



**Fall-Nr.:** B 2013/54  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 23.09.2013  
**Entscheiddatum:** 23.09.2013

### **Urteil Verwaltungsgericht, 23.09.2013**

**Art. 2 lit. a FMedG, Art. 40 lit. c und d MedBG. Die hormonelle Stimulation und die anschliessende Entnahme von Eizellen zur Kryokonservierung stellt kein Fortpflanzungsverfahren im Sinn des Fortpflanzungsmedizingesetzes dar. Die ärztliche Aufklärungspflicht ist nicht verletzt, wenn einerseits auf die gesetzlichen Voraussetzungen hingewiesen wird, unter denen eine spätere Verwendung der konservierten Eizellen in der Schweiz zulässig ist, und andererseits die - möglicherweise geringe - Wahrscheinlichkeit, dass sich diese Voraussetzungen innerhalb der zulässigen Aufbewahrungspflicht erfüllen, Gegenstand des individuellen Beratungsgesprächs ist (Verwaltungsgericht, B 2013/54).**

Urteil vom 23. September 2013

Anwesend: Präsident lic. iur. B. Eugster; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder, Verwaltungsrichterin Dr. S. Bietenharder-Künzle; Ersatzrichterrinnen lic. iur. D. Gmünder Perrig und lic. iur. C. Reiter; Gerichtsschreiber Dr. Th. Scherrer

---

In Sachen

Prof. Dr. X.Y.,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr.iur. Stefan Kohler, VISCHER AG, Schützengasse 1,  
Postfach 1230, 8021 Zürich 1,

gegen



Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen, Oberer Graben 32, 9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

betreffend

Kryokonservierung von Eizellen zur Fertilitätsvorsorge

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Prof. Dr. med. X.Y. betreibt unter anderem in A. eine Praxis für Gynäkologie und Geburtshilfe. Er ist berechtigt, Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung anzuwenden und damit auch Keimzellen zu konservieren. Mit der Dienstleistung "Q." bietet er Frauen die Möglichkeit, Eizellen zur Fertilitätsvorsorge einzulagern ("social freezing"). Die Frage des Kantonsarztes vom 18. Oktober 2011, ob er im Jahr 2010 Eizellen im Kanton St. Gallen kryokonserviert habe, verneinte er gleichentags. Auf die erneute Anfrage vom 1. Dezember 2011 teilte er mit, es sei nach dem 18. Oktober 2011 zu einer Kryokonservierung gekommen. Auf Nachfrage gab der mittlerweile beigezogene Rechtsvertreter von X.Y. am 10. Dezember 2011 bekannt, es seien sechs Eizellen einer Patientin konserviert worden.

B./ Mit E-Mail vom 20. Dezember 2011 verbot der Kantonsarzt X.Y. die Kryokonservierung von

Eizellen im Kanton St. Gallen, da das Verfahren dem Fortpflanzungsmedizingesetz unterstehe, zumal der Eizellentnahme eine hormonelle Stimulationsbehandlung vorausgehe, eine anschliessende Befruchtung nur "in vitro" möglich sei und die gesetzlichen Voraussetzungen für ein "social freezing" regelmässig nicht erfüllt sein dürften. Er forderte X.Y. auf, die Werbung, nach welcher die Eizellvorsorge auch im Kanton St. Gallen angeboten werde, einzustellen und dem Gesundheitsdepartement bis 6. Januar 2012 die Dossiers aller seiner Patientinnen, von denen er Eizellen im Kanton St. Gallen kryokonserviere, zuzustellen.

X.Y. reichte am 6. Januar 2012 der Vorsteherin des Gesundheitsdepartements den anonymisierten Behandlungsvertrag der betroffenen Patientin ein und erklärte, er



werde in der Schweiz bis auf weiteres kein "social freezing" anbieten, bewerben und durchführen. Gleichzeitig erhob er gegen den Kantonsarzt ein Ausstandsbegehren und eine Aufsichtsbeschwerde. Am 25. Januar 2012 reichte X.Y. das gesamte Patientendossier nach. Am 27. Januar 2012 leistete das Gesundheitsdepartement der Aufsichtsbeschwerde keine Folge und wies das Ausstandsbegehren ab. Dieser Entscheid wurde unangefochten rechtskräftig.

C./ Am 28. März 2012 machte X.Y. geltend, der Behandlungsvertrag der Dienstleistung "Q." umfasse die Vorabklärung, die hormonelle Stimulation sowie die Entnahme, das Einfrieren und das Einlagern unbefruchteter Eizellen, nicht aber weitergehende auf eine Schwangerschaft abzielende, unter das Fortpflanzungsmedizingesetz fallende Verfahren. Der von der Patientin jederzeit einseitig kündbare Vertrag und damit die Einlagerung der Eizellen seien auf die Dauer von fünf Jahren beschränkt. Bei Beendigung des Vertrages würden die eingefrorenen, unbefruchteten Eizellen vernichtet. Der Kantonsarzt hielt am 4. April 2012 an der Anwendbarkeit des Fortpflanzungsmedizingesetzes fest.

Vom Gesundheitsdepartement zur Stellungnahme eingeladen, führte das Bundesamt für Gesundheit am 2. Juli 2012 aus, die Entnahme von Eizellen oder eizellhaltigem Ovargewebe müsse dereinst nicht unbedingt zu einem Fortpflanzungsverfahren führen und stelle für sich selbst noch kein solches Verfahren dar. Sie könne rein präventiv und ohne eine Indikation nach dem Fortpflanzungsmedizingesetz durchgeführt werden. Mit Ausnahme der Aufbewahrung der Eizellen unterlägen die Tätigkeiten einzig der allgemeinen ärztlichen Sorgfaltspflicht.

