

Kurzgutachten zur Frage des Zugangs gleichgeschlechtlicher Paare zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren in der Schweiz (Auslegung des Begriffs der „Unfruchtbarkeit“ in Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV)

Zusammenfassung

Der Zugang zu Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung in der Schweiz wird in der Bundesverfassung eingeschränkt. Grund dafür ist der Wille des Verfassungsgebers, den Menschen vor Missbräuchen der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie zu schützen (Art. 119 Abs. 1 BV).

Eine mögliche Voraussetzung für den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz ist das Vorliegen von Unfruchtbarkeit (Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV). Eine solche liegt auch vor, wenn eine faktische Unmöglichkeit der Zeugung eines Kindes besteht, obwohl ein bestehender unerfüllter Kinderwunsch besteht.

Hingegen bleibt insbesondere der Wunsch nach medizinisch unterstützter Fortpflanzung verwehrt, wenn diese Verfahren bloss angewendet werden sollen, um beim Embryo bzw. Kind gewisse genetische Merkmale zu erreichen (das Verhindern der Übertragung einer schweren Krankheit ist davon durch die Verfassung explizit ausgenommen). Ebenso wird kein Zugang gewährt, wenn trotz der faktischen Möglichkeit, Kinder ohne Einsatz von fortpflanzungsmedizinischen Verfahren zu bekommen, aus rein persönlicher Präferenz solche Verfahren angewendet werden sollen.

Insbesondere von der Bundesverwaltung und vom Bundesrat wurde in der Vergangenheit der Begriff der Unfruchtbarkeit auf den erfolglosen Versuch der Fortpflanzung zwischen zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts eingengt. Damit wurde aus dieser zusätzlichen Voraussetzung ein Ausschlusskriterium für nicht in einer gemischtgeschlechtlichen Beziehung lebende Personen konstruiert. **Für eine solche Begrenzung auf verschiedengeschlechtliche Paare findet sich weder in der Verfassung noch im Grossteil der Literatur eine Grundlage.** Der Sinn und Zweck einer solchen Differenzierung wird durch die Verfassung weder genannt noch begründet. Dennoch wurde diese Ausgrenzung gleichgeschlechtlicher Paare in der Vergangenheit vom Gesetzgeber auf Empfehlung der Behörden vorgenommen (Fortpflanzungsmedizingesetz, Partnerschaftsgesetz). Diese Gesetzesbestimmungen stehen heute zur Debatte (und geben Anlass zum vorliegenden Kurzgutachten).

Selbst wenn bei der Diskussion im Parlament (insbesondere bei der Diskussion des Fortpflanzungsmedizingesetzes Mitte der 1990er Jahre und zuletzt anlässlich der Einführung des Partnerschaftsgesetzes Anfang der 2000er Jahre) in der Verwaltung und in der (spärlichen) Literatur Stimmen die politische Diskussion dominierten, die den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin gemischtgeschlechtlichen Paaren vorbehalten wollten, kann daraus die (damals und heute) richtige Interpretation der Bundesverfassung nicht ohne Weiteres abgeleitet werden. Bereits zu dieser Zeit – und in den letzten Jahren in zunehmendem Masse – wurde von juristischen Autoren und weniger einflussreichen Interessenvertretern der diskriminierungsfreie Zugang gefordert, ohne auf die

sexuelle Orientierung der betroffenen potentiellen Eltern abzustellen. Insbesondere bindet diese Art der damaligen Umsetzung den Gesetzgeber nicht, heute auf diesen Entscheid zurückzukommen.

Besonders häufig wurde in der Vergangenheit **rein politisch** für eine Beibehaltung des Ausschlusses argumentiert, um jedwelche Kontroversen zu verhindern. Ausserdem fand kaum eine fundierte Analyse der Verfassungsgrundlage statt, sondern es wurde lediglich eine in der Bundesverwaltung formulierte Auffassung, welche auf einer traditionellen Vorstellung von Ehe und Familie basiert, perpetuiert. Eine eigentliche fundierte Diskussion der Differenzierung fand dabei jeweils nicht statt, sondern es wurde (zumeist unausgesprochen wohl) allein auf ein vorbestehendes traditionelles Verständnis von Ehe und Familie abgestellt, welches die Elternschaft ausserhalb der Ehe zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts bzw. allenfalls im Rahmen gemischtgeschlechtlicher Konkubinate stigmatisiert.

In der Wissenschaft wurde seit jeher von vielen Autoren die Meinung vertreten, die Berufung auf eigene Unfruchtbarkeit nicht in diskriminierender Weise gemischtgeschlechtlichen Paaren vorzubehalten. Die Haltung der Bundesverwaltung und des Bundesrates führte bei weiten Kreisen zum verfälschten Eindruck, dies sei tatsächlich die herrschende Meinung (auch in der Lehre). Tatsächlich vertreten nur wenige ältere, eher wertkonservative Autoren diese Meinung selbst. Einige wenige weitere Autoren verweisen bloss darauf. Dabei fällt auf, dass bei diesen Autoren keine eigentliche Argumentation zur allfälligen Begründung der Einschränkung zu finden ist, so dass man annehmen muss, dass diese Lesart und ihre Akzeptanz allein durch ein traditionelles Menschen- und Familienbild, das sexuelle Minderheiten bewusst von der Elternschaft ausschliessen will, geleitet wird. In der neueren Literatur dominiert denn auch eindeutig die Haltung, dass der in der Verfassung verwendete Begriff der Unfruchtbarkeit nicht auf gemischtgeschlechtliche Paare begrenzt werden kann, und daher die Verfassung allein keine Rechtsgrundlage enthält, um gleichgeschlechtlichen Paaren den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin vorzuenthalten. Allfällige Überlegungen zum Kindeswohl sind an anderer Stelle geregelt und stehen dem Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für gleichgeschlechtliche Paare nach heutigem Verständnis sicherlich nicht in absoluter Weise entgegen. Gerade die Diskussion zur Stiefkindadoption durch einen Partner des gleichen Geschlechts (und deren Einführung) haben dies in letzter Zeit klar vor Augen geführt.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass der Begriff der Unfruchtbarkeit in Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV ohne Weiteres so gelesen werden kann und muss, dass er keine Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Paare gebietet. Die Tatsache, dass die Bundesverwaltung und wenige ältere Autoren diese als impliziert ansahen, hat v.a. mit ihrem Vorverständnis von Familie und Ehe zu tun. Angesichts der Tatsache, dass zumindest im Verfassungsgebungsverfahren dieser Aspekt nicht ausdrücklich von Parlament, Ständen und Bevölkerung mitgetragen wurde, schwächt diese Position zusätzlich. **Damit basieren die heutigen Diskriminierungen vollumfänglich auf den Gesetzgebungsverfahren und können entsprechend auch den geänderten Ansichten und Wertvorstellungen des Parlaments und der Bevölkerung angepasst werden, insbesondere im Rahmen allfälliger ohnehin notwendiger Anpassungen aufgrund der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare.**

Fragestellung im relevanten Kontext

Die Frage des Zugangs zur Reproduktions- oder Fortpflanzungsmedizin ist in praktisch allen Rechtssystemen umstritten, soweit denn überhaupt solche Möglichkeiten bestehen und diskutiert werden.¹

Dies gilt insbesondere für die Frage des Zugangs ausserhalb der traditionellen Ehe zwischen zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts.²

Der gesellschaftliche Wandel bezüglich der Definition der Ehe³ und der Familie hat dazu geführt, dass diese Frage auch in der Schweiz seit vielen Jahren kontrovers diskutiert wird. Zumeist findet diese Diskussion im Zusammenhang mit der Frage der Adoption statt, auf welche hier nicht näher einzugehen ist.

Aufgrund der aktuellen Diskussion um die Öffnung des Rechtsinstituts der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare stellt sich daher erneut die Frage, inwiefern in Zukunft gleichgeschlechtliche Ehepaare gemischtgeschlechtlichen Ehepaaren gleichgestellt werden sollen. Auf die Frage, wie alleinlebende Personen oder Paare, die in einer eingetragenen Partnerschaft oder ohne speziellen Zivilstand zusammenleben, zu behandeln sind, ist hier daher nicht näher einzugehen.

