



**University of
Zurich** ^{UZH}

**URPP Human Reproduction
Reloaded | H2R**



Kurt Pärli und Daniel Mahrer

**Fortpflanzungsmedizin für alle? Sozialversicherungs-
rechtliche Aspekte**

Möglichkeiten und Grenzen der Sozialversicherung



H2R Working Paper 04/2022

ZLSR | Zentrum für
Life Sciences-Recht

in Kooperation mit dem Zentrum für Life Sciences-Recht

Impressum

This text may only be used for private personal use. Any reproduction or distribution, whether electronically or in print, requires the permission of the author. If the text is cited, the citation should include the full name of the author, the title, the number of the working paper and the year.

Suggested citation: Pärli, Kurt & Daniel Mahrer. 2022. Fortpflanzungsmedizin für alle? Sozialversicherungsrechtliche Aspekte. Möglichkeiten und Grenzen der Sozialversicherung. URPP Human Reproduction Reloaded | H2R (University of Zurich), *Working Paper Series*, 04/2022. Zurich and Geneva:

Seismo, <https://doi.org/10.33058/wpuzh.2022.8331>

© 2022. This work is licensed under the Creative Commons Attribution-Non-Commercial-NoDerivatives 4.0 License. (CC BY-NC-ND 4.0)

Dieses Working Paper wird in Kooperation mit dem Zentrum für Life Sciences-Recht (Universität Basel) publiziert und ist im Rahmen des gemeinsamen Workshops «Fortpflanzungsmedizin für alle?» (27./28. Januar 2022) entstanden.

Seismo Verlag, Sozialwissenschaften und Gesellschaftsfragen AG
www.seismoverlag.ch, buch@seismoverlag.ch

DOI 10.33058/wpuzh.2022.8331

H2R Working Papers Contacts and Information

University of Zurich
URPP Human Reproduction Reloaded | H2R
Law Institute
Rämistrasse 74/71
CH-8001 Zurich
info@humanreproduction.uzh.ch
<https://www.humanreproduction.uzh.ch/en.html>

Editorial Board

Andrea Büchler, Ulrike Babusiaux, Annuska Derks, Ulrike Ehlert, Tanja Krones, Brigitte Leeners, Katja Rost, Nina Jakoby (coordinator), Elena Brodeală (coordinator)

Inhalt

1	Einleitung	5
1.1	Zur Bedeutung und den Schranken der Zwangssolidarität	5
1.2	Grundlagen in der Bundesverfassung	6
1.3	Konkrete Bedeutung für die Fortpflanzungsmedizin	7
2	Methoden der Fortpflanzungsmedizin und ihre Verbreitung	8
2.1	Zulässig gemäss Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)	8
2.2	Entwicklungen der In-vitro-Fertilisation mit anschliessendem Embryonentransfer	9
3	Leistungen und Entschädigungen nach KVG und UVG	10
3.1	Grundlagen zur Regelung nach KVG	10
3.2	Unfruchtbarkeit und Krankheit	11
	<i>Unfruchtbarkeit</i>	11
	<i>Krankheit</i>	12
	<i>Verhältnis der Begriffe</i>	13
3.3	Listenprinzip und Voraussetzungen der Kostenübernahme	14
3.4	Bundesgerichtspraxis zur Fortpflanzungsmedizin	15
3.5	Exkurs: Regelung nach UVG	17
4	Fazit	18
5	Literatur	20

Fortpflanzungsmedizin für alle? Sozialversicherungsrechtliche Aspekte. Möglichkeiten und Grenzen der Sozialversicherung

Kurt Pärli* und Daniel Mahrer*

Zusammenfassung: Die Kosten für fortpflanzungsmedizinische Behandlungen werden von der obligatorischen Krankenversicherung nur unter eingeschränkten Voraussetzungen übernommen. Eine Kostenübernahme erfordert das Vorliegen einer Unfruchtbarkeit, die zudem einen Krankheitswert im Sinne des Sozialversicherungsrechts aufweisen muss. Unter die Leistungspflicht der Krankenversicherung fällt lediglich die künstliche Insemination. Eine Kostenübernahme für die In-vitro-Fertilisation (IVF) wird vom Verordnungsgeber nach wie vor abgelehnt und das Bundesgericht hat bislang keinen Anlass gesehen, dies zu überprüfen. Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, inwiefern die Allgemeinheit für den Kinderwunsch der Einzelnen aufzukommen hat. Deshalb setzen sich die Autoren auf den nachfolgenden Seiten in grundsätzlicher Weise mit dem Krankversicherungsrecht auseinander und diskutieren dessen Anwendung auf fortpflanzungsmedizinische Behandlungen. Im Fokus steht das Zusammenspiel der Bestimmungen zur Fortpflanzungsmedizin und derjenigen des Sozialversicherungsrechts. Der Beitrag verschafft einen Überblick über die bundesgerichtliche Rechtsprechung und greift die Frage auf, wie sich aktuelle und künftige Entwicklungen und Herausforderungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin im Sozialversicherungsrecht niederschlagen könnten.

Schlüsselwörter: Sozialversicherungsrecht, Krankenversicherungsrecht, Gesundheitsrecht, Grundrechte, Fortpflanzungsmedizin

Reproduction medicine for all? Aspects of social insurance law. Possibilities and limits of social insurance

Abstract: Compulsory health insurance only covers the costs of reproductive medical treatments under limited conditions. The assumption of costs requires the existence of infertility, which must also have an illness value within the definitions set by social insurance law. Only artificial insemination is covered by the health insurance. The legislator still rejects the assumption of costs for in-vitro fertilization (IVF) and the Federal Supreme Court has so far seen no reason to review this. This article examines the question of the extent to which the general public should have to pay for an individual's desire to have children. In the following, the authors therefore take a fundamental look at health insurance law and discusses its application to reproductive medical treatments. The focus is on the interplay between the provisions on reproductive medicine and those of social insurance law. The article provides an overview of the case law of the Federal

* Faculty of Law, Peter Merian-Weg 8, 4052 Basel, kurt.pierli@unibas.ch, daniel.mahrer@unibas.ch.

Supreme Court and addresses the question of how current and future developments and challenges in the field of reproductive medicine could be reflected in social insurance law.

Keywords: Social security law, health insurance law, health law, fundamental rights, reproductive medicine

Assistance médicale à la procréation pour tous ? Aspects juridiques de la sécurité sociale. Possibilités et limites de la sécurité sociale

Résumé: L'assurance maladie obligatoire ne prend en charge les coûts des traitements de procréation médicalement assistée qu'à des conditions limitées. Une prise en charge des coûts nécessite l'existence d'une infertilité, qui doit également présenter un caractère de maladie au sens du droit des assurances sociales. Seule l'insémination artificielle relève de l'obligation de prise en charge par l'assurance-maladie. Le législatuer refuse toujours la prise en charge des coûts de la fécondation in vitro (FIV) et le Tribunal fédéral n'a jusqu'à présent pas vu de raison de revoir cela. Le présent article se penche sur la question de savoir dans quelle mesure la collectivité doit prendre en charge les coûts du désir d'enfant de chacun. C'est pourquoi, dans les pages qui suivent, les auteurs analysent de manière fondamentale sur le droit de l'assurance-maladie et discutent de son application aux traitements de procréation médicalement assistée. L'accent est mis sur l'interaction entre les dispositions relatives à la procréation médicalement assistée et celles du droit des assurances sociales. L'article donne un aperçu de la jurisprudence du Tribunal fédéral et aborde la question de savoir comment les développements et les défis actuels et futurs dans le domaine de la médecine de la reproduction pourraient se refléter dans le droit des assurances sociales.

