

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Kurt Seelmann

Gutachten im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit
über
„Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?“

Basel, April 2018

Abstract

Das Gutachten geht der Frage nach, ob es aus rechtsphilosophischer Sicht gute Gründe gibt, den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin wie bisher personell zu beschränken oder aber für alle, einschliesslich gleichgeschlechtliche Paare, Frauen nach der Menopause und Alleinstehende, zu öffnen. Nach Prüfung einiger Vorfragen, etwa zur Anwendbarkeit des Kindeswohl-Kriteriums auf noch gar nicht Gezeugte, was bejaht wird, erörtert das Gutachten den Meinungsstand zum Kindeswohl bei Zugang zur „Fortpflanzungsmedizin für alle“. Dabei zeigt sich, dass es für die Beurteilung der Verletzung des Kindeswohls einer Zweifelsregel bedarf. Die Begründungslast trägt, wer für ein Verbot des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin plädiert. Für den Fall, dass man eine solche Verletzung des Kindeswohls bejaht, muss eine Kollisionsregel zwischen Kindeswohl und Fortpflanzungsfreiheit aufgestellt werden. Hier hat der Gesetzgeber eine gewisse Beurteilungsfreiheit für die Festlegung einer Gefahr, muss aber jede Ausnahme von der Fortpflanzungsfreiheit begründen. Die anschliessend zu stellende Frage, ob bereits aus rechtstheoretischen Gründen – wegen des ursprünglichen Verständnisses der Fortpflanzungsfreiheit als eines Abwehrrechte – eine Beschränkung des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin notwendig ist, wird verneint. An dieser Stelle geht es im Sinne eines obiter dictum auch kurz um ein Leistungsrecht als Folge des Zugangsrechts. Abschliessend wird gefragt, ob sich die Fortpflanzungsmedizin auf die Behebung „natürlicher“ Hindernisse für die Fortpflanzung, wie etwa Sterilität, beschränken oder auch darüber hinaus gehende Verbesserungen („Enhancement“) anstreben sollte. Auch hierfür wird auf das Kindeswohl sowie auf die angeführte Zweifels- und Kollisionsregel abgestellt.

Inhalt

I. Einführung	4
1. Zum Gutachten.....	4
2. Derzeitige Rechtslage beim Zugang zur Fortpflanzungsmedizin.....	4
3. Verfassungsrechtliche Grundlagen	5
II. Was spricht für und gegen Restriktionen beim Zugang zur Fortpflanzungsmedizin?	8
1. Das Kindeswohl und die Frage der Zweifels- und Kollisionsregelung	8
a) Ist keinerlei Kontrolle bei natürlicher Zeugung ein Gerechtigkeitsargument?	9
b) Ist es sinnlos oder methodisch falsch, vor der Zeugung nach dem Kindeswohl zu fragen?.....	10
c) Meinungsstand zum Kindeswohl bei gleichgeschlechtlichen sowie bei alleinerziehenden Eltern und Eltern im fortgeschrittenen Alter	12
d) Zweifels- sowie Kollisions- und Vorrangregeln.....	14
i. Zweifelsregel zur Verletzung des Kindeswohls.....	14
ii. Kollisions- und Vorrangsregeln für das Verhältnis von Fortpflanzungsfreiheit und Kindeswohl	15
2. Beschränkung im Personenkreis bei einem Abwehrrecht oder gar Ausweitung zu einem Leistungsrecht?	17
a) Personelle Beschränkungen aus dem Typus des Abwehrrechts?	18
b) Leistungsrechte.....	20
i. „Originäre Leistungsrechte“	21
ii. „Derivative Leistungsrechte“ bei Monopolisten	21
iii. „Derivative Leistungsrechte“ auf Kostenersatz.....	22
3. Beschränkung des Zugangs auf die „Herstellung des natürlichen Zustands“?	23
a) Berufung auf „Natürlichkeit“ in der Fortpflanzungsmedizin „paradox“?.....	23
b) Die bisherige Enhancement-Debatte in der Fortpflanzungsmedizin	25
c) Fortpflanzungsfreiheit als Recht auch auf Enhancement?	25
III. Zusammenfassung	27
IV. Literatur	29

I. Einführung

1. Zum Gutachten

Das vorliegende vom Bundesamt für Gesundheit in Auftrag gegebene Gutachten widmet sich der Frage, ob es gute Gründe dafür gibt, die derzeit im Schweizer Recht vorhandenen Zugangsbeschränkungen zur Fortpflanzungsmedizin ganz oder teilweise aufrecht zu erhalten. Die Alternative wäre, diese Beschränkungen aufzuheben und einen Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle, insbesondere auch gleichgeschlechtliche Paare, ältere Frauen und Alleinstehende, zu ermöglichen.¹ Das Gutachten orientiert sich also in seinen Richtigkeitskriterien nicht am geltenden Recht. Es bemüht sich vielmehr um mögliche rechtsphilosophische Begründungen für und gegen dieses geltende Recht, gibt also rechtsphilosophisch begründete Empfehlungen für eine Änderung oder Beibehaltung des geltenden Rechts. Da rechtsphilosophische Prinzipien bei der Lösung einzelner Probleme nicht immer zu eindeutigen Lösungen führen, wird im Vordergrund die Strukturierung von Problemebenen und die Eröffnung von Perspektiven stehen. Mitunter werden auch mehrere vertretbare Lösungen nebeneinander bestehen bleiben.

2. Derzeitige Rechtslage beim Zugang zur Fortpflanzungsmedizin

Nach derzeitigem Recht gibt es mehrere Beschränkungen beim Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für eine Vielzahl von Personen. Keinen Zugang haben Personen, die nicht in einer stabilen heterosexuellen Beziehung leben oder nicht die Gewähr bieten, auf Grund ihres Alters für Pflege und Erziehung des Kindes sorgen zu können (Art. 3 Abs. 2 lit. a und b FMedG²). Für die Samenspende gilt sogar das Erfordernis der Ehe (lit. c). Zusätzlich sind (nur) anders nicht behebbare Unfruchtbarkeit oder die Gefahr der Vererbung einer schweren Krankheit Voraussetzungen für den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin (Art. 5 Abs. 1 FMedG). Männlichen gleichgeschlechtlichen Paaren ist bereits durch das Verbot der Leihmutterschaft (Art. 119, Abs. 2, lit. c BV) dieser Zugang zur Fortpflanzungsmedizin derzeit verschlossen.

Solche Restriktionen zu Lasten bestimmter Paare oder auch Einzelpersonen sind heute sehr umstritten und werden mitunter in grossen Teilen der juristischen und rechtsethischen Literatur als nicht mehr ganz zeitgemäss angesehen. Zum Teil wird zur Begründung dieser kritischen Haltung darauf hingewiesen, dass die Fortpflanzungsmedizin sich in den letzten Jahren weiterentwickelt habe und so andere und neue Probleme schaffe, aber auch neue Möglichkeiten zur Verfügung stelle.³ Zum Teil bestehen aber auch deshalb Zweifel an der bisherigen Regelung des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin, weil die Anschauungen in der Gesellschaft

¹ „Verfassungsrechtlich auf dünnem Eis“ bewegt sich der Gesetzgeber nach Auffassung von Thomas Gächter/Bernhard Rütsche, Gesundheitsrecht. Ein Grundriss für Studium und Praxis, 4. Aufl., Basel 2018, Rn. 513, mit seiner Orientierung der Zugangsregel an „normalen Familienverhältnissen“. Heidi Simoni, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten „Kindeswohl, Familie und Elternschaft“ im Fortpflanzungsmedizingesetz, Gutachten im Auftrag des BAG, S. 82, meint zum FMedG: „Das Gesetz stützt sich bei seiner Ausrichtung am Kindeswohl teils auf Annahmen über Elternschaft und Familie, die aktuellen Erkenntnissen nicht standhalten und/oder im Widerspruch zu gesellschaftlichen Veränderungen und zur aktuellen Realität von Kindern, Familien und Elternschaft stehen.“

² SR 810.11

³ In den letzten drei Jahrzehnten „haben sich auf dem Gebiet der Embryologie wesentlich neue wissenschaftliche Erkenntnisse ergeben“, so zur ähnlichen Situation in Deutschland Henning M. Beier u.a., Ein Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, Diskussion Nr. 13, Oktober 2017 der Leopoldina – Nationale Akademie der Wissenschaften, S. 6.

sich verändert hätten⁴ und das Weiterbestehen von Restriktionen einer Diskriminierung neuer Familienformen gleich käme.⁵ Man beruft sich zugunsten einer Änderung im Sinne einer Aufhebung einzelner oder aller Restriktionen insbesondere auf die individuelle Freiheit der Fortpflanzung. Zugunsten der Beibehaltung der Restriktionen wird gewöhnlich primär das „Kindeswohl“ angeführt. Diese Thematik wird deshalb auch im Folgenden genauer zu untersuchen sein.

Keine grosse Rolle dürften in der Auseinandersetzung demgegenüber unterschiedliche Verständnisse des Schutzes der Familie spielen, wie er in der Bundesverfassung (Art. 14 BV) und im Fortpflanzungsmedizingesetz (Art. 1 Abs. 2 FMedG) – und schon in diesen beiden Gesetzgebungswerken auf unterschiedliche Weise – festgehalten wird. Selbst wenn der historische Gesetzgeber unter „Familie“ ein Zusammenleben von Vater, Mutter und Kind(ern) verstanden hat, wäre nach den üblichen Regeln der Gesetzesauslegung das Abstellen auf die Auffassung des historischen Gesetzgebers doch nur eine von mehreren Auslegungsmethoden. Eine Orientierung am Wortlaut, also am üblichen Sprachgebrauch, würde heute auch anders zusammengesetzte „Regenbogenfamilien“ zu den „Familien“ zählen. Auch eine systematische Auslegung, die nach der Verwendung des Begriffs auch in anderen gesetzlichen Zusammenhängen sucht, lässt solche Spielräume der Interpretation offen. Und schliesslich würde auch eine Auslegung, die sich am heutigen Sinn und Zweck des Begriffs „Familie“ ausrichtet, die „Regenbogenfamilien“ als schützenswert hinzurechnen. Schliesst allein die Auffassung des historischen Gesetzgebers ein bestimmtes weiteres Verständnis eines Begriffs aus, lassen die drei anderen Auslegungsmethoden das weitere Verständnis aber zu, so spricht die Mehrheit der Methoden für dieses weitere Verständnis.

3. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Die Verwirklichung des Kinderwunsches ist, dies erscheint weitgehend unbestritten, verfassungsrechtlich (Art. 10 Abs. 2 und 13 Abs. 1 BV) und auch in der EMRK (Art. 8 Abs. 1) unter den Gesichtspunkten der Persönlichkeitsentfaltung und des Privatlebens geschützt („Fortpflanzungsfreiheit“). Bei diesem Freiheitsrecht handelt es sich zunächst um ein Abwehrrecht, das sich aber in den genannten Fällen der Unfruchtbarkeit und der Gefahr schwerer genetischer Belastungen zu einem Recht auf Zugang zur Fortpflanzungsmedizin erweitern kann. So jedenfalls – wenn auch noch ohne nähere Begründung – formuliert es das Bundesgericht bereits in der Entscheidung BGE 115 Ia 234 von 1989: Nachdem zunächst festgehalten wird, dass bei fehlendem Zugang zur Fortpflanzungsmedizin zwar keine direkte Gefährdung der Gesundheit und der psychischen Integrität vorliege, fährt das Gericht in seinen Erwägungen fort:⁶

„Es ist indessen nicht zu verkennen, dass der Wunsch nach Kindern eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung darstellt. ... Die Beschränkung des Zugangs zu den modernen Methoden künstlicher Fortpflanzung berührt die Beschwerdeführer daher in ihrem Verfassungsrecht auf persönliche Freiheit.“

⁴ Zum gesellschaftlichen Wandel und zur „Vielfalt heutiger Familienformen“ vgl. Beier u.a. (o. Anm. 3), S. 6.

⁵ Vgl. dazu die Stellungnahme des französischen Comité Consultatif National d’Ethique pour les sciences de la vie et de la santé (ccne), Avis No. 126 (15 juin 2017), S. 37: eine solche Restriktion „pourrait stigmatiser ces nouvelles formes familiales“.

⁶ BGE 115 Ia 234 (247).

