

Kurt Seelmann

Die Tauglichkeit des «Kindeswohl»-Gedankens für die Begrenzung von Fortpflanzungsverfahren.

Beim vorliegenden Text handelt es sich um ein Gutachten zur Bedeutung des «Kindeswohl»-Gedankens in seiner Begrenzungsfunktion gegenüber Fortpflanzungsverfahren. Es ist verfasst im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit (BAG) auf der Basis rechtsphilosophischer Überlegungen. Normativer Ausgangspunkt sind also allgemein anerkannte Rechtsprinzipien. Streitige Überlegungen werden als solche kenntlich gemacht. Das geltende positive Recht dient zur Veranschaulichung, kann aber auch Gegenstand der Kritik durch prinzipielle Überlegungen sein.

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil des Gutachtens:.....	3
Einführung und insbesondere Vorteile und Nachteile der Arbeit mit dem Begriff des Kindeswohls	3
1. Einführung.....	3
a) Kindeswohl als Begrenzungskriterium für Fortpflanzungsverfahren.....	3
b) Herkunft des Kindeswohls	3
c) Neue Anwendungen für das Kindeswohl.....	4
d) Inhalt des Kindeswohls.....	5
e) Auch Potentialität geschützt?.....	6
2. Geltendes Recht.....	8
3. Meinungsänderungen in Bevölkerung und Wissenschaft.....	9
4. Arbeiten mit dem Begriff des Kindeswohls: Vor- und Nachteile	10
a) Die generellen und speziellen Vorteile des Arbeitens mit dem Kindeswohlbegriff	10
aa) Mehr Belange erfassbar	10
bb) Status von Embryonen erfassbar	12
cc) Auch ausgrenzende Funktion des Kindeswohls?.....	13
b) Die Nachteile des Arbeitens mit dem Kindeswohlbegriff.....	14
aa) Begriffliche Unschärfen.....	14
bb) Recht und Moral.....	15
cc) Einstufung der Varianten.....	16
dd) Paternalismus	17
5. Zusammenfassung des ersten Teils des Gutachtens	18
Zweiter Teil des Gutachtens:.....	21
Alternativen zum «Kindeswohl»-Gedanken für die Begrenzung von Fortpflanzungsverfahren	21
1. Entspricht das Elternwohl dem Kindeswohl?	22
a) Berufung auf Kindeswohl überflüssig?	22
b) Problematische Verallgemeinerung	23
2. Wechselseitige Grenze der Freiheitsrechte von Eltern und Kindern?.....	24
a) Rechte auch für Nicht-Personen?	24
b) Ungeborene nach ZGB grundsätzlich nicht Rechtsträger	25
c) Nur scheinbare Ausnahme bei Menschenwürde	25
3. Gemeinwohlaspekt oder «öffentliches Interesse» statt Recht des Kindes oder Embryos?	26
a) Embryonenschutz als öffentliches Interesse anerkannt.....	27
b) Nur reflexhafter Schutz.....	27
c) Doch bei öffentlichen Interessen geringere Durchsetzbarkeit der Schutzpflicht	28
4. Embryo und Menschenwürde	28
a) Unterschiede zwischen Wohl und Würde.....	29
b) Menschenwürdeverletzungen.....	29
c) Status des Embryos und verschiedene Bedeutungen von Menschenwürde	30
d) Philosophische Probleme mit der Begründung von Menschenwürde.....	32
e) Zwischenresultat	34
5. Differenzierungen nötig? Kindeswohl versus Embryonenwohl?	35
6. Schluss	36
LITERATURVERZEICHNIS	38

Erster Teil des Gutachtens:

Einführung und insbesondere Vorteile und Nachteile der Arbeit mit dem Begriff des Kindeswohls

1. Einführung

Fortpflanzungsverfahren sind seit Jahrzehnten sowohl in der wissenschaftlichen Debatte als auch in der alltäglichen ärztlichen Praxis präsent und die Freiheit der Durchführung solcher Verfahren steht im Prinzip ausser Zweifel. Der Fortpflanzungsfreiheit oder reproduktiven Autonomie¹ wird in der Debatte nämlich ein sehr hoher Stellenwert eingeräumt. Gesetzlich wird dieses Freiheitsrecht allerdings in einem gewissen Umfang doch wieder beschränkt und eine zentrale Rolle spielt hierbei der Begriff des «Kindeswohls».

a) Kindeswohl als Begrenzungskriterium für Fortpflanzungsverfahren

Der Gesetzgeber des Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG) schuf nämlich mit der Übernahme des Begriffs des «Kindeswohles» zugleich ein weit reichendes Begrenzungskriterium für Fortpflanzungsverfahren, von dem umstritten ist, ob und ggf. in welchem Umfang es sich mit der genannten Garantie der Fortpflanzungsfreiheit überhaupt vereinbaren lässt. Die reproduktive Selbstbestimmung steht also in einem schwierigen Verhältnis zum Gebot des «Nicht-Schadens von Nachkommen», wie es im Prinzip des Kindeswohls zum Ausdruck kommt – einem Verhältnis, das oft als eines der Abwägung gekennzeichnet wird.²

b) Herkunft des Kindeswohls

Der Begriff des Kindeswohls stammte ursprünglich aus dem Bereich des elterlichen insbesondere scheidungsbedingten Sorgerechts und des Adoptionsrechts, indem die

¹ Zur «reproduktiven Autonomie» vgl. Clemens Heyder, Reproduktive Autonomie und das Kindeswohl. Wodurch eine Einschränkung nicht gerechtfertigt werden kann, in: Susanne Beck (Hrsg.), Gehört mein Körper noch mir? Strafgesetzgebung zur Verfügungsbefugnis über den eigenen Körper in den Lebenswissenschaften, Baden-Baden 2012, S. 291-313, 297ff.

² Robert Ranisch, Liberale Eugenik. Kritik der selektiven Reproduktion, Stuttgart 2021, S. 231, hält die Abwägung zwischen reproduktiver Autonomie und dem Gebot des Nicht-Schadens von Nachkommen für eine elementare Frage der «liberalen Eugenik», also einer an individuellen Interessen orientierten Eugenik.

Vorgabe galt, in diesen Bereichen habe man sich am Wohl des Kindes zu orientieren. «Ist das Wohl des Kindes gefährdet...», haben die zuständigen Behörden einzugreifen, legt das Zivilgesetzbuch (ZGB) fest (Art. 307 Abs. 1 ZGB). Worin die Wahrung des Wohls besteht, formuliert Art. 302 Abs. 1 ZGB: Die Eltern haben danach, u.a. in ihrer Sorge gegenüber dem Kind «... seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung zu fördern und zu schützen». In derselben Stossrichtung lässt das Gesetz eine Adoption eines Kindes gleichfalls nur zu, wenn «zu erwarten ist, die Begründung eines Kindesverhältnisses diene seinem Wohl,...» (Art. 264 Abs. 1 ZGB).

Auch die Standardmonographie vom Michael Coester über «Das Kindeswohl als Rechtsbegriff» von 1983 konzentriert sich auf die Analyse von Inhalt und Funktion des Rechtsbegriffs des Kindeswohls bei richterlichen scheidungsbedingten Sorgerechtsentscheidungen,³ wo nunmehr neben das Verschuldensprinzip als weiteres Argument das «Kindeswohl» trat. Nicht vergessen werden darf bei alledem, dass im nationalsozialistischen Recht in Deutschland der Kindeswohlbegriff als Vehikel verwendet wurde, um von Seiten des Staates in die politische und religiöse Erziehung einzugreifen.⁴ Dies mag schon hier als Hinweis darauf dienen, dass sich der Begriff des Kindeswohls nur schwer präzise bestimmen lässt und so zu einer «unbegrenzten Auslegung»⁵ anregen kann.

c) Neue Anwendungen für das Kindeswohl

Doch dieser dargestellte Schwerpunkt des Kindeswohls im Sorge- und Adoptionsrecht, also im Familienrecht, wird nun in neuerer Zeit ergänzt durch einen zweiten grösseren Anwendungsbereich, nämlich den bei Fortpflanzungsverfahren, und man liest immer mehr vom Kindeswohl im Bereich der Einhegung von Fortpflanzungsverfahren. In der heute noch geltenden Fassung des FMedG ist das Kindeswohl sogar der zentrale Begriff, ja der Ausgangsbegriff im Gesetz. Da neben kleineren Kindern erst recht Embryonen selbst nicht wirksam in körperliche Eingriffe einwilligen können, da Embryonen darüber hinaus als nur potenzielle Kinder (erst

³ Michael Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, Frankfurt a.M. 1983, S. 5.

⁴ Friederike Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, Tübingen 2015, S. 43.

⁵ Ausführlich dazu Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 9. Aufl., Tübingen 2022.

recht wiederum gilt dies für bloss potentielle Embryonen, etwa im Fall imprägnierter Eizellen) nicht einmal rechtsfähig sind und da sie schliesslich wegen ihrer Arg- und Wehrlosigkeit zu den vulnerabelsten Wesen gehören, ist die Suche nach einem Schutzprinzip wie dem Kindeswohl durchaus naheliegend. Aber: Was genau schützt man mit der Berufung auf das Kindeswohl?

d) Inhalt des Kindeswohls

Dazu zunächst ein Überblick: Weitgehend unbestritten gehört zum Kindeswohl erstens, dass Kinder *keine physischen und psychischen Beeinträchtigungen* leiden sollten. Dieses Erfordernis reicht vom Ausschluss physischer Gewalt insbesondere in der Familie und bei der ärztlichen Behandlung⁶ bis zur Information über die eigene Abstammung, die nicht vorenthalten werden darf.⁷ Bei diesem Schutz vor physischen und psychischen Beeinträchtigungen geht es nicht nur um bestimmte Umstände in Form von gegenwärtigen Belangen des Kindes, sondern umfassender um den Schutz der Bedingungen eines zukünftigen selbstbestimmten⁸ und in diesem Sinn auch gelungenen⁹ Lebens.

Zweitens dient es dem Kindeswohl, wenn ein Kind *verlässliche Bezugspersonen*, also eine «verlässliche soziale Elternschaft» hat¹⁰ – ob dies nun die eigenen leiblichen Eltern oder andere nahestehende Menschen sind.¹¹ Das setzt eine einigermaßen intakte Familienstruktur voraus, aber auch ein nicht zu hohes Lebensalter der Bezugspersonen, damit diese nicht Gefahr laufen, schon im Kindesalter ihres Schützlings zu sterben.

Schliesslich gehört drittens nach einem heute verbreiteten Verständnis zum Kindeswohl im Bereich der Fortpflanzungsmedizin – und hier betritt man ein umstrittenes Gebiet – die *Herrschaft über die eigene Zukunft*. Bei Keimbahneingriffen könnte der so Behandelte einen Eingriff auf seine Nachkommen vererben, die infolge

⁶ Andrea Büchler/Sandro Clausen, Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl! Kindeswohl und Fortpflanzungsmedizin? In: FamPra.ch 2014, S.261-273, 269.

⁷ Büchler/Clausen, Fortpflanzungsmedizin, S. 261ff.

⁸ Wapler S. 449.

⁹ Wapler, S. 311.

¹⁰ Heidi Simoni, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten «Kindeswohl, Familie und Elternschaft» im Fortpflanzungsmedizingesetz, Gutachten für das BAG, September 2012, S. 7.

¹¹ Coester, S. 178, 181; Büchler/Clausen, Fortpflanzungsmedizin, S. 251ff.

dessen möglicherweise nicht mehr Herren über die Gestaltung ihres Lebens und damit ihrer Zukunft sein können. Diese Position ist vor allem von Joel Feinberg und Jürgen Habermas in die Debatte eingeführt worden.¹² Das Argument lässt sich zwar von vornherein nicht auf die Präimplantationsdiagnostik (PID) anwenden, da dort die Genetik nicht für künftige Generationen verändert wird.

Wohl aber kann das Argument für genetische Veränderungen gelten, die sich auf die Keimbahn auswirken, wie etwa Eingriffe mit der sog. «Genschere». Freilich muss man, um genetische Veränderungen für ein Problem des Kindeswohls zu halten, den Menschen als ein durch seine Gene bestimmtes und damit substantiell von der Natur abhängiges Wesen verstehen. Das ist eine nicht unwidersprochene «naturalistische» Position, auf deren Auseinandersetzung mit der Gegenposition hier nicht näher eingegangen werden kann.

e) Auch Potentialität geschützt?