Mots-clés: Droit de la sécurité sociale, droit de l'assurance maladie, droit de la santé, droits fondamentaux, procréation médicalement assistée

1 Einleitung

1.1 Zur Bedeutung und den Schranken der Zwangssolidarität

Die Bundessozialversicherungen bilden einen zentralen Bestandteil der sozialen Sicherheit der Schweiz. Das Sozialversicherungssystem ist unter anderem durch ein dichtes Gefüge unterschiedlicher Solidaritäten geprägt (Gächter 2006, 473 ff.; Meier 1999, 60 ff.; Süss 2013, 34 ff.). Das wohl wichtigste Sozialwerk der Schweiz, die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) zeichnet sich beispielsweise durch einen grossen Anteil an Umverteilung aus, d.h. Personen mit guten und sehr guten Einkommen finanzieren die Rentenleistungen von wenig Verdienenden (Schluep 1999, 62 f.; Schnegg 2016, 59 ff.). In der im vorliegenden Zusammenhang besonders interessierenden Krankenversicherung besteht die Zwangssolidarität vor allem darin, dass alle Personen mit Wohnsitz Schweiz obligatorisch krankenversichert sind und es dabei auf den gesundheitlichen Vor-

zustand nicht ankommt (Sax 2014, 39). Auch wer gesund lebt, nicht krank wird oder sich im Falle einer Erkrankung gar nicht innerhalb des etablierten und von den Krankenversicherungen finanzierten Gesundheitssystemen behandeln lassen will, ist verpflichtet, die gesetzlich bzw. vertraglich dem zuständigen Versicherer geschuldete Krankenversicherungsprämie zu bezahlen. Die Zwangssolidarität geht in der Krankenversicherung indes noch weiter. Auch wer Krankheiten durch entsprechenden Lebensstil zumindest mitverursacht, hat Anspruch darauf, dass die Solidargemeinschaft aller Krankenversicherter für die Behandlungskosten aufkommt (Pärli 2018, 707 ff.).

Schrankenlos ist die Zwangssolidarität indes auch in der Krankenversicherung nicht. Zum einen stehen Versicherten Möglichkeiten zur Prämieinsparung durch die Wahl von Versicherungsmodellen¹ und namentlich hohen Franchisen² zu Verfügung. Solche Modelle werden tendenziell eher von gesunden Versicherten gewählt. Zum anderen bildet das Vorhandensein einer behandlungsbedürftigen Krankheit eine Grundvoraussetzung der Kostenübernahmepflicht der Krankenversicherer.³ Nicht jeder Unpässlichkeit kommt dabei Behandlungsbedürftigkeit zu. Die Entscheidung, ob einem Gesundheitszustand Behandlungsbedürftigkeit zugeschrieben wird, ist ein Wertungsentscheid, der nicht zu allen Zeiten und an allen Orten gleich ausfallen wird. Weiter werden von den Krankenversicherungen nur diejenigen Behandlungen Kosten vergütet, die in Gesetz und Verordnung definierten Kriterien entsprechen (wirtschaftlich, wissenschaftlich und zweckmässig) und von im Gesetz anerkannten Leistungserbringern erbracht werden.

Mit diesen summarischen Ausführungen ist die Grundthematik des vorliegenden Beitrages bereits eingeführt. Ist Unfruchtbarkeit eine Krankheit im Sinne des Krankenversicherungsrechts und stellt ggf. die in Frage kommende Behandlung unter die Leistungspflicht?

1.2 Grundlagen in der Bundesverfassung

Die schweizerische Bundesverfassung (BV) ist (auch) eine Sozialverfassung (Gächter 2019, 21 ff.; Meyer-Blaser 2002, N. 15 ff.). Das zeigt sich in der ausdrücklichen Anerkennung *justiziabler Sozialrechte*, bei den Bestimmungen zu *Kompetenzgrundlagen* für die Schaffung von Sozialversicherungen und weiterer sozial- und gesundheitspolitisch motivierter Gesetze sowie in der Verankerung von *Sozialzielen*.

Zu den justiziablen Sozialrechten gehört namentlich das in Art. 12 BV verankerte Recht auf Hilfe in Notlagen. Zu beachten ist indes, dass der Anspruch auf staatliche Hilfe die Ausschöpfung aller möglichen Selbsthilfemassnahmen voraussetzt (Biaggini 2017, Art. 12 N. 5; Gächter & Werder 2015, Art. 12 N. 19). Unter dem Titel «Wohnen, Arbeit, Soziale Sicherheit und Gesundheit» halten

1 Siehe Art. 62 KVG.

2 Siehe Art. 62 Abs. 2 lit. a und Art. 64 Abs. 2 lit. a KVG.

3 Siehe dazu ausführlich unten, III. 2. b).

die Art. 108 bis 120 BV des Aufgabenkatalogs des Bundes ein ganzes Bündel konkreter Gesetzgebungsaufträge zum Schutz von Familien, Betagten, Kranken sowie Arbeitnehmenden fest. Im Bereich der Kranken- und Unfallversicherung ist der Bund seinem Verfassungsauftrag aus Art. 117 BV mit dem Erlass des Krankenversicherungsgesetzes⁴ (KVG) und des Unfallversicherungsgesetzes⁵ (UVG) nachgekommen. Ergänzend zu der in Art. 6 BV festgehaltenen persönlichen und gesellschaftlichen Verantwortung (Biaggini 2017, Art. 6 N. 2; Gächter & Renold-Burch, Art. 6 N. 7 ff.) enthält Art. 41 Abs. 1 BV eine Aufzählung der Sozialziele, die sich in programmatischer Weise an Bund und Kantone richtet, ohne dass daraus allerdings unmittelbare Leistungsansprüche geltend gemacht werden könnten, wie Abs. 4 der Bestimmung klarstellt (Biaggini 2017, Art. 41 N. 6; Gächter & Werder 2015, Art. 41 N. 25).

Obwohl gestützt auf die BV keine unmittelbaren Leistungsansprüche geltend gemacht werden können, kommt den Grundrechten im Zusammenhang mit den Sozialversicherungen dennoch grundlegende Bedeutung zu (Kuhn 2008, 129; Dillena 2018, N. 120 ff.). Wo der Staat Leistungen ausrichtet, muss er dies rechtsgleich und diskriminierungsfrei tun.⁶ Die Verweigerung von sozialversicherungsrechtlichen Leistungen kann im Ergebnis einer faktischen Grundrechtsverletzung gleichkommen, wenn etwa die Bewegungsfreiheit durch das Nichtgewähren von Leistungen der Invalidenversicherung eingeschränkt wird (Pärli 2009, 260 ff.; Pärli & Flück 2022, 374 ff.; Wehrli 2015, N. 514 ff.).⁷ In Bezug auf die Fortpflanzungsmedizin ist festzuhalten, dass das Bundesgericht in stetiger Rechtsprechung den Kinderwunsch als elementare Ausprägung der Persönlichkeitsentfaltung grundrechtlich durch Art. 10 Abs. 2 BV geschützt anerkennt.⁸ Bislang liess sich allerdings weder daraus, noch aus dem Recht auf Familie aus Art. 14 BV ein unbedingter Anspruch auf Zugang zur Fortpflanzungsmedizin inkl. Kostenübernahme ableiten (Amstutz & Gächter 2011, N. 21; Dillena 2018, N. 111).

1.3 Konkrete Bedeutung für die Fortpflanzungsmedizin

Unfruchtbarkeit gilt unbestritten⁹ (Büchler & Rütsche 2020, Art. 5 N. 15) als Krankheit im Sinne des Krankenversicherungsrechts¹⁰, wie im Verlauf des Beitrags noch detailliert gezeigt wird. Die Erfüllung des Krankheitsbegriffs bedeutet den Zugang zu krankenversicherungsrechtlichen Leistungen.¹¹

4 Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung SR 832.10.

5 Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung SR 832.20.

