend an das Schweizerische FMedG anlehnt.

6. Italien

Die gesetzliche Regelung von 2004 in Italien war zunächst gegenüber fortpflanzungsmedizinischen Behandlungen ähnlich restriktiv wie die Schweizer Regelung.⁸⁵ Erst ein Beschluss des italienischen Verfassungsgerichts⁸⁶ ermöglichte die heterologe Insemination und durch ein Urteil des EGMR von 2012⁸⁷ wurden fortpflanzungsmedizinische Massnahmen im Fall von Erbkrankheiten zugelassen.

Erst seit einem 2017 erlassenen Dekret des Ministerpräsidenten (Decreto del presidente del consiglio dei ministri⁸⁸) besteht Zugang zur Fortpflanzungsmedizin in einem umfassenden Ausmass und es werden die Kosten auch grundsätzlich vom Servizio sanitario nazionale getragen, wobei allerdings alle Einzelheiten wie das Alter der Beteiligten, die Anzahl der Zyklen und (hier einschlägig) das Ausmass der Kostenbeteiligung den Regionen und autonomen Provinzen zur Entscheidung übertragen wird. Das behandelte Paar ist also an den Kosten zu beteiligen („[...] contribuiscono ai costi delle attività, nella misura fissata dalle regioni [...]“), im Übrigen aber ist die Situation von Region zu Region verschieden.

Am Beispiel der Autonomen Provinz Bozen-Südtirol sei die Situation veranschaulicht. In einem Beschluss der Landesregierung vom 18.12.2018⁸⁹ wird neben anderen Umständen⁹⁰ die Kostenbeteiligung festgelegt: IVF mit oder ohne ICSI erfordern eine Zuzahlung von 600-900 Euro, intrauterine

⁸⁵ Legge N° 40 del 19 febbraio 2004.

⁸⁶ Sentenza della corte costituzionale no. 51/09, del 1° aprile 2009.

⁸⁷ EGMR vom 28.08. 2012 – 54270/10.

⁸⁸ Decreto del presidente del consiglio dei ministri 12 gennaio 2017. Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 (17A02015), insbes. Art. 49, (abgekürzt meist als „LEA“ für livelli essenziali di assistenza).

⁸⁹ Nr. 1414.

⁹⁰ Alter der Frau maximal 45 Jahre plus 364 Tage, bis zu 4-6 Zyklen, vgl. Nr. 8 des Beschlusses der Landesregierung der Autonomen Provinz Bozen-Südtirol.

Insemination eine Zuzahlung von 400 Euro.⁹¹ Es gibt allerdings auch Ausnahmen bei der Kostenbeteiligung, etwa wenn die fortpflanzungsmedizinische Behandlung im Zusammenhang mit einer onkologischen Behandlung steht.⁹²

⁹¹ Anlage A des Beschlusses (o. Fn. 88) der Landesregierung der Autonomen Provinz Bozen-Südtirol.

⁹² Nr. 5 des Beschlusses (o. Fn. 88) der Landesregierung der Autonomen Provinz Bozen-Südtirol.

v. Verfahrensdifferenz

Wie der Blick auf die Nachbarländer zeigt, werden dort unterschiedliche fortpflanzungsmedizinische Verfahren als vergütete Leistungen angeboten, in Deutschland, Italien und Österreich mit einer erheblichen Selbstbeteiligung der Betroffenen. Soweit die Kosten nur teilweise vergütet werden, liegt die Kostenbeteiligung bei 50% in Deutschland, 30% in Österreich und unterschiedlichen Anteilen – im betrachteten Beispiel von etwa 20% – in Italien.

Der Hauptunterschied bei den in den verschiedenen Ländern finanzierten Verfahren der Fortpflanzungsmedizin besteht zwischen den Inseminationen (bei denen Spermia in den Uterus oder in den Eileiter eingeführt wird, die Eizellen aber an ihrem Ort bleiben) und den In-vitro-Fertilisationen (IVF) mit Embryonentransfer, bei denen die Vereinigung der Gameten ausserhalb des Körpers der Frau erfolgt (zum Teil mit gezielter Einführung von Spermia in eine bestimmte Eizelle – ICSI) und der so entstandene Embryo anschliessend (evtl. nach Präimplantationsdiagnostik PID) transferiert wird. In der Schweiz wird, wie zu Beginn ausgeführt, unter den genannten Verfahren der Fortpflanzungsmedizin bisher nur die Intrauterinsemination in bestimmten Grenzen von der obligatorischen Krankenversicherung finanziert. Eine solche Beschränkung auf die Finanzierung der Insemination kennen die Nachbarländer nicht.

