

## JAAC 60.67

Bundesamt für Justiz, 17. November 1995

---

**Art. 24<sup>novies</sup> Cst. Médecine de procréation. Statut constitutionnel des embryons humains.**

*L'art. 24<sup>novies</sup> Cst. contient un mandat de protection des «embryons humains». Ce mandat doit encore être concrétisé par le législateur. La question de savoir si l'art. 24<sup>novies</sup> Cst. accorde aux embryons humains, à l'instar des droits fondamentaux, un certain droit de protection subjectif et justiciable reste ouverte. On ne peut déduire du principe de la dignité humaine et du droit fondamental à la liberté personnelle aucun droit à des prestations de protection ou de défense.*

*Application de ces principes dans les domaines du diagnostic préimplantatoire et de la conception d'embryons surnuméraires.*

---

**Art. 24<sup>novies</sup> BV. Fortpflanzungsmedizin. Verfassungsrechtlicher Status von Embryonen.**

*Art. 24<sup>novies</sup> BV enthält einen objektiven Schutzauftrag für das Rechtsgut «menschliche Embryonen». Dieser Schutzauftrag bedarf der gesetzgeberischen Konkretisierung. Die Frage, ob Art. 24<sup>novies</sup> BV menschlichen Embryonen einen mindestens grundrechtsähnlichen, d.h. subjektiven und justitiablen Abwehranspruch einräumt, bleibt unbeantwortet. Aus dem Grundsatz der Menschenwürde und aus dem Grundrecht der persönlichen Freiheit lassen sich keine weitergehenden Schutzaufträge oder Abwehransprüche ableiten.*

*Anwendung dieser Grundsätze im Bereich der Präimplantationsdiagnostik und der Erzeugung überzähliger Embryonen.*

---

**Art. 24<sup>novies</sup> Cost. Medicina della procreazione. Statuto costituzionale degli embrioni.**

**Art. 24<sup>novies</sup> Cost. contiene un mandato di protezione degli «embrioni umani». Questo mandato deve dal legislatore ancora essere concretato. La questione se l'art. 24<sup>novies</sup> Cost. accordi agli embrioni umani un certo diritto di protezione, analogo almeno ai diritti fondamentali, vale a dire soggettivo e giustiziabile, resta irrisolta. Dal principio della dignità umana e del diritto fondamentale della libertà personale non è possibile dedurre nessun diritto più circostanziato a prestazioni di protezione o di difesa.**

**Applicazione di tali principi nel settore della diagnostica preimplantatoria e della procreazione di embrioni in soprannumero.**

---

## 1. Einleitung

Die vom EDI mit Beschluss vom 2. Dezember 1993 eingesetzte Studiengruppe «Forschung am Menschen» hat ihre Empfehlungen im Bericht «Biomedizinische Forschung am Menschen im Zusammenhang mit Art. 24<sup>novies</sup> der Bundesverfassung» vom Februar 1995 veröffentlicht<sup>[1]</sup>. Mit Schreiben vom 25. Juni 1995 hat das Generalsekretariat des EDI das Bundesamt für Justiz (BJ) um eine verfassungsrechtliche Stellungnahme zu den Empfehlungen ersucht.

In Anerkennung eines moralischen Status erachtet die Mehrheit der Studiengruppe unter bestimmten und vom Gesetzgeber zu kodifizierenden Voraussetzungen Forschung an überzähligen Embryonen als grundsätzlich zulässig. Die gleiche Mehrheit will Methoden der Präimplantationsdiagnostik - wiederum unter gesetzlich festzulegenden Bedingungen - gestatten. Eine Minderheit der Studiengruppe lehnt sowohl die verbrauchende Forschung an Embryonen als auch die Präimplantationsdiagnostik ab. Sie begründet ihren Standpunkt damit, dass der Verfassungsgeber mit Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. c BV zwar diese Fragen nicht ausdrücklich beantwortet, aber bewusst eine restriktive, «manipulationsfeindliche» Regelung gewählt habe. Für die Mehrheit verbietet weder das ungeschriebene verfassungsmässige Recht auf Leben noch Art. 24<sup>novies</sup> BV *a priori* präimplantationsdiagnostische Methoden und forschungsbedingte Eingriffe in Embryonen. Art. 24<sup>novies</sup> wird von ihr als Auftrag an den Gesetzgeber verstanden, den verfassungsrechtlich grob umrissenen Schutz von Embryonen zu konkretisieren.

## 2. Fragestellung

Die rechtliche Beurteilung der in der Studiengruppe vertretenen Positionen wirft die Frage auf, ob und wie weit Embryonen einen grundrechtlich geschützten und von der Verfassung privilegierten Status geniessen. Diese Frage lässt sich nicht unbedingt nur mit Blick auf die innerstaatliche Rechtsordnung beantworten. Auch allfällige *Normen des Völkerrechts* sind einzubeziehen. Sie können den gesetzgeberischen Handlungsspielraum dadurch begrenzen, dass sie justitiable, d.h. gerichtlich unmittelbar durchsetzbare Schutzansprüche stipulieren[2].

Spezifisch zu Fragen des rechtlichen Schutzes von Kindern äussert sich das *Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes*[3]. Weil das Übereinkommen von der Schweiz noch nicht ratifiziert worden ist und selbst der parlamentarische Genehmigungsbeschluss noch aussteht, kann es für die Schweiz vorerst noch keine rechtlichen Wirkungen entfalten. Hinsichtlich der hier zu beantwortenden Fragen hat eine antizipierte Würdigung des Übereinkommens auf folgenden Umstand hinzuweisen: Zwar deutet die Präambel des Übereinkommens an, dass Kinder auch eines vorgeburtlichen Schutzes bedürfen, doch vermögen solche Bekenntnisse der Schöpfer des Übereinkommens keine ausreichende rechtliche Verbindlichkeit zu beanspruchen. Hinzu kommt, dass den materiellen Bestimmungen des Übereinkommens kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen ist, dass der völkervertragliche Schutz - bzw. das in Art. 6 garantierte Recht auf Leben - bereits vor der Geburt wirksam zu werden hat und sich auch auf das ungeborene Kind erstrecken müsste. Den Vertragsstaaten gelang es offensichtlich nicht, sich über den Anfangszeitpunkt des Kindseins zu einigen[4]. Vorschläge zur Regelung von medizinischen Eingriffen in Embryonen wurden zwar im Rahmen der Vorbereitungsarbeiten zur Konvention gemacht, stiessen aber auf wenig Verständnis[5]. Es ist daher davon auszugehen, dass Entscheidungen darüber, ob und wie das ungeborene Leben geschützt werden müsse, den Vertragsparteien überlassen bleiben[6]. Die vorläufigen völkerrechtlichen Vorgaben fallen noch zu dürftig und zu wenig gefestigt aus, als dass sie eindeutige Antworten auf die hier interessierenden Fragen bieten könnten.

Die Suche nach Antworten darauf, ob sich die von der Mehrheit der Studiengruppe getragenen Empfehlungen mit der schweizerischen Rechtsordnung vereinbaren lassen, hat sich daher *auf eine Auslegung von Art. 24<sup>novies</sup> BV und des übrigen Verfassungsrechts zu konzentrieren*. Absicht der vorliegenden Darstellung kann es nicht sein, den Rechtsschutz für Embryonen zu rekapitulieren, wie er sich aus den zivil- und strafgesetzlichen Normen ergibt[7]. Zuerst ist vielmehr zu ermitteln, welche Aussagen der Verfassung entnommen werden können. *Den Embryonenschutz für die vorliegende Fragestellung aus den fragmentarischen einfachgesetzlichen Konkretisierungen gewissermassen rückwärts grundrechtlich abzusichern, ist dogmatisch verfehlt und kann nach Ansicht des BJ zu keinen befriedigenden Resultaten führen*[8]. Den verfassungsrechtlichen Status von Embryonen insbesondere nach Artikel 24<sup>novies</sup> BV aus den bestehenden gesetzlichen Regelungen über die Rechtsfähigkeit des *nasciturus* und die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs herleiten zu wollen - wie dies die Mehrheit der Studiengruppe tut[9] -, verkennt, dass diese Regelungen heute ihre verfassungsmässige Legitimation und Motivation aus den allgemeinen Grundrechtsgewährleistungen beziehen. Die bedingte Rechtsfähigkeit des

*nasciturus* gemäss Art. 31 Abs. 2 ZGB kann nicht als Argument gegen einen verfassungsrechtlichen Schutzanspruch des Embryos angeführt werden<sup>[10]</sup>. Dagegen könnte die allfällige und hier zu erörternde verfassungsrechtliche Schutzgewährleistung konsequenterweise zur Folge haben, dass die zivil- und strafrechtlichen Bestimmungen zur Sicherung des Schutzanspruchs des menschlichen Embryos entweder verfassungskonform auszulegen wären oder aber spezialgesetzlich ergänzt werden müssten<sup>[11]</sup>.

Nachfolgend sollen daher zuerst die grundrechtlichen Rahmenbedingungen ausgeleuchtet werden, wie sie sich aus der Bundesverfassung ergeben (Kapitel 3). Gestützt darauf folgt eine detaillierte Analyse der Teilgehalte von Art. 24<sup>novies</sup> BV; Ihrem Wunsch gemäss sollen dabei zusätzlich die Lösungsansätze beigezogen werden, welche der Entwurf zu einem Humanmedizingesetz<sup>[12]</sup> vorschlägt (Kapitel 4). Abschliessend werden die möglichen Kollisionen von einzelnen Grundrechten und Verfassungsnormen skizziert (Kapitel 5), um mit einer zusammenfassenden Würdigung der Resultate abzuschliessen (Kapitel 6).

### 3. Embryonenschutz durch Grundrechte

Bei der Frage nach dem verfassungsrechtlichen Status von Embryonen ist grundsätzlich zu unterscheiden zwischen *Schutzwürdigkeit* und konkreten, d.h. von der Verfassung geforderten *Schutzmassnahmen*. Mit Schutzwürdigkeit ist die Bestimmung des zu schützenden Rechtsgutes und die kategorische Zuweisung des Rechtsgüterschutzes zu Verfassungsnormen gemeint. Schutzmassnahmen stellen die daraus abzuleitenden Handlungs- und Regelungsdirektiven dar, die sich zuerst an den zuständigen Gesetzgeber, dann aber auch an die rechtsanwendenden Behörden richten<sup>[13]</sup>.

#### 3.1. Schutzwürdigkeit

In Literatur und Judikatur, aber auch in der politischen und gesellschaftlichen Debatte herrscht Einigkeit darüber, dass der menschliche Embryo nicht der Willkür, der Beliebigkeit preisgegeben werden darf<sup>[14]</sup> oder - in den Worten des Bundesgerichts - dass «das Schicksal des Embryos in vitro für die Rechtsgemeinschaft nicht gleichgültig sein» könne<sup>[15]</sup>. Der bestehende Konsens über die Schutzwürdigkeit von Embryonen erstreckt sich indessen nicht soweit, dass schon zweifelsfrei geklärt wäre, ob diese grundrechtlich abzusichern oder sonstwie sicherzustellen wäre<sup>[16]</sup>.

Trotz einer rege geführten wissenschaftlichen und politischen Auseinandersetzung scheint sich eine gefestigte Meinung (noch) nicht etabliert zu haben, in welcher Verfassungsbestimmung der Schutzanspruch des Embryos zu verankern wäre. Wie zu zeigen sein wird, drängt sich für die schweizerische Rechtslage primär eine Ableitung aus Art. 24<sup>novies</sup> BV ab,

wobei der Grundsatz der Menschenwürde (nachfolgend Bst. a) und das Grundrecht des Lebensschutzes (nachfolgend Bst. b) mitzubehrsichtigen sind. Es wird sich auch zeigen, dass die beiden letztgenannten Prinzipien für die vorliegende Fragestellung von nur beschränktem Erkenntniswert sein werden und dass ihre Defizite an normativer Bestimmtheit durch Art. 24<sup>novies</sup> BV kompensiert werden.

## a. Menschenwürde

Anders als in der Schweiz, wird der Schutz der Menschenwürde durch Art. 1 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes ausdrücklich garantiert. So ist zu erklären, dass die Diskussion, ob ein Embryo den Schutz der Menschenwürde genieße, in Deutschland einen breiteren Raum einnimmt als in der Schweiz<sup>[17]</sup>. Das *Bundesverfassungsgericht* hat in seinem letzten Fristenlösungsbeschluss den aus der Menschenwürde fließenden Grundrechtsschutz für Embryonen erneut bekräftigt:

*«Wie immer die verschiedenen Phasen des vorgeburtlichen Lebensprozesses unter biologischen, philosophischen, auch theologischen Gesichtspunkten gedeutet werden mögen und in der Geschichte beurteilt worden sind, es handelt sich jedenfalls um unabdingbare Stufen der Entwicklung eines individuellen Menschseins. Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu (...). Diese Würde des Menschseins liegt auch für das ungeborene Leben im Dasein um seiner selbst willen.»<sup>[18]</sup>*

Das *Bundesgericht*, das sich mit dem Schutz der Menschenwürde in seiner bisherigen Praxis kaum vertieft auseinandersetzen veranlasst sah, hat in einer als *obiter dictum* zu qualifizierenden Stelle immerhin die Auffassung vertreten, dass die von der Verfassung geschützte Menschenwürde auch dem Embryo zukommen soll<sup>[19]</sup>.