Das Gesundheitsdepartement stellte am 26. Februar 2013 fest, die von X.Y. angebotene Kryokonservierung von Eizellen zur Fertilitätsvorsorge verstosse gegen das Fortpflanzungsmedizingesetz und sei unzulässig (Ziffer 1). Es auferlegte X.Y. die Entscheidgebühr von 2'500 Franken (Ziffer 2) und teilte die Verfügung dem Bundesamt für Gesundheit mit (Ziffer 3).

D./ X.Y. (nachfolgend Beschwerdeführer) erhob gegen die Feststellungsverfügung des Gesundheitsdepartements (nachfolgend Vorinstanz) vom 26. Februar 2013 durch seinen Rechtsvertreter mit Eingabe vom 13. März 2013 Beschwerde beim



Verwaltungsgericht mit dem Antrag, unter Kosten- und Entschädigungsfolge seien Ziffer 1 und 2 des Dispositivs aufzuheben und es sei festzustellen, dass die von ihm angebotene Kryokonservierung weder gegen das Fortpflanzungsmedizingesetz noch gegen das Medizinalberufegesetz verstosse und deshalb zulässig sei.

Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 15. April 2013, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen. Der Beschwerdeführer nahm dazu am 2. Mai 2013 Stellung. Am 27. Mai 2013 reichte die Vorinstanz eine weitere Stellungnahme des Bundesamtes für Gesundheit ein. Der Beschwerdeführer äusserte sich dazu am 4. Juni 2013.

Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

### **Darüber wird in Erwägung gezogen:**

1. (...).

2. Im Beschwerdeverfahren ist umstritten, ob die vom Beschwerdeführer angebotene Eizellvorsorge "Q." in den Geltungsbereich des Bundesgesetzes über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz; SR 810.11, abgekürzt FMedG) fällt (vgl. dazu nachfolgend E. 3) und ob der Beschwerdeführer mit der Information über das Angebot das Selbstbestimmungsrecht der Patientinnen gemäss den Regeln des Bundesgesetzes über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz; SR 811.11, abgekürzt MedBG) wahre (vgl. dazu nachfolgend E. 4).

3. Zur Klärung der Anwendbarkeit des Fortpflanzungsmedizingesetzes sind – ausgehend insbesondere von der Auffassung der Vorinstanz (vgl. dazu nachfolgend E. 3.1.) – die einschlägigen Gesetzesbestimmungen auszulegen (vgl. dazu nachfolgend E. 3.2.) und anzuwenden (vgl. dazu nachfolgend E. 3.3.).

3.1. Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Eizellvorsorge, umfassend die Vorabklärung, die hormonelle Stimulation, die Entnahme von Eizellen und deren anschliessende Aufbewahrung unter das Fortpflanzungsmedizingesetz fällt, da sie auf



eine spätere, nur auf künstlichem Weg herbeizuführende Schwangerschaft ziele. Das Bundesamt für Gesundheit, welches am Verfahren nicht beteiligt ist, von der Vorinstanz indessen um eine Stellungnahme ersucht wurde, unterscheidet bei der Eizellvorsorge vier Teilschritte, nämlich die Aufklärung, Beratung und Vorabklärung (a), die Behandlung des weiblichen Körpers mit hormonhaltigen Medikamenten (b), die Entnahme von Eizellen aus den weiblichen Keimdrüsen (c) und die Aufbewahrung der Eizellen (d). Die medizinischen Teilschritte a, b und c seien einem Fortpflanzungsverfahren vorgelagert und müssten nicht unbedingt zu einem solchen Verfahren führen, weshalb sie nicht als Teil eines Fortpflanzungsverfahrens im Sinn des Fortpflanzungsmedizingesetzes anzusehen seien. Der Teilschritt d unterstehe nicht als Fortpflanzungsverfahren, sondern als Entgegennahme und Aufbewahrung von Keimzellen dem Fortpflanzungsmedizingesetz.

3.2. Gemäss Art. 1 Abs. 1 FMedG legt dieses fest, unter welchen Voraussetzungen die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung beim Menschen angewendet werden dürfen. Als Fortpflanzungsverfahren im Sinn des Gesetzes gelten gemäss Art. 2 Ingress und lit. a FMedG Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr, insbesondere Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer sowie Gametentransfer. Bei der Auslegung und Anwendung der Bestimmung ist vom Wortlaut auszugehen (vgl. dazu nachfolgend E. 3.2.1.). Soweit dieses Ergebnis nicht klar und eindeutig ist, sind zur Ermittlung des Inhalts der Regelung insbesondere die weiteren Bestimmungen des Gesetzes (vgl. dazu nachfolgend E. 3.2.2.) und der Verfassung (vgl. dazu nachfolgend E. 3.2.3.) heranzuziehen.

3.2.1. Art. 2 Ingress und lit. a FMedG nennt mit der Insemination, der In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer und dem Gametentransfer beispielhaft und absichtlich nicht abschliessend (vgl. Botschaft über die Volksinitiative "zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie [Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF]" und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung [Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG], in: BBl 1996 III S. 205 ff., S. 246) Methoden, die zur Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr dienen und der Regelung des Fortpflanzungsmedizingesetzes unterstehen sollen. Der Wortlaut schliesst an sich nicht klar aus, dass auch vorbereitende medizinische



Massnahmen wie die hormonelle Stimulation und die Gewinnung von Keimzellen erfasst werden. Die abstrakte Umschreibung der Methoden ("zur Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr") und die konkreten Beispiele weisen indessen darauf hin, dass - abgesehen von der Entgegennahme und Aufbewahrung von Keim- und imprägnierten Eizellen - nur jene Vorgänge in den Geltungsbereich des Fortpflanzungsmedizingesetzes fallen, die unmittelbar eine künstliche Befruchtung und die Herbeiführung einer Schwangerschaft bezwecken.