Diesen drei wichtigen Bereichen einer möglichen Verletzung des Kindeswohls ist noch eine Überlegung darüber hinzuzufügen, ob bereits die Potentialität des Personseins den Schutz des Kindeswohls begründet. Dann wäre ein Embryo jedenfalls in gewissen Hinsichten im Hinblick auf das Wohl in gleicher Weise geschützt wie ein geborenes Kind. Ein häufiger Einwand dagegen ist das sog.

«Kronprinzenargument»: Der heutige britische König Charles III. habe als früherer Kronprinz, also als potentieller König, auch nicht die Rechte seiner Mutter, der damaligen Königin, innegehabt. Das Argument ist aber fehlerhaft. Natürlich hat der Kronprinz nicht die Rechte der Königin – aber darum geht es gar nicht. Es geht vielmehr um sein Recht, als künftiger Nachfolger anerkannt zu werden – und dieses Recht hat er nach den britischen Gesetzen schon als Kronprinz. In vergleichbarer Weise kann die Rechtsordnung eine potentielle Person in ihrer Personwerdung schützen. Dem Embryo bereits die Rechte eines Kindes zuzusprechen wäre eine mögliche Lösung des Problems, ob bereits das potentielle Personsein vom Prinzip des Kindeswohls geschützt ist – eine andere (die gegenteilige) wäre, dass man aus

¹² Joel Feinberg, *The Child's Right to an Open Future*, in: *Freedom and Fulfillment, Philosophical Essays*, Princeton 1992, S. 76-97, 78ff; Jürgen Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* 4. Aufl., Frankfurt a.M 2002, S. 136; dazu auch Anja Karnein, *Zukünftige Personen. Eine Theorie des ungeborenen Lebens von der künstlichen Befruchtung bis zur genetischen Manipulation*, Frankfurt a.M. 2013, S. 185ff.; Wapler, S. 411.

dem Fehlen des Personstatus einfach die Konsequenz zieht, ein rechtlich geschütztes Subjekt sei vor der Geburt generell nicht vorhanden. Seit einiger Zeit wird auch noch eine dritte Lösung erörtert: Es sei für niemand aus der Perspektive der 1. Person relevant, was mit Embryonen geschieht, die sich nicht zu Personen entwickeln. Dagegen sei es (nur) für Personen relevant, was mit den Embryonen geschah, aus denen sie sich entwickelt haben.¹³

Gegen die erste Lösung spricht, dass die Schädigung der Potentialität einer Person oder Sache einen geringeren Unrechtsgehalt aufzuweisen pflegt als die Schädigung der Aktualität. Wer z.B. nur einen Versuch einer Straftat begeht, kann milder bestraft werden als derjenige, der die Tat zur Vollendung kommen lässt. Die Verpflichtung, beides gleich zu behandeln, widerspricht unseren Gerechtigkeitsintuitionen. Die zweite Lösung dürfte an demselben Differenzierungsgebot scheitern, das eine Ungleichbehandlung von potentiellen und aktuellen Personen verlangt. Zwar kann man sich über den genauen Zeitpunkt des Entstehens einer Position mit Rechten und Pflichten, also des Personstatus, streiten. Jedoch muss ein solcher Zeitpunkt in jedem Rechtssystem unvermeidlich festgehalten oder angenommen werden. Das Problem bei der dritten Lösung ist schliesslich, dass der Embryo dort per definitionem keinen Schutz geniessen würde, weil es der, der ihn tötet oder auf andere Weise schädigt, gänzlich selbst in der Hand hätte, zu verhindern, dass eine (im umfassenden Sinn geschützte) Person entsteht. Niemand darf sich aber auf das Entfallen einer Zurechnungsvoraussetzung berufen, wenn er selbst vorwerfbar dieses Entfallen verursacht hat. Dies besagt das Prinzip der «ausserordentlichen Zurechnung». Allgemein bekannt ist dieses Prinzip etwa bei Fahren in angetrunkenem Zustand: Man wird nicht mit dem Einwand gehört, man habe doch wegen vorherigen Alkoholgenusses ohne Schuld gehandelt. Wer sich vorwerfbar die Schuld nimmt, darf sich nicht darauf berufen, dass er ja ohne Schuld gehandelt habe.¹⁴

Als Zwischenergebnis ist also festzuhalten, dass auch potentielle Kinder geschützt werden können, der Schutz aktueller und potentieller Kinder aber unterschiedlich

¹³ Kamein S. 11.

¹⁴ Ausführlich zu Geschichte und Bedeutung dieses Prinzips der ausserordentlichen Zurechnung Joachim Hruschka, Ordentliche und ausserordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von *actio libera in se* und *actio libera in causa*, ZStW 96 (1984), S. 661ff.

ausfallen sollte und dass der, der den Personstatus verhindern kann, sich auf dessen Fehlen nicht soll berufen können.

Im Rest des ersten Teils des Gutachtens wird zunächst das geltende Recht der Regelung des Kindeswohls für den Bereich der Fortpflanzungsmedizin überblicksartig dargestellt (2.). Dabei wird auch auf die Einschätzung des historischen Gesetzgebers, die in der Botschaft zum FMedG zum Ausdruck kommt, eingegangen. Anschliessend wird das in den letzten Jahren veränderte Bild von Fortpflanzungsverfahren, das in der Öffentlichkeit und im wissenschaftlichen Meinungsspektrum vorherrscht, thematisiert werden (3.). Zum Abschluss soll ein kurzer Überblick über die Vorteile und Nachteile einer Orientierung am Begriff des Kindeswohls bei der Überprüfung von Fortpflanzungsverfahren gegeben werden (4. a und b). In einem anschliessenden zweiten Teil des Gutachtens, geht es um andere verschiedene die Fortpflanzungsverfahren kontrollierende Alternativen zum Grundsatz des Kindeswohls.

2. Geltendes Recht

Von den dargestellten Voraussetzungen für den Begriff des Kindeswohls geht auch weitgehend das geltende Recht aus. Nach Art. 3 Abs. 1 FMedG dürfen Fortpflanzungsverfahren generell nur angewandt werden, «wenn das Kindeswohl gewährleistet ist». Damit ist das Kindeswohl schon als wichtiger Grundsatz festgelegt. Aber auch darüber hinaus und weit verstreut über das gesamte Gesetz werden aufbauend auf die grundlegende Beschränkung durch das Kindeswohl immer wieder einzelne Fortpflanzungsverfahren verboten. Beispielsweise sind Fortpflanzungsverfahren beschränkt auf Paare, zu denen ein Kindesverhältnis begründet werden kann (Art. 3 Abs. 2 lit. a), auf Personen, deren Alter voraussichtlich Pflege und Erziehung bis zur Volljährigkeit erlaubt (Art. 3 Abs. 2 lit. b) und gespendete Samenzellen dürfen nur bei Ehepaaren verwendet werden (Art. 3 Abs. 3). Keimzellen, ausgenommen Spendersamen, dürfen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, nicht mehr verwendet werden, desgleichen dürfen Eizellen und Embryonen in vitro nach dem Tod eines Teils des betroffenen Paares nicht mehr verwendet werden (Art. 3 Abs. 4 bzw. 5), Ei- und Embryonenspende sind verboten (Art. 4) und Fortpflanzungsverfahren dürfen nur bei Unfruchtbarkeit und

Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit angewendet werden (Art. 5 lit. a bzw. b). All diese Verbote werden begründet mit dem Kindeswohl.

Die Botschaft zum FMedG aus dem Jahr 1996 schliesst daraus, dass das Kindeswohl im Kollisionsfall der Fortpflanzungsfreiheit vorgeht: «Die Interessen und Wünsche des zu behandelnden Paares haben aus dieser Sicht hinter dem Kindeswohl zurückzutreten» (Botschaft 1996, 322.11, S. 229). Der Schutz des Kindeswohls sei ein «Grundpfeiler des Familienrechts»(a.a.O.). Die Botschaft orientiert sich damit am britischen «Childrens' Act von 1989, wonach bei jeder gerichtlichen Entscheidung «the child's welfare shall be the court's paramount consideration»¹⁵

3. Meinungsänderungen in Bevölkerung und Wissenschaft

Inzwischen hat sich nicht nur die Fortpflanzungsmedizin rasch weiterentwickelt, sondern die Mehrheit der Bevölkerung ist auch in ihrer Einschätzung der Fortpflanzungsverfahren grosszügiger geworden, wie Volksabstimmungen etwa zur Aufhebung des Verbots der Präimplantationsdiagnostik (PID) in verschiedenen Varianten belegen.¹⁶ Zudem wurde in einer Volksabstimmung die «Ehe für alle» eingeführt – es ist also auch kein heterosexuelles Paar mehr für das Wohl beteiligter Kinder nötig.¹⁷

Der Eindruck erhärtet sich noch, wenn man den in der wissenschaftlichen Literatur veröffentlichten Meinungsstand zugrunde legt. Manche der bisher noch als Verstoss gegen das Kindeswohl verbotenen Massnahmen werden in Teilen der neueren Debatte für vereinbar mit dem Kindeswohl erachtet, zum Teil wird sogar das Kindeswohl als Bemessungsgrundlage bei der Zulassung von Eingriffen für weitgehend überflüssig erklärt.¹⁸ Es wird auf den zurückhaltenden Umgang mit dem «Kindeswohl» in anderen Ländern hingewiesen und die Frage aufgeworfen, «ob das

¹⁵ 1 (1) Childrens' Act 1989. Kritisch dazu Helen Reece, The Paramountcy Principle, Consensus or Construction, in: Current legal Problems (CLP), vol. 49, 1996, 267-304.

¹⁶ 2014 und 2015 auf Verfassungs- und Gesetzesstufe.

¹⁷ Abstimmung 2021, Inkrafttreten 2022.

¹⁸ Vgl. etwa bei Büchler/Clausen, Fortpflanzungsmedizin, S. 265: «Vor allem auf der Begründungsebene erscheint der Einsatz des Kindeswohlarguments fragwürdig.» Dies wird allerdings etwas zurückgenommen a.a.O. S. 271, wonach «Überlegungen des Kindeswohls» keineswegs gänzlich aus dem Blickfeld verschwinden müssten».

Kindeswohl grundsätzlich der richtige Ansatz für eine überzeugende Beantwortung der durch den technischen Fortschritt bei der menschlichen Reproduzierbarkeit entstehenden Fragestellungen ist.».¹⁹ Es wird auch angenommen, «dass die Lösung der sich im Bereich der Fortpflanzungsmedizin stellenden spezifischen Probleme in vielerlei Hinsicht auch ohne das Kindeswohl als überragendes Leitbild auskommen kann.».²⁰

Dies legt eine genauere kritische Betrachtung dieses Begriffs des Kindeswohls nahe: Soll am Kindeswohl als oberster Maxime des Rechts der Fortpflanzungsmedizin festgehalten werden? Was spräche dafür, was dagegen?

4. Arbeiten mit dem Begriff des Kindeswohls: Vor- und Nachteile

Im Folgenden seien zunächst die generellen Vorteile eines Arbeitens mit dem Begriff des Kindeswohls erörtert (a), ehe dann die generellen Nachteile zur Debatte gestellt werden (b). In beiden Fällen wird ausgehend von einem allgemeinen Verständnis des Kindeswohls erst in einem zweiten Schritt das Kindeswohl angewandt auf die spezielle Materie der Fortpflanzungsmedizin.

a) Die generellen und speziellen Vorteile des Arbeitens mit dem Kindeswohlbegriff

aa) Mehr Belange erfassbar

Versteht man unter Wohl des Kindes ein Interesse des Kindes, das sowohl durch subjektives Wohl und aktuelles Empfindungsglück als auch durch positive objektive Lebensumstände bestimmt ist,²¹ so lassen sich zunächst einmal mit der Bestimmung des Kindeswohls weit mehr menschliche Belange erfassen als wenn man sich auf *Kinderrechte* beschränkt. Das ist schon statusrechtlich wichtig für diejenigen

¹⁹ A.a.O., S. 265.