Im Folgenden soll dabei nicht im Detail auf die materiell-rechtliche Frage der Begründung des Zugangs eingegangen werden⁴, sondern alleine auf die formalrechtliche Frage, **ob eine solche Neuordnung des Eherechts in der Schweiz für den Zugang gleichgeschlechtlicher Ehepaare zur Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz eine Verfassungsänderung (Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV) bedingen würde oder durch die blosse Änderung von Bundesgesetzen und nachrangigen Erlassen erreicht werden kann, da die Verfassung dem nicht entgegensteht.**

Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass weitergehende Fragen der weiteren (diskriminierungsfreien) Regelung von fortpflanzungsmedizinischen Verfahren im engeren Sinne, aber auch der Samenspende, der Eispende, der Embryonenspende, der Leihmutterschaft etc. nicht von der Beantwortung dieser Frage abhängen und daher hier auch dazu keine Stellung dazu bezogen werden soll.

Ausgangslage

In der Schweiz ist der Zugang zu Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung heute grundsätzlich in Art. 119 Abs. 2 Bst. c der Bundesverfassung (BV) von 1999 geregelt. Diese Bestimmung basiert im Wesentlichen auf der erstmals Anfang der 1990er Jahre in die Verfassung

¹ Vgl. beispielsweise Mesnil, Marie, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Basel 2018.

² Vgl. beispielsweise Robertson, John A., "Gay and lesbian access to assisted reproductive technology", *Case W. Res. L. Rev.* 55 (2004), 323 ff. oder Präg, Patrick und Mills, Melinda C., *Assisted Reproductive Technology in Europe: Usage and Regulation in the Context of Cross-Border Reproductive Care*, Berlin 2017. Aus der deutschen Literatur vgl. Müller-Götzmann, Christian, *Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft: Eine arztrechtliche Untersuchung zur Zulässigkeit fortpflanzungsmedizinischer Maßnahmen bei gleichgeschlechtlichen Partnerschaften*, Berlin 2009.

Auf die Frage des Zugangs von Einzelpersonen soll hier überhaupt nicht eingegangen werden.

³ Vgl. zuletzt Ziegler, Andreas, "We are family...: Warum die Bundesverfassung auch das Recht auf Ehe gleichgeschlechtlicher Paare gewährleistet", *Recht: Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 36/3 (2018), 1-5.

⁴ Dazu zuletzt etwa die umstrittene Entscheidung des Conseil d'état in Frankreich (Décision 421899 du 28/09/2018) im Gegensatz zum Comité consultatif national d'éthique (CCNE) – Avis 129 - Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019, online.

eingefügten Bestimmung des Art. 24^{novies} Abs. 2 der alten Bundesverfassung (aBV) von 1874, der in einer Volksabstimmung vom 17. Mai 1992 angenommen wurde. Im Rahmen der Nachführung wurden keine Änderungen an den hier interessierenden Grundlagen vorgenommen.⁵

Konkretisierungen zu diesen Verfassungsbestimmungen finden sich im darauf abgestützten Fortpflanzungsmedizingesetz von 1998 (FMedG)⁶. Die Regelung ist (zumindest im Vergleich zu zahlreichen westlichen Staaten) eher restriktiv. Insbesondere dürfen Fortpflanzungsverfahren bereits aufgrund der Verfassung (Art. 119 Abs. 2 Bst. c) nur subsidiär zur Anwendung kommen, wenn dies die einzige Möglichkeit darstellt, eine Unfruchtbarkeit zu überwinden oder die Übertragung einer schweren und unheilbaren Krankheit zu verhindern.

Von besonderer Bedeutung ist dabei der sowohl in der Verfassung als auch im FMedG verwendete Begriff der «Unfruchtbarkeit». Eine solche wird als eine Voraussetzung für den Zugang gefordert (Art. 119 Abs. 2 Bst c BV und Art. 5, 6 und 33 FMedG).⁷ Der französische Text in Verfassung und Gesetzgebung spricht von der „stérilité“, der italienische von der „infecondità“.

Zusätzlich gilt es zu beachten, dass ohne ausdrückliche verfassungsmässige Grundlage auf Gesetzesstufe festgehalten ist, dass Fortpflanzungsverfahren Paaren vorbehalten sind, zu denen ein Kindsverhältnis begründet werden kann (Art. 3 Abs. 2 Bst. a FMedG). Weiter hält heute Art. 3 Abs. 3 FMedG fest, dass gespendete Samenzellen nur bei Ehepaaren verwendet werden dürfen.⁸ In seiner Antwort auf die parlamentarische Interpellation (15.3105 NR Andrea Caroni - Fortpflanzungsmedizin. Gleichbehandlung aller Lebensgemeinschaften) hatte der Bundesrat noch am 13. Mai 2015 festgehalten, dass er aktuell nicht plane, dem Parlament eine Revision dieser Rahmenbedingungen vorzulegen.

In Art. 28 des Partnerschaftsgesetz (PartG)⁹ aus dem Jahre 2004 wird der Zugang von in einer eingetragenen Partnerschaft lebenden Paaren zur Fortpflanzungsmedizin ebenfalls ausgeschlossen, ohne dass dort der Begriff der Unfruchtbarkeit oder sonst eine Begründung zu finden wäre.¹⁰

Begriff der Unfruchtbarkeit in der Bundesverfassung:

Haltung der Bundesbehörden und des Bundesrates sowie übrige Materialien

In der ursprünglichen Debatte, die zur Einführung des Artikels 24^{novies} aBV führte, fand keine eigentliche Diskussion zur Behandlung gleichgeschlechtlicher Paare statt. Insbesondere in der bundesrätlichen Botschaft finden sich keine expliziten Hinweise. Dies ist wohl darauf zurück zu führen, dass damals die Homosexualität bzw. die rechtliche Stellung von homosexuellen Personen

⁵ Erwerbsbeschluss des BR vom 13. Aug. 1992 – AS 1992 1579 – und BB vom 21. Juni 1991; BBl 1991 II 1475, 1989 III 989, 1992 V 451.

⁶ [Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung \(Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG\) vom 18. Dezember 1998, SR 810.11.](#)

⁷ Der dort ebenfalls genannte Fall der Übertragung einer schweren und unheilbaren Krankheit ist im vorliegenden Kontext nicht von direkter Relevanz. Auch die Problematik der Leihmutterchaft, die ebenfalls in Art. 119 Abs. 2 Bst b und Art. 4 FMedG geregelt wird, ist hier nicht zu behandeln.

⁸ Zur Diskussion um die Verfassungsgrundlage für die Regelungen im FMedG vgl. unten.

⁹ [Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare \(Partnerschaftsgesetz, PartG\) vom 18. Juni 2004, SR 211.231.](#)

¹⁰ Vgl. unten die Ausführungen zur Debatte bei Einführung des Partnerschaftsgesetzes.

in der Schweiz noch kaum Raum einnahmen und von der Verwaltung und im Parlament im Wesentlichen ignoriert wurden.¹¹

In den politischen Debatten zum Fortpflanzungsgesetz (Mitte der 1990er Jahre) und zum Partnerschaftsgesetz (Anfang der 2000er Jahre) insbesondere im Parlament (aber auch in der Öffentlichkeit) wurde hingegen immer wieder behauptet, dass die Voraussetzung der Unfruchtbarkeit für den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin dazu führen müsse, dass der Zugang nur verschiedengeschlechtlichen Paaren zu gewähren sei. Dabei wurde m.E. fälschlicherweise behauptet, dass dies so von der herrschenden Lehre gefordert würde.

Als „herrschende Lehre“ wurde und wird scheinbar allein die Kommentierung von Art. 24^{novies} aBV bzw. Art. 119 BV von Rainer J. Schweizer (heute zusammen mit Ruth Reusser)¹² betrachtet. Diese wird zwar von wenigen anderen Autoren anerkannt oder sogar mitgetragen, wesentlich mehr Autoren aber lehnen sie heute ab. Eine echte Analyse dieser Haltung wird dadurch erschwert, dass sich weder in der ursprünglichen Quelle noch in den Verweisen darauf (bei wenigen weiteren Autoren) eine ausführliche Argumentation findet, warum dieser Ausschluss aus Art. 119 BV folgen soll.

