

JAAC 68.113

Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 22. Juni 2004

Art. 119 al. 2 let. e et art. 119a al. 3 Cst. Interprétation de la notion d'interdiction du commerce et du principe de la gratuité dans le cadre du matériel biologique humain à la lumière des nouveaux développements biotechnologiques.

- L'interdiction du commerce des produits résultant d'embryons au sens de l'art. 119 al. 2 let. e Cst. protège le respect des embryons surnuméraires et des embryons avortés et, en outre, l'existence des embryons susceptibles d'être développés.

- Le principe de la gratuité du don d'organes, de tissus et de cellules humaines de même que l'interdiction de commerce d'organes humains selon l'art. 119a al. 3 Cst. protègent la vie et l'intégrité du donneur et du receveur. La dignité au sens de la protection de l'être humain contre la commercialisation de même que l'égalité sociale ne sont pas protégées par ces garanties constitutionnelles.

- L'interdiction du commerce de l'art. 119 al. 2 let. e Cst. prohibe toute contre-prestation pour du matériel embryonnaire de même que tout échange de produits résultant d'embryons visant l'obtention d'avantages. Il est par contre conforme à la Constitution de rembourser tous les coûts liés à la production de cellules souches embryonnaires ainsi qu'à la fabrication de produits résultant d'embryons (remboursement des coûts) pour autant qu'elles soient réalisées à des fins de recherche ou de thérapie de grande importance.

- Le principe de la gratuité de l'art. 119a al. 3 Cst. interdit toute contre-prestation financière directe pour le don d'organes, de tissus ou de cellules humaines.

- L'interdiction du commerce au sens de l'art. 119a al. 3 Cst. prohibe tout échange d'organes humains visant l'obtention d'avantages. Il est par contre conforme à la constitution de rembourser tous les frais liés au prélèvement, à la préparation, à la transformation et à l'implantation d'organes (remboursement des coûts).

Art. 119 Abs. 2 Bst. e und Art. 119a Abs. 3 BV. Auslegung der Handelsverbote und des Unentgeltlichkeitsprinzips im Umgang mit humanbiologischem Material im Lichte neuer biotechnologischer Entwicklungen.

- Das Verbot des Handels mit Erzeugnissen aus Embryonen gemäss Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV schützt den Respekt gegenüber überzähligen und abgetriebenen Embryonen, darüber hinaus die Existenz von entwicklungsfähigen Embryonen.

- Das Prinzip der Unentgeltlichkeit der Spende von menschlichen Organen, Geweben und Zellen sowie das Verbot des Handels mit menschlichen Organen nach Art. 119a Abs. 3 BV schützen Leben und Unversehrtheit von Spendern und von Empfängern. Die Menschenwürde im Sinne der Bewahrung des Menschen vor Kommerzialisierung sowie die soziale Gerechtigkeit sind nicht Schutzzwecke dieser Verfassungsgarantien.

- Das Handelsverbot in Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV untersagt jegliche Gegenleistung für embryonales Material und jedes vorteilsorientierte Austauschgeschäft in Bezug auf Erzeugnisse aus Embryonen. Verfassungsrechtlich zulässig ist demgegenüber die Vergütung aller Kosten, die mit der Gewinnung embryonaler Stammzellen und der Herstellung von Erzeugnissen aus Embryonen verbunden sind (Aufwendungsersatz), soweit hochrangige Forschungs- und Therapieziele verfolgt werden.

- Das Unentgeltlichkeitsprinzip in Art. 119a Abs. 3 BV verbietet jede direkte geldwerte Gegenleistung für die Spende von menschlichen Organen, Geweben oder Zellen.

- Das Handelsverbot in Art. 119a Abs. 3 BV untersagt jedes vorteilsorientierte Austauschgeschäft in Bezug auf menschliche Organe. Verfassungsrechtlich zulässig ist demgegenüber die Vergütung aller Kosten, die mit der Entnahme, Aufbereitung, Verarbeitung und Implantation von Organen verbunden sind (Aufwendungsersatz).