²⁰ Bächler/Clausen, Fortpflanzungsmedizin, S. 271. Der Aufsatz von Bächler und Clausen kann als eine Art von Paradigmenwechsel bei der Problematik des Kindeswohls in der Schweiz gesehen werden. Grundlage für viele heute vertretene liberale Position dürfte Dagmar Coester-Waltjens (die Situation in Deutschland betreffendes) Juristentagsgutachten (schon im Jahr 1986!) gewesen sein, vgl. Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B, München 1996.

²¹ Zu den subjektiven und objektiven Elementen des Wohlbegriffs vgl. Ranisch, S.202ff.

menschlichen Wesen, die noch nicht Personen sind und somit, wie etwa die Embryonen, keine eigenständigen Rechte haben. Gleichwohl werden sie von der Rechtsordnung durch Abstellen auf das Kindeswohl geschützt (vgl. oben Art. 3ff. FMedG).

Dasselbe gilt für das Verhältnis von «Wohl» und «Recht» generell. Der Schutz des Wohls verschafft dem Betroffenen also ein Mehr an Schutz verglichen mit einem Schutz von Rechten. Denn es gibt Interessen, die nicht zugleich Rechte sind und doch von der Rechtsordnung geschützt werden können. Von «rechtlich geschützten Interessen» spricht etwa Rudolf von Jhering an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert.²² Insbesondere solche rechtlich nicht als strikte subjektive Rechte geschützten Interessen können dann dennoch geschützt werden oder gar mittelbar zu Rechten erstarken.

Man denke für Letzteres, also das Erstarken eines Interesses zum Recht, etwa an den Fall, dass jemand, um überleben zu können, Nahrungsmittel entwendet. Weil es hier nicht nur um alltägliche Interessen geht, sondern um ein fundamentales Interesse am Überleben und damit auch an der Fortexistenz als Rechtssubjekt,²³ hat die Rechtsordnung ein solches gewichtiges Interesse im «Aggressivnotstand» zu einem Recht erstarken lassen (Art. 17 StGB) – was nicht der Fall wäre, wenn der Entwendende nur Leder zur Fertigung von Schuhen entwendet hätte, wie der heilige Crispinus²⁴ – dann könnte er sich höchstens auf einen entschuldbaren Notstand berufen (Art. 18 Abs. 1 und 2 StGB). In dieser Situation, in der seine Interessen nicht überwiegen, billigt die Rechtsordnung zwar einen Interessenschutz (Strafmilderung oder Schuldausschluss) zu, aber doch kein subjektives Recht – der das Leder Entwendende handelt rechtswidrig.

Auf das Wohl abzustellen befriedigt also die Interessen in einem weiteren Umfang als ein Abstellen auf das Recht und in speziellen Situationen kann aus dem Wohl sogar ein Recht werden.

²² Ausführlich dazu Kurt Seelmann, Jherings Kehrtwende und ihre Vorgeschichte, in: Jens Eisfeld u. a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Diethelm Klippel, **im Druck**.

²³ So zuerst Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (zuerst erschienen 1821), Ed. Moldenhauer/Michel, Werke Bd. 7, Frankfurt a.M. 1970, § 127, S. 239f.

²⁴ Hinweis bei Hegel, § 126, Anmerkung, S. 239.

bb) Status von Embryonen erfassbar

Neben den Umstand, dass der Wohlschutz inhaltlich weiter reicht als der Rechtsschutz, tritt eine zusätzliche Ausweitung im Bereich des Status der Betroffenen ein. Es geht nämlich, sofern der Begriff des Kindeswohls speziell in der Fortpflanzungsmedizin verwendet wird, häufig auch um das Wohl von Embryonen, deren Status (sind sie schon rechtlich geschützt?) näher zu bestimmen ist und teilweise auch umstritten erscheint. Personen und damit Träger von Rechten und Pflichten sind sie als Ungeborene noch nicht (vgl. Art. 11 Abs. 1 und 2 ZGB). Träger von Menschenwürde sind sie nach Auffassung des Bundesgerichts aber dennoch schon.²⁵ .

Sofern Embryonen danach noch keine selbständigen Träger subjektiver Rechte sind, können sie aber dennoch durch den Wohlbegriff einem besonderen Schutz unterstehen. Für das Wohl, anders als für das Recht, spielt auch der Status des zu Begünstigenden keine Rolle. Die staatlichen Instanzen können durch den Wohlbegriff verpflichtet werden, zugunsten von Embryonen und zu ihrem Schutz tätig zu werden selbst dann, wenn sich in der jeweiligen Situation ein entsprechendes subjektives Recht des Embryos nicht feststellen lässt.

Damit erlaubt es der Wohlbegriff auch, einen Embryo zwar als Träger von Rechten, nicht aber von Pflichten, somit also als «moral patient» und nicht als «moral agent», einzustufen.²⁶ Der Embryo ist nach dieser in der Ethik inzwischen verbreiteten Ausdrucksweise dann zwar selbst kein zurechnungsfähiger «moral agent» (also keine Person, die bei ihrem Handeln moralische Pflichten hat – was er für sein Wohl auch nicht nötig hat), er ist aber als Träger von Rechten einzustufen, was insbesondere für Kinder und Embryonen sehr wichtig ist, die damit sogar, mit Hilfe des Kindeswohls, für die Rechtsträgerschaft auf eigene subjektive Rechte nicht angewiesen sind.

²⁵ BGE 119 Ia 460.

²⁶ Übersicht zur Thematik bei Kurt Seelmann, Menschenwürde – Schutz des «moral agent» oder des «moral patient»? In: Rainer J. Schweizer/Florian Windisch (Hg.), Integratives Rechtsdenken – Im Diskurs mit Philippe Mastronardi, Zürich/S. Gallen 2011, S. 33-47.

Also nicht nur mehr und weiter gefasste Inhalte können unter das Wohl besser subsumiert werden als unter das Recht, sondern auch vom rechtlichen Statusbegriff ist die Verpflichtung auf das Wohl des Betroffenen nicht abhängig.

cc) Auch ausgrenzende Funktion des Kindeswohls?

Zu klären ist beim Schutz von Nicht-Personen aber unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohles auch noch, ob gerade vom Kindeswohl her auch berechtigter Weise gefordert werden könnte, dass ein bestimmter Embryo unter Berufung auf das Kindeswohl gar nicht implantiert wird und damit überhaupt am Leben gehindert wird. Der Begriff des Kindeswohls hätte dann neben seinen Schutz- und Hilfsfunktionen auch noch eine ausgrenzende Funktion, nämlich menschliches Leben einer bestimmten Art gar nicht erst entstehen zu lassen – etwa weil es voraussichtlich mit unerträglichen Qualen verbunden wäre. Die h.M. lehnt solch weitreichende Kindeswohlbestimmungen ab.²⁷ Ein Argument dagegen ist, dass eine Lebensqualitätsbewertung bei ungeborenen Menschen mehr noch als bei lebenden kaum möglich sei – die Grenzen des Messbaren würden hier völlig überschritten.²⁸ Für eine Bestimmbarkeit des Wohls aber dürfte sprechen, dass es sozialwissenschaftlich durchaus weitgehend Konsens über Indikatoren für Lebensqualität gibt, wozu etwa Gesundheit, Bildung oder soziale Teilhabe gehören.²⁹

Ein anderer Einwand gegen die Messbarkeit von Lebensqualität ist mehr methodischer Art. Es sei nicht sinnvoll, von Kindeswohl zu sprechen, wo es noch gar kein Kind gebe, ja das Kind gerade verhindert werden solle.³⁰ Dies kann man aber auch anders sehen. Für die Annahme eines Schadens beim potentiellen Kind bedürfe es nämlich keiner Feststellung einer subjektiven Empfindung dieses Schadens, die natürlich bei der Nichtexistenz des Betroffenen fehle. Eine Schädigung liege schon für sich genommen vor, wenn jemandem unzumutbare

²⁷ Zur genaueren Begründung der Argumente in dieser Debatte vgl. das ebenso für das BAG erstellte Gutachten des Verf. vom April 2018 mit dem Titel «Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?», S. 19ff.

²⁸ Ausführlich dazu Ranisch, S. 204.

²⁹ Ranisch, S. 210-217.

³⁰ Dazu Dagmar Coester-Waltjen, Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen. Gutachten B für den 56. Deutschen Juristentag, München 1996, B45f.

Beeinträchtigungen des Wohls im Fall künftiger Existenz drohten.³¹ Dass es solche Situationen gibt, wird man schwerlich bestreiten können – das Institut der allgemein für erlaubt gehaltenen «passiven Sterbehilfe» geht davon aus und gerade die Neonatologie kennt immer wieder die Notwendigkeit einer Entscheidung über die Weiterbehandlung angesichts unzumutbarer Qualen.

Die Vorzüge des Wohlbegriffs haben somit sämtlich mit einem weiteren Anwendungsbereich verglichen mit dem Rechtsbegriff zu tun und es wird sich zeigen, dass die Nachteile des Begriffs vom Kindeswohl weitgehend spiegelbildlich dem entsprechen.

b) Die Nachteile des Arbeitens mit dem Kindeswohlbegriff

aa) Begriffliche Unschärfen

Zu den Nachteilen der Verwendung des Kindeswohlbegriffs gehören zunächst seine begrifflichen Unschärfen³², die ihn für einen Rechtsbegriff nur beschränkt tauglich erscheinen lassen. Von einer «definitorische(n) Katastrophe» ist gar die Rede.³³ Sie habe etwa im nationalsozialistischen Recht in Deutschland dazu geführt, dass der unbestimmte Rechtsbegriff des Kindeswohls zur Auslegung im Sinne des NS-Staates verwendet wurde.³⁴ Welche Art von Interessen es sind, die das Wohl bestimmen und ausfüllen, lässt sich nämlich nur schwer mit Klarheit erfassen, so dass bei Orientierung am Kindeswohl rechtliche Prinzipien wie beispielsweise «nulla poena sine lege» kaum Anwendung finden könnten, wo immer das Wohl des Kindes anderes verlangen würde.

Dadurch könnte die Verbindlichkeit des Rechts im Extremfall ausgehebelt werden. Eine gerichtliche Entscheidung könnte im Interesse des Kindes gar im Strafrecht gegen das Analogieverbot verstossen, da dies ja, in bestimmten Situationen, zum

³¹ Reinhard Merkel, «Wrongfull death – wrongfull life». Die menschliche Existenz als Schaden, in: Ulfrid Neumann/Lorenz Schulz. (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, ARSP-Beiheft 74, Stuttgart 2000, S. 172 ff, 185f.

³² Zum Kindeswohl als unbestimmten Rechtsbegriff vgl. Heyder, S. 305.

³³ Harry Dettenborn, Kindeswohl und Kindeswille. Psychologische und rechtliche Aspekte, 2. Aufl., München 2007, S. 46ff.

³⁴ Wapler, S. 45.

Wohl des Kindes wäre. In der amerikanischen Literatur spricht man von «indeterminacy»³⁵ eines Begriffs oder einer Wendung, wenn man kenntlich machen will, dass der Wille des Gesetzgebers vom Rechtsanwender nicht erschlossen werden kann oder bewusst nicht beachtet wird, dass der Wille des Gesetzgebers gegenüber dem Rechtsanwender also nicht determinierend wirkt. Eine solche Indeterminacy liegt hier bei Orientierung am Kindeswohl vor. Dies muss demokratietheoretisch aber problematisch erscheinen.

bb) Recht und Moral

Der Präzisionsmangel des Wohlbegriffs ist aber nur einer seiner Nachteile. Ein zweiter Nachteil der Orientierung am Wohl ist das Problem der Grenzüberschreitungen zwischen Recht und Moral. Das rührt hauptsächlich daher, dass es sich beim «Wohl» eher um einen Begriff der Moral als des Rechts handelt. Stützt man sich etwa auf die Kantische Tradition, wonach das Recht aus klar erfassbaren Verletzungsverboten bestehe und die Moral aus Optimierungsschutz («kümmere Dich um die Interessen Anderer!»), so wird dieser Zusammenhang einsichtig.³⁶ Das Wohl ist also eher zweck- und folgenorientiert und weniger regelorientiert als das Recht. In der Literatur wird deshalb auch darauf hingewiesen, dass Leute wie Sozialarbeiterinnen, Psychologen und Psychiaterinnen im Fall des Kindeswohls für Rat und Entscheidung besser qualifiziert wären als Gerichte.³⁷ Das dürfte übertrieben sein, denn in vielen Lebensgebieten muss sich das Gericht durch Sachverständige erst kundig machen lassen und dieser Umstand erscheint uns nicht per se als taugliches Argument gegen eine rechtliche Lösung eines Problems. Im Grenzfall aber kann eine in der Moral gründende Rechtsnorm gerade durch ihren rechtlichen Verbindlichkeitsanspruch in sich widersprüchlich werden, etwa wenn sie Religion oder Liebe anordnet, die ihren begrifflichen Sinn verlieren, wenn sie nicht in Freiheit gründen.³⁸ Strukturell Ähnliches könnte auch bei Einsatz für das Wohl des Anderen geschehen, wenn dieser sein Wohl gänzlich anders definiert.

