
Medizinrecht FS 2015

Lösungsskizze

Es handelt sich hier um eine ausführliche Lösungsskizze. Mit 18 von 48 möglichen Punkten (ohne Zusatzpunkte) wurde die Note 4 erreicht, mit 34 Punkten die Note 6.

Frage a: Intensivmedizinische Therapie (24)

I. Anwendbares Recht (1)

Es gilt der Grundsatz, dass auf eine medizinrechtliche Fragestellung dasjenige Recht Anwendung findet, dem auch der Leistungserbringer untersteht. Aus dem Sachverhalt ist nicht ersichtlich, ob es sich um ein öffentlich-rechtliches oder privates Spital handelt. Es gibt auch keine weiteren Hinweise im SV, ob privates oder öffentliches Recht anwendbar ist. Es ist im konkreten Fall nicht von Belang, weil das Vertretungsrecht der Angehörigen und die Patientenverfügung zwar im ZGB verankert sind, aber ebenfalls im öffentlichen Recht zur Anwendung gelangen.

II. Qualifikation der Massnahme und mögliche Rechtfertigungsgründe (3)

Die intensivmedizinische Behandlung (Intubation zur künstlichen Beatmung, künstliche Ernährung, Stabilisation des Kreislaufs) stellt einen Eingriff in die Persönlichkeit, genauer in die psychische und physische Integrität der betroffenen Person dar.

Falls Privatrecht zur Anwendung gelangt, wäre Art. 28 Abs. 1 ZGB einschlägig. Bei einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis ergibt sich die Verletzung der körperlichen Integrität aus Art. 10 Abs. 2 BV.

Eingriffe in die Persönlichkeit sind widerrechtlich, sofern nicht ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Art. 28 Abs. 2 ZGB nennt folgende Gründe: Einwilligung des Verletzten (informed consent); Rechtfertigung durch Gesetz; Überwiegende private oder öffentliche Interessen

Im vorliegenden Fall kommt nur die Einwilligung (bzw. Einwilligungssurrogate) der betroffenen Person in Frage, nämlich die Patientenverfügung und das Vertretungsrecht der Angehörigen.

III. Patientenverfügung (6)

Es stellt sich die Frage, ob die Patientenverfügung formell gültig ist. Gemäss Art. 371 Abs. 1 ZGB ist die Patientenverfügung schriftlich zu errichten, zu datieren und zu unterzeichnen.

Susanne hat die PV zwar unterschrieben aber nicht datiert. Ihr Arzt hat das Datum jedoch in der Krankengeschichte von Susanne vermerkt. Fraglich ist, ob die PV trotzdem Gültigkeit erlangt.

Erwartet wurde eine begründete Auseinandersetzung mit der Problematik. Es lassen sich verschiedene Ergebnisse vertreten:

Es kann argumentiert werden, dass die Erfüllung von Formvorschriften ein Gültigkeitserfordernis darstellt (vgl. Art. 11 Abs. 2 OR). Der Gesetzgeber wollte mit den Anforderungen an die formelle Gültigkeit eine minimale Gewähr dafür bieten, dass sich der Verfasser der Bedeutung der Patientenverfügung bewusst ist. Die Patientenverfügung ist damit aufgrund eines Formfehlers nicht gültig errichtet. Gleichwohl ist sie nicht unbeachtlich. Sie stellt nämlich ein gewichtiges Indiz für den mutmasslichen Willen dar (vgl. Botschaft Erwachsenenschutzrecht, 7032; FamKomm/BÜCHLER/MICHEL, Art. 371 ZGB, N 4 und CHK-HandKomm Privatrecht/BREITSCHMID/KAMP, Art. 371 ZGB, N 6).
Fazit: Die Patientenverfügung ist nicht formgültig errichtet. Der Inhalt bildet aber ein wichtiges Indiz für den mutmasslichen Willen.