Man sollte vorausschicken, dass die Diskussion des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz (aus gutem Grund) regelmässig von der wichtigen Frage der juristischen Beurteilung des Embryos und des damit zusammenhängenden Schutzes des menschlichen Lebens vor der Geburt dominiert wird.¹³

1996 bei der erstmaligen gesetzlichen Regelung des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin wurde erstmals ausdrücklich auf die Kontroverse betreffend den Zugang für gleichgeschlechtliche Paare hingewiesen.¹⁴ In dieser Botschaft findet sich erstmals die in den Folgejahren verwendete Argumentationslinie der Bundesverwaltung:

„Indessen verlangt Artikel 24^{novies} Absatz 2 Buchstabe c [a]BV als Voraussetzung für den Zugang zu reproduktionsmedizinischen Techniken grundsätzlich «Unfruchtbarkeit», d. h. ungewollte Kinderlosigkeit während einer bestimmten Zeit trotz regelmässigen ungeschützten Geschlechtsverkehrs. Damit wird deutlich, dass im Interesse des Kindeswohls von vornherein nur Paare verschiedenen Geschlechts Zugang zu den Fortpflanzungsverfahren haben. Ausgeschlossen sind demnach alleinstehende und lesbische Frauen. Diese sind in der Regel zwar fruchtbar, aber eben ohne einen männlichen Partner nicht fortpflanzungsfähig.“

Diese Aussage, die sich auch später in den Materialien der Bundesverwaltung und des Bundesrates findet, stützt sich (wahrscheinlich) im Wesentlichen auf den damals bereits verfügbaren Verfassungskommentar von Rainer J. Schweizer zu Art. 24^{novies} aBV¹⁵ ab. In der Botschaft wird behauptet, dass der Verfassungsgeber gewissen Individuen bzw. Paaren den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin verwehren wollte, weil dies im Interesse des Kindeswohls geboten sei. Genauere Ausführungen, warum dem so sei und warum keine explizite Formulierung gewählt wurde,

¹¹ Vgl. [Botschaft zur Volksinitiative «gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen» vom 18. September 1989](#), BBl 1989 III 989-1211.

¹² Reusser, Ruth/Schweizer, Rainer J., Art. 119, N 34, in: SG-BV-Kommentar, 3. Aufl., 2014; R. J. Schweizer, Art. 24^{novies} Abs. 2, N 73, in: Commentaire de la Constitution de 1874, Stand Mai 1995. Dazu im Detail unten.

¹³ Vgl. beispielsweise [Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996](#), S. 146.

¹⁴ [Botschaft über die Volksinitiative "zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung \(Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG\)"](#), BBl 1996 III 205-305, 238 und 250 f.

¹⁵ Vgl. Schweizer, Rainer J., Art. 24^{novies}, Kommentar zur Bundesverfassung vom 1874, 2. Aufl. 1996, N. 73. Dazu ausführlich unten.

fehlen.¹⁶ Familienpolitische Zielsetzungen wurden zumindest in der Botschaft des Bundesrates nicht erwähnt, wobei immerhin auf die kontroverse Diskussion in der Vernehmlassung hingewiesen wurde. Zurecht dominiert in den Ausführungen der Schutz des Embryos, ohne dass dabei erläutert wurde, warum dieser im Rahmen des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin für gleichgeschlechtliche Paare weniger gewährleistet wäre.

1999 bei der Nachführung der Bundesverfassung wurde keine grundsätzliche Neuregelung angestrebt. Die Diskussion bezüglich des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin aufgrund von Unfruchtbarkeit wurde daher nicht grundlegend geführt. Auch hier wurde hingegen v.a. hervorgehoben, dass ein ethisch verantwortbarer Gebrauch der Fortpflanzungsmedizin (und der Gentechnologie in der Forschung) in der Anwendung angestrebt werde.

Im Jahr 2004 wurde bei der Behandlung des neuen Partnerschaftsgesetzes betreffend Art. 28 PartG in der Botschaft des Bundesrates festgehalten, dass die grosse Mehrheit der offiziellen Teilnehmer der Vernehmlassung den Ausschluss von in einer eingetragenen Partnerschaft lebenden Paaren von der Fortpflanzungsmedizin auf Gesetzesebene begrüsst hätten.¹⁷ Bezüglich der Verfassungsmässigkeit dieses Vorhabens wurde ausgeführt:

„Bereits aus der Bundesverfassung ergibt sich, dass gleichgeschlechtliche Paare in der Schweiz nicht zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren zugelassen sind. Damit zwei homosexuelle Männer zu einem Kind kommen könnten, müsste die Leihmutterschaft erlaubt werden. Indessen verbietet Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe d BV ausdrücklich alle Arten von Leihmutterschaften. Bei zwei lesbischen Frauen könnte eine Samenspende helfen. Indessen verlangt Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe c BV als Voraussetzung für den Zugang zu reproduktionsmedizinischen Techniken grundsätzlich «Unfruchtbarkeit», d.h. ungewollte Kinderlosigkeit während einer bestimmten Zeit trotz regelmässigen ungeschützten Geschlechtsverkehrs. Ausgeschlossen sind demnach lesbische Frauen. Diese sind in der Regel zwar fruchtbar, aber ohne einen männlichen Partner aus einsichtigen Gründen nicht fortpflanzungsfähig.“

Diese Formulierung im Jahre 2002 lehnt sich einerseits eng an diejenige der Botschaft zum FMedG aus dem Jahre 1996 an. Auffällig ist aber einerseits die Vermischung des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin mit den Fragen der Leihmutterschaft und der Samenspende, die für den Gesetzestext nicht relevant sind, da Art. 28 PartG nur von der Fortpflanzungsmedizin im Allgemeinen spricht und von einer identischen Verwendung in Bundesverfassung und Gesetzesrecht (FMedG und PartG) auszugehen ist. Andererseits fällt auf, dass die explizite sachliche Begründung mit dem Kindeswohl fehlt, wie sie in der Botschaft zum FMedG von 1996 in der entsprechenden Textpassage noch enthalten war.

Insgesamt kann man diese verschiedenen Materialien so zusammenfassen, dass für die hier zu erörternde Frage zu Recht festgehalten wird, dass Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV für die Anwendung von Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung „Unfruchtbarkeit“ voraussetzt. Danach folgen zwei bzw. drei weitere Schritte: 1. Die Unfruchtbarkeit wird ohne weitere Begründung als „ungewollte Kinderlosigkeit während einer bestimmten Zeit trotz regelmässigen ungeschützten Geschlechtsverkehrs“ definiert. 2. Es wird behauptet, dass dieser Zustand nur auf

¹⁶ Bestimmte Stimmen verteidigen etwa die geltende Beschränkung der Fortpflanzungsmedizin auf das Ehepaar mit dem Vorteil, dass das Kind, wie auch immer es zum Heranwachsen und Leben kommt, zwei gesetzliche Elternteile (vgl. Art. 252 und Art. 255 Abs. 1 ZGB) hat. Wenn das Kind eines gleichgeschlechtlichen (lesbischen) Paares, sei es in einer registrierten Partnerschaft oder einer künftigen Ehe dieses Paares, zwei gesetzliche Elternteile hat, wäre diese zentrale Sicherung gewährleistet.

¹⁷ Vgl. [Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002](#), BBl 2003 1288, 1308.

gemischtgeschlechtliche Paare zutreffen könne. Dabei wird lesbischen Frauen zugestanden, dass sie in der Regel zwar fruchtbar seien, aber dass ein lesbisches Paar „aus einsichtigen Gründen“ nicht fortpflanzungsfähig sei.“

Worin der Unterschied zwischen „fehlender Fortpflanzungsfähigkeit“ und „Unfruchtbarkeit“ liegt, wird nicht genauer ausgeführt. Es muss angenommen werden, dass hier eine Unterscheidung gemacht werden soll, zwischen der «Natürlichkeit» einer Schwangerschaft aufgrund des Geschlechtsverkehrs zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts und der Unnatürlichkeit jeder anderen Kausalität für eine Schwangerschaft.¹⁸ Das Privileg des Zugangs zu Verfahren der Fortpflanzungsmedizin soll dabei der ersten Kategorie vorbehalten werden, selbst wenn eben hier die Natur allein nicht ohne medizinische Unterstützung zur Schwangerschaft führt. Die Argumentation mit dem Kindeswohl, die in der Botschaft zum FMedG von 1996 noch enthalten war, fehlt in der Botschaft zum PartG von 2003/4. Die genaue Begründung des Zusammenhangs zwischen Kindeswohl und Ausschluss insbesondere lesbischer Paare von Verfahren der Fortpflanzungsmedizin fehlte zudem bereits in der bundesrätlichen Botschaft von 1996. Keinesfalls ergeben sich diese Überlegungen aus dem Text der Bundesverfassung, d.h. Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV, als solchem.