Art. 119 cpv. 2 lett. e e art. 119a cpv. 3 Cost. Interpretazione dei divieti di commercio e del principio della gratuità nell'ambito del materiale biologico umano alla luce dei nuovi sviluppi biotecnologici.

- Il divieto di commercio di prodotti derivanti da embrioni secondo l'art. 119 cpv. 2 lett. e Cost. protegge il rispetto degli eccedenti ed abortiti e, inoltre, l'esistenza di embrioni che possono svilupparsi.

- Il principio della gratuità della donazione di organi umani, tessuti e cellule come pure il divieto di commercio di organi umani secondo l'art. 119a cpv. 3 Cost. proteggono la vita e l'integrità dei donatori e dei riceventi. Queste garanzie costituzionali non proteggono la dignità umana ai sensi della protezione dell'essere umano dalla commercializzazione né la giustizia sociale.

- Il divieto di commercio dell'art. 119 cpv. 2 lett. e Cost. proibisce ogni controprestazione per materiale embrionale e ogni scambio di prodotti di embrioni che mira all'ottenimento di vantaggi. È invece ammissibile dal punto di vista del diritto costituzionale il rimborso di tutti i costi legati all'ottenimento di cellule staminali embrionali e alla creazione di prodotti derivanti da embrioni (rimborso dei costi), nella misura in cui si perseguono scopi di ricerca e terapeutici di grande importanza.

- Il principio di gratuità dell'art. 119a cpv. 3 Cost. proibisce ogni controprestazione diretta in denaro per la donazione di organi umani, tessuti o cellule.

- Il divieto di commercio dell'art. 119a cpv. 3 Cost. proibisce ogni scambio di organi umani che mira all'ottenimento di vantaggi. Dal punto di vista del diritto costituzionale è invece ammissibile il rimborso di tutti i costi legati all'espianto, alla preparazione, alla trasformazione e all'impianto di organi (rimborso dei costi).

1 Fragestellung und Vorgehen

Die schweizerische Bundesverfassung verbietet in zwei Bestimmungen, mit humanbiologischem Material zu handeln. Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV^[1] statuiert ein Handelsverbot in Bezug auf menschliches Keimgut und Erzeugnisse aus menschlichen Embryonen, Art. 119a Abs. 3 BV in Bezug auf menschliche Organe. Zudem hält Art. 119a Abs. 3 BV fest, dass die Spende von menschlichen Organen, Geweben und Zellen unentgeltlich ist.

Art. 119 BV wurde 1992 in die Verfassung aufgenommen, Art. 119a BV ist seit 1999 geltendes Verfassungsrecht. Seither hat die Biotechnologie eine rasante Entwicklung durchlaufen, welche neue verfassungsrechtliche Fragen zum Umfang der Handelsverbote und des Unentgeltlichkeitsprinzips aufwirft. Das Bundesamt für Gesundheit ersuchte mit Schreiben vom 9. Januar 2004 das Bundesamt für Justiz um eine verfassungsrechtliche Stellungnahme zur Auslegung der Handelsverbote und des Unentgeltlichkeitsprinzips im Umgang mit humanbiologischem Material. Die Ausführungen des Bundesamtes für Justiz sollen insbesondere einen Beitrag leisten im Hinblick auf die Konkretisierung der fraglichen Verfassungsgarantien durch das sich in Ausarbeitung befindliche Gesetz über die Forschung am Menschen.

Im Zentrum steht die Frage, ob sich die verfassungsrechtlichen Vorgaben auch auf behandelte oder veränderte Organe, Gewebe und Zellen sowie auf die darauf basierenden Produkte beziehen. Insbesondere ist unklar, ob das Verbot des Handels mit Erzeugnissen aus Embryonen in Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV auch gilt für embryonale unveränderte Stammzellen, für bio- oder gentechnologisch veränderte Stammzellen und Stammzelllinien sowie für medizinisch oder industriell anwendbare Produkte aus diesen Stammzelllinien. Das in Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV ebenfalls enthaltene Verbot des Handels mit menschlichem Keimgut steht demgegenüber im Folgenden nicht zur Diskussion. Hinsichtlich Art. 119a Abs. 3 BV fragt sich namentlich, ob das Handelsverbot gentechnologisch veränderte Organe sowie so genannte standardisierte Transplantatprodukte umfasst.

