



## Gutachten

---

2008.14 (S. 201-220 )

### **Vereinbarkeit genetischer und morphologischer Untersuchungen von Embryonen in vitro mit Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV**

EJPD, Bundesamt für Justiz, Direktionsbereich Öffentliches Recht, Fachbereich I für Rechtsetzung

**Gutachten vom 15. Oktober 2007 und 22. Januar 2008**

---

**Stichwörter:** «3er-Regel»; Selektion von Embryonen; Präimplantationsdiagnostik; Kryokonservierung von Embryonen; Morphologische Untersuchung von Embryonen.

**Mots clés:** «Règle de trois»; sélection d'embryons; diagnostic préimplantatoire; cryoconservation d'embryons; examen morphologique d'embryons.

**Termini chiave:** «Regola dei tre embrioni»; selezione di embrioni; diagnosi preimpianto (DPI); crioconservazione di embrioni; indagini morfologiche di embrioni.

---

#### **Regeste:**

Die Herstellung von drei Embryonen in vitro ist nur noch in jenen Fällen verfassungskonform, in denen sich eine Frau von Anfang an bereit erklärt, sich drei Embryonen implantieren zu lassen, falls sich drei Eizellen zu implantierbaren Embryonen entwickeln (Ziff. II). Die Zulassung der PID bei rechtmässig hergestellten Embryonen in vitro zum Zwecke des Nachweises einer schweren genetischen Erkrankung ist mit Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV vereinbar (Ziff. III). Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV verbietet, Embryonen mit dem Ziel der Verhinderung einer risikoreichen Mehrlingsschwangerschaft zu kryokonservieren. Hingegen dürfen rechtmässig hergestellte, aber planwidrig nicht sofort implantierte Embryonen zu Fortpflanzungszwecken kryokonserviert werden (Ziff. IV).

#### **Regeste:**

La production de trois embryons in vitro n'est plus conforme à la Constitution que dans les cas où une femme se déclare, dès le départ, prête à se faire implanter trois embryons et où trois ovules se développent en embryons implantables (ch. II). L'art. 119, al. 2, let. c, de la Constitution permet, pour les embryons in vitro produits de manière licite, la réalisation d'un diagnostic préimplantatoire dans le but de détecter une grave maladie génétique (ch. III). L'art. 119, al. 2, let. c, de la Constitution interdit de cryoconserver des embryons dans le but d'empêcher une grossesse multiple risquée. Des embryons produits de manière licite, mais qui n'ont pas été implantés conformément aux prévisions, peuvent être cryoconservés à des fins de reproduction (ch. IV).

#### **Regesto:**

La produzione di tre embrioni in vitro è conforme alle disposizioni costituzionali solo nei casi in cui dall'inizio una donna si dichiara disposta a farsi impiantare tre embrioni, qualora tre oociti si sviluppino in embrioni impiantabili (n. II). L'autorizzazione per la DPI per gli embrioni in vitro prodotti conformemente al diritto allo scopo di accertare una grave malattia genetica è compatibile con l'art. 119 cpv. 2 lett. c Cost. (n. III). L'art. 119 cpv. 2 lett. c Cost. vieta di crioconservare gli embrioni allo scopo di impedire il rischio di una gravidanza plurigemellare. Per contro, gli embrioni prodotti conformemente al diritto, ma che contrariamente al piano non sono immediatamente impiantati possono essere crioconservati a scopo di procreazione (n. IV).

---

**Rechtliche Grundlagen:**

Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101);

Art. 17 Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG; SR 810.11).

**Base juridique:**

Art. 119 al. 2 let. c Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101);

Art. 17 Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA; RS 810.11).

**Base giuridica:**

Art. 119 cpv. 2 let. c Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Cost.; RS 101);

Art. 17 Legge federale del 18 dicembre 1998 concernente la procreazione con assistenza medica (Legge sulla medicina della procreazione, LPAM; RS 810.11).

---

## I. Fragestellung

1. Im Jahr 2005 nahm das Parlament die Motion vom 2. September 2004 der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrates an. Die Motion beauftragt den Bundesrat, «eine Regelung vorzulegen, welche die Präimplantationsdiagnostik (PID) ermöglicht und deren Rahmenbedingungen festlegt»<sup>1</sup>. Das mit den entsprechenden Gesetzgebungsarbeiten beauftragten Bundesamt für Gesundheit prüfte hierauf eine Regelung, welche die Präimplantationsdiagnostik zum Zwecke des Nachweises einer schweren genetischen Erkrankung im Rahmen der sog. «3er-Regel» für zulässig erklärt. Zudem sollte die Regelung die Kryokonservierung von Embryonen mit dem Ziel der Verwendung in einem Folgezyklus erlauben.
2. Mit Schreiben vom 7. Mai 2007 gelangte das Bundesamt für Gesundheit an das Bundesamt für Justiz, um die Vereinbarkeit der geplanten Regelung der Präimplantationsdiagnostik mit Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV abklären zu lassen. Im Einzelnen stellte das Bundesamt für Gesundheit folgende Fragen.
  - Ist die Zulassung der PID zum Zwecke des Nachweises einer schweren genetischen Erkrankung mit Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV vereinbar?
  - Dürfen gemäss Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV Embryonen – mit dem Ziel der Verhinderung einer risikoreichen Mehrlingsschwangerschaft – zu Fortpflanzungszwecken (Transfer in einem Folgezyklus, falls es beim ersten Mal nicht zu einer Schwangerschaft kommt) kryokonserviert oder müssen nicht transferierte Embryonen sofort vernichtet werden?
  - Ist die Selektion von Embryonen nach morphologischen Kriterien (keine oder geringe Entwicklungschance) vor deren Transfer in die Gebärmutter mit Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV vereinbar?

Das Bundesamt für Justiz nahm in zwei Gutachten vom 15. Oktober 2007 und 22. Januar 2008 zu diesen Fragen Stellung. Dabei behandeln die Gutachten ausschliesslich die gestellten Fragen. Nicht thematisiert wird dagegen die Verfassungskonformität einer PID, die von der «3er-Regel» abweicht. Ebenso wenig werden die gestellten Fragen aus grundrechtlicher Sicht beurteilt, namentlich aus Sicht der Menschenwürde und der persönlichen Freiheit.

## II. Vorbemerkung zur «3er-Regel»

3. Die «3er-Regel» ist in Art. 17 Abs. 1 FMedG<sup>2</sup> verankert und bedeutet, dass ausserhalb des Körpers der Frau (in vitro) *höchstens drei* Eizellen zu Embryonen entwickelt werden dürfen. Diese Bestimmung konkretisiert den verfassungsrechtlichen Grundsatz, wonach nur so viele Embryonen in vitro hergestellt werden dürfen, als der Frau sofort eingepflanzt werden können (Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV)<sup>3</sup>. Zweck dieses Grundsatzes ist es, die Entstehung von überzähligen Embryonen, die der Frau nicht implantiert werden können, soweit wie möglich zu verhindern<sup>4</sup>.
4. Offenbar entspricht es heute weit verbreiteter fortpflanzungsmedizinischer Praxis, als Regel nur zwei Embryonen oder sogar nur einen Embryo zu transferieren, um für Mutter und Kind risikoreiche Mehrlingsschwangerschaften möglichst zu vermeiden<sup>5</sup>. Aus ver-

<sup>1</sup> Motion WBK-NR vom 2. Sept. 2004 (04.3439): Zulassung Präimplantationsdiagnostik.

<sup>2</sup> Fortpflanzungsmedizingesetz vom 18. Dezember 1998 (SR 810.11).

<sup>3</sup> Zum Verhältnis von Art. 17 Abs. 1 FMedG zu Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV AB 1997 SR 693 (Votum Koller, Bundesrat).

<sup>4</sup> Dazu unten Ziff. 12.

<sup>5</sup> Dazu etwa RUDOLF NEIDERT, «Entwicklungsfähigkeit» als Schutzkriterium und Begrenzung des Embryonenschutzgesetzes. Inwieweit ist der Single-Embryo-Transfer zulässig?, in: MedR (2007) 25: 279-286.

fassungsrechtlicher Sicht bedeutet dies Folgendes: Soweit Patientinnen im Rahmen einer In-vitro-Fertilisation in Übereinstimmung mit dem medizinischen Standard *beabsichtigen*, sich höchstens zwei oder sogar nur einen Embryo implantieren zu lassen, dürfen auch nur zwei Embryonen bzw. nur ein Embryo in vitro hergestellt werden. Mit der Herstellung von drei Embryonen in vitro würde dagegen in solchen Fällen *planmässig* in Kauf genommen, dass zumindest ein Embryo nicht sofort implantiert werden kann, also überzählig ist. Damit würden – entgegen Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV – mehr Embryonen in vitro erzeugt, als der Frau sofort eingepflanzt werden können.

5. Die Herstellung von drei Embryonen in vitro ist somit nur noch in jenen Fällen verfassungskonform, in denen sich eine Frau von Anfang an bereit erklärt, sich drei Embryonen implantieren zu lassen, falls sich drei Eizellen zu implantierbaren Embryonen entwickeln. In den anderen Fällen entspricht jedoch die Herstellung von drei Embryonen angesichts der veränderten Praxis nicht mehr der Verfassung. Aus diesem Grund wird in den nachfolgenden Ausführungen nicht von der «3er-Regel», sondern von «rechtmässig erzeugten» bzw. «rechtmässig hergestellten» Embryonen die Rede sein. «Rechtmässig» bedeutet dabei «in Übereinstimmung mit dem Grundsatz gemäss Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV».

### **III. Ist die Zulassung der PID zum Zwecke des Nachweises einer schweren genetischen Erkrankung mit Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV vereinbar?**

#### **A. Auslegung von Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV**

##### **a) Fragestellung**

6. Um zu beurteilen, ob die Zulassung der PID mit Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV vereinbar ist, muss in einem ersten Schritt diese Verfassungsbestimmung ausgelegt werden. Die Auslegung von Verfassungsbestimmungen orientiert sich – wie die Auslegung jeder Rechtsnorm – an ihrem Wortlaut, ihrer systematischen Stellung, ihrem Zweck und ihrer Entstehungsgeschichte<sup>6</sup>. Entsprechung wird nachfolgend Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV grammatikalisch, systematisch, teleologisch und historisch interpretiert. Das Auslegungsergebnis ist dann aus dem Zusammenspiel der verschiedenen Auslegungskriterien zu ermitteln.