6 Vgl. Art. 8 BV und Art. 14 EMRK.

7 Grundrechtsbindung in der Leistungsverwaltung, vgl. BGE 113 V 22.

8 BGE 115 Ia 234; BGE 119 Ia 460; siehe auch EVANS v. THE UNITED KINGDOM.

9 BGE 113 V 42; BGE 119 V 26; BGE 121 V 289; BGE 121 V 302; BGE 142 V 249.

10 Art. 3 ATSG.

11 Vgl. Art. 25 Abs. 1 KVG.

Es stellt sich die Frage, ob in Anwendung des Versicherungsprinzips die wirtschaftlichen Folgen für die Erfüllung des Kinderwunsches bei Unfruchtbarkeit solidarisiert werden sollen oder nicht. Nicht alle können sich eine entsprechende Behandlung leisten, die hohen Kosten bedeuten auch eine wirtschaftliche Einschränkung des Zugangs zu fortpflanzungsmedizinischen Behandlungen. Stellen diese allenfalls einen Grundrechtseingriff dar und ist die Sozialversicherung das richtige System, um einem solchen zu begegnen? Muss die Allgemeinheit in diesem Fall auch für die Kosten des Kinderwunsches eines reichen Paares aufkommen, oder braucht es ein Bedarfelement?

Der vorliegende Beitrag setzt sich mit den sozialversicherungsrechtlichen Aspekten des Zugangs zu fortpflanzungsmedizinischen Behandlungen auseinander. Auf diese Einleitung folgt ein kurzer Überblick über die in der Schweiz derzeit zulässigen Methoden der Fortpflanzungsmedizin und ihre Verbreitung (2.), bevor das anschliessende Kapitel die Grundlagen des Leistungsrechts in der Krankenversicherung mit der entsprechenden Praxis des Bundesgerichts, und in einem Seitenblick auch dasjenige der Unfallversicherung vorstellt (3.). Zum Schluss erfolgen eine kurze Zusammenfassung und Würdigung der Erkenntnisse, mit einer Stellungnahme der Autoren und einem Ausblick auf kommende Entwicklungen.

2 Methoden der Fortpflanzungsmedizin und ihre Verbreitung

2.1 Zulässig gemäss Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)

Die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung und ihre Zulässigkeit sind im Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)¹² geregelt. Zulässig und verbreitet sind die homologe und heterologe künstliche Insemination¹³, sowie die In-vitro-Fertilisation mit anschliessendem Embryonentransfer (IVFET)¹⁴. Letztere sind bewilligungspflichtig¹⁵, lediglich die Insemination mit Samenzellen des Partners bedarf keiner Bewilligung.¹⁶

Verboten auf Verfassungsebene sind insbesondere die Embryonenspende und die Leihmutterchaft.¹⁷ Das FMedG bestätigt dieses Verbot auf Gesetzesstufe und umfasst auch die Eizellenspende. In diesem Bereich hat mit Annahme der Volksinitiative «Ehe für alle»¹⁸ die Diskussion um eine Liberalisierung allerdings bereits frischen Wind bekommen.

12 Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, SR 810.11.

13 Art. 2 lit. b FMedG.

14 Art. 2 lit. c FMedG.

15 Art. 8 abs. 1 FMedG.

16 Art. 8 Abs. 3 FMedG.

17 Art. 119 Abs. 2 lit. d BV, illustrativ zu Stolpersteinen mit Leihmüttern im Ausland BGER 5A_545/2020, wonach die genetische Wunschmutter das Kindesverhältnis in der Schweiz durch eine Stiefkindadoption herstellen muss.

18 BBl 2020 9913 ff.

Mit den Verboten der Embryonenspende und der Leihmutterchaft bringt der Verfassungsgeber zum Ausdruck, dass das künstlich gezeugte Kind mindestens von einem seiner rechtlichen Eltern auch genetisch abstammen muss. Dies wäre bei der Eizellenspende immerhin der Fall (Belser & Molinari 2015, Art. 119 N. 37; Biaggini 2017, Art. 119 N. 15; Reusser & Schweizer 2014, Art. 119 N. 43 ff.).¹⁹

Die Verfassung enthält kein generelles Verbot aller heterologen Fortpflanzungsmethoden, die Regelung der Eizellenspende ist somit dem Gesetzgeber überlassen, der sich für ein Verbot entschieden hat.²⁰

In einer Teilrevision 2015 wurde Art. 119 Abs. 2 lit. c BV dahingehend geändert, dass eine verfassungsrechtliche Grundlage für die Zulassung und Regelung der Präimplantationsdiagnostik (PID) im FMedG geschaffen wurde (Biaggini 2017, Art. 119 N. 1a; Pärli & Naguib 2016). Art. 5a FMedG ist seit September 2017 in Kraft und erlaubt die PID unter engen Rahmenbedingungen. Namentlich zulässig gemäss Abs. 1 ist eine PID zur Untersuchung des Erbguts von Keimzellen und deren Auswahl, um die Übertragung einer schweren Erbkrankheit auf die Nachkommen zu verhindern, wenn sich die Gefahr einer Übertragung anders nicht abwenden lässt. Abs. 2 legt die Voraussetzungen für eine PID In-vitro fest, und im vorliegenden Kontext von besonderem Interesse ist Abs. 3, der vorsieht, dass die Untersuchung des Erbgutes von Embryonen zulässig ist, wenn sie der Erkennung chromosomaler Eigenschaften, die die Entwicklungsfähigkeit des Embryos beeinträchtigen können, dient. Die Bedeutung einer PID für den Verlauf einer IVFET wird im nachfolgenden Abschnitt ersichtlich.

2.2 Entwicklungen der In-vitro-Fertilisation mit anschliessendem Embryonentransfer

Es rechtfertigt sich, die Entwicklungen der IVFET in der Schweiz anhand einiger Zahlen (BFS 2022) des Bundesamtes für Statistik (BFS) zu betrachten. Mit den Jahren 2017 bis 2020 ist in dieser Statistik zwar ein vergleichsweise überschaubarer Zeitraum erfasst, dennoch lassen sich aus den ausgewiesenen Zahlen interessante Schlüsse ziehen. Die Anzahl der behandelten Frauen erscheint seit 2017 relativ stabil und liegt bei rund 6000. Die Erfolgsquote dagegen hat sich seit den ersten Anwendungen der Methode²¹ verdreifacht und auch in den letzten Jahren der Statistik tendenziell zugenommen. Aktuell liegt sie bei 34 Prozent. Gleichzeitig hat sich die Anzahl von Mehrlingsgeburten zwischen 2017 und 2018 von 15,9 Prozent auf 7,8 Prozent halbiert und nimmt weiter ab, die Rate liegt aktuell noch bei 4,3 Prozent. Dies dürfte auf die Einführung der PID zurückzuführen sein, können doch im Rahmen eines präimplantationsdiagnostischen Verfahrens Embryonen

19 BBl 1996 253.

20 Vgl. BGE 115 Ia 234; BGE 119 Ia 460; BBl 1996 254.

21 BGE 113 V 42, das BGer geht in diesem Entscheid von 1987 von rund 10 Prozent aus.

bereits vor dem Transfer auf ihre Entwicklungsfähigkeit hin überprüft werden²², wodurch sich die Anzahl der pro Zyklus eingesetzter Embryonen, und damit auch das Risiko einer Mehrlingsschwangerschaft verringern lässt.

Es kann festgehalten werden, dass bei einer über die vergangenen Jahre stabilen Anzahl Behandlungen deren Erfolgsquote auf über einen Drittel gestiegen ist, bei gleichzeitiger Abnahme der Mehrlingsgeburten. Dies ist insofern bemerkenswert, als das Bundesgericht 1987 die Aufnahme der IVFET in die Positivliste²³ unter anderem mit der Begründung verweigert hat, die Erfolgchancen seien zu tief, und das Risiko für die Mutter belastende Mehrlingsschwangerschaften zu hoch.²⁴

In der Botschaft zur Änderung des FMedG hinsichtlich der Einführung der PID 2017 hat der Bundesrat angemerkt, eine Aufnahme der PID in die Positivliste der Leistungen der Krankenversicherung sei von der zuständigen Leistungskommission²⁵ genauso zu prüfen wie diejenige der IVFET.²⁶ Ob diese Prüfung stattgefunden hat, scheint offen, bislang sind aber weder Behandlungen der PID noch solche der IVFET leistungspflichtig für die obligatorische Krankenpflegeversicherung (OKP).