Auf die Menschenwürde bezug nimmt heute ausdrücklich Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 BV: Die vom Bund zu erlassenden Vorschriften zum Schutz des Menschen vor Missbräuchen der Fortpflanzungs- und Gentechnologie sollen demnach ausdrücklich auch die Menschenwürde schützen. Die Formulierung findet sich sinngemäss bereits im ursprünglichen Initiativtext<sup>[20]</sup>. Weil die gesamte rechtsstaatliche Ordnung auf den Schutz des «Kernbereichs menschlichen Seins» ausgerichtet sei, stand der Bundesrat einer punktuellen Gewährleistung der Menschenwürde für den Bereich der Gentechnologie ablehnend gegenüber<sup>[21]</sup>. Er anerkannte indessen, dass «dieser fundamentale verfassungsmässige Grundsatz» durch gentechnologische Eingriffsmöglichkeiten akut bedroht und durch die denkmögliche Instrumentalisierung des Menschen besonders herausgefordert sei<sup>[22]</sup>. Die ständerätliche Kommission hat für ihren Gegenvorschlag die *ausdrückliche Bezugnahme auf die Menschenwürde* wiederaufgenommen<sup>[23]</sup>. Die normative Bedeutung des Grundsatzes der Menschenwürde wurde indessen eher beiläufig angesprochen. Hauptsächlich sollte mit der Referenz verdeutlicht werden, dass die gentechnologische Regelung einer «Wertordnung», «Wertmassstäben» oder «Grundwerten» verpflichtet sei<sup>[24]</sup>:

*«Es geht also nicht allein um einen vordergründigen Schutz der körperlichen Integrität im Sinne 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, ihn nicht mehr als Wert in sich selbst, sondern als Mittel zu einem heteronom bestimmten Zweck zu betrachten.»[25]*

Der Grundsatz der Menschenwürde solle eine an sich schrankenlose Freiheit - der Forschung, der individuellen Selbstbestimmung - eingrenzen[26]. Soweit ersichtlich, wurde aber auch nicht diskutiert, wodurch sich der Schutz der Menschenwürde und der Schutz der Persönlichkeit voneinander unterscheiden[27]. Dass die neu zu schaffende Verfassungsbestimmung die Menschenwürde erwähnen müsse, blieb von den Räten gesamthaft unbestritten. *Welche Gentechnologie-spezifische Bedeutung die Menschenwürde indessen haben könnte und welche konkreten Schranken für den Umgang mit Embryonen aus ihr unmittelbar abzuleiten wären, blieb ungeklärt.* Es darf davon ausgegangen werden, dass die explizite Erwähnung der Menschenwürde in Art. 24<sup>novies</sup> BV im wesentlichen von deklaratorischer Bedeutung ist, also ein von der Bundesverfassung bereits inkorporiertes Rechtsprinzip - und wohl weniger eine Rechtsnorm - bloss bestätigt. Unterstützt wird die Vermutung, dass dem Grundsatz keine genügende normative Bestimmtheit zugetraut werden darf, dadurch, dass die eidgenössischen Räte zwar den Begriff der Menschenwürde in Art. 24<sup>novies</sup> BV eingeführt haben, gleichzeitig aber einen Massnahmenkatalog zur Verhütung der offensichtlichsten Missbrauchsgefahren verfasst haben. Die einzelnen, in Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 BV enthaltenen Verbotstatbestände und gesetzgeberischen Schranken müssen als Konkretisierung des Grundsatzes der Menschenwürde verstanden werden[28]. Nicht übersehen werden darf dabei aber auch, dass der Grundsatz der Menschenwürde namentlich im Bereich der Forschung an Erbgut und Embryonen an Relevanz gewinnen könnte[29].

Dass der Grundsatz der Menschenwürde zwar von fundamentaler Bedeutung für die schweizerische Rechtsordnung ist, gleichzeitig aber einen nur geringen Konkretisierungsgrad aufweist und vielmehr eine subsidiäre grundrechtliche Steuerungs- und Interpretationsfunktion - das Bundesgericht spricht von einer «komplementären Wirkung»[30], die Lehre von einer Auffangklausel[31] - besitze, erhellt zusätzlich ein Blick auf den 1995 vorgestellten *Entwurf einer totalrevidierten Bundesverfassung*: Dieser verankert in Art. 6 ausdrücklich den Schutz der Menschenwürde, doch nehmen die Erläuterungen - allerdings unter Hinweis auf medizinarechtliche Probleme - lediglich Bezug auf krasse Verletzungstatbestände (Folterverbot, Minderheitenschutz) und halten wörtlich fest: «Die Menschenwürde ist eines der wichtigsten Rechte unserer Rechtsordnung, weil es den *Gehalt anderer Grundrechte mitbestimmt und Richtschnur für deren Auslegung und Konkretisierung* ist»[32]. Die Behauptung, dass das Prinzip der Menschenwürde in der schweizerischen Rechtslehre und -praxis bisher kaum normativ eigenständige Bedeutung gewonnen habe[33], lässt sich hilfsweise auch unter Bezugnahme auf die übrige Bundesgesetzgebung stützen: Neben Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 BV nimmt - soweit ersichtlich - nur der strafrechtliche Rassendiskriminierungsschutz (Art. 261<sup>bis</sup> StGB) ausdrücklich Bezug auf die Menschenwürde - ohne aber grundrechtliche Selbständigkeit beanspruchen zu wollen[34].

Die *Lehre* hat denn auch angenommen, dass der Grundsatz der Menschenwürde als verfassungsgestaltendes Leitprinzip, als «staatslegitimierendes Primärziel» oder «umfassender Leitgedanke des gesamten Grundrechtsschutzes» zu begreifen sei[35]. Dem Grundsatz der Menschenwürde wird keine oder höchstens eine geringe unmittelbare Anwendbarkeit zugesprochen[36]. Den bedeutsamsten justitiablen Entfaltungsspielraum wird dem Grundsatz der Menschenwürde dadurch zuteil, dass er der Bestimmung grundrechtlicher Kerngehalte dient[37] und überhaupt zur Aktualisierung der einzelnen Grundrechtsgehalte und namentlich der persönlichen Freiheit unerlässlich ist[38].

In systematischer Hinsicht ordnet das *Bundesgericht* die Menschenwürde dem ungeschriebenen Grundrecht der persönlichen Freiheit zu. Unter Berufung auf *Giacometti* hat es festgehalten, dass es sich mit der Anerkennung der persönlichen Freiheit als einem ungeschriebenen Grundrecht «in unzweideutiger Weise zu einer Wertordnung bekannt [hat], die es sich zur Aufgabe macht, »[39]. Rügt ein Beschwerdeführer eine Verletzung des Grundsatzes der Menschenwürde, prüft das Bundesgericht die Beschwerde unter dem Aspekt der persönlichen Freiheit[40]. Jüngst hat sich das Bundesgericht auf die Menschenwürde berufen, um daraus ein ungeschriebenes Grundrecht auf Existenzsicherung abzuleiten und bei dieser Gelegenheit von einem Verfassungsgrundsatz gesprochen, dessen konkrete Ausgestaltung primär den zuständigen Gesetzgebern obliegt[41].

Letztlich kann die Frage, ob einem Embryo der verfassungsrechtliche Schutz der Menschenwürde zukomme oder nicht[42], *vorläufig offengelassen werden*: Wie zu zeigen sein wird (unten Ziff. 3.2.), erweist sich die Berufung auf die Menschenwürde als zu abstrakt, um daraus konkrete Schutzaufträge und Schutzpflichten abzuleiten. Mit anderen Worten: Obwohl man dem Embryo einen Anspruch auf Menschenwürde zubilligen muss, sind damit unmittelbar noch keine Aufschlüsse dafür gewonnen, ob die Forschung an Embryonen und präimplantationsdiagnostische Methoden unter gewissen Voraussetzungen zulässig sein sollen. Mit der Aussage, der menschliche Embryo habe Anteil am Grundsatz der Menschenwürde, kann letztlich nicht ein bestimmtes Normsetzungs- oder Regelungsprogramm normativ vorweggenommen werden. Dass sich die Menschenwürde auch auf den Embryo, überhaupt auf das ungeborene Leben erstrecken soll, ist vielmehr als Begründung für die grundsätzliche Schutzwürdigkeit zu verstehen, die als solche weder eingeschränkt noch übergangen werden darf und die durch den Staat und besonders durch den Gesetzgeber zu konkretisieren ist. In diesem Sinne ist denn auch die Auffassung des deutschen Bundesverfassungsgerichts zu verstehen, wonach die Rechtsordnung das Lebensrecht des Ungeborenen als «das elementare und unveräusserliche Recht, das von der Würde des Menschen ausgeht» durch Verhaltensanforderungen gewährleistet[43]: Selbst dieses Recht auf Lebensschutz ist indessen nicht absolut geboten und genießt daher gegenüber jedem anderen Rechtsgut nicht ausnahmslos den

Vorrang[44]. Insbesondere der (schwangeren) Frau eingeräumte Grundrechte können dazu führen, von einer aus dem Recht auf Leben abgeleiteten Austragungspflicht ausnahmsweise abzusehen[45].

## b. Recht auf Leben

Mehrfach wurde in der parlamentarischen Beratung des heutigen Art. 24<sup>novies</sup> BV argumentiert, dass der menschliche Embryo ein Individuum der menschlichen Spezies, «eine Person im Sinne der Philosophie, der Theologie und des positiven Rechts» sei und darum vom «Lebensrecht und der Menschenwürde des Embryos» auszugehen sei[46].

Gemeinhin wird heute von der schweizerischen Lehre die Auffassung vertreten, dass sich weder das geschriebene noch das ungeschriebene Verfassungsrecht zweifelsfrei zur Festlegung des Lebensbeginns äussert[47]. Zwar erstreckt sich der von der Verfassung ungeschrieben gewährleistete Schutz der persönlichen Freiheit unbestreitbar auch auf das Recht auf Leben, doch steht dabei nicht die Lebenswerdung, sondern die körperliche und psychische Integrität im Vordergrund. Das Recht auf Leben schützt damit «die Gesamtheit der biologischen und psychischen Funktionen (...), die den Menschen als Lebewesen kennzeichnen»[48] bzw. «die ganze Vielfalt seiner Erscheinung, unbekümmert darum, wie ausgefallen und einmalig diese auch immer sein mögen»[49]. Weder dieser offen formulierte Schutzbereich noch die grundrechtlichen Konkretisierungen durch das Zivilrecht können darüber hinwegtäuschen, dass der Lebensbeginn von der Verfassung nicht determiniert wird[50]. Auch ein Blick auf die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101), welche mit Art. 2 den Schutz des Lebens garantiert, trägt kaum zur Klärung bei[51]: In einer Entscheidung aus dem Jahre 1980 hatte sich die Europäische Menschenrechtskommission ausführlich mit der Frage beschäftigt, ob sich die Garantie von Art. 2 auch auf noch ungeborenes Leben erstrecke[52]. Sie kam zum Ergebnis, dass der Begriff «jedermann» («everyone») nur den Menschen nach seiner Geburt meinen könne. Während die Kommission ein absolutes, d.h. den Schutzanspruch der werdenden Mutter verdrängendes Lebensrecht des Fötus ablehnte, liess sie die Frage der Anwendbarkeit von Art. 2 auf Embryonen offen, weil staatliche Regelungen des Schwangerschaftsabbruches jedenfalls dem Schutz der Gesundheit der werdenden Mutter dienen und damit Eingriffe in das allfällige Lebensrecht des Embryos durch Grundrechtsansprüche Dritter gerechtfertigt sein können:

*«[...] la Commission n'est pas, en l'occurrence, appelée à se prononcer sur l'ensemble de la question de savoir si l'article 2 reconnaît au foetus pendant toute la durée de la grossesse, mais seulement sur la question plus limitée de savoir si ce droit doit être présumé pendant la phase initiale de la grossesse.»[53]*

*«La Commission estime qu'elle n'est pas, dans ces conditions, appelée à décider si l'article 2 ne concerne pas du tout le foetus ou si, au contraire, il lui reconnaît assorti de limitations implicites.»[54]*

Eine relative, d.h. grundsätzlich einschränkbare Geltung von Art. 2 EMRK für das ungeborene Leben haben die Strassburger Organe nicht ausgeschlossen, gleichzeitig den Mitgliedstaaten aber einen gewissen Ermessensspielraum zugestanden[55].

Ein *verfassungsrechtliches Dilemma* resultiert in erster Linie daraus, dass einerseits mit - an sich hier weder zu diskutierenden noch zu bestreitenden - biologischen und ethischen Begründungen argumentiert wird, dass vom Augenblick der Befruchtung der Eizelle menschliches Leben bestehe[56], dessen unbeeinträchtigte Erhaltung von der Verfassung grundrechtlich geschützt werden müsse. Andererseits soll damit nicht ohne weiteres ein Anspruch auf Geburt abgeleitet werden dürfen, sollen eine Interessenabwägung und ein nach Entwicklungsstadien differenzierendes Schutzregime zulässig sein bzw. bleiben[57]. Das Dilemma spitzt sich dogmatisch und rechtspolitisch deshalb weiter zu, weil ein absichtlicher Eingriff in das Recht auf Leben den absolut geschützten grundrechtlichen Wesenskern verletzt[58].