Versteht man unter „berührt“, dass eine Verletzung des Freiheitsrechts vorliegt, so fehlt doch eine genauere Begründung für die Erstreckung des Freiheitsrechts auf ein Zugangsrecht, die über die Beschreibung eines starken Bedürfnisses beim betroffenen Paar hinausgeht. Ein Ansatz zu einer Begründung für diese Erstreckung des Freiheitsrechts auf ein Zugangsrecht zu Behandlungen der Fortpflanzungsmedizin findet sich vier Jahre später in einer neuerlichen Entscheidung zur Fortpflanzungsfreiheit (BGE 119 Ia 460 von 1993). Dort formuliert das Bundesgericht:

„Der Umstand, dass die Berufung auf die persönliche Freiheit gleichzeitig die Inanspruchnahme von ärztlichen Dienstleistungen und die Mitwirkung von Dritten (nämlich Ärzten und evtl. Spendern) mit sich bringt, ändert nichts daran, dass die ungewollte Kinderlosigkeit von den Betroffenen als schwere Belastung und Beeinträchtigung in einer zentralen Sinngebung des Lebens erlebt wird.“⁷

Der Übergang vom Akt der Fortpflanzung (oder vom Verzicht darauf) als Gegenstand des Freiheitsrechts im Sinne eines Abwehrrechts zu einem Recht auf Nutzung der fortpflanzungsmedizinischen Infrastruktur wird hier wie in der davorliegenden Entscheidung durch folgende Überlegungen lediglich angerissen:

„Das (sc. das Betroffensein in einem Freiheitsrecht, K.S.) gilt für Personen, die aus organischen Gründen keine Kinder haben können oder für die eine natürliche Zeugung wegen genetischer Belastung oder angesichts gesundheitlicher Risiken für die Kinder... nicht verantwortbar erscheint.“⁸

So gesehen sind es die Unfruchtbarkeit der Betroffenen oder die Unzumutbarkeit der natürlichen Zeugung insbesondere im Falle einer genetischen Belastung, die eine Übertragung und Ausweitung des grundlegenden Rechts auf freie Fortpflanzung erweitern und auch ein Recht auf Zugang zur Fortpflanzungsmedizin annehmen lassen.⁹ Grund für diese Ausweitung des Rechts ist, dass dieses Recht von bestimmten Personen auf andere Weise überhaupt nicht wahrgenommen werden kann. Will man diesem Personenkreis das Recht auf freie Fortpflanzung dennoch zukommen lassen, muss es entsprechend erweitert werden. Welcher Personenkreis in den Genuss des Zugangsrechts kommen soll, wird vom BGer dabei aber nicht erörtert.

Genau diese Frage gilt es aber nun zu klären: Folgt aus der „Fortpflanzungsfreiheit“ in einer wie angegeben erweiterten Dimension auch über diesen Personenkreis mit Unfruchtbarkeit

⁷ BGE 119 Ia 460 (475f.), wobei sich diese Passage gegen einen Beitrag von Hegnauer (Cyril Hegnauer, künstliche Fortpflanzung und persönliche Freiheit. Bemerkungen zu BGE 115 Ia 246ff Erw. 5 und 6 (=ZBl 91/1990, 68ff.), in: ZBl 92/1991, 341ff.) wendet, der bei der heterologen Insemination nur das Persönlichkeitsrecht des genetischen Vaters betroffen sieht und nicht eine im Sinn des Gerichts „Elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung“ Dritter einschliesslich des sozialen Vaters berücksichtigt, vgl. Hegnauer, S. 343.

⁸ BGE 115 Ia 234, 257; 119 Ia 460, 475.

⁹ Bernhard Rüttsche, Eugenik und Verfassung. Regulierung eugenischer Wünsche von Eltern im freiheitlichen Rechtsstaat, ZBl 6/2010, 297ff. (312).

und genetischen Risiken hinaus ein Recht für *alle* auf Zugang zu Behandlungen durch die Fortpflanzungsmedizin? Zählen dazu auch z.B. Alleinstehende, Frauen und Männer in gleichgeschlechtlichen Beziehungen oder Frauen in einem Alter jenseits der natürlichen Empfängnis- und Gebärfähigkeit? Oder gibt es gute Gründe für eine weiterhin nur restriktive Zulassung zur Fortpflanzungsmedizin? Oder sind wenigstens einzelne Restriktionen gut begründbar? Dazu soll das hier vorliegende Gutachten aus rechtsphilosophischer Sicht Stellung nehmen. Die Argumente pro und contra werden gleichermassen herangezogen und vertretbare Argumente aller Seiten werden berücksichtigt.

II. Was spricht für und gegen Restriktionen beim Zugang zur Fortpflanzungsmedizin?

Insbesondere die folgenden Problemkreise sind zum Zweck einer Beantwortung der Ausgangsfrage nach der Begründbarkeit von Restriktionen in der Fortpflanzungsmedizin zu erörtern: Auszugehen (vgl. unten 1.) ist zunächst vom „Kindeswohl“, das im FMedG in Art. 3 Abs. 1 als Orientierungspunkt der gesamten Fortpflanzungsmedizin besonders herausgestellt wird und in seinem Verhältnis insbesondere zu den Elternrechten bestimmt werden muss. Gerade dieses „Kindeswohl“ ist es, das Befürwortern weiterhin geltender Restriktionen beim Zugang zur Fortpflanzungsmedizin als wichtiges Argument dient. Kann, so muss also vorab gefragt werden, ein Zugang zur Fortpflanzungsmedizin mit weniger oder gar keinen Restriktionen, also eben der Zugang im Grenzfall für *alle*, in bestimmten Fällen das Kindeswohl beeinträchtigen?

Weiter ist zu begutachten (dazu unten 2.), ob sich aus der Qualität der „Fortpflanzungsfreiheit“ als eines auf Freiheit gerichteten *Abwehrrechts* im Hinblick auf den Personenkreis Einschränkungen für ein Zugangsrecht zu den Behandlungen der modernen Fortpflanzungsmedizin ergeben können. Wenn nicht, so könnte, ganz im Gegenteil, in bestimmten Grenzen gar ein Leistungsrecht die notwendige Konsequenz eines Abwehrrechts sein.

Schliesslich bleibt zu untersuchen (unten 3.), ob mit Hilfe eines „Natürlichkeitsarguments“ Zugangsbeschränkungen zur Fortpflanzungsmedizin damit begründet werden könnten, dass die Fortpflanzungsmedizin nur zur Herstellung eines „natürlichen“ Zustands, eingesetzt werden sollte. Dann würde sich der Zugang weiterhin auf Fälle von Sterilität oder Gefahr der Vererbung einer schweren Krankheit beschränken. Die Fortpflanzungsmedizin dürfte dann nicht zu einer Erfüllung des Kinderwunsches bei Personen Verwendung finden, denen die Erfüllung des Kinderwunsches auf die übliche Weise nur wegen ihrer Lebensform (gleichgeschlechtliche Partnerschaft oder Alleinleben) oder ihres (höheren) Alters erschwert oder verwehrt wäre.

1. Das Kindeswohl und die Frage der Zweifels- und Kollisionsregelung

Zunächst ist die Frage nach einem Zugangsrecht aller zu Behandlungen der Fortpflanzungsmedizin am Kriterium der Gewährleistung des Kindeswohls (Art. 3 Abs. 1 FMedG) zu überprüfen. Dieses Kindeswohl ist ein für die Fortpflanzungsmedizin zentrales gesetzliches und auch de lege ferenda überwiegend anerkanntes Erfordernis. Es ist also in diesem ersten Abschnitt zu ergründen, welche Zugangsrestriktionen sich aus dem vom Gesetz und auch in der wissenschaftlichen Literatur in den Vordergrund gestellten Gesichtspunkt des Kindeswohls ergeben können. Orientierung am Kindeswohl ist hierbei im Sinne einer (wo möglich) Vermeidung psychosozialer Belastungen und körperlicher Probleme im künftigen Leben des Kindes zu verstehen. Um des Kindeswohls willen sind Lebensumstände zu gewährleisten, die

eine ideale Voraussetzung für Wohlbefinden und gedeihliche Entwicklung des Kindes schaffen.¹⁰ Zu berücksichtigen ist dabei u.a. der Wille des Kindes und zu gewährleisten sind die elterliche Fürsorge und Zuneigung sowie stabile und kontinuierliche Beziehungen.¹¹

Im hier vorliegenden Kontext der Zugangsproblematik wären nur solche im Interesse des Kindeswohls stehende Restriktionen des Zugangs von Bedeutung, die sich aus der Zusammensetzung des Kreises der familiären Betreuungspersonen für das Kind ergeben. Konkret gilt es zu fragen: Ist es mit dem Kindeswohl im beschriebenen Sinn vereinbar, dass ein Kind mit dem Ziel des Aufwachsens bei zwei männlichen oder zwei weiblichen Eltern gezeugt wird? Ist es weiter mit dem Kindeswohl vereinbar, dass eine fortpflanzungsmedizinische Zeugung des Kindes mit dem Zweck erfolgt, es bei einer alleinstehenden oder bereits betagten und das Kind mit Wahrscheinlichkeit nur noch wenige Jahre begleitenden Person aufwachsen zu lassen?¹²

Zunächst sind zwei Vorfragen zu beantworten, welche das Fehlen einer Kontrolle bei der natürlichen Zeugung (unten a) sowie die vom Kindeswohl indizierte Alternative zur fortpflanzungsmedizinischen Zeugung (unten b) betreffen.

a) Ist keinerlei Kontrolle bei natürlicher Zeugung ein Gerechtigkeitsargument?

Die Frage, ob der Grundsatz des Kindeswohls in neuartigen familiären Konstellationen hinreichend Beachtung findet, könnte sich u.U. ausnahmslos mit „ja“ beantworten oder schon als Frage gänzlich abweisen lassen. Denn bei einer natürlichen Zeugung dürfen irgendwelche Absichten und Planungen zum Aufwachsen des Kindes die Fortpflanzungsfreiheit keineswegs schmälern. Deshalb könnte es ungerecht erscheinen, solche Absichten oder Planungen bei der Zeugung mit Hilfe der Fortpflanzungsmedizin dann doch zu Lasten der Eltern zu berücksichtigen. Bei einer natürlichen Zeugung kann einer der Elternteile, ja es können gar beiden Eltern am Kind uninteressiert und sogar gegen ein Kind negativ eingestellt sein. Dennoch dürfte die öffentliche Gewalt in keinerlei Weise versuchen, mit dieser Begründung die Zeugung zu verhindern. Wie könnte sie dann aber den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin beschränken dürfen?

Die beiden Verfahren – die natürliche Zeugung und die durch die Fortpflanzungsmedizin unterstützte Zeugung – unterscheiden sich in zwei für Freiheit und Kontrolle fundamentalen Punkten.

¹⁰ In diesem Sinn Andrea Büchler/Sandro Clausen, Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl! Kindeswohl und Fortpflanzungsmedizin? In: FamPra.ch 2014, 231ff., 242f., 237, die aber S. 264ff. den Kindeswohlbegriff für problematisch auf dem Feld der Fortpflanzungsmedizin halten und sich lieber an der Autonomie der Patienten orientieren wollen.

¹¹ Esther Amstutz/Thomas Gächter, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin. Verfassungs-, gesundheits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, Jusletter vom 31. Januar 2011, Rz. 38. Zu den Schwierigkeiten der Bestimmung des Kindeswohls Gertrud Nunner-Winkler, Zur Bestimmung des Kindeswohls, in: Johannes Drerup/Christoph Schickhardt (Hrsg.), Kinderethik. Aktuelle Perspektiven – klassische Problemvorgaben, Paderborn 2017, S. 49ff. Vgl. auch die Zusammenfassung bei Heidi Simoni, S. 76: „Ein am Wohl des Kindes ausgerichtetes Handeln ist dasjenige, welches die an den Grundrechten und Grundbedürfnissen von Kindern orientierte, für das Kind jeweils günstigste Handlungsalternative wählt.“ Simoni (o. Fn. 1), S. 76, beruft sich hierfür auf Maywald, 2009.

¹² Die – diesen Zugang letztlich befürwortende - Stellungnahme des französischen ccne (vgl. o. Anm. 5) untersucht bei gleichgeschlechtlichen Eltern nur solche mit zwei weiblichen Elternteilen.

Der Unterschied zwischen dem Recht auf natürliche Zeugung und dem Recht auf Zugang zur Fortpflanzungsmedizin besteht zunächst in Folgendem: im Fall der heterologen Insemination und im Fall der (derzeit in der Schweiz rechtlich noch nicht erlaubten) Leihmutterchaft will von den genetischen Eltern jeweils ein Elternteil in aller Regel und von vornherein nicht langfristig für das Kind die Verantwortung tragen. Die bei diesen Vorgehensweisen der Fortpflanzungsmedizin geringere Bereitschaft zur Übernahme der Verantwortung für das Kind durch jeweils einen genetischen Elternteil könnte es rechtfertigen, schon für den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, anders als bei der natürlichen Zeugung, das (künftige) Kindeswohl als Zugangsvoraussetzung zu untersuchen. Dagegen spricht allerdings, dass es für das Kindeswohl stärker auf die Verantwortungsübernahme durch die sozialen Eltern ankommt, über deren geringeres Ausmass verglichen mit dem Fall leiblicher Elternschaft nichts bekannt ist.