Relevanz der gewählten medizinischen Definition der Unfruchtbarkeit gemischtgeschlechtlicher Paare

Sowohl in den Materialien als auch in der Lehre¹⁹ wird regelmässig auf ganz spezifische enge medizinische Definitionen der Unfruchtbarkeit verwiesen.²⁰ Diese sind alle relativ ähnlich und orientieren sich auch an den von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) für eine ganz spezifische Situation verwendeten Definitionen:

- “Infertility is “a disease of the reproductive system defined by the failure to achieve a clinical pregnancy after 12 months or more of regular unprotected sexual intercourse. ...”²¹
- “Infertility is the inability of a sexually active, non-contracepting couple to achieve pregnancy in one year. The male partner can be evaluated for infertility or subfertility using a variety of clinical interventions, and also from a laboratory evaluation of semen.”²²

Dabei wird nicht erwähnt, dass selbst die WHO andere Definitionen der Unfruchtbarkeit verwendet.²³

Zwar steht die medizinische bzw. naturwissenschaftliche Begründetheit dieser hier verwendeten engen Definitionen an und für sich nicht zur Diskussion. Fraglich ist beim Verweis für die Interpretation von Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV viel mehr, ob hier überhaupt ein so enger für eine spezifische Situation geschaffener medizinischer Begriff verwendet wurde.²⁴ Diese enge medizinische Definition basiert eben im Wesentlichen auf einer ganz spezifischen Situation für den Mediziner oder

¹⁸ Vgl. dazu etwa Büchler, Andrea, Rechtsgutachten - Die Eizellenspende in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda, verfasst im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit, Zürich, im November 2013, aktualisiert im Januar 2014, [online abrufbar](#), 17 f.

¹⁹ Dazu den folgenden Abschnitt.

²⁰ Vgl. die Ausführungen zu den Materialien oben und beispielsweise Belser, Eva Maria und Molinari, Eva, Art. 119 Fn. 41 zu N 30, in: Basler BV-Kommentar, 2015.

²¹ [International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology \(ICMART\) and the World Health Organization \(WHO\) Revised Glossary on ART Terminology, 2009.](#)

²² [World Health Organization, Department of Reproductive Health and Research, WHO Laboratory Manual for the Examination and Processing of Human Semen, Fifth edition, 2010.](#)

²³ Vgl. etwa die Übersicht im Rahmen des WHO-Programms „Sexual and Reproductive Health“, Infertility, online abrufbar unter: <https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/9789241547789/en/> (zuletzt konsultiert am 12.12.2018).

²⁴ So auch Belser/Molinari, Art. 119, N 30, in: Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung (Basler BV-Kommentar), 2015.

Naturwissenschaftler, nämlich derjenigen zu entscheiden, ob ein gemischt-geschlechtliches Paar unfruchtbar ist oder nicht. Davon abgesehen wird der Begriff der Unfruchtbarkeit auch in vielen anderen Wissenschaften und in der Literatur im „weiteren“ Sinne verwendet.

- 2007 führte etwa die Genfer Sektion der Schweizerischen Volkspartei eine Kampagne mit dem Motto «Steuergeschenke an unfruchtbare und wohlhabende Paare», auf Französisch: « Non à un bonus fiscal pour des pacsés inféconds et aisés ».²⁵
- Der französische Autor Alexandre Dumas (1802-1870) spricht in seinem Roman „Ingenué“ (1854) von unfruchtbarer Liebe – weil ein gemischtgeschlechtliches Paar aufgrund gesellschaftlicher Zwänge nicht intim sein kann.

Insgesamt kann man daher sagen, dass der Begriff der Unfruchtbarkeit durchaus verschieden verwendet werden kann. Die engere medizinische Definition zielt darauf ab, bei Personen, die grundsätzlich fruchtbar sein könnten, zu definieren, wann ein Krankheitsbild vorliegt, das medizinisch behandelt werden kann. Von daher ist die Gruppe bzw. sind die Umstände, auf die dieses Krankheitsbild angewendet werden kann, von vornherein begrenzt. Anders gesagt dient die zitierte enge medizinische Definition in diesen Fällen dazu, festzulegen, wann man bei Personen, die mit einem Partner des anderen Geschlechts regelmässig ungeschützten Geschlechtsverkehr haben, von Unfruchtbarkeit sprechen kann. Damit wird eine mathematische, statistische Grösse als Messlatte angelegt, um Fälle zu unterscheiden, bei denen keine medizinische Behandlung gerechtfertigt ist. **Es geht also in erster Linie darum, zu unterscheiden, wann man von einer medizinischen Behandlung absehen würde, weil auch ohne Behandlung eine Schwangerschaft resultieren sollte und diese medizinische Behandlung bzw. der Einsatz fortpflanzungsmedizinischer Verfahren damit als (noch) unnötig erscheint.**

Da Art. 119 BV als Ganzes im Bereich der Fortpflanzungsmedizin den Menschen vor Missbräuchen schützen will (Abs. 1), kann man Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV eigentlich nur so verstehen, dass er diesen Missbrauchs konkretisieren soll. Ein solcher Missbrauch kann dann angenommen werden, wenn eine Behandlung medizinisch unnötig ist, um eine Schwangerschaft zu erreichen. Dies liegt insbesondere dann vor, wenn gewisse Eigenschaften beim Embryo bzw. dem daraus entstehenden Menschen angestrebt sind. Dies ergibt sich auch aus den Schutzobjekten der Einleitung zu Abs. 2 von Art. 119 BV. Hier werden der Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie angeführt. Die Unterscheidung zwischen medizinisch unnötigen (aus reinem persönlichem Interesse an einer fortpflanzungsmedizinischen Behandlung gewählten) und einer notwendigen (um eine andernfalls nicht wahrscheinliche oder mögliche) Schwangerschaft herbeizuführen, kann auf alle Personen angewendet werden, die einen Kinderwunsch haben, ohne dass gewisse Personen oder Paare ausgeschlossen werden müssten oder dürfen. Ausgeschlossen werden hier nur Paare, die zwar eine Schwangerschaft bewirken könnten, dies aber trotzdem nur mit Hilfe der Fortpflanzungsmedizin wollen. Wer schwanger werden kann, dies aber nicht ohne Hilfe medizinischer Fortpflanzungsverfahren will, hat keinen Zugang, da dies als Missbrauch angesehen würde. Wer nicht ohne Hilfe medizinischer Fortpflanzungsverfahren schwanger werden kann, dies aber will, hat Zugang. Es ist also die spezifische Kombination aus «Können» und «Wollen», welche hier entscheidend ist.

Als einzige Ausnahme zu dieser Situation wird die Konstellation zugelassen, in der eine Schwangerschaft zwar medizinisch möglich wäre, aber der Wunsch, die „Übertragung einer schweren Krankheit“ auszuschliessen, als Rechtfertigung angesehen wird.

²⁵ Vgl. etwa „Encore une affiche «choquante», La Liberté vom 4. Mai 2007, online: <https://www.laliberte.ch/news/encore-une-affiche-choquante-225075> (zuletzt konsultiert am 12.12.2018).

Analytisches Schema:

Alle Menschen			
unfruchtbar		nicht unfruchtbar bzw. fruchtbar	
keine Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit	Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit	keine Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit	
Zugang zulässig (kein Missbrauch)		Zugang unzulässig (Missbrauch)	

Lehre

In den bereits erwähnten Materialien wird nicht direkt auf die Lehre verwiesen, hingegen hat diese einen gewissen Eingang in die aktuelle Diskussion gefunden. Dabei finden sich relativ wenige Stimmen in der Wissenschaft, die zu den hier aufgeworfenen Fragen umfassend Stellung nehmen.²⁶

Rainer J. Schweizer (emeritierter Professor an der Universität St. Gallen) hat als einer der ersten Art. 24^{novies} der alten Bundesverfassung von 1874 und dann Art. 119 Abs. 2 Bst c der neuen Bundesverfassung von 1999 kommentiert. In der ursprünglichen Kommentierung von 1996 verantwortete Schweizer diesen Text noch alleine:

„Aus dem Umstand, dass neben der genetischen Indikation [...] lediglich die Sterilitätstherapie verfassungsrechtlich akzeptiert ist, ergibt sich, dass die Fortpflanzungshilfe von Verfassungen wegen nur bei *verschieden geschlechtlichen Paaren* zur Anwendung kommen darf. Denn von Sterilität kann lediglich dann gesprochen werden, wenn trotz regelmässigem Geschlechtsverkehr während einer bestimmten Dauer keine Schwangerschaft eintritt. Für eine alleinstehende Frau ohne Partner wie auch für ein gleichgeschlechtliches Paar gibt es die Indikation der Kinderlosigkeit nicht“.²⁷

In der aktuellen Kommentierung (die er zusammen mit Ruth Reusser, ehemalige Vizedirektorin im Bundesamt für Justiz, firmiert hat) wird die oben genannte spezifisch enge medizinische Definition immer noch erwähnt. Von Sterilität [anstelle von Unfruchtbarkeit] könne «nur gesprochen werden, wenn trotz regelmässigen ungeschützten Geschlechtsverkehrs eines Mannes und einer Frau während einer bestimmten Dauer (früher während zwei Jahren, heute i.d.R. während eines Jahres) keine Schwangerschaft» eintrete. Dabei verweisen sie auf medizinische Literatur aus der Schweiz²⁸, die aber ihrerseits auf den genannten spezifisch engen internationalen medizinischen Standards (insbesondere der WHO) basiert. Dies ist, wie oben gezeigt, an und für sich nicht zu beanstanden, erweckt aber einen entstellenden bzw. verzerrten Eindruck. Entsprechend folgt im nächsten Satz die Aussage:

²⁶ Zur Literatur bezüglich aller Fragen im Zusammenhang mit Art. 119 BV vgl. aber die unten angegebenen Kommentierungen.

²⁷ Vgl. Schweizer, Rainer J. Art. 24^{novies}, Kommentar zur Bundesverfassung vom 1874, 2. Aufl. 1996, N. 73.

²⁸ Vgl. [De Geyter, Christian, Assisted reproductive medicine in Switzerland, Swiss Med Wkly. 2012;142:w13569.](#)

“Daraus ergibt sich, dass die Verfahren nur bei verschieden-geschlechtlichen Paaren zur Anwendung kommen dürfen. Von Verfassung wegen ausgeschlossen sind alleinstehende Personen ohne Partner des anderen Geschlechts und gleichgeschlechtliche Paare.”²⁹

Diese Schlussfolgerung wird nicht weiter kommentiert, sondern es wird (in den neueren Auflagen dieser Kommentierung) auf die gleichlautenden Aussagen der Bundesverwaltung bzw. die darauf basierende Umsetzung auf Gesetzesstufe verwiesen). Es entsteht der Eindruck einer gegenseitigen bzw. zirkulären Bestätigung zwischen der Haltung der Bundesverwaltung und dieser Lehrmeinung ohne weitere Argumentation. Diese Autoren gehen nicht darauf ein, dass diese enge medizinische Definition keine allgemeinen Aussagen zur Terminologie macht, sondern sich lediglich zu den Umständen äussert, die bei verschiedengeschlechtlichen Paaren zur Diagnose einer Unfruchtbarkeit führen soll. Die Argumentation ist daher nicht wirklich wissenschaftlich abgestützt, sondern gibt dies lediglich vor. Sie entspricht wohl allein dem von vorne herein eingeschränkten Vorverständnis der Autoren. Des Weiteren führen sie aus, dass die Parthenogenese (Entstehung von Nachkommen aus unbefruchteten Eizellen) und die Entstehung von Embryonen aus zwei Eizellen oder zwei Samenzellen beim Menschen „nicht natürlicherweise“ möglich seien. Damit wird der Begriff der Unfruchtbarkeit also auf die natürliche Fortpflanzung bezogen. Ausschlaggebend erscheint für diese Autoren also der Umstand, dass heute Kinder nur durch zwei Personen verschiedenen Geschlechts ohne medizinische Hilfe gezeugt werden können. Solchen Konstellationen soll das Privileg des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin aufgrund der Verwendung des Begriffs «Unfruchtbarkeit» vorbehalten sein.

Giovanni Biaggini (Professor an der Universität Zürich und ebenfalls ehemaliger Mitarbeiter im Bundesamt für Justiz) schliesst sich als einer der wenigen weiteren Autoren dieser Meinung an.³⁰ Er spricht in einem ersten Schritt vom Willen des Verfassungsgebers, den Zugang zu Fortpflanzungsmedizin als „ultima ratio“ auszugestalten. Dies ist erneut völlig korrekt und entspricht der Frage der Notwendigkeit der Verwendung solcher Verfahren bzw. dem Verfassungstext (... dürfen nur angewendet werden ... nicht anders zu beheben ...). Dann aber fährt er fort, die Formulierung der Verfassungsbestimmung «impliziere», dass der Zugang gleichgeschlechtlichen Paaren und alleinstehenden Personen nicht gewährt werden dürfe. Er verweist in seiner Kommentierung von Art. 119 (BV) sowohl in der ersten Auflage (2007) als auch in der zweiten Auflage (2017) auf die Ausführungen von Ruth Reusser und Rainer Schweizer und erwähnt abweichende Meinungen ohne näher darauf einzugehen. Aus der Tatsache, dass der Zugang zur Fortpflanzungsmedizin nur ausnahmsweise zulässig sein soll („ultima ratio“), folgt aber wie bereits gezeigt wurde, keineswegs, dass ein Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare – weder explizit noch implizit. Hier fehlt schlichtweg die Argumentation, und es muss angenommen werden, dass die Ansicht der zitierten Autoren (Rainer J. Schweizer und Ruth Reusser) integral übernommen bzw. aufgrund gleicher Wertvorstellungen geteilt wird.

Auch Esther Amstutz und Thomas Gächter erwähnen die Ansicht und Argumentation von Schweizer/Reusser in einem Artikel im Jahre 2011³¹, ohne dazu vertieft Stellung zu nehmen. Sie sprechen aufgrund der einen Quelle bei Schweizer/Reusser von einer wohl nach wie vor herrschenden Meinung, **loben aber interessanterweise zugleich die guten, systematischen Argumente derjenigen Autoren, die diese Haltung zu diesem Zeitpunkt bereits ablehnen.**³²

²⁹ Reusser, Ruth/Schweizer, Rainer J, Art. 119, N 34, in: SG-BV-Kommentar, 3. Aufl., 2014.

³⁰ Vgl. Biaggini, Giovanni, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Art. 119 N 14, 1. Aufl. 2007. 2. Auflage 2017.

³¹ Vgl. Amstutz, Esther/ Gächter, Thomas, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, in: [Jusletter 31. Januar 2011](#), N 47.

³² Vgl. Amstutz/Gächter, a.a.O., Fn. 79, 80, 81.

Sie betonen denn auch, dass die zur Einschränkung führende Lesart nur mit einem sehr traditionellen Familienbild erklärt werden könne; dieses habe v.a. den Gesetzgeber geleitet.³³

Interessanterweise äussert sich Jean-François Aubert (emeritierter Professor der Universität Neuenburg) in seiner Verfassungskommentierung (mit Pascal Mahon, Professor an der Universität Neuenburg) von 2003 nicht zur Frage der Interpretation des Begriffs der Unfruchtbarkeit in Art. 119 BV, sondern verweist einzig auf die vom Gesetzgeber vorgenommene Konkretisierung in Art. 3 Abs. 2 Bst. a FMedG.³⁴

Hingegen hat es bereits in der Vergangenheit ein grösserer Teil der Lehre klar abgelehnt, den verfassungsrechtlichen Unfruchtbarkeitsbegriff auf heterosexuelle Paare zu beschränken. Diese Autoren legen den Begriff so aus, dass er der Unmöglichkeit der Zeugung und damit dem unerfüllten Kinderwunsch entspricht. Daher sei der Begriff auch auf gleichgeschlechtliche Paare anwendbar. Dies wird einerseits von jüngeren Autoren (Andrea Büchler, Karin A. Hochl, Eva Maria Belser und Eva Molinari, Jonas Schweighauser) so gesehen. Aber bereits früh hat auch der in der Zwischenzeit verstorbene Yvo Hangartner (emeritierter Professor an der Universität St. Gallen) diese Haltung dezidiert vertreten. Auch das Schweigen von Jean François Aubert³⁵ kann m.E. so interpretiert werden.