Ebenso kann vertreten werden, dass das Fehlen des Datums nicht in jedem Fall zur Ungültigkeit der Patientenverfügung führt. Diese Folge rechtfertigt sich mit Blick auf das Prinzip „Selbstbestimmung vor Fremdbestimmung“ nur dann, wenn sich das Datum der Ausstellung nicht auf andere Weise feststellen lässt und die genaue Kenntnis zur Beurteilung der Urteilsfähigkeit im Zeitpunkt der Ausstellung notwendig ist, wenn mehrere Patientenverfügungen vorliegen, deren zeitliche Abfolge unklar ist oder wenn Zweifel an der Aktualität einer Patientenverfügung bestehen (vgl. Art. 520a ZGB analog und hierzu orell füssli Komm/FASSBIND, Art. 371 ZGB, N 1). Da in casu das Datum aus der Krankenakte ersichtlich ist, kann die Patientenverfügung als gültig betrachtet werden.
Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man die ratio legis der Bestimmung als Grundlage nimmt. Grundsätzlich weist eine Patientenverfügung kein Ablaufdatum auf. Auch bei hohem Alter ist sie prinzipiell noch gültig (vgl. aber Art. 372 Abs. 2 ZGB). Das spricht dafür, dass das Datum kein Gültigkeitserfordernis darstellt.
Fazit: Die Patientenverfügung ist formell gültig errichtet.

Es wird im Folgenden davon ausgegangen, dass die Patientenverfügung nicht formgültig errichtet wurde und das Lösungsschema für diese Variante dargestellt. Die maximale Punktzahl liess sich allerdings ebenfalls erzielen, wenn schlüssig argumentiert wurde, dass die Patientenverfügung formell gültig errichtet wurde und in der Folge dieser Lösungsweg weiter ausgearbeitet wurde. Bei dieser Variante musste zunächst die materielle Gültigkeit der Patientenverfügung diskutiert werden, insb. Art. 372 Abs. 2 ZGB. Hier war insbesondere zu thematisieren gewesen, ob die Patientenverfügung noch auf dem aktuellen mutmasslichen Willen beruht bzw. überhaupt auf die konkrete Situation anwendbar ist (Stichworte: Alter der Verfügung, Schwangerschaft, guter Gesundheitszustand, langsames Voranschreiten der Krankheit, keine krankheitsbedingte, chronische Verschlechterung des Zustands, sondern akutes Ereignis)

IV. Vertretung bei medizinischen Massnahmen (8)

Die Patientenverfügung kommt aufgrund der Formungültigkeit nicht zur Anwendung. Massgebend ist Art. 377 Abs. 1 ZGB, der verlangt, dass die die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt unter Beizug der zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigten Person die erforderliche Behandlung plant. Zu prüfen ist deshalb, wer vertretungsberechtigte Person ist. Dafür ist auf Art. 378 ZGB abzustellen (Kaskadenordnung).

Die vertretungsberechtigte Person hat sich bei der Entscheidung nach dem **mutmasslichen Willen** sowie den **objektiven Interessen** der urteilsunfähigen Person zu richten (Art. 378 Abs. 3 ZGB).

Zunächst kommt der Ehegatte Felix in Frage (Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3). Voraussetzung ist, dass er mit Susanne in gemeinsamem Haushalt lebt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet. Susanne und Felix leben seit 5 Monaten getrennt, Susanne hat einen neuen Partner. Felix gibt an, dass das ungeborene Kind ein Wunschkind ist, woran sich durch die Trennung nichts geändert habe. Eine gemeinsame Elternschaft reicht aber nicht aus, um regelmässige und persönliche Beistandsleistung zu begründen. Felix ist deshalb nicht vertretungsberechtigt. Der nächste in der Kaskade ist zu prüfen.

Kurt als Konkubinatspartner von Susanne wäre gemäss Art. 378 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB die nächste Person in der Kaskade. Er lebt erst seit kurzem mit ihr zusammen, die Beziehung an sich besteht erst seit 6 Wochen. Er ist gemäss Sachverhalt eingezogen, weil sich Susanne in der Schwangerschaft oft nicht wohl fühlte und er hat die eigene Wohnung behalten. Obwohl das Kriterium des gemeinsamen Haushalts erfüllt ist, ist deshalb zu prüfen, ob hier schon eine regelmässige und persönliche Beistandsleistung vorliegt. Mit guten Gründen können beide Ergebnisse vertreten werden.