##### **b) Grammatikalische Auslegung**

7. Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV lautet:

«Die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung dürfen nur angewendet werden, wenn die Unfruchtbarkeit oder die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit nicht anders behoben werden kann, nicht aber um beim Kind bestimmte Eigenschaften herbeizuführen oder um Forschung zu betreiben; die Befruchtung menschlicher Eizellen ausserhalb des Körpers der Frau ist nur unter den vom Gesetz festgelegten Bedingungen erlaubt; es dürfen nur so viele menschliche Eizellen ausserhalb des Körpers der Frau zu Embryonen entwickelt werden, als ihr sofort eingepflanzt werden können.»

Diese Bestimmung spricht an keiner Stelle von «genetischer Untersuchung», «genetischer Diagnostik», «Untersuchung des Erbguts» oder dergleichen. Die Methode der PID wird in dieser Bestimmung nicht ausdrücklich angesprochen. Die grammatikalische Auslegung ergibt damit keinen Hinweis zur Frage, ob Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV die PID zulässt.

<sup>6</sup> BGE 128 I 327 E. 2.1 S. 330 *Botta* mit Hinweisen. Aus der Lehre RENE RHINOW, Grundzüge des schweizerischen Verfassungsrechts, Basel/Genf/München 2003, N 442, 458 ff.

### c) Systematische Auslegung

8. Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV ist in einen Zusammenhang mit den anderen Grundsätzen in Art. 119 Abs. 2 BV zu stellen. Zunächst ist das Verhältnis zu Art. 119 Abs. 2 Bst. a BV zu betrachten. Diese Norm verbietet unter anderem *Eingriffe in das Erbgut von Embryonen*. Wie das Bundesamt für Justiz bereits in seinem Gutachten von 1995 zu Art. 24<sup>novies</sup> aBV (= Art. 119 BV) zum Schluss gekommen ist, verbietet Art. 119 Abs. 2 Bst. a BV Untersuchungen des Erbgutes von Embryonen nicht. Schutzgut dieser Norm ist die individuell determinierte Erbinformation des Embryos, welche vor Veränderungen bewahrt werden soll. Die PID führt zu keinen Veränderungen des individuellen Erbgutes und wird damit durch Art. 119 Abs. 2 Bst. a BV nicht ausgeschlossen<sup>7</sup>. Umgekehrt kann aus Art. 119 Abs. 2 Bst. a BV auch nicht geschlossen werden, dass der Verfassungsgeber implizit von der Zulässigkeit genetischer Untersuchungen des Embryos ausging. Demzufolge ergeben sich aus dieser Bestimmung keine Anhaltspunkte für die Auslegung von Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV.
9. Mögliche Hinweise folgen sodann aus dem Verhältnis von Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV zu Art. 119 Abs. 2 Bst. f BV. Danach *darf das Erbgut einer Person nur untersucht, registriert oder offenbart werden*, wenn die betroffene Person zustimmt oder das Gesetz es vorschreibt. Mit dieser Bestimmung wird für genetische Untersuchungen beim Menschen ein Gesetzesvorbehalt aufgestellt. Aus den Materialien ergibt sich, dass auch genetische Untersuchungen bei Embryonen und Föten von diesem Gesetzesvorbehalt erfasst sind<sup>8</sup>. Daraus könnte e contrario geschlossen werden, dass es Sache des Gesetzgebers sein soll, genetische Untersuchungen beim Embryo in vitro, d.h. die PID zu regeln. Allerdings ist auch eine Interpretation nicht ausgeschlossen, wonach Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV genetische Untersuchungen von Embryonen verbietet und somit im Verhältnis zu Art. 119 Abs. 2 Bst. f BV *lex specialis* ist. Demnach lassen sich auch aus dem Zusammenhang zwischen Art. 119 Abs. 2 Bst. c und Bst. f BV in Bezug auf die Frage, ob die PID verfassungsrechtlich zulässig ist, keine Schlüsse ziehen.

### d) Teleologische Auslegung

10. Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV verfolgt zwei Zwecke, die mit Blick auf die Frage der Zulässigkeit der PID von Bedeutung sind. Zum einen soll die unerwünschte Selektion von menschlichem Leben, zum andern die Entstehung überzähliger Embryonen verhindert werden.
11. Der erstgenannte Zweck ergibt sich aus Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 1 BV. Darin wird geregelt, zu welchen Zwecken die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, insbesondere die In-vitro-Fertilisation (IVF), angewendet werden dürfen. Das Anliegen, unerwünschte Selektion zu verhindern, kommt im Verbot zum Ausdruck, «beim Kind bestimmte Eigenschaften herbeizuführen»<sup>9</sup>. Dagegen sind gemäss Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung zulässig, wenn «*die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit nicht anders behoben werden kann*». Gemäss Verfassung findet somit keine unerwünschte Selektion statt, wenn die PID eingesetzt wird, um die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit zu beheben, und wenn diese Gefahr nicht mit anderen Mitteln als denjenigen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung behoben werden kann. Eine PID, welche den Nachweis einer schweren genetischen Erkrankung bezweckt, erfüllt diese Voraussetzungen. Sie gerät demnach mit dem Zweck, eine unerwünschte Selektion zu verhindern, nicht in Konflikt.
12. Der zweitgenannte Zweck – die Vermeidung überzähliger Embryonen – ergibt sich aus Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV. Danach «*dürfen nur so viele menschliche Eizellen aus-*

<sup>7</sup> Zum Ganzen Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 17. Nov. 1995, in: VPB 1996 III 575-608 S. 595 ff.

<sup>8</sup> RAINER J. SCHWEIZER, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Bd. I, Basel/Zürich/Bern 1995, Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 1 und 2 aBV, Rz. 88, 92, 94, 96, mit Hinweis auf die Kommissionsprotokolle in Fn. 305. Sodann Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen, in: BBl 2002 7392 f.

<sup>9</sup> Vgl. SCHWEIZER (Fn. 8), Rz. 76.

*serhalb des Körpers der Frau zu Embryonen entwickelt werden, als ihr sofort eingepflanzt werden können».* Diese Bestimmung wurde von den Räten eingefügt, um möglichst zu verhindern, dass im Verfahren der IVF überzähligen Embryonen entstehen<sup>10</sup>. Eine PID zum Zweck des Nachweises einer schweren genetischen Erkrankung führt nun aber tendenziell dazu, dass im Verfahren der IVF vermehrt überzählige Embryonen entstehen<sup>11</sup>. Denn mit Hilfe der PID lassen sich Embryonen mit schweren Erbkrankheiten identifizieren und aussondern. Ohne PID würden solche Embryonen in die Gebärmutter eingepflanzt, falls sie von aussen betrachtet als entwicklungsfähig erscheinen. Demzufolge läuft die PID dem Zweck zuwider, der Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV zugrunde liegt.

## e) Historische Auslegung

13. Den Materialien zu Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV (= Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. c aBV) lässt sich zur Zulässigkeit der PID nichts entnehmen. Die PID war zur Zeit der Beratungen dieser Verfassungsbestimmung in den Jahren 1990 und 1991 noch keine etablierte Methode in der Fortpflanzungsmedizin. In der parlamentarischen Plenumsdebatte wurde die PID nur einmal erwähnt, und zwar in einem Votum von Nationalrat Baerlocher:

«Im Zusammenspiel mit der IVF wird die Präimplantationsdiagnostik möglich. Mit diesen Methoden wird auf der einen Seite die Eliminierung unerwünschter Lebensformen, auf der anderen Seite die Züchtung erwünschter Eigenschaften möglich. Mit anderen Worten: Mit der IVF wird gentechnologischen Manipulationen am Menschen Tür und Tor geöffnet. Daher muss gelten: Kein Griff zur Eizelle, und das heisst: Verbot von IVF und GIFT.»<sup>12</sup>

In diesem Votum werden die Gefahren einer PID als Argument benutzt, um ein Verbot der IVF als solcher zu begründen. Für die Auslegung von Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV, der die IVF gerade unter einschränkenden Bedingungen zulässt, lässt sich daraus nichts gewinnen.

## f) Zusammenspiel der Auslegungskriterien

14. Die Auslegung von Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV anhand der einzelnen Kriterien ergibt somit folgendes Bild:
- grammatikalische Auslegung: Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV enthält kein Verbot der PID;
  - systematische Auslegung: keine Hinweise;
  - teleologische Auslegung: PID widerspricht dem Zweck, der Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV zugrunde liegt;
  - historische Auslegung: keine Hinweise.
15. Die grammatikalische und die teleologische Auslegung sprechen demnach nicht für dasselbe Auslegungsergebnis. Der Zweck von Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV legt im Vergleich zum Wortsinn ein extensiveres Verständnis nahe. Für den Verfassungsinterpreten stellt sich die Frage, ob er den Wortsinn einer Verfassungsbestimmung unter Berufung auf ihren Zweck ausdehnen darf. Methodisch gesprochen handelte es sich bei einer solchen Ausdehnung um einen *Analogieschluss*. Grundsätzlich gehören Analogieschlüsse nicht mehr zur Auslegung, sondern zur Rechtsfortbildung<sup>13</sup>. Im Bereich des öffentlichen

<sup>10</sup> Vgl. SCHWEIZER (Fn. 8), Rz. 79. Sodann BGE 119 IA 460 E. 11b S. 498.

<sup>11</sup> Ebenso HERMANN SCHMID, Aspekte des Reproduktions- und Kontrazeptionsrechts, in: FS Heinrich Koller, Basel/Genf/München 2006, 87-96, S. 92.