3 Leistungen und Entschädigungen nach KVG und UVG

3.1 Grundlagen zur Regelung nach KVG

Die Krankenversicherung ist als obligatorische Volksversicherung ausgestaltet, wobei die Unterstellung an den Wohnsitz in der Schweiz anknüpft. Die Krankenpflegeversicherung wird von anerkannten Krankenversicherungen²⁷ angeboten, die in ihrem regionalen Tätigkeitsbereich alle Personen ungeachtet ihres Gesundheitsvorzustandes aufnehmen müssen.²⁸ Alle Versicherten bezahlen eine Kopfprämie²⁹, wobei die Krankenkassen Unterscheidungen hinsichtlich des Alters (Kinder, Jugendliche und Erwachsene) sowie der Region vornehmen dürfen³⁰. Weiter zulässig sind Prämienanpassungen bei besonderen Versicherungsmodellen

22 Vgl. Art. 5a Abs. 3 FMedG.

23 Anhang 1 der Verordnung des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung KLV, SR 832.112.31, Vergütungspflicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung für bestimmte ärztliche Leistungen.

24 BGE 113 V 22, vgl. auch die Rechtsprechungsübersicht in III. 4.

25 Eidgenössische Kommission für allgemeine Leistungen und Grundsatzfragen (ELGK).

26 BBl 2013 5939.

27 Siehe Bundesgesetz vom 26. September 2014 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (KVAG), SR 832.12.

28 Vgl. Art. 4 KVG.

29 Art. 61 Abs. 1 KVG.

30 Art. 61 Abs. 2^{bis} und Abs. 3 KVG.

wie beispielsweise das Hausarztmodell oder die Telemedizin.³¹ Bei wirtschaftlich schwachen Verhältnissen besteht Anspruch auf eine Prämienverbilligung.³²

Die obligatorische Krankenpflegeversicherung (OKP) erbringt Leistungen bei Krankheit, bei Mutterschaft und subsidiär auch bei Unfall, insofern keine Deckung durch die Unfallversicherung vorliegt.³³

Nach Art. 25 Abs. 1 KVG übernimmt die obligatorische Krankenversicherung die Kosten für Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit oder ihrer Folgen dienen. Dabei muss die Krankheit durch die Behandlung nicht zwingend auch geheilt werden, eine reine Symptombehandlung fällt ebenfalls in den Anwendungsbereich des Art. 25 KVG.³⁴

3.2 Unfruchtbarkeit und Krankheit

Den Begriffen Unfruchtbarkeit und Krankheit kommt im Hinblick auf die Kostenübernahme für fortpflanzungsmedizinische Behandlungen zentrale Bedeutung zu. Eine Unfruchtbarkeit, die sich anders nicht beheben lässt³⁵, ist nach Verfassung und FMedG die zentrale Indikation, dass entsprechende Verfahren grundsätzlich zulässig sind (Belser & Molinari 2015, Art. 119 N. 30).³⁶ Fortpflanzungsmedizinische Verfahren sind somit subsidiär zu anderen Massnahmen anwendbar. In Frage kämen zunächst, je nach Ursache der Unfruchtbarkeit, medikamentöse oder operative Behandlungen, sowie ggfs. eine Änderung von Verhaltensweisen oder Lebensumständen, die die Fruchtbarkeit negativ beeinflussen (Büchler & Rütscbe 2020, Art. 5 N. 23 f.). Aus der Zulässigkeit einer Behandlungsmethode gemäss FMedG allein lässt sich aber noch nichts zu Gunsten einer Kostenübernahme durch die OKP ableiten, das FMedG und das KVG sind unterschiedliche Gesetze mit unterschiedlichem Zweck und Regelungsbereich.³⁷ Obwohl Unfruchtbarkeit unstreitig als Krankheit anerkannt wird, lohnen sich an dieser Stelle vertiefte Betrachtungen, insbesondere zum Krankheitsbegriff des Sozialversicherungsrechts und zum Verhältnis dieser beiden Begriffe zueinander.

Unfruchtbarkeit

Unfruchtbarkeit ist die unfreiwillige Kinderlosigkeit, die vorliegt, wenn trotz regelmässigem ungeschütztem Geschlechtsverkehr während 12 Monaten keine

31 Art. 62 Abs. 1 i.V.m. Art. 41 Abs. 4 KVG.

32 Art. 65 ff. KVG.

33 Art. 1a Abs. 2 KVG.

34 BGE 121 V 289; BGE 143 V 95.

35 In Frage kämen, je nach Ursache der Unfruchtbarkeit, medikamentöse oder operative Behandlungen, sowie ggfs. eine Änderung von Verhaltensweisen oder Lebensumständen, die die Fruchtbarkeit negativ beeinflussen.

36 Art. 5 lit. a FMedG; Art. 119 Abs. 2 lit. c BV.

37 BGE 115 Ia 234 E. 9. wonach Erwägungen in Bezug auf krankensicherungsrechtliche Punkte nicht unbedenken auf die Fragen der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Methode als solcher übertragen werden können. Gleiches gilt im Umkehrschluss, vgl. K 117/02 E. 4.

Schwangerschaft eingetreten ist (Belser & Molinari 2015, Art. 119 N. 30). Es herrscht Uneinigkeit darüber, ob Unfruchtbarkeit im Rahmen der Verfassung in einem strikt medizinischen Sinne zu gelten hat, oder ob der Begriff der Unfruchtbarkeit um eine soziale, strukturelle oder psychologische Komponente zu erweitern ist (Büchler & Rüttsche 2020, Art. 5 N. 16), so dass jeder unerfüllte Kinderwunsch als Unfruchtbarkeit im Sinne von Art. 119 BV zu verstehen ist (Belser & Molinari 2015, Art. 119 N. 30; Ziegler 2019).

Mit der Einführung der «Ehe für alle» wird Unfruchtbarkeit auch in einem strukturellen Sinne zu verstehen sein, um gleichgeschlechtlichen Paaren den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin überhaupt zu ermöglichen (Ziegler 2019, 8 ff.).

Um Leistungsansprüche gegen die Krankenversicherung begründen zu können, ist zudem erforderlich, dass die Unfruchtbarkeit eine Krankheit darstellt.³⁸

Krankheit

Im allgemeinen Sprachgebrauch wird Krankheit gerne im Gegensatz zum Begriff der Gesundheit umschrieben. Dieser Rückgriff hilft aber genauso wenig weiter wie die sehr weite WHO-Definition der Gesundheit als «Zustand völligen körperlichen, seelischen und sozialen Wohlbefindens»³⁹. Letztlich sind beide Begriffe sowohl von ihrem sozialen Kontext wie auch vom Zeitgeist entscheidend geprägt, und unterliegen entsprechend einem stetigen Wandel. Sie sind das Resultat eines gesellschaftlichen Konsenses bezüglich dessen, was als Norm und was als Abweichung davon angesehen wird.

Für das Sozialversicherungsrecht definiert Art. 3 ATSG Krankheit als «jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.» Ausgangspunkt ist dabei die Beeinträchtigung der Gesundheit, im Sinne einer Abweichung vom Normzustand. Weiter verlangt das Gesetz, dass diese Beeinträchtigung eine Behandlung erfordert. Damit wird deutlich, dass der Krankheitsbegriff im Sozialversicherungsrecht relativ und leistungsbezogen ist (Kieser 2020, Art. 3 N. 6).