Auch hier sei nur der Vollständigkeit halber ein weiteres in der Schweiz finanziertes Verfahren der Fortpflanzungsmedizin benannt, nämlich die zu Beginn schon erwähnte Pränataldiagnostik (PND), ein Verfahren zur Bestimmung insbesondere von chromosomalen Besonderheiten beim Embryo oder Fötus.

Lange waren die Inseminationen günstiger und zugleich wirksamer als die In-vitro-Fertilisationen – inzwischen besteht zwar immer noch die Kostendifferenz, aber die Wirksamkeit der IVF hat zugenommen. Es wird davon ausgegangen, dass die Geburtenrate bei Insemination pro

Behandlungszyklus bei 6% liegt, bei der IVF aber dreimal so hoch.⁹³ Hinsichtlich der Zweckmässigkeit wird darauf hingewiesen, dass die Risiken ähnlich seien, da bei der Insemination ebenso wie bei der IVF eine ovarielle Stimulation erforderlich sei; die problematischen Mehrlingsschwangerschaften würden durch die IVF aber sogar vermindert.⁹⁴ Auch die Wirtschaftlichkeit für sich genommen sei alles in allem bei beiden Verfahren in einem ausgeglichenen Verhältnis.⁹⁵ Die Nationale Ethikkommission (NEK) sieht so in der Ungleichbehandlung von Intrauterinsemination (wird vergütet) und IVF (wird nicht vergütet) eine nicht legitime Ungleichbehandlung.⁹⁶

Nun muss allerdings bedacht werden, dass ein direkter Kostenvergleich zwischen den beiden fortpflanzungsmedizinischen Verfahren hoch problematisch erscheint, da doch mit den verschiedenen Verfahren auch verschiedene Ursachen und damit auch verschiedene Therapien von Unfruchtbarkeit erfasst werden. So wäre es sinnlos, bei Unfruchtbarkeit des Mannes eine homologe Insemination vorzusehen, während eine ICSI hier in verschiedenen Fällen zum Erfolg führen könnte. Die Insemination generell könnte nicht helfen, wenn die Eileiter undurchlässig sind, während eine IVF mit Embryonentransfer in solchen Fällen wirksam und zweckmässig sein könnte. Die Erfolgsquoten beider Methoden, der Insemination und der IVF, lassen sich also nicht einfach in ihren Chancen und in den Kosten miteinander vergleichen, da sie doch zum Teil auf unterschiedliche pathologische Ursachen abstellen sollen.

Nach dem „w/z/w-Prinzip“ dürfte die Wirtschaftlichkeit nur bei gleicher Wirksamkeit und Zweckmässigkeit eine Rolle spielen – wäre eine Behandlungsmethode wirksamer oder zweckmässiger, müsste sie der finanziell günstigeren vorgezogen werden. Bedenkt man allerdings das zur Rationierung Ausgeführte (oben III 1) mit, so gäbe es durchaus politische Entscheidungsmöglichkeiten unter Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeit

⁹³ Valérie Junod/Dominique Sprumont/Anne Decollogny, Non-remboursement de la fécondation in vitro: il est temps de changer d'avis, in: SZS 2014, S. 387ff., 413f.

⁹⁴ Junot u.a. (o. Fn. 93), S. 412.

⁹⁵ Junot u.a. (o. Fn. 93), S. 413f.

⁹⁶ Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK), Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, Ethische Überlegungen und Vorschläge für die Zukunft, Stellungnahme 22/2013, S. 19.

auch in einer gewissen Abwägung gegen Wirksamkeit und Zweckmässigkeit, wenn nur die Grundrechtseinschränkungen im Licht des Grundrechts bestimmt werden und der Menschenwürde Rechnung getragen wird (vgl. o. III 1 c).