<sup>12</sup> AB 1991 NR 590. Sodann Prot. Komm. SR vom 12. Februar 1990, S. 70 f.: Diskussion der Frage, ob es sich bei der PID um einen verbotenen Eingriff in das Erbgut von Embryonen handle, was verneint wurde.

<sup>13</sup> Vgl. BGE 98 Ia 35 E. 3 S. 39 f. (mit einer Zusammenfassung der älteren Rechtsprechung zum Analogieschluss im Verwaltungsrecht); 106 II 47 E. 4a S. 53 f.; 107 Ia 112 E. 2b S. 117; 128 I 34 E. 3b S. 41.

Rechts erachtet das Bundesgericht jedoch ausnahmsweise Analogieschlüsse als mit dem Gesetzmässigkeitsprinzip vereinbar, wenn zwischen den verglichenen Regeln «hinreichend gleich gelagerte Verhältnisse» bzw. «hinreichende sachliche Gemeinsamkeiten» vorliegen<sup>14</sup>.

16. Im vorliegenden Fall ist fraglich, ob die in Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV explizit verankerte Beschränkung der Herstellung von Embryonen in vitro und ein Verbot der Präimplantationsdiagnostik auf «hinreichend gleich gelagerten Verhältnissen» beruhen. Auf der einen Seite leisten die beiden Massnahmen einen unterschiedlich Beitrag zur Vermeidung überzähliger Embryonen. Während die Beschränkung der Herstellung von Embryonen die Entstehung überzähliger Embryonen mit hoher Wirksamkeit zu verhindern vermag, hätte ein Verbot der Präimplantationsdiagnostik diesbezüglich nur noch einen relativen geringen zusätzlichen Effekt. Auf der anderen Seite greifen die beiden Massnahmen in unterschiedlicher Weise in Rechtsgüter und Interessen von fortpflanzungswilligen Paaren ein. Die Beschränkung der Herstellung von Embryonen in vitro erschwert das Verfahren der IVF und schränkt damit den grundrechtlich geschützten Kinderwunsch ein, drängt diesen aber nicht gänzlich zurück. Dagegen führt ein Verbot der PID dazu, dass Paare, bei denen ein hohes Risiko besteht, eine schwere genetische Erkrankung auf ihre Nachkommenschaft zu übertragen, ihren Wunsch nach eigenen – gesunden – Kindern praktisch nicht erfüllen können<sup>15</sup>. Damit beruht ein Verbot der PID auf einer anders gelagerten Interessenabwägung als die Beschränkung der Herstellung von Embryonen in vitro. Die beiden Massnahmen verlangen unterschiedliche rechtspolitische Wertungen<sup>16</sup>. Entsprechend lässt sich nicht von «gleich gelagerten Verhältnissen» im Sinne des Bundesgerichts sprechen. Ein Analogieschluss würde demnach vorliegend den Rahmen der Auslegung sprengen.
17. Die Materialien zu Art. 119 BV bestätigen, dass ein Analogieschlusses von Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV auf ein Verbot der PID nicht statthaft ist. In den parlamentarischen Verhandlungen hielt der damalige Bundesrat Koller fest:

«Im übrigen habe ich Bedenken, ob mit dem Antrag Hänsenberger noch die gewünschte Offenheit des Verfassungstextes gewährleistet ist. Durch die Einführung des Wörtchens 'nur' würden Sie in dieser Litera d erstmals eine abschliessende, limitative Aufzählung der möglichen Anwendungsfälle der künstlichen Fortpflanzung in den Verfassungstext aufnehmen. Das wäre eine methodische Neuerung, die bisher abgelehnt wurde. Wir wollten nur *punktueller, gezielter Verbote* für jene Anwendungen, bei denen schon heute der Konsens besteht, dass wir sie untersagen wollen.»<sup>17</sup>

Der historische Verfassungsgeber verstand demnach die in Art. 119 Abs. 2 BV aufgezählten Grundsätze als punktuelle, gezielte Verbote, welche zum damaligen Zeitpunkt von einem Konsens getragen waren. Die Frage, ob der Verfassungsgeber die PID verbieten soll, stand in den Räten gar nicht zur Diskussion, weshalb von einem diesbezüglichen Konsens keine Rede sein kann. Demzufolge verbietet sich ein Analogieschluss vom explizit genannten Verbot, mehr Embryonen herzustellen, als der Frau sofort eingepflanzt werden können, zu einem Verbot der PID, das weder in den Räten debattiert wurde, noch im Verfassungstext Niederschlag fand.

<sup>14</sup> Beide Zitate in BGE 129 V 345 E. 4.1. S. 346; sodann BGE 129 V 27 E. 2.2. S. 30; vgl. auch BGE 125 III 123 E. 1d und e S. 128 ff.

<sup>15</sup> Vgl. Bericht WBK-NR vom 29. Nov. 2004 zur Parlamentarischen Initiative Gutzwiller (04.423).

<sup>16</sup> 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) vom 26. Juni 1996, in: BBI 1996 III 256: «Im Vernehmlassungsverfahren ist die Präimplantationsdiagnostik, die zur Zeit in der Schweiz nicht praktiziert wird, sehr kontrovers diskutiert worden. Das zeigt, dass der Gesetzgeber vor schwierige Wertungsfragen gestellt ist.»

<sup>17</sup> AB 1990 SR 491 (Hervorhebung durch uns).

### **g) Zwischenergebnis**

18. Die Auslegung von Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV führt zum Ergebnis, dass diese Bestimmung kein Verbot der PID zum Zwecke des Nachweises einer schweren genetischen Erkrankung enthält<sup>18</sup>.

## **B. Fortbildung von Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV durch die Rechtspraxis**

### **a) Fragestellung**

19. Art. 119 BV trat als Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 1 und 2 aBV 1992 in Kraft. Es stellt sich die Frage, ob die Bestimmung in der Zwischenzeit durch die Praxis fortgebildet worden ist. Das Bundesgericht, das die Bundesverfassung primär fortbildet, setzte sich in seinem Urteil zur Verfassungsmässigkeit des Stadt-Basler Fortpflanzungsmedizingesetzes von 1993 mit Art. 119 BV auseinander. Dabei machte das Gericht indessen keine Aussagen zur Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der PID mit Blick auf Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV<sup>19</sup>. Dagegen haben Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesverwaltung im Rahmen der Vorbereitung von Gesetzen bestimmte Aussagen zu Verfassungskonformität der PID gemacht. Diese Aussagen können zwar nicht dieselbe Verbindlichkeit wie richterlich fortgebildetes Verfassungsrecht beanspruchen. Soweit sie aber ein einheitliches Bild ergeben, sollten Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesverwaltung im Interesse einer konsistenten und stabilen Praxis nicht ohne triftige Gründe davon abweichen.

### **b) Gutachten des Bundesamtes für Justiz von 1995**

20. Wie bereits angesprochen setzte sich das Bundesamt für Justiz in einem Gutachten von 1995 mit der Frage auseinander, ob die PID mit Art. 119 BV vereinbar sei. Die verfassungsrechtliche Prüfung erfolgte primär unter dem Blickwinkel von Art. 119 Abs. 2 Bst. a BV. Das Bundesamt für Justiz kam dabei zu folgendem Ergebnis:

«Entstehungsgeschichte und inhaltliche Auslegung von Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. a BV lassen den Schluss zu, dass die Methoden der Präimplantationsdiagnostik sicher dann mit der Verfassung zu vereinbaren sind, wenn sie auf somatische Embryonalzellen angewendet würden. Das Abspalten von Embryonalzellen zu Diagnosezwecken stellt für sich alleine keinen verfassungswidrigen Eingriff in den Embryo dar. (...) Dem Grundsatz der Missbrauchsvermeidung zufolge ist der Gesetzgeber allerdings aufgefordert, eine tendenziell restriktive Lösung zu wählen. Hinzu kommt, dass die durch die Präimplantationsdiagnostik eröffneten *Selektions- und Steuerungsmöglichkeiten dann in Konflikt geraten können mit Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. c BV*, wenn die Herausbildung oder Unterdrückung bestimmter Eigenschaften des werdenden Menschen bzw. die Eliminierung von Embryonen mit bestimmten Eigenschaften nachgerade durch die Diagnose provoziert würde.»<sup>20</sup>

Das Gutachten erachtete somit die PID im Hinblick auf Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. c aBV (= Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV) dann als problematisch, wenn sie dazu verwendet wird, beim Kind bestimmte Eigenschaften herbeizuführen. Zur Frage, ob die Zulassung der PID

<sup>18</sup> Im Ergebnis auch RAINER J. SCHWEIZER, Verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben für den Umgang mit Embryonen, Föten sowie Zellen und Geweben, Gutachten zu Händen des Bundesamtes für Gesundheit, Zürich 2002, S. 80: «Ein 'Ausscheiden' des Embryos ist demnach nur gerechtfertigt, wenn es unstreitig im Interesse von Leben und Gesundheit der Mutter oder in extremen Fällen des Kindes sowie in jeder Beziehung verhältnismässig ist.»

<sup>19</sup> Vgl. BGE 119 Ia 460 E. 6c S. 480 f., E. 7c S. 487, E. 7e S. 489, E. 11b S. 497.

<sup>20</sup> Gutachten BJ (Fn. 7), S. 607 (Hervorhebungen nicht im Original).

zum Zwecke des Nachweises einer *schweren genetischen Erkrankung* mit Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV vereinbar ist, äusserte sich das Gutachten nicht.