Im Folgenden werden vorerst die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Verfassungsgarantien kurz nachgezeichnet sowie die Konkretisierungen dieser Garantien auf Gesetzesstufe zusammengetragen (Kap. 2). Danach sind die Schutzzwecke der Handelsverbote und des Unentgeltlichkeitsprinzips zu klären (Kap. 3). Im Anschluss kann dann die Reichweite der Handelsverbote und des Unentgeltlichkeitsprinzips bestimmt werden (Kap. 4 und 5). Gestützt darauf wird auf den detaillierten Fragenkatalog eingegangen, den das Bundesamt für Gesundheit im Gutachtensauftrag aufgestellt hat (Kap. 6).

2 Positivrechtliche Verankerung von Handelsverbot und Unentgeltlichkeitsprinzip

2.1 Verankerung in Verfassung und Völkerrecht

Ein Handelsverbot betreffend humanbiologisches Material ist zunächst in Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV verankert. Die Bestimmung lautet:

Mit menschlichem Keimgut und Erzeugnissen aus Embryonen darf kein Handel getrieben werden.

Das Verbot, mit menschlichem Keimgut und Erzeugnissen aus Embryonen zu handeln, gelangte am 17. Mai 1992 mit Art. 24^{novies} Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV[2]) über die Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich in die Bundesverfassung[3]. Bereits die 1987 vom «Schweizerischen Beobachter» lancierte, später auf Grund des direkten Gegenvorschlags zurückgezogene Volksinitiative «gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen» enthielt ein Verbot, «Keime, deren Entwicklung abgebrochen worden ist, zu verarbeiten, oder Erzeugnisse, die aus solchen Keimen hergestellt worden sind, zu verkaufen»[4]. Die bundesrätliche Botschaft zur Beobachter-Initiative befürwortete zwar ein Verbot des Handels und der Verarbeitung von menschlichen Keimzellen, Embryonen und Föten, optierte aber für einen allgemeiner gefassten Gesetzgebungsauftrag[5]. Das Handelsverbot, wie es heute in der Bundesverfassung steht, fand anlässlich der parlamentarischen Beratungen von Beobachter-Initiative und Gegenvorschlag auf Antrag der vorberatenden Kommissionen Eingang in den Verfassungstext[6]. Die Totalrevision der Bundesverfassung änderte nichts am Wortlaut des Handelsverbots.

Im Bereich der Transplantationsmedizin enthält sodann Art. 119a Abs. 3 BV ein Handelsverbot. Darüber hinaus statuiert diese Bestimmung das Prinzip der Unentgeltlichkeit der Spende:

Die Spende von Organen, Gewebe und Zellen ist unentgeltlich. Mit Organen darf nicht gehandelt werden.

Das Verbot des Organhandels und das Gebot der Unentgeltlichkeit von Organ-, Gewebe- und Zellenspende wurde am 7. Februar 1999 als Art. 24^{decies} Abs. 3 aBV von Volk und Ständen gutgeheissen[7] und dann unverändert in die totalrevidierte Bundesverfassung übernommen. Der Bundesrat hatte sich noch auf den Antrag beschränkt, die Unentgeltlichkeit der Spende in der Verfassung festzuschreiben[8]. Das Parlament statuierte zusätzlich das Verbot, mit menschlichen Organen zu handeln[9].