Sollte es also Situationen geben, in denen die Insemination und die IVF gleichermaßen indiziert sind und nur zu geringfügig unterschiedlichen Resultaten führen – allerdings zu Lasten der Insemination –, so könnte unter Berücksichtigung all dieser Umstände ein Vorzug der (jedenfalls derzeit noch) kostengünstigeren Insemination erlaubt sein. Generell formuliert: Eine grössere Wirtschaftlichkeit eines Verfahrens dürfte nur dann zugunsten dieses Verfahrens ausschlaggebend sein, wenn Wirksamkeit und Zweckmässigkeit bei beiden Methoden nicht stark zu Lasten des wirtschaftlicheren Verfahrens unterschieden sind. Andernfalls würde man bei dem um der Wirtschaftlichkeit wegen vorgenommenen rationierenden Eingriff diesen nicht mehr im Lichte des eingeschränkten Grundrechts sehen. Eine Kostentragung allein für die Insemination, wie heute, würde durch deren grössere Wirtschaftlichkeit somit nicht legitimiert, weil, wie gezeigt, bei manchen Indikationen die Wirksamkeit und Zweckmässigkeit bei der IVF nicht nur geringfügig, sondern deutlich grösser sein können als bei der Insemination. Berücksichtigt werden müsste auf der anderen Seite aber auch, falls allein durch die extrakorporale Befruchtung zusätzliche Risiken für den Embryo entstünden, welche Wirksamkeit und Zweckmässigkeit einzuschränken in der Lage wären.

Es ergibt sich so (vgl. oben III 4) bei den Verfahren der Fortpflanzungsmedizin, dass auf der Basis des gesetzesbezogenen Wirksamkeitsprinzips sowie der Freiheits- und Gleichheitsrechte viel für eine generelle (Teil-)Finanzierung der verschiedenen Verfahren unter Berücksichtigung der im Einzelfall anzuwendenden w/z/w-Prinzipien spricht.

Daneben können aber auch Einzelvergleiche, wie der zwischen der heute finanzierten PND und der heute nicht finanzierten PID, die Bewertung beeinflussen. Bedenkt man, dass für den Fall der Verwerfung von Embryonen oder Föten die PID den geringfügigeren, weil deutlich früheren Eingriff darstellt, so ist schwer zu begründen, warum in dieser Entscheidungssituation ein finanzieller Anreiz für die PND geschaffen wird.

Schliesslich sollte die zu schaffende gesetzliche Regelung auch in anderen Hinsichten in sich kohärent sein. So sollten in der Regel Teile von finanzierten Verfahren der Fortpflanzungsmedizin ihrerseits auch finanziert werden, wenn sie denselben Zweck verfolgen. Eine ovarielle Stimulation, die für Inseminationen und In-vitro-Fertilisationen gleichermassen erforderlich ist, sollte auch vergütet werden, wenn sie vorgenommen wird, um die Chancen der natürlichen Befruchtung zu erhöhen.

VI. Zusammenfassung

Der Gang der Argumentation lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Gesucht wurde nach Rechtsprinzipien, die ein Recht der obligatorisch Versicherten gegenüber ihrer Krankenkasse auf Leistungen für die Fortpflanzungsmedizin begründen können. Für diese Suche nach Anspruchsgrundlagen für Leistungsrechte musste zunächst nach der Unterscheidung von Abwehr-, Zugangs- und Leistungsrechten gefragt werden (II 1). Jede Person hat ein Abwehrrecht gegen jede Einmischung in die Entscheidung über die Fortpflanzung. Wer unfruchtbar ist oder an einer schweren vererbaren Krankheit leidet, hat daraus abgeleitet ein Zugangsrecht zur Fortpflanzungsmedizin, da ihr oder ihm sonst die Fortpflanzung unmöglich oder unzumutbar wäre. Leistungen sind bisher nach Schweizer Recht nur für die Kosten von drei Behandlungszyklen pro Schwangerschaft im Fall einer Intrauterininsmination vorgesehen, nicht dagegen für IVF einschliesslich ICSI oder für eine PID.