³⁵ Robert H. Mnookin, Child-Custody Adjudication. Judicial Functions in the Face of Indeterminacy, in: Law and Contemporary Problems, July 1975, 226ff., 262.

³⁶ Zur Unterscheidung von Recht und Moral bei Kant vgl. Kurt Seelmann/Daniela Demko, Rechtsphilosophie, 7. Aufl., München 2019, S. 84ff.

³⁷ Mnookin, 228.

³⁸ Vgl. dazu Kurt Seelmann, «Aber das Recht hat seine Grenze an der Liebe» - Über eine Grundparadoxie des Familienrechts, in: Isabell Goetz/Heinrich Schürmann (Hrsg.), 20. Deutscher Familiengerichtstag, 18.-21. September 2013, Bielefeld 2014, S. 61-80.

Eine gewisse Parallele zeigt sich hier in der Position des von einer Garantenpflicht Begünstigten: Der Garant schuldet ihm etwas, aber mehr oder weniger und auf sein Wohl bezogen, nicht auf ein klar bestimmbares subjektives Recht des Begünstigten. Eine ähnliche Parallele findet sich auch beim rechtfertigenden Notstand, wo jemand vom Recht zugestanden bekommt, dass er sich um sein Wohl selbst kümmert und etwa einen Angriff oder eine Gefahr abwehrt. Je nach Intensität des Angriffs oder der Gefahr erstarkt dann, wie wir bereits sehen konnten (vgl. oben 4 a, aa), die Abwehrbefugnis zu einem Recht. Da der Ausgangspunkt der Überlegungen beim Notstand wie beim Kindeswohl aber Interessen sind, kann das Gesetz in Art. 17 StGB bei der nötigen Abwägung nur von «höherwertige(n) Interessen», also von Strebungen sprechen, nicht schon von zuerkannten Rechten.

cc) Einstufung der Varianten

Die Interessenzentrierung des Wohlbegriffs – so schliesst ein weiterer Nachteil der Arbeit mit dem Begriff des Kindeswohls an - lässt sodann nicht erkennen, auf welche Intensität des Wohlbefindens die Zweckorientierungen im Fall der Fortpflanzungsverfahren jeweils ausgerichtet sein sollen. Soll ein Maximum des Wohlergehens und Wohlbefindens angestrebt werden wie etwa bei der Adoption, wo das Kind sich in allen Belangen bestmöglich soll entwickeln können,³⁹ oder soll das Kind in durchschnittlich günstigen Umständen leben, wie sie eine Sorgerechtsentscheidung anstrebt,⁴⁰ oder schliesslich soll das Kind nur nicht massiv gefährdet werden (Minimalvariante)⁴¹? Manches spricht für die Minimalvariante: Im Eltern-Kind-Verhältnis wäre, so liesse sich argumentieren, im Normalfall mehr als die Minimalvariante im Fortpflanzungsverfahren nicht durchsetzbar, da nicht einzusehen ist, warum an die Eltern, die sich assistierter Fortpflanzung bedienen, höhere Ansprüche an das Kindeswohl sollten gestellt werden dürfen als im Fall der natürlichen Fortpflanzung. Vertretbar ist letztere Position aber auch, da medizinisch unterstützte Fortpflanzungsverfahren weniger am Schutz der Intimsphäre teilhaben als natürliche.

³⁹ Büchler/Clausen, Fortpflanzungsmedizin, S. 237.

⁴⁰ Büchler/Clausen, Fortpflanzungsmedizin, S. 237.

⁴¹ Büchler/Clausen, Fortpflanzungsmedizin, S. 238.

dd) Paternalismus

Schliesslich stellt sich mit dem Aspekt des Wohls als einer von dessen Nachteilen auch noch die Problematik des Paternalismus. Paternalismus⁴² ist das Kümmern um das Wohl des Anderen, der dieses sein Wohl aber selbst unter Umständen anders definiert oder sogar im Einzelfall darauf abstellt, entgegen seinem Wohl in autonomer Entscheidung für etwas ihm objektiv Nachteiliges zu votieren. Wohl ist also, wenn man es objektiv zu interpretieren sucht, nicht selten eine Interessendefinition aus der Sicht Dritter, die der Betroffene selbst als Fremdbestimmung wahrnimmt. Die Orientierung am Wohl ist dann eine vergleichsweise objektive Orientierung, objektiver als die Orientierung an der Autonomie des Betroffenen, die allein seinen subjektiven Vorstellungen vom eigenen Wohl folgt. Schlägt man allerdings die Autonomie dem Wohl als eines seiner Elemente zu, so kann man sagen, dass sich das Wohl aus Zuständen und Bewertungen zusammensetzt und nicht auf eines von beiden zu reduzieren ist.⁴³

Nun wird der Paternalismus heute negativ bewertet, wenn davon Gebrauch gemacht wird gegenüber autonomen Personen – schwieriger ist es mit dem Paternalismus dagegen in der Anwendung auf Kinder.⁴⁴ Wer noch keinen autonomen Willen bilden kann, vermag in diesem Willen auch nicht geschützt zu werden. Die elterliche Sorge tritt so bei der Bestimmung des Kindeswohls neben oder gar vor das vom Kind selbst definierte Kindeswohl in dem Masse, wie die kindliche Entscheidung noch nicht als autonom gelten kann (bei ärztlichen Eingriffen etwa gemessen am Wissen über die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs). Soweit sich aber das Kind bereits auf dem Weg zur Autonomie befindet, kann es nach dem heutigen Recht eine partielle Mitentscheidung wahrnehmen – was dort, wo die Autonomie nicht mit einem konkreten Alter korreliert wird, wieder zu Festlegungsschwierigkeiten beim Wohl führen kann.

Ist das Kind jedoch noch gar nicht geboren, so lässt sich anders als paternalistisch gar nicht über sein Wohl entscheiden, da es an einem auch noch so geringem

⁴² Michael Anderheiden u.a. (Hrsg.), Paternalismus und Recht. In Memoriam Angela Augustin (1968-2004), Tübingen 2006.

⁴³ Wapler, S. 327.

⁴⁴ Dazu Wapler, S. 362.

Autonomie-Anteil von seiner Seite fehlt. Die Autonomie des Embryos spielt dann nur insoweit eine Rolle, als ihre zukünftige Ausübung nicht durch eine heutige Entscheidung der Eltern ausgehebelt werden darf (vgl. oben 1 d).

5. Zusammenfassung des ersten Teils des Gutachtens

Die Ergebnisse des ersten Teils des Gutachtens lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die Geschichte des «Kindeswohl»-Begriffs beginnt – nach einer langen Vorgeschichte der Debatte über das Verhältnis von Recht und Wohl – im klassischen Familienrecht, insbesondere im Recht der elterlichen Sorge und im Adoptionsrecht, wo jeweils auf das Wohl des Kindes Rücksicht zu nehmen war. Um die Jahrtausendwende wird dann der Begriff in einem Teilbereich des Medizinrechts, im Recht der Fortpflanzungsmedizin, in weitem Umfang aufgegriffen. Man geht davon aus, dass angesichts der Vulnerabilität insbesondere von Embryonen ein umfassender Schutz innerhalb von Fortpflanzungsverfahren gewährleistet sein müsse. Als Ziele eines solchen Schutzes gelten die Vermeidung von physischen oder psychischen Beeinträchtigungen, eine hinreichende Betreuung durch Bezugspersonen und eine Herrschaft über die eigene Zukunft, was etwa genetische Eingriffe in die Keimbahn zu einer umstrittenen Angelegenheit macht.

Das geltende Recht stellt im FMedG und in der Botschaft dazu das Kindeswohl an die Spitze der in Fortpflanzungsverfahren zu achtenden Werte, sogar über die Fortpflanzungsautonomie, und entnimmt eine Reihe von Einzel-Verboten zum Umgang mit Embryonen aus Konkretisierungen des «Kindeswohl»-Begriffs.

In der allgemeinen Öffentlichkeit ebenso wie in der wissenschaftlichen Literatur haben sich in den letzten Jahrzehnten die Anschauungen zum Schutz des Kindeswohls gewandelt. So hat das Volk in zwei Abstimmungen auf Verfassungs- und Gesetzesebene das Verbot der PID aufgehoben und der Ehe für alle» zugestimmt. Die Wissenschaft gewichtet heute bei Abwägungen die Fortpflanzungsautonomie schwerer als das Kindeswohl und äussert sogar prinzipielle Zweifel an einer sinnvollen Verwendung des Kindeswohl-Prinzips.

Betrachtet man die Vorzüge und Nachteile einer Arbeit mit dem Begriff des Kindeswohls, so ergeben sich viele unterschiedliche Ergebnisse. Unter den Vorteilen sticht hervor, dass der Anwendungsbereich des Kindeswohls weit umfangreicher erscheint als derjenige von Kinderrechten, da es so manche schützenswerte und schützbarere Interessen gibt, die nicht zugleich schon Rechte sind. Die dem Kindeswohl zugrunde liegenden Interessen haben auch den Vorzug einer gewissen Flexibilität, weil sie in Grenzfällen wie etwa im Fall des rechtfertigenden Notstands zu Rechten erstarken können.

Da Embryonen als noch nicht Geborene keine Personen sind, kommt ihnen grundsätzlich auch noch nicht die Trägerschaft von Rechten zu. Um ihnen im Ergebnis gleichwohl einen gewissen Schutz zukommen zu lassen, könnte man an Pflichten des Allgemeinwohls denken oder aber an die Figur eines «moral patient, der ohne «moral agent» zu sein, also ohne verantwortlich zu sein und selbst in einer Pflicht zu stehen, doch Rechte innehaben kann.

Daneben hat die Arbeit mit dem Gedanken des Kindeswohls auch Nachteile, die bedacht werden sollten: Zunächst ist das Kindeswohl ein alles andere als präziser Begriff, der nur mit grossen Einschränkungen überhaupt als Rechtsbegriff taugt – kann er doch mehr oder weniger subjektiv oder objektiv und aus der Perspektive unterschiedlicher Betroffener verwendet werden. Das Wortfeld von «Wohl» ist zudem mehrdeutig und vage.⁴⁵ Dies führt bei der Anwendung zu einer gewissen «indeterminacy», der Wille des Gesetzgebers und der Zweck des Gesetzes determinieren zu wenig die Arbeit des Rechtsanwenders.

Weiter können beim Begriff des Kindeswohls leicht Recht und Moral ineinanderfliessen. «Wohl» ist eher ein an Zwecksetzungen orientierter unpräziser Moralbegriff als ein operationalisierbarer Rechtsbegriff. Dies hat zwar den Vorteil der Erfassbarkeit verschiedenster Umstände, birgt aber wieder den Nachteil der Ungenauigkeit. Gewisse Parallelen werden hier deutlich zu den auch am Wohl des Anderen ansetzenden Garantenpflichten und Notstandsvorschriften, die auch häufig auf unterschiedliche Weise, orientiert nur an ihrem Zweck, erfüllbar sind. Sodann lässt, das ist ein weiterer Nachteil des Arbeitens mit dem Kindeswohl, der Wohlbegriff

⁴⁵ Zur Mehrdeutigkeit und Vagheit von Begriffen vgl. Seelmann/Demko, S. 141ff.

offen, ob das Kind in optimalen, in durchschnittlichen oder auch nur einem Minimalstandard entsprechenden Umständen aufwachsen soll.