Die Verbote des Organhandels und der Bezahlung von Organspendern sind auch Gegenstand des internationalen Rechts. Bereits 1978 erliess das Ministerkomitee des Europarats eine Resolution, die in Art. 9 das Anbieten von Organen gegen Entgelt untersagt[10]. 1989 erging eine Resolution der Weltgesundheitsorganisation (WHO) mit der Aufforderung an die Mitgliedstaaten, Massnahmen zu ergreifen, um den Kauf und Verkauf von menschlichen Organen zwecks Transplantation zu verhindern[11]. 1991 statuierte die WHO in den «Guiding principles on human organ transplantation» ein Handelsverbot in Bezug auf den menschlichen Körper und seine Teile[12]. Schliesslich regelt das Europäische Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin vom 4. April 1997 (Biomedizin-Konvention) in Art. 21, dass der menschliche Körper und Teile davon als solche nicht zur Erzielung eines finanziellen Gewinns verwendet werden dürfen[13].

2.2 Verankerung auf Gesetzesstufe

Die Handelsverbote sowie das Unentgeltlichkeitsprinzip in Art. 119 und 119a BV sind inhaltlich hinreichend bestimmt, um von Gerichten und Behörden direkt angewendet zu werden[14]. Auch das Verbot eines finanziellen Gewinns in Art. 21 der Biomedizin-Konvention ist nach der Ratifikation unmittelbar anwendbar[15]. Der Gesetzgeber wollte allerdings die Konkretisierung der Handelsverbote und des Unentgeltlichkeitsprinzips nicht vollumfänglich den Rechtsanwendungsorganen überlassen und hat die fraglichen Verfassungsgrundsätze in verschiedenen Erlassen umgesetzt.

Das Verbot des Handels mit Erzeugnissen aus Embryonen gemäss Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV wurde in Art. 32 Abs. 2 FMedG[16] näher geregelt. Danach wird mit Strafe bedroht, wer «Erzeugnisse aus Embryonen oder Föten entgeltlich veräussert oder erwirbt». Sodann enthält das von den Räten verabschiedete, jedoch noch der Referendumsabstimmung unterliegende Stammzellenforschungsgesetz vom 19. Dezember 2003 (StFG[17]) folgende Bestimmung[18]:

«Art. 4 Unentgeltlichkeit

¹ *Überzählige Embryonen und embryonale Stammzellen dürfen nicht gegen Entgelt veräussert oder erworben werden.*

² *Entgeltlich erworbene überzählige Embryonen und embryonale Stammzellen dürfen nicht verwendet werden.*

³ *Als Entgelt gilt auch die Entgegennahme beziehungsweise Gewährung nicht finanzieller Vorteile.*

⁴ *Entschädigt werden dürfen Aufwendungen für:*

a. die Aufbewahrung oder Weitergabe überzähliger Embryonen;

b. die Gewinnung, Bearbeitung, Aufbewahrung oder Weitergabe embryonaler Stammzellen.»

Das Unentgeltlichkeitsprinzip und das Handelsverbot im Bereich der Transplantationsmedizin wurden noch vor Inkrafttreten von Art. 119a BV auf Gesetzesstufe normiert. Der noch geltende Bundesbeschluss über die Kontrolle von Transplantaten vom 22. März 1996[19] verbietet in Art. 17

Abs. 1, «menschliche Transplantate gegen Entgelt in der Schweiz oder von der Schweiz aus im Ausland in Verkehr zu bringen oder gegen Entgelt erworbene menschliche Transplantate zu transplantieren.» Nach Art. 17 Abs. 2 des Bundesbeschlusses gelten nicht als Entgelt der Ersatz der Kosten für Entnahme, Transport, Aufbereitung, Aufbewahrung und Transplantation (Bst. a) sowie der Ersatz des Aufwandes, welcher der spendenden Person unmittelbar entsteht (Bst. b). Die Verordnung vom 26. Juni 1996 über die Kontrolle von Transplantaten[20] statuiert in Art. 21a[21] eine weitere Ausnahme vom Unentgeltlichkeitsprinzip für «Transplantate, die nach standardisierten Prozessen aus Geweben oder Zellen aufbereitet oder hergestellt wurden (standardisierte Transplantate), sofern im Entgelt keine Entschädigung für die Gewebe oder Zellen als solche enthalten ist».