Untersucht wurde sodann zunächst das Bestehen speziell von Leistungsrechten auf die Finanzierung fortpflanzungsmedizinischer Massnahmen (II 1 c). Für die Begründung dieser Leistungsrechte gelten angesichts einer staatlichen Beitragspflicht und eines staatlich verordneten Leistungskatalogs bei der obligatorischen Krankenkasse grundsätzlich die Regeln für Leistungsrechte gegenüber dem Staat (II 3). Diesen Rechten korrespondierende Leistungspflichten des Staates können als originäre und derivative begründet werden. Als originäre Pflicht kommt der Typus der Hilfspflicht in Notfällen wie beispielsweise nach Art. 12 BV in Betracht, dessen Anwendung auf den nichterfüllten Kinderwunsch aber im Gutachten verneint wird (II 3 a). Als derivative Pflichten können zweierlei von Bedeutung sein: Entweder der Staat hat bereits Leistungen der jeweiligen Art bisher entrichtet – dann ist er für den Fall, dass er ein Monopol inne hat, an die Pflicht zu derlei Leistungen auch Anderen gegenüber gebunden (II 3 b). Oder aber der Staat untersteht mit seinen Normen einer Wirksamkeitspflicht, sofern sich das Abwehrrecht nicht ohne das Bestehen eines Leistungsrechts durchsetzen lässt (II 3 c).

Sodann war genauer zu klären, wie sich das Wirksamkeitserfordernis ausdifferenzieren lässt. Denkbar ist zum einen, dass das Erfordernis der Wirksamkeit staatlicher Regelungen noch ganz unabhängig von Freiheit und Gleichheit ein eigenständiges Erfordernis staatlicher Rechtsdurchsetzung ist. Dies liesse sich mit einer systemtheoretischen Legitimationstheorie begründen, wonach Legitimation nicht nur aus demokratischen und rechtsstaatlichen Erfordernissen, sondern auch aus der Wirksamkeit herzuleiten ist. Leistungsrechte lassen sich daraus allein allerdings nicht gewinnen, wenngleich sie schon ein starkes Indiz auf ihrer Seite haben (II 4 a).

Weiter könnte es das Freiheitsrecht sein, das als Grundlage eines Schlusses vom Abwehrrecht auf ein Leistungsrecht dient. „Positive“ Freiheit als sich verwirklichende Freiheit ist die normativ notwendige Folge eines „negativen“ Abwehrrechts, wo und soweit dieses Abwehrrecht sonst leerlaufen würde (II 4 b). Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass in manchen Fällen bei den Beteiligten eine Unfähigkeit das Abwehrrecht als solches beeinträchtigen kann – in diesem Fall wäre kompensatorisch einzugreifen. Weiter kann der Umstand, dass das Schweizer Recht keine allgemeine Handlungsfreiheit kennt, das Freiheitsprinzip nicht einschränken, da die Fähigkeit, Kinder zu bekommen, zu den elementaren Freiheitsrechten gehört und nicht nur von nebensächlicher Bedeutung ist.

Schliesslich spricht auch das Gleichbehandlungsgebot (II 4 c) für einen Schluss vom Abwehrrecht auf das Leistungsrecht. Es gibt ein individuelles rechtlich geschütztes Interesse daran, dass sich nicht nur wohlhabende Menschen Kinder leisten können und es gibt ein Interesse der Allgemeinheit daran, dass in der Gesundheitsfürsorge keine „Zweiklassenmedizin“ entsteht.

Finden sich so einige gute Gründe dafür, vom Abwehrrecht der Fortpflanzungsfreiheit her auf das Leistungsrecht zur Finanzierung der Fortpflanzungsmedizin zu schliessen, so sind auf der anderen Seite auch einige Gegenargumente zu berücksichtigen.

Zunächst ist hier an Rationierungsbedürfnisse in der Medizin angesichts allgemein knapper Mittel zu denken (III 1). In der konkreten Situation

vorhandene therapeutische Massnahmen dürfen jedenfalls grundsätzlich nicht vorenthalten werden, sofern ein dringender Bedarf besteht. Die Mittel für das Gesundheitswesen insgesamt können dagegen beschränkt werden. Soweit daraus ein Mangel entsteht, ist die Auswahl nach zulässigen Rationierungskriterien zu treffen, also etwa nach Dringlichkeit, Erfolgsaussichten, Kosten-Nutzen-Überlegungen und Compliance. Als diskriminierend gelten dagegen grundsätzlich Kriterien wie Herkunft, Rasse, Geschlecht, Alter, Sprache, soziale Stellung, Lebensform, religiöse, weltanschauliche und politische Überzeugungen sowie körperliche, geistige und psychische Behinderung (vgl. auch Art. 8 Abs. 2 BV). Da die Fortpflanzungsmedizin jedoch unvermeidlich Altersgrenzen vornehmen muss, kann eine diesbezügliche Festlegung, die sich im Rahmen der üblichen Kriterien bewegt, nicht diskriminierend sein. Auch die Berücksichtigung von Behinderungen bei der Frage, ob ein Kind erzogen werden kann, erscheint sachlich berechtigt (III 1 c).