Eine Behandlungsbedürftigkeit liegt nach Ansicht des Bundesgerichtes dann vor, «wenn die Beeinträchtigung der Gesundheit die körperlichen und geistigen Funktionen in so beträchtlichem Masse einschränkt, dass die versicherte Person ärztlicher Hilfe bedarf, die Gesundung ohne medizinische Hilfe wahrscheinlich nicht oder nicht mit Aussicht auf Erfolg innert angemessener Zeit zu erreichen wäre, oder wenn ihr nicht zugemutet werden kann, ohne wenigstens den Versuch einer Behandlung zu leben.»⁴⁰

Bei einem nicht behandelbaren Zustand, etwa bei blossem Altwerden, kann keine Krankheit vorliegen (Kieser 2020, Art. 3 N. 10), es sei denn, es seien

38 Vgl. Art. 25 Abs. 1 KVG.

39 Verfassung der Weltgesundheitsorganisation, SR. 0.810.1, Präambel.

40 BGE 137 V 295 E. 4.2.2.

elementare Funktionen wie die Sehkraft betroffen. Das Bundesgericht hat den Krankheitswert einer altersbedingten Unfruchtbarkeit jüngst verneint, sich dabei aber auf den Standpunkt gestellt, dass es nicht der Rechtsprechung obliegen könne, eine starre Altersgrenze dafür festzulegen. Massgebend seien unter medizinischen Gesichtspunkten die konkreten Umstände des Einzelfalls.⁴¹

Diese Beeinträchtigung muss zudem eine gewisse Schwere erreichen, damit ihr Krankheitswert zukommt. Gemäss Bundesgericht trifft das etwa auf «übliche und erträgliche Abweichungen von Ideal- und Normvorstellungen»⁴² nicht zu. Wie diese Ideal- und Normvorstellungen konkret aussehen, unterliegt mitunter dem Zeitgeist und ist stark in allgemeinen gesellschaftlichen Anschauungen verankert. Geradezu illustrativ dafür erscheint, dass der oben zitierte Leitentscheid mitunter zu beurteilen hatte, ob einer Nikotinabhängigkeit Krankheitswert zukomme.

Für blosse «Lifestyle-Behandlungen» und die Behebung von zumutbaren Abweichungen vom Normzustand soll die Krankenkasse nicht aufkommen müssen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Abgrenzung solcher Beeinträchtigungen von denjenigen mit Krankheitswert ist reich und anschaulich, heikle Fragen wirft insbesondere der Bereich der plastischen Chirurgie auf (Eugster 2018).

Der Wortlaut von Art. 3 ATSG grenzt Krankheit zudem gegen Unfall ab, als nur solche Beeinträchtigungen den Krankheitsbegriff erfüllen können, die nicht Folge eines Unfalls sind. Die Bestimmung stellt somit einen Auffangtatbestand dar. Die Krankenversicherung leistet bei Unfall immerhin subsidiär, soweit nicht die Unfallversicherung für die Heilbehandlung aufkommt.⁴³

Schwangerschaft stellt nach dem Wortlaut des Art. 1a Abs. 2 KVG keine Krankheit im Sinne von Art. 3 ATSG dar. Die Regelungen des KVG betreffend Mutterschaft sind für die Fortpflanzungsmedizin nicht anwendbar: Die fortpflanzungsmedizinischen Verfahren dienen gerade der Herbeiführung einer Schwangerschaft, liegt eine solche bereits vor, fällt deren Anwendung ausser Betracht. Im Sinne eines zeitgemässen Verständnisses von Mutterschaft⁴⁴ soll diese auch in der Sozialversicherung nicht als Krankheit gelten. Dennoch handelt es sich um einen Zustand der ggf. eine medizinische Betreuung erfordert. Der Gesetzgeber bringt diese Wertung zum Ausdruck, indem er die Mutterschaft im KVG von Krankheit abgrenzt und die Leistungen mit eigenen Bestimmungen regelt.⁴⁵

Verhältnis der Begriffe

Das Bundesgericht bejaht in ständiger Rechtsprechung, dass die medizinisch verstandene Unfruchtbarkeit eine Krankheit im Sinne des Sozialversicherungs-

41 BGE 142 V 249.

42 BGE 137 V 295

43 Art. 1a Abs. 2 lit. b KVG.

44 Art. 5 ATSG, Mutterschaft umfasst Schwangerschaft, Niederkunft sowie die anschliessende Erholungszeit der Mutter.

45 Vgl. Art. 1a Abs. 2 lit. c und Art. 29 KVG.

rechts darstellt.⁴⁶ Es spielt dabei keine Rolle, ob die Unfruchtbarkeit Folge einer Krankheit und deren Behandlungen ist, oder ohne spezifische Ursache vorliegt. Auch wenn die Behandlungsbedürftigkeit erst mit einem akuten Kinderwunsch gegeben sein dürfte, liegt zweifelsohne eine ausreichend gravierende Abweichung vom Normalzustand vor, dessen Behebung eine Behandlung erfordert. Damit ist der Zugang zu Leistungen der OKP in Bezug auf medizinisch unterstützte Fortpflanzung grundsätzlich eröffnet.

Anders verhält es sich, wenn der Begriff der Unfruchtbarkeit über die enge medizinische Definition hinaus um seine strukturelle Dimension erweitert wird.

Es stellt sich die grundsätzliche Frage, wie eine soziale oder psychische Unfruchtbarkeit ins System der Sozialversicherungen passen kann, deren Zweck es per Definition ist, die wirtschaftlichen Folgen sozialer Risiken abzufedern. Unter Wertungsgesichtspunkten scheint es problematisch, strukturelle Unfruchtbarkeiten als Krankheit zu qualifizieren, um das Leistungsangebot der Krankenversicherung zugänglich zu machen.

De lege lata besteht somit etwa für gleichgeschlechtliche Paare keine Möglichkeit, eine künstliche Insemination über die Krankenkasse abzurechnen. *De lege ferenda* ist zu überlegen, ob jede Form von Unfruchtbarkeit als soziales Risiko anerkannt werden soll, und somit auch einen sozialversicherungsrechtlichen Leistungsanspruch auslösen kann. Denkbar wäre eine Ausdehnung des Geltungsbereiches des KVG in Art. 1a Abs. 2, analog wie in Fällen der Mutterschaft. Damit würde die Behandlungsbedürftigkeit jeder Form der ungewollten Kinderlosigkeit anerkannt, ohne dass den Betroffenen gleichzeitig der stigmatisierende Stempel der Krankheit auf die Stirn gedrückt werden müsste.

3.3 Listenprinzip und Voraussetzungen der Kostenübernahme

Mit dem Vorliegen einer Krankheit ist noch nichts gesagt zur Leistungspflicht der OKP. Die in den Art. 24-34 KVG statuierten Leistungsvoraussetzungen lassen keine Rückwirkungen auf den Krankheitsbegriff zu, sie dienen lediglich der Einschränkung des Zugangs zu den Leistungen, nachdem eine Krankheit festgestellt wurde (Traub 2020, Art. 3 N. 15). Art. 32 Abs. 1 KVG hält die sogenannten «WZW-Kriterien» fest, die in generalklauselhafter Manier die Grundsätze für die Kostenübernahme einer Leistung regeln. Danach müssen Leistungen wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein, um von der Krankenversicherung übernommen werden zu können.

Wirksamkeit bedingt, dass eine Behandlung generell geeignet ist, einen Krankheitszustand zu beheben, die Wirksamkeit muss zudem nach wissenschaftlichen Methoden nachgewiesen sein.⁴⁷ Erreicht eine Leistung die angestrebte Wirksamkeit auch im konkreten Einzelfall, so ist sie auch zweckmässig. Zu beachten

46 Vgl. BGE 113 V 42; BGE 119 V 26; BGE 121 V 289; BGE 121 V 302; BGE 142 V 249.

47 Vgl. Art. 25 Abs. 2 KVG.

sind insbesondere auch allfällige Nebenwirkungen. Schlussendlich verlangt die Wirtschaftlichkeit, dass ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis vorliegt. Kommt eine vergleichsweise günstigere Behandlungsmethode zum gleichen Ergebnis, so ist dieser der Vorzug zu geben (Kieser 2017, N. 8/26 f.).