3.2.2. Art. 2 FMedG erläutert die im Fortpflanzungsmedizingesetz verwendeten Begriffe. Keiner davon betrifft das Verfahren der Gewinnung von Keimzellen.

Gemäss Art. 3 Abs.1 FMedG dürfen Fortpflanzungsmethoden nur angewendet werden, wenn das Kindeswohl gewährleistet ist. Oberste Maxime der Regelungen im Fortpflanzungsmedizingesetz ist mithin das Kindeswohl (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 206). Die Frage nach dem Kindeswohl stellt sich, wenn ein künstlicher Befruchtungsvorgang in die Wege geleitet und eine Schwangerschaft herbeigeführt wird. Die hormonelle Stimulation und die anschliessende Entnahme von Eizellen können für sich allein betrachtet nicht zu einer Beeinträchtigung des Kindeswohls führen. Sie beschränken sich auf die erforderlichen medizinischen Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit der behandelten Frau. Der Schutz ihrer Gesundheit kann nur dann ein Verbot – mit Erlaubnisvorbehalt - rechtfertigen, wenn die mit der Behandlung verbundenen Risiken im Vergleich zu den Risiken anderer Behandlungsmethoden so gross wären, dass ihre freiwillige Inkaufnahme durch voll informierte, erwachsene Betroffene nicht toleriert werden könnte und der Staat an deren Stelle entscheiden müsste. Von solchen Risiken kann aber nicht die Rede sein, zumal hormonelle Stimulationen, homologe Inseminationen und der intratubare oder intrauterine Gametentransfer, der wie eine In-vitro-Fertilisation mit einem operativen Eingriff, der Eizellentnahme, verbunden ist, nicht verboten sind (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 230).

Gemäss Art. 8 Abs. 1 FMedG benötigt eine Bewilligung des Kantons, wer Fortpflanzungsverfahren anwendet (lit. a) und wer Keimzellen – das heisst Ei- oder Samenzellen (vgl. Art. 2 Ingress und lit. e FMedG) – oder imprägnierte Eizellen – das heisst befruchtete Eizellen vor der Kernverschmelzung (vgl. Art. 2 Ingress und lit. h FMedG) - zur Konservierung entgegennimmt oder gespendete Samenzellen vermittelt,



ohne selber Fortpflanzungsverfahren anzuwenden (lit. b). Angesichts dieser im Gesetz getroffenen Unterscheidung ist davon auszugehen, dass es sich jedenfalls bei der Entgegennahme zur Aufbewahrung und der Vermittlung von Keimzellen nicht um ein Fortpflanzungsverfahren im Sinn des Fortpflanzungsmedizingesetzes handelt. Art. 15 ff. FMedG regeln den Umgang mit Keimgut, nicht aber dessen Gewinnung.

3.2.3. Das Fortpflanzungsmedizingesetz setzt Art. 119 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, abgekürzt BV) um, welcher den Menschen vor Missbräuchen der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie schützt (Abs. 1) und den Gesetzgeber verpflichtet, den Grundsatz zu beachten, dass Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung nur angewendet werden dürfen, wenn die Unfruchtbarkeit oder die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit nicht anders behoben werden kann (Abs. 2 Ingress und lit. c). Die Fortpflanzungsmedizin bezeichnet ein spezielles Arbeitsgebiet der Medizin, das sich mit Anatomie, Physiologie, Biochemie und Pathologie der Fortpflanzungsorgane und des Keimgutes sowie den psychologischen Aspekten der Unfruchtbarkeit beschäftigt. Neben der Empfängnisverhütung und den Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung durch extrakorporale Befruchtung erfasst der Verfassungsbegriff der Fortpflanzungsmedizin, von den fundamentalen Schutzanliegen der Bestimmung her gesehen, jeden Missbrauch im Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut, unabhängig davon, ob er im Zusammenhang mit der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, der Gentechnologie, der Forschung oder anderen Verfahren steht. Beispielsweise dürften Ultraschalluntersuchungen am Embryo und Fötus oder hormonelle Stimulationen mit anschliessender natürlicher Zeugung ebenfalls erfasst sein (vgl. Reusser/Schweizer, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl. 2008, N 5 zu Art. 119 BV). Die Fortpflanzungs- oder Reproduktionsmedizin erfasst ärztliche Massnahmen zur Behandlung ungewollter Kinderlosigkeit. Im Fortpflanzungsmedizingesetz geht es indessen nur um Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr. Dies bedeutet, dass eine rein hormonelle Sterilitätstherapie nicht Regelungsgegenstand ist (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 245).

Die Regelung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung betrifft die in Art. 10 Abs. 2 BV verankerte persönliche Freiheit, welche alle elementaren Erscheinungen der



Persönlichkeitsentfaltung schützt (vgl. beispielsweise BGE 119 Ia 475). Die gesetzlichen Regelungen in der Fortpflanzungsmedizin setzen dem von der persönlichen Freiheit der Eltern geschützten Kinderwunsch Grenzen. Im reproduktionstechnologischen Zusammenhang ist die Menschenwürde (Art. 7 BV) zentral angesprochen. Die Gesetzesbestimmungen bezwecken nicht einen vordergründigen Schutz der körperlichen Integrität im Sinn reiner Sicherheitsmassnahmen; der Schutz gilt dem Menschen als Person und als einmaligem unverwechselbarem Subjekt. Er richtet sich gegen seine Instrumentalisierung und Herabwürdigung, die darin liegen würde, den Menschen nicht mehr als Wert in sich selbst, sondern als Mittel zu einem heteronom bestimmten Zweck zu betrachten (Botschaft, a.a.O., S. 245). Soweit die medizinischen Massnahmen der Fortpflanzungsmedizin sich einzig auf die körperliche Unversehrtheit und Integrität der Eltern auswirken, erscheint eine Einschränkung ihrer persönlichen Freiheit durch das Fortpflanzungsmedizingesetz nicht als erforderlich.