Weiter können Leistungsrechte an zu geringer Präzision scheitern, sie sind dann nicht justiziabel. Leistungsrechte sind generell aus strukturellen Gründen mehrdeutiger als Abwehrrechte. Im Fall der Fortpflanzungsmedizin spielt diese Differenz in der Präzision zwischen Abwehr- und Leistungsrechten aber kaum eine Rolle, da ein Leistungskatalog die einzelnen Leistungen aufzählt und so justiziabel macht (III 2).

Leistungsrechte scheitern auch nicht daran, dass Unfruchtbarkeit keine Krankheit wäre. Der Krankheitscharakter der Unfruchtbarkeit wird in der Schweiz weitgehend anerkannt. Die fortpflanzungsmedizinische Behandlung ist genau genommen zwar keine Krankheitsbehandlung, sondern eine Krankheitsfolgenbehandlung. Unter den weiten Krankheitsbegriff des KVG fallen die Unfruchtbarkeit oder die schwere vererbare Krankheit aber dennoch (III 3). Doch selbst wenn die Unfruchtbarkeit und die schwere vererbare Erkrankung keine Krankheit wären, könnte die Fortpflanzungsmedizin gleichwohl von der staatlichen Leistungspflicht erfasst werden. Es gibt nämlich eine Reihe krankheitsähnlicher Situationen, die man gewöhnlich, so wie auch das geltende KVG, unter die leistungsauslösenden Situationen für die Krankenkassen auflistet, wie Präventionen, Mutterschaft

oder Pflegeleistungen. Hier geht es zwar nicht um Krankheiten, aber wie bei den Krankheiten besteht ein nachvollziehbares öffentliches Interesse und damit ein Grund für staatliche Leistungen. Unter solche Leistungen für krankheitsähnliche Situationen müsste man vom Zweck her die Fortpflanzungsmedizin einordnen können, falls man den Krankheitswert der Unfruchtbarkeit und der schweren vererbaren Erkrankung bezweifeln würde. Jedoch sowohl von den sonstigen Krankheiten als auch von den sonstigen krankheitsähnlichen Situationen unterscheidet sich der bisher unerfüllte Kinderwunsch: Wer keine leiblichen Kinder bekommt, leidet nicht körperlich, die Lebensführung wird nicht eingeschränkt und der Kinderwunsch kann aufgegeben werden. Dieser Abstand zu einer Krankheit oder zu einer vom KVG aufgelisteten krankheitsähnlichen Situation spricht gegen eine vollständige Kostenübernahme der obligatorischen Krankenversicherung. Aber auch die vollständige Kostenübernahme durch das betroffene Paar erscheint unangemessen angesichts des Umstandes, dass auch ein öffentliches Interesse an der Geburtenrate besteht. Dies zusammen genommen dürfte es nahelegen, dass nur eine Teilfinanzierung der Fortpflanzungsmedizin erfolgt. Über deren prozentuale Höhe ist wegen der vielen Umstände, die hier zu berücksichtigen sind, politisch zu entscheiden (III 4).

Schliesslich geht es im Gutachten noch um einen kurzen Vergleich mit der fortpflanzungsmedizinischen Situation in den Nachbarländern (IV 1-6). Mit der Situation in der Schweiz verglichen werden hier insbesondere die Voraussetzungen für den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, darunter das Alter und das Ausmass der jeweiligen staatlichen Leistungen für eine Behandlung. In der Regel gibt es in den Nachbarländern, anders als in der Schweiz, auch Leistungen für IVF einschliesslich ICSI, jedoch werden aber, auch dies anders als in der Schweiz, über das Ausmass in normalen Krankheitsfällen hinaus die Patientinnen mit unterschiedlichen finanziellen Anteilen an den Kosten der Fortpflanzungsmedizin beteiligt.