Yvo Hangartner (2001)³⁶ sieht in der Einschränkung des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin in Art. 119 BV ebenfalls nur den Zweck zu verhindern, „...beim Kind bestimmte Eigenschaften herbeizuführen oder Forschung zu treiben“, als gegeben an. Andere Ausschlussgründe seien hier nicht genannt, worin man ein qualifiziertes Schweigen sehen müsse.³⁷ Dies kann man so interpretieren, dass auch kein Raum für implizite weitere Gründe bleibt.³⁸ Sinn und Zweck von Art. 119 Abs. 2. Bst c Satz 1 BV in Zusammenhang mit Satz 2 ist es, die Menschenwürde, die Persönlichkeit sowie die Familie zu schützen, indem dem Missbrauch fortpflanzungsmedizinischer Verfahren zur gezielten Herbeiführung bestimmter Eigenschaften beim Kind vorgebeugt wird. Da auch bei gleichgeschlechtlichen Paaren der Kinderwunsch per se im Vordergrund steht, kann aus Art. 119 Abs. 2 Bst c BV kein Verbot fortpflanzungsmedizinischer Verfahren für alle anderen ausser gemischtgeschlechtlichen Paare abgeleitet werden.³⁹

Im Umfeld von Yvo Hangartner hat sich 2002 Karin A. Hochl in ihrer Abhandlung zur rechtlichen Stellung gleichgeschlechtlicher Paare ebenfalls zu dieser Frage geäussert.⁴⁰ Sie übernimmt im Wesentlichen die Haltung von Yvo Hangartner, dass Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV einer Konkretisierung des in der Bestimmung genannten Schutzes der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie diene. Es sei unbestritten, dass der Anspruch auf medizinisch unterstützte Fortpflanzung grundsätzlich jedem im Rahmen der Grundrechte zustehe. Entsprechend seien Einschränkungen nur im Rahmen der verfassungsmässig gegebenen Bedingungen möglich. Art. 119 BV enthält entsprechend abschliessend gewisse Einschränkungsgründe.

³³ Vgl. Amstutz/Gächter, a.a.O., N 49

³⁴ Vgl. Aubert, Jean-François, Art. 119 N 19, in: Jean-François Aubert et Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, 2003.

³⁵ Vgl. oben.

³⁶ Vgl. Hangartner, Yvo, Verfassungsrechtliche Grundlagen einer registrierten Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare. in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2001, 252–263, 259.

³⁷ Vgl. Hangartner, a.a.O., 259 und Karin A. Hochl, Gleichheit – Verschiedenheit. Die rechtliche Regelung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in der Schweiz im Verhältnis zur Ehe, 2002, 83; in diesem Sinne auch Schweighauser, a.a.O., N 37.

³⁸ Vgl. die Formulierung von Biaggini, oben.

³⁹ Vgl. Hangartner, a.a.O., 259, Hochl, a.a.O., 83 und 85 sowie Schweighauser, a.a.O., N. 37-8.

⁴⁰ Vgl. Karin A. Hochl, Gleichheit – Verschiedenheit. Die rechtliche Regelung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in der Schweiz im Verhältnis zur Ehe, 2002.

Andrea Büchler (Professorin an der Universität Zürich) vertritt ebenfalls seit langem diese Meinung.⁴¹ Sie betont in ihren Schriften seit jeher die Fragwürdigkeit des Arguments der „sogenannten Natürlichkeit“ bei der Elternschaft. Dies gilt auch bezüglich der Frage der Unfruchtbarkeit im Rahmen von Art. 119 BV.⁴² Zu Recht führt sie aus: „Um als eigenständiger Rechtfertigungsgrund für ein Verbot eines bestimmten Verfahrens gelten zu können, müssten neben deren ‚Unnatürlichkeit‘ konkrete dadurch hervorgerufene Gefährdungen aufgezeigt werden können“. Dies entspricht wohl dem Sinn und Zweck des Missbrauchsgedankens in Art. 119 BV, wie ihn auch Hangartner vertritt.

Eva Maria Belser und Eva Molinari⁴³ verweisen in ihrer neueren Kommentierung von Art. 119 BV von 2015 ebenfalls auf die oft verwendete enge medizinische Definition der Unfruchtbarkeit, wie sie etwa auch von der WHO anerkannt werde.⁴⁴ Aus ihrer Sicht ist es aber ebenfalls nicht ohne weiteres klar, ob die Verfassung diesem spezifischen, engen medizinischen Begriff überhaupt verpflichtet sei. Es sei durchaus vorstellbar, dass der unerfüllbare Kinderwunsch darunter zu verstehen sei. Diese Art der Unfruchtbarkeit könne auch bei gleichgeschlechtlichen Paaren vorliegen. Sie erachten den generellen Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der Fortpflanzungsmedizin als nicht mit dem Recht auf Familienleben vereinbar (Art. 13 und 14 EMRK)⁴⁵ und sehen darin auch einen Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV). Einschränkungen, die mit dem Kindeswohl begründet werden können, sind hingegen auch aus ihrer Sicht selbstverständlich zulässig. Sie sehen daher schon heute die Notwendigkeit, dem FMedG die Anwendung zu verweigern, insbesondere (auch) unter Berücksichtigung von Art. 8 EMRK i.V.m. Art. 14 EMRK. Eine Meinung, welche auch von zahlreichen anderen Autoren geteilt wird.⁴⁶ Sie verweisen darauf, dass sich im europäischen Kontext ein Konsens über den Zugang nicht verheirateter, gleichgeschlechtlicher oder nicht in Partnerschaft lebender Personen zur Fortpflanzungsmedizin herausgebildet habe, der den gegenwärtig noch erheblichen Gestaltungsspielraum auf nationaler Ebene einschränke.

Jonas Schweighauser hält in seiner Kommentierung von Art. 28 PartG aus dem Jahre 2007 zwar fest, dass diese Bestimmung nur festhalte, was bereits zuvor aufgrund des ZGB und des FMedG Bestand gehabt habe.⁴⁷ Er erwähnt aber auch, dass in der gesamten Diskussion des PartG die Verwaltung in ihren Erläuterungen an diesem Verbot mit Verweis auf ihre Interpretation von Art. 119 BV festgehalten habe.⁴⁸ In der Botschaft sei immerhin anerkannt worden, dass hier eine Stigmatisierung stattfinde, aber solche Vorbehalte wurden erneut pauschal mit dem Verweis auf Art. 119 BV abgetan.⁴⁹ Er betont aber auch besonders die umfassende und emotionale Diskussion anlässlich des Gesetzgebungsverfahrens zum PartG anfangs der 2000er Jahre. Er legt dar, dass die erneute gesetzliche Regelung aufgenommen wurde, um eine Gefährdung des gesamten

⁴¹ Vgl. Büchler, Andrea, Sag mir, wer die Eltern sind... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2004, 1175–1185, 1180 f.

⁴² Vgl. beispielsweise Büchler, Andrea, Rechtsgutachten - Die Eizellenspende in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda, verfasst im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit, Zürich, im November 2013, aktualisiert im Januar 2014, [online abrufbar](#), 17 f.

⁴³ Vgl. Belser/ Molinari, a.a.O., N 30.

⁴⁴ Vgl. Belser/ Molinari, a.a.O., Fn 41 zu N 30.

⁴⁵ Von besonderer Relevanz in diesem Zusammenhang wäre ein Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gewesen, in dem es um den Ausschluss lesbischer Paare von der Fortpflanzungsmedizin in Frankreich ging. Der Gerichtshof ging aber (wohl zu Unrecht) davon aus, dass der Rechtsweg nicht ausgeschöpft worden sei und konnte daher keine Verletzung der EMRK prüfen. Hingegen dürfte der Entscheid E.B. c. France (no. 43546/02, 22. Januar 2008 - Grosse Kammer) relevant sein, in dem für die Adoption in Frankreich festgehalten wurde, dass wenn sie unverheirateten Paaren und sogar Einzelpersonen grundsätzlich zusteht, sich eine Ausnahme für Paare ausschliesslich aufgrund deren Gleichgeschlechtlichkeit nicht rechtfertigen lässt, da das Kindeswohl nicht grundsätzlich von der Verschiedengeschlechtlichkeit der betreuenden Personen abhängt.

⁴⁶ Vgl. z.B. die Ausführungen bei Hangartner, a.a.O., 259, Hochl, a.a.O., 83 und Schweighauser, a.a.O., N 37-39

⁴⁷ Vgl. Schweighauser, Jonas, Kommentierung von Art. 28 PartG, in: Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Zürich 2007, 441-453, N 1.