Kommt man zum Schluss, dass weder Felix noch Kurt vertretungsberechtigt sind bzw. dass an Kurts Vertretungsberechtigung Zweifel bestehen, muss sich Veronika an die KESB wenden (Art. 381 Abs. 1 oder 2 Ziff. 1 ZGB). Diese hat die vertretungsberechtigte Person zu bestimmen respektive eine Vertretungsbeistandschaft zu errichten.

Wird die Vertretungsberechtigung von Kurt bejaht, bleiben gleichwohl Zweifel darüber, ob er

im Interesse von Susanne handeln kann, denn er kennt ihre Wünsche nicht. Fraglich ist deshalb, ob ihre Interessen gefährdet sind (Art. 381 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB). In diesem Fall wäre ebenfalls eine Vertretungsbeistandschaft zu bestellen. (Im Übrigen müsste sich Veronika auch wenn Felix vertretungsberechtigt wäre, ebenfalls an die KESB wenden, wenn sie den Eindruck gewinnt, dass er bei der Entscheidung v.a. seine eigenen Interessen wahrt und nicht jene von Susanne.)

Veronika ist zum Antrag an die KESB legitimiert (Art. 381 Abs. 3 ZGB).

V. Mutmasslicher Wille und objektive Interessen (6)

Der Vertreter bzw. der von der KESB allenfalls bestellte Beistand ist an den mutmasslichen Willen und die Interessen von Susanne gebunden (Art. 378 Abs. 3 ZGB).

Die formungültige Patientenverfügung ist grundsätzlich als Indiz für den mutmasslichen Willen zu behandeln. Allerdings ist fraglich, ob Susanne eine Situation wie die jetzt eingetretene von ihrer Patientenverfügung erfasst haben wollte – ob sie also auf die konkrete Situation überhaupt *anwendbar* gewesen wäre, wenn sie formgültig wäre. Denn Susanne hat die Verfügung unter dem Eindruck der Diagnose MS verfasst – es kann durchaus die Meinung vertreten werden, dass sie sich auf die Auswirkungen der Krankheit bezog und nicht generell auf jede mögliche Verletzung. Denn es handelt sich bei MS gemäss Sachverhalt um eine fortschreitende Krankheit, es ist also mit einer Verschlimmerung im Laufe der Zeit zu rechnen. Das wäre bei verletzungsbedingten Einschränkungen nicht unbedingt der Fall, wo allenfalls sogar Verbesserungen möglich wären.

Behandelt man die Patientenverfügung als Indiz für den mutmasslichen Willen ergibt sich, dass ein Behandlungsabbruch dann Susannes mutmasslichen Willen entsprechen würde, wenn sich herausstellt, dass die Verletzungen so schwer sind, dass Susanne dauerhaft nicht mehr selbständig leben kann. Gemäss Sachverhalt ist die Prognose aber äusserst unsicher. Es ist unklar, ob sich Susanne überhaupt erholt und ob und wie starke Einschränkungen zurückbleiben. Unter diesem Gesichtspunkt entspricht es nicht Susannes mutmasslichem Willen, die Behandlung zum jetzigen Zeitpunkt abzubrechen, besteht doch sogar die Möglichkeit, dass keine Schädigungen zurückbleiben. Hinzu kommt, dass Susanne schwanger ist mit ihrem Wunschkind. Hier wäre sie evtl. bereit, auch Einschränkungen in Kauf zu nehmen, damit sie ihr Kind aufziehen kann. Der mutmassliche Wille lässt sich nicht mit genügender Sicherheit bestimmen.

Die Interessen werden objektiv bestimmt. Es geht darum, was für eine Patientin in der gleichen Situation wie Susanne das angemessene Vorgehen wäre. In der konkreten Situation liegt eine Weiterführung der intensivmedizinischen Therapie in Susannes objektivem Interesse, mindestens solange, bis sich klärt, ob schwerwiegende Schädigungen zurückbleiben würden.

Fazit: Die objektiven Interessen sprechen für eine Weiterführung der Therapie und der mutmassliche Wille deutet ebenfalls in diese Richtung. (Andere Meinung mit entsprechender Begründung vertretbar.)