Die Protokolle der *parlamentarische Beratung* von Art. 24<sup>novies</sup> BV erwecken den Eindruck, *dass eine verbindliche Festlegung des Lebensbeginns nicht angestrebt wurde*. Zwar wurde argumentiert, dass mit der Befruchtung menschliches Leben grundsätzlich unveränderbar und endgültig definiert werde, das von der Verfassung zu schützende Leben mithin in diesem Zeitpunkt seinen Anfang nehme[59], doch wurde der Diskussion um Lebensbeginn, um die rechtlich sinnvolle und ethisch vertretbare unterschiedliche Behandlung von geborenem und ungeborenem menschlichem Leben ausgewichen[60]. Völlig ausser acht gelassen wurde auch die Frage, wer Grundrechtsträger des dem Embryo zugestandenen Anspruchs auf Lebensschutz sein könnte, bzw. wer den Anspruch geltend machen dürfte. Stattdessen konzentrierte man sich darauf, Rechte und Pflichten für den Umgang mit Erbgut und mit Embryonen zu normieren. Soweit überhaupt eine Bezugnahme auf das verfassungsmässige Recht auf Leben Sinn machen soll, wäre sie als verbindliche Aufforderung an den Gesetzgeber zu verstehen, den Schutzanspruch des Embryos inhaltlich genauer festzulegen. Die isolierte Berufung auf das Recht auf Leben vermag letztlich nur - aber auch immerhin - die Schutzwürdigkeit der Embryonen zu begründen und genügt nicht, um daraus konkrete Verhaltensgebote und -verbote deduzieren zu können.

### c. Art. 24<sup>novies</sup> BV als (unfertige) Grundrechtsgarantie?

Blickt man zurück auf die parlamentarische Debatte um die Ausgestaltung von Art. 24<sup>novies</sup> BV, fällt auf, dass es nicht nur um die nunmehr von Abs. 2 beantwortete Frage nach der Gesetzgebungskompetenz des Bundes ging, sondern auch um die *Sicherung von Grundwerten*: Es war die Rede davon, dass mit Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. a und c «implizit ein eigentliches Menschenrecht auf ein nicht künstlich verändertes Keimgut» statuiert würde[61]; dass der Rechtsschutz für die Würde der Person «in einem möglichst frühen Stadium» einsetzen müsse[62] oder dass vom «Lebensrecht und der Menschenwürde» auszugehen sei[63].

Der Prüfung bedarf die Frage, ob Art. 24<sup>novies</sup> BV den Embryo grundrechtlich schützen will, d.h. ob tatsächlich verfassungsrechtliche subjektive (Abwehr-)Ansprüche hätten begründet werden sollen[64]. Selbst wenn man indessen zum Schluss käme, dass Art. 24<sup>novies</sup> BV nicht als Grundrechtsnorm begriffen werden kann, braucht der Embryo nicht schutzlos der gesetzgeberischen Willkür ausgeliefert zu sein: In dogmatischer Analogie beispielsweise zum Tier- und Umweltschutz wäre Art. 24<sup>novies</sup> BV zu interpretieren als Schutzpflicht, welcher der Staat - möglicherweise auch Private - durch positive Massnahmen zu genügen hätten[65]. Bei dieser Betrachtungsweise wären die dem Schutz der Embryonen dienenden Verfassungsbestimmungen als *Handlungsbeschränkungen* zu verstehen, welche die zwar grundrechtlich aber nur im Rahmen der Rechtsordnung gesicherten Handlungsfreiheiten Dritter - Forscher, Eltern, etc. - beschränken würden.

Art. 24<sup>novies</sup> BV verdeutlicht zuerst die von der Verfassung geforderte Schutzwürdigkeit des menschlichen Keim- und Erbgutes sowie von menschlichen Embryonen[66], die sich aus dem Grundsatz der Menschenwürde und aus dem Grundrecht auf Leben unter Umständen auch herleiten liesse. Art. 24<sup>novies</sup> BV billigt damit «dem Embryo um seiner Menschhaftigkeit und Personenbezogenheit willen eine eigene Grundrechtsberechtigung» zu[67]. Gewonnen ist damit zuerst einmal nur die Feststellung, dass Embryonen der beliebigen Verfügbarkeit durch Dritte - Eltern, Forscher - entzogen sind. Art. 24<sup>novies</sup> BV erweist sich damit bezüglich dem verfassungsrechtlichen Status von Embryonen als noch unfertige, weil inhaltlich zu bestimmende Grundrechtsgarantie[68]. Offen bleibt damit aber weiterhin, wo die Grenzen des grundrechtlichen Schutzbereichs inhaltlich zu ziehen sind und wie der Ausgleich zu anderen grundrechtlichen Schutzansprüchen zu treffen wäre[69].

Allerdings enthält der Katalog von Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 BV *detaillierte und umfassende Richtlinien für die Konkretisierung*. Dass diese als Inhaltsbestimmungen für einen Grundrechtsanspruch interpretiert werden können, ergibt sich aus der Textanalyse der gesamten Bestimmung: Auszugehen ist vom Schutzauftrag des Abs. 1, wonach der Mensch gegen die Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie zu schützen ist. Damit wird eine erste, vorläufig noch grobe Umschreibung der grundrechtsähnlichen Schutzwürdigkeit auch von Embryonen erreicht. Abs. 2 ist zuerst einmal als Kompetenzzuweisung an den Bund zu verstehen, wobei der Missbrauchsschutz kumuliert wird mit Schutzaufträgen zugunsten der Rechtsgüter Menschenwürde, Persönlichkeit und Familie. Der Handlungsspielraum des Bundesgesetzgebers wird anschliessend durch die «Grundsätze» der Bst. a bis g begrenzt. Zu einem bestimmten Grad abweichend von der sonst gebräuchlichen verfassungssprachlichen Terminologie[70] erfüllen diese die legislatorische Freiheit beschränkenden «Grundsätze» aber gleichzeitig auch die *Funktion, Anwendungsbereich und Schutzzumfang eines eigenständigen Grundrechtsanspruches inhaltlich bestimmbar zu machen*, indem spezifische Verbote und Handlungsvoraussetzungen von der Verfassung verbindlich vorgeschrieben werden[71]. Im Vergleich mit der deutschen Verfassungslage hat die schweizerische Bundesverfassung damit den Vorteil, für einen grundrechtlichen oder grundrechtsähnlichen Embryonenschutz nicht auf dogmatisch unter Umständen waghalsige Konstruktionen

und Argumentationen angewiesen zu sein, die - in Ermangelung einer eigenständigen Verfassungsnorm - auf dem Schutz der Menschenwürde oder dem Recht auf Leben aufbauen müssen[72].

### 3.2. Schutzmassnahmen

Antworten auf die Frage, welche Verfassungsbestimmung den Schutzanspruch begründet, beeinflussen indessen auch wieder den Umfang bzw. den Inhalt der konkret - d.h. durch eine entsprechende Gesetzgebung - zu leistenden Schutzmassnahmen. Die - wie oben geschilderte - geläufigste Verknüpfung des Embryonenschutzes mit dem Prinzip der *Menschenwürde* erweist sich hierbei als wenig hilfreich. Wie namentlich die deutsche Literatur nachgewiesen hat, können dem Grundsatz kaum konkrete Handlungsdirektiven für die Gesetzgebung entnommen werden: «Dogmatisch unanfechtbare Antworten auf solche und viele andere Probleme [Zulässigkeit der Forschung an Embryonen], die sich aus einer positiven Bestimmung des Begriffs der Menschenwürde herleiten liessen, sind kaum möglich.»[73] Die Abstraktheit der Norm lässt ohne konkretisierende Wertungsschritte keine verbindlichen Antworten zu[74]. Die schweizerische Lehre scheint dem für Deutschland ermittelten Fazit zu folgen und hält fest, dass die Menschenwürde als «offenes und eher unbestimmtes Kriterium» zu qualifizieren sei, welches lediglich «bei schweren Beeinträchtigungen sichere Entscheidungshilfen gibt»[75]. Es wird davor gewarnt, einzelne Normgehalte aus der Menschenwürde unter Umgehung der notwendigen Abwägungen vorschnell deduzieren zu wollen[76].

Man könnte allerdings versucht sein zu argumentieren, dass gentechnische Eingriffe in das menschliche Erbgut oder die Verwendung menschlicher Embryonen zu Forschungszwecken eine so schwere Beeinträchtigung darstellen, dass sie zwingend nach einer Beurteilung unter dem Aspekt der Menschenwürde verlangen. Dem *Bundesgericht*, das sich - wie oben erwähnt - am Rande zugunsten eines Schutzanspruches auf der Grundlage der Menschenwürde ausgesprochen hatte, gelang *lediglich eine summarische negative Abgrenzung der Schutzmassnahmen*, die einem Zirkelschluss gleichkommt: Ohne vertiefte Begründung erachtet es jene Forschungstätigkeit für unzulässig, welche Embryonen in unwürdiger Weise instrumentalisiert[77]. Damit wird letztlich das Unvermögen illustriert, alleine aus einem fundamentalen Rechtsprinzip konkrete Handlungspflichten und -gebote abzuleiten[78]. Insbesondere wird über die Schwierigkeit hinweggetäuscht, dass mit dem Bekenntnis zur Schutzwürdigkeit die inhaltliche Bestimmung und Begrenzung des Schutzanspruches noch nicht vorweggenommen ist. Wer den Embryonenschutz auf die Grundrechte der Menschenwürde oder des Rechts auf Leben zurückführen will, übersieht den Umstand, dass *der von der Verfassung geforderte Rechtsgüterschutz Staffellungen im Verhältnis zum Gefährdungsrisiko nicht ausschliesst*. In sinngemässer Analogie zu den Normen des Kindsrechts und deren gerichtlicher Konkretisierung im streitigen Einzelfall, welche für die unterschiedlichen Lebensbereiche und -abschnitte des Kindes eine Berücksichtigung unterschiedlicher Schutzbedürfnisse

und einen Ausgleich mit allenfalls entgegenstehenden Rechtsansprüchen Dritter - namentlich der Eltern - fordert, ist ein auch nach Gefährdungslagen differenzierender Embryonenschutz zulässig[79] und wohl auch geboten.

Wiederum kann hier nur eine *Gesamtschau von Art. 24<sup>novies</sup> BV Lösungsansätze bereithalten*: Die Grundsätze von Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 BV stecken jene Sachbereiche ab, bei denen die grössten Missbrauchsrisiken vermutet werden und denen vorzubeugen die Verfassung gemäss Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 1 BV verlangt. Je grösser die Missbrauchsgefahr ist, desto bedeutsamer werden grundrechtliche Sicherungen und desto absoluter muss der Rechtsanspruch gewährleistet sein. Mithin hat der Verfassungsgeber jene Sachgebiete nicht nur bezeichnet, wo ein die Menschenwürde verletzendes Verhalten wahrscheinlich ist, sondern gleichzeitig auch risikobegrenzende Schranken festgelegt[80]. Im nachfolgenden 4. Kapitel ist daher auf die einzelnen Teilgehalte der Verfassungsnorm zurückzugreifen, um die Verfassungskonformität der Empfehlungen der Studiengruppe beurteilen zu können.

### 3.3. Vorläufiges Fazit

Es ist letztlich wenig aussichtsreich, der Verfassung entnehmen zu wollen, wie der von ihr geforderte Lebensschutz erfüllt werden müsste; einen «ethisch und politisch weitgehend offenen Diskurs durch Hinweis auf angeblich grund- oder gar menschenrechtlich gesicherte Positionen» ausschalten zu wollen, wäre verfehlt[81]. Bedenken gegen eine diskursiv verkürzte Anrufung der Grundrechte hat auch der Bundesrat deutlich hervorgehoben:

*«Unabhängig von einer ausdrücklichen Verankerung im Verfassungstext ist die Verwirklichung des Rechts auf Leben und auf körperliche und geistige Unversehrtheit eine ständige Aufgabe, die nie abgeschlossen ist.»[82]*

*«Wir sind überzeugt, dass heikle Probleme wie (...) medizinische Versuche am Menschen (...) in der nächsten Zeit diskutiert und einer Lösung zugeführt werden müssen; dies ist jedoch Sache des zuständigen Gesetzgebers und kann nicht durch eine einzige Verfassungsbestimmung erreicht werden.»[83]*

Weder der Grundsatz der Menschenwürde noch das Grundrecht des Lebensschutzes vermögen letztlich verbindliche und ausreichend präzise Antworten darauf zu geben, welcher Rechtsschutz menschlichen Embryonen zu gewähren ist. *Es muss folglich darum gehen, den eigenständigen Gehalt von Art. 24<sup>novies</sup> BV zu ermitteln und zwar sowohl als Grundrechtsverbürgung wie auch als Gesetzgebungsauftrag.*

## 4. Detailanalyse von Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 BV

Die Entstehungsgeschichte der Verfassungsbestimmung - von der Volksinitiative über den bundesrätlichen direkten Gegenentwurf zur Neufassung durch das Parlament - erschwert eine schlüssige Analyse der verschiedenen Teilgehalte. Eine am Text orientierte Auslegung bedarf daher einer besonders sorgfältigen Berücksichtigung der teleologischen und verfassungssystematischen Argumente[84].

#### 4.1. Eingriffsverbot (Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. a BV)

Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. a BV verbietet ausnahmslos und ohne Gesetzesvorbehalt Eingriffe «in das Erbgut von menschlichen Keimzellen und Embryonen». Ob die Empfehlung der Mehrheit der Studiengruppe haltbar ist, die Methoden der *Präimplantationsdiagnostik* seien mit der Verfassung zu vereinbaren, beurteilt sich danach, *ob diese einen Eingriff im Sinne von Bst. a darstellen*.