Ein anderer wohl gewichtigerer Unterschied zwischen natürlicher Zeugung und Behandlung durch die Fortpflanzungsmedizin liegt darin, dass im Fall der natürlichen Zeugung die Intimsphäre geschützt und einer staatlichen Regelung deshalb unzugänglich ist, während bei der Fortpflanzungsmedizin ein Arzt oder eine Ärztin eingeschaltet werden muss und so die Materie für den Gesetzgeber zugänglich und, was damit zusammen hängt, auch ohne Eingriff in die Intimsphäre kontrollierbar wird.¹³ Die Relevanz dieses Unterschieds reicht aber nur so weit, dass aus der Erlaubtheit der natürlichen Zeugung allein nicht schon bei ansonsten gleicher Situation auf die Akzeptabilität der fortpflanzungsmedizinisch unterstützten Zeugung geschlossen werden kann.

Das Erlaubtsein bei der natürlichen Zeugung kann sich also aus speziellen Umständen (hier: Schutz der Intimsphäre) ergeben, die im „künstlichen“ Parallelfall nicht gegeben sind. Ob den Erfordernissen des Kindeswohls genüge getan wird, ist deshalb bei fortpflanzungsmedizinischer Behandlung auch dann separat und eigenständig zu untersuchen, wenn eine bestimmte familiäre Konstellation auch in der Folge natürlicher Zeugung hätte zustande kommen können.

b) Ist es sinnlos oder methodisch falsch, vor der Zeugung nach dem Kindeswohl zu fragen?

Bei der Beantwortung der Frage, ob das Prinzip des Kindeswohls Restriktionen für den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin legitimieren kann, gilt es noch eine weitere Vorfrage zu klären. Käme man im Hinblick auf die eine oder andere Restriktion zu dem Ergebnis, dass sie vom Prinzip des Kindeswohls gefordert werden könnte, so müsste man nach der Alternative fragen: In welcher Situation würde das jeweilige Kind sonst leben? Da es um den (für die Betroffenen notwendigen) Zugang zur Fortpflanzungsmedizin geht, der bei der entsprechenden Restriktion nicht besteht, wäre die Alternative die schlichte Nichtexistenz des Kindes. Ob für den Fall einer dem Kindeswohl voraussichtlich abträglichen Situation die Fragestellung als eine ihrer Alternativen die Nichtexistenz haben darf (Würde dieses Kind besser nicht gezeugt?) und ob diese Nichtexistenz überhaupt sinnvoller Weise und methodisch korrekt in eine Abwägung eingehen dürfte, erscheint umstritten.

¹³ Michaela Lehmann, Die In-vitro-Fertilisation und ihre Folgen. Eine verfassungsrechtliche Analyse, Frankfurt a.M. u.a., S. 204.

Es entspreche, so wird auf der einen Seite gesagt, auf jeden Fall mehr dem Wohl des Kindes, gezeugt zu werden als gar nicht zu existieren.¹⁴ Von Restriktionen beim Zugang zur Fortpflanzungsmedizin sei schon deshalb abzusehen. Diese Position entspricht antiker Ethik, wonach das Sein *ceteris paribus* immer besser sei als das Nichtsein - eine Alternative, die ein Nichtsein zum Gegenstand habe, sei deshalb notwendig immer zugunsten des Seins zu lösen. Eine solche Position ist auf der Basis einer modernen, seit der frühen Neuzeit vorherrschenden Ethik kaum mehr zu halten und zum mindesten nicht so zwingend, dass man bei dieser Alternative „Nichtsein“ die Frage nach dem Kindeswohl ausklammern und jegliche familiäre Situation ohne weiteres akzeptieren müsste. Moderne Ethik fragt für ihre Entscheidungen nach der Situation beim konkreten Individuum, nach dessen Autonomie, dessen Willen, dessen Wohl oder dessen Interesse. Auch die moderne Ethik der Fortpflanzungsmedizin orientiert sich an der individuellen Fortpflanzungsfreiheit und am individuellen Kindeswohl und nicht an Kollektivwerten wie der Gesamtsumme von Sein oder von seienden Wesen. Die moderne Ethik der Fortpflanzungsmedizin ist so z.B. nicht an einer kollektiven Erbgesundheit und damit „positiver Eugenik“, sondern an einer vom Willen der individuellen Eltern abhängigen „negativen“ Eugenik interessiert. Eine solche moderne Ethik löst auch diejenigen Fragen aus individueller Perspektive, über die das Individuum selbst nicht entscheiden kann. Die Entscheidung fällt dann in advokatorischer Vertretung. Ein Sein muss dabei nicht immer dem Nichtsein vorzuziehen sein¹⁵ - es ist also durchaus möglich, dass sachlich begründete Aussagen darüber getroffen werden, ob gemessen an individuellen Interessen eine Zeugung besser überhaupt nicht stattfinden sollte.

Andere weisen die Frage, ob eine Zeugung dem Kindeswohl zuwiderlaufen könne, mit einem methodischen Argument ab: Die Zeugung eines Kindes könne diesem nur schaden, wenn die zu erwartende Beeinträchtigung seines Wohls im Fall des Lebens schwerer wiege als die subjektive Beeinträchtigung bei Nichtexistenz – eine Situation, die aber keine Erfahrungstatsache sei. So lasse sich ein Schaden im Sinn subjektiven Erlebens für das künftig gezeugte Kind mangels empirischer Grundlagen nicht bestimmen und auch ein Interesse, nicht gezeugt zu werden, könne folglich nicht bestehen.¹⁶ Jedoch muss der Schaden ja gar nicht aus einer solchen Gegenüberstellung subjektiver Empfindungen bestimmt werden. Eine Schädigung dürfte man für sich genommen und ohne einen Vergleich schon darin sehen, dass für jemanden unzumutbare Beeinträchtigungen des Wohls im Fall künftiger Existenz drohten.¹⁷ Ist das Kindeswohl voraussichtlich in dieser Weise unzumutbar beschnitten, bedarf es zur Festsetzung einer Schädigung keines weiteren Vergleichs.

¹⁴ Dazu Mathias Kuhn, *Recht auf Kinder? Der verfassungsrechtliche Schutz des Kinderwunschs*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 227, sowie Ulrich Gassner u.a., *Fortpflanzungsmedizinengesetz. Augsburg-Münchner Entwurf*, Tübingen 2013, S. 38f.

¹⁵ Vgl. zur Unterscheidung Ulrich Steinvorth, *Klassische und moderne Ethik. Grundlinien einer materialen Moraltheorie*, Reinbek 1990. Dort zur klassischen Ethik S. 118ff., zur modernen Ethik S. 62ff.

¹⁶ Vgl. zum Folgenden einerseits Bernhard Rütsche, *Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität. Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis*, Zürich/St. Gallen 2009, S. 523, bzw. Bijan Fateh-Moghadam, *Genome Editing als strafrechtliches Grundlagenproblem*, *medstra* 2017, 146ff., 152 (gegen die Berücksichtigung hypothetischer Interessen) und andererseits Reinhard Merkel, „Wrongful birth – wrongfull life“, *Die menschliche Existenz als Schaden? In: Ulfrid Neumann/Lorenz Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, ARSP-Beiheft 74*, Stuttgart 2000. S. 172ff., 185f. (für die Berücksichtigung hypothetischer Interessen).

¹⁷ In diesem Sinn Merkel, a.a.O.

Der methodische Zweifel an der Bestimmbarkeit einer Schädigung im Fall der Nichtexistenz widerspricht auch den sonst von uns durchaus vorgenommenen Prognosen zur hypothetischen Situation etwa bei schwerst leidenden Neugeborenen. Dort geht es um Prognosen, in denen wir bei Entscheidungen über passive Sterbehilfe durchaus die Nichtexistenz zu körperlichen Beeinträchtigungen in eine Beziehung stellen. Wir tun dies, obwohl wir auch in diesem Fall über die Nichtexistenz keine weitere eindeutige Aussage treffen und uns auch nicht an subjektiven Präferenzen orientieren können. Dasselbe gilt bei der rechtsethischen Berücksichtigung künftiger Generationen, von der wir uns auch nicht deshalb abhalten lassen, weil diese künftigen Generationen nur hypothetisch existieren. Bei allen Unterschieden der Fallkonstellationen ist nur wichtig, hier einzugestehen, dass wir nicht generell im Umgang mit menschlichem Leben nur Erfahrungstatsachen auf der Basis tatsächlich gemachter Erfahrungen abwägen.

Dass von vornherein für die Frage des Kindeswohls die Nichtexistenz gegenüber der Existenz nicht abgewogen werden dürfe oder könne, trifft also nicht zu und wird von uns in ähnlichen Konstellationen auch nicht zugrunde gelegt.

c) Meinungsstand zum Kindeswohl bei gleichgeschlechtlichen sowie bei alleinerziehenden Eltern und Eltern im fortgeschrittenen Alter

Eine ausführliche Debatte findet sich in der Literatur nur zu gleichgeschlechtlicher Elternschaft. Diese wird deshalb auch hier im Vordergrund stehen – zu anderen familiären Konstellationen wie der Situation alleinerziehender Eltern oder älterer Frauen folgen kurze Bemerkungen.

Zunächst ist der Meinungsstand zur Frage der Berücksichtigung oder der Beeinträchtigung des Kindeswohls in neuen familiären Formen zu eruieren. In der wissenschaftlichen Literatur zum Kindeswohl bei gleichgeschlechtlicher Betreuung des Kindes (gleichgeschlechtlicher Elternschaft) dürfte klar die vorherrschende Meinung sein, dass entgegen mitunter bestehenden Annahmen in der Alltagswelt „Kinder, die in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften aufwachsen, keine Nachteile in ihrer Entwicklung erleiden.“¹⁸ Im Hinblick auf die Kriterien Geschlechtsidentität, sexuelle Orientierung, Geschlechterrollenverhalten und Stigmatisierung unterschieden sich die von gleichgeschlechtlichen Eltern aufgezogenen Kinder nicht wesentlich von anderen Kindern¹⁹ – die verfügbaren Untersuchungen zur Kindesentwicklung entkräfteten, so ist vielfach in der einschlägigen Literatur zu lesen, die Bedenken gegen eine gleichgeschlechtliche Elternschaft.²⁰ Die „quasi-totalité“ der einschlägigen Untersuchungen

¹⁸ Büchler/Clausen (o. Anm. 10), S. 251. Vgl. dort auch den Überblick über den Meinungsstand. Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht schließt sich nach Anhörung „sachkundiger Auskunftspersonen“ dieser Auffassung an, vgl. BVerfG 1 BvR 3247/9: „Es ist davon auszugehen, dass die behüteten Verhältnisse einer eingetragenen Lebenspartnerschaft das Aufwachsen von Kindern ebenso fördern können wie die einer Ehe (...)“. Dazu Philipp Reiner/Matthias Jestaedt, Anm. zu BVerfG BvR 3247/9, in: JZ 2013, 468ff., 469.

¹⁹ Büchler/Clausen (o. Anm. 10), S. 252, vgl. auch den Überblick bei Christian Müller-Götzmann, *Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft. Eine arztrechtliche Untersuchung zur Zulässigkeit fortpflanzungsmedizinischer Massnahmen bei gleichgeschlechtlichen Partnerschaften*, Berlin 2009, S. 61ff.

²⁰ Müller-Götzmann (o. Anm. 19), S. 74. In Deutschland beruft man sich hierfür zumeist auf Marina Rupp (Hrsg.), *Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften*, Köln 2009, S. 281ff., wo ausgeführt wird („Zusammenfassung“ von Marina Rupp und Pia Bergold, S. 281ff.), dass die Beziehungsqualität und die psychische Entwicklung der Kinder in

bei solchen Kindern, die mit gleichgeschlechtlichen Eltern aufwachsen, zeige „pas davantage de problèmes que les autres enfants.“²¹ Die Zulassung gleichgeschlechtlicher Eltern zur Fortpflanzungsmedizin wäre danach mit guten Gründen zu fordern.