Am Ende wird noch auf die Verfahrensdifferenz von Insemination und In-vitro-Fertilisation eingegangen. Für die Kostentragung scheint eine Beschränkung auf die Insemination nicht angemessen (V).

Als Resultat lässt sich also formulieren: drei theoretische Ausgangsüberlegungen sprechen für eine prinzipielle Kostentragungspflicht bei der fortpflanzungsmedizinischen Erfüllung des Kinderwunsches durch die obligatorische Krankenversicherung. Es sind dies das Verhältnis von „negativer“ und „positiver“ Freiheit, die individuellen und kollektiven Elemente des Gleichbehandlungsprinzips sowie das rechtstheoretische Wirksamkeitsprinzip. Plädoyers für eine Beschränkung einer solchen Kostentragung ergeben sich hingegen aus den zulässigen Kriterien der Rationierung, die sich an Gerechtigkeitsüberlegungen im Sinne einer gerechten Verteilung von knappen Gütern orientieren. Auch Beschränkungen der Justizialisierbarkeit gehen zu Lasten der angesprochenen kollektiven Kostentragung, spielen aber in der Praxis für die fortpflanzungsmedizinischen Behandlungen angesichts von deren Auflistung in einem Leistungskatalog kaum eine Rolle.

Praktisch folgt aus derlei theoretischen Erwägungen, dass bezüglich der fortpflanzungsmedizinischen Behandlungen für bestimmte Personengruppen (unfruchtbare Menschen und an einer schweren vererbaren Krankheit Leidende) aus einem Abwehrrecht der Fortpflanzungsfreiheit ein Leistungsrecht der Kostentragung entstehen kann, und dies über die heutigen Leistungen für die Insemination hinaus auch für die In-vitro-Fertilisation mit ihren verschiedenen Ausprägungen. Allerdings lässt sich dieses Leistungsrecht angesichts der bestehenden Interessenlage nur eingeschränkt im Sinn einer in manchen Nachbarländern schon praktizierten Kostenaufteilung zwischen der obligatorischen Krankenversicherung und den potentiellen Eltern begründen.

VII. Literaturliste

- Amstutz Esther/Gächter Thomas, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin.
Verfassungs-, gesundheits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, in:
Jusletter, 31. Januar 2011.
- Berlin Isaiah, Einleitung, in: ders., Freiheit. Vier Versuche, Frankfurt a.M. 1995, S.
1 ff.
- Berlin Isaiah, Zwei Freiheitsbegriffe, in: ders., Freiheit. Vier Versuche, Frankfurt
a.M. 1995, S. 197ff.
- Biaggini Giovanni, Bundesverfassung (BV), Kommentar, 2. Aufl., Bern 2017.
- Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina, Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St.
Gallen 2015.
- Büchler Andrea, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung. Dimensionen,
Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens, Basel 2017.
- Czech Philip, Fortpflanzungsfreiheit. Das Recht auf selbstbestimmte
Reproduktion in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Wien 2015.
- Estermann Josef (Hrsg.), Der Kampf ums Recht. Akteure und Interessen im Blick
der interdisziplinären Rechtsforschung, Münster 2012.
- Eugster Gebhard, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2. Aufl., Zürich
u.a. 2018.
- Flatscher-Thöni Magdalena/Voithofer Caroline (Hrsg.), FMedG und IVF-FondsG.
Fortpflanzungsmedizingesetz und In-vitro-Fertilisations-Fonds-Gesetz.
Kommentar, Wien 2019.
- Gächter Thomas/Werder Gregori, Kommentierung zu Art. 12 BV, in: Waldmann
Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung,
Basler Kommentar, Basel 2015.
- Guillot Olivier, Aus dem Blickwinkel des Rechts, in: SAMW, Rationierung im
Schweizer Gesundheitswesen – Einschätzung und Empfehlungen. Bericht

der Arbeitsgruppe „Rationierung“ im Auftrag der Steuerungsgruppe des Projekts „Zukunft Medizin Schweiz“, 2007.

Heinig Hans Michael, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit: Zur Formel vom „sozialen“ Staat in Art. 20 Abs. 3 GG, Tübingen 2008.

Huster Stefan, Die Leistungspflicht der GKV für Massnahmen der künstlichen Befruchtung und der Krankheitsbegriff, NJW 2009, 713ff.