Frage b: Abbruch der künstlichen Beatmung und Ernährung (6)

Hier würde es sich um eine Form der Sterbehilfe handeln. Von Sterbehilfe spricht man dann, wenn der Patient ohne Einleitung bzw. Weiterführung von medizinischen Massnahmen in näherer Zukunft sterben würde, d.h. wenn der Sterbeprozess bereits begonnen hat. Unter bestimmten Umständen ist es zulässig, dem natürlichen Sterbeprozess seinen Lauf zu lassen und nicht mehr medizinisch einzugreifen. Typisch für die Sterbehilfe ist, dass sie von Dritten geleistet werden muss; die Tatmacht liegt folglich nicht beim Patienten selbst (Abgrenzung zur Suizidbeihilfe).

Voraussetzung ist, dass der Patient selbst in den Behandlungsabbruch einwilligt bzw. diesen in einer Patientenverfügung verbindlich verlangt (vgl. Art. 372 Abs. 2 ZGB). Es kommt somit zunächst auf den Willen des betroffenen Patienten an.

Urteilsunfähige Patienten können nicht mehr selbst entscheiden. Der Einwilligung des Patienten in den Behandlungsabbruch gleichgestellt ist die Zustimmung des Vertreters bei medizinischen Massnahmen nach Art. 378 ZGB in den Abbruch. Dieser ist freilich an den mutmasslichen Willen und die Interessen des Patienten gebunden, sofern dieser keine Weisungen hinsichtlich dieses Entscheids gegeben hat (Art. 378 Abs. 3 ZGB).

(Evtl. Diskussion darüber, ob stellvertretend in den Abbruch lebenserhaltender Massnahmen eingewilligt werden kann. Problem der absolut / relativ höchstpersönlichen Rechte und der Vertretungsfeindlichkeit der Entscheidungen über das eigene Leben? Zuordnung muss allerdings nach einer ergebnisorientierten Wertung vorgenommen werden: Wollte man das Recht, über den Abbruch einer lebenserhaltenden Therapie zu entscheiden, als absolut höchstpersönlich und damit vertretungsfeindlich im Sinne von Art. 19c Abs. 2 ZGB qualifizieren, würde das im Ergebnis dazu führen, dass niemand gültig in einen Behandlungsabbruch einwilligen könnte.)

Formen der Sterbehilfe: Aktive Sterbehilfe ist in der Schweiz verboten. Darunter fallen alle Massnahmen, die mit dem Ziel, den Tod zu fördern bzw. zu bewirken, eingeleitet werden. Dazu gehört die gezielte Herbeiführung des Todes durch Verabreichen eines tödlich wirkenden Mittels, um den Patienten von seinem Leiden zu erlösen. Das ist auch auf Wunsch nicht zulässig und strafbar (Tötung auf Verlangen, Art. 114 StGB). In die eigene Tötung kann nicht rechtsgültig eingewilligt werden; an dieser Schranke endet das Selbstbestimmungsrecht (vgl. Art. 27 Abs. 2 ZGB). Zulässig sind hingegen die indirekte aktive und die passive Sterbehilfe. Unter der indirekten aktiven Sterbehilfe versteht man die Verabreichung von Medikamenten, die als Nebenwirkung das Leben verkürzen können. Die Motivation hinter der Verabreichung liegt aber nicht in der Lebensverkürzung, sondern in der Herstellung einer erträglichen Lebensqualität; die Verkürzung des Lebens als mögliche Folge wird lediglich in Kauf genommen. Ausdrückliche gesetzliche Regelungen fehlen – an sich wäre die Qualifikation als eventualvorsätzliche Tötung möglich. Diese Form der Sterbehilfe ist aber nach ganz herrschender Lehre erlaubt. Passive Sterbehilfe liegt vor, wenn der natürliche Sterbeprozess nicht weiter mit medizinischen Massnahmen aufgehalten wird. Dem Sterbegeschehen wird also seinen Lauf gelassen. Auch diese Form der Sterbehilfe ist im

Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, aber nach ganz herrschender Lehre und Rechtsprechung zulässig. Je nach den Umständen wäre aber auch eine Qualifizierung als Tötung durch Unterlassung möglich, wenn eine Behandlung akzeptable Erfolgsaussichten gehabt hätte und der Patient diese gewollt hätte. Aussichtslose Behandlungen müssen allerdings nicht weitergeführt werden – in diesem Fall ist der Abbruch indiziert.