Der Bundesbeschluss über die Kontrolle von Transplantaten soll durch ein umfassendes, gestützt auf Art. 119a Abs. 1 BV erlassenes Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz[22]) abgelöst werden. Art. 6 und 7 des Entwurfs konkretisieren das Unentgeltlichkeitsprinzip und das Handelsverbot, Art. 66 Abs. 1 Bst. a und b stellen Verstösse dagegen unter Strafe. Nach der Behandlung durch das Parlament[23] lauten Art. 6 und 7 wie folgt:

«Art. 6 Unentgeltlichkeit der Spende

¹ Es ist verboten, für die Spende von menschlichen Organen, Geweben oder Zellen einen finanziellen Gewinn oder einen anderen Vorteil zu gewähren oder entgegenzunehmen.

² Nicht als finanzieller Gewinn oder anderer Vorteil gilt:

- a. des Einkommensausfalls und des Aufwandes, welcher der spendenden Person unmittelbar entsteht;
- b. von Schäden, welche die spendende Person durch die Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen erleidet.
- c. eine nachträgliche symbolische Geste der Dankbarkeit;
- d. die Überkreuz-Lebendspende[24].

Art. 7 Verbot des Handels

¹ Es ist verboten:

- a. mit menschlichen Organen, Geweben oder Zellen in der Schweiz oder von der Schweiz aus im Ausland zu handeln;
- b. menschliche Organe, Gewebe oder Zellen, die mit Geld oder durch Gewährung von Vorteilen erworben worden sind, zu entnehmen oder zu transplantieren.

² Das Verbot gilt nicht für:

- a. den Ersatz von Aufwendungen, die im Hinblick auf eine Transplantation anfallen, namentlich die Kosten für Entnahme, Transport, Aufbereitung, Aufbewahrung und Transplantation;

b. Transplantatprodukte nach Artikel 47[25].»

3 Schutzzwecke von Handelsverbot und Unentgeltlichkeitsprinzip

3.1 Menschenwürde im Sinne der Bewahrung des Menschen vor Kommerzialisierung?

Die Verbote, mit Erzeugnissen aus Embryonen und mit menschlichen Organen zu handeln, sowie die Unentgeltlichkeit der Spende von humanbiologischem Material sind in den Verfassungsmaterialien mit der Menschenwürde in Verbindung gebracht worden. Bereits der Bericht der Expertenkommission Humangenetik und Reproduktionsmedizin vom 19. August 1988 (Bericht Amstad) hielt fest, dass es unter dem Aspekt der Menschenwürde abzulehnen ist, aus dem Handel mit menschlichen Keimzellen und Embryonen einen finanziellen Gewinn zu erzielen[26]. Des Weiteren empfahl der Bericht Amstad ein Verbot des Handels mit abgestorbenen Embryonen und Föten, und zwar unter Berufung auf deren besondere Würde[27]. Die Menschenwürde bzw. nicht näher definierte ethische Gründe sind auch in der parlamentarischen Debatte zur Begründung der Garantien in Art. 24^{decies} Abs. 3 aBV (Art. 119a Abs. 3 BV) angerufen worden[28]. Ferner hält der Erläuternde Bericht zur Biomedizin-Konvention vom Januar 1997 fest, dass das Verbot finanziellen Gewinns in Art. 21 der Konvention die Wahrung der Menschenwürde bezweckt[29]. In den Verfassungskommentaren wird ebenfalls die Menschenwürde als Schutzzweck der Handelsverbote und des Unentgeltlichkeitsprinzips bezeichnet[30].