Junod Valérie/Sprumont Dominique/Decollogny Anne, Non-remboursement de la fécondation in vitro: il est temps de changer d'avis, in: SZS 2014, S. 387ff.

Karl Beatrix, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung und das Recht der sozialen Sicherheit, in: Arnold Stefan/Bernat Erwin/Kopetzki Christian (Hrsg.), Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015: Analyse und Kritik, Wien 2016, S. 169ff.

Kersting Wolfgang, Das starke Gesetz der Schuldigkeit und das schwächere der Gütigkeit. Kant und die Pflichtenlehre des 18. Jahrhunderts, in: Studia Leibnitiana 14, 1984 ff.

Kieser Ueli u.a. (Hrsg.), KVG/UVG Kommentar, Bundesgesetze über die Krankenversicherung, die Unfallversicherung und den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) mit weiteren Erlassen, Zürich 2018.

Kuhn Mathias, Recht auf Kinder? Zürich/St. Gallen 2008.

Lienhard Andreas/Marti Locher Fabienne, Kommentierung zu Art. 170 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Mesnil Marie, Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental, Diss., Basel 2018.

Meyer Ulrich, Krankheit als leistungsauslösender Begriff im Sozialversicherungsrecht, in: Gächter Thomas/Schwendener Myriam (Hrsg.), Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff. Entwicklungen in der Praxis, Bern u.a. 2009, S. 5 ff.

Müller Jörg Paul, Soziale Grundrechte in der Verfassung, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1981.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008.

Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK), Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, Ethische Überlegungen und Vorschläge für die Zukunft, Stellungnahme 22/2013.

Padrutt Yvonne/Leu Agnes, Rationalisierung oder Rationierung im Spital – Akut- und Übergangspflege, in: Ueli Kieser/Agnes Leu (Hrsg.), 5. St. Galler Gesundheits- und Pflegerechtstagung: Referate der Tagung vom 31. August 2017, Zürich 2018.

Pärli Kurt, Aktivierung von gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmenden – Auswirkungen auf soziale Rechte, in: Estermann Josef (Hrsg.), Der Kampf ums Recht. Akteure und Interessen im Blick der interdisziplinären Rechtsforschung, Münster 2012, S. 293ff.

Rhinow René/Schefer Markus/Uebersax Peter, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

Rütsche Bernhard, Eugenik und Verfassung. Regulierung eugenischer Wünsche von Eltern im freiheitlichen Rechtsstaat, ZBI 2010, S. 297ff.

Rütsche Bernhard, Rechtsstaatliche Grenzen von Rationierung im Gesundheitswesen, in: Kieser Ueli/Leu Agnes (Hrsg.), 5. St. Galler Gesundheits- und Pflegerechtstagung: Referate der Tagung vom 31. August 2017, Zürich 2018, S. 109ff.

Schürch Sibylle, Rationierung in der Medizin als Straftat, Basel u.a. 2000.

Seebass Gottfried, Das Rätsel der Freiheit. Der Freiheitsbegriff in der Praktischen Philosophie, in: Martin Laube (Hrsg.), Freiheit, Tübingen 2014, S. 211ff.

Seelmann Kurt, Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) über „Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle“, 30.05.2018 S. 6ff., abrufbar unter: [gutachten-fortpflanzungsmedizin-für-alle.pdf](#)

Stratenwerth Günter, Freiheit und Gleichheit. Ein Kapitel Rechtsphilosophie, Bern 2007.

Streng-Baunemann Anne Franziska, Strafrechtliche Grenzen der Rationierung medizinischer Leistungen. Zugleich ein Beitrag zum „Dogma vom Höchstwert des menschlichen Lebens“ und zum „Grundsatz vom Vorrang von Personwerten vor Sachinteressen“, Berlin 2016.

Sydow Gernot, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin, in: Gleichheit, Vielfalt, technischer Wandel, hrsg. von der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Tagung Bonn, 3.-6. Oktober 2018, Band 78, Berlin/Boston 2019, S. 361ff.

Tschentscher Axel, Kommentierung zu Art. 10 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Wagner Anna-Katharina, Die Fortpflanzungsmedizin auf dem Prüfstand der europäischen Dienstleistungsfreiheit, Berlin 2018.