### c) Botschaft und Parlamentsdebatte zum Fortpflanzungsmedizingesetz

21. Sodann lassen sich der Botschaft und den Beratungen zum Fortpflanzungsmedizingesetz gewisse Aussagen zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der PID entnehmen. Die Botschaft begründete das Verbot der PID in Art. 5 Abs. 3 FMedG wie folgt:

«Unabhängig von diesen unterschiedlichen Auffassungen ist festzustellen, dass die *Langzeitfolgen* der Präimplantationsdiagnostik für den untersuchten Embryo nicht bekannt sind. Immerhin stellt das Ablösen einer Zelle *für den einzelnen Embryo ein Risiko dar*, unter Umständen geht er am Eingriff zugrunde. Schliesslich besteht die Möglichkeit, die sich allerdings nicht näher beziffern lässt, dass ein genetischer Defekt nur in den untersuchten Zellen vorliegt. Solche Mutationen könnten damit Anlass zu *schwerwiegenden Fehldiagnosen* sein. Zu beachten ist, dass bei der Präimplantationsdiagnostik einem möglichen Vorteil für die betroffenen Paare *schwere Bedenken bezüglich einer immer weiter ausgebauten und verfeinerten Embryonenselektion* gegenüberstehen. Gehört die Präimplantationsdiagnostik einmal zum Standard ärztlicher Kunst, so dürfte die Hemmschwelle immer geringer werden, den Embryo in vitro nach beliebigen Kriterien zu untersuchen und erwünschte Eigenschaften vor dem Transfer abzuklären. Eine Grenzziehung zwischen erlaubter Prävention und unerwünschter Selektion wird damit kaum mehr möglich. Hinzu kommt, dass die Präimplantationsdiagnostik ausschliesslich ein Test auf Lebenschance (Implantation) ist, zumal Hoffnungen auf eine therapeutische Hilfe vor dem Embryotransfer auf absehbare Zeit nicht bestehen. Eine Diagnostik in der Präimplantationsphase führt zu einem *Automatismus zwischen einem mutmasslichen genetischen Schaden und der Verwerfung des ungeborenen Lebens*, der in der Prä-nataldiagnostik keine Parallele hat.»<sup>21</sup>

Die Botschaft zum Fortpflanzungsmedizingesetz begründete somit das Verbot der PID ausschliesslich mit rechtspolitischen Argumenten. Verfassungsrechtliche Argumente spielten dagegen keine Rolle.

22. In den parlamentarischen Verhandlungen zum Fortpflanzungsmedizingesetz stand im Ständerat der Antrag zur Diskussion, entgegen dem Bundesrat die Präimplantationsdiagnostik in beschränktem Rahmen zuzulassen. Der zuständige Bundesrat Koller berief sich gegen diesen Antrag mit keinem Wort auf die Verfassung<sup>22</sup>. Nachdem der Antrag im Ständerat knapp angenommen wurde, kam es auch im Nationalrat zu einer Diskussion über die Zulassung der Präimplantationsdiagnostik. Dabei argumentierte eine Befürworterin des Verbots mit der Verfassung:

«Die Präimplantationsdiagnostik ist auch aus verfassungsrechtlichen Gründen sehr fragwürdig. In Artikel 24<sup>novies</sup> Absatz 2 Buchstabe c der geltenden Bundesverfassung steht wörtlich: 'Es dürfen nur so viele menschliche Eizellen ausserhalb des Körpers der Frau zu Embryonen entwickelt werden, als ihr sofort eingepflanzt werden können.'»<sup>23</sup>

Dagegen berief sich eine Gegnerin des Verbots ebenfalls auf die Verfassung:

«In Artikel 24<sup>novies</sup> der Bundesverfassung ist festgehalten, dass die Verfahren der Fortpflanzungsmedizin angewendet werden dürfen, wenn die Unfruchtbarkeit auf andere Weise nicht behoben werden kann oder wenn eine schwere unheilbare Erbkrankheit nicht anders vermieden werden kann. Es ist aber ein Wi-

<sup>21</sup> Botschaft Fortpflanzungsmedizingesetz (Fn. 16), S. 257 (Hervorhebungen durch uns).

<sup>22</sup> Vgl. AB 1997 SR 689 (Votum Bundesrat Koller). Sodann AB 1997 SR 688 (Votum Gemperli).

<sup>23</sup> AB 1998 NR 1408 (Votum Weber).

derspruch in sich, wenn die Abwendung schwerer, unheilbarer Erbkrankheiten eine Indikation für medizinisch unterstützte Fortpflanzungsverfahren ist, die genetische Untersuchung des Embryos, d. h. die medizinische Anwendungsmethode, jedoch verboten ist.»<sup>24</sup>

Diese beiden Aussagen zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der PID wurden in der entsprechenden Debatte nicht weiter diskutiert. Demzufolge lässt sich den parlamentarischen Verhandlungen keine eindeutige Aussage zur Verfassungskonformität der PID entnehmen.

#### d) Vorstösse zur PID

23. Bereits vor Inkrafttreten des Fortpflanzungsmedizingesetzes auf das Jahr 2001 wurde eine parlamentarische Initiative eingereicht, welche die Präimplantationsdiagnostik in beschränktem Umfang legalisieren wollte<sup>25</sup>. Die zuständige Kommission nahm das Anliegen in Form einer Motion auf<sup>26</sup>. Das Parlament lehnte die Vorstösse ab. Bundesrätin Metzler begründete die Ablehnung nicht etwa mit einem Verweis auf die Verfassung, sondern mit dem Gebot der Worttreue:

«Bei der Volksabstimmung vom 12. März 2000, also vor zwei Jahren, hat der Bundesrat die Volksinitiative 'für menschenwürdige Fortpflanzung' als unverhältnismässig bezeichnet. Ein wesentliches Argument gegen die Volksinitiative war, dass das Fortpflanzungsmedizingesetz die gentechnologische Untersuchung des Embryos im Reagenzglas verbietet, und zwar im Sinne einer wirkamen Missbrauchsbekämpfung. Ich habe im Abstimmungskampf wiederholt auf diesen Zusammenhang hingewiesen, und auch der Bundesrat steht in dieser Frage im Wort. Ich verweise auf die sehr deutlichen Worte von Frau Müller-Hemmi im Zusammenhang mit dieser Volksabstimmung. Deshalb ist der Bundesrat auch der Auffassung, dass nur zwei Jahre nach dieser Abstimmung genau diese sehr heikle und sehr sensible Frage nicht anders beurteilt werden sollte, als wir es noch vor zwei Jahren engagiert und deutlich vor einer Volksabstimmung getan haben.»<sup>27</sup>

24. In den Verhandlungen zur parlamentarischen Initiative Gutzwiller<sup>28</sup> sowie zur entsprechenden Motion der Kommission von 2004<sup>29</sup>, die am 16. Juni 2005 angenommen wurde, stützten sich die Gegner der beiden Vorstösse teilweise auf Art. 119 BV, um ein Verbot der PID zu begründen<sup>30</sup>. Diese Aussagen sind für das Verständnis der Verfassung schon deshalb unbeachtlich, weil es sich angesichts der Annahme der Motion um Minderheitsauffassungen handelte.

#### e) Zwischenergebnis

25. Die Praxis der Bundesbehörden hat die Verfassung in Bezug auf die Frage, ob Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV die PID zulässt, nicht weiterentwickelt. Damit ist für die Bundesbehörden, insbesondere für den Bundesgesetzgeber, allein der Sinn von Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV massgebend, wie er sich aufgrund der Auslegung ergibt.

<sup>24</sup> AB 1998 NR 1409 (Votum Gadiant).

<sup>25</sup> Parlamentarische Initiative Polla Barbara vom 28. Nov. 2000 (00.455): Präimplantationsdiagnostik bei ernsthafter Gefährdung. Bewilligung.

<sup>26</sup> Motion WBK-NR vom 9. Nov. 2001 (01.3647): Präimplantationsdiagnostik bei ernsthafter Gefährdung. Bewilligung.

<sup>27</sup> AB 2002 NR 351.

<sup>28</sup> Parlamentarische Initiative Gutzwiller Felix vom 19. März 2004 (04.423): Präimplantationsdiagnostik. Bewilligung.

<sup>29</sup> Motion WBK-NR vom 2. Sept. 2004 (04.3439): Zulassung Präimplantationsdiagnostik.

<sup>30</sup> Vgl. AB 2005 NR 914 (Votum Simoneschi-Cortesi); 918 (Votum Wäfler).

## C. Führt die PID zu Verstössen gegen Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV?

### a) Fragestellung

26. Auch wenn Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV die PID nicht verbietet, ist nicht ausgeschlossen, dass diese Bestimmung durch die gesetzgeberische Zulassung der PID verletzt wird. Eine solche Verfassungswidrigkeit könnte sich ergeben, wenn die Zulassung der PID *in der Praxis* zu einem Zustand führt, der den in Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV verankerten Grundsätzen widerspricht. Mit der Zulassung der PID würde der Gesetzgeber mit anderen Worten eine *schiefe Ebene* («slippery slope») schaffen, auf der die Praxis über kurz oder lang von einem verfassungskonformen zu einem verfassungswidrigen Zustand «rutschen» würde. Bundesrat und Bundesversammlung begründeten das gegenwärtige Verbot der PID wiederholt mit solchen Befürchtungen. Im Vordergrund stand dabei die Sorge, dass die Zulassung der PID zu einer «immer weiter ausgebauten und verfeinerten Embryonenselektion»<sup>31</sup> führen könnte und sozusagen das «Einfallstor für eugenische Überlegungen»<sup>32</sup> öffnen würde. Darüber hinaus wurde auch vorgebracht, dass infolge einer Zulassung der PID unweigerlich mehr Embryonen *in vitro* hergestellt würden, als der Frau sofort eingepflanzt werden können<sup>33</sup>. Aus verfassungsrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob solche Befürchtungen einer schiefen Ebene einer Zulassung der PID entgegenstehen können.