Kritisch steht einem solchen Unterfangen allerdings die Botschaft zum ursprünglichen FMedG (noch vor seiner Revision im Jahr 2017) gegenüber, die ausgehend von traditionellen Rollen-Vorbildern der Auffassung ist, es sei „von der Natur vorgegeben“,²² dass ein Kind Vater und Mutter habe. Das ist durchaus insofern normativ gemeint, als Beschränkungen des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin, eben die derzeit geltenden Beschränkungen, mit dieser Aussage legitimiert werden sollen. Auch die Botschaft zu Art. 24 novies aBV hält es für entscheidend, „dass die medizinisch unterstützte Fortpflanzung nicht zu Familienverhältnissen führen sollte, die von dem, was sonst natürlich möglich ist, abweichen.“²³

Es gibt ausserdem auch Zweifel in methodischer Hinsicht („Anzahl der Stichproben ist oft nicht sehr gross“²⁴) an den modernen „Kein-Unterschied“-Studien, die das Kindeswohl beim Zugang für alle zur Fortpflanzungsmedizin gewahrt sehen. Auch aus der Sicht von prinzipiellen Befürwortern eines Kindschaftsverhältnisses von gleichgeschlechtlichen Paaren „trüben“ in manchen neueren Veröffentlichungen, die gleichgeschlechtlichen Paaren den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin öffnen wollen, „persönliche Weltanschauungen die wissenschaftliche Argumentation“²⁵. Weiter wird gegenüber diesen Studien mitunter eingeworfen, „die Datelage über Kinder und Elternschaft im Zusammenhang mit gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften“ sei „insgesamt sehr dürftig.“²⁶

Auch inhaltliche Kritik findet sich an den neueren Forschungen und es gibt empirische Forschungen und Stellungnahmen, die aus dem angegebenen Rahmen zu fallen scheinen. So wird auf der Basis einer Untersuchung an mehr als 200 000 Kindern festgestellt, dass Kinder in gleichgeschlechtlichen Familien mehr als doppelt so oft wegen psychischer/emotionaler Probleme den Arzt aufsuchten (9,3% versus 4,4%) und auch ADHS bei solchen Kindern doppelt so häufig vertreten sei.²⁷ Man wird allerdings mit diesen Zahlen und insbesondere dem Schluss auf eine Beeinträchtigung des Kindeswohls sehr vorsichtig umgehen müssen – wäre

gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften sich wenig von der in traditionellen Familien unterscheide (S. 305) und es keine Benachteiligungen in der Bindungsentwicklung gebe (S. 307), allerdings eine Diskriminierung durch Gleichaltrige erfolge (S. 307).

²¹ Alexandre Lombard, La filiation pour les couples de même sexe de l'angle du bien de l'enfant, in: FamPra.ch 2017, S. 725ff., 731.. Vgl. auch die Zusammenfassung bei Simoni (o. Fn. 1), S. 82: „Der Ausschluss gleichgeschlechtlicher Eltern von der Nutzung medizinisch unterstützter Fortpflanzung lässt sich auf der Basis empirischer Erkenntnisse zum Aufwachsen und zur Entwicklung von Kindern mit einem gleichgeschlechtlichen Elternpaar nicht begründen.“

²² Botschaft zum FMedG, BBl. 1996, 205ff. (250).

²³ Botschaft zu Art. 24 novies aBV, BBl 1989 III, S. 254.

²⁴ Mareike Dittberner, Lebenspartnerschaft und Kindschaftsrecht. Die rechtliche Situation gleichgeschlechtlicher Paare unter besonderer Berücksichtigung kindschaftsrechtlicher Regelungen, Frankfurt a.M. u.a. 2004, S. 155, wo auch darauf hingewiesen wird, dass die Gewinnung der Ergebnisse in manchen neueren Forschungen nicht nach dem Zufallsprinzip, sondern durch gezielte Ansprache erfolgt ist und von dem Interesse „gefärbt“ sei, „die Gleichwertigkeit homosexueller Elternschaft zu beweisen“.

²⁵ Eggen, Homosexuelle Paare mit Kindern, FamPra.ch 2007, S. 823ff., 824, der hinzufügt: „In der Schweiz weiss man schlichtweg fast gar nichts über diese Familienform.“ (S. 826)

²⁶ Eggen (o. Anm. 25), S. 831. Die erwähnte Untersuchung von Marina Rupp u.a. (o. Fn.19) hat als „zentralen Baustein“ eine telefonische Befragung von 1059 Eltern in Regenbogenfamilien; dies ergab Informationen über 693 Kinder (S. 282).

²⁷ D.P. Sullin, Emotional Problems among Children with Same-Sex Parents: Difference by Definition, in: British Journal of Education, Society & Behavioural Science 2015, S. 99-120.

es doch durchaus denkbar, dass sich solche Eltern schlicht fürsorglicher und besorgter um ihre Kinder kümmern und sie deshalb öfter Ärzten vorstellen als der Durchschnitt der Eltern.

Was den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin von Alleinstehenden und von Frauen jenseits der „natürlichen“ Gebärfähigkeit angeht, so nimmt sich die Literatur dieser Frage nicht sehr ausführlich an. Soweit eine Stellungnahme erfolgt, wird die Altersgrenze der weiblichen Fruchtbarkeit entweder mit den traditionellen Argumenten gestützt („insofern sinnvoll, als die Eltern im Interesse des Kindeswohls über längere Zeit für die Kinder sorgen können“²⁸). Andere Autoren fordern auch insoweit Gleichbehandlung von Mann und Frau oder aber man billigt ganz ohne Altersgrenze das Recht auf Zugang zur Fortpflanzungsmedizin jedem zu, „auch einer einzelnen, partnerschaftlich ungebundenen Person, die sich zwar ein eigenes Kind wünscht, dies indes ohne Partnerschaft.“²⁹ Das französische Ccne akzeptiert mehrheitlich den Zugang auch für Alleinstehende, verbindet dies allerdings mit einem Auftrag zur interdisziplinären Forschung über solche Mutter-Kind-Beziehungen.³⁰

Dass die derzeit in Frage stehenden alternativen Familienformen prinzipiell dem Kindeswohl entgegenstünden, wird also überwiegend verneint. Es wird aber auch durchaus daneben die Auffassung vertreten, das Kindeswohl sei nicht in jeder familiären Konstellation in vergleichbarer Weise gewährleistet.

d) Zweifels- sowie Kollisions- und Vorrangregeln

Bisher ergab sich somit, dass zum Kindeswohl bei gleichgeschlechtlicher Elternschaft, bei Frauen jenseits der „natürlichen“ Altersgrenze und bei allein erziehenden Eltern in der einschlägigen Forschungsliteratur – auf schmaler Datenbasis – überwiegend positiv Stellung genommen wird, wenn es auch die gegenteilige Auffassung gibt. Aus der Sicht der Rechtsphilosophie kann dieser Streit nicht fachkundig entschieden werden, da es in ihm um empirische Sozialforschung und deren Interpretation geht. Soweit empirische Untersuchungen zum Kindeswohl zu unterschiedlichen oder unklaren Ergebnissen und Beurteilungen führen, muss aber schon um der Rechtssicherheit willen das Recht in dieser Situation seinen Aufgaben gemäss reagieren. Es muss etwa mit Hilfe einer Zweifelsregel („in dubio pro ...“) angeben können, welches Ergebnis rechtlich zugrunde zu legen ist.

i. Zweifelsregel zur Verletzung des Kindeswohls

Solche Zweifel sind etwa dann zu entscheiden, wenn empirische Forschungen oder ihre Interpretationen zu einander widersprechenden Resultaten gelangen oder bereits einzelne Forschungen keine eindeutigen Feststellungen erlauben, also wenn es beispielsweise auf Grund der empirischen Forschung „nicht unwahrscheinlich ist, dass lesbische Paare ihr Kind ebenso gut und liebevoll pflegen und erziehen wie heterosexuelle Paare“.³¹ Welcher Grad an

²⁸ Amstutz/Gächter (o. Anm. 11, Rz. 42).

²⁹ Gassner u.a. (o. Anm. 14), S. 32. Simoni (o. Fn. 1), S. 83, moniert an der geltenden Altersregelung, dass das Klimakterium als Grenze nicht einsichtig sei – und dass man, wenn schon eine Altersgrenze um des Kindeswohls willen gewollt sei, Frauen und Männer gleich behandeln müsse.

³⁰ Ccne (o. Anm. 5), S. 28.

³¹ Lehmann (o. Anm. 13), S. 201.

Wahrscheinlichkeit wäre hier für welche Aussage zu fordern, oder reicht vielleicht schon die Möglichkeit aus?

Im Rechtsstaat trägt derjenige die Begründungslast, der für ein Verbot plädiert. Wird der Wunsch nach einem Verbot mit dem zu erwartenden Schaden begründet, so muss die Gefahr des Eintretens dieses Schadens bestehen. Hinsichtlich der Festlegung des Gefahrengrades hat der Gesetzgeber eine gewisse Entscheidungsfreiheit. Verbleibende Zweifel gehen im Prinzip zu Lasten des Verbots („in dubio pro libertate“). Dies ist nur dann anders, soweit das sog. „Vorsorgeprinzip“ Anwendung findet, wenn also schwerwiegende und irreversible Schäden drohen und sehr gute Gründe dafürsprechen, dass diese negativen Entwicklungen eintreten könnten. Dann ist bis zur Widerlegung von der ungünstigsten Prognose auszugehen („in dubio pro securitate“).³²

Es erscheint schon zweifelhaft, ob eine solche Umkehrung der Begründungslast etwa bei Adoptionen zu fordern wäre (in diesem Sinne die Stellungnahme des Deutschen Familienverbands (BFV) zur Verfassungsbeschwerde BVerfG 1 BvR 3247/9). Für eine Beurteilung des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin aber taugt eine Anwendung des Vorsorgeprinzips jedenfalls nicht. Denn angesichts des beschriebenen Meinungsstandes wird man nicht sagen können, dass sehr gute Gründe dafürsprechen, das Kindeswohl könnte unter einem Aufwachsen in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften gar schwerwiegend und irreversibel leiden. Dies wird, wie zu sehen war, in dieser Massivität auch nicht von denjenigen Autoren vorgebracht, die gewisse Zweifel und weiteren Aufklärungsbedarf anmelden. Hinzu kommt, dass das Vorsorgeprinzip nur im Umwelt- und Medizinrecht angewendet wird. Das hängt damit zusammen, dass in diesen Rechtsgebieten kumulative Effekte und langfristige Prozesse die Einschätzung von Schäden in einem hohen Masse erschweren und deshalb zu grösserer Vorsicht also sonst üblich zwingen.

ii. Kollisions- und Vorrangsregeln für das Verhältnis von Fortpflanzungsfreiheit und Kindeswohl

Schwieriger als über diese Zweifelsregel ist über korrekte Kollisions- und Vorrangsregeln zwischen Fortpflanzungsfreiheit und Kindeswohl zu entscheiden. Die Frage einer Kollisionsregel stellt sich (nur) für diejenigen Autoren oder Gesetzgeber, die auf der ersten Ebene zur Annahme einer Verletzung des Kindeswohls in bestimmten Familienformen gelangen. Es muss in diesem Fall nämlich weiter noch entschieden werden, ob in der dann bestehenden Kollision zwischen Fortpflanzungsfreiheit und Kindeswohl die Fortpflanzungsfreiheit oder das Kindeswohl den Vorrang genießt. Es gilt also zu ergründen, nach welcher Kollisionsregel das „ständige(n) Spannungsverhältnis“ von Fortpflanzungsfreiheit und Kindeswohl im Einzelfall zu entscheiden ist³³ und ob der Gesetzgeber insoweit ebenso wie bei der Zweifelsregel einen gewissen Entscheidungsspielraum inne hat, ob es also „ihm überlassen (sei, KS), ob er dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Eltern oder dem Wohl des zukünftigen Kindes Vorrang

³² Ausführlich dazu Klaus Peter Rippe, *Vorsorge als umweltethisches Leitprinzip*, Gutachten im Auftrag der Eidgenössischen Ethikkommission für den ausserhumanen Bereich (EKAH), 2001, insbes. S. 9ff., 16.

³³ Dittberner (o. Anm. 24), S. 151.

einräumt“.³⁴ Dazu ist der Status sowohl von Fortpflanzungsfreiheit als auch von Kindeswohl zu eruieren und beide Grössen sind in einen Vergleich zu setzen. Diese Kollisionsproblematik stellt sich aber dann von vornherein nicht, wenn man in einem Fall zum Ergebnis gelangt, das Kindeswohl sei in der fraglichen familiären Konstellation gewährleistet – dann nämlich weisen Fortpflanzungsfreiheit und Kindeswohl in dieselbe Richtung.