3.2.4. Aus dem Wortlaut von Art. 2 Ingress und lit. a FMedG, aus den in dieser Bestimmung genannten unmittelbar auf eine künstlich herbeigeführte Befruchtung und Schwangerschaft gerichteten Verfahren und aus dem Kindeswohl, welches gemäss Art. 3 Abs. 1 FMedG das zentrale Schutzobjekt des Fortpflanzungsmedizingesetzes bildet, ist zu schliessen, dass Beratung, Vorabklärungen, hormonelle Stimulation und Entnahme von Eizellen nicht als Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung beim Menschen gemäss Art. 1 Abs. 1 FMedG gelten und damit nicht in den Geltungsbereich des Fortpflanzungsmedizingesetzes fallen. Mit den Vorschriften des Gesetzes soll die persönliche Freiheit der Eltern in der Umsetzung des Kinderwunsches ihre Grenzen am Kindeswohl finden. Die blosser Eizellvorsorge setzt zwar einen medizinischen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit der Frau, welche sich diesem Verfahren unterziehen will, voraus, bewegt sich jedoch ausserhalb des Zweckes des Gesetzes, in Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung das Kindeswohl zu sichern. Erst bei einer späteren Verwendung der konservierten Eizellen in einem Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung kann das Kindeswohl insoweit tangiert sein, als beispielsweise die Auswirkungen einer mehrjährigen Aufbewahrung einer Eizelle auf die Gesundheit des Kindes abzuschätzen sind.



Im Vorfeld der medizinischen Fortpflanzungsverfahren regelt das Fortpflanzungsmedizingesetz einzig die Entgegennahme und Aufbewahrung von Keimzellen oder imprägnierten Eizellen, d.h. befruchteten Eizellen vor der Kernverschmelzung (vgl. Art. 2 Ingress und lit. h FMedG). Die geltenden Regelungen des Fortpflanzungsmedizingesetzes gehen davon aus, dass die Methode der Langzeitgefrierung von Eizellen im Gegensatz zu derjenigen von Samenzellen noch keinen Eingang in die Praxis gefunden hat. Mit Blick auf eine Änderung dieses Umstandes wird in Art. 8 Abs. 1 Ingress und lit. b FMedG und in Art. 15 FMedG der allgemeine Begriff der Keimzelle, der Ei- und Samenzellen umfasst (vgl. Art. 2 Ingress und lit. e FMedG), verwendet und in Art. 16 Abs. 4 FMedG der Bundesrat beauftragt, die Konservierung imprägnierter Eizellen zu verbieten, wenn der Stand von Wissenschaft und Praxis es erlaubt, nichtimprägnierte Eizellen mit befriedigendem Erfolg zu konservieren (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 263 ff.).

3.3. Mit der Dienstleistung "Q." bietet der Beschwerdeführer Frauen unabhängig von ihrer individuellen gesundheitlichen Lage die Möglichkeit, sich nach hormoneller Stimulation Eizellen entnehmen zu lassen und diese im Hinblick auf eine später allenfalls erforderliche medizinische Unterstützung des Fortpflanzungsverfahrens während fünf Jahren tiefgefroren aufbewahren zu lassen ("social freezing"). Diese Eizellvorsorge fällt lediglich insoweit in den Geltungsbereich des Fortpflanzungsmedizingesetzes, als sie die Aufbewahrung der Eizellen betrifft.

3.3.1. Nach Art. 8 Abs. 1 Ingress und lit. b FMedG benötigt eine Bewilligung des Kantons, wer Keimzellen oder imprägnierte Eizellen zur Konservierung entgegennimmt oder gespendete Samenzellen vermittelt, ohne selber Fortpflanzungsverfahren anzuwenden. Die Bewilligung wird gemäss Art. 10 FMedG nur Ärztinnen und Ärzten erteilt (Abs. 1), welche insbesondere Gewähr für eine sorgfältige, gesetzeskonforme Tätigkeit bieten und sicherstellen, dass die Keimzellen und imprägnierten Eizellen nach dem Stand von Wissenschaft und Praxis konserviert werden (Abs. 2 Ingress und lit. a und c; lit. b betrifft die Gewähr für eine sorgfältige Auswahl der Samenspender). Gemäss Art. 15 Abs. 1 FMedG dürfen Keimzellen nur mit schriftlicher Einwilligung der Person, von der sie stammen, konserviert werden.



Die Bewilligungsbehörde wacht gemäss Art. 12 FMedG darüber, dass die Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung erfüllt bleiben und allfällige Auflagen eingehalten werden (Abs. 1); stellt sie schwere Verstösse gegen das Gesetz fest, entzieht sie die Bewilligung (Abs. 3). Gemäss Art. 3 Abs. 2 des Gesundheitsgesetzes (sGS 311.1, abgekürzt GesG) vollzieht das Gesundheitsdepartement die eidgenössischen, interkantonalen und kantonalen Erlasse, soweit kein anderes Organ zuständig ist.