### b) Folgenabschätzung als Sache des Gesetzgebers

27. Ob eine gesetzliche Regelung in der Praxis einen Prozess auslösen könnte, der zu verfassungswidrigen Zuständen führt, ist eine Frage der Folgenabschätzung. Im Rahmen einer juristischen Argumentation können nur jene Folgen einer Regelung als Entscheidungsgrundlage in Betracht gezogen werden, welche mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit<sup>34</sup> auftreten. Ansonsten ist die Folgenabschätzung eine politische Frage und daher Sache des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber hat zu entscheiden, ob und inwieweit er bestimmte Risiken eingehen will.
28. Im vorliegenden Fall stehen Folgen zur Diskussion, die durch *gesetzeswidriges* Verhalten der Rechtsadressaten herbeigeführt werden könnten. Solange die Rechtsadressaten die geplante gesetzliche Regelung – die Zulassung der PID an rechtmässig erzeugten Embryonen zum Zwecke des Nachweises einer schweren genetischen Erkrankung – respektieren, resultiert auch kein verfassungswidriger Zustand. Eine schiefe Ebene hin zu einem verfassungswidrigen Zustand kann sich erst dann ergeben, wenn die Rechtsadressaten die vorgesehenen gesetzlichen Grenzen der PID überschreiten. Dass es *in Einzelfällen* zu solchen Überschreitungen kommt, ist nicht auszuschliessen. Dass aber eine *allgemeine gesetzeswidrige Praxis* entsteht und von den Behörden toleriert wird, ist für den Verfassungsinterpreten zu spekulativ. Es ist daher eine Sache politischer Argumentation und Entscheidung, die Gefahr einer schiefen Ebene zu bewerten. Die Verfassung kann vom Gesetzgeber einzig verlangen, hinreichende Kontroll- und Aufsichtsinstrumente vorzusehen, um Verfassungs- und Gesetzesverletzungen nach Möglichkeit zu verhindern.

<sup>31</sup> Botschaft Fortpflanzungsmedizingesetz (Fn. 16), S. 257. Zitiert in AB 1998 NR 1411 (Votum Dormann).

<sup>32</sup> AB 1998 NR 1409 (Votum Grossenbacher). Zitiert in AB 2002 N 347 (Votum Studer); AB 2005 N 912 (Votum Studer). Sodann in dieselbe Richtung argumentierend AB 1998 NR 1408 (Votum Weber), 1409 f. (Votum Genner); AB 2002 NR 349 (Votum Widmer); Bericht WBK-NR vom 29. Nov. 2004 zur Parlamentarischen Initiative Gutzwiller (04.423), Minderheitsmeinung; AB 2005 NR 912 f. (Widmer), 913 (Votum Häberli-Koller), 914 (Votum Simoneschi-Cortesi), 916 (Votum Baumann), 917 (Votum Graf), 918 (Votum Wäfler), 920 (Votum Hollenstein).

<sup>33</sup> Vgl. AB 2005 NR 914 (Votum Simoneschi-Cortesi).

<sup>34</sup> Man kann hier den Massstab der Adäquanz anlegen und jene Folgen als juristisch beurteilbar ansehen, welche nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eintreten können.

**c) Zwischenergebnis**

29. Es ist am Gesetzgeber, die Gefahr einer schiefen Ebene abzuschätzen, die sich infolge einer begrenzten Zulassung der PID ergeben könnte. Falls der Gesetzgeber die PID zulässt, hat er jedenfalls hinreichende Kontroll- und Aufsichtsinstrumente vorzusehen, um Verfassungs- und Gesetzesverletzungen nach Möglichkeit zu verhindern.

**IV. Dürfen gemäss Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV Embryonen – mit dem Ziel der Verhinderung einer risikoreichen Mehrlingsschwangerschaft – zu Fortpflanzungszwecken kryokonserviert werden oder müssen nicht transferierte Embryonen sofort vernichtet werden?**

**A. Auslegung von Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV**

**a) Fragestellung**

30. Wiederum ist in einem ersten Schritt mittels Auslegung zu fragen, ob Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV ein Verbot der Kryokonservierung enthält. Um diese Auslegungsfrage zu beantworten, ergeben sich mögliche Anhaltspunkte aus dem Wortlaut, dem Zweck und der Entstehungsgeschichte von Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV. Demgegenüber lassen sich der Systematik von Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV keine Hinweise entnehmen.

**b) Grammatikalische Auslegung**

31. Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV erwähnt die Kryokonservierung bzw. die Aufbewahrung von Embryonen in vitro nicht. Allerdings enthält der Wortlaut von Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV einen indirekten Hinweis auf die Frage der Aufbewahrung, und zwar mit dem Wort «*sofort*». Nach Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV dürfen nur so viele Embryonen in vitro hergestellt werden, als der Frau «*sofort* eingepflanzt werden können». Mit «*sofort*» ist dabei «im selben Zyklus»<sup>35</sup> gemeint. Daraus könnte geschlossen werden, dass eine Aufbewahrung von Embryonen in vitro über den jeweiligen Zyklus hinaus generell unzulässig ist.
32. Der Grundsatz in Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV ist indessen als Ganzes zu lesen. Der Grundsatz regelt die Frage, wie viele Embryonen in vitro *hergestellt* werden dürfen. Der Nebensatz «als ihr sofort eingepflanzt werden können» bestimmt dabei die zulässige Anzahl herstellbarer Embryonen in vitro. Dieser Nebensatz sagt jedoch nicht, was mit einmal hergestellten, aber nicht implantierten Embryonen in vitro passieren soll<sup>36</sup>. Insbesondere sagt der Nebensatz nicht, dass nicht implantierte Embryonen in vitro nicht aufbewahrt werden dürfen. Der Wortlaut von Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV kann damit nur im Sinne einer Herstellungsregelung, nicht aber einer Aufbewahrungsregelung verstanden werden<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> AB 1991 SR 452 (Votum Simmen).

<sup>36</sup> Ebenso SCHWEIZER (Fn. 8), Rz. 79 am Ende.

<sup>37</sup> Vgl. AB 1991 N 615 (Votum Darbellay): Nur die Frage der Herstellung, nicht aber der Einpflanzung von Embryonen in vitro wird durch Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. c Satz 3 aBV (Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV) geregelt.

### c) Teleologische Auslegung

33. Wie bereits ausgeführt besteht der Zweck von Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV darin, die Entstehung überzähliger Embryonen zu vermeiden<sup>38</sup>. Überzählig sind jene Embryonen, die nicht zur Herbeiführung einer Schwangerschaft verwendet werden können und deshalb keine Überlebenschance haben<sup>39</sup>. Es stellt sich die Frage, ob mit der Aufbewahrung von Embryonen in vitro über den gleichen Zyklus hinaus überzählige Embryonen geschaffen würden und dadurch der Zweck von Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV verletzt wäre.
34. Die Gutachtensfrage ist in dieser Hinsicht mehrdeutig. Einerseits spricht sie von einer Konservierung «mit dem Ziel der Verhinderung einer risikoreichen Mehrlingsschwangerschaft». Andererseits geht sie davon aus, dass nur solche Embryonen in vitro konserviert werden sollen, die rechtmässig erzeugt worden sind und *planwidrig* nicht sofort implantiert werden können. – Eine Konservierung von Embryonen in vitro im erstgenannten Sinn, d.h. eine Konservierung mit dem Ziel der Verhinderung einer risikoreichen Mehrlingsschwangerschaft, widerspricht dem Zweck von Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV. Denn eine solche Konservierung impliziert, dass planmässig mehr Embryonen hergestellt werden, als der Frau sofort eingepflanzt werden können. Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV verlangt dagegen, dass das Ziel, eine risikoreiche Mehrlingsschwangerschaft zu verhindern, bereits in die Berechnung der Anzahl herzustellender Embryonen einbezogen wird. So würde etwa die Herstellung von drei Embryonen mit dem Ziel, mindestens einen Embryo für eine allfällige Implantation in einem Folgezyklus aufbewahren zu können, die Entstehung von überzähligen Embryonen von vornherein in Kauf nehmen. Dies käme einer «Vorratshaltung» von Embryonen in vitro gleich, was mit Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV unvereinbar ist<sup>40</sup>.
35. Dagegen ist die Gutachtensfrage anders zu beurteilen, wenn nur rechtmässig erzeugte, jedoch *planwidrig* nicht sofort implantierte Embryonen aufbewahrt werden sollen. Angesprochen sind jene Fälle, in denen rechtmässig hergestellte Embryonen in vitro aus Gründen, die bei der Frau liegen, etwa weil diese kurzfristig erkrankt, nicht sofort eingepflanzt werden können. In diesem Fall ist das Ziel der Aufbewahrung von Embryonen in vitro ein anderes: Die Aufbewahrung bezweckt, rechtmässig hergestellte Embryonen in einem späteren Zyklus zu implantieren und ist damit ein Mittel, deren Überzähligkeit zu verhindern. Die Aufbewahrung rechtmässig hergestellter, aber planwidrig nicht sofort implantierter Embryonen zu Fortpflanzungszwecken verstösst demnach nicht gegen den Zweck von Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV, sondern fördert im Gegenteil die Erreichung dieses Zwecks.
36. Dagegen liesse sich einwenden, dass die *Aussicht* auf eine Aufbewahrung rechtmässig hergestellter Embryonen in vitro dazu verleiten könnte, mehr Embryonen herzustellen, als der Frau sofort eingepflanzt werden können. Dahinter steht wiederum die Befürchtung einer schiefen Ebene. Das Argument lautet, dass die Zulassung der Aufbewahrung von Embryonen, die in Übereinstimmung mit der Herstellungsregel gemäss Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV erzeugt worden sind, aber nicht sofort eingepflanzt werden, in der Praxis dazu führt, dass die Herstellungsregel selber schleichend aufgeweicht wird. Ob eine solche schiefe Ebene droht, ist eine Frage politischer Folgenabschätzung und damit vom Gesetzgeber zu beurteilen<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Dazu oben Ziff. 10 und 12.

<sup>39</sup> Vgl. Art. 2 Bst. b Bundesgesetz über die Forschung an embryonalen Stammzellen vom 19. Dezember 2003 (Stammzellenforschungsgesetz, StFG; SR 810.31).

<sup>40</sup> Insofern ist die Herstellungsregel in Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV auch eine Aufbewahrungsregel, indem sie verbietet, Embryonen «auf Vorrat» herzustellen mit dem Ziel, diese für eine allfällige Implantation in einem Folgezyklus aufzubewahren; in diesem Sinne auch SCHWEIZER (Fn. 8), Rz. 76; RAINER J. SCHWEIZER/RUTH REUSSER, St. Galler BV-Kommentar 2002, Art. 119, Rz. 29.