Die Regelung differenziert zudem nach der Qualifikation der Leistungserbringer: Werden Leistungen von Ärztinnen oder Chiropraktoren erbracht, gilt für diese eine Pflichtleistungsvermutung. Anhang 1 der KLV leistet im Sinne einer Negativliste nur diejenigen Leistungen auf, deren Kosten von der Versicherung nicht, oder nur unter bestimmten Voraussetzungen übernommen werden. Für die Leistungen aller anderen Leistungserbringer gilt das Prinzip der Positivliste, eine Übernahmepflicht besteht folglich nur soweit die betreffende Leistung in der Liste explizit aufgeführt ist.⁴⁸

Die Überprüfung der Liste nach Art. 32 Abs. 2 KVG obliegt der Eidgenössischen Kommission für allgemeine Leistungen und Grundsatzfragen (ELGK). In der Ausgabe vom 1. Januar 2022 steht aus dem Bereich der Reproduktionsmedizin einzig die künstliche Insemination auf der Positivliste, vorgesehen ist die Kostenübernahme für maximal drei Behandlungszyklen pro Schwangerschaft. Die In-Vitro-Fertilisation, sowohl zur Abklärung der Sterilität wie auch mit anschliessendem Embryonentransfer ist dagegen gemäss Negativliste von einer Kostenübernahme explizit ausgeschlossen.⁴⁹ Das Bundesgericht hat eine Überprüfung der Liste in stetiger Rechtsprechung abgelehnt, was in der folgenden Übersicht vertieft werden soll.

3.4 Bundesgerichtspraxis zur Fortpflanzungsmedizin

Seit den ersten Versuchen 1982 mit der IVF in der Schweiz (Amstad 1988)⁵⁰ hatte das Bundesgericht mehrfach die Gelegenheit, sich zu Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Sozialversicherungsrechts, insbesondere im Hinblick auf die Kostenübernahme durch die Krankenversicherung, zu äussern.

Mit Verweis auf die kantonale Rechtsprechung und Verwaltungspraxis hat das Bundesgericht in einem Grundsatzentscheid von 1987 die Behandlungsbedürftigkeit von Unfruchtbarkeit anerkannt, und somit bestätigt, dass diese eine Krankheit im Sinne des Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes (KUVG⁵¹) darstellt.⁵² Gleichzeitig hat es aber auch darauf hingewiesen, dass eine Kosten-

48 Siehe Anhang 1 der Verordnung des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung KLV, SR. 832.112.31, Vergütungspflicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung für bestimmte ärztliche Leistungen.

49 Gemäss einer Antwort von Bundesrat Alain Berset auf die Motion Addor 19.4164 in der Debatte vom 22.09.2021 sei allerdings eine Anfrage betreffend Aufnahme der IVF in die Positivliste hängig bei der EGLK und werde derzeit überprüft: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=54225> (11.04.2022).

50 BBl 1996, 209.

51 Seit 1994 Bundesgesetz über die Krankenversicherung KVG, SR 832.10.

52 BGE 113 V 42 E. 3.

übernahme für IVFET-Behandlungen nicht in Frage komme, da sich die Methode noch im Entwicklungsstadium befände und derzeit nicht als wissenschaftliche anerkannt Methode im Sinne des Gesetzes gelte.⁵³

Eine Ansicht, die das Bundesgericht in BGE 119 V 26 bekräftigte und zur Konkretisierung namentlich drei weitere Gründe aufführte: Die Erfolgsquote sei mit unter 10 Prozent zu niedrig, im Erfolgsfall bestehe nach wie vor ein nicht zu vernachlässigendes Risiko einer anormalen Schwangerschaft und die Wahrscheinlichkeit von Mehrlingsschwangerschaften, mit den sich daraus ergebenden Nachteilen und Komplikationen sei sehr hoch. Letzteres sei dem Umstand geschuldet, dass, um die Erfolgschancen zu erhöhen, gleichzeitig mehrere Embryonen in die Gebärmutter eingepflanzt würden.⁵⁴ Das Gericht anerkannte zwar die Tatsache, dass sich die Erfolgsquoten der Behandlung verbessert haben, dies vermöge für sich alleine allerdings keine Praxisänderung zu begründen.⁵⁵ Weiter legte es dar, dass es dem Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) und der zuständigen Kommission (ELGK) obliege, die Pflichtleistungen für die Krankenkassen festzulegen. Bei deren Überprüfung auferlegt sich das Bundesgericht grosse Zurückhaltung, da es sich um komplexe Fragen aus dem Bereich der Medizin handle, in denen das Gericht selber nicht über die nötige Fachkompetenz verfüge.⁵⁶

Vor diesem Hintergrund scheint es durchaus bemerkenswert, dass das Bundesgericht in BGE 121 V 289 in Bezug auf die künstliche Insemination eine solche Überprüfung vorgenommen und entschieden hat, diese Behandlung sei in die Positivliste der Pflichtleistungen der OKP aufzunehmen. Dies, weil der Ausschluss der künstlichen Insemination von der Leistungspflicht bislang einzig damit begründet wurde, dass es sich nicht um eine therapeutische Massnahme im Sinne des KVUG handle, weil dadurch die vorhandene Störung (Sterilität) nicht geheilt werde. Das Gericht stellte klar, dass die ärztliche Behandlung auch Massnahmen umfasse, die der blossen Symptombehandlung dienen.⁵⁷ Daraus ergebe sich, dass der Ausschluss der Insemination von der Positivliste durch die Kommission nicht auf medizinischen, sondern auf rechtlichen Überlegungen beruhe, und solche könnten durch das Gericht selbständig überprüft werden.⁵⁸

Im Leiturteil BGE 125 V 21 präziserte das Bundesgericht seine in BGE 119 V 26 begründete Rechtsprechung und lehnt die Kostenübernahme für die IVFET durch die OKP abermals ab, nunmehr unter dem seit 1994 geltenden KVG, welches das Kriterium der wissenschaftlichen Anerkennung durch dasjenige der Wirksamkeit ersetze.⁵⁹ Das Gericht betonte, dass die vom EDI erlassenen

53 BGE 113 V 42 E. 4 m. w. H.

54 BGE 119 V 26 E. 3.

55 BGE 119 V 26 E. 3.

56 BGE 119 V 26 E. 4.

57 BGE 121 V 289 E. 4.

58 Dazu ausführl. BGE 121 V 289 E. 4.

59 Art. 32 Abs. 1 KVG.

Bestimmungen einer richterlichen Überprüfung auf ihre Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit zugänglich seien. Bei einer Verordnung des Bundesrates oder eines Departementes habe sich diese aber darauf zu beschränken, ob die fraglichen Bestimmungen korrekt und kompetenzgemäss erlassen wurden, oder allenfalls aus anderen Gründen gesetzes- oder verfassungswidrig sein könnten. An dieser Rechtsprechung in Bezug auf die Kostenübernahme für die IVFET hat das Bundesgericht bis heute festgehalten. Es hat sie in K 117/02 bestätigt und hinzugefügt, dass die Behandlung im 2001 neu eingeführten FMedG als grundsätzlich zulässige Methode aufgeführt sei, vermöge nichts daran zu ändern, dass die Leistung nicht kassenpflichtig sei. Das KVG und das FMedG seien unterschiedliche Gesetze und verfolgten unterschiedliche Ziele.⁶⁰