3.3.2. Die Vorinstanz ist der Auffassung, der Beschwerdeführer könne die nach Art. 15 Abs. 1 FMedG erforderliche Einwilligung zur Konservierung der Eizellen im Rahmen der Eizellvorsorge aufgrund seiner irreführenden Informationen zum Angebot "Q." nicht rechtsgültig erlangen. Die nach dem Fortpflanzungsmedizingesetz erforderliche Einwilligung betrifft einzig die Aufbewahrung der Keimzellen. Die Frau, welche ihre Eizellen durch den Beschwerdeführer aufbewahren lässt, wird darüber informiert, dass die Vertragsdauer und damit auch die Aufbewahrungsdauer auf fünf Jahre beschränkt sind. Sie wird auch auf die Möglichkeit hingewiesen, den Vertrag jederzeit aufzulösen und damit die Aufbewahrung der Eizellen umgehend zu beenden. Die Vorinstanz macht nicht geltend, der Beschwerdeführer informiere die betroffenen Frauen unzureichend oder irreführend über die Umstände der Aufbewahrung der Eizellen. Die nach Auffassung der Vorinstanz zu Unrecht geweckten Erwartungen beschlagen also nicht die Aufbewahrung, sondern die in Art. 15 FMedG nicht geregelte Gewinnung der Eizellen.

3.3.3. Insoweit sich der Beschwerdeführer gegen die vorinstanzliche Feststellung, seine Dienstleistung "Q." verletze Art. 15 Abs. 1 FMedG, wendet, erweist sich die Beschwerde deshalb als begründet. Ob die Informationen, soweit sie den Zweck der vorangehenden medizinischen Behandlung, also die hormonelle Stimulation und die Entnahme von Eizellen betreffen, irreführend sind, ist nach den allgemeinen Regeln zur Ausübung der universitären Medizinalberufe zu beurteilen.

4. Die Vorinstanz kommt in der angefochtenen Verfügung zum Schluss, das Angebot "Q." verstosse gegen das Medizinalberufegesetz. Nach der Feststellung, dass die Dienstleistung in den Geltungsbereich des Medizinalberufegesetzes fällt (vgl. dazu nachfolgend E. 4.1.), ist zu klären, ob der Beschwerdeführer den sich daraus



ergebenden Pflichten (vgl. dazu nachfolgend E. 4.2.) in ausreichendem Mass nachgekommen ist (vgl. dazu nachfolgend E. 4.3.).

4.1. Die Dienstleistung "Q." bezweckt nicht die Überwindung einer bestehenden oder konkret drohenden gesundheitlichen Beeinträchtigung im Sinn einer Heilung. Vielmehr handelt es sich um eine medizinische Massnahme, der einzig Vorsorgecharakter zukommt, ohne dass konkrete Anhaltspunkte für eine Unfruchtbarkeit mit Krankheitswert vorliegen. Dieser Umstand ändert indessen nichts an der Anwendbarkeit des Medizinalberufegesetzes, welches im Interesse der öffentlichen Gesundheit in allgemeiner Weise die Qualität der Berufsausübung der Fachpersonen insbesondere im Bereich der Humanmedizin fördert (vgl. Art. 1 Abs. 1 MedBG).

4.2. Nach Auffassung der Vorinstanz können die Patientinnen in die vom Beschwerdeführer angebotene Behandlung nicht gültig einwilligen, weil er sie nicht ausreichend über die Auswirkungen der Anwendbarkeit des Fortpflanzungsmedizingesetzes auf die Verwendung der kryokonservierten Eizellen in einem späteren Fortpflanzungsverfahren aufkläre. Daraus leitet sie ab, das Angebot sei mit einer sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung im Sinn von Art. 40 Ingress und lit. a MedBG und die Information im Internet und im Anhang 2 zum Behandlungsvertrag mit einer objektiven, nicht irreführenden Werbung im Sinn von Art. 40 Ingress und lit. d MedBG nicht vereinbar. Indem die Vorinstanz davon ausgeht, den Patientinnen sei eine gültige Einwilligung in die mit dem Angebot "Q." verbundene Behandlung mangels ausreichender Information nicht möglich, hat sie in erster Linie eine Verletzung von Art. 40 Ingress und lit. c MedBG, der zur Wahrung der Rechte der Patienten verpflichtet und einen Sondertatbestand zur Generalklausel von Art. 40 Ingress und lit. a MedBG regelt (vgl. M. Fellmann, in: Ayer/Kieser/Poledna/Sprumont [Hrsg.], Medizinalberufegesetz, Kommentar, Basel 2009, N 51 zu Art. 40 MedBG), im Blick.

Aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten leitet sich sein Anspruch auf Aufklärung ab. Sie soll den Patienten in die Lage versetzen, aus freiem Willen der vorgeschlagenen Behandlung zuzustimmen oder sie abzulehnen. Ohne Informationen kann der Patient keinen freien Willen bilden. Der Arzt muss ihm daher alle Informationen vermitteln, die für eine Abwägung zwischen dem möglichen Nutzen einer



medizinischen Massnahme und den damit verbundenen Risiken erforderlich und für eine sachgerechte Meinungsbildung notwendig sind. Die Aufklärungspflicht des Arztes sichert demnach die Freiheit des Patienten, selbst über Eingriffe in seine körperliche und seelische Integrität zu entscheiden. Sie dient damit nicht nur dem Schutz der freien Willensbildung, sondern auch dem Schutz der körperlichen Integrität. In schweren Fällen stellt daher eine Verletzung der Aufklärungspflicht auch einen Verstoss gegen die Berufspflicht der Medizinalpersonen nach Art. 40 Ingress und lit. c MedBG dar (vgl. Fellmann, a.a.O., N 101 zu Art. 40 MedBG).