<sup>41</sup> Vgl. oben Ziff. 27 f.

## d) Historische Auslegung

37. In der parlamentarischen Debatte zu Art. 24<sup>novies</sup> aBV wurde der Grundsatz, dass nicht mehr Embryonen hergestellt werden dürfen, als der Frau sofort eingepflanzt werden können, vor allem als Frage der Aufbewahrung bzw. des Einfrierens überzähliger Embryonen diskutiert<sup>42</sup>. Dabei argumentierte die in der Plenumsabstimmung siegreiche Kommissionsminderheit, dass das Einfrieren überzähliger Embryonen unzulässig, das Einfrieren von Eizellen im Vorkernstadium hingegen zulässig sein soll<sup>43</sup>.
38. Diese Argumentation bestätigt, dass eine Aufbewahrung von Embryonen in vitro mit dem Ziel der Verhinderung einer risikoreichen Mehrlingsschwangerschaft verfassungswidrig ist. Hingegen lässt sich daraus nicht schliessen, dass die Aufbewahrung von *rechtmässig erzeugten*, aber planwidrig nicht eingepflanzten Embryonen zwecks Einpflanzung in einem Folgezyklus unzulässig ist. Diese Frage war überhaupt nicht Gegenstand der Debatte. Vielmehr wurde über die Frage diskutiert, ob der Verfassungsgeber die Anzahl herzustellender Embryonen begrenzen soll<sup>44</sup>. Dabei wurde vorgebracht, dass eine Begrenzung der Herstellung verhindern würde, dass überzählige Embryonen entstehen, die aufbewahrt bzw. eingefroren werden und dann Anlass zu Missbräuchen geben könnten<sup>45</sup>. Die Aufbewahrung von Embryonen in vitro wurde demnach als zu vermeidende Alternative zu einer Begrenzung der Herstellung von Embryonen verstanden. Zur Frage, ob die Aufbewahrung auch im Rahmen einer verfassungsrechtlich begrenzten Herstellung unzulässig sein soll, ergeben sich aus den Materialien jedoch keine Anhaltspunkte.

## e) Zwischenergebnis

39. Die Auslegung von Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV führt zum Ergebnis, dass die Kryokonservierung von Embryonen in vitro mit dem Ziel der Verhinderung einer risikoreichen Mehrlingsschwangerschaft verfassungswidrig ist. Dagegen verbietet es die Verfassung nicht, rechtmässig erzeugte, aber planwidrig nicht implantierte Embryonen zwecks Implantierung in einem Folgezyklus aufzubewahren. Der Zweck dieser Bestimmung spricht im Gegenteil für eine Kryokonservierung in solchen Fällen.

## B. Fortbildung von Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV

### a) Fragestellung

40. Auch in Bezug auf die Frage der Kryokonservierung ist zu untersuchen, ob sich Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV seit seinem Inkrafttreten vor gut 15 Jahren fortgebildet hat. Verschiedene Bundesbehörden haben sich seither zur Kryokonservierung geäussert, und zwar das Bundesgericht, das Bundesamt für Justiz sowie Bundesrat und Bundesversammlung im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens.

### b) Entscheid des Bundesgerichts von 1993

41. Das Bundesgericht hatte im Jahre 1993 in seiner Entscheid zum Stadt-Basler Fortpflanzungsmedizingesetz unter anderem zu beurteilen, ob ein generelles Verbot der Kryokonservierung vor der Verfassung standhält. Das Bundesgericht hielt dabei in Bezug auf den damaligen Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. c aBV Folgendes fest:

<sup>42</sup> Vgl. AB 1991 N 610 (Votum Fierz), 613 (Votum Segmüller); AB 1991 S 451 (Votum Piller, Berichterstatter), 452 (Votum Meier), 452 f. (Votum Simmen), 454 (Votum Huber). Ebenso SCHWEIZER (Fn. 8), Rz. 79.

<sup>43</sup> AB 1991 S 452 (Votum Meier), 452 f. (Votum Simmen), 454 (Votum Huber).

<sup>44</sup> Vgl. die entsprechenden Anträge der Minderheit II im Nationalrat (AB 1991 N 601) und der Minderheit I im Ständerat (AB 1991 S 450).

<sup>45</sup> Vgl. AB 1991 N 603 (Votum Zwingli), 608 (Votum Nabholz); AB 1991 S 451 (Votum Piller, Berichterstatter), 452 f. (Votum Simmen).

«Nach Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 lit. c Satz 2 BV soll die Befruchtung menschlicher Eizellen ausserhalb des Körpers unter gewissen Bedingungen ausdrücklich erlaubt sein. Demnach geht auch die Bundesverfassung davon aus, dass Embryonen *bis zur Einpflanzung* aufbewahrt werden dürfen. Die Aufbewahrung von Embryonen *zum Zwecke einer späteren Einpflanzung* ist nun aber nur in sehr beschränktem Ausmasse zulässig. Das Bundesgericht hat im Jahre 1989 im Zusammenhang mit dem damals angefochtenen Verbot der IVF/ET ausgeführt, dass mit dieser Methode ernstzunehmende Gefahren des Missbrauchs mit überzähligen Embryonen verbunden sind, denen es mit wirksamen Massnahmen zu begegnen gelte. (...) – Die neue Verfassungsbestimmung hält nunmehr in Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 lit. c Satz 3 BV den Grundsatz fest, dass nur so viele menschliche Eizellen ausserhalb des Körpers der Frau zu Embryonen entwickelt werden dürfen, als ihr sofort eingepflanzt werden können. (...) Diese Überlegungen zeigen, dass zum Zwecke der Bekämpfung von Missbräuchen keine überzähligen Embryonen erzeugt und etwa im Hinblick auf einen späteren Zyklus kryokonserviert aufbewahrt werden dürfen.»<sup>46</sup>

Im Anschluss entschied das Bundesgericht, dass die «Aufbewahrung von Embryonen bis zur unmittelbaren Einpflanzung in den weiblichen Körper» in Anbetracht der Zulässigkeit der In-vitro-Fertilisation zu gestatten ist.

42. Die Interpretation des Bundesgerichts entspricht der Auslegung von Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV, wie sie vorliegend vertreten wird. Einerseits sagt das Bundesgericht unmissverständlich, dass «keine überzähligen Embryonen erzeugt und etwa im Hinblick auf einen späteren Zyklus kryokonserviert aufbewahrt werden dürfen». Damit bestätigt das Gericht die Auffassung, wonach die Aufbewahrung von Embryonen in vitro mit dem Ziel der Verhinderung einer risikoreichen Mehrlingsschwangerschaft verfassungswidrig ist. Andererseits erklärt das Bundesgericht die Aufbewahrung von *rechtmässig erzeugten* Embryonen in vitro nicht für unzulässig. Vielmehr geht das Bundesgericht davon aus, dass die Aufbewahrung von Embryonen bis zur Einpflanzung zulässig ist und auch zum Zwecke einer späteren Einpflanzung «in sehr beschränktem Ausmasse zulässig sein kann».

### c) Gutachten des Bundesamtes für Justiz von 1995

43. Das Gutachten des Bundesamtes für Justiz von 1995 zum verfassungsrechtlichen Status von Embryonen lässt zum einen keine Zweifel daran, dass die Aufbewahrung von Embryonen in vitro mit dem Ziel der Verhinderung einer risikoreichen Mehrlingsschwangerschaft nicht mit der Verfassung vereinbar ist. Dies zeigt die Aussage, dass eine «'Vorratshaltung' von Embryonen für den Fall, dass der erste Embryonentransfer erfolglos bleibt, (...) nicht zulässig sein [darf]»<sup>47</sup>. Zum anderen formuliert das Gutachten bereits die vorliegend vertretene Auffassung, dass eine Aufbewahrung von *rechtmässig erzeugten* Embryonen zwecks Implantation in einem Folgezyklus aus teleologischen Gründen mit Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 vereinbar ist:

«Hingegen kann man sich fragen, ob unter Umständen für die Implantation vorgesehene Embryonen aus bestimmten Gründen dennoch konserviert werden dürfen. Zugunsten einer solchen Ausnahmeregelung wird argumentiert, dass eine Erkrankung der Frau eine Implantation im selben Zyklus verunmöglichen könnte und die Einpflanzung auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werden müsste. Trotz der restriktiven Formulierung von Bst. c Satz 3, welche auf den ersten Blick gegen diese Ausnahmeregelung spricht, können *teleologische Motive zur Begründung der Verfassungskonformität herangezogen werden*: Mit dem 3. Satz wollte der Verfassungsgeber möglichst umfassend verhindern, dass überhaupt überzählige Embryonen entstehen. Jede gesetzliche Regelung hat also eine Reduktion der für die In-vitro-Fertilisation erforderlichen Zahl von Embryonen anzustreben. Dies wird aber gerade dadurch erreicht, dass für die

<sup>46</sup> BGE 119 Ia 460 E. 11b S. 498 (Hervorhebungen durch uns).