Subsumtion: Im konkreten Fall würde auf weitere lebenserhaltende Massnahmen verzichtet, d.h. die künstliche Beatmung und die künstliche Ernährung abgebrochen. Damit wird dem Sterbegeschehen seinen Lauf gelassen. Für die Qualifikation als *passive* Sterbehilfe kommt es nun nicht darauf an, ob im konkreten Fall ein Tun (Abschalten) oder Unterlassen (Nicht-Einleiten) vorliegt, sondern lediglich darauf, ob nicht weiter in den bereits laufenden Sterbeprozess eingegriffen wird.

Fazit: Abbruch der intensivmedizinischen Behandlung wäre zulässig, sofern der Patient bzw. sein Vertreter einwilligt.

Frage c: Interessen des ungeborenen Kindes (6)

Anwendbares Recht: Anwendbar ist das Recht, dem der Leistungserbringer untersteht. Hier keine Angaben im Sachverhalt, vermutungsweise öffentliches Spital (Intensivstation). Wenn Privatrecht angewendet wird, allerdings sachlich gleiches Resultat. Gemäss Aufgabenstellung soll die Frage unter Rückgriff auf die privatrechtlichen Regelungen beantwortet werden.

Voraussetzung der Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, ist die Rechtsfähigkeit gemäss Art. 11 ZGB.

Gemäss Art. 31 Abs. 1 ZGB beginnt die Persönlichkeit (welche die Rechtsfähigkeit beinhaltet) mit dem Leben nach der vollendeten Geburt und endet mit dem Tode. Vollendet ist die Geburt mit dem vollständigen Austritt des Kindes aus dem Mutterleib. Das Erfordernis der „lebenden“ Geburt verlangt, dass beim Kind Lebenszeichen feststellbar sind, also Atmung oder Herzschlag. Zum Teil wird Entwicklungsfähigkeit ausserhalb des Körpers der Mutter verlangt (BÜCHLER/MICHEL, Medizin – Mensch – Recht, 27 f. mit Hinweisen). Sind diese Kriterien erfüllt, erlangt das Kind die Persönlichkeit und ist Träger von Rechten, insbesondere auch von sämtlichen Persönlichkeitsrechten (hier v.a. Recht auf körperliche Integrität relevant).

Art. 31 Abs. 2 ZGB regelt, dass das Kind vor der Geburt nur unter dem Vorbehalt rechtsfähig ist, dass es lebendig geboren wird, sog. bedingte Rechtsfähigkeit: Vertreten werden kann sowohl Suspensiv- als auch Resolutivbedingung.

Subsumtion: Gemäss Sachverhalt ist das Kind noch ungeboren. Die Interessen des Ungeborenen spielen in der *rechtlichen* Abwägung keine Rolle, weil es noch keinen Personenstatus hat, d.h. noch kein Rechtssubjekt ist. Felix ist deshalb auch nicht der gesetzliche Vertreter des Kindes. Kommt es nie zur Lebendgeburt, entsteht auch nie eine Rechtsperson. (Sollte das Kind allerdings lebendig geboren werden, könnte es aus eigenem

Recht aufgrund von Art. 31 Abs. 2 ZGB Haftpflichtansprüche für Schädigungen stellen, die in der Zeit vor seiner Geburt (pränatal) entstanden sind.)

Frage d: Medikament für die Lungenreifung (6)

I. Fehlende Standardtherapie (4)

Es soll ein Medikament zu einem Zweck (Lungenreifung bei Ungeborenem) verabreicht werden, das eigentlich zu einem anderen Zweck zugelassen ist (Regulierung des Bluthochdrucks bei Erwachsenen).

Damit wird von der Standardbehandlung abgewichen. Es liegt keine gewöhnliche Heilbehandlung vor, die sich auf ein hinreichend erprobtes, standardisiertes Verfahren stützen liesse (vgl. BÜCHLER/MICHEL, Medizin – Mensch – Recht, 271).

Diskussion des Anwendungsbereichs des HFG: Das HFG regelt, unter welchen Bedingungen Forschung am Menschen durchgeführt werden darf (vgl. Art. 2 HFG). Gemäss Art. HFG ist der Begriff der Forschung als „methodengeleitete Suche nach verallgemeinerbaren Erkenntnissen“ zu verstehen (Art. 3 lit. a HFG).