Schliesslich erweist sich als zentraler Nachteil des Kindeswohl-Begriffs seine Anfälligkeit für paternalistisches Denken. Das Wohl ist neben seinen subjektiven Komponenten auch ein stark objektiv geprägter Begriff und viele sind, mitunter zu Recht, davon überzeugt, über das Wohl anderer und über die Voraussetzungen dieses Wohls korrekt entscheiden zu können. Im Rechtsstaat darf aber jeder über sein eigenes Wohl und dessen Voraussetzungen entscheiden. Jeder darf dabei auch Entscheidungen treffen, die aus der Sicht Anderer seinem Wohl abträglich sind. Alles andere wäre Paternalismus – also die Anmassung, mit einem objektivierenden Massstab über das Wohl des Anderen gegen dessen eigenen Willen entscheiden zu wollen. Bei der Festlegung und Durchsetzung des Wohls von Kindern und anderen nicht oder nur teilweise Urteilsfähigen wird der Paternalismus demgegenüber grundsätzlich akzeptiert. Bei teilweise gegebener Urteilsfähigkeit und bei nicht festen Altersgrenzen wird man aber auch hier mit dem Paternalismus zurückhaltend sein. Bei gänzlich fehlender Rechts- und Urteilsfähigkeit wie bei Embryonen wäre nur zu überlegen, ob der Paternalismus in der Weise beschränkt werden sollte, dass man auch keine für später wirksame Beeinträchtigung der Autonomie veranlasst. So gesehen sprächen auch Paternalismus-Erwägungen dafür, die «offene Zukunft» nicht durch Veränderungen in der Keimbahn zu gefährden.

Zweiter Teil des Gutachtens:

Alternativen zum «Kindeswohl»-Gedanken für die Begrenzung von Fortpflanzungsverfahren

Es handelt sich im Folgenden um den zweiten Teil des Gutachtens zum Thema, ob Fortpflanzungsverfahren durch das Prinzip des Kindeswohls eine sinnvolle Begrenzung erfahren können oder aber ob nach anderen, besseren Modellen der Begrenzung von Fortpflanzungsverfahren gesucht werden sollte.

Auszugehen ist bei der Suche nach Alternativen von der Frage, was die im ersten Teil des Gutachtens angestellten Überlegungen zu den Vorteilen und Nachteilen der Arbeit mit dem Kindeswohlbegriff für eine künftige Ausgestaltung der Kinderschutzregelungen in der Fortpflanzungsmedizin bedeuten. Dass das Kindeswohl als Schutzprinzip neben Vorteilen jedenfalls auch erhebliche Nachteile mit sich bringt, sollte Anlass genug sein, im zweiten Teil des Gutachtens über mögliche Alternativen zum Kindeswohl als Schutzprinzip nachzudenken und am Ende einen Vorschlag zu präsentieren. Da nicht daran gedacht ist, den Kindes- und Embryonenschutz verglichen mit dem gegenwärtigen Recht einzuschränken, wird das in den Alternativen gebotene Schutzniveau von Belang sein.

Als erstes gilt es zu untersuchen, ob sich der nötige Schutz von Kindern und werdenden, aber noch nicht geborenen Kindern (hier zusammengefasst unter dem Begriff der Embryonen, der auch die Föten umfasst) schon unabhängig vom Kindeswohl aus Überlegungen zum Elterninteresse oder zum Elternwohl ergeben könnte.⁴⁶ Kindeswohl, so diese Position, läuft also im Prinzip parallel zu den Elterninteressen oder zum Elternwohl und beide Interessen, die der Kinder/Embryonen einerseits und die der Eltern andererseits stehen nicht in einem Spannungsverhältnis zueinander (1.). Weiter muss überlegt werden, ob der notwendige Schutz von Kindern direkt aus deren Freiheitsrechten und aus ihrem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit folgen könnte, so dass die Freiheitsrechte der Kinder und die reproduktive Autonomie Ihrer Erzeuger einander

⁴⁶ Darüber hinaus könnten sich auch Verbote mit Rücksicht auf das Elternwohl begründen lassen wie nach derzeitigem Recht das der Eizellspende. Da es sich aber bei diesen Verboten nicht direkt um Fragen des Schutzes von Kindern oder Embryonen handelt, wird im Folgenden nicht weiter darauf eingegangen.

gegenüberstehen und sich als Grundrechte wechselseitig begrenzen würden (2.). Sodann könnte eine Gemeinwohlpflicht insbesondere des Staates, ein «öffentliches Interesse», zugunsten der Kinder und Embryonen unabhängig von deren in diesem Fall nicht relevanten subjektiven Rechten existieren und der staatliche Schutz wäre einfach Folge einer den Kindern zugutekommenden Pflicht (3.). Und schliesslich wäre möglich, dass sich vor allen einzelnen Rechten als deren Voraussetzung die Menschenwürde schon als der entscheidende Grund für den Schutz von Kindern und Embryonen erweist (4.). Diese vier Alternativen sollen hier im zweiten Teil des Kindeswohl-Gutachtens genauer untersucht und dem Kindeswohl gegenübergestellt werden. Dadurch soll herausgefunden werden, ob dem Kindeswohl, begriffen im heutigen Verständnis, oder einer der Alternativen der Vorzug gebührt.

Unter einem weiteren Punkt (5.) ist sodann noch ergänzend zu prüfen, ob für das Kindeswohl Unterschiedliches gilt in Bezug auf geborene Kinder einerseits oder Embryonen andererseits.

1. Entspricht das Elternwohl dem Kindeswohl?

Zunächst ist im Folgenden zu untersuchen, ob sich allein schon aus den zu unterstellenden Bedürfnissen des involvierten Paares auf verantwortliche Elternschaft, auf das mitunter auch so genannte Elterninteresse oder Elternwohl, eine aus heutiger Sicht hinreichende Begrenzung von Fortpflanzungsverfahren begründen lässt.

a) Berufung auf Kindeswohl überflüssig?

Tatsächlich wird in der Literatur heute auch dahingehend argumentiert, dass beispielsweise eine Alkohol- oder Drogenabhängigkeit der Eltern auch für deren Elternrolle und damit für sie selbst nachteilig sei⁴⁷ – in einem solchen Fall braucht man dann möglicherweise gar nicht mehr die Berufung auf das «Kindeswohl», um gleichwohl auch das Kind und sein Wohl zu schützen – Kindeswohl wäre nach diesem Verständnis also gar keine selbständige Grösse, kein eigenständiges

⁴⁷Andrea Büchler/Sandro Clausen, Fortpflanzungsmedizin, S. 270f.

Schutzprinzip, sondern nur die Folge einer verantwortlich ausgeübten Elternschaft. Kinderinteressen wären zugleich Elterninteressen.⁴⁸

b) Problematische Verallgemeinerung

Richtig ist, dass ein allgemein geäussertes Verdacht gegen die Eltern, sie verträten ganz oder zum Teil Interessen, die denen ihrer Kinder widersprächen, auf eine schwerlich vertretbare Verallgemeinerung hinausliefe. Aus der Kritik an dieser falschen weil unzulässig vereinfachenden Verallgemeinerung folgt aber noch nicht zwingend die Richtigkeit der gleichermassen verallgemeinernden gegenteiligen Aussage, wonach «die Interessen der schwangeren Frau und diejenigen des ungeborenen Kindes «in der Regel gleichgerichtet»⁴⁹ seien. Beide verallgemeinernde Aussagen dürften der Lebenserfahrung widersprechen. So kann beispielsweise im Einzelfall eine Operation am Embryo durch die mütterliche Bauchdecke für den Embryo indiziert sein, für die Schwangere aber ein zusätzliches Risiko bilden. Oder aber ein Spätabbruch kann für die Schwangere indiziert sein, endet aber für den Embryo letal. Oder, im spezifischen Bereich des FMedG: Eltern könnten für den Embryo Eigenschaften wünschen, die für diesen u.U. schädlich sind (z.B. Wunsch von gehörlosen Eltern nach einem gehörlosen Kind).

Da folglich nie ausgeschlossen werden kann, dass die Rechte oder Interessen auch des werdenden oder potentiellen Kindes von denen seiner Eltern abweichen, selbst dann, wenn alle nur «das Beste» wollen, dürfte im Prinzip und noch unabhängig von Art und Inhalt einer Begrenzung von Fortpflanzungsverfahren der Gedanke eines speziellen rechtlichen Kindesschutzes weiterhin grundsätzlich unabdingbar sein. «Was den Eltern nützt, nützt auch dem Kind» ist ebenso wenig eine tragfähige Verallgemeinerung wie die Annahme von immer konträr gelagerten Interessen zwischen Eltern und Kindern.

⁴⁸ Zum Verhältnis von Kinderinteressen zu anderen Interessen, insbesondere zu den Elterninteressen vgl. bereits Michael Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, Frankfurt a.M. 1983, S. 204. Elternwohl und Kindeswohl bedingen sich gegenseitig, meint Valentina Baviera, Elternrechte und Kindeswohl, in: Claudia Kaufmann/Franz Ziegler (Hrsg.), Kindeswohl. Eine interdisziplinäre Sicht, Chur 2003, S. 143ff., 144.

⁴⁹ Andrea Büchler/Sandro Clausen, Pränataler Kinderschutz. (K)eine Lösung bei vorgeburtlichen Gefährdungslagen, in: FamPra.ch 2018, S. 552ff, 674.

Ob sich aber zum Zweck der notwendigen Beschränkungen von Fortpflanzungsverfahren der traditionelle «Kindeswohl»-Gedanke oder eine Alternative dazu am besten eignet, ist auch damit noch nicht festgelegt und muss erst noch im Hinblick auf die anderen Alternativen des Kindesschutzes, die hier zur Debatte stehen, untersucht werden.

2. Wechselseitige Grenze der Freiheitsrechte von Eltern und Kindern?

Aber wie soll diese Begrenzung von Eingriffen sonst beschaffen sein, wenn nicht, wie aufgezeigt, durch den Gedanken des Kindeswohls und/oder den der Parallelität von Eltern- und Kinderinteressen? Denkbar wäre zunächst als weitere Variante eines Kinderschutzprinzips, dass gleichermassen Grundrechte auf Seiten des Paares und auf Seiten der Embryonen einander gegenüberstehen und gegeneinander abgewogen werden. Auf der Seite der potentiellen Eltern wäre dies das Recht auf Fortpflanzungsfreiheit, auch prokreative Autonomie genannt, auf der Seite des Embryos wäre es insbesondere das Recht auf Leben aus Art. 10 Abs. 1 BV und u.a. das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 10 Abs. 2 BV. Das würde aber voraussetzen, dass noch nicht Geborene, eventuell noch nicht einmal Gezeugte, gleichwohl schon Rechte geltend machen könnten.

a) Rechte auch für Nicht-Personen?

Diese Frage nach der Berechtigung zum Geltendmachen von Rechten auch durch Nicht-Personen – in unserem Kontext speziell durch Embryonen – die als Sachproblem aus dem Problemkreis des Umgangs mit zukünftigen Personen stammt, ist im ersten Teil des Gutachtens bereits angesprochen aber noch nicht hinreichend beantwortet worden.

Es werden verschiedene mögliche Antworten auf diese Frage vertreten.⁵⁰ Teils geht man von einer Vorwirkung der künftigen Rechtsträgerschaft aus, die dann unter bestimmten Bedingungen schon für die Zeit vor der Geburt gelten soll.⁵¹ Teilweise wird auch für eine direkte Anwendung von Art. 31 Abs. 2 ZGB plädiert, also es wird

⁵⁰ Bächler/Clausen, Pränataler Kinderschutz, S. 654f.