<sup>47</sup> Gutachten BJ (Fn. 7), S. 601 f.

krankheitsbedingte zeitliche Verschiebung der Implantation auf bereits einmal erzeugte Embryonen zurückgegriffen werden kann. Diese werden damit vor der Zerstörung bewahrt werden und die erneute Embryonenerzeugung kann vermieden werden.»<sup>48</sup>

#### d) Botschaft und Parlamentsdebatte zum Fortpflanzungsmedizingesetz

44. Auch die Botschaft zum Fortpflanzungsmedizingesetz von 1996 bestätigt die vorliegende Verfassungsauslegung. Die Botschaft betont zunächst im Zusammenhang mit Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. c aBV (Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV), dass «die Erzeugung von menschlichen Embryonen zu Forschungszwecken und das Kryokonservieren von Embryonen klar verboten» ist<sup>49</sup>. Zur Frage, ob rechtmässig hergestellte, aber planwidrig nicht sofort implantierte Embryonen in vitro aufbewahrt werden dürfen, bemerkt die Botschaft:

«Trotz der verschiedenen gesetzlichen Schutzvorkehrungen ist nicht mit völliger Sicherheit auszuschliessen, dass ein Embryotransfer planwidrigerweise nicht zustande kommt (...), beispielsweise wenn die Frau vor der Übertragung verunfallt oder erkrankt. In solchen singulären Fällen sind unter Nothilfegesichtspunkten *lebenserhaltende Vorkehrungen im Sinne einer Konservierung nicht ausgeschlossen*; sie stehen unter der Verantwortung der Ärztin oder des Arztes. Auf eine entsprechende ausdrückliche Norm, wie sie im Vorentwurf (Art. 17 Abs. 2) enthalten war, kann verzichtet werden.»<sup>50</sup>

Der Bundesrat hielt demnach die Konservierung von rechtmässig hergestellten Embryonen zu Fortpflanzungszwecken für zulässig. Die Rede von der Konservierung als «lebenserhaltende» Massnahme entspricht der teleologischen Interpretation von Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV, der die Entstehung überzähliger Embryonen ohne Überlebenschance verhindern soll.

45. In den nationalrätlichen Verhandlungen zum Fortpflanzungsmedizingesetz wurde abweichend vom bundesrätlichen Entwurf auf Vorschlag der vorberatenden Kommission die Regelung beschlossen, dass das Konservieren von Embryonen verboten ist (Art. 17 Abs. 3 FMedG)<sup>51</sup>. Dieses Verbot wurde im Namen der Kommission damit begründet, dass es die Akzeptanz des Gesetzes fördern, jedoch nicht über die Verfassung hinausgehen würde. Insbesondere bleibe die Aufbewahrung von rechtmässig erzeugten Embryonen *in Notsituationen* zulässig:

«Avec l'interdiction de produire davantage d'embryons qu'on n'en puisse implanter, l'interdiction du don d'embryons dans la constitution, ainsi que celle de produire des embryons dans un autre but que d'induire ou de permettre une grossesse – tel que cela est mentionné à l'article 29, cela assorti encore de sanctions pénales –, tant la proposition de minorité que celle de la majorité pourraient paraître à première vue superflues. La commission a toutefois acquis la conviction que l'interdiction de la conservation d'embryons favoriserait l'acceptation de la loi, *pour autant que les situations médicales d'urgence, à préciser au niveau de l'ordonnance, puissent faire exception*. Moyennant cette condition, elle a donc accepté de mentionner explicitement cette interdiction, par 17 voix sans opposition et avec 4 abstentions.»<sup>52</sup>

Gleichzeitig stand im Nationalrat ein Minderheitsantrag zur Diskussion, der in einem neuen Art. 17 Abs. 4 FMedG festschreiben wollte, dass überzählige Embryonen «sofort

<sup>48</sup> Gutachten BJ (Fn. 7), S. 602.

<sup>49</sup> Botschaft Fortpflanzungsmedizingesetz (Fn. 16), S. 215.

<sup>50</sup> Botschaft Fortpflanzungsmedizingesetz (Fn. 16), S. 266 (Hervorhebung durch uns).

<sup>51</sup> AB 1998 N 1418, 1420.

<sup>52</sup> AB 1998 N 1419 (Votum Guisan, für die Kommission).

vernichtet» werden<sup>53</sup>. Die schliesslich siegreiche Kommissionsmehrheit<sup>54</sup> hielt diesem Antrag entgegen, dass mit der sofortigen Vernichtung jegliche vorübergehende Konservierung von Embryonen in einer Notsituation, beispielsweise im Fall einer Infektionskrankheit der Mutter, ausgeschlossen wäre<sup>55</sup>. Darüber hinaus wurde vorgebracht, dass eine Pflicht zur sofortigen Vernichtung überzähliger Embryonen über das verfassungsrechtlich Geforderte hinausginge<sup>56</sup>. Der Nationalrat ging demnach davon aus, dass die Aufbewahrung von rechtmässig erzeugten Embryonen zu Fortpflanzungszwecken nicht gegen die Verfassung verstösst.

#### **e) Zwischenergebnis**

46. Die vorliegend vertretene Auslegung, wonach Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV die Kryokonservierung von Embryonen in vitro mit dem Ziel der Verhinderung einer risikoreichen Mehrlingsschwangerschaft verbietet, die Kryokonservierung von rechtmässig erzeugten Embryonen zu Fortpflanzungszwecken jedoch zulässt, wurde seit Erlass dieser Verfassungsbestimmung von verschiedenen Bundesbehörden (Bundesgericht, Bundesamt für Justiz, Bundesrat, Bundesversammlung) bestätigt. Die Verfassung wurde somit in diesem Punkt nicht fortgebildet, sondern in ihrem historisch verbürgten Gehalt gefestigt.

### **V. Ist die Selektion von Embryonen nach morphologischen Kriterien (keine oder geringe Entwicklungschance) vor deren Transfer in die Gebärmutter mit Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV vereinbar?**

#### **A. Vorbemerkungen zur medizinischen Sachlage**

##### **a) Gegenstand morphologischer Untersuchungen**

47. Die morphologische Untersuchung von Embryonen in vitro, die im Rahmen eines künstlichen Fortpflanzungsverfahrens erzeugt worden sind, ist eine nicht invasive Methode. Mittels Beobachtung der äusseren Erscheinung (der «Morphologie») von Embryonen in vitro wird prognostiziert, ob und wie weit sich diese weiterentwickeln können. Ob und mit welcher Wahrscheinlichkeit solche Prognosen nach dem gegenwärtigen Stand der Medizin tatsächlich möglich sind, kann das Bundesamt für Justiz nicht beurteilen<sup>57</sup>. Im Folgenden wird jedenfalls davon ausgegangen, dass sich aufgrund morphologischer Untersuchungen gewisse Aussagen über die Entwicklungschancen von Embryonen in vitro gewinnen lassen.
48. Soweit die Ergebnisse von morphologischen Untersuchungen auf die Entwicklungschancen von Embryonen in vitro schliessen lassen, liefern sie für den behandelnden Arzt und die Mutter eine Grundlage für den Entscheid, ob untersuchte Embryonen implantiert werden sollen. Hinsichtlich Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV stellt sich dabei die Frage, ob die Entwicklungschancen von Embryonen überhaupt ein Kriterium für den Implantationsentscheid sein dürfen. Die Frage lautet mit anderen Worten, ob die Entwicklungschancen von Embryonen ein verfassungsrechtlich zulässiges Selektionskriterium darstellen. Wenn ja, dürfen morphologische Untersuchungen durchgeführt werden, wenn nein, sind sie mit der Verfassung nicht zu vereinbaren.

<sup>53</sup> AB 1998 N 1418.

<sup>54</sup> AB 1998 N 1420.

<sup>55</sup> AB 1998 N 1419 (Votum Dormann, für die Kommission). Sodann AB 1998 N 1419 (Votum Randegger),

<sup>56</sup> AB 1998 N 1419 (Votum Guisan, für die Kommission).

<sup>57</sup> Zu dieser Frage ausführlich DENNY SAKKAS/DAVID K. GARDNER, Evaluation of embryo quality: sequential analysis of embryo development with the aim of single embryo transfer, in: D. K. Gardner/A. Weissmann/C. M. Howles/Z. Shoham (Hrsg.), Textbook of Assisted Reproductive Techniques, London 2004, S. 235 ff.

## **b) Zweck morphologischer Untersuchungen**

49. Der Zweck der *genetischen* Präimplantationsdiagnostik besteht insbesondere darin zu verhindern, dass Embryonen mit der Veranlagung zu einer schweren Krankheit implantiert werden und zur Welt kommen<sup>58</sup>. *Morphologische* Untersuchungen an Embryonen in vitro verfolgen dagegen einen anderen Zweck. Mit Hilfe solcher Untersuchungen soll vermieden werden, dass Embryonen implantiert werden, die *in utero* absterben, also gar nicht erst lebendig geboren werden. Die Implantierung nicht entwicklungsfähiger Embryonen ist unerwünscht, weil dadurch der gewünschte Fortpflanzungserfolg nicht herbeigeführt werden kann und Frauen Spontanaborte (Fehlgeburten) in Kauf nehmen müssen. Morphologische Untersuchungen verfolgen demnach den Zweck, Fortpflanzungsverfahren zu optimieren und Spontanaborte zu verhindern.
50. Einer Optimierung von Fortpflanzungsverfahren mittels morphologischer Untersuchungen sind allerdings durch die Herstellungsregel in Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV enge Schranken gesetzt. Diese Verfassungsbestimmung verbietet, mit Blick auf eine Selektion nach morphologischen (oder anderen) Kriterien mehr Embryonen zu produzieren, als der Frau sofort eingepflanzt werden können<sup>59</sup>. Unzulässig wäre daher eine Optimierung von Fortpflanzungsverfahren mittels «Überproduktion» von Embryonen, von denen dann jene ausgewählt und implantiert werden, die am entwicklungsfähigsten sind. Insofern steht als Zweck morphologischer Untersuchungen nicht die Optimierung von Fortpflanzungsverfahren, sondern die Verhinderung von Spontanaborten im Vordergrund<sup>60</sup>.