Gemäss Art. 40 Ingress und lit. d MedBG machen Personen, die einen universitären Medizinalberuf selbständig ausüben, nur Werbung, die objektiv ist, dem öffentlichen Bedürfnis entspricht und weder irreführend noch aufdringlich ist. Die Werbung muss objektiv richtig, das heisst nicht täuschend, sondern wahr sein. Das Verbot der Täuschung wird durch das Verbot der Irreführung ergänzt. Täuschung und Irreführung unterscheiden sich nur hinsichtlich ihrer Intensität. Täuschung verletzt die Wahrheit, Irreführung die Klarheit. Letztlich geht es bei beiden Kriterien darum, die Entscheidungsfreiheit der Patienten nicht zu beeinträchtigen. Die Werbung soll nicht zu unzweckmässigem oder übermässigem "Konsum" medizinischer Massnahmen oder Produkte verleiten. Sie darf daher keine falschen Erwartungen wecken (vgl. Fellmann, a.a.O., N 108 zu Art. 40 MedBG).

4.3. / 4.3.1. Nach Auffassung der Vorinstanz werden Frauen, welche die vom Beschwerdeführer mit der Dienstleistung "Q." angebotene Eizellvorsorge beanspruchen wollen, nicht ausreichend über die gesetzlich vorgeschriebene und nur unter besonderen Umständen verlängerbare Aufbewahrungsfrist von fünf Jahren und über die Voraussetzungen für eine spätere Verwendung der Eizellen in der Schweiz aufgeklärt. Die Homepage erwecke den Eindruck, die im Rahmen des Angebots "Q." konservierten Eizellen könnten ohne besondere Indikation, insbesondere auch im Fall einer Unfruchtbarkeit zufolge Eintritts der Wechseljahre für ein späteres medizinisches Fortpflanzungsverfahren genutzt werden.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Homepage und eine Broschüre enthielten ausführliche Informationen zum Angebot "Q.". Beispielhaft seien die Indikationen aufgezählt, die zum Rückgriff auf die konservierten Eizellen führen könnten. Die Frage,



ob eine Konservierung von Eizellen im konkreten Fall eine sinnvolle Vorsorgemassnahme darstelle, werde vorgängig besprochen. Die Patientinnen würden umfassend über den Eingriff und die Verwendungsmöglichkeiten der Eizellen informiert. Die natürliche Altersschwelle werde respektiert. Unter anderem in der Rubrik "Häufig gestellte Fragen" werde auf die etwa beim 45. Lebensjahr liegende natürliche Altersgrenze für eine Schwangerschaft hingewiesen. Der Beschwerdeführer verpflichte sich, ethische und gesetzliche Vorgaben einzuhalten.

4.3.2. Das Angebot "Q." zielt auf die langfristige Konservierung von Eizellen, welche im Zeitpunkt der Entstehung und des Erlasses des Fortpflanzungsmedizingesetzes noch keinen Eingang in die Praxis gefunden hatte (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 263) und setzt die Unterzeichnung eines Vertrags voraus. In diesen Vertrag ist als Anhang 2 eine Informationsbroschüre integriert. Neben dem individuellen ärztlichen Beratungsgespräch ist sie für die Erwartungen, welche das Angebot weckt und damit für die Willensbildung der an der Behandlung interessierten Frau von massgebender Bedeutung.

Die Verwendung der Vergangenheitsform in der Beschreibung des Zwecks der Eizellvorsorge zusammen mit dem Begriff "Wechseljahre" - "Die Fruchtbarkeit hing bei Frauen bislang ungleich stärker vom Faktor Zeit ab als bei Männern. Stichwort Wechseljahre." – und der Hinweis, die "theoretisch unbegrenzt lange" haltbaren Eizellen könnten zur "Überwindung von Unfruchtbarkeit" verwendet werden, sind geeignet, die Erwartung zu wecken, das Angebot ermögliche die spätere künstliche Herbeiführung einer Schwangerschaft auch während und nach den Wechseljahren. Eine solche Erwartungshaltung wird durch Ausführungen unterstützt, wonach Eizellen von Geburt an alterten, so dass das Risiko der stark altersabhängigen Unfruchtbarkeit ab dem 31. Lebensjahr signifikant steige und die Chancen auf ein Kind ab dem 38. Lebensjahr auch bei künstlicher Befruchtung rapide sinke, und "Q." "genau hier" ansetze und das Einlagern gesunder Eizellen helfe, deren natürlichen Alterungsprozess zu stoppen. Deshalb richte sich das Angebot an Frauen, die noch keinen Partner hätten und/oder sich erst in späteren Jahren ein Kind wünschten.