Hier handelt es sich um einen sog. Heilversuch: Es kann zwischen **individuellen und systematischen Heilversuchen** unterschieden werden. Gemäss dem engen Forschungsbegriff des HFG wäre es nur dann anwendbar, wenn der Heilversuch systematisch, planmässig und strukturiert (z.B. im Rahmen einer klinischen Studie) stattfinden würde (vgl. BÜCHLER/MICHEL, Medizin – Mensch – Recht, 272). Dafür gibt es im Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Es ist deshalb von einem individuellen Heilversuch auszugehen. Dabei geht es um die Behandlung eines einzelnen Patienten in seinem Interesse. Individuelle Heilversuche fallen nicht unter den Begriff der „Forschung“ gemäss Art. 3 lit. a HFG. Das Humanforschungsgesetz ist nicht anwendbar.

Auf individuelle Heilversuche finden demnach die allgemeinen Grundsätze der Heilbehandlung Anwendung.

Ein Unterfall des individuellen Heilversuchs ist der sog. *off label use*. Dabei wird ein an sich zugelassenes Medikament zu einem anderen Zweck eingesetzt, als im Zulassungsentscheid festgehalten ist.

II. Einwilligung (2)

Zur Anwendung kommen, da keine Patientenverfügung vorliegt, die Regeln über die gesetzliche Vertretung in medizinischen Angelegenheiten (Art. 378 ZGB).

Felix ist als Ehemann gesetzlicher Vertreter gemäss Art 378 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Gemäss Sachverhalt ist die Ehe intakt, weshalb von einem gemeinsamen Haushalt oder von

regemässiger und persönlicher Beistandsleistung ausgegangen werden muss.

Generell kann nur in medizinisch indizierte Behandlungen eingewilligt werden. Bei Heilversuchen müssen medizinisch wirksame Standardtherapien fehlen (BÜCHLER/MICHEL, Medizin – Mensch – Recht, 273). Das ist in casu gemäss Sachverhalt der Fall.

Felix ist an den mutmasslichen Willen und die Interessen von Susanne gebunden (Art. 378 Abs. 3 ZGB). Da das Medikament kein zusätzliches Risiko für Susanne darstellt, aber die Überlebenschancen des gemeinsamen Wunschkindes erhöht, ist davon auszugehen, dass die Gabe in ihren Interessen liegt und ihrem mutmasslichen Willen entspricht.

Fazit: Felix hat in die Gabe des Medikaments einzuwilligen.

Frage e) Imprägnierte Eizellen (6)

I. Implantation in Lebenspartnerin (3)

Zu prüfen ist zunächst, ob das FMedG anwendbar ist. Gemäss Art. 1 regelt das Gesetz, unter welchen Voraussetzungen die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung angewendet werden dürfen.

Gemäss Sachverhalt sind die imprägnierten Eizellen (vgl. Legaldefinition in Art. 2 lit. g FMedG: befruchtete Eizellen vor der Kernverschmelzung) aufgrund eines medizinisch unterstützten Fortpflanzungsverfahrens entstanden. Gewünscht wird, dass diese der neuen Lebenspartnerin eingepflanzt werden. Dabei handelt es sich um ein Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, d.h. um eine Methode zur Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr i.S.v. Art. 2 lit. a FMedG.

Fazit: Das FMedG ist auf die Fragestellung anwendbar.

Art. 3 FMedG legt fest, dass Fortpflanzungsverfahren nur zulässig sind, wenn das Kindeswohl gewährleistet ist. Dabei dürfen imprägnierte Eizellen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, nicht mehr *verwendet* werden (Art. 3 Abs. 4 FMedG). Fraglich ist, wie der Begriff der „Verwendung“ zu werten ist. Der Begriff legt in Zusammenhang mit der Fortpflanzungsmedizin nahe, dass es sich bei einer „Verwendung“ i.S.d. FMedG um die Anwendung eines Fortpflanzungsverfahrens zur Herbeiführung einer Schwangerschaft handelt. Darunter ist also im Zusammenhang mit imprägnierten Eizellen, das Einpflanzen derselben in den Körper einer anderen Frau zu verstehen. Es würde sich wohl um eine Eizellspende handeln (Embryonenspende erst nach Kernverschmelzung, vgl. Art. 2 lit. i FMedG), die in der Schweiz sowieso verboten ist (Art. 4 FMedG)).