## **B. Auslegung von Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV**

### **a) Ist die Abklärung der Entwicklungsfähigkeit von Embryonen ein zulässiges Motiv für die Anwendung medizinisch unterstützter Fortpflanzungsverfahren?**

51. Zunächst stellt sich die Frage, ob die Abklärung der Entwicklungsfähigkeit von Embryonen ein zulässiges Motiv ist, um medizinisch unterstützte Fortpflanzungsverfahren anzuwenden. Mit welchen Motiven solche Verfahren angewendet werden können, regelt Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 1 BV. Danach dürfen die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung «nur angewendet werden, wenn die Unfruchtbarkeit oder die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit nicht anders behoben werden kann, nicht aber um beim Kind bestimmte Eigenschaften herbeizuführen oder um Forschung zu betreiben».
52. Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 1 BV verbietet also einerseits die Anwendung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, um beim Kind bestimmte Eigenschaften herbeizuführen sowie um Forschung zu betreiben. Morphologische Untersuchungen verfolgen keinen dieser verfassungsrechtlich verpönten Zwecke. Andererseits erlaubt Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 1 BV die Anwendung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung nur dann, wenn die Unfruchtbarkeit oder (mittels *genetischer* Untersuchungen) die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit nicht anders behoben werden kann. Das heisst, dass für den Entscheid, den Weg der medizinisch unterstützten Fortpflanzung zu beschreiten, eines dieser beiden Motive ausschlaggebend sein muss. Dagegen wäre es mit der Verfassung nicht zu vereinbaren, medizinisch unterstützte Fortpflanzungsverfahren allein deshalb anzuwenden, weil dadurch (mittels *morphologischer* Untersuchungen)

<sup>58</sup> Vgl. Gutachten vom 15.10.2007, Ziff. 16, 23, 27 sowie Zusammenfassung der Ergebnisse, Ziff. 3.

<sup>59</sup> Vgl. Gutachten vom 15.10.2007, Ziff. 37 sowie Zusammenfassung der Ergebnisse, Ziff. 4.

<sup>60</sup> Im Rahmen der Herstellungsregel von Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV wäre immerhin dann mittels morphologischer Untersuchungen eine Optimierung von Fortpflanzungsverfahren zu erreichen, wenn erwiesen wäre, dass durch die gleichzeitige Implantierung von entwicklungsfähigen und nicht entwicklungsfähigen Embryonen die Chancen eines Fortpflanzungserfolgs geschmälert würden.

die Entwicklungschancen von Embryonen abgeschätzt und folglich die Risiken von Spontanaborten verringert werden können. Allein die Abklärung der Entwicklungsfähigkeit von Embryonen ist mit anderen Worten kein zulässiges Motiv, um medizinisch unterstützte Fortpflanzungsverfahren anzuwenden.

**b) Darf die Entwicklungsfähigkeit von Embryonen abgeklärt werden, soweit die Anwendung medizinisch unterstützter Fortpflanzungsverfahren gerechtfertigt ist?**

53. Eine andere Frage ist, ob Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV morphologischen Untersuchungen von Embryonen in vitro auch dann entgegen steht, wenn die Anwendung medizinisch unterstützter Fortpflanzungsverfahren durch ein zulässiges Motiv (Behebung der Unfruchtbarkeit oder der Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit) gerechtfertigt ist.
54. Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV regelt nicht explizit, ob Embryonen in vitro untersucht werden dürfen. Zur Art und Weise der Durchführung medizinisch unterstützter Fortpflanzungsverfahren stellt Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV einzig die Regel auf, dass nur so viele Embryonen hergestellt werden dürfen, als der Frau sofort eingepflanzt werden können (Satz 3). Wie oben ausgeführt wurde, verfolgt diese Herstellungsregel den Zweck, die Entstehung überzähliger Embryonen zu verhindern<sup>61</sup>. Morphologische Untersuchungen erhöhen die Wahrscheinlichkeit, dass überzählige Embryonen entstehen, weil die Ergebnisse solcher Untersuchungen Grund sein können, auf eine Implantation zu verzichten. Von daher drängt sich die Frage auf, ob mit Blick auf den Zweck, überzählige Embryonen zu verhindern, von der Herstellungsregel gemäss Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV *per analogiam* auf ein Verbot morphologischer Untersuchungen geschlossen werden kann. Ein solcher Analogieschluss würde voraussetzen, dass zwischen der Beschränkung der Herstellung von Embryonen in vitro gemäss Art. 119 Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV und einem Verbot morphologischer Untersuchungen «hinreichend gleich gelagerte Verhältnisse» bestehen<sup>62</sup>.
55. Die Frage nach der Zulässigkeit eines Analogieschlusses wurde bereits in Bezug auf die PID gestellt. Dabei wurde der Schluss gezogen, dass die Beschränkung der Herstellung von Embryonen und ein Verbot *genetischer* Untersuchungen nicht auf hinreichend gleich gelagerten Verhältnissen beruhen<sup>63</sup>. Die Beurteilung hinsichtlich *morphologischer* Untersuchung muss zum selben Ergebnis kommen: Auf der einen Seite leisten die beiden Massnahmen einen unterschiedlichen Beitrag zur Vermeidung überzähliger Embryonen. Während die Herstellungsregel die Entstehung überzähliger Embryonen mit hoher Wirksamkeit zu verhindern vermag, hätte ein Verbot morphologischer Untersuchungen diesbezüglich nur noch einen relativen geringen zusätzlichen Effekt. Zu bedenken ist dabei insbesondere, dass infolge der restriktiven Herstellungsregel sowie der Belastungen und Kosten medizinischer Fortpflanzungsverfahren Embryonen in vitro eine sehr knappe Ressource sind und Frauen daher grundsätzlich ein grosses Interesse haben, sich die vorhandenen Embryonen implantieren zu lassen. Tendenziell werden sie sich deshalb nur für die Aussonderung *offensichtlich* entwicklungsunfähiger Embryonen entscheiden<sup>64</sup>. Auf der anderen Seite greifen die beiden Massnahmen in unterschiedlicher Weise in Rechtsgüter und Interessen von fortpflanzungswilligen Paaren ein. Die Beschränkung der Herstellung von Embryonen in vitro schränkt den grundrechtlich geschützten Kinderwunsch ein. Demgegenüber würde ein Verbot morphologischer Untersuchungen der Frau die Möglichkeit nehmen, durch Aussonderung von Embryonen oh-

<sup>61</sup> Vgl. oben Ziff. 10.

<sup>62</sup> Vgl. BGE 129 V 345 E. 4.1. S. 346; 129 V 27 E. 2.2. S. 30. Sodann BGE 125 III 123 E. 1d und e S. 128 ff.

<sup>63</sup> Dazu oben Ziff. 16.

<sup>64</sup> Dabei ist vorausgesetzt, dass die Frau über die Durchführung einer morphologischen Untersuchung sowie über deren Ergebnisse umfassend aufgeklärt wird. Diese Aufklärung ist von besonderer Bedeutung, weil sie nicht nur dem Selbstbestimmungsrecht der Frau dient, sondern darüber hinaus dem (parallel) gerichteten Interesse, dass keine überzähligen Embryonen entstehen.

ne oder mit geringen Entwicklungschancen Spontanaborten zuvorzukommen. Ein Verbot morphologischer Untersuchungen tangiert insofern das Selbstbestimmungsrecht der Frau über ihren eigenen Körper. Damit wird ersichtlich, dass ein Verbot morphologischer Untersuchungen auf einer anders gelagerten Interessenabwägung beruht als die Beschränkung der Herstellung von Embryonen in vitro. Die beiden Massnahmen verlangen unterschiedliche rechtspolitische Wertungen. Entsprechend lässt sich nicht von «gleich gelagerten Verhältnissen» im Sinne des Bundesgerichts sprechen. Damit verbietet sich ein Analogieschluss in der vorliegenden Auslegungsfrage.

### c) Zwischenergebnis

56. Das Gesagte bedeutet, dass morphologische Untersuchungen zur Abklärung der Entwicklungsfähigkeit von Embryonen in vitro mit Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV vereinbar sind, soweit die Anwendung medizinischer Fortpflanzungsverfahren durch ein zulässiges Motiv gerechtfertigt ist<sup>65</sup>. Ob solche Untersuchungen auch vor der Menschenwürde gemäss Art. 7 BV und dem Recht auf Leben gemäss Art. 10 Abs. 1 BV standhalten, ist nicht Gegenstand der Gutachtensfrage.

## VI. Zusammenfassung der Ergebnisse

47. Die Ergebnisse des Gutachtens lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Die Herstellung von drei Embryonen in vitro ist nur noch in jenen Fällen verfassungskonform, in denen sich eine Frau von Anfang an bereit erklärt, sich drei Embryonen implantieren zu lassen, falls sich drei Eizellen zu implantierbaren Embryonen entwickeln (Ziff. II).
- Die Zulassung der PID bei rechtmässig hergestellten Embryonen in vitro zum Zwecke des Nachweises einer schweren genetischen Erkrankung ist mit Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV vereinbar (Ziff. III).
- Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV verbietet, Embryonen mit dem Ziel der Verhinderung einer risikoreichen Mehrlingsschwangerschaft zu kryokonservieren. Hingegen dürfen rechtmässig hergestellte, aber planwidrig nicht sofort implantierte Embryonen zu Fortpflanzungszwecken kryokonserviert werden (Ziff. IV).
- Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV ist nicht verletzt, wenn Embryonen in vitro im Rahmen medizinischer Fortpflanzungsverfahren, die durch ein zulässiges Motiv (Behebung der Unfruchtbarkeit oder der Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit) gerechtfertigt sind, zur Abklärung ihrer Entwicklungsfähigkeit morphologisch untersucht werden (Ziff. V).

<sup>65</sup> Im Ergebnis ebenso RAINER J. SCHWEIZER/RUTH REUSSER, St. Galler BV-Kommentar 2002, Art. 119, Rz. 29 am Ende.

**JAAC 2008.14 - Vereinbarkeit genetischer und morphologischer Untersuchungen von Embryonen in vitro mit Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV, Gutachten vom 15. Oktober 2007 und 22. Januar 2008**

|         |                                                                   |
|---------|-------------------------------------------------------------------|
| In      | Verwaltungspraxis der Bundesbehörden                              |
| Dans    | Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération   |
| In      | Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione |
| Jahr    | 2008                                                              |
| Année   |                                                                   |
| Anno    |                                                                   |
| Band    | -                                                                 |
| Volume  |                                                                   |
| Volume  |                                                                   |
| Seite   | 201-220                                                           |
| Page    |                                                                   |
| Pagina  |                                                                   |
| Ref. No | 150 000 080                                                       |

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.  
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.  
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.