Andere Formulierungen im Behandlungsvertrag weisen darauf hin, dass die Herbeiführung einer Schwangerschaft mit Mitteln der Fortpflanzungsmedizin unter



Verwendung der konservierten Eizellen nur auf der Basis des Fortpflanzungsmedizingesetzes ermöglicht werden soll. Gegenstand der Behandlung sei die Gewinnung von Eizellen, die zu einem späteren Zeitpunkt im Fall einer nicht anders zu behebenden späteren Unfruchtbarkeit oder der Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit für die Befruchtung mit Samen des Partners/Gatten zur Verfügung gestellt werden. Eine spätere Verwendung der tiefgefrorenen Eizellen komme in Frage, wenn dereinst medizinisch unterstützte Fortpflanzungsmethoden zur Erfüllung des Kinderwunsches erforderlich werden sollten. Damit knüpfen die Informationen an die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anwendung medizinischer Fortpflanzungsverfahren in der Schweiz an. Zudem wird – im Zusammenhang mit einer Verlängerung der fünfjährigen Vertrags- und Aufbewahrungsdauer um weitere fünf Jahre - auf Umstände verwiesen, die auch Art. 15 Abs. 2 FMedG im Blick hat (hohe, zu chronischer Schädigung der Eizellen führende Umweltbelastungen; Hochleistungssport; Behandlung von Erkrankungen, die Eierstöcke in Mitleidenschaft ziehen; genetische, autoimmune und familiäre Prädispositionen; durch Chemo- und/oder Strahlentherapie behandelte Krebserkrankungen). Alle diese Hinweise stehen allerdings der Erwartung, die konservierten Eizellen könnten auch bei einer altersbedingt reduzierten oder versiegten Fruchtbarkeit der Frau eingesetzt werden, nicht entgegen.

4.3.3. Die Erwartung, das Angebot "Q." ermögliche eine Schwangerschaft weit nach Abschluss des Klimakteriums, wird einzig durch die Vertrags- und Konservierungsdauer von fünf Jahren begrenzt. Der Vertrag schliesst eine Verlängerung unter Einhaltung der im fraglichen Zeitpunkt geltenden gesetzlichen Regeln jedoch nicht ausdrücklich aus. Dies ist vor allem deshalb von Bedeutung, weil die vom Bundesrat vorgeschlagene Änderung von Art. 15 Abs. 1 FMedG vorsieht, dass die Aufbewahrungsdauer auf Antrag der Person, von welcher die Keimzellen stammen, um weitere fünf Jahre verlängert werden kann, ohne dass einer der besonderen in Art. 15 Abs. 2 FMedG genannten Gründe vorläge (vgl. Botschaft zur Änderung der Verfassungsbestimmung zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich [Art. 119 BV] sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes [Präimplantationsdiagnostik], in: BBl 2013 S. 5853 ff., S. 5932).



Ob die Verfahren der Fortpflanzungsmedizin auch eingesetzt werden dürfen, um die natürlicherweise altersbedingt herabgesetzte oder versiegte Fruchtbarkeit der Frau zu überwinden, erscheint nicht restlos klar. Gemäss Art. 5 Abs. 1 Ingress und lit. a FMedG darf ein Fortpflanzungsverfahren nur angewendet werden, wenn damit die Unfruchtbarkeit eines Paares überwunden werden soll und die anderen Behandlungsmethoden versagt haben oder aussichtslos sind. Die Fortpflanzungsverfahren dürfen nur subsidiär angewendet werden, wenn dies die einzige Möglichkeit darstellt, die Unfruchtbarkeit zu überwinden. Von Verfassungs wegen ausgeschlossen sind alleinstehende Personen ohne Partner und gleichgeschlechtliche Paare. Denn von Sterilität kann nur gesprochen werden, wenn trotz regelmässigen Geschlechtsverkehrs während einer bestimmten Dauer keine Schwangerschaft eintritt (vgl. Reusser/Schweizer, a.a.O., N 29 zu Art. 119 BV). Gemäss Art. 3 Abs. 2 Ingress und lit. b FMedG dürfen Fortpflanzungsverfahren nur bei Paaren angewendet werden, die aufgrund ihres Alters und ihrer persönlichen Verhältnisse voraussichtlich bis zur Volljährigkeit des Kindes für dessen Pflege und Erziehung sorgen können. Art. 4 FMedG verbietet die Eizellenspende. Dies schliesst aus, dass genetische und Geburtmutter nicht identisch sind. Das Gesetz geht damit davon aus, dass die natürliche Begrenzung der Fruchtbarkeit durch die abgeschlossene Menopause nicht auf dem Weg medizinisch unterstützter Fortpflanzungsverfahren aufgehoben werden soll (vgl. auch H. Simoni, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten "Kindeswohl, Familie und Elternschaft" im Fortpflanzungsmedizingesetz, September 2012, S. 6).

Dass Wechseljahre nicht als eine Indikation der Infertilität gelten, ergibt sich nicht aus dem Text im Behandlungsvertrag. Jedoch geht deutlich aus dem Behandlungsvertrag hervor, dass die späteren Fortpflanzungsverfahren dem Fortpflanzungsmedizingesetz unterstellt sind. Daraus kann geschlossen werden, dass – unabhängig des Vorgesprächs – der Beschwerdeführer die Patientin über die zulässige Verwendung der Eizellen informiert. Die Weiterentwicklungen in der Regelung der Fortpflanzungsmedizin zeigen zudem auf, dass im Zeitpunkt des Abschlusses des Behandlungsvertrags eine verbindliche Auskunft über weitere in der Zukunft gesetzlich zulässige Möglichkeiten der Verwendung der konservierten Eizellen nicht möglich ist. Weshalb das Selbstbestimmungsrecht der Patientin unter diesen Umständen verletzt sein soll, ist nicht ersichtlich.



4.3.4. Der Behandlungsvertrag mit der im Anhang 2 wiedergegebenen Informationsbroschüre enthält einen ausreichenden Hinweis darauf, dass die konservierten Eizellen in der Schweiz in einem späteren Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung lediglich unter den Voraussetzungen des Fortpflanzungsmedizingesetzes verwendet werden dürfen. Damit erweist sich die Beschwerde auch insoweit als begründet, als sie die Feststellung beanstandet, der Beschwerdeführer komme seinen Pflichten gemäss Art. 40 MedBG nicht nach.