⁵¹ Bernhard Rütscbe, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität. Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zürich/St. Gallen 2009, S. 272f.

auch im Bereich der Grundrechte für eine Gleichbehandlung von geborenen Menschen und noch ungeborenen aber bereits gezeugten Menschen eingetreten, sofern diese später lebend geboren werden.⁵² Und im Gegensatz dazu gibt es auch die Auffassung, es bestünden keinerlei vorgeburtliche Rechte.⁵³

Es geht also zunächst um die Frage: Gibt es überhaupt Rechte von Embryonen? Wenn man diese Frage bejahen könnte, müsste anschliessend eine Kollisionsregel gefunden werden, die klärt, wessen Freiheitsrechten – denen der Eltern oder denen des werdenden Kindes – in der Konkurrenzsituation ein Vorrang gebühren würde. Die zweite Frage braucht nicht geklärt zu werden, da bereits die erste verneint werden muss.

b) Ungeborene nach ZGB grundsätzlich nicht Rechtsträger

Im geltenden positiven Recht sehen nämlich Art. 11 Abs. 1 und 2 ZGB für das Zivilrecht vor, dass Ungeborene grundsätzlich noch nicht Rechtsträger sein können. Eine Ausnahme davon wird nur für die Zeit seit der Zeugung gemacht, also für die Zeit zwischen Zeugung und Geburt, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass das Kind später lebend geboren wird (Art. 31 Abs. 2 ZGB). Umstritten ist hierbei, ob sich aus dieser Fiktionsregel bereits ein Recht auf körperliche Integrität im Embryonalstadium herleiten lässt. Dagegen dürfte zum einen die Existenz von Art. 11 Abs. 1 und 2 zusammen mit dem Umstand sprechen, dass andernfalls diese Fiktionsvorschrift kaum einen Anwendungsbereich hätte. Ausserdem spricht gegen einen aus der Fiktion erwachsenden Integritätsschutz ebenfalls der Umstand, dass es für die Fiktion keine Notwendigkeit gäbe, wenn dem Embryo schon ein Recht auf körperliche Integrität zukäme.⁵⁴

c) Nur scheinbare Ausnahme bei Menschenwürde

Eine nur scheinbare Ausnahme von der Kritik am Integritätsschutz gibt es bei der Menschenwürde, die nach h.M. als objektives Verfassungsprinzip auch Embryonen

⁵² Yvo Hangartner, Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe, Zürich 2000, S. 22ff.

⁵³ Giovanni Biaggini, OFK-Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 7. Aufl., Zürich 2017, Art. 10, N 8.

⁵⁴ Büchler/Clausen, Pränataler Kinderschutz, S. 658.

zusteht, nicht aber als Grundrecht (dazu unten 4.). Somit bleibt es dabei, dass Ungeborenen keine subjektiven Rechte zukommen.

Es gibt auch keinen vernünftigen Grund, die diesen Überlegungen zu Grunde liegende Regelung des Art. 11 ZGB für eine allein zivilrechtlich relevante Norm zu halten und die Grundrechtsträgerschaft zu einem früheren Zeitpunkt anzusetzen als die allgemeine Rechtsfähigkeit. Dass erst zum Zeitpunkt der Geburt die Rechtsträgerschaft beginnt, dürfte ein allgemeiner Rechtsgedanke sein, der auch im Öffentlichen Recht gilt. Grundrechtsfähig ist somit auch nur ein bereits geborener Mensch. Soweit für die Menschenwürde etwas anderes gilt, wird auf diese Sonderproblematik noch zurückzukommen sein (unten 4.).

3. Gemeinwohlaspekt oder «öffentliches Interesse» statt Recht des Kindes oder Embryos?

Denkbar wäre aber auch, dass dem Recht auf elterliche Fortpflanzungsfreiheit als Pendant auf der Seite des Embryos ein Aspekt gegenübersteht, der selbst nicht subjektives Recht ist. Dies wäre ein Gemeinwohlaspekt im Sinne einer staatlichen oder privaten Pflicht gegenüber dem Kind oder Embryo, ohne dass damit ein subjektives Recht des Kindes oder Embryos korrespondiert. Man spricht in diesem Fall einer Pflicht gegenüber dem Embryo, ohne dass ein subjektives Recht auf der Gegenseite ein Grund für diese Pflicht wäre, von «öffentlichen Interessen». Diese öffentlichen Interessen sind immerhin so bedeutsam, dass unter Berufung auf sie sogar Grundrechte eingeschränkt werden können, wie Art. 36 Abs. 2 BV es festlegt.

Gerade wegen der Zweifelhaftigkeit einer Grundrechtsträgerschaft von Embryonen, die daraus resultiert, dass ihnen von vielen Autorinnen eine eigene Rechtssubjektivität grundsätzlich verwehrt wird, ist der Weg über öffentliche Interessen, also über Pflichten ohne ihnen entsprechende subjektive Rechte, in der Debatte über den Schutz von Embryonen naheliegend. Denn Pflichten den Embryonen gegenüber erfordern, anders als subjektive Rechte dieser Embryonen, nicht deren Rechtsträgerschaft und damit nicht deren umstrittene Personalität.

Das Bestehen öffentlicher Interessen beim Schutz von Embryonen und das Bestehen von Pflichten gegenüber Embryonen ist im Prinzip nicht umstritten – das wäre ein weiterer Vorteil dieser Lösung.

a) Embryonenschutz als öffentliches Interesse anerkannt

Die Botschaft zum FMedG aus dem Jahr 1996 spricht beim Schutz der Embryonen gar von «wohlbegründeten öffentlichen Interessen unserer Gesellschaft»⁵⁵. Auch das Bundesgericht rechnet in seiner Rechtsprechung den Schutz von Embryonen zu den «anerkannten öffentlichen Interessen»⁵⁶, wenn es um Schutzgesetze in der Fortpflanzungsmedizin geht.

b) Nur reflexhafter Schutz

Mitunter werden aber auch Vorbehalte angemeldet. Falls man versuche, den verfassungsrechtlichen Schutzanspruch des Embryos unabhängig von seiner zweifelhaften Grundrechtsträgerschaft durch ein rein objektives Prinzip des Lebensschutzes zu begründen, helfe das nicht aus dem Dilemma, denn auch die objektiven Prinzipien eines öffentlichen Interesses schützen eine Subjektqualität. Der Geschützte wäre sonst nur reflexhaft und nicht als Rechtsträger mit Schutz ausgestattet.⁵⁷

Ob dieser nur reflexhafte Schutz allerdings ein Einwand wäre, müsste erst noch entschieden werden und erscheint doch auf den ersten wie auf den zweiten Blick eher zweifelhaft. Denn auch wenn jemand nur in einer Art von rechtlichem Reflex geschützt wäre, würde dies bei Bestehen einer Schutzpflicht zu denselben schützenden Massnahmen verpflichten, wie wenn der zu Schützende ein persönliches subjektives Recht darauf hätte.

Mit Berufung auf öffentliche Interessen wird also zwar «nicht das Wohl der Kinder um ihrer selbst willen, sondern um der Allgemeinheit willen»⁵⁸ geschützt – aber es wird gleichwohl geschützt.

⁵⁵ Botschaft zum FMedG 1996, S. 249, 322.11.

⁵⁶ BGE 115 Ia 234.

⁵⁷ Christoph Enders, Würde und Lebensschutz im Konfliktfeld von Biotechnologie und Fortpflanzungsmedizin, Jura 2003, S. 666ff., 670.

⁵⁸ Büchler/Clausen, Fortpflanzungsmedizin, 243.

Das bleibt aber gleichwohl noch hinter demjenigen Schutz zurück, der schon im ersten Teil des Gutachtens als der des «moral patient» vorgestellt wird. Denn der «moral patient» hat immerhin eigene Rechte und scheitert an der Rechtsfähigkeit nur deshalb, weil er keine eigenen Pflichten hat. Auch an eigenen Rechten aber würde es, wenn auch ohne Auswirkungen für das Bestehen der Pflicht, im Fall eines Kindesschutzes wegen eines öffentlichen Interesses fehlen. Vielmehr würde das Geltendmachen eines öffentlichen Interesses gänzlich unabhängig von einem Individualrecht des Embryos sein und lediglich in einer staatlichen oder privaten Pflicht bestehen. Das öffentliche Interesse kann inhaltlich identisch sein wie ein schützendes subjektives Recht, die Durchsetzungschancen können aber unterschiedlich sein.

c) Doch bei öffentlichen Interessen geringere Durchsetzbarkeit der Schutzpflicht

Deshalb ist – und darin besteht das Ergebnis der Abwägung - die Durchsetzbarkeit der Schutzpflicht aus einem öffentlichen Interesse doch geringer als im Fall eines subjektiven Rechts. Wer ein Recht hat, hat auch die prozessuale Möglichkeit, es durchzusetzen, sei es allein, sei es mit advokatorischer Hilfe anderer. Wer dagegen für seinen Schutz darauf angewiesen ist, dass seinetwegen ein anderer zu diesem Schutz verpflichtet wird, hat bei gleichem Verpflichtungsgehalt dennoch eine geringere Durchsetzungschance seiner Schutzinteressen.

Auch für seinen Schutz auf öffentliche Interessen angewiesen zu sein birgt also keine verstärkte Schutzintensität in sich verglichen mit dem Abstellen auf das Kindeswohl oder auf subjektive Rechte. Dies wird sich im Folgenden auch dort zeigen, wo Elemente des öffentlichen Interesses bei der Menschenwürde und sogar direkt beim Kindeswohl selbst aufgegriffen werden.

4. Embryo und Menschenwürde

Auf Seiten des Embryonenschutzes könnte aber auch noch eine andere, eine vierte Alternative zum Kindeswohl bestehen, neben den bereits erwähnten Formen eines subjektiven Rechts und dem eines öffentlichen Interesses. Gemeint ist eine dem

subjektiven Recht vorausgesetzte und das subjektive Recht begründende Position, wie etwa die Menschenwürde des Embryos. Angesichts des in den letzten Jahren beinahe ausufernden Würdediskurses gerade im Hinblick auf Embryonen ist speziell bei diesem Punkt grosse Vorsicht und Zurückhaltung in der Argumentation nötig.⁵⁹ Dass die Fortpflanzungsfreiheit der potentiellen Eltern aber prinzipiell auch kollidieren kann nicht nur mit einzelnen Rechten, sondern auch mit einem individuellen Status des Embryos, wie es die Menschenwürde ist, dürfte kaum zu bestreiten sein.

a) Unterschiede zwischen Wohl und Würde

Werfen wir zunächst aber einen Blick auf die Unterschiede zwischen Wohl und Würde. Der Unterschied zwischen dem Kindeswohl und der Menschenwürde kann an verschiedenen Umständen ansetzen: das Wohl ist ein Interesse, die Würde sollte von Interessen unabhängig sein. Das Wohl hat trotz auch objektiver Bedeutungen zugleich einen stark subjektiven Einschlag – die Würde ist unabhängig davon, ob man sie haben will, also unabhängig von einem subjektiven Einschlag. Und schliesslich: Das Kindeswohl ist in einer schwächeren Position verglichen mit einem – einklagbaren – Kindesrecht, die Menschenwürde dagegen ist die Voraussetzung des Innehabens konkreter Rechte.

Zu klären ist nun zweierlei: Worin genau liegt die Verletzung der Würde? Und hat ein Embryo überhaupt eine Menschenwürde?

b) Menschenwürdeverletzungen

Die Menschenwürde wird selten positiv umschrieben, gewöhnlich sucht man eher nach einer Ausformulierung möglicher Menschenwürde*verletzungen*. Das Bundesgericht stellt in seinen Entscheidungen über Menschenwürdeverletzungen vor allem auf drei Kriterien ab: auf Statusverletzungen (Menschen darf nicht ihre Rechtssubjektivität aberkannt werden), auf Diskriminierungen (etwa im Hinblick auf Herkunft, Rasse und Geschlecht) und auf Demütigungen (Verletzungen in der

⁵⁹ Beide Begriffe sind auch sehr missbrauchs anfällig, was Anton Hügli am Kindeswohl aufzeigt. Vgl. dens., Handeln zum Wohl des Kindes – was heisst das? Eine philosophische Annäherung an das Thema, in: Claudia Kaufmann/Franz Ziegler (Hrsg.), Kindeswohl. Eine interdisziplinäre Sicht, Chur 2003, S. 21ff., 22.