Die derzeitig noch bestehende Rechtslage erhebt das Kindeswohl im Rang eindeutig über die Interessen der Erzeuger des Kindes³⁵, in der Literatur wird ebenso zum Teil vertreten, dass die Interessen und Wünsche der in der Fortpflanzungsmedizin zu behandelnden Person „hinter diesen Vorgaben“ (sc. des Kindeswohls, K.S.) zurückzutreten“ haben.³⁶ In neuerer Zeit überwiegt demgegenüber die gegenteilige Auffassung: Auszugehen sei von den aktuellen Interessen der am Fortpflanzungsprozess beteiligten Personen, allen voran der Eltern des künftigen Kindes³⁷. Angesichts des „mensenwürdenahe(n) Grundrecht(s)“ der Fortpflanzungsfreiheit seien an dessen Einschränkung besondere Anforderungen zu stellen, die entgegenstehenden Rechte müssten selbst Verfassungsrang und einen Menschenwürdebezug haben.³⁸ Dazu könne das Wohl des später geborenen Kindes zwar gehören, die pauschale Begründung auf das Kindeswohl reiche hierfür aber nicht aus.³⁹

Für die Abwägung dürfte nicht von Bedeutung sein, ob es sich beim Kindeswohl ebenfalls um ein Grundrecht – sei es eines einzelnen Kindes, sei es der Kinder in ihrer Gesamtheit – handelt, oder eher um ein „öffentliches Interesse“, wofür etwa bisherige Aussagen des Bundesgerichts sprechen.⁴⁰ Für die hier gestellte Frage nach dem Vorrang im Verhältnis von Fortpflanzungsfreiheit und Kindeswohl kann diese Natur des Kindeswohls offen bleiben. Denn auch öffentliche Interessen können ein Grundrecht einschränken und diesem Grundrecht also im Einzelfall vorgehen.

Unabhängig von der Einschätzung des Kindeswohls als Grundrecht oder als öffentliches Interesse könnte aber weiter von Bedeutung sein, ob man aus dem materialen Typus des jeweiligen Schutzgutes auf einen Vorrang schliessen kann. Geht das Recht auf Freiheit, auf „Autonomie“, von vornherein einem Recht am blossen „Wohl“ voraus? Dafür könnte sprechen, dass die Autonomie im Sinne des Personseins, der Rechtssubjektivität, eine Grundlage des Rechts selbst und eine Voraussetzung von dessen Ausübung darstellt, das Wohl dagegen nicht in diesem Voraussetzungsverhältnis zum Recht steht. Halten lässt sich eine solche Differenzierung aber wohl im Ergebnis nicht. Zum einen spricht schon dagegen, dass, gäbe es

³⁴ Lehmann (o. Anm. 13), S. 202. Gächter/Rütsche (o. Fn. 1, Rn. 513) mahnen zwischen dem grundrechtlich geschützten Kinderwunsch und anderen öffentlichen Interessen eine Abwägung an, schlagen aber keine Kollisionsregel vor.

³⁵ So die Einschätzung von Bächler/Clausen (o. Anm. 10), S. 239, die diese Auffassung nicht teilen.

³⁶ Amstutz/Gächter (o. Anm. 11), Rz 39.

³⁷ Gassner u.a. (o. Anm. 14), S. 29f., wo aber auf Interessen des zukünftigen Kindes selbst nicht eingegangen wird. Ähnlich skeptisch gegenüber einer herausgehobenen Rolle des Kindeswohl-Prinzips in der Fortpflanzungsmedizin und das „für das gesamte Medizinrecht elementare Selbstbestimmungsrecht von Patientinnen und Patienten“ in den Vordergrund stellend Bächler/Clausen (o. Anm. 10), S. 266ff. mit weiteren Nachweisen.

³⁸ Gassner u.a. (o. Anm. 14), S. 34.

³⁹ Gassner u.a. (o. Anm. 14), S. 35.

⁴⁰ Vgl. BGE118 Ia 427 („In diesem Zusammenhang gilt insbesondere das Kindeswohl als ein öffentliches Interesse...“). Dazu Bernhard Rütsche (o. Anm. 16), S. 523-525.

einen solchen Vorrang des Rechts vor dem Wohl, ein öffentliches Interesse, das ja typischerweise Wohl-Gesichtspunkte zum Inhalt hat, Grundrechte nie einschränken könnte. Das würde nicht nur der gegenwärtigen Rechtslage, sondern auch unseren Rechtsprinzipien widersprechen. Zum anderen liegt das Wohl näher am Recht, als in der blossen begrifflichen Differenzierung zum Ausdruck kommt. Dies zeigt etwa schon die traditionelle Notstandslehre: In der Lebensgefahr, also in der äussersten Gefährdung des Wohls, ergibt sich allein daraus ein Eingriffsrecht in Rechte anderer, etwa in das Recht des Eigentums an Lebensmitteln.⁴¹ Das Wohl kann also in äusserster Gefahr und bei entsprechendem wertmässigem Überwiegen des in Gefahr befindlichen Gutes seinerseits als Recht geltend gemacht werden – allerdings nur in extremen Ausnahmesituationen, wenn vom Wohl die eigene Rechtssubjektivität des in Gefahr Befindlichen abhängt. Das aber bedeutet: Im Normalfall gilt die rechtsförmige Verteilung von Ansprüchen – das Wohl kann nur im Grenzfall einen Trumpf gegen das Recht aufweisen, und in diesem Fall kann das Wohl dann zu einem Recht erstarken. Speziell für das Verhältnis der Fortpflanzungsfreiheit zum Kindeswohl ergibt sich daraus: Der Gesetzgeber hat eine gewisse Freiheit bei der Festlegung einer Gefahr für das Kindeswohl, muss diese Gefahr aber gegenüber der Fortpflanzungsfreiheit als Ausgangspunkt und Normalfall begründen.

2. Beschränkung im Personenkreis bei einem Abwehrrecht oder gar Ausweitung zu einem Leistungsrecht?

Wie gesehen wird anhand des Kindeswohls über eine Beschränkung des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin debattiert. Neben diesen Fragen des Kindeswohls, die sich inhaltlich am Gedanken des Schutzes der potentiellen Kinder orientieren, gibt es für Fragen des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin aber auch eine Orientierung an eher formellen Gesichtspunkten. Hierbei geht es um rechtstheoretische Überlegungen darüber, ob sich vom Typus des in Frage stehenden subjektiven Rechts her einerseits Restriktionen im Personenkreis oder andererseits sogar Ausweitungen in Richtung auf Leistungsrechte beim Zugang zur Fortpflanzungsmedizin ergeben können. Die Bemerkungen zum Leistungsrecht haben natürlich im hiesigen Kontext der Suche nach Gründen für und gegen eine Einschränkung des Personenkreises nur den Charakter eines „obiter dictum“.

Bei der Fortpflanzungsfreiheit handelt es sich einerseits ursprünglich um ein (blosses) Abwehrrecht, d. h. um ein Recht, sich jede Einmischung in die Fortpflanzung, jedes Erzwingen oder Verhindern der Fortpflanzung, zu verbitten. Andererseits aber sind seit den Entscheidungen des BGer (BGE 115 Ia 234, 247; BGE 119 Ia 460, 475f.) Dritte in dieses Abwehrrecht eingebunden – was eine Kostenfolge hat, ohne die eine Ausdehnung des Abwehrrechts in ein Zugangsrecht gar nicht möglich wäre. Folgt man dem BGer darin, dieses Abwehrrecht zu einem Zugangsrecht zu bestehenden Institutionen zu erweitern – und die Gründe hierfür erscheinen, wie gezeigt, konsensfähig – so gilt es nun genauer festzustellen, was für die Bestimmung des betroffenen Personenkreises aus diesem Zugangsrecht folgt. Das Zugangsrecht soll ja ein Abwehrrecht bleiben und doch verursacht es Kosten. Deshalb stellt sich nicht nur die

⁴¹ Zum ersten Mal ausführlich dargelegt von Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (1821), Edition Moldenhauer/Michel, Frankfurt a.M. 1970, § 127, S. 241 und heute in den meisten Rechtsordnungen als „rechtfertigender Notstand“ gewöhnlich sogar in einem weiteren Umfang über das „Leben“ hinaus anerkannt.

Frage einer personellen Beschränkung des Zugangs aus dem Charakter eines Abwehrrechts (unten a), sondern auch die weitere Frage, ob man nicht auch schon auf der Basis der bundesgerichtlichen Entscheidungen in der Argumentation noch einen Schritt weiter zu einem Leistungsrecht für bestimmte Fälle gehen müsste (unten b).

a) Personelle Beschränkungen aus dem Typus des Abwehrrechts?

Zunächst ist also zu fragen, ob das Zugangsrecht - bereits wegen seiner rechtstheoretischen Herkunft aus einem Abwehrrecht - im Hinblick auf den berechtigten Personenkreis beschränkt sein sollte, etwa auf den Kreis derer, die nach dem noch geltenden FMedG zugangsberechtigt sind. Das BGer nimmt hierzu in seinen beiden Entscheidungen nicht Stellung, da das heute debattierte Problem eines „Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin für alle“ zur Zeit der bundesgerichtlichen Entscheidungen noch keine Rolle spielte. Es ging bei dieser bundesgerichtlichen Erweiterung des Abwehrrechts allein um die rechtstheoretischen Konsequenzen eines Abwehrrechts. Sollte aus dem Abwehrrecht heraus ein Zugangsrecht für den Fall bestehen, dass - aus Gründen der Fähigkeit zur Wahrnehmung des Rechts oder aus Gründen der Zumutbarkeit - vom Abwehrrecht in seiner unmittelbaren Gestalt kein Gebrauch gemacht werden kann?

Zu klären bleibt deshalb nun, über die bundesgerichtliche Ableitung des Zugangs- aus dem Abwehrrecht hinaus, in einer Erweiterung der Perspektive eine zusätzliche Frage: Es geht darum, ob sich aus diesem ursprünglichen Charakter des Rechts der Fortpflanzungsfreiheit als eines Abwehrrechts auch heute noch Beschränkungen des Rechts auf den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für den vom BGer nicht angesprochenen begünstigten Personenkreis ergeben können. Welchen Leistungsumfang hat also ein solches aus dem Abwehrrecht folgendes Zugangsrecht im Hinblick auf den Kreis der Begünstigten?

Die Antwort erfordert zunächst einen Blick auf die Wandlungen, die das Abwehrrecht der Fortpflanzungsfreiheit bei seiner Ergänzung durch ein Zugangsrecht zur Fortpflanzungsmedizin erhält. Das Abwehrrecht wendet sich in seiner ursprünglichen Bedeutung gegen jede staatliche Einflussnahme auf die Fortpflanzung und stellt die Entscheidung darüber ausschliesslich in die Obhut des beteiligten Paares.⁴² Seit den beiden genannten Entscheidungen des BGer⁴³ gehört zum Abwehrrecht aber prinzipiell auch der Zugang zu den Methoden der Fortpflanzungsmedizin. Man kann das so formulieren: Die Individuen haben „auch einen Anspruch darauf, dass der Staat sie nicht davon abhält, sich einer fortpflanzungsmedizinischen Behandlung zu unterziehen...“.⁴⁴ In dieser Formulierung wird der verbleibende Abwehr-Charakter dieses Rechts, der sich bis hin in den Bereich der Zugangsberechtigung zeigt, noch deutlich.

Als einfacher Ausgangsfall der Wahrnehmung fortpflanzungsmedizinischer Leistungen darf gelten, dass ein privater Anbieter fortpflanzungsmedizinische Behandlungen anbietet und ein Interessent bereit ist, die Kosten für diese Behandlung aus eigenen Mitteln zu bezahlen.

⁴² Kuhn (o. Anm. 14), S. 120.

⁴³ BGE 115 Ia 234 (247) und BGE 119 Ia 460 (475f.).

⁴⁴ Kuhn (o. Anm. 14), S. 120.

Der Interessent macht in diesem Fall im Prinzip immer noch ausschliesslich von seiner Fortpflanzungsfreiheit als einem Abwehrrecht Gebrauch. Der Unterschied vom traditionellen Fall der Ausübung eines Abwehrrechts besteht allerdings darin, dass zur Ausübung eines Freiheitsrechts eines Interessenten nunmehr Dritte mit ihrem Handeln hinzutreten müssen und dies auch aus freien Stücken tun. Dieser Einbezug Dritter, auch wenn diese freiwillig und ohne Zwang handeln und der Leistungsempfänger sie nur vertraglich binden kann, sind für die Durchführung des Abwehrrechts unverzichtbar. Eine Leistung anderer muss erfolgen.

Das BVerfG selbst formuliert das so: „... die Besonderheit liegt darin, dass nicht eine natürlich gegebene Fähigkeit durch staatliche Massnahmen eingeschränkt und unter Berufung auf die persönliche Freiheit wiedererlangt werden soll, vielmehr wird gewissermassen ein Anspruch auf eine medizinische Dienstleistung und damit auf Inanspruchnahme moderner medizinischer Methoden gefordert.“⁴⁵ So beim Wort genommen könnte dies dahingehend missverstanden werden, es werde von einem Leistungsrecht Gebrauch gemacht - wovon aber in diesem Diskussionszusammenhang in Wahrheit nicht die Rede sein kann, da die Leistung ja nur vertraglich geschuldet wird und dem Interessenten nicht qua staatlicher Entscheidung zusteht. Was also ist dann gemeint mit „gewissermassen ein Anspruch“? Die Formulierung ist nicht ganz glücklich gewählt, denn in Wahrheit besteht gegenüber dem privaten Anbieter der fortpflanzungsmedizinischen Leistungen keinerlei verfassungsrechtlicher Anspruch, sondern eben nur ein vertraglicher Anspruch, den beide Seiten je für sich auch hätten vermeiden können. Sie haben also diesen Anspruch in Freiheit ausgehandelt. Auf den Staat bezogen, und nur darum geht es bei der Unterscheidung von Abwehr- und Leistungsrechten, besteht weiterhin ein Abwehrrecht – der Staat soll sich in die Fortpflanzung einschliesslich deren medizinischen Methoden im Prinzip nicht einmischen, er soll sich also nicht hindernd einmischen in jenes „System“, das aus den potentiellen Eltern und den im Interesse der Fortpflanzung handelnden Ärztinnen und Ärzten zusammengesetzt ist.