⁴⁸ So bereits im Vorentwurf, vgl. Hochl, a.a.O., mit Verweis auf Bericht BJ 1999, 35 und Vorentwurf, 8-9.

⁴⁹ Botschaft BBl 2203 1323-24.

Gesetzgebungsvorhabens (welches als wesentlicher Fortschritt bei der Verbesserung der rechtlichen Situation homosexueller Personen angesehen wurde) bei der Volksabstimmung zu verhindern.⁵⁰ Entsprechende Empfehlungen kamen auch aus dem Bundesrat (bzw. dem Bundesamt für Justiz) - vertreten durch die damalige Bundesrätin Metzler (CVP)⁵¹ - und wurden im Parlament von einzelnen Vertretern aufgenommen.⁵² Allerdings erfolgte die Diskussion stark in einem Kontext, in dem gleichgeschlechtliche Paare eben gerade von der Ehe und ihren Privilegien ausgeschlossen werden sollten, was heute mit zehn Jahren Verzug aufgrund des gesellschaftlichen Wandels behoben werden soll. Die damalige CVP-Nationalrätin Leuthard argumentierte „denn die Ehegatten sind eben von Natur her nicht gleichgeschlechtlich orientiert“.⁵³ Schweighauser kritisiert die gesetzliche Regelung in Art. 28 PartG mit Hinweis auf die heutige gesellschaftliche Realität⁵⁴ und die Rechtslage in zahlreichen westlichen Demokratien, deren Gesellschaften durchaus mit der Schweiz vergleichbar sind.⁵⁵ Auch teilt er die Befürchtung, dass heute aufgrund der gesetzlichen Regelungen oftmals dem Kind die Anerkennung eines zweiten Elternteils versagt wird, womit das Kindeswohl missachtet wird.⁵⁶ Im Übrigen schliesst er sich der Argumentation an, das Missbrauchsverbot in Art. 119 BV sei so auszulegen, dass beim Kind nicht bestimmte Eigenschaften herbeigeführt werden sollen oder Forschung betrieben werde.⁵⁷ Dies sieht er als eine Folge des systemischen Kontexts bzw. der systematischen Auslegung.⁵⁸ Folgt man letzterem Standpunkt, beruht der heutige Ausschluss von gleichgeschlechtlichen Paaren ebenfalls lediglich auf der aktuellen Gesetzeslage. Im Augenblick der Öffnung der Ehe für alle würde diese Gesetzeslage automatisch verfassungswidrig, soweit die Ungleichbehandlung gemischtgeschlechtlicher und gleichgeschlechtlicher Ehepaare betroffen wäre.⁵⁹ Dies ist insbesondere bei Art. 3 Abs. 3 FMedG (Samenspende) der Fall, wobei hier auf Grund des Wortlauts (Ehepaare) automatisch neu gleichgeschlechtliche Ehepaare als mitgemeint betrachtet werden können.

Abschliessende Wertung

Gegenstand des vorliegenden Kurzgutachtens ist die richtige Auslegung von Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV. Diese Frage interessiert heute insbesondere im Zusammenhang mit der rechtlichen Besserstellung gleichgeschlechtlicher Personen und dem Abbau bestehender Diskriminierungen.

In der Schweiz wird bei der Auslegung von Rechtstexten (einschliesslich der Verfassung) normalerweise von Lehre und Praxis auf einen begrenzten Kanon von Elementen abgestellt. Dies gilt auch für die vorhandenen Materialien und die erwähnten Kommentare zu Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV - ohne dass dies in den Ausführungen immer klar kenntlich gemacht würde. Ein Versuch, die bestehenden Aussagen von Verwaltung und Lehre zu systematisieren, könnte folgendermassen aussehen:

⁵⁰ N 4-10.

⁵¹ Vgl. Metzler, AmtlBull NR S. 1825.

⁵² Votum Glasson, AmtlBull NR S. 1824.

⁵³ Votum Leuthard, AmtlBull NR S. 1816.

⁵⁴ Vgl. Dittberner, Mareike, Lebenspartnerschaft und Kindschaftsrecht, 2004, 33 und Berger, Walter/Reisbeck, Günther/Schwer, Petra, Lesben – Schwule – Kinder, 2000, 7 f.

⁵⁵ Nordische Staaten, Niederlande, Deutschland etc.

⁵⁶ So auch Büchler, Andrea/Michel, Margot, Das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare im Überblick, in: Wolf, Stephan (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, 2006, 1-51, 43.

⁵⁷ Vgl. Schweighauser, a.a.O., N 32-36.

⁵⁸ Vgl. Schweighauser, a.a.O., N 37,

⁵⁹ Auf die Frage des Ausschlusses von nicht-verheirateten Paaren und Einzelpersonen soll hier nicht näher eingegangen werden. Auch der Ausschluss gewisser Verfahren (z.B. Leihmutterschaft) kann hier nicht erörtert werden, obwohl er insbesondere für schwule Paare absolut zentral ist. So auch Amstutz/Gächter, a.a.O., N 48.

- *Grammatikalische Auslegung (Wortlaut)*: Im Wesentlichen werden zwei Ansichten betreffend den Begriff der „Unfruchtbarkeit“ vertreten. Die Bundesverwaltung und Rainer Schweizer (heute zusammen mit Ruth Reusser) vertreten seit der Einführung der Bestimmung die Ansicht, dass „Unfruchtbarkeit“ im Sinne von Art. 119 Abs. 2 BV nur die spezifische Unfruchtbarkeit von gemischtgeschlechtlichen Paaren trotz regelmässigen Geschlechtsverkehrs sei, so wie sie etwa von der WHO zur Abgrenzung von fruchtbaren gemischtgeschlechtlichen Paaren von anderen Paaren verwendet werde.⁶⁰ Biaggini scheint sich der Unschärfe bewusst zu sein, und spricht davon, der Begriff «impliziere» den Ausschluss von gleichgeschlechtlichen Paaren.⁶¹ Amstutz/Gächter⁶² und Aubert⁶³ nehmen mehr oder weniger diese Haltung insbesondere der Behörden zur Kenntnis, wobei letztere die guten Argumente der Lehre dagegen anerkennen. Alle anderen hier zitierten Autoren (Hangartner, Hochl, Büchel, Schweighauser, Belser/Molinari) und ich selbst würden sagen, **der Begriff Unfruchtbarkeit grenzt die Gruppe der (ohne medizinische Unterstützung) Fruchtbaren von allen anderen ab. Fruchtbar sind dabei jene Kombinationen von Eizelle und Spermium, welche ohne medizinische Unterstützung bei einer Frau zu einer Schwangerschaft führen. In allen anderen Fällen spricht man von Unfruchtbarkeit - auch aus medizinisch-naturwissenschaftlicher Sicht, obwohl den Arzt in erster Linie jene Fälle in dieser Gruppe interessieren, in denen er durch Anwendung medizinischer Verfahren Hilfe leisten kann.**
- *Systematische Auslegung (Stellung in der Rechtsordnung)*: Hierzu finden sich weniger Ausführungen. In erster Linie wird zur betroffenen Verfassungsbestimmung als Ganzem ausgeführt, dass der Abs. 2 als Konkretisierung des Abs. 1 der Bestimmung angesehen werden kann.⁶⁴ **Dies stützt die Argumentation, dass nur der Missbrauch verhindert werden soll, und deckt sich im Wesentlichen mit der folgenden teleologischen Auslegung, da Art. 1 diesen Sinn und Zweck klar definiert.** Als weiteres Element kann sicher das heutige Verständnis einer möglichst widerspruchsfreien Verfassung und Rechtsordnung sein. Wie bereits ausgeführt wurde, ist die restriktive Lesart im Rahmen der Verfassung als Ganzem im Widerspruch zu Art. 8 Abs. 2 BV (Diskriminierungsverbot) i.V.m. der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV).⁶⁵ Dies ist in der neuen Verfassung von 1999 noch offensichtlicher aufgrund der Einfügung des Verbots der Diskriminierung aufgrund der „Lebensform“ in Art. 8 Abs. 2 BV. Eine analoge Überlegung kann man zur Europäischen Menschenrechtskonvention (und damit zur in der Schweiz geltenden und anwendbaren Rechtsordnung als Ganzem) anführen, wo Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK ebenfalls für die diskriminierungsfreie Interpretation sprechen.⁶⁶ **Hier erlaubt die Einordnung in den Rahmen aller für die Schweiz verbindlichen Normen eine klare Aussage, dass nur die diskriminierungsfreie Auslegung Widersprüche verhindert.**
- *Historische Auslegung*: Fragt man sich, was der Verfassungsgeber 1992 genau erreichen wollte, ist dies aufgrund der vorliegenden Materialien und Anhaltspunkte eher schwierig zu bestimmen. Immerhin darf man sich noch in Erinnerung rufen, **dass der Auslöser für die Schaffung der Bestimmung die Angst vor dem Missbrauch neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse war. Dies erklärt auf keinen Fall, weshalb hier eine Ausgrenzung von gleichgeschlechtlichen Paaren angestrebt worden wäre**, es sei denn, man sah dies als nützlichen Nebeneffekt, gegen den trotz der Sachfremdheit aufgrund der gesellschaftlichen

⁶⁰ Vgl. Schweizer, a.a.O., N 73 und Reusser/Schweizer, a.a.O., N 34,

⁶¹ Vgl. Biaggini, a.a.O., N 14.