Um genetische oder somatische Schädigungen des *in vitro* gezeugten Embryos ermitteln und gestützt darauf darüber entscheiden zu können, ob der Embryo der Frau implantiert werden soll, müssen mittels präimplantationsdiagnostischer Eingriffe einzelne Zellen des Embryos abspaltet werden. Zuerst ist zu prüfen, ob und welche Antworten dem Wortlaut von Bst. a zu entnehmen sind. Es stellt sich nämlich die Frage, ob nur Eingriffe in das Erbgut von Embryonen verboten werden oder ob schlechthin jeder Eingriff in die embryonale Zellsubstanz unzulässig wäre. Im ersten Fall könnten präimplantationsdiagnostische Eingriffe zulässig sein. Im zweiten Fall würde die Verfassung die Präimplantationstechnik grundsätzlich verbieten, weil das Abtrennen von embryonalen Zellen einem unzulässigen (physischen) Eingriff in Embryonen gleichkäme.

Eine *grammatikalische Analyse* von Bst. a lässt die erste Interpretation als die wahrscheinlichere erscheinen: Der Begriff «Embryonen» steht auf syntaktisch gleicher Stufe wie der Begriff der «menschlichen Keimzellen»[85]. Der Begriff «Erbgut» würde sich damit gleichermassen auf menschliche Keimzellen und Embryonen beziehen[86]. Zieht man zur Klärung die *Beratung der eidgenössischen Räte* zu Rate, ergibt sich folgendes Bild: Mit Bst. a sollte ein absolutes Verbot der Keimbahntherapie statuiert werden, um aber im Gegensatz dazu die somatische Gentherapie unter den vom Gesetz zu bestimmenden Voraussetzungen grundsätzlich zuzulassen[87]. *Ziel und Zweck der Bestimmung soll es sein, jene Eingriffe im Sinne von bewusst und willentlich vorgenommenen Veränderungen des menschlichen Erbgutes zu verbieten, die sich in den nachfolgenden Generationen fortsetzen*. Analytische Methoden, welche Aufschluss geben können über vererbare Defekte, sind vom Verfassungsgeber nicht sanktioniert worden; gentechnische «Korrekturen» dieser analytisch ermittelten Defekte werden indessen von Bst. a verboten[88]. Für den Bereich der gesamten Pränataldiagnostik vertraute der Verfassungsgeber offenbar auf eine sehr restriktive und einschränkende Regelung, welche dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben sollte und die das Erbgut auch des Embryos dem wissenschaftlichen oder therapeutischen Zugriff entzieht[89].

Unter dem Blickwinkel von Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. a BV könnte die Präimplantationsdiagnostik, d.h. die Untersuchung des Gesundheitszustandes des künstlich und ausserhalb der Gebärmutter erzeugten Embryos vor seiner Implantation, dann die Frage ihrer Verfassungskonformität aufwerfen, wenn ihre Technik als manipulierender Eingriff im soeben erwähnten Sinne verstanden werden müsste. Zum Zwecke der Präimplantationsdiagnostik müssen in der Regel einzelne embryonale Zellen abgespaltet werden, um isoliert untersucht werden zu können. Das *Herauslösen* einer einzelnen Zelle aus dem embryonalen Zellverband zu Diagnosezwecken kann für sich alleine *keinen Eingriff* im Sinne von Bst. a darstellen[90]. Schutzgut dieser Norm ist nicht die physische Integrität des Zellverbandes[91], sondern die durch die DNS(Desoxyribonukleinsäure)-Sequenz individuell determinierte Erbinformation des Embryos, welche vor Veränderungen bewahrt werden muss[92].

Präimplantationsdiagnostische Untersuchungen an einer abgespaltenen Embryonalzelle greifen nun aber in einem zweiten Schritt insofern in die Erbinformation ein, als Abschnitte der DNS herausgelöst, vervielfältigt und analysiert werden müssen. Dabei wird die untersuchte einzelne Embryonalzelle durch den untersuchenden Eingriff physisch zerstört. Hinzu kommt, dass die Diagnosen auch an totipotenten Embryonalzellen durchgeführt werden[93]. Totipotente Zellen sind embryonale Zellen mit der Fähigkeit, «sich zu allen überhaupt möglichen Zelltypen eines Organismus weiterzuentwickeln»[94]. Allerdings scheint mindestens zur Zeit eine naturwissenschaftlich zweifelsfreie Umschreibung der Totipotenz ebensowenig möglich zu sein wie die Festlegung jenes Entwicklungsstadiums, bis zu welchem von Totipotenz gesprochen werden kann[95]. Wenn man davon ausgeht, dass sich totipotente Embryonalzellen qualitativ wesentlich von somatischen Zellen unterscheiden und entwicklungsbiologisch den Keimbahnzellen näherstehen[96], dann könnten diagnostische Eingriffe in das Erbgut einer einzelnen Zelle unter Umständen kollidieren mit dem vom Verfassungsgeber angestrebten Verbot der Keimbahntherapie[97]. Eine solche Betrachtungsweise verkennt indessen, dass der Verfassungsgeber die Frage des rechtlich zulässigen Umgangs mit totipotenten Zellen nicht ausdrücklich beantwortet hat. Berücksichtigt man weiter, dass Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. f BV Untersuchungen des Erbgutes unter Gesetzesvorbehalt zulässt, kommt man zum Schluss, dass die Verfassung und namentlich Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. a präimplantationsdiagnostische Untersuchungen am Erbgut des Embryos nicht *eo ipso* ausschliesst[98]. Vielmehr ist es so, dass die Entscheidung über die Zulässigkeit solcher Untersuchungsmethoden vom Gesetzgeber zu treffen ist[99]. Der Verfassungsauftrag zur Risikobekämpfung und die von Art. 24<sup>novies</sup> BV anerkannte Schutzbedürftigkeit des Embryos könnten indessen dann ein gesetzliches Verbot der Präimplantationsdiagnostik rechtfertigen, wenn sich die untersuchenden Eingriffe in die embryonale Erbsubstanz und die damit notwendigerweise verbundene Vernichtung von totipotenten Zellen als missbräuchliche Anwendung von künstlichen Fortpflanzungshilfen erweisen sollten, d.h. wenn der verfassungsrechtliche - auch totipotente Embryonalzellen erfassende - Schutzanspruch des Embryos mit keinem geeigneten anderen Mittel gewährleistet werden könnte als mit einem Verbot der Präimplantationsdiagnostik.

Damit bleibt allerdings ein *zweites Problem noch ungelöst*: Die Präimplantationsdiagnostik geht davon aus, dass bei ungünstigen Resultaten, d.h. bei einer ungünstigen Implantations- und Wachstumsprognose ein Embryo nicht eingepflanzt wird. Hinzu kommt, dass die Präimplantationsdiagnostik durchaus auch in die Lage kommen könnte, sich Aufschluss über bestimmte Eigenschaften des werdenden Menschen zu verschaffen, welche keinen Bezug zu einer schweren oder vererbaren Krankheitsveranlagung gemäss Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. c BV aufweisen. Die damit eröffnete Selektionsmöglichkeit namentlich für die Frau, die sich den Embryo einpflanzen will, widerspricht aber Ziel und Zweck von Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. c BV: Methoden der Fortpflanzungshilfe dürfen nicht dafür eingesetzt werden, «um bei einem Kind bestimmte Eigenschaften herbeizuführen». Gentechnische Interventionen, die darauf abzielen, beim heranwachsenden Embryo bestimmte Eigenschaften - z.B. das Geschlecht, aber auch ein bestimmter Körperwuchs oder andere physiognomische Merkmale - herauszubilden oder zu unterdrücken und die im Rahmen von künstlichen Befruchtungsbehandlungen durchgeführt werden, stellen eine Form der missbräuchlichen Verwendung von Fortpflanzungshilfen dar, welche Art. 24<sup>novies</sup> BV verbietet[100]. Die Präimplantationsdiagnostik greift zwar nicht unmittelbar in das Erbgut des Embryos ein, indem sie durch Manipulationen an der Erbsubstanz die Herausbildung bestimmter Eigenschaften provoziert, aber sie erlaubt eine in das Frühstadium der embryonalen Entwicklung *vorverlagerte Selektionsmöglichkeit*: Ergibt nämlich die präimplantationsdiagnostische Untersuchung, dass einzelne oder mehrere Embryonen bestimmte, von den Gametenspendern subjektiv positiv oder negativ qualifizierte Eigenschaften aufweisen, schliesst sich unmittelbar daran die Frage an, welcher Embryo eingepflanzt oder ob auf eine Implantation nicht verzichtet werden soll. Eine auf dem Vorliegen bestimmter Eigenschaften beruhende Selektion bzw. Elimination von zu Implantationszwecken gezeugten Embryonen läuft in letzter Konsequenz auf die vom Verfassungsgeber verpönte «Zuchtwahl»[101] bzw. eugenische Selektion hinaus. Beschränkt sich indessen die Präimplantationsdiagnostik auf den Nachweis von vererbaren und schwerwiegenden Krankheitsveranlagungen[102], vermag sie vor der Verfassung standzuhalten.

#### 4.2. Verbot der Embryonenaufzucht zu Forschungszwecken (Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. c Satz 1 BV)

Die Verfahren der Fortpflanzungshilfe dürfen nicht angewendet werden, «um Forschung zu betreiben». Diese Ergänzung wurde von der nationalrätlichen Kommission eingefügt[103]. Sie blieb grundsätzlich unbestritten und mehrfach wurde betont, dass ausgeschlossen werden müsse, dass Embryonen zu Forschungszwecken hergestellt werden könnten[104].

Konsens besteht darüber, dass die Erzeugung von Embryonen ausschliesslich zu Forschungszwecken und ohne jede Absicht, damit eine Schwangerschaft herbeiführen zu wollen, verfassungswidrig sein muss[105]. Dieser Schluss drängt sich geradezu auf, wenn der Grundsatz der Menschenwürde

herangezogen wird: Unabhängig von Forschungszweck und -ziel verbietet der Grundsatz jene Instrumentalisierung auch des in Entwicklung begriffenen menschlichen Lebens, die mit der von jeglicher Schwangerschaftsabsicht losgelösten Herstellung von Embryonen zu Forschungszwecken zwingend einhergehen würde. Wenn das Bundesgericht zwar jene Forschung an Embryonen oder Teilen davon verbieten will, die zerstörende Wirkungen zeitigt, Forschung, die darauf abzielt, «bessere Bedingungen für die Entwicklung zu schaffen», hingegen als grundsätzlich zulässig erachtet<sup>[106]</sup>, scheint es die wesentlichen Unterschiede nur ungenau erkannt zu haben. Eine verfassungswidrige Instrumentalisierung menschlichen Lebens liegt auch dann vor, wenn ein Embryo zu Forschungszwecken erzeugt wird und die Forschung an ihm verbesserte Erfolgchancen - also, in der Terminologie des Bundesgerichts, bessere Entwicklungsbedingungen - für die verschiedenen Verfahren der Fortpflanzungshilfe verspricht<sup>[107]</sup>. Zulässig dürfen lediglich jene primär therapeutischen Forschungseingriffe sein, welche die Entwicklungschance gerade jenes Embryos verbessern könnten, an dem der Eingriff vorgenommen wird und der unmittelbar zur Herbeiführung einer Schwangerschaft gezeugt worden ist. Richtigerweise will daher der Entwurf zu einem Humanmedizingesetz die Erzeugung von Embryonen «zu einem anderen Zweck als der Herbeiführung einer Schwangerschaft» unter Strafe stellen<sup>[108]</sup>.

Wie indessen mit überzähligen Embryonen umgegangen werden darf, ob also Forschung an solchen Embryonen zulässig sein darf, die zur Herbeiführung einer Schwangerschaft erzeugt worden sind, aber nicht mehr eingepflanzt werden können, ist nachfolgend zu prüfen.

### 4.3. Verbot überzähliger Embryonen (Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. c. Satz 3 BV)

Die Vorschrift, dass nur so viele menschliche Eizellen ausserhalb des Körpers der Frau zu Embryonen entwickelt werden dürfen, wie ihr sofort eingepflanzt werden können, ist auf einen Minderheitsantrag der nationalrätlichen Kommission zurückzuführen. Dieser ist vom Ratsplenum unter Namensaufruf mit 98 zu 76 Stimmen gutgeheissen worden<sup>[109]</sup>. Während des Differenzbereinigungsverfahrens lehnte die ständerätliche Kommission den vom Nationalrat beschlossenen Zusatz mit knapper Mehrheit ab<sup>[110]</sup>. Im Plenum des Ständerats setzte sich indessen die auf Beibehaltung des Zusatzes plädierende Minderheit mit 25 zu 13 Stimmen durch<sup>[111]</sup>.

Die *wechselhaften Mehrheitsverhältnisse*, die zur Aufnahme des 3. Satzes geführt haben, machen deutlich, dass ein eindeutiger Wille des Verfassungsgebers nicht ohne zusätzliche argumentative bzw. teleologische Begründungen ermittelt werden kann. Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich aber auch, dass die In-vitro-Fertilisation nur unter sehr restriktiven Bedingungen zugelassen werden darf<sup>[112]</sup>. Insbesondere sollten solche Methoden ausschliesslich zur Herbeiführung einer Schwangerschaft angewendet werden dürfen und keinen anderen Zwecken dienen.