Aus dem Charakter eines (blosses) Abwehrrechts könnte sich nun allerdings ergeben, dass nur solche Personen in ihrer Fortpflanzungsfreiheit geschützt sind, die ohne äussere Beeinträchtigungen (staatliche Verbote der Fortpflanzung, staatliche Pflichten zur Fortpflanzung) von diesem Recht Gebrauch machen könnten. Denn ein Abwehrrecht als Fortpflanzungsrecht richtet sich prinzipiell gegen solche *äussere* Beeinträchtigungen der Fortpflanzungsfreiheit. In Teilen der Rechtstheorie⁴⁶ wird unterschieden zwischen einem subjektiven Recht im Sinne eines „privilege“, d.h. eines Rechts, dem auf der anderen Seite entweder keine Pflicht oder nur eine Pflicht zum Nicht-Hindern entspricht und einem subjektiven Recht im Sinne eines „right“, dem auf der Gegenseite eine Pflicht entspricht, den vom subjektiven Recht angezielten Zustand herzustellen. Das Abwehrrecht der Fortpflanzungsfreiheit wäre hier eindeutig ein Recht im ersteren Sinn. Dieses Abwehrrecht wird aber weiter noch unterschieden vom subjektiven Recht im Sinne einer „power“, eines Gestaltungsrechts, das sich etwa auf die Macht, Verträge abzuschliessen, bezieht. Würde man nun die Fortpflanzungsfreiheit im Sinne eines blossen „privilege“, als Abwehrrecht im engeren Sinn, ohne „power“ (Gestaltungsrecht)

⁴⁵ BGE 115 Ia 234, 247.

⁴⁶ In Anlehnung an Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Aldershot 2001, S. 14ff.

verstehen, so wäre die Möglichkeit der vertraglichen Verpflichtung Dritter (hier: der Fortpflanzungsmediziner) darin noch nicht enthalten und das fragliche subjektive Recht wäre tatsächlich nur ein Recht auf Beseitigung äusserer Hindernisse.

Wäre dies so, hätte man aber Probleme, überhaupt jemanden, der ohne medizinische Hilfe nicht fortpflanzungsfähig ist, dem Schutzbereich der Fortpflanzungsfreiheit zu unterstellen. Das aber würde bedeuten, dass nicht nur weitere Personenkreise wie etwa gleichgeschlechtliche Paare, Alleinstehende und ältere Frauen des Schutzes nicht teilhaftig wären, sondern dass schon unfruchtbare Personen und solche, die bei der Fortpflanzung die Vererbung einer schweren Krankheit für ihr Kind besorgen müssten, nicht an der Fortpflanzungsfreiheit teilhätten. Denn auch für sterile Personen und solche, bei denen die Fortpflanzung mit einem genetischen Risiko verbunden ist, geht es eben in der Zielsetzung nicht um die Überwindung einer (bloss) äusseren Beeinträchtigung. Vielmehr soll eine in ihnen selbst liegenden Beeinträchtigung durch medizinische Hilfe aufgehoben werden. Sich unter dem rechtstheoretischen Stichwort des Abwehrrechts auf eine Beschränkung des Kreises der durch das Recht Geschützten auszusprechen hätte also eine weitreichende und soweit ersichtlich von niemand gewollte Folge: Es könnten sich dann sogar die vom derzeitigen FMedG in Zusammenhang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für ein Zugangsrecht bestimmten Personenkreise nicht mehr auf dieses Recht berufen. Die Konstruktion einer rechtstheoretischen Einschränkung eines Abwehrrechts geht über eine legitimierbare Einschränkung der Fortpflanzungsfreiheit hinaus und konterkariert die allgemein akzeptierte Erweiterung zu einem Zugangsrecht seitens des BGer. Die von den Entscheidungen des BGer betroffenen Fälle der Sterilität und der Unzumutbarkeit der Zeugung wegen der Gefahr der Vererbung genetische Defekte sind ja gerade Fälle, in denen nicht nur äussere Schranken für die Fortpflanzungsfreiheit bestehen. Das Argument, Abwehrrechte hätten sich auf die Beseitigung äusserer Hindernisse zu beschränken, beweist also „zu viel“. Es bleibt im Fall der Fortpflanzungsfreiheit hinter dem allgemein anerkannten Umfang des aus dem Abwehrrecht zu folgernden Zugangsrechts zurück.

Somit können allein aus dem rechtstheoretischen Status des Rechts als eines Abwehrrechts Beschränkungen für den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin nicht begründet werden. Dies muss dann konsequent auch für das hohe Alter einer Frau, ihren Single-Status oder für die Gleichgeschlechtlichkeit der Partner gelten. Ob aber im Hinblick auf diese Personengruppen Einschränkungen unter dem unten 3. besprochenen Aspekt greifen, bleibt an dieser Stelle noch offen.

b) Leistungsrechte

Weiter sei im Sinne eines „obiter dictum“ noch erwogen, ob die naheliegende Argumentation des BGer, dass die Fortpflanzungsfreiheit ohne Zugang zur Fortpflanzungsmedizin leerlaufen kann, nicht noch einen Schritt weiter bis hin zur Anerkennung eines Leistungsrechts führen müsste. Das betrifft vor allem die Übernahme der Kosten der fortpflanzungsmedizinischen Behandlung.

Das Problem eines Leistungsrechts stellt sich hier zum einen, wenn bei den fortpflanzungsmedizinischen Massnahmen nicht nur Private beteiligt sind (wie bei der Annahme vorhin unter a), sondern auch staatliche infrastrukturelle Massnahmen vorlagen, also staatliche Mittel in den Ausbau der fortpflanzungsmedizinischen Infrastruktur bereits vorher geflossen sind. Dann entsteht, wie gleich entwickelt wird, die Frage von Leistungsrechten.

Eine weitere Wurzel von Leistungsrechten könnte der Gedanke sein, dass in einem gewissen Umfang Leistungsrechte die Bedingung der Möglichkeit für die Durchsetzung von Freiheitsrechten sind. Darf es sein, dass aus finanziellen Gründen ein Abwehrrecht, das vom BGer zum Zugangsrecht erweitert wird, dann doch aus finanziellen Gründen scheitert? Oder müsste in einem solchen Fall zur Durchsetzung des Rechts auch ein Leistungsrecht zuerkannt werden? Welche staatliche Kostenübernahmepflicht (die im vorliegenden Gutachten nur ganz am Rande angesprochen werden kann) folgt also aus dem ursprünglichen Charakter des Rechts als eines Abwehrrechts? Wie weit reicht das Recht der Fortpflanzungsfreiheit in den Bereich eines Leistungsrechts hinein?

Zu betrachten sind Leistungsrechte unterschiedlicher Struktur, nämlich sog. „originäre“ oder von sog. „derivative“ Leistungsrechte.

i. „Originäre Leistungsrechte“

Originäre Leistungsrechte sind solche, die „unmittelbar aus Freiheitsrechten und unabhängig von staatlich vorstrukturierten Sicherungs- und Vorsorgesystemen bestehen“.⁴⁷ Ein solches Leistungsrecht kann in Bezug auf die Fortpflanzungsmedizin aus dem blossen Abwehrrecht der Fortpflanzungsfreiheit nicht entnommen werden. Es gibt keinen originären rechtlichen Anspruch auf eine fortpflanzungsmedizinische Behandlung durch den Staat, wie auch das BGer eindeutig feststellt.⁴⁸ Zu prüfen ist aber ein anderer Typus des Leistungsrechts, ein sog. derivatives Leistungsrecht.

ii. „Derivative Leistungsrechte“ bei Monopolisten

Derivative Leistungsrechte, oder auch Teilhaberechte genannt, ergeben sich aus dem Gleichheitsgrundsatz insofern, als der Staat, wenn er bestimmte Leistungen tatsächlich erbringt, diese tatsächlich erbrachten Leistungen nicht ohne Grund dann wieder bestimmten Personen vorenthalten darf. Falls die notwendige medizinische Infrastruktur nur in öffentlichen/staatlichen Spitälern angeboten wird und die fortpflanzungsmedizinische Behandlung dort auch an bestimmten Personen angewendet wird, lässt sich daraus ein (eben deshalb derivativ genanntes) Leistungsrecht auch für andere Personen ableiten. Dies folgt aus dem Prinzip der gerechten Gleichbehandlung. Ein solches derivatives Leistungsrecht wird man jedoch nur annehmen können, wenn das betroffene staatliche Spital eine tatsächliche Monopolstellung im Hinblick auf die angebotene fortpflanzungsmedizinische Behandlung innehat.⁴⁹

⁴⁷ Kuhn (o. Anm. 14), S. 125.

⁴⁸ BGE 119 Ia 460, 476.

⁴⁹ Kuhn (o. Anm. 14), S. 127.

Auch gibt es kein Recht auf die Schaffung einer solchen Situation eines staatlichen Leistungsmonopols. Man wird also aus einem Abwehrrecht heraus nicht verlangen können, dass der Staat bisher noch nicht vorhandene Rahmenbedingungen und Strukturen schafft, die eine Fortpflanzungsmedizin auf dem jeweils neuesten Stand ermöglichen. Der Staat kann nicht aus einem Freiheitsrecht heraus verpflichtet werden, Institutionen zu schaffen, die ihn dann derivativ zu einer Leistung verpflichten. Dies zeigt sich auch in einer inhaltlich natürlich ganz anderen aber doch strukturell ähnlichen Parallele: Das Recht, sich selbst ohne staatliche Einmischung zu töten (Recht auf Suizid), das auch den Charakter eines Abwehrrechts trägt, hat nicht ein Recht darauf zur Folge, dass der Staat von sich auch Sterbehilfeinstitutionen für seine Bürger bereithält.⁵⁰

iii. „Derivative Leistungsrechte“ auf Kostenersatz

Weiter ist zu fragen, inwieweit noch mit anderer Begründung aus einem derivativen Leistungsrecht heraus auch ein Anspruch auf staatliche Kostenübernahme für eine fortpflanzungsmedizinische Behandlung folgen könnte. Der Grundgedanke dabei ist folgender: Ein Recht läuft leer, wenn es zwar formell besteht, sich aber praktisch nicht durchsetzen lässt. So wie das Abwehrrecht in bestimmten Fällen leerlaufen würde, wenn man es nicht, wie das BVerfG, auch zu einem Zugangsrecht erklärt, so könnte das Abwehrrecht auch leerlaufen, wenn der Berechtigte aus finanziellen Gründen von seinem Recht nicht Gebrauch machen kann.

Die Abhängigkeit des Leistungsrechts vom Abwehrrecht müsste in diesem Fall von vornherein auf einer anderen Grundlage als im vorher dargestellten Fall eines unterstellten staatlichen Monopols im Bereich der Fortpflanzungsmedizin stehen. Denn ein ggf. bestehendes Recht auf Kostenübernahme für die Fortpflanzungsmedizin müsste sowohl bei privater als auch bei öffentlicher Trägerschaft der handelnden Institution greifen.

Es geht also nunmehr um die Frage, ob ein derivatives Leistungsrecht auch damit begründet werden kann, dass bei manchen potentiellen Eltern, die selbst die Mittel für eine Behandlung durch die Fortpflanzungsmedizin nicht aufbringen können, infolge dessen ihr Kinderwunsch von vornherein nicht verwirklicht werden könnte. Was hilft es, so könnte man fragen, ein Abwehr-Grundrecht der Fortpflanzungsfreiheit einschliesslich des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin einzuräumen, wenn aus finanziellen Gründen davon durch die potentiellen Eltern nicht Gebrauch gemacht werden kann? Hierin liegt eine gewisse Parallele zur Situation vor, in der wegen natürlicher Unfruchtbarkeit oder wegen genetischer Risiken eine Fortpflanzung auf natürlichem Weg nicht möglich ist oder nicht zumutbar erscheint und deshalb das Abwehrrecht nur als Zugangsrecht zur Fortpflanzungsmedizin seine Wirkung entfaltet.⁵¹ Die Ableitung des derivativen Rechts erfolgt also, legt man diese Parallele zugrunde, nicht aus einer anderen bereits bestehenden Leistung und greift deshalb nicht direkt auf den Gleichheitsgrundsatz innerhalb des Leistungsbereichs zurück. Vielmehr ist der Ableitungszusammenhang an dieser Stelle ein anderer. Es geht darum, dass in der Praxis ein Abwehrrecht

⁵⁰ Zu dieser parallelen Problematik von Institutionen, die bei der gewünschten Selbsttötung Hilfe bieten vgl. neuerdings das deutsche Bundesverwaltungsgericht BVerwG NJW 2017, 2215ff, 2218.