Es fragt sich, ob die Menschenwürde als *selbständiges* Schutzgut von Art. 119 Abs. 2 Bst. e und Art. 119a Abs. 3 BV anzusehen ist oder ob diese Bestimmungen nicht ausschliesslich konkretere Gehalte wie die körperliche Integrität von Organspendern und Empfängern schützen[31]. Der Bezug zur Menschenwürde könnte darin erblickt werden, dass die Kommerzialisierung des menschlichen Körpers eine Form von unzulässiger Instrumentalisierung des Menschen für fremde Zwecke, nämlich für finanziellen Profit, bedeutet und damit als solche unwürdig ist. Der Mensch hat gerade deshalb Würde, weil er keinen Preis hat und folglich nicht austauschbar ist[32]. Der Verweis auf die Menschenwürde als Schutzobjekt könnte davon ausgehen, dass die Vermarktung des menschlichen Körpers den Menschen selber zum käuflichen Gegenstand macht.

Vorliegend kann dahingestellt bleiben, ob aus ethischer Sicht die Kommerzialisierung des menschlichen Körpers als unannehmbare Instrumentalisierung des Menschen selber zu beurteilen ist. Entscheidend ist die Frage, ob diese Auffassung im schweizerischen Verfassungsrecht eine Grundlage findet. Dagegen sprechen zunächst regelungssystematische Gründe. Ein selbständiger Schutz der Menschenwürde müsste nämlich zur Folge haben, dass der Handel mit sämtlichem humanbiologischen Material verboten ist. Dies ist aber nicht der Fall. Art. 119a Abs. 3 Satz 2 BV verbietet nur den Handel mit menschlichen Organen, nicht aber mit Geweben und Zellen[33]. Ferner erfasst das Verbot des Handels mit Erzeugnissen aus Embryonen nach Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV nicht die kommerzielle Verwertung der Plazenta, des Nabelschnurbluts und einzelner

Sequenzen der Desoxiribo-Nuklein-Säure (DNA)[34]. Ausgehend von der Menschenunwürdigkeit einer Kommerzialisierung des menschlichen Körpers ist es nicht plausibel, dass einerseits der Handel mit Organen und Erzeugnissen aus Embryonen verboten und andererseits der Handel mit anderem humanbiologischen Material erlaubt ist. Das geltende Verfassungsrecht lässt daher nur den Schluss zu, dass die Kommerzialisierung humanbiologischen Materials als solche nicht gegen die Menschenwürde verstösst.

Dieselbe Schlussfolgerung ergibt sich aus dem Charakter der Menschenwürde als individualschützende Norm. Die Menschenwürde ist im Grundrechtsteil der Bundesverfassung platziert (Art. 7 BV), sie ist also ein Grundrecht bzw. normatives Fundament der Grundrechte[35]. Die Grundrechtsqualität der Menschenwürde bedeutet, dass sie nicht vom menschlichen Subjekt abgelöst und zur Würde der Menschheit oder der menschlichen Gattung erhoben werden kann[36]. Die Menschenwürde schützt immer den einzelnen Menschen und nicht Werthaltungen oder Menschenbilder, die von den Bedürfnissen und Interessen des Individuums abstrahieren[37]. Die Bewahrung des Menschen vor der Kommerzialisierung seines Körpers - unabhängig von den Konsequenzen für konkret Betroffene - basiert indessen auf einem bestimmten Menschenbild, das als solches keinen Schutz verdient. Die Bewahrung vor unwürdiger Kommerzialisierung kann demzufolge nicht Schutzzweck der Art. 119 Abs. 2 Bst. e und 119a Abs. 3 BV sein.

Zur Diskussion steht damit einzig die Menschenwürde der an Transplantationen beteiligten Personen, insbesondere des Spenders und Empfängers von Organen, Gewebe und Zellen. Hinsichtlich Spender und Empfänger von Transplantaten ist aber nicht ersichtlich, inwiefern der Schutz der Menschenwürde über den verfassungsrechtlichen Schutz der Persönlichkeit, d. h. der körperlichen und geistigen Integrität sowie der Selbstbestimmung, hinausgehen soll[38]. Zweifelhaft ist allerdings, ob sich der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz auch auf vorgeburtliches Leben, d. h. auf menschliche Embryonen (und Föten) erstreckt[39]. Wird dies verneint, kann das Verbot des Handels mit Erzeugnissen aus Embryonen gemäss Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV nur den Schutz der Menschenwürde bezwecken[40].