Integrität).⁶⁰ Man könnte bei allen drei Kriterien auch an Anwendungsfälle der Verletzung der Selbstachtung denken. Bedeutung in der öffentlichen Debatte hat aber vor allem die sog. «Objektformel» des Verfassungsrechtlers Günter Dürig gewonnen. Danach ist die Menschenwürde verletzt in Fällen, in denen «der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem blossen Mittel, zur vertretbaren Grösse herabgewürdigt wird»⁶¹, also im Fall einer blossen Instrumentalisierung eines Menschen durch Andere. Gegenüber Ungeborenen, Kleinkindern und geistig schwerst behinderten Personen, mögen die die Selbstachtung berührenden Varianten der Würdeverletzung nicht oder nur ausnahmsweise denkbar sein – eine Instrumentalisierung, ein Zum-Mittel-Machen, erscheint aber auch hier möglich.⁶² Dennoch bleibt ein Dilemma: Verlangt man für die Würde ein aktuelles Selbstbewusstsein, dann haben u.a. Ungeborene, ja auch geborene Kleinkinder die Würde nicht und dürften so unbegrenzt instrumentalisiert werden. Würde man aber auf der anderen Seite für Würde kein Selbstbewusstsein verlangen, so wäre nicht mehr erklärbar, warum man gerade dem Menschen eine Würde zuspricht, da er sich gerade (und eigentlich nur) durch Selbstbewusstsein gegenüber der Tierwelt auszeichnet.⁶³

c) Status des Embryos und verschiedene Bedeutungen von Menschenwürde

Wie aber sieht es mit dem Status des Embryos aus – hat er Menschenwürde? Präziser müsste man fragen: Hat er ein Recht darauf, dass Andere seine Menschenwürde achten? So, als Grundrecht formuliert, würde man nach den allgemeinen Regeln, wie bei den anderen Grundrechten, eher mit «nein» antworten.

⁶⁰ Genauer dargestellt in Kurt Seelmann, Recht auf Achtung und Schutz der Menschenwürde – leere Floskel oder Grundlage der Rechtsordnung, in: Adrian Loretan (Hrsg.), Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte, Zürich 2011, S. 101ff., bes. 103ff.

⁶¹ Günter Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Abs. II des Grundgesetzes, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 81. Band, 1956, S. 117ff., 127.

⁶² A.A. Horst Dreier, Menschenwürdegarantie und Schwangerschaftsabbruch, DÖV 1995, S. 1036ff., 1038, der die Objektformel nur greifen lässt, «wenn ein zur autonomen Selbstbestimmung prinzipiell fähiges Subjekt wie ein blosses Objekt traktiert wird.»

⁶³ Auf Fragen der Würde von Tieren, die sich in der Bedeutung von der des Menschen praktisch unbestritten unterscheidet, braucht hier nicht eingegangen zu werden.

Wenn das Bundesgericht gleichwohl von der Würde feststellt, dass diese «schon dem Embryo in vitro zukommt»⁶⁴, so liegt dies möglicherweise an einer aus verbreiteter Sicht bestehenden Differenzierung von zwei Arten der Menschenwürde: nämlich einem nicht abwägbaren Grundrecht dieses Namens und einem abwägbaren allgemeinen objektiven Verfassungsprinzip der Menschenwürde.⁶⁵ Letztere, so diese Meinung, werde dem Embryo vom Bundesgericht zuerkannt, erstere, das Grundrecht, nicht. Es bleibe danach bei einem blossen Respektsgebot gegenüber dem Embryo, ein Recht habe er nicht. Das ist strukturell aber nichts anderes als das bereits behandelte «objektive Interesse», dieses Mal in Gestalt eines objektiven Verfassungsprinzips.⁶⁶ Darauf braucht hier nicht erneut eingegangen zu werden, nur von der Menschenwürde als Grundrecht sei hier weiter die Rede: Liesse sich nicht doch auch ein eigentliches Grundrecht auf Wahrung der Menschenwürde für den Embryo begründen?

Das ist eine Frage, die sich insbesondere dann stellt, wenn der Embryo, seinem Entwicklungszustand entsprechend, kein Selbstbewusstsein hat – weil ihm dann gerade das fehlt, was den Menschen *im Allgemeinen* zum Träger der Menschenwürde macht. Fraglich ist aber auch, ob man das Problem dadurch umgehen kann, indem man dem Embryo Selbstbewusstsein seitens der Gesellschaft einfach zuspricht, etwa weil man es für die Anforderungen an dieses Selbstbewusstsein mit dem potentiellen Selbstbewusstsein bewenden lassen möchte.

Hat der Embryo kein aktuelles Selbstbewusstsein und ist er insoweit einer geistig schwerst behinderten Person vergleichbar, so ist man sich, anders als bei schwerst behinderten Personen, dennoch nicht einig, dass der Embryo Menschenwürde hat. Der Vorwurf, behinderte Menschen zu diskriminieren, wiegt offenbar schwerer als der, Embryonen zu diskriminieren. Hinzu kommt vielleicht ein für das Alltagsverständnis wichtiger Gesichtspunkt, dass nämlich Embryonen zu keinem

⁶⁴ BGE 119 Ia 460, Erwägung 12e, S. 503

⁶⁵ Zu dieser Position vgl. Rütsche, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität. Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zürich/St. Gallen 2009, S. 306ff.

⁶⁶ Zu dieser Parallele, dass bei der Menschenwürde ebenso wie beim Kindeswohl eine individuelle von einer objektivierbaren Schutzrichtung unterschieden wird, vgl. SHK FMedG-BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 3 FMedG N 8f.

früheren Zeitpunkt unbestreitbar Träger von Menschenwürde waren. Einige der schwerst behinderten Personen aber waren sehr wohl, etwa vor einem Unfall, der ihre Behinderung verursacht hat, unbestreitbar Träger von Menschenwürde. Man würde, stellte man nur auf die *aktuellen* Fertigkeiten ab, diesen Behinderten etwas, nämlich ihre Würde, aberkennen, den Embryonen dagegen nur etwas, eben diese Würde, nicht zuerkennen. Letzteres scheint uns trotz aller Ähnlichkeit nicht so gravierend wie Ersteres.

Geht man dagegen *nicht* von den *aktuellen* Fähigkeiten der Embryonen aus und begnügt man sich stattdessen mit der Figur des *potentiellen* Selbstbewusstseins bei Embryonen, so kommt man nicht umhin, den Embryonen zusammen mit dem Selbstbewusstsein auch die Trägerschaft von Menschenwürde zuzuerkennen. Warum man aber für den Schutz der Menschenwürde auf eine potentielle und nicht auf eine aktuelle Fähigkeit abstellen sollte, ist schwer zu begründen. Daher kommen Versuche, das aktuelle Selbstbewusstsein als Voraussetzung der Menschenwürde zu belassen, dieses Selbstbewusstsein aber nicht als individuell, sondern als kollektiv zu verstehen. Teilweise also wird, wie gezeigt, den Embryonen dieser Status des selbstbewussten Würdesubjekts auch dann zuerkannt, wenn sie nur zu einer Gattung, der menschlichen, gehören, die nicht in allen ihren einzelnen Exemplaren, wohl aber insgesamt und im Allgemeinen ein Selbstbewusstsein an den Tag legt.

d) Philosophische Probleme mit der Begründung von Menschenwürde

Schliesse man sich dem an, so hätte man allerdings ein philosophisches Problem: Man müsste mit einer aristotelischen Ontologie arbeiten und d.h. zur Substanz des Menschseins, auch eines jeden individuellen Menschseins, das Selbstbewusstsein selbst dann zählen, wenn es im konkreten Menschen nicht ausgeprägt ist. Man müsste also darauf abstellen, dass der Mensch – ein jeder Mensch – seinem «Wesen» nach selbstbewusst sei. Solche «Wesensphilosophie» ist heute nicht mehr selbstverständlich. Ein anderes, eher Kantisches Überleitungsargument für das Selbstbewusstsein auf alle Menschen wäre das Verbot, sich über den Anderen dadurch zu erheben, dass man sich anmasst, über das Vorhandensein seines

Selbstbewusstseins zu spekulieren und zu entscheiden.⁶⁷ Aber auch dieses an Kant angelehnte Einschätzungsverbot hinsichtlich des Selbstbewusstseins bei Anderen ist alles andere als selbsterklärend und kann nicht als selbstverständlicher Anknüpfungspunkt für eine juristische Debatte zugrunde gelegt werden. Im Alltag halten wir es für völlig normal und auch rechtlich zulässig, uns ein Urteil über die kognitiven Fähigkeiten anderer zu bilden.

Um solchen nicht allen einleuchtenden Prämissen aristotelischer oder Kantischer Art zu entgehen, die sich aus einer Unterstellung von Selbstbewusstsein bei Embryonen ergeben, wird neuerdings eine schwächere Variante des fiktiven Selbstbewusstseins verwendet: Nur bei Embryonen, die später ein reales Selbstbewusstsein erwerben, wird eine Vorwirkung dieses Selbstbewusstseins angenommen.⁶⁸ Das greift eine Argumentationsform von Art. 31 Abs. 2 des Schweizerischen ZGB auf, wonach ein Embryo unter der Bedingung als Person behandelt wird, dass er später tatsächlich geboren wird. Das ist ein Kompromiss zwischen der Forderung nach einem realen Selbstbewusstsein und nach einem bloss potentiellen und damit fiktiven Selbstbewusstsein.

Würde man diesem Kompromiss folgen, so entstünden daraus zwei Konsequenzen. Die erste Konsequenz: Auch wenn konkrete Beeinträchtigungen des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin die reproduktive Autonomie der Wunscheltern verletzen können, verstossen sie nicht gegen individuelle Rechte der Embryonen, die noch gar nicht geboren oder nicht einmal gezeugt sind, selbst wenn man eine Vorwirkung vom künftigen Rechtsträger her als Kompromiss vorschlägt.⁶⁹ Denn diese Vorwirkung beträfe noch nicht einen schon individuellen Embryo als ein bereits existierendes Individuum. Vielmehr wird vorgeschlagen, das Kindeswohl in diesem Fall vom Verständnis des Wohls eines bereits existierenden Individuums abzulösen. Nur so könne man künftige Personen schützen.⁷⁰ Als zweite Konsequenz ergäbe sich daraus, dass dieselbe Differenzierung, nämlich die zwischen subjektivem Recht und öffentlichem Interesse, die schon aus der allgemeinen Gegenüberstellung und dann

⁶⁷ Zu diesen beiden Argumenten vgl. Seelmann/Demko, Rechtsphilosophie, 7. Aufl., München 2019, S. 260.

⁶⁸ Anja Karnein, Zukünftige Personen. Eine Theorie ungeborenen Lebens von der künstlichen Befruchtung bis zur genetischen Manipulation, Frankfurt a.M. 2003, S. 11.

⁶⁹ Fateh-Moghadam, S. 38.

⁷⁰ Fateh-Moghadam, S. 39.

noch einmal bei der Menschenwürde zu beobachten war, nun auch direkt beim Kindeswohlbegriff aufzufinden wäre. Das an früheren Stellen Gesagte gilt hier auch – es ist nicht einzusehen, inwieweit objektivierbare Kriterien dem Abstellen auf das Kindeswohl vorzuziehen sein könnten.

Insgesamt führt also auch der Gedanke der Menschenwürde nicht zu einem guten Schutzniveau für den Embryo. Denn entweder schafft diese Würde gar kein Recht, sondern nur ein objektives Interesse, oder man muss mit nicht unumstrittenen aristotelischen oder Kantischen Unterstellungen arbeiten.

Auch der Weg über die Menschenwürde des Embryos führt also wohl nicht zu einem erhöhten und zugleich praktikablen Schutzniveau, womit wir bei folgendem Zwischenresultat angekommen wären:

e) Zwischenresultat

Die Punkte 1 bis 4 sprechen jeweils gegen die debattierten Alternativen zum Kindeswohl. So ist zunächst das Kindeswohl nicht notwendig identisch mit dem Elternwohl, eine Beachtung des Elternwohls macht also die Beachtung des Kindeswohls nicht überflüssig. Weiter kann das Kindeswohl nicht ersetzt werden durch eine Abwägung der Grundrechte beider Seiten, da der Embryo vor der Geburt grundsätzlich nicht Grundrechtsträger ist. Die Beachtung öffentlicher Interessen zum Kinderschutz verpflichtet die Staatsorgane nicht anders als ein subjektives individuelles Recht es tun würde und hätte also für den Betroffenen gegenüber dem Schutz des Kindeswohls keine Vorteile. Im Gegenteil, das Fehlen eines subjektiven Rechts und sein Ersatz allein durch die Figur eines öffentlichen Interesses verringert die Durchsetzungsfähigkeit des Schutzes.