(Allenfalls Diskussion, ob noch ein Fall der in der Schweiz verbotenen Leihmutterchaft vorliegen würde. Hier keine Leihmutterchaft, da das Kind nach der Geburt nicht Dritten auf Dauer überlassen würde; vgl. Art. 2 lit. k FMedG).

Die Strafdrohung enthält Art. 37 FMedG: Haft oder Busse bis CHF 100'000 bei Vorsatz.

Fazit: Die Fortpflanzungsklinik darf dem Wunsch von Felix nicht nachkommen.

II. Herausgabe zur Herbeiführung einer Leihmutterschaft im Ausland (3)

Hier wird eine begründete Diskussion unter Einbezug der massgebenden Rechtsgrundlagen erwartet ohne Anspruch darauf, dass die „richtige“ oder vollständige Lösung gefunden wird. Vgl. zum Ganzen GÄCHTER/SCHWENDENER, Verwendungsverbot von Keimzellen und imprägnierten Eizellen Verstorbener, Revue suisse de droit de la santé, N° 7 – Septembre 2005, 11–19 und BÜCHLER/MICHEL, Medizin – Mensch – Recht, Zürich 2014, 46 ff.

Dem Gesetz lässt sich keine direkte Antwort auf die Frage entnehmen, ob die Klinik die imprägnierten Eizellen herausgeben darf. Denkbar sind verschiedene Argumentationslinien:

Diskussion der Eigentümerstellung: Fraglich ist zunächst, ob Felix Eigentümer der imprägnierten Eizellen ist. Die herrschende Lehre verneint den Sachstatus von Keimzellen und will sie vom Persönlichkeitsrecht erfasst wissen, mindestens dann, wenn sie zu einem späteren Zeitpunkt der Person, von der sie stammen, wieder eingepflanzt werden sollen. Damit werden aber Keimzellen anders behandelt, die gespendet werden (z.B. würden gespendete Samenzellen dann Sachqualität erlangen und wären sonderrechtsfähig – an ihnen könnten folglich Eigentumsrechte begründet werden. Angewendet würde das Substanzialprinzip nach Art. 643 ZGB). Fraglich ist im Weiteren, ob Felix noch Eigentümer ist, wenn die imprägnierten Eizellen von der Klinik aufbewahrt werden. Sie werden dann nämlich von einem Spezialgesetz erfasst.

Das FMedG enthält Spezialvorschriften zum Umgang mit kryokonservierten imprägnierten Eizellen: Anwendbar ist Art. 16 FMedG. Gemäss Art. 16 Abs. 4 FMedG sind die konservierten imprägnierten Eizellen sofort zu vernichten, wenn die Einwilligung zur Konservierung widerrufen wird. Fraglich ist, ob der Tod der Person, von der die Eizellen stammen, dem Widerruf der Einwilligung gleichzusetzen ist. Es kommt mithin darauf ob, es es sich um eine Gesetzeslücke oder um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers handelt. Die Auslegung des Gesetzes ergibt, dass Keimzellen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, vernichtet werden müssen. In diese Richtung weisen Art. 3 Abs. 4 FMedG sowie Art. 37 lit. b FMedG. Der Gesetzgeber will offensichtlich verhindern, dass Kinder gezeugt werden, deren genetische Eltern bereits verstorben sind (vgl. Botschaft FMedG, 264). Somit kann geschlossen werden, dass der Tod der Person, von der die imprägnierten Eizellen stammen, dem Widerruf der Einwilligung gleichzusetzen ist. Da die Fortpflanzungsklinik Gewähr für eine gesetzeskonforme Tätigkeit (Art. 10 Abs. 2 lit. a FMedG) bieten muss, hat sie die imprägnierten Eizellen zu vernichten, sobald sie vom Tode von Susanne erfährt, da der zulässige Aufbewahrungszweck (vgl. Art. 16 Abs. 1 lit. b FMedG) weggefallen ist.

Fazit: Die Herausgabe an Felix zur Herbeiführung einer Leihmutterschaft im Ausland ist unzulässig.