⁵¹ Zu diesem Fall Kuhn (o. Anm. 14), S. 128f.

unter bestimmten Bedingungen als solches gänzlich unwirksam wäre, wenn man nicht zugleich ein Recht auf diejenige Leistung vorsehen würde, die den Abwehranspruch erst praktisch tauglich macht.

Das wird vom BGer auch in anderen Fällen anerkannt, wenn etwa bei den Kosten eines behindertengerechten Autos oder bei Reisekosten zum Besuch des Kindes im Spital ein Anspruch auf Kostenübernahme um des Grundrechtsschutzes willen anerkannt wird.⁵² Das zugrunde liegende Prinzip wäre also, dass ein faktisches finanzielles Unvermögen bei einer Person, gemessen an den Möglichkeiten anderer Personen, auch Unfreiheit für denjenigen bedeuten kann, der an diesem Mangel leidet.⁵³ Die Aussage in BGE 119 Ia 460, 476, dass „kein Anspruch auf eine entsprechende Behandlung von Seiten des Staates“ bestehe, dürfte deshalb in ihrer Pauschalität aus heutiger Sicht nicht mehr ganz haltbar sein.

Fragen eines solchen abgeleiteten Leistungsrechts auf die Erstattung der Kosten der Fortpflanzungsmedizin können an dieser Stelle aber nicht weiter vertieft werden. Insbesondere kann es hier nicht darum gehen, Angaben über die Höhe oder den Anteil an den tatsächlichen Kosten und über die Verteilung der Kostenträgerschaft zu machen. Hingewiesen sei nur darauf, dass man bei einem Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für weitere Kreise als dies gegenwärtig der Fall ist, auch solche Kostenerwägungen noch wird berücksichtigen und eventuell gutachtlich wird untersuchen lassen müssen.

3. Beschränkung des Zugangs auf die „Herstellung des natürlichen Zustands“?

Schliesslich muss abschliessend noch erörtert werden, welcher Stellenwert dem Begriff der „Natürlichkeit“ in der Auseinandersetzung um den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin zukommt. Könnte es sein, dass aus dem Abwehrrecht der Fortpflanzungsfreiheit ein Zugangsrecht zur Fortpflanzungsmedizin nur insoweit resultiert, wie es zur Herstellung des „natürlichen“ Zustands notwendig ist? Oder ist die Fortpflanzungsmedizin auch dazu da, „natürliche Fortpflanzungshindernisse zu überwinden“, also z.B. auch gleichgeschlechtlichen Paaren oder Frauen jenseits der Menopause zu einem eigenen Kind zu verhelfen?⁵⁴ Im ersteren Fall würde sich der Zugang auf eine Überwindung pathologischer Abweichungen beschränken und ein Anspruch auf „Enhancement“, also auf eine „Verbesserung“ gemessen am bisher „von Natur“ Üblichen, würde entfallen. Dann hätten zum Beispiel ein gleichgeschlechtliches Paar oder eine 60-jährige Frau kein Freiheits-Recht darauf, dass ihnen zur Austragung eines Kindes verholfen wird.

a) Berufung auf „Natürlichkeit“ in der Fortpflanzungsmedizin „paradox“?

Mitunter wird generell die Berufung auf „Natürlichkeit“ in der Fortpflanzungsmedizin für paradox gehalten. Die Methoden der Fortpflanzungsmedizin dienen doch gerade der Überwindung einer „natürlich“ nicht vorhandenen Fortpflanzungsfähigkeit.⁵⁵ Dieses begriffliche Ar-

⁵² Vgl. etwa BGE 113 V 22, 31 und BGE 118 V 206, 211 sowie die Ausführungen dazu bei Kuhn (o. Anm. 14), S. 128f.

⁵³ Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, Stuttgart 1870, S. 411.

⁵⁴ Zur Auseinandersetzung Lehmann (o. Anm. 13), S. 201.

⁵⁵ Kuhn (o. Anm. 14), S. 231; vgl. auch Büchler/Clausen (o. Anm. 10), ???

gument ist von begrenzter Tragweite angesichts der Mehrdeutigkeit des Begriffs der „Natürlichkeit“. Folgende Begriffsnuancen gilt es konkret hier (neben weiteren, hier aber nicht relevanten) zu unterscheiden:

Die Fortpflanzungsmedizin sucht heute „das Natürliche“ im Sinne von „das Tatsächliche“ zu überwinden, etwa, wenn sie den Kinderwunsch trotz einer tatsächlich vorhandenen Sterilität oder eines tatsächlich vorhandenen genetischen Risikos durchsetzbar macht. Insoweit würde eine Berufung auf „das Natürliche“ die Verfahren der Fortpflanzungsmedizin ausschliessen, denn das „Natürliche“ wird in diesem Zusammenhang als etwas Negatives verstanden, dem gegenüber Abhilfe zu schaffen ist unter Verwendung der Fortpflanzungsmedizin. Wir haben es bei diesem Begriff des „Natürlichen“ also zu tun mit einer negativen Deutung der Natur,⁵⁶ „Natürlichkeit“ ist hier etwas, das überwunden werden soll. Wer sich aber im Gegensatz dazu dieser „Natürlichkeit verpflichtet fühlt, muss die Fortpflanzungsmedizin ablehnen.

„Das Natürliche“ kann aber dem gegenüber im Kontext der Fortpflanzungsmedizin auch verstanden werden im Sinne von „das üblicher Weise Erwünschte, für gesund und richtig Gehaltene“. Dann wären die Sterilität oder ein genetisches Risiko ein Abweichen von diesem „Natürlichen“ – während Sterilität und genetische Risiken in der ersten Bedeutungsnuance gerade selbst „das Natürliche“ waren. Das „Natürliche“ wäre in dieser zweiten Bedeutung zu verstehen als das „Vertraute, Selbstverständliche, Normale“⁵⁷ und stünde im Gegensatz zum Pathologischen⁵⁸ - wäre also in dieser zweiten Bedeutungsnuance ein mit den Zielen der Fortpflanzungsmedizin übereinstimmendes Element.

Unterscheidet man diese beiden Varianten des „Natürlichen“, so verschwindet die Paradoxie: Die Fortpflanzungsmedizin könnte das „Natürliche“ im Sinne des „Vorhandenen“ und im konkreten Fall „Kranken“ zu bekämpfen suchen und sich als Ziel das „Natürliche“ im Sinn des „Gesunden“ setzen. Darüber, dass jedenfalls dies zu den Aufgaben der Fortpflanzungsmedizin gehört, dürfte weitgehend Konsens bestehen. Die umstrittene Frage ist dagegen, ob die Fortpflanzungsmedizin sich auf dieses „natürlich=gesund“ als Ziel beschränken oder in ihren Zielen noch darüber hinaus gehen sollte.

Die Frage, um die es in diesem Kapitel geht, ist also: Bezieht sich die Fortpflanzungsfreiheit auf „das Natürliche“ in diesem Sinn des „Gesunden“ und soll somit die Person mit Fortpflanzungswunsch im Hinblick auf die Fortpflanzung (nur) so gestellt werden, wie sie „als Gesunde“ stünde – oder soll diese Person mit Hilfe der Fortpflanzungsmedizin bessergestellt werden? Bezieht sich ihre Freiheit also auf ein „Enhancement“ gegenüber nicht nur dem „Natürlichen“ im Sinn des „Tatsächlichen“, sondern auch gegenüber dem „Natürlichen“ im Sinn des „Gesunden“? Die so differenzierende Frage nach dem „Natürlichen“ in diesem Sinne ist dann nicht mehr so einfach zu klären.

⁵⁶ Dazu Dieter Birnbacher, *Natürlichkeit*, Berlin/New York 2006, S. 36.

⁵⁷ Birnbacher (o. Anm. 56), S. 31.

⁵⁸ Birnbacher (o. Anm. 56), S. 32.

b) Die bisherige Enhancement-Debatte in der Fortpflanzungsmedizin

Die damit angesprochene Enhancement-Debatte in der Fortpflanzungsmedizin wurde bisher soweit ersichtlich nur unter dem Gesichtspunkt eines Rechts auf positive Eugenik, also auf genetische Beeinflussung des gesunden Lebens auf dessen weitere Verbesserung hin, geführt. Ein solches Recht auf positive Eugenik wurde bisher fast einhellig verneint und das Recht auf Eugenik wurde auf eine „negative Eugenik“, auf Eingriffe mit dem Ziel der Gesundheit, beschränkt: „Es kann zwar unzumutbar sein, ein Kind mit einer schweren Krankheit oder Behinderung zu bekommen. Es ist aber nie unzumutbar, ein gesundes Kind zu bekommen, das nicht verbessert ist,“⁵⁹ lautete die übliche Devise. Gesundheit gilt in dieser Eugenik-Debatte häufig als ein akzeptabler Wunsch, eine „Verbesserung“ über die Gesundheit hinaus aber üblicher Weise nicht. Das Recht auf Eugenik in der Fortpflanzungsmedizin reicht nach dieser Sicht der Dinge also bis zum „Natürlichen“ im Sinne des „Gesunden“ – jede weitere Verbesserung, die nicht der Gesundheit dient, ist danach kein tauglicher Gegenstand eines Rechts.

Zu klären ist nun hier, ob solche Überlegungen zum Recht auf Eugenik auch für die Fortpflanzungsfreiheit Gültigkeit haben. Es geht darum, ob auch beim Abwehrrecht der Fortpflanzungsfreiheit eine Limitierung des Anspruchs auf „das Natürliche“ im Sinne „des Gesunden“ besteht oder aber auch Verbesserungen darüber hinaus, also Enhancement, tauglicher Gegenstand des Rechts auf die Freiheit der Fortpflanzung sein kann.

c) Fortpflanzungsfreiheit als Recht auch auf Enhancement?

Das Problem wird erstaunlicher Weise in der bisherigen Diskussion über die Reichweite der Fortpflanzungsfreiheit nicht ausdrücklich zum Gegenstand gemacht. Die bisherige gesetzliche Regelung bedeutet aber de facto eine Beschränkung der Fortpflanzungsfreiheit auf „das Natürliche“ im Sinne „des Gesunden“ und schließt jede Verbesserung darüber hinaus, also jedes „Enhancement“, aus. Das wirkt sich insbesondere zuungunsten gleichgeschlechtlicher Paare oder alleinstehender und älterer Frauen aus.

Ja die bisherige gesetzliche Regelung im FMedG ist sogar noch strenger als es eine Orientierung am „Natürlichen“ im Sinne des „Gesunden“ wäre und lässt nicht alle auf den Ausschluss von Sterilität und genetischen Risiken abzielenden fortpflanzungsmedizinischen Behandlungen zu. So ist etwa die Leihmutterchaft derzeit noch verboten.

Enhancement im Sinne einer Verbesserung der (eigenen) Fähigkeiten des Menschen über das Mass des „Natürlichen“ im Sinn des „Gesunden“ hinaus gilt, Freiwilligkeit vorausgesetzt, als rechtlich grundsätzlich unproblematisch. Inwieweit unter bestimmten gesellschaftlichen Bedingungen ein „sozialer Druck“, sich dem Enhancement zu unterziehen, einem rechtlich relevanten Zwang gleichkommen kann und deshalb verboten werden dürfte, mag hier als Spezialproblem offen gelassen zu werden.⁶⁰ Wenn das Enhancement im Kontext von Eugenik und Fortpflanzungsmedizin dagegen als problematisch erscheint, so deshalb, weil in diesen

⁵⁹ Bernhard Rütsche (o. Anm. 9), S. 297ff., 312.

⁶⁰ Dazu die Beiträge in Gerd Brudermüller/Kurt Seelmann (Hrsg.), *Erzwungene Selbstverbesserung?* Würzburg 2017.

Bereichen Dritte vom Enhancement betroffen sind. Direkt einschlägig dürfte deshalb hier der Einwand sein: Das Enhancement, dem sich mit Hilfe der Fortpflanzungsmedizin potentielle Eltern unterziehen, die weder steril sind noch der Gefahr einer schweren erblichen Krankheit ausgesetzt, dient zwar ihnen, d.h. der Verbesserung ihrer Chance, Eltern zu werden. Mittel hierzu ist aber die künstliche Zeugung eines Kindes. Kann dieses Enhancement, das Dritte zum Mittel dafür macht, rechtsethisch vertretbar sein?