Das letzte höchstrichterliche Urteil zur Kostenübernahme im Falle einer IVF stammt von 2011 und bestätigte im Wesentlichen die seit BGE 125 V 21 für das KVG geltende Rechtsprechung. Das Bundesgericht stellte sich weiterhin auf den Standpunkt, dass ihm für die Überprüfung komplexer medizinischer Fragen das Fachwissen und somit auch die Kompetenz fehlen, und dass, falls notwendig und aufgrund neuer medizinischer Erkenntnis angezeigt, die Liste vom EDI selbst innert kurzer Frist angepasst werden könne.⁶¹ Unter diesen Voraussetzungen erübrige sich eine Prüfung, ob die IVF überhaupt die WZW-Kriterien des Art. 32 Abs. 1 KVG erfülle.⁶²

3.5 Exkurs: Regelung nach UVG

Ist die Unfruchtbarkeit Folge eines Unfalls, kommt eine Kostenübernahme für fortpflanzungsmedizinische Behandlungen durch die Unfallversicherung in Frage. Nach Art. 10 Abs. 1 UVG hat die oder der Versicherte Anspruch auf eine zweckmässige Behandlung der Unfallfolgen. Das Unfallversicherungsrecht kennt in Abgrenzung zur Krankenversicherung ein umfangreiches Leistungsspektrum ohne Einschränkungen der Kostenübernahme für die Heilbehandlung, allerdings ist der Kreis der versicherten Personen enger gezogen.

Die Unfallversicherung knüpft an den Status des Versicherten als Arbeitnehmer an⁶³, für Selbständige ist eine freiwillige Unfallversicherung möglich⁶⁴. Nichterwerbstätige können sich bei ihrer Krankenkasse gegen Unfall versichern lassen⁶⁵, während gemeldete Arbeitslose der Unfalldeckung durch die SUVA unterstellt sind⁶⁶.

60 K 117/02 E. 4.

61 BGE 9C_835/2011 E. 3.3.

62 BGE 9C_835/2011 E. 7.6.

63 Art. 1a Abs. 1 lit. a UVG.

64 Art. 4 Abs. 1 UVG.

65 Art. 8 ff. KVG.

66 Art. 66 Abs. 3^{bis} UVG.

Art. 10 Abs. 1 UVG nennt als Kriterium für eine zulässige Heilbehandlung deren Zweckmässigkeit, die Lehre liest die WZW-Kriterien aus dem Krankenversicherungsrecht in die Bestimmung hinein (Filippo 2019, Art. 10 N. 6ff.). Wird angenommen, dass die IVF diese Kriterien mittlerweile erfüllt, so wäre eine Kostenübernahme durch die Unfallversicherung mangels einschränkenden Leistungskatalogs durchaus möglich, sollte ein Unfall zu einem Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit führen. Entsprechende Rechtsprechung scheint aber zum Zeitpunkt dieses Beitrages nicht zu bestehen.

Bei einer dauerhaften erheblichen Schädigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Integrität durch Unfall richtet die Unfallversicherung zudem eine Integritätsentschädigung aus.⁶⁷ Die Höhe der Entschädigung bemisst sich nach dem Anhang 3 der Verordnung über die Unfallversicherung (UVV). Für den Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit oder der Geschlechtsorgane sind bis zu 40 Prozent des versicherten Verdienstes im Zeitpunkt des Unfalls vorgesehen. Die SUVA Tabelle 22 (SUVA 2003) konkretisiert die Integritätsentschädigung in Bezug auf die Geschlechtsorgane: Ist eine Fortpflanzung nur noch «auf instrumentellem Weg möglich» werden die vollen 40 Prozent ausgerichtet. Dieser Satz darf auch beim vollständigen Verlust der Geschlechtsorgane nicht überschritten werden. Das Bundesgericht hat festgestellt, dass die Tabelle 22 in Bezug auf die weibliche Anatomie unvollständig ist: Entschädigt wird nur der Verlust der inneren, für die Fortpflanzung notwendigen Geschlechtsorgane, nicht aber derjenige der äusseren, wenn sich die Schädigung rein auf die sexuelle Funktion im Zusammenhang mit der Lust bezieht.⁶⁸

Bislang gibt es soweit ersichtlich keine Rechtsprechung zur Kostenübernahme für fortpflanzungsmedizinische Behandlungen durch die Unfallversicherung, ebenso hat die Ad-hoc-Kommission Schaden UVG des Schweizerischen Versicherungsverbandes keine Empfehlungen in Bezug auf Unfruchtbarkeit als Unfallfolge herausgegeben (SVV 2022).

4 Fazit

Nach ständiger Rechtsprechung ist die medizinisch bedingte Unfruchtbarkeit als Krankheit im Sinne des Sozialversicherungsrechts anerkannt. Der Kinderwunsch gilt unstreitig als elementarer Bestandteil der Persönlichkeitsentfaltung und fällt damit in den Schutzbereich der persönlichen Freiheit, Art. 10 Abs. 2 BV. Somit kann den Betroffenen regelmässig nicht zugemutet werden, bei Vorliegen einer Unfruchtbarkeit ohne zumindest den Versuch einer Behandlung zu leben. Eine Behandlungsbedürftigkeit im Sinne des Art. 3 ATSG ist gegeben.

67 Vgl. Art. 24 f. UVG.

68 BGer 8C_703/2008 E. 6.2.

Aus dem Vorliegen einer Krankheit alleine lässt sich noch kein Anspruch auf Leistungen der Krankenversicherung ableiten, die Kostenübernahme durch die OKP hängt auch davon ab, ob die betreffenden Behandlungen die Voraussetzungen für die Kostenübernahme – Erreichen der WZW-Kriterien und kein Ausschluss durch die Negativliste – erfüllen. Die künstliche Insemination firmiert auf der Positivliste, die In-vitro-Fertilisation mit anschliessendem Embryonentransfer dagegen auf der Negativliste, und ist somit von der Kostenübernahme ausgeschlossen.

Das Bundesgericht bestätigt in ständiger Rechtsprechung die Richtigkeit der Liste und lehnt eine vertiefte Überprüfung vorwiegend aus Kompetenzgründen ab. Mit der Zulassung der PID hat der Gesetzgeber die Grundlagen für eine wesentliche Verbesserung dieser Methode geschaffen. Eine Ungleichbehandlung der künstlichen Insemination und der IVFET durch die Krankenversicherung ist kaum noch zu rechtfertigen, die Evidenz für eine Praxisänderung ist augenfällig (Junod et. al. 2014, 387 ff.). Der Ball liegt beim EDI und der ELGK, nicht zuletzt aber auch beim Bundesgericht, dass die Liste auf Verordnungsebene überprüfen könnte.

Die fehlende Kostenübernahme durch die OKP kann eine wirtschaftliche Hürde in Bezug auf den Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Behandlungen darstellen.

Voraussetzung für eine Kostenübernahme ist eine Unfruchtbarkeit mit Krankheitswert. Im Zuge der Einführung der «Ehe für alle» sind auch neue Anreize in der Diskussion um den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin gesetzt worden. Vorliegend stellt sich die Frage, wie der erweiterte Begriff der Unfruchtbarkeit von der Kranken- oder Sozialversicherung aufgenommen werden kann, ohne das von der Norm abweichende Lebensformen mit dem Stigma «Krankheit» versehen werden müssen, um ihnen das Leistungsangebot der OKP in Bezug auf die Fortpflanzungsmedizin zu eröffnen.

Allgemein stellt sich die Frage, ob strukturelle Unfruchtbarkeit im System der Sozialversicherungen gut aufgehoben ist. Ziel und Zweck der Sozialversicherung ist, beim Eintritt eines sozialen Risikos Leistungen zu erbringen. Es ist fraglich, ob die Klassifizierung alternativer Lebensformen als soziale Risiken mit einem offenen und liberalen Gesellschaftsverständnis in Einklang zu bringen ist.