Einerseits hat sich der Verfassungsgeber für die Zulässigkeit der extrakorporalen Befruchtungsmethoden ausgesprochen<sup>[113]</sup>; andererseits sollte die Bildung von Embryonen ausserhalb des Körpers der Frau zahlenmässig begrenzt werden. Das Risiko, dass bei der In-vitro-Fertilisation überzählige Embryonen entstehen können, wurde vom Parlament durchaus erkannt<sup>[114]</sup> und auch in Kauf genommen<sup>[115]</sup>. Ganz im Sinne einer Missbrauchsbekämpfung sollte dieses Risiko aber dadurch minimiert werden, dass nicht eine beliebige Anzahl von Eizellen extrakorporal befruchtet werden dürfen. Die Detailregelung im Sinne einer Interessenabwägung sollte dabei dem Gesetz vorbehalten bleiben<sup>[116]</sup>.

Daraus kann nur gefolgert werden, dass nicht mehr Eizellen befruchtet werden dürfen, als sofort wieder eingepflanzt werden können<sup>[117]</sup>. «Sofort einpflanzen» heisst, dass die Implantation im selben Zyklus zu erfolgen habe<sup>[118]</sup>. Eine «Vorratshaltung» von Embryonen für den Fall, dass der erste Embryonentransfer erfolglos bleibt, darf - so hat bereits das Bundesgericht gefordert<sup>[119]</sup> - nicht zulässig sein.

Hingegen kann man sich fragen, ob unter Umständen für die Implantation vorgesehene Embryonen aus bestimmten Gründen dennoch konserviert werden dürfen<sup>[120]</sup>. 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<sup>[121]</sup>. 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 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.

Zusätzliche verfassungsrechtliche Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben aus der Tatsache, dass heute befruchtete Eizellen (kryo)konserviert werden können, bevor sie sich zu Embryonen entwickelt haben<sup>[122]</sup>. Ob solche Zellen im sogenannten Vorkernstadium<sup>[123]</sup> im Hinblick auf eine spätere Embryonenentwicklung und einen dannzumal sofortigen Transfer gelagert werden dürfen<sup>[124]</sup>, lässt sich nicht ohne weiteres dem geltenden Verfassungstext entnehmen. Es stellt sich damit die Frage, ob Zellen im Vorkernstadium und Embryonen unterschiedlich behandelt werden dürfen, bzw. ob sachliche Gründe eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermögen. Das Bundesgericht hat die parlamentarische Debatte so interpretiert, dass die Kryokonservierung befruchteter Eizellen im Vorkernstadium zugelassen werden sollte, hat aber offen gelassen, ob eine solche Differenzierung zwischen befruchteten Eizellen im Vorkernstadium und Embryonen vor dem Aufbewahrungsverbot von Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. c Satz 3 BV standzuhalten vermag und überliess die präzisierende Regelung dem Gesetzgeber<sup>[125]</sup>. Die Materialien legen allerdings den Schluss nahe, dass die unterschiedliche rechtliche Behandlung von befruchteten

Eizellen im Vorkernstadium und Embryonen absichtlich und bewusst angestrebt worden ist[126]. Die Auffassung, der Verfassung sei ein Verbot der Kryokonservierung von befruchteten Eizellen vor der Kernverschmelzung - also zu einem Zeitpunkt, zu dem ein Embryo noch gar nicht entstanden ist - zu entnehmen, muss sich daher als unhaltbar erweisen. Folgerichtig sieht der Entwurf zu einem Humanmedizingesetz vor, dass befruchtete Eizellen im Vorkernstadium während höchstens fünf Jahren aufbewahrt werden dürfen[127]. Dem Bundesrat wird die Befugnis zugewiesen, die Konservierung solcher Zellen dann zu verbieten, wenn es möglich sein wird, unbefruchtete bzw. nichtimprägnierte Eizellen «mit befriedigendem Erfolg» zu konservieren[128].

Noch unbeantwortet ist letztlich die Frage, was mit den rechtmässig erzeugten Embryonen zu geschehen hat, welche - aus welchen Gründen auch immer - nicht eingepflanzt werden konnten. Die Mehrheit der Studiengruppe spricht sich zugunsten der Zulässigkeit von Forschungsvorhaben an solchen Embryonen aus; sie will im Sinne einer Interessenabwägung im konkreten Einzelfall die Forschung zugunsten der Vernichtung von Embryonen bevorzugen[129]. Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte von Art. 24<sup>novies</sup> BV zeigt, dass zwei Motive im Vordergrund standen: Einmal sollte jeglichen Missbräuchen wirkungsvoll vorgebeugt werden, zweitens sollte jedem künstlich oder natürlich gezeugten Embryo die bestmögliche Entwicklungs- und Überlebenschance gegeben werden. Wo sich die Überlebenschance aber nicht realisieren lässt, ist notwendigerweise über das weitere Schicksal des Embryos zu befinden. Ob Forschungsvorhaben an diesen Embryonen zulässig sein sollen, hängt in erster Linie mit der Frage zusammen, ob das ihr inhärente Missbrauchsrisiko durch Kontrolle und Überwachung weitestgehend und wirksam minimiert werden kann. Ist indessen nicht auszuschliessen, dass trotz solcher Massnahmen ein erhebliches Missbrauchsrisiko verbleibt, sind Forschungsvorhaben zu verbieten und die nicht eingepflanzten Embryonen zu vernichten. Vor dem Hintergrund des von Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 1 imperativ geforderten Missbrauchsschutzes muss es letztlich unerheblich sein, ob die Gametenspender einer Verwendung «ihrer» Embryonen zu Forschungszwecken zustimmen oder nicht. Ob aber die von der Mehrheit der Studiengruppe formulierten Voraussetzungen tatsächlich geeignet sind, die Missbrauchsgefahr auf ein vernachlässigbares Mindestmass zu reduzieren, mag fraglich bleiben und muss hier nicht vertieft werden.

Für die Frage, ob Forschungsvorhaben an überzähligen Embryonen zulässig sein können, ob bereits die Verfassung ein Vernichtungsgebot statuiert oder ob ein solches vom Gesetzgeber einzuführen wäre, ist neben dem Aspekt der Missbrauchsverhinderung schliesslich auch noch folgende Überlegung zu berücksichtigen: Wie dargelegt dürfen Embryonen ausschliesslich in der Absicht erzeugt werden, eine konkrete Schwangerschaft herbeizuführen. Wenn so erzeugte Embryonen indessen analytisch diagnostizierbare Defekte wie beispielsweise mehrere Zellkerne aufweisen, welche wiederum ihre Überlebenschancen erheblich reduzieren, darf von einer Implantation abgesehen werden. Aus dem Verbot der Embryonenerzeugung zu Forschungszwecken als einer generellen Schranke für die Zulässigkeit der In-vitro-Fertilisation kann wiederum abgeleitet werden, dass implantationsuntaugliche Embryonen nicht für allgemeine Forschungszwecke verwendet werden dürfen[130]. Vor der Verfassung

vermögen höchstens *schwangerschaftsrelevante Forschungsvorhaben* standzuhalten. Darunter sind Vorhaben zu verstehen, die den Gewinn von Erkenntnissen darüber anstreben, wie die Methode der In-vitro-Fertilisation optimiert werden kann bzw. wie sich Fehlentwicklungen von befruchteten Eizellen vermeiden lassen. Hier ist wiederum zu entscheiden, ob solche forschungsmotivierte Untersuchungen nur dann zulässig sind, wenn sie der Herbeiführung jener konkreten Schwangerschaft dienen, welche sich die Gametenspender wünschen, oder ob jede schwangerschaftsrelevante Forschung z.B. zur allgemeinen Optimierung von Befruchtungsmethoden erlaubt ist<sup>[131]</sup>. Die Antwort auf diese letzte Frage ist nicht zweifelsfrei und unmittelbar der Verfassung zu entnehmen. Mit guten Gründen lassen sich die Materialien zu Art. 24<sup>novies</sup> BV aber derart interpretieren, dass die Differenzierung von zulässiger und verpönter schwangerschaftsrelevanter Forschung vom Gesetzgeber vorzunehmen sei, weil bei der Schaffung der Verfassungsnorm der zukünftigen technischen Entwicklung nicht unnötig vorgegriffen werden wollte. Der Gesetzgeber wird dabei den Umstand zu beachten haben, dass die Verfassung die Erzeugung von Embryonen lediglich zu Fortpflanzungszwecken zulassen will und eine zu liberale Regelung einer verfassungswidrigen Zweckentfremdung gleichkommen könnte.

## 5. Embryonenschutz und konkurrierende Grundrechtsansprüche

Geht man von der Annahme aus, dass die Verfassung Embryonen zumindest grundrechtsähnliche Schutzansprüche einräumt, ist weiter danach zu fragen, wie sich die Antwort auf die Eingriffszulässigkeit zu anderen Grundrechten verhält. Im Vordergrund steht dabei nicht ein auf Abwehr von staatlicher Intervention ausgerichteter Grundrechtsbegriff: Medizinisch indizierte oder zu Forschungszwecken erfolgte Eingriffe in Embryonen gehen nicht von staatlichen Behörden aus, sondern von Dritten, die sich unter Umständen ebenfalls auf grundrechtliche abgesicherte Positionen berufen können. In Kollision geraten mithin verschiedene Grundrechtsansprüche, die zuerst vom Gesetzgeber, im konkreten Streitfall aber auch von Gerichten und Verwaltungsbehörden gegeneinander abgewogen werden müssen. Für den Bundesgesetzgeber stellt sich insbesondere die Frage, ob er verpflichtet sei, zugunsten eines bestimmten Grundrechts bzw. der entsprechenden Grundrechtsträger Schutzmassnahmen vorsehen müsse, welche wiederum ein anderes Grundrecht beschränken würden<sup>[132]</sup>. Mit anderen Worten ist danach zu fragen, ob der von der Verfassung geforderte Embryonenschutz Eingriffe in die Grundrechte der persönlichen Freiheit bzw. der Forschungsfreiheit rechtfertigen lässt.

### 5.1. Persönliche Freiheit der Gametenspender

Das Bundesgericht geht davon aus, dass «der Wunsch nach Kindern eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung darstellt»<sup>[133]</sup>. Die Beschränkung des Zugangs zu den Methoden der Fortpflanzungshilfe berührt daher das Verfassungsrecht der persönlichen Freiheit. Auch die eidgenössischen Räte haben sich der Auffassung angeschlossen, dass der Kinderwunsch von der persönlichen Freiheit erfasst werden müsse. Gleichzeitig wurde aber klargestellt, dass die Verfassung kein «Recht auf ein Kind» oder gar ein Recht auf ein mit bestimmten Eigenschaften ausgestattetes Kind garantieren könne und dürfe<sup>[134]</sup>.

Der von der persönlichen Freiheit miterfasste Kinderwunsch ist nun aber keineswegs absolut geschützt. Auch er hat sich jenen Beschränkungen zu unterwerfen, die im öffentlichen Interesse gesetzlich vorgeschrieben und verhältnismässig sind. Gerade Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. c BV kommt die Aufgabe zu, den Grundrechtsanspruch der Eltern, bzw. der Gametenspender zu begrenzen: Ihr grundrechtlich gesicherter Anspruch wird dadurch eingeschränkt, dass die in der Verfassung niedergelegten Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Diese Grundrechtsschranken leiten sich ab sowohl aus dem öffentlichen Interesse an der Missbrauchsbekämpfung, als auch aus der hier ausführlich diskutierten Grundrechtsberechtigung des werdenden menschlichen Lebens.

## 5.2. Forschungsfreiheit

Trotz der weitverbreiteten Skepsis gegenüber der gentechnologischen Forschung scheint ein absolutes Forschungsverbot zu keinem Zeitpunkt eine parlamentarische Mehrheit gefunden zu haben. Im Gegenteil wurde eine gewisse Öffnung für den wissenschaftlichen Fortschritt in dem Masse angestrebt, wie sich das Missbrauchspotential der Forschung neutralisieren lässt<sup>[135]</sup>.

Die Forschungsfreiheit wird vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung als Teilgehalt der Wissenschaftsfreiheit interpretiert. Die Forschungsfreiheit ist aber nur im Rahmen der gesamten Rechtsordnung gewährleistet, hat also namentlich andere Grundrechtsansprüche zu respektieren<sup>[136]</sup>. Wie in Kapitel 4 einlässlich dargelegt wurde, hat das Erkenntnisbedürfnis der wissenschaftlichen Forschung hinter dem durch Art. 24<sup>novies</sup> BV inhaltlich bestimmten Embryonenschutz zurückzutreten. Es kann daher auf das bereits Gesagte verwiesen werden.

## 6. Zusammenfassung und Schlussbemerkungen

6.1. Der Bericht der Studiengruppe setzt sich nur in summarischer Weise mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben für den Umgang mit menschlichen Embryonen auseinander. Weder Mehrheit noch Minderheit der Studiengruppe trennen mit ausreichender Schärfe zwischen bereits vorbestehenden Verfassungsgrundsätzen und Grundrechtsgarantien und dem eigenständigen

Gehalt von Art. 24<sup>novies</sup> BV. Bei näherer Betrachtung ergibt sich, dass namentlich der Grundsatz der Menschenwürde und das (ungeschriebene) Grundrecht auf Leben für die spezifischen Fragen des Embryonenschutzes nur von beschränktem Erkenntniswert sind<sup>[137]</sup>.