Die Menschenwürde schliesslich, sofern man den Embryo auch durch dieses Prinzip geschützt sieht, deckt nur einen Teil dessen ab, was das Kindeswohl an Schutznormen erfasst. Die Garantie der Menschenwürde greift unter den Wohl-Aspekten kurz gesagt nur den Aspekt der Instrumentalisierung von Menschen heraus.

Was aber bedeutet es nun für das FMedG, wenn man sich beim Embryonenschutz unter Hintanstellung der besprochenen Alternativen im Ergebnis doch vorzugsweise am traditionellen Prinzip des Kindeswohls orientiert? Es muss nicht bedeuten, dass man alle traditionell mit dem Begriff des Kindeswohls verbundenen Forderungen und gesetzlichen Regelungen, wie etwa den restriktiven Umgang des Gesetzes insbesondere in den Artikeln 3 und 4 FMedG mit der Beschränkung von Samenspenden auf Ehegatten und dem Verbot von Eizellspenden, unterstützt. Aber es muss auch nicht bedeuten, dass man das gesamte Konzept des Kindeswohls aufgibt, nur weil man den Eltern zutraut, in den meisten Fällen zu wissen, was im Interesse ihrer Kinder liegt. Das Kindeswohl-Konzept ist vielmehr inhaltlich weder auf besonders restriktive noch auf besonders liberale Prinzipien des Umgangs mit der Fortpflanzungsmedizin festgelegt. Es steht also nicht von vornherein in einem Interessengegensatz zur Fortpflanzungsfreiheit. Es mahnt nur bei allen die Fortpflanzungsverfahren betreffenden Auseinandersetzungen die Berücksichtigung des jeweiligen Standes der Debatte über das Kindeswohl an. Diesem Kindeswohl kann einmal mehr durch restriktivere, einmal mehr durch liberalere gesetzliche Regelungen Achtung gezollt werden. Man sollte sich aber möglichst davor hüten, nur die eigene weltanschauliche Position als die dem Kindeswohl oder der Fortpflanzungsfreiheit entsprechende Position zu reklamieren.

5. Differenzierungen nötig? Kindeswohl versus Embryonenwohl?

Dass Kinder als Personen Rechte haben, ist unumstritten – ebenso klar erscheint, dass Embryonen oder gar potentielle Embryonen zwar in bestimmten Ausnahmefällen – etwa in Art. 31 Abs. 2 ZGB – als bereits gezeugte Embryonen unter dem Vorbehalt ihrer Lebendgeburt, Rechte haben können. Nicht zu den ausnahmsweise eingeräumten Rechten gehört dagegen die Menschenwürde von Embryonen, da dieser Typus von Menschenwürde nur als objektives Verfassungsprinzip einzustufen ist.⁷¹ Embryonen besitzen also grundsätzlich keine subjektiven Rechte und können folglich auch von «Kinderrechten» nicht direkt geschützt werden.

⁷¹ Vgl. dazu oben 4., bes. Fn.16.

Dies führt zur Prüfung, ob man vielleicht hinsichtlich des Kindeswohls zwischen Kindern und Embryonen differenzieren sollte. Embryonen brauchen für ihren Schutz das Instrument des Kindeswohls, denn sie haben noch keine subjektiven Rechte. Kinder werden durch Kinderrechte geschützt, ja alle Grundrechte gelten auch für Kinder und schützen Kinder.

Andererseits aber fragt sich, ob es angemessen erscheint, durch das Erfordernis der Beachtung des Kindeswohls Embryonen um vieles besser zu schützen als Kinder – nämlich auch dort zu schützen, wo gar keine subjektiven Rechte bestehen, sondern nur bestimmte Interessen. Will man diese Besserstellung vermeiden, so sollte man unterschiedslos, so wie es bisher auch erfolgt, Kinder und Embryonen durch das Prinzip des Kindeswohls schützen und geborenen Kindern zusätzlich Kinderrechte zuerkennen. Dies würde auch mit der geschichtlichen Entwicklung in Übereinstimmung stehen, in der das Kindeswohl, wie der Name es auch deutlich macht, ausgehend vom Familienrecht eine Maxime der Behandlung aller Kinder sein sollte, die inzwischen ihren Schwerpunkt im Fortpflanzungsrecht gefunden haben dürfte.

Der Kindesschutz durch das Prinzip des Kindeswohls hat also gegenüber konkurrierenden Prinzipien des Kinderschutzes auch heute noch per saldo mehr Vorteile aufzuweisen, die es nahelegen, das Kindeswohl nicht durch andere Instrumente des Kindesschutzes zu ersetzen.

6. Schluss

Das Gutachten hat in seinem zweiten Teil das Erfordernis eines speziellen Kindesschutzes im Recht der Fortpflanzungsmedizin erörtert und neben dem «Kindeswohl» nach Kriterien für eine andere vernünftige Begrenzung der Fortpflanzungsfreiheit gesucht. Hierbei sollten dem seinerseits näher zu untersuchenden traditionellen Prinzip des Kindeswohles diese anderen Prinzipien vergleichend zur Seite gestellt werden. In Frage kamen hierbei, sieht man einmal von der Annahme der gänzlichen Überflüssigkeit der Kindeswohl-Kategorie ab, mit der Fortpflanzungsfreiheit der Eltern kollidierende Freiheitsrechte der Kinder, daneben aber auch gemeinwohlorientierte Pflichten («öffentliche Interessen») insbesondere staatlicher Institutionen oder schliesslich die Würde der in den Fortpflanzungsverfahren involvierten aktuellen oder potenziellen Personen. Auch

eine Differenzierung zwischen Kindern und Embryonen beim Schutz des Kindeswohls ist erwogen aber wegen der Vorteile des Prinzips des Kindeswohls am Ende doch verworfen worden.

Das Kindeswohl in seiner heute üblichen Bedeutung dürfte also allen alternativen Konzepten des Kindesschutzes vorzuziehen sein.

LITERATURVERZEICHNIS

Michael Anderheiden u.a. (Hrsg.), Paternalismus und Recht. In memoriam Angela Augustin (1968-2004), Tübingen 2006.

Valentina Baviera, Elternrechte und Kindeswohl, in: Claudia Kaufmann/Franz Ziegler (Hrsg.), Kindeswohl. Eine interdisziplinäre Sicht, Chur 2003, S. 143ff.

Giovanni Biaggini, OFK-Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 7. Aufl. Zürich 2017.

Botschaft über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschliche Fortpflanzung, FMF)» und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, FMedG) vom 26. Juni 1996.

Andrea Büchler/Sandro Clausen, Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl!
Kindeswohl und Fortpflanzungsmedizin? In: FamPra.ch 2014, S. 231-273.

Andrea Büchler/Sandro Clausen, Pränataler Kinderschutz. (K)eine Lösung bei vorgeburtlichen Gefährdungslagen, in: FamPra.ch 2018, 552ff.

Michael Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, Frankfurt a.M. 1983.

Dagmar Coester-Waltjen, Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B für den 56. Deutschen Juristentag, München 1996, B45f.

Andrea Büchler/Sandro Clausen, Kommentar zu Art. 3 und 4 FMedG, in: Andrea Büchler/Bernhard Rütscbe (Hrsg.), SHK FMedG, Bern 2020.

Harry Dettenborn, Kindeswohl und Kindeswille. Psychologische und rechtliche Aspekte, 2. Aufl., München 2007.

Horst Dreier, Menschenwürdegarantie und Schwangerschaftsabbruch, DÖV 1995, 1036ff.

Günter Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Abs. II des Grundgesetzes, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 81. Band, 1956, S. 117ff.

Christoph Enders, Würde und Lebensschutz im Konfliktfeld von Biotechnologie und Fortpflanzungsmedizin, Jura 2003, 666ff.

Bijan Fateh-Moghadam, Ethische und rechtliche Aspekte der Fortpflanzungsmedizin, in: Thomas Poledna/Virgilia Rumetsch (Hrsg.), Bundesverwaltungsrecht, Bd. VIII: Gesundheitsrecht, 2. Aufl., Basel 2023.

Ivo Hangartner, Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe, Zürich 2000.

Joel Feinberg, The Child's Right to an Open Future, in: ders., Freedom and Fulfillment, Philosophical Essays, Princeton 1992, S.37-75.

Jürgen Habermas, Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik? 4. erweiterte Aufl., Frankfurt a.M. 2002.

Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (zuerst erschienen 1821), Ed. Moldenhauer/Michel, Werke Bd. 7, Frankfurt a.M. 1970.

Clemens Heyder, Reproduktive Autonomie und das Kindeswohl. Wodurch eine Einschränkung nicht gerechtfertigt werden kann, in: Susanne Beck (Hrsg.), Gehört mein Körper noch mir? Strafgesetzgebung zur Verfügungsbefugnis über den eigenen Körper in den Lebenswissenschaften, Baden-Baden 2012, S. 291-313.

Joachim Hruschka, Ordentliche und ausserordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von *actio liber in se* und *actio libera in causa*, ZStW 76 (1984), S.661ff.

Anton Hügli, Handeln zum Wohle des Kindes – was heisst das? Eine philosophische Annäherung an das Thema, in: Claudia Kaufmann/Franz Ziegler (Hrsg.), Kindeswohl. Eine interdisziplinäre Sicht, Chur 2003, 21ff.

Anja Karnein, Zukünftige Personen. Eine Theorie des ungeborenen Lebens von der künstlichen Befruchtung bis zur genetischen Manipulation, Frankfurt a.M. 2013.

Reinhard Merkel, "Wrongfull death – 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.

Robert H. Mnookin, Child-Custody Adjudication. Judicial Functions in the Face of Indeterminacy, in: Law and Contemporary Problems, Juli 1975, 226ff.

Robert Ranisch (Hrsg.), Liberale Eugenik? Kritik der selektiven Reproduktion, Stuttgart 2021.

Helen Reece, The Paramountcy Principle, Consensus or Construct, in: Current Legal Problems, Volume 49, 1996, 267-304.

Bernd Rütters, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 9. Aufl., Tübingen 2022.

Bernhard Rüttsche, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität. Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zürich/St. Gallen 2009.

Kurt Seelmann, Menschenwürde als Schutz des «moral agent» oder des «moral patient»? In: Rainer J. Scheizer/Florian Windisch (Hg.), Integratives Rechtsdenken – Im Gespräch mit Philippe Mastronardi, Zürich /St. Gallen 2011, S. 33-47.

Kurt Seelmann, "Aber das Recht hat seine Grenze an der Liebe" - Über eine Grundparadoxie des Familienrechts, in: Isabell Goetz/Heinrich Schürmann (Hrsg.),

Zwanzigster Deutscher Familiengerichtstag, 18.-21. September 2013 in Brühl, Bielefeld 2014, S. 61-80.

Kurt Seelmann, Recht auf Achtung und Schutz der Menschenwürde – leere Floskel oder Grundlage der Rechtsordnung, in: Adrian Loretan (Hrsg.), Religionsfreiheit im Kontext der Grundrechte, Zürich 2011, S. 501ff.

Kurt Seelmann, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?, Gutachten im Auftrag des BAG vom April 2018.

Kurt Seelmann, Jherings Kehrtwende und ihre Vorgeschichte, in: Jens Eisfeld u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Diethelm Klippel, im Druck.

Kurt Seelmann/Daniela Demko, Rechtsphilosophie, 7. Aufl., München 2019.

Heidi Simoni, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten «Kindeswohl, Familie und Elternschaft» im Fortpflanzungsmedizingesetz, Gutachten für das BAG vom September 2012.

Friederike Wapler, Kindesrechte und Kindeswohl, Tübingen 2015.