⁶² Vgl. Amstutz/Gächter, a.a.O. N 48-49.

⁶³ Vgl. Hangartner, a.a.O. Hochl, a.a.O., Büchel, a.a.O., Schweighauser, a.a.O., Belser/Molinari, a.a.O.

⁶⁴ Vgl. Hangartner, a.a.O. Hochl, a.a.O., Büchel, a.a.O., Schweighauser, a.a.O., Belser/Molinari, a.a.O.

⁶⁵ Vgl. bereits BGE 115 Ia 234 zur Frage des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin.

⁶⁶ Vgl. Entscheid E.B. c. France (no. 43546/02, 22. Januar 2008 - Grosse Kammer).

Ansichten im Parlament kaum Widerstand zu erwarten war.⁶⁷ Unbestritten ist denn auch der Schutz vor Missbrauch der Fortpflanzungsmedizin. Unbestritten ist auch die Tatsache, dass der Bundesrat bzw. die Bundesverwaltung in späteren Vorlagen zur Umsetzung von Art. 24^{novies} aBV (bzw. Art. 119 BV) den Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare erreichen wollten. Tatsache ist auch, dass dies in der Folge im Gesetzgebungsverfahren auch bewusst geschehen ist. Im Rahmen der ursprünglichen Verfassungsgebung (und der Nachführung der Verfassung) fand indessen keine parlamentarische Debatte zu diesem Aspekt statt. In der späteren Gesetzgebung (insbesondere im Zusammenhang mit dem Partnerschaftsgesetz) wurde auch im Parlament Kritik an der existierenden Situation geäussert, und es dominierte die Ansicht, v.a. aus abstimmungsstrategischen Gründen nichts am Status quo in der Gesetzgebung (als Folge der vom Bundesrat favorisierten Auslegung) zu ändern. Eine Grundsatzdebatte zu Art. 24^{novies} aBV bzw. Art. 119 BV fand nicht statt. Zwar ist in den parlamentarischen Debatten von gewissen Teilnehmern regelmässig von Ehegatten gesprochen worden, ohne dass dabei aber ein bewusster Ausschluss von gemischtgeschlechtlichen Paaren angesprochen worden wäre.⁶⁸ Sollte das moderne Eheverständnis, den Gesetzgeber bewegen, Anpassungen vorzunehmen, sollten diese Anpassungen auch in der Gesetzgebung zur Fortpflanzungsmedizin ihren Niederschlag finden.

- *Teleologische Auslegung (Sinn und Zweck)*: Zu diesem Aspekt nehmen insbesondere die Befürworter einer nichtdiskriminierenden Auslegung Stellung. Sie betonen alle, dass **Sinn und Zweck der Bestimmung die Verhinderung des Missbrauchs der Fortpflanzungsmedizin sei. Dazu gehören insbesondere der Einsatz medizinischer Verfahren, um beim Embryo gewisse Merkmale zu realisieren oder Forschung zu betreiben, aber auch der Ausschluss unnötiger Verfahren, da in diesen Fällen die zusätzlichen Risiken der fortpflanzungsmedizinischen Verfahren nicht gerechtfertigt werden können.** Ausnahme bildet die Verhinderung der Übertragung einer schweren Krankheit. **Der Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare kann hier überhaupt nicht begründet werden. Ansatzweise erscheint in den allerersten Texten der Bundesverwaltung zu Art. 24^{novies} aBV, der Hinweis „dies diene dem Kindwohl“. Damit kann aber nur gemeint sein, dass man verhindern will, dass gleichgeschlechtliche Paare überhaupt Kinder haben. Es ist aber nicht ersichtlich, inwiefern dieses Anliegen in irgendeiner Weise verfassungskonform ist. Insbesondere betrifft es nicht die Zeugung und Schwangerschaft, sondern die soziale Situation der Kinder nach der Geburt. Effektiv erscheint dieser Hinweis denn auch weder in der Literatur noch in den späteren (ansonsten sehr ähnlichen) Stellungnahmen der Bundesverwaltung. Die Einführung der Stiefkindadoption durch Partner des gleichen Geschlechts macht diese Argumentation heute für die Schweiz obsolet.**

⁶⁷ Vgl. insbesondere Hochl, a.a.O., 83 mit Verweis auf AmtlBull StR 1990, 477 ff., AmtlBull NR 1991 556 ff. und 588 ff., AmtlBull StR 1991 450 ff.

⁶⁸ Vgl. Schweighauser, a.a.O., N 1 ff.

Ergebnis

Zusammenfassend kann m.E. gesagt werden, dass der Begriff der Unfruchtbarkeit in Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV ohne Weiteres so gelesen werden kann, dass er keine Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Paare gebietet. Ich würde so weit gehen zu fordern, dass er so gelesen werden muss, dass er keine Diskriminierung zulässt. Die Tatsache, dass die Bundesverwaltung und wenige ältere Autoren diesen Ausschluss als impliziert ansahen, hat m.E. v.a. mit ihrem Vorverständnis von Familie und Ehe und der Natürlichkeit der Schwangerschaft zu tun.⁶⁹

Angesichts der Tatsache, dass zumindest im Verfassungsgebungsverfahren dieser Aspekt nicht ausdrücklich von Parlament, Ständen und Volk mitgetragen wurde, schwächt diese Position zusätzlich. Damit basieren die heutigen Diskriminierungen vollumfänglich auf den Gesetzgebungsverfahren und können bzw. müssen - entsprechend den geänderten Ansichten und Wertvorstellungen - auch auf dieser Stufe angepasst werden. Die Verfassung gewährt gleichgeschlechtlichen Paaren bereits heute den diskriminierungsfreien Zugang zu medizinischen Fortpflanzungsverfahren.

Lausanne, den 19. Januar 2018

sig. Andreas R. Ziegler

⁶⁹ Vgl. insbesondere Büchler (2014), a.a.O., S. 17 f.

Besonders relevante Materialien und Literatur zu Art. 119 Abs. Absatz 2 Buchstabe c und Artikel 24^{novies} aBV (chronologisch):

Botschaft zur Volksinitiative «gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen» vom 18. September 1989, BBl 1989 III 989-1211.

Rainer J. Schweizer, Art. 24^{novies}, Kommentar zur Bundesverfassung vom 1874, 2. Aufl. 1996, N. 73.

Botschaft über die Volksinitiative "zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG) ", BBl 1996 III 205-305, 238 und 250 f.

Hangartner, Yvo, Verfassungsrechtliche Grundlagen einer registrierten Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare. in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2001, 252–263, 259.

Karin A. Hochl, Gleichheit – Verschiedenheit. Die rechtliche Regelung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in der Schweiz im Verhältnis zur Ehe, 2002.

Jean-François Aubert, Art. 119 N 19, in : Jean-François Aubert et Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, 2003.

Botschaft zum BG über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002, BBl 2003, 1288 ff., 1324.

Büchler, Andrea und Michel, Margot, Das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare im Überblick, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, Bern 2006, 1–51, 43.

G. Biaggini, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Art. 119 N 14, 1. Aufl. 2007. 2. Auflage 2017.

Jonas, Schweighauser, Kommentierung von Art. 28 PartG, in: Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Zürich 2007, S. 431-453.

Esther Amstutz /Thomas Gächter, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, in: Jusletter 31. Januar 2011.

Belser, Eva Maria und Molinari, Eva, Art. 119, in: Waldmann, Bernhard /Belser, Eva Maria /Epiney, Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung (Basler BV-Kommentar), 2015, N 30.