Diese „Dritten“ sind hier die betroffenen Kinder. Die rechtsethische Vertretbarkeit des Aufziehens von Kindern durch gleichgeschlechtliche Eltern, Alleinerziehende und aufgrund ihres Alters nicht mehr „natürlich“ Fortpflanzungsfähige entscheidet sich deshalb über den Begriff des Kindeswohls. Auch die Zulässigkeit des Enhancements hat sich also an diesem Kriterium messen zu lassen. Es ist offenbar dann vertretbar, wenn es im Interesse des Kindeswohls steht – und unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist, wurde oben II1 abgehandelt. Dem fügt die Debatte um die „Natürlichkeit“ nichts wirklich Neues hinzu, es gilt also das dort Ausgeführte. Sieht man das Kindeswohl in diesen Fällen nicht beeinträchtigt, so besteht eine Beschränkung der fortpflanzungsmedizinischen Behandlung zur Herstellung eines „natürlichen“ im Sinne von „gesunden“ Zustands nicht.

III. Zusammenfassung

Zusammengefasst ergibt sich somit folgendes Ergebnis:

Die traditionellen und bisher geltenden Einschränkungen des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin werden in erster Linie mit dem „Kindeswohl“ begründet, für eine Erweiterung des Zugangs beruft man sich auf die Fortpflanzungsfreiheit. Bei dieser handelt es sich um ein Abwehrrecht, aus dem sich aber in gewissen Grenzen auch ein Recht auf Zugang zur Fortpflanzungsmedizin ergibt. Umstritten ist insbesondere, ob dieser Zugang künftig auch gleichgeschlechtlichen Paaren, Frauen nach dem Klimakterium und Alleinstehenden erlaubt werden soll.

Mitunter wird behauptet, das Kindeswohl (II 1) stehe einer fortpflanzungsmedizinischen Behandlung schon deshalb nicht entgegen, weil eine natürliche Zeugung mit gleichen Folgen familiärer Art nicht kontrolliert werde und nicht verboten werden könnte. Dem steht entgegen, dass zwar die Intimsphäre der staatlichen Kontrolle entzogen ist, nicht aber die Fortpflanzungsmedizin im Labor. Weiter wird gegen die Wahrung des Kindeswohls als Zugangsvoraussetzung zur Fortpflanzungsmedizin eingewandt, man könne nicht über das Wohl eines noch gar nicht Gezeugten spekulieren. Es ist aber, wie im Einzelnen gezeigt wird, weder sinnlos noch methodisch fragwürdig, die Verletzung des Kindeswohls gegen die Nichtexistenz eines Kindes abzuwägen. Die Wahrung des Kindeswohls darf also prinzipiell als Zugangsvoraussetzung verwendet werden.

Die Meinungen dazu, ob ein Aufwachsen eines Kindes in einer aus bisheriger Sicht ungewöhnlichen familiären Konstellation (gleichgeschlechtliche Eltern, betagte Mutter jenseits der „natürlichen“ Gebärfähigkeit, Alleinerziehende) das Kindeswohl beeinträchtigen könnte, sind in der Sache geteilt. Die grosse Mehrheit in der einschlägigen Literatur verneint jedenfalls im Fall gleichgeschlechtlich orientierter Betreuungspersonen eine solche Beeinträchtigung. Für diejenigen, die das Kindeswohl in gleichgeschlechtlichen Familienformen, bei älteren Müttern oder Alleinstehenden für nicht oder weniger gewährleistet halten, stellt sich weiter die Frage nach einer Zweifelsregel bei Dissens oder Unklarheiten über die Verletzung des Kindeswohls und nach einer Kollisionsregel über den Vorrang von Fortpflanzungsfreiheit oder Kindeswohl. Bei der Zweifelsregel gilt „in dubio pro libertate“, eine Umkehrung der Begründungslast („in dubio pro securitate“) aus dem Vorsorgeprinzip lässt sich im Bereich der Fortpflanzungsmedizin nicht begründen. Zudem hat der Gesetzgeber einen Entscheidungsspielraum. Dass nach der Kollisionsregel das Kindeswohl die Fortpflanzungsfreiheit begrenzen könnte, wird, wie strukturelle Überlegungen in Parallele zum rechtfertigenden Notstand zeigen, zwar eine Möglichkeit, aber doch die Ausnahme sein. Auch hier hat aber der Gesetzgeber einen gewissen Entscheidungsspielraum, muss allerdings die Freiheit als Ausgangsprinzip zugrunde legen und ihn trifft eine Begründungslast für die Annahme einer Beeinträchtigung des Kindeswohls.

Sodann (II 2) geht es um die Frage, ob sich aus dem Charakter des Rechts auf Fortpflanzungsfreiheit als eines Abwehrrechts Restriktionen in personeller Hinsicht ergeben oder ob umgekehrt sogar eine Ausweitung in Richtung auf ein Leistungsrecht zur Finanzierung der Fortpflanzungsmedizin zu fordern ist.

Eine personelle Beschränkung des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin aus dem rechtstheoretischen Argument des (blossen) Abwehrrechts wird abgelehnt. Denn bereits das im Prinzip unbestritten gewährte Zugangsrecht als Erscheinungsform des Abwehrrechts für bestimmte Fälle geht über ein blosses Recht der Freiheit von äusseren Schranken hinaus. Es berücksichtigt mit Unfruchtbarkeit und der Gefahr schwerer übertragbarer Krankheiten auch persönliche Schranken der Fähigkeit zur Fortpflanzung.

Was die Leistungsrechte auf Übernahme der Kosten für eine fortpflanzungsmedizinische Behandlung angeht, so wird ein derivatives Leistungsrecht für den Fall eines (derzeit nicht relevanten) öffentlichen/staatlichen Monopols fortpflanzungsmedizinischer Einrichtungen angenommen. Daneben kann aber auch ein Recht auf finanzielle Leistungen für den Fall bestehen, dass das Abwehrrecht wegen einer finanziellen Notsituation des Berechtigten sonst völlig leerlaufen würde. Wenn ein Leistungsrecht zur Bedingung der Möglichkeit eines Abwehrrechts wird, muss dieses Leistungsrecht gewährleistet werden.

Schliesslich (II 3) wird erörtert, ob sich die Beschränkung des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin auf das „Natürliche“ berufen kann. Hier müssen verschiedene in der Debatte verwendete Bedeutungen von „natürlich“ unterschieden werden. Jede Fortpflanzungsmedizin wendet sich gegen ein „Natürliches“ im Sinne des Tatsächlichen, etwa wenn gegen Unfruchtbarkeit vorgegangen wird. Umgekehrt orientiert sich Fortpflanzungsmedizin häufig am „Natürlichen“ im Sinne einer Wiederherstellung von Gesundheit (Reaktion auf Sterilität oder genetische Risiken).

Die entscheidende Frage ist, ob es gute Gründe dafür gibt, dass sich die Fortpflanzungsmedizin auf ein in diesem Sinn „Natürliches“ bei seinen Zielsetzungen beschränken soll. Die Alternative hierzu wäre, dass Fortpflanzungsmedizin darüber hinaus im Sinne eines Enhancement auch die Herstellung neuer gewünschter familiärer Strukturen mit erfassen soll. Soll Fortpflanzungsmedizin also auch Erschwernisse für den Kinderwunsch beseitigen, die nicht auf gesundheitlichen Problemen zurückführbar sind? Oder ist das „Natürliche“ im Sinn des „Gesunden“ das nicht überschreitbare Ziel für die Fortpflanzungsmedizin?

Während freiwilliges Enhancement für sich selbst – von einem evtl. vorhandenen sozialen Zwang abgesehen – rechtsethisch unproblematisch erscheint, sind im Fall der Fortpflanzung auch Dritte, nämlich die künftigen Kinder, betroffen. Das aber bedeutet, dass auch hier wieder das Kindeswohl zur Klärung der Frage heranzuziehen ist, ob über die Herstellung des „natürlichen“ i.S. von „gesunden“ Zustands hinaus eine „Verbesserung“ vorgenommen werden darf. Insoweit ist für das Ergebnis auf das unter II 1 zum Kindeswohl Ausgeführte zu verweisen.

IV. Literatur

- Henning M. Beier u.a., Ein Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, Diskussion Nr. 13, Oktober 2017 der Leopoldina – Nationale Akademie der Wissenschaften.
- Dieter Birnbacher, *Natürlichkeit*, Berlin/New York 2006.
- Gerd Brudermüller/Kurt Seelmann (Hrsg.), *Erzwungene Selbstverbesserung?* Würzburg 2017.
- Andrea Büchler/Sandro Clausen, Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl! Kindeswohl und Fortpflanzungsmedizin? In: *FamPra.ch* 2014, 231ff.
- Comité Consultatif National d’Ethique pour les sciences de la vie et de la santé (ccne), Avis No. 126 (15 juin 2017).
- Mareike Dittberner, *Lebenspartnerschaft und Kindschaftsrecht. Die rechtliche Situation gleichgeschlechtlicher Paare unter besonderer Berücksichtigung kindschaftsrechtlicher Regelungen*, Frankfurt a.M. u.a. 2004.
- Bernd Eggen, *Homosexuelle Paare mit Kindern*, *FamPra.ch* 2007, S. 823ff.
- Bijan Fateh-Moghadam, *Genome Editing als strafrechtliches Grundlagenproblem*, *medstra* 2017, 146ff.
- Thomas Gächter/Bernhard Rüttsche, *Gesundheitsrecht. Ein Grundriss für Studium und Praxis*, 4. Aufl., Basel 2018.
- Ulrich Gassner u.a., *Fortpflanzungsmedizingesetz. Augsburg-Münchener Entwurf*, Tübingen 2013.
- Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (1821)*, Edition Moldenhauer/Michel, Frankfurt a.M. 1970.
- Cyril Hegnauer, *künstliche Fortpflanzung und persönliche Freiheit. Bemerkungen zu BGE 115 Ia 246ff Erw. 5 und 6 (=ZBI 91/1990, 68ff.)*, in: *ZBI 92/1991*, 341ff.
- Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Aldershot 2001.
- Mathias Kuhn, *Recht auf Kinder? Der verfassungsrechtliche Schutz des Kinderwunschs*, Zürich/St. Gallen 2008.
- Michaela Lehmann, *Die In-vitro-Fertilisation und ihre Folgen. Eine verfassungsrechtliche Analyse*, Frankfurt a.M. u.a. 2007.
- Alexandre Lombard, *La filiation pour les couples de même sexe de l’angle du bien de l’enfant*, in: *FamPra.ch* 2017, S. 725ff.
- Reinhard Merkel, „Wrongful birth – wrongfull life“, *Die menschliche Existenz als Schaden?* In: Ulfrid Neumann/Lorenz Schulz (Hrsg.), *Verantwortung in Recht und Moral*, ARSP-Beiheft 74, Stuttgart 2000. S. 172ff.
- Christian Müller-Götzmann, *Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft. Eine arztrechtliche Untersuchung zur Zulässigkeit fortpflanzungsmedizinischer Massnahmen bei gleichgeschlechtlichen Partnerschaften*, Berlin 2009.
- Gertrud Nunner-Winkler, *Zur Bestimmung des Kindeswohls*, in: Johannes Drerup/Christoph Schickhardt (Hrsg.), *Kinderethik. Aktuelle Perspektiven – klassische Problemvorgaben*, Paderborn 2017, S. 49ff.
- Philipp Reimer/Matthias Jestaedt, *Anm. zu BVerfG 1BvR 3247/9*, in: *Juristenzeitung (JZ)* 2013, 468ff.

- Klaus Peter Rippe, Vorsorge als umweltethisches Leitprinzip. Gutachten für die Eidgenössische Ethikkommission im ausserhumanen Bereich (EKAH), 2001.
- Bernhard Rüttsche, Eugenik und Verfassung. Regulierung eugenischer Wünsche von Eltern im freiheitlichen Rechtsstaat, ZBI 6/2010, 297ff. (312).
- Bernhard Rüttsche, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität. Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zürich/St. Gallen 2009.
- Marina Rupp (Hrsg.), Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, Köln 2009.
- Heidi Simoni, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten „Kindeswohl, Familie und Elternschaft“ im Fortpflanzungsmedizingesetz, Gutachten für das BAG, 2012.
- Ulrich Steinvorth, Klassische und moderne Ethik. Grundlinien einer materialen Moraltheorie, Reinbek 1990.
- D.P. Sullin, Emotional Problems among Children with Same-Sex Parents: Difference by Definition, in: British Journal of Education, Society & Behavioural Science 2015, S. 99ff.
- Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, Stuttgart 1870.