Die Wahrscheinlichkeit, mit welcher eine Patientin innerhalb der gesetzlich zulässigen Frist der Aufbewahrung der Eizellen die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anwendung eines Verfahrens der medizinisch unterstützten Fortpflanzung erfüllt, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls, wie insbesondere dem Alter sowie der Lebens- und Gesundheitssituation der Patientin ab. Die Aufklärung über diese – möglicherweise geringe - Wahrscheinlichkeit muss damit in erster Linie Gegenstand des ärztlichen Aufklärungsgesprächs sein, in welchem insbesondere auch die Gegebenheiten, welche sich auf die Beurteilung dieser Wahrscheinlichkeit auswirken können, zu erheben sind. Dass diese individuelle Aufklärung vorab im Gespräch zwischen Patientin und Arzt erfolgt, schliesst indessen nicht aus, dass der Beschwerdeführer in der Informationsbroschüre und in der Internetwerbung zum Dienstleistungsangebot "Q." den Zusammenhang zwischen der Eizellvorsorge und den jeweils aktuellen gesetzlichen Voraussetzungen für die in der Schweiz zulässige Anwendung eines Fortpflanzungsverfahrens gemäss Art. 5 Abs. 1 FMedG noch deutlicher herausstellt. Dies wäre möglich, indem beispielsweise in Ziffer 6 im Zusammenhang mit der späteren Verwendung der Eizellen auf die – engen – gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen ein Fortpflanzungsverfahren angewendet werden darf, hingewiesen wird.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen ist. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 26. Februar 2013 ist aufzuheben. Es ist festzustellen, dass die vom Beschwerdeführer mit der Dienstleistung "Q." angebotene Kryokonservierung von Eizellen ("social freezing") im Sinn der Erwägungen gesetzeskonform und darum zulässig ist.



6. Bei diesem Verfahrensausgang trägt der Staat die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von 2'500 Franken erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Der Kostenvorschuss von 2'000 Franken ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten. Der Beschwerdeführer, dessen Rechtsvertreter keine Kostennote eingereicht hat, ist für das Beschwerdeverfahren ausseramtlich mit 2'500 Franken (inklusive Barauslagen, zuzüglich Mehrwertsteuer; Art. 6, 19 und 22 Abs. 1 Ingress und lit. b sowie Art. 28bis Abs. 1 und Art. 29 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten; sGS 963.75, abgekürzt HonO) zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 VRP).

Gemäss Art. 98 Abs. 3 Ingress und lit. b VRP werden in erstinstanzlichen Verfahren in der Regel keine ausseramtlichen Kosten zugesprochen. Praxisgemäss werden sie ausnahmsweise unter anderem dann entschädigt, wenn für die Betroffenen zur Wahrung ihrer Rechte im erstinstanzlichen Verfahren der Beizug eines Rechtsvertreters unbedingt erforderlich war. Die Frage ist in sachgemässer Analogie zur Praxis bei der Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung, d.h. insbesondere mit Blick auf die Schwierigkeiten der sich im Verfahren stellenden Fragen, die Rechtskenntnisse der Beteiligten und die Bedeutung der Streitsache für die Betroffenen, zu beurteilen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass höhere Anforderungen als beim Anspruch auf Entschädigung der ausseramtlichen Kosten im Rekursverfahren gemäss Art. 98 Abs. 2 VRP, der ebenfalls auf diese Kriterien Bezug nimmt, zu stellen sind (vgl. R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, St. Gallen 2004, S. 156 f.). Die rechtlichen Schwierigkeiten, die sich bei der Auslegung und Anwendung des Fortpflanzungsmedizingesetzes und des Medizinalberufegesetzes stellten, und der – schwerwiegende – Vorwurf der Vorinstanz, der Beschwerdeführer wahre mit einer ungenügenden und irreführenden Information die Rechte der Patientinnen nicht ausreichend, liessen den Beizug eines Rechtsvertreters als zwingend erscheinen. Eine Kostennote des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers liegt nicht in den Akten. Angesichts des Aufwandes im Verfahren vor Vorinstanz erscheint eine Entschädigung von 3'500 Franken als angemessen (inklusive Barauslagen, zuzüglich Mehrwertsteuer; Art. 6, 19 und 22 Abs. 1 Ingress und lit. a sowie Art. 28bis Abs. 1 und Art. 29 HonO).

**Demnach hat das Verwaltungsgericht**



### zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 26. Februar 2013 aufgehoben.

2./ Es wird festgestellt, dass die vom Beschwerdeführer mit der Dienstleistung "Q." angebotene Kryokonservierung von Eizellen im Sinn der Erwägungen gesetzeskonform und darum zulässig ist.

3./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von 2'500 Franken trägt der Staat. Der Kostenvorschuss von 2'000 Franken wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

4./ Der Staat (Gesundheitsdepartement) entschädigt den Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren mit 2'500 Franken und für das vorinstanzliche Verfahren mit 3'500 Franken je zuzüglich Mehrwertsteuer.

V.      R.      W.

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Beda Eugster

Dr. Thomas Scherrer

Versand dieses Entscheides an:

- den Beschwerdeführer (durch Rechtsanwalt Dr. iur. Stefan Kohler, 8021 Zürich)
- die Vorinstanz
- das Bundesamt für Gesundheit (3097 Liebefeld-Bern) zur Kenntnisnahme

am:

Rechtsmittelbelehrung:



Sofern eine Rechtsverletzung nach Art. 95 ff. BGG geltend gemacht wird, kann gegen diesen Entscheid gestützt auf Art. 82 lit. a BGG innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde erhoben werden.