6.2. Dieses normative Regelungsdefizit wird durch Art. 24<sup>novies</sup> BV teilweise kompensiert: Obschon der Verfassungsgeber nicht primär den Embryonenschutz vor Augen hatte, lassen die von ihm gewählten Lösungen für die grundsätzliche Zulässigkeit künstlicher Fortpflanzungsmethoden und die Missbrauchsbekämpfung Rückschlüsse darüber zu, wie mit menschlichen Embryonen umzugehen sei. Ob Art. 24<sup>novies</sup> BV damit auch als mindestens grundrechtsähnliche, d.h. subjektive und justitiable Abwehransprüche begründende Norm verstanden werden muss, kann dabei offen bleiben. Wesentlich ist, dass Art. 24<sup>novies</sup> BV einen objektiven Schutzauftrag für das Rechtsgut «menschliche Embryonen» postuliert, welcher indessen der zusätzlichen Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedarf. Letztlich kann nur er mit der erwünschten Klarheit festlegen, was zulässig sein soll und was verboten ist.

6.3. 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. Der Verfassung lassen sich indessen keine zweifelsfreien Antworten über die Zulässigkeit von Diagnosemethoden entnehmen, die auf totipotente, d.h. noch nicht in Keimbahn- und somatische Zellen ausdifferenzierte Embryonalzellen angewiesen sind und die mit Eingriffen in die Erbsubstanz einer isolierten Zelle verbunden sind. 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.

6.4. Von der Verfassung ausdrücklich verboten ist die Erzeugung von Embryonen zu Forschungszwecken. Embryonen dürfen nur im Hinblick auf die Herbeiführung einer konkreten Schwangerschaft entwickelt werden. In diesem Rahmen wird die therapeutische Forschung an Embryonen von Art. 24<sup>novies</sup> BV zugelassen, wenn sie die Entwicklungschancen jenes Embryos zu verbessern in der Lage ist, an dem die Forschung vorgenommen. Die Grenze der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit überschreitet indessen jene Forschung, die losgelöst vom konkreten Ziel, eine Schwangerschaft herbeizuführen oder zu erleichtern, an Embryonen durchgeführt wird, um die Erfolgchancen der verschiedenen künstlichen Fortpflanzungshilfen generell zu erhöhen. Der Verfassungsgeber hat sich nur mit grösster Zurückhaltung zugunsten der Zulässigkeit der In-vitro-Fertilisation ausgesprochen und nur unter der Bedingung, dass von ihr unter restriktiven Voraussetzungen Gebrauch gemacht wird. Die hypothetische oder faktische Missbrauchsgefahr sollte mit allen verfügbaren Mitteln auf das niedrigste erreichbare Niveau

minimiert werden. Forschung an Embryonen kann daher nur zur Verfolgung limitierter Zwecke - Herbeiführung einer von den Gametenspendern konkret beabsichtigte Schwangerschaft - und in quantitativ und qualitativ beschränktem Umfange zulässig sein.

6.5. Zum heutigen Zeitpunkt kann die Methode der In-vitro-Fertilisation nicht verhindern, dass überzählige Embryonen entstehen können. Die wechselhafte Entstehungsgeschichte von Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. c BV deutet darauf hin, dass sich der Verfassungsgeber der unvermeidbaren Existenz überzähliger Embryonen zwar bewusst war, er andererseits aber konkrete Pflichten für den Umgang mit ihnen nicht in die Verfassung aufnehmen wollte. Ob überzählige Embryonen allenfalls für die Forschung im Bereich der Fortpflanzungshilfen verwendet werden dürfen, beurteilt sich insbesondere danach, ob Verfahrenskontrollen und Überwachungsmechanismen tatsächlich geeignet sind, das Missbrauchsrisiko praktisch auszuschliessen. Kernfrage bleibt aber dabei, was Missbrauch ist. Der Gesamtzusammenhang von Bst. c legt es dem Gesetzgeber nahe, verbrauchende Embryonenforschung zumindest auf fortpflanzungsrelevante Fragen zu beschränken. Forschung an Embryonen kann nur so weit und so lange zulässig sein, als sie in einem engen sachlichen Konnex steht zum Zweck der herbeizuführenden Schwangerschaft. Lässt sich dieser Zweck nicht mehr realisieren oder ist er erreicht, weil die Implantation mit einem von mehreren künstlich gezeugten Embryonen erfolgreich verlief, verbietet die Verfassung, dass die noch bestehenden Embryonen für nicht schwangerschaftsrelevante Forschungszwecke verwendet werden. Letztlich dürfte die Durchsetzung dieses Verbots bzw. die Vermeidung jeden Missbrauchsrisikos die Vernichtung dieser überzähligen Embryonen gebieten.

[1] Der Bericht kann bezogen werden beim Bundesamt für Bildung und Wissenschaft, Postfach 5675, 3001 Bern. Er ist gegliedert in eine Stellungnahme der Mehrheit der Studiengruppe und in ein Sondervotum der Minderheit.

[2] Vgl. zum Thema in erschöpfender Ausführlichkeit *Maja Kirilova Eriksson*, *The Legal Position of the Unborn Child in International Law*, *German Yearbook of International Law* 36 (1993), S. 86 ff.

[3] Botschaft des Bundesrates vom 29. Juni 1994, *BBl* 1994 V 1. Zur Bedeutung der Kinderrechtskonvention auf das schweizerische Recht siehe auch *Marina Mandofia Berney / Olivier Guillod*, *Liberté personnelle et procréation assistée*, *Schweizerische Juristen-Zeitung* (SJZ) 89 (1993), S. 205 ff., S. 207 ff.

[4] *Gabriele Dorsch*, *Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes*, Berlin 1994, S. 94 ff. und S. 99 ff.

[5] Siehe Eriksson (Fussnote 2), S. 116 mit weiteren Hinweisen.

[6] Botschaft (Fussnote 3), S. 12 f. mit weiteren Hinweisen sowie S. 27.

Verschiedene Vertragsparteien haben sich in auslegenden Erklärungen oder Vorbehalten zum Problem geäußert: So erklärte Argentinien anlässlich der Unterzeichnung der Konvention, dass der Lebensbeginn des Kindes mit der Empfängnis erfolge. Andere Staaten - so Frankreich und Tunesien in einer Erklärung, Luxemburg mit einem Vorbehalt - haben mit Bezug auf Art. 6 ausdrücklich die innerstaatliche Gesetzgebung über den Schwangerschaftsabbruch vorbehalten.

[7] Siehe dazu aber das zuhanden der Hauptabteilung Privatrecht erstellte Gutachten vom 5. August 1994, S. 9 ff.

[8] Gleicher Meinung *Rainer J. Schweizer*, Kommentar BV, Art. 24<sup>novies</sup> (nachfolgend zitiert als Schweizer, BV-Kommentar), Rz. 27.

[9] Bericht (Fussnote 1), S. 10.

[10] Vgl. die prägnante Formulierung von *Erwin Deutsch*, Artifizielle Wege menschlicher Reproduktion, Monatschrift für Deutsches Recht (MDR) 39 (1985), S. 177 ff., S. 180: «Embryonen als werdende Menschen sind nicht rechtsfähig, geniessen aber den Schutz des Rechts.» Mithin geht es also darum, den von der Kommissionsmehrheit als «moralischen Schutz» bezeichneten Status auf eine (verfassungs)rechtliche Grundlage zurückzuführen. Vgl. dazu auch *Dominique Manai*, Le droit civil saisi par la vie sans corps et par le corps sans vie, Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique, Basel / Frankfurt am Main 1991, S. 205 ff., S. 218 ff.

[11] Dass Art. 113 Abs. 3 BV bzw. Art. 114<sup>bis</sup> Abs. 3 BV dem Bundesgericht eine Korrektur von verfassungswidrigen Bundesgesetzen verbieten, ist für die vorliegenden Überlegungen irrelevant. Im übrigen werden beide Bestimmungen in ständiger Rechtsprechung und in Einklang mit der Lehre nicht als Überprüfungsverbot, sondern nur als Anwendungsgebot ausgelegt: «Art. 114<sup>bis</sup> Abs. 3 BV statuiert im übrigen nur ein Anwendungsgebot, kein Prüfungsverbot. Dem Bundesgericht ist es nicht verwehrt, eine Norm darauf zu prüfen, ob sie der Verfassung oder der Konvention widerspricht, wie es auch den Gesetzgeber einladen kann, eine verfassungs- oder konventionswidrige Norm zu ändern», [BGE 117 Ib 367](#), S. 373; dazu auch *Walter Haller*, Kommentar BV, Art. 113, Rz. 205 f.

[12] Der im Juni 1995 vorgelegte Entwurf zu einem «Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung und eine nationale Ethikkommission (Humanmedizingesetz, HMG)» wird nachfolgend abgekürzt als HMG-E zitiert.

[13] Dazu auch Schweizer, BV-Kommentar (Fussnote 8), Rz. 42.

Grundrechtsdogmatisch stellt sich dabei das Problem, wie aus einem defensiven, auf Abwehr staatlicher Eingriffe abzielenden Grundrechtsverständnis objektiv-rechtliche Grundsatznormen hergeleitet werden können: Als Schutzpflichtrechte verstanden können Grundrechte unter Umständen staatliches Eingreifen - im Sinne der Gefahrenabwehr - geradezu fordern, wenn hochwertige Rechtsgüter durch Private gefährdet werden. Zum Ganzen *Bernd Jeand'Heur*, Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen, Juristenzeitung (JZ) 50 (1995), S. 161 ff.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen - Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 29 (1990), S. 1 ff. Aufschlussreich ist ebenfalls *Jörg Paul Müller*, BV-Kommentar, Einführung in die Grundrechte, Rz. 37 ff.

[14] Vgl. *Wolfram H. Eberbach*, Forschung an menschlichen Embryonen: Konsensfähiges und Begrenzungen, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1990, S. 217 ff., S. 219; *Anna Lübke*, Das Bundesverfassungsgericht hat gesprochen: Embryonen sind Menschen zweiter Klasse, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 76 (1993), S. 313 ff., S. 315.

[15] [BGE 115 Ia 234](#), S. 264; [BGE 119 Ia 460](#), S. 485. Fraglich könnte auch sein, ob für die Schutzwürdigkeit legitimerweise zwischen in der Gebärmutter befindlichen und in-vitro-Embryonen unterschieden werden dürfe bzw. ob unterschiedliche Regelungen unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit und des Willkürverbotes zulässig wären.

[16] Dazu ausführlich unten Ziff. 3.2.

- [17] Zur Praxis des Bundesgerichts vgl. die ausführliche Darstellung bei *Philippe Mastronardi*, *Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz*, Berlin 1978, S. 65 ff. Ein - allerdings nicht ganz aktueller - Überblick über den Diskussionsstand in Deutschland findet sich unter anderem bei *Günter Schirmer*, *Status und Schutz des frühen Embryos bei der «In-vitro»-Fertilisation*, Frankfurt am Main u.a. 1987, S. 101 ff.
- [18] Urteil vom 28. Mai 1993, wiedergegeben in und nachfolgend zitiert nach *Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ)* 1993, S. 229 ff., S. 242.
- [19] BGE 119 Ia 460, S. 503: Beobachtungen und der Gesunderhaltung des Embryos dienende Tätigkeiten seien «mit der Würde des Menschen, welche schon dem Embryo in vitro zukommt, durchaus vereinbar». In BGE 115 Ia 234, S. 264 hatte das Bundesgericht ausdrücklich auf eine Klärung der Frage verzichtet, «ob dem Embryo in vitro bereits ein verfassungsrechtlicher Schutz zukomme und ob dieses den verfassungsrechtlichen Schutz der Menschenwürde geniesse».
- [20] Art. 24<sup>octies</sup> Abs. 2 BV: «Er [der Bund] sorgt dabei für die Wahrung der Würde des Menschen und den Schutz der Familie.»
- [21] Botschaft vom 18. September 1989 zur Volksinitiative «gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen», BBl 1989 III 989, 996 f. Die Formulierungen sind wörtlich dem Amstad-Bericht entnommen, BBl 1989 III 1029, 1156 f.
- [22] Botschaft, a. a. O., S. 996.
- [23] Vgl. AB 1990 S 477 (Piller).
- [24] AB 1990 S 481 (Huber), AB 1991 N 562 (Zwygart), 598 (Bundesrat Koller). Dem bundesrätlichen Entwurf wurde dabei vorgeworfen, er vernachlässige «Wertmassstäbe», AB 1990 S 481 (Huber).
- [25] AB 1990 S 487 (Bundesrat Koller).
- [26] AB 1990 S 479 (Hänsenberger).
- [27] Anlass dazu hätte wohl der von Nationalrätin Bäumlin eingebrachte Vorschlag geboten, wonach Keim- und Erbgut des Menschen unantastbar sein sollen. Der Vorstoss ist bereits in der Kommission gescheitert und wurde von der Autorin selber als «chancenlos» bezeichnet, vgl. AB 1991 N 588 (Bäumlin).
- [28] So auch Schweizer, BV-Kommentar (Fussnote 8), Rz. 44 f.
- [29] Sinngemäss kann z. B. das von Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. c Satz 1 ausgesprochene Verbot der ausschliesslich durch Forschungsinteressen motivierten Embryonenaufzucht als Konkretisierung des Grundsatzes der Menschenwürde interpretiert werden; vgl. dazu unten Ziff. 4.1.b. Gleiches muss übrigens auch für das Verbot der Chimärenbildung gemäss Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. b BV sowie dem Handelsverbot für menschliches Keimgut und für Erzeugnisse aus Embryonen gemäss Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. e BV gelten.
- [30] BGE 97 I 45, S. 50.
- [31] Mastronardi (Fussnote 17), S. 73.
- [32] Erläuterungen zum Verfassungsentwurf, Bern 1995, S. 35 (Hervorhebung hinzugefügt).
- [33] Vgl. dazu auch *Andreas Trösch*, *Die Gentechnologie im öffentlichen Recht des Bundes*, Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 90 (1989), S. 377 ff., S. 392.
- [34] Die bundesrätliche Botschaft - auffälligerweise im Zusammenhang mit der Rechtsgleichheit und nicht etwa mit der persönlichen Freiheit - sprach denn auch nur von der Menschenwürde als einem Prinzip, «das dem universellen Konzept der Menschenrechte zugrunde liegt»; die Strafdrohung von Art. 261<sup>bis</sup>

Abs. 4 StGB wolle jene Menschen schützen, denen rechtswidrigerweise die «Qualität als Mensch schlechthin» abgesprochen werde; vgl. dazu Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision, BBl 1992 III 269, S. 289 und 314.