Das Sozialversicherungsrecht in der Schweiz wurde nicht am Reissbrett geplant, sondern ist über die Jahre organisch gewachsen, stets entlang politischer Bruchlinien und historischer Gegebenheiten. Die zunehmende Komplexität der gesellschaftlichen Realitäten, die sich jüngst in einer Liberalisierung des Familienrechts niedergeschlagen hat, stellt auch das Sozialversicherungsrecht vor neue Herausforderungen. Sie bietet eine Gelegenheit, grundlegende Begriffe und Funktionen zu hinterfragen und in neuen Zusammenhängen neu zu denken. Konkret geht es um die Einordnung sozialer Risiken und die Frage, für welche Bedürfnisse des Individuums das Kollektiv im Rahmen des Versicherungsprin-

zips aufzukommen hat. Die neuen Freiheiten bringen auch einen gesteigerten Regulierungsbedarf mit sich, das Missbrauchspotential in den neu erschlossenen Anwendungsgebieten der Humangenetik und Reproduktionsmedizin ist in ethischer wie kommerzieller Hinsicht beträchtlich. Damit wird sich in erster Linie die Gesetzgebung im Bereich der Fortpflanzungsmedizin befassen müssen. Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die Sozialversicherungen für die anfallenden Kosten aufzukommen haben, wird wie bis anhin Gegenstand angeregter Diskussionen bleiben.

5 Literatur

- Amstad, Eduard. 1988. Expertenkommission Humangenetik und Reproduktionsmedizin, Bericht erstattet an EDI und EJPD.
- Amstutz, Esther & Thomas Gächter. 2011. Zugang zur Fortpflanzungsmedizin. *Jusletter* vom 31. Januar 2011.
- Belser, Eva-Maria & Eva Maria Molinari. 2015. Kommentierung des Art. 119 BV. In Bernhard Waldmann, Eva Maria Belser & Astrid Epiney (Hrsg.) *Basler Kommentar BV*. Basel: Helbing Lichtenhahn.
- BFS (Bundesamt für Statistik). 2022. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitszustand/reproduktive/medizinisch-unterstuetzte-fortpflanzung.html> (02.05.2022).
- Biaggini, Giovanni. 2017. *Kommentar BV*. Zürich: Orell Füssli.
- Büchler, Andrea & Bernhard Rütsche. 2020. Kommentierung der Art. 5 FMedG. In Andrea Büchler und Bernhard Rütsche (Hrsg.), *Fortpflanzungsmedizinengesetz*. Bern: Stämpfli.
- Dillena, Anja. 2018. Sozialversicherungsrecht in Konflikt mit den Grundrechten und die Bedeutung der EMRK. In Thomas Sutter-Somm (Hrsg.), *IMPULSE – Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft*. Basel: Schulthess.
- Eugster, Gebhard. 2018. Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG. In Hans-Ulrich Stauffer & Basile Cardinaux (Hrsg.), *RBS – Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht*. Basel, Genf & Zürich: Schulthess.
- Filippo, Martina. 2019. Kommentierung des Art. 10 UVG. In Ghislaine Frésard-Fellay, Susanne Leuzinger & Kurt Pärli (Hrsg.), *Basler Kommentar UVG*. Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Gächter, Thomas. 2006. Grenzen der Solidarität? Individuelle Ansprüche auf medizinische Leistungen gegenüber der Rechts- und Versichertengemeinschaft. In Roger Zäch, Christine Breining-Kaufmann & Peter Breitschmid (Hrsg.), *Individuum und Gemeinschaft, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006*. Zürich: Schulthess.
- Gächter, Thomas. 2019. Hans Peter Tschudi und die Schweizer Sozialverfassung. In Thomas Gächter & Kurt Pärli (Hrsg.), *Tagungsband Symposium Hans Peter Tschudi*. Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Gächter, Thomas & Stephanie Renold-Burch. 2015. Kommentierung des Art. 6 BV. In Bernhard Waldmann, Eva Maria Belser & Astrid Epiney (Hrsg.) *Basler Kommentar BV*. Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Gächter, Thomas & Gregori Werder. 2015. Kommentierung der Art. 12 und 41 BV. In Bernhard Waldmann, Eva Maria Belser & Astrid Epiney (Hrsg.) *Basler Kommentar BV*. Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Junod, Valérie, Dominique Sprumont & Anne Decollogny. 2014. Non-remboursement de la fécondation in vitro: il est temps de changer d'avis. *SZS* 5/2014.
- Kieser, Ueli. 2017. *Sozialversicherungsrecht*. Zürich: Dike.

- Kieser, Ueli. 2020. *Kommentar ATSG*. Zürich: Schulthess.
- Kuhn, Matthias. 2008. *Recht auf Kinder? Der verfassungsrechtliche Schutz des Kinderwunsches*. Dissertation. Zürich: Dike.
- Meier, René. 1999. Solidarität in der sozialen Sicherung. *Soziale Sicherheit CHSS*, Nr. 2/1999.
- Meyer-Blaser, Ulrich. 2002. Einwirkungen der neuen Bundesverfassung auf das schweizerische Sozialrecht. In Peter Gauch & Daniel Thürer (Hrsg.), *Die neue Bundesverfassung, Analysen, Erfahrungen, Ausblick*. Zürich: Schulthess.
- Pärli, Kurt. 2009. Grundrechtliche Schranken der Pflicht zur Selbsteingliederung in der Invalidenversicherung. *HAVE 3/2009*.
- Pärli, Kurt. 2018. Das Kreuz mit der Selbstverantwortung. *SZS 0/2018* (Sonderheft).
- Pärli, Kurt & Tarek Naguib. 2016. Präimplantationsdiagnostik und Diskriminierung, Gutachten im Auftrag des BAG.
- Pärli, Kurt & Nathalie Flück. 2022. Grundprinzipien: Verortung und Stellenwert der Eigenverantwortung im Sozialversicherungsrecht. In Stephan Fuhrer, Ueli Kieser & Stephan Weber (Hrsg.), *Mehrspuriger Schadensausgleich*. Zürich: Dike.
- Reusser, Ruth E. & Rainer J. Schweizer. 2014. Kommentierung des Art. 119 BV. In Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J. Schweizer & Klaus A. Vallender (Hrsg.), *St. Galler Kommentar BV*. Zürich: Dike.
- Sax, Anna. 2014. Solidarität von allen Seiten beleuchtet. *Bulletin des médecins suisses | Schweizerische Ärztezeitung | Bollettino dei medici svizzeri* 95.
- Schluep, Kurt. 1999. Solidarität in der AHV: Einkommensbezogene Umverteilungen in der AHV. *Soziale Sicherheit CHSS*, Nr. 2/1999.
- Schnegg, Lalanirina. 2016. Einkommensbezogene Umverteilung in der AHV. *Soziale Sicherheit CHSS 2/2016*.
- Süss, Alice. 2013. *Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin*. Dissertation. Berlin: Duncker & Humboldt.
- SUVA (Schweizerische Unfallversicherungsanstalt). 2003. Integritätsentschädigung gemäss UVG, Tabelle 22, Integritätsschaden bei Verlust der Geschlechtsorgane oder der Fortpflanzungsfähigkeit.
- SVV (Schweizerischer Versicherungsverband). 2022. Empfehlungen der Ad-hoc-Kommission Schaden UVG <https://www.svv.ch/de/branche/regelwerke/empfehlungen-der-ad-hoc-kommission-schaden-uvg> (02.05.2022).
- Traub, Andreas. 2020. Kommentierung des Art. 3 ATSG. In Ghislaine Frésard-Fellay, Barbara Klett & Susanne Leuzinger (Hrsg.), *Basler Kommentar ATSG*. Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Wehrli, Monika. 2015. *Selbsteingliederung durch medizinische Behandlungen in der Invalidenversicherung: Zumutbarkeit – Leistungskürzung – Grundrechte*. Dissertation. Zürich: Schulthess.
- Ziegler, Andreas. 2019. «Ehe für alle» und Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz. *Jusletter* vom 8. April 2019.



H2R Working Paper 04/2022