[35] Mastronardi (Fussnote 17), S. 111; *Ralph Malacrida*, Der Grundrechtsverzicht, Zürich 1992, S. 98; Schweizer, BV-Kommentar (Fussnote 8), Rz. 24.

[36] Mastronardi (Fussnote 17), S. 73. Illustrativ auch Auseinandersetzung mit kantonalen Grundrechtsgewährleistungen: Zwar garantiert Art. 9 der bernischen Kantonsverfassung den Schutz der Menschenwürde, doch sei damit kein eigenständiges Grundrecht gewährleistet werden, denn der Grundsatz habe lediglich einen «indirekt justitiablen Gehalt», so *Walter Kälin / Urs Bolz (Hrsg.)*, Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, S. 255.

[37] Malacrida (Fussnote 35), S. 98 und S. 160 f.; Kälin/Bolz (Fussnote 36), S. 255.

[38] *Jörg Paul Müller*, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2. Aufl., Bern 1991, S. 4. Ähnlich *Yvo Hangartner*, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. II, Zürich 1982, S. 95, wonach die Berufung auf die persönliche Freiheit der Abwehr von Angriffen auf die Menschenwürde dient.

[39] BGE 97 I 45, S. 49.

[40] Vgl. z. B. BGE 107 Ia 52, S. 55.

[41] BGE 121 I 367, auch wiedergegeben in EuGRZ 1996, S. 207 ff. .

[42] Siehe immerhin eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Frage bei *Antoine Suarez*, Darf man dem Embryo den verfassungsrechtlichen Schutz der Menschenwürde absprechen? SJZ 86 (1990), S. 205 ff.

[43] Urteil vom 28. Mai 1993 (Fussnote 18), S. 242.

[44] Idem, S. 243.

[45] Idem, S. 243. Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet zwischen dem zulässigen Nichtauferlegen einer Rechtspflicht und dem grundgesetzwidrigen - zeitlich begrenzten - Aufheben der Rechtspflicht. Diese Differenzierung, die auch in dogmatischer Hinsicht nicht ohne weiteres nachvollziehbar scheint, braucht hier nicht weiter diskutiert zu werden.

[46] AB 1991 N 609 (Grassi, Déglise); implizit auch 559 (Frey). Kritisch bzw. ablehnend AB 1990 S 483 (Gautier): «La science peut nous dire qu'un embryon possède un patrimoine génétique unique, mais elle n'est pas compétente pour nous dire ce qu'est une personne humaine, si l'embryon en est déjà une ou seulement l'enfant né viable.»

[47] *Walter Haller*, BV-Kommentar, Persönliche Freiheit, Rz. 48; Müller (Fussnote 38), S. 36, der von einem qualifizierten Schweigen des Verfassungsgebers auszugehen scheint, indem er auf die von Volk und Ständen verworfene Initiative «Recht auf Leben» verweist. Irreführend Hangartner (Fussnote 38), S. 92, wonach das Recht auf Leben unter Vorbehalt der Regelungen über den legalen Schwangerschaftsabbruch auch das werdende menschliche Leben schütze und wonach kontrovers sei, ob der Schwangerschaftsabbruch strafbar sein soll. Irreführend ist insbesondere die Aussage, dass sich auch bei straffreiem Schwangerschaftsabbruch die schwangere Frau auf die persönliche Freiheit berufen könne: Dabei geht es um Grundrechtsansprüche der Frau, nicht aber - was indessen hier zu interessieren hat - um den Grundrechtsanspruch bzw. die

Grundrechtsträgerschaft des Embryos. Genauer ist diesbezüglich Müller (Fussnote 38), S. 37: «Selbst wenn das Recht auf Leben auch auf das ungeborene Leben erstreckt wird, ist nicht unmittelbar der Verfassung zu entnehmen, auf welche Weise der Schutzauftrag zu erfüllen ist».

[48] BGE 98 Ia 508, S. 514.

[49] Idem, S. 515; vgl. dazu auch Haller (Fussnote 47), Rz. 46 ff.; *Ulrich Häfelin / Walter Haller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3. Aufl., Zürich 1993, Rz. 1162, rechnen gestützt auf diese Praxis die elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung dem unantastbaren Wesenskern der persönlichen Freiheit zu.

[50] Vgl. auch die Ausführungen von Lübke (Fussnote 14), S. 314.

[51] Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass sich die Rechtslage unter der - für die Schweiz nicht massgeblichen, von den EMRK-Organen aber bisweilen als Interpretationshilfe beigezogenen - Amerikanischen Menschenrechtskonvention (AMRK) insofern anders präsentiert, als gemäss Art. 4 Abs. 1 der Schutz des Lebens bereits mit der Empfängnis einsetzt. Art. 4 Abs. 1 AMRK lautet: «Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law, and in general, from the moment of conception.»

[52] *X. gegen Grossbritannien*, Zulässigkeitsentscheidung Nr. 8416/79 vom 13. Mai 1980, Décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l'homme (DR) 19, S. 244 ff.; vgl. dazu auch *Mark E. Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1993, Rz. 281.

[53] DR 19, S. 262, Ziff. 22.

[54] DR 19, S. 262, Ziff. 23.

[55] Villiger (Fussnote 52), S. 172 f. mit weiteren Hinweisen.

[56] Vgl. z. B. Suarez (Fussnote 42); *Hans A. Engelhard*, Embryonenschutz als Grenze der modernen Fortpflanzungsmedizin, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 5 (1990), S. 24 ff., S. 24.

[57] Für die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs wird nach geltendem Recht auf den Zeitpunkt der Einnistung (Nidation) und nicht auf die Befruchtung abgestellt. Begründet wird diese Differenzierung damit, dass «Embryo bzw. Foetus noch nicht Glieder der menschlichen Gesellschaft sind», weshalb «ihr Schutz trotz Vorliegen aller genetischen Eigenschaften eines Individuums bedeutend weniger stark ausgebaut [sei] als derjenige des geborenen Menschen», *Stefan Trechsel*, Schweizerisches Strafgesetzbuch - Kurzkomentar, Zürich 1989, S. 371.

[58] BGE 98 Ia 508, S. 514.

[59] Vgl. exemplarisch AB 1991 N 565 (Ruckstuhl), 615 (Frey).

[60] Vgl. AB 1991 S 456 (Bundesrat Koller, der den von der Ratskommission befragten Ethikprofessor Böckle zitiert).

[61] AB 1991 N 598 und 616 (Bundesrat Koller).

[62] AB 1991 S 452 (Meier).

[63] AB 1991 N 609 (Grassi).

[64] Daran anschliessend wäre zu fragen, wer - gewissermassen stellvertretend für den handlungsunfähigen Grundrechtsträger «Embryo» - die Ansprüche geltend machen dürfte oder müsste. Diese Frage kann hier allerdings offengelassen werden.

[65] So nimmt denn die Lehre an, dass der Umweltschutzartikel 24<sup>septies</sup> BV zwar kein eigentliches, individuell durchsetzbares Grundrecht auf Umweltschutz begründe, aber - anders als bei anderen

Kompetenzzuweisungen, die lediglich als Ermächtigung zu verstehen sind - den Bund zum Erlass von Vorschriften verpflichte, vgl. *Thomas Fleiner-Gerster*, Kommentar BV, Art. 24<sup>septies</sup>, Rz. 22 und 25. Ähnlich verhält es sich mit Art. 25<sup>bis</sup> BV: Die Verfassung habe den Tieren - ohne indessen ein Grundrecht auf Tierschutz zu schaffen - einen von den Menschen zu akzeptierenden Wert zuerkannt, weshalb der Mensch über Tiere nicht frei verfügen könne, *Thomas Fleiner-Gerster*, Kommentar BV, Art. 25<sup>bis</sup>, Rz. 7.

[66] Hier ausgeklammert bleiben kann die Frage nach der Bedeutung von Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 3 BV, welcher sich mit dem Schutz nichtmenschlichen Erbgutes befasst.

[67] *Rainer J. Schweizer*, Grundrechtsfragen der Gentechnologie (nachfolgend zitiert als *Schweizer*, Grundrechtsfragen), ZBl 90 (1989), S. 397 ff., S. 407. Derselbe, BV-Kommentar (Fussnote 8), Rz. 29. Auf den Grad der Menschenähnlichkeit stützt sich auch *Lübbe* (Fussnote 14), S. 315.

[68] Dabei ist mit Nachdruck zu erinnern, dass andere Teilgehalte von Art. 24<sup>novies</sup> BV durchaus als justitiable, d.h. gerichtlich durchsetzbare Grundrechtsgewährleistungen gelten können: Dies gilt namentlich für ein aus Abs. 2 Bst. a und b ableitbares Grundrecht auf unmanipuliertes Keimgut (so im übrigen als Forderung formuliert bei *Schweizer*, Grundrechtsfragen (Fussnote 67), S. 404), für den aus Abs. 2 Bst. g fließenden Anspruch auf Kenntnis der Herkunft, und unter Umständen auch für die von Abs. 2 Bst. f erfassten datenschutzrechtliche Aspekte. Vgl. zum Ganzen *Schweizer*, BV-Kommentar (Fussnote 8), Rz. 33.

[69] *Schweizer*, Grundrechtsfragen (Fussnote 67), S. 407 und S. 408.

[70] Wo in Kompetenzbestimmungen der BV von Grundsätzen die Rede ist, sind in der Regel gesetzgeberische Handlungs- und Regelungsdirektiven, welche das öffentliche Interesse an einer präzisierten Regulationsweise in einem bestimmten Sachbereich festschreiben, vgl. etwa Art. 24<sup>bis</sup> Abs. 1 BV («im Gesamtinteresse liegende Grundsätze»), Art. 24<sup>octies</sup> Abs. 2 BV, Art. 29 Abs. 1 BV, sinngemäss auch Art. 32<sup>bis</sup> Abs. 2 BV. Der Begriff der Grundsätze hat allerdings auch die weitere Bedeutung, die Kompetenzzuweisung an den Bund auf eine Rahmengesetzgebung zu beschränken, vgl. Art. 22<sup>quater</sup> Abs. 1 BV.

[71] Damit unterscheidet sich Art. 24<sup>novies</sup> BV in qualitativer Hinsicht z. B. von Art. 25<sup>bis</sup> BV, welcher in Abs. 2 nur die besonders regelungsbedürftigen Bereiche absteckt, ohne aber materielle Vorgaben - unter welchen Bedingungen beispielsweise Tierversuche nicht zu gestatten wären - zu machen. Vgl. dazu auch *Schweizer*, BV-Kommentar (Fussnote 8), Rz. 42.

[72] Vgl. dazu beispielsweise *Lübbe* (Fussnote 14); *Rainer Beckmann*, Embryonenschutz und Grundgesetz, ZRP 1987, S. 80 ff., S. 81; *Bernhard Losch*, Lebensschutz am Lebensbeginn: Verfassungsrechtliche Probleme des Embryonenschutzes, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1992, S. 26 ff., S. 29. Siehe für Österreich zur Illustration *Peter Lewisch*, Leben und sterben lassen, Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ) 45 (1990), S. 133 ff., S. 134.

[73] *Ernst Benda* u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Berlin / New York 1994, S. 181, Rz. 42.

[74] *Eibe H. Riedel*, Gentechnologie und Embryonenschutz als Verfassungs- und Regelungsproblem, EuGRZ 1986, S. 469 ff., S. 473; siehe auch *Christoph Enders*, Die Menschenwürde und ihr Schutz vor gentechnologischer Gefährdung, EuGRZ 1986, S. 241 ff.; *Schirmer* (Fussnote 17), S. 106.

- [75] Schweizer, Grundrechtsfragen (Fussnote 67), S. 404. Ähnlich auch *Christian Brückner*, Künstliche Fortpflanzung und Forschung am Embryo in vitro - Gedanken de lege ferenda, SJZ 81 (1985), S. 381 ff., S. 383: «Man kann wohl einerseits dem Embryo in vitro in gewisser Masse Menschenwürde zuerkennen, ohne ihm andererseits ein subjektives Recht auf Geburt zu geben.»
- [76] So vorgetragen von *Jörg Paul Müller*, Der politische Mensch - menschliche Politik, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart nF 37 (1988), S. 1 ff., S. 9 f.
- [77] BGE 119 Ia 460, S. 502 f.
- [78] Der Hinweis, wonach gegen die Menschenwürde verstosse, was den Menschen in unwürdiger Weise instrumentalisiert, ist tautologisch und damit kaum zur Klärung der offenen Fragen geeignet.
- [79] Die prozessrechtlich bedingte (z. B. mangelnde Grundrechtsmündigkeit oder Prozessfähigkeit) oder faktisch unausweichliche (z. B. Schutzansprüche von Tieren, der Umwelt) «Wehrlosigkeit» des Trägers des Rechtsgutes, seine Ansprüche gerichtlich durchzusetzen, mag Anlass dafür sein, Grundrechtsansprüchen eine absolute, d.h. uneinschränkbare Geltung zuzubilligen bzw. dem Kernbereich zuzuordnen.
- [80] In diesem Sinne auch Schweizer, BV-Kommentar (Fussnote 8), Rz. 8 und 22.
- [81] Müller, Grundrechte (Fussnote 38), S. 37.
- [82] Botschaft vom 28. Februar 1983 zur Volksinitiative «Recht auf Leben», BBl 1983 II 1, S. 21.
- [83] Idem, S. 28 f.
- [84] Dafür wird vom Wortlaut der Verfassungsbestimmung auszugehen sein. Selbst wenn dieser unmissverständlich sein sollte, ist ein Abweichen von diesem dann angezeigt, «wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich etwa aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben.» BGE 118 Ib 187, S. 191.
- [85] Damit lässt sich im übrigen die These zusätzlich stützen, dass der Verfassungsgeber bewusst zwischen geborenen und ungeborenen Menschen unterscheiden bzw. Embryonen nicht ohne weiteres den geborenen Menschen gleichstellen wollte; andernfalls hätte er auf die spezielle Erwähnung der Embryonen verzichten können.
- [86] Andernfalls wäre Bst. a wie folgt zu formulieren gewesen: «Eingriffe in das Erbgut von menschlichen Keimzellen und in Embryonen sind unzulässig».
- [87] AB 1990 S 488 (Piller), 490 (Huber), AB 1991 N 557 (Darbellay). Siehe dazu auch Schweizer, BV-Kommentar (Fussnote 8), Rz. 53 ff.
- [88] Stattdessen erlaubt Bst. c, dass beim Verdacht auf Erbkrankheiten und dergleichen auf die Methoden der Fortpflanzungshilfe zurückgegriffen werden darf. Erbkrankheiten sollen demnach nicht durch Eingriffe in die Keimbahn (nämlich der Gametenspenden) vermieden werden, sondern unter Zuhilfenahme der künstlichen Befruchtung z. B. mit Spendersamen.
- [89] AB 1991 N 565 (Ulrich).
- [90] Die Abspaltung von Zellen darf allerdings nur aus diagnostischen Gründen erfolgen und nicht in der Absicht vorgenommen werden, aus der einzelnen Embryonalzelle ein mit dem Embryo genetisch identisches

Lebewesen zu entwickeln (Klonierung). Art. 30 Abs. 1 HMG-E stellt deshalb die Weiterentwicklung «zum Embryo mit Keimgut, das einem Embryo entnommen worden ist», unter Strafe.

[91] Diese steht indessen unter dem Schutz der persönlichen Freiheit, vgl. dazu Schweizer, BV-Kommentar (Fussnote 8), Rz. 93.

[92] Vgl. dazu in aller Deutlichkeit das Protokoll der vorberatenden Kommission des Ständerates vom 12./13. Februar 1990, S. 69 ff. Daher verbietet Art. 33 Abs. 2 HMG-E, dass eine «in ihrem Erbgut (...) veränderte imprägnierte Eizelle zur Weiterentwicklung zum Embryo verwendet» wird.

[93] Vgl. Bericht (Fussnote 1), S. 19.

[94] Art. 3 Bst. d HMG-E.

[95] Gemäss den Erläuterungen, S. 34, soll mindestens bis zum 8-Zell-Stadium von totipotenten Zellen gesprochen werden dürfen, also von Zellen, welche sich zu einem «kompletten Menschen» weiterentwickeln lassen. Allerdings wird auch dort auf den wissenschaftlich nicht gesicherten Erkenntnisstand verwiesen.

[96] Der verfassungsmässige Schutz des Embryos erstreckt sich auch auf die von ihm abgespalteten totipotenten Zellen, vgl. Schweizer, BV-Kommentar (Fussnote 8), Rz. 52. Aus diesen Gründen fasst Art. 3 Bst. c HMG-E embryonale Zellen unter dem Begriff der Keimbahnzellen zusammen.

[97] Konsequenterweise wäre dann aber selbst die verändernde Manipulation an somatischen Embryonalzellen als verfassungskonform zu qualifizieren.

[98] Sinngemäss gleicher Meinung auch Schweizer, BV-Kommentar (Fussnote 8), Rz. 56, der sich für die Verfassungskonformität des selbst invasiven beobachtenden Eingriffs ausspricht.

[99] Gemäss Schweizer, BV-Kommentar (Fussnote 8), Rz. 26, ist der Schutz selbst «vor nicht schädigenden analytischen Untersuchungen, vor der pränatalen Diagnostik an Embryonen und Foeten nötig» - d.h. gesetzlich vorzusehen -, da die genetischen Daten der späteren Kinder und der Eltern nicht frei verfügbar sind.

[100] Die gentechnische Beeinflussung der biologischen Entwicklung des Embryos kann höchstens dort angezeigt sein, wo «die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit» (Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. c) besteht.

[101] Gemäss Schweizer, BV-Kommentar (Fussnote 8), Rz. 18, stellt die Zuchtwahl eine von der Verfassung verbotene missbräuchliche Verwendung der künstlichen Fortpflanzungshilfen dar.

[102] Unter dem von der Verfassung nicht konkretisierten Begriff der Erbkrankheiten sind jene Krankheiten zu verstehen, deren Ausbruch höchstwahrscheinlich ist und die unheilbar sind; so Schweizer, BV-Kommentar (Fussnote 8), Rz. 74.

[103] AB 1991 N 557 (Darbellay).

[104] AB 1990 S 478 (Piller), 491 (Bundesrat Koller). Umstritten war allenfalls, ob die Regelung bereits auf Verfassungsstufe vorgesehen sein sollte, oder dem Gesetz vorbehalten bleiben müsse.

[105] So - unter Berufung auf den Amstad-Bericht - bereits BGE 119 Ia 460, S. 502. Jetzt implizit auch Art. 24<sup>novies</sup> Abs. 2 Bst. c Satz 1 BV. Aufschlussreich ist diesbezüglich auch die österreichische Verfassungsdiskussion, dazu Lewisch (Fussnote 72), S. 134 ff.

[106] BGE 119 Ia 460, S. 503.

[107] Siehe Erläuterungen, S. 72. Vgl. dazu auch Eberbach (Fussnote 14), S. 220 f.

- [108] Art. 27 Abs. 1 HMG-E. Gleicher Meinung für das deutsche Recht vor Erlass des Embryonenschutzgesetzes Deutsch (Fussnote 10), S. 180.
- [109] AB 1991 N 618. In der vorgängigen Eventualabstimmung unterlag der Mehrheitsantrag mit 73 zu 90 Stimmen. Dem letztlich gutgeheissenen Minderheitsantrag stand ein zweiter Minderheitsantrag gegenüber, welcher die extrakorporelle Befruchtung von Eizellen ausnahmslos verbieten wollte.
- [110] AB 1991 S 452 (Piller).
- [111] AB 1991 S 457.
- [112] So auch die Analyse der Minderheit der Studienkommission, Bericht (Fussnote 1), S. 27 f.
- [113] Vgl. exemplarisch AB 1991 S 452 (Piller).
- [114] Vgl. AB 1990 S 478 (Piller) sowie AB 1991 S 451 (Gautier), wo von der Existenz überzähliger Embryonen als einer *Conditio sine qua non* der In-vitro-Fertilisation (IVF) die Rede ist. Gleicher Meinung, aber gerade deswegen die IVF ablehnend AB 1991 N 594 (Haller), 602 (Seiler).
- [115] Vgl. AB 1991 N 559 (Frey), S 454 (Gautier). Die In-vitro-Fertilisation als grundsätzlich zulässige bzw. zulassbare Methode zu betrachten und gleichzeitig überzählige Embryonen pauschal zu verbieten, wäre ein Widerspruch, der sich im gegenwärtigen Stand der medizinischen Technik nicht auflösen liesse. Darüber täuscht aber das Argument hinweg, dass mit der Pflicht zu sofortiger Einpflanzung das bewusste Zerstören von Embryonen vermieden werden könnte.
- [116] AB 1990 S 478 (Piller), 483 (Gautier).
- [117] Daraus kann indessen nicht eine Rechtspflicht der Frau abgeleitet werden, dass sie sich die aus ihren Eizellen künstlich erzeugten Embryonen auch tatsächlich einpflanzen lassen *muss*, wenn z. B. ein Embryo mehrere Zellkerne aufweist und deshalb praktisch keine Überlebenschance besitzt.
- [118] AB 1991 S 452 (Simmen). So ausdrücklich auch Art. 17 Abs. 1 HMG-E. Inhaltlich gleich präsentiert sich auch die deutsche Rechtslage: Gemäss § 1 Abs. 1 Ziff. 5 des Embryonenschutzgesetzes vom 13. Dezember 1990, Bundesgesetzblatt (BGBl.) 1990 I 2746, wird bestraft, wer «es unternimmt, mehr Zellen einer Frau zu befruchten, als ihr innerhalb eines Zyklus übertragen werden sollen». Im Gegensatz dazu legt Art. 17 Abs. 1 HMG-E die Zahl der zu übertragenden Embryonen nicht fest, sondern verweist auf den Stand von «Wissenschaft und Praxis».
- [119] BGE 119 Ia 460, S. 498.
- [120] So ausdrücklich Art. 17 Abs. 2 HMG-E.
- [121] Vgl. Erläuterungen, S. 59.
- [122] Die von der ständerätlichen Kommission befragten Experten waren sich über Konservierungsmethoden und Erfolgchancen bezüglich Eizellen im Vorkernstadium uneinig, vgl. AB 1991 S 451 (Piller). Das Bundesgericht erwähnt beiläufig, dass es gelungen sein soll, auch unbefruchtete Eizellen zu kryokonservieren, BGE 119 Ia 460, S. 470 und S. 496.
- [123] Der Entwurf zum Humanmedizingesetz - Art. 3 Bst. e HMG-E - spricht hierbei von «imprägnierten Eizellen» und meint die befruchtete Eizelle vor der Kernverschmelzung; siehe dazu Begleitbericht, S. 35.
- [124] Vgl. dazu AB 1991 S 453 (Simmen).
- [125] BGE 119 Ia 460, S. 498 f.
- [126] Eine Kollision mit dem Aufbewahrungsverbot lässt sich deshalb vermeiden, weil - wie im Ständerat ausgeführt worden ist - das Vorkernstadium zeitlich genau zu begrenzen sei, bis zur Verschmelzung

der Zellkerne noch kein Embryo im Sinne der Verfassung vorliege und sich das Missbrauchsrisiko beim Umgang mit Embryonen geradezu begrifflich selbst eliminiere; vgl. AB 1991 S 452 (Meier), 453 (Simmen). Schweizer, BV-Kommentar (Fussnote 8), Rz. 52, zufolge kann erst nach der Kernverschmelzung von einem Embryo gesprochen werden.

[127] Art. 16 Abs. 1 HMG-E. Vgl. dazu Erläuterungen, S. 57 f.

[128] Art. 16 Abs. 3 HMG-E.

[129] Die Studiengruppe schweigt sich über die rechtliche Konstruktion indessen aus. In Frage kämen z. B. ein Forschungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt oder die generelle Zulassung von Forschungsvorhaben mit sektoriellen Verboten.

[130] Man könnte hierfür argumentieren, dass sich der Verfassungsgeber ausdrücklich dazu hätte äussern müssen, ob allfällige höherwertige Interessen - z. B. der potentielle Gewinn zur Bekämpfung unheilbarer Krankheiten wie AIDS - eine ausnahmsweise Zulassung genereller Forschungsvorhaben rechtfertigen können sollten. Weil er dies nicht getan hat, dürfte von einem stillschweigenden Verbot gesprochen werden.

[131] Im zweiten Fall brauchen die Gametenspender nicht in den Genuss der durch die Forschung gewonnenen Erkenntnisse zu kommen; es genügt, wenn die Forschung verspricht, dass ihre Resultate anderen Paaren zu einem späteren Zeitpunkt zugutekommen könnten, indem z. B. die embryonale Missbildung durch verfeinerte Techniken, optimierte Nährmedien und dergleichen verhindert werden kann.

[132] Vgl. dazu auch oben Fussnote 12. Vgl. zum Ganzen auch Schweizer, BV-Kommentar (Fussnote 8), Rz. 23 und 34 ff.

[133] BGE 119 Ia 460, S. 474 f.; 115 Ia 234, S. 247.

[134] AB 1991 N 558 (Darbellay), 582 (Dormann), 597 (Frey). In diesem Sinne im übrigen auch BGE 119 Ia 460, S. 489.

[135] Vgl. AB 1990 S 487 (Bundesrat Koller).

[136] Vgl. dazu Schweizer, Grundrechtsfragen (Fussnote 67), S. 410 ff. mit weiteren Hinweisen. Für Deutschland vgl. unter anderen Riedel (Fussnote 74), S. 471 ff. Mit der vorliegenden Fragestellung in gewissem Masse vergleichbar ist die Kollision der Forschungsfreiheit mit dem von der Verfassung geforderten Tierschutz, dazu ausführlich *Thomas Fleiner-Gerster*, Kommentar BV, Art. 25<sup>bis</sup>, Rz. 22 ff.

## **JAAC 60.67 - Bundesamt für Justiz, 17. November 1995**

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	1996
Année	
Anno	
Band	60
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 003 155

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.