Nach dem Gesagten kann die Menschenwürde allenfalls als selbständiges Schutzgut von Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV, nicht aber von Art. 119a Abs. 3 BV betrachtet werden. Dies wird nicht dadurch widerlegt, dass Art. 119a Abs. 1 BV explizit verlangt, dass der Bund bei der Regelung der Transplantationsmedizin für den Schutz der Menschenwürde sorgt. Der Verfassungsgeber dachte dabei in erster Linie an die Achtung der Menschenwürde bei der Organentnahme von Verstorbenen, im Zusammenhang mit der Bestimmung des Todeszeitpunktes sowie an das Recht auf ein menschenwürdiges

Sterben[41]. Als Normzwecke des Unentgeltlichkeitsprinzips und des Handelsverbots sind die - ebenfalls in Art. 119a Abs. 1 BV erwähnten - Güter der Persönlichkeit und der Gesundheit heranzuziehen.

3.2 Menschenwürde bzw. Persönlichkeit von Embryonen

Werden menschliche Embryonen (und Föten) als eigenständige Grundrechtsträger anerkannt, kommt als Schutzgut von Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz nach Art. 10 Abs. 2 und allenfalls Art. 13 Abs. 1 BV in Frage. Werden für Embryonen keine Persönlichkeitsrechte anerkannt, fällt subsidiär die Menschenwürde als Schutzgut in Betracht[42]. Ob das Handelsverbot in Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV den Schutz der Persönlichkeit oder der Menschenwürde von Embryonen bezweckt, ist letztlich eine Frage der verfassungstheoretischen Zuordnung. Für die Auslegung des Handelsverbots ist nicht dieses Zuordnungsproblem entscheidend, sondern vielmehr, welche konkreten Schutzzwecke das Verbot verfolgt.

Mögliches Handelsobjekt nach Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV sind nur Erzeugnisse von so genannten überzähligen Embryonen *in vitro*, die aus verschiedenen Gründen nicht in die Gebärmutter eingepflanzt werden können[43], oder Erzeugnisse aus Embryonen bzw. Föten aus Spontanaborten und Schwangerschaftsabbrüchen[44]. Es handelt sich um Embryonen, die entweder abgestorben oder ohne jegliche Entwicklungschance sind[45]. Die Herstellung von handelbaren Produkten aus solchen Embryonen bedeutet folglich von vorneherein keine Zerstörung von vorgeburtlichem Leben mit intakten Entwicklungsmöglichkeiten. Das Handelsverbot in Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV schützt damit nicht die Existenz von überzähligen Embryonen *in vitro* und abgetriebenen Embryonen. Als Schutzzweck in Betracht fällt einzig ein über die Zerstörung solcher Embryonen hinaus nachwirkendes Respektgebot, ähnlich dem postmortalen Persönlichkeitsschutz[46].

Allerdings ist zu bedenken, dass ein funktionierender Handel mit Erzeugnissen aus Embryonen für Eltern finanzielle Anreize schaffen könnte, entwicklungsfähige Embryonen *in vitro* oder *in vivo* zu veräußern. Es wäre sogar denkbar, dass menschliches Leben gezeugt wird, um es dann gegen Entgelt für die Forschung, Transplantationsmedizin oder andere fremdnützige Zwecke zur Verfügung zu stellen. Ein Handelsverbot vermag derartigen Gefährdungen für das pränatale Leben vorzubeugen[47]. Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV schützt damit neben dem Respekt gegenüber überzähligen und abgetriebenen Embryonen auch die Existenz von entwicklungsfähigen Embryonen.

3.3 Leben und Unversehrtheit von Spendern

Art. 10 Abs. 2 BV schützt die körperliche Integrität sowie das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper als Teilgehalt der persönlichen Freiheit[48]. Art. 119a Abs. 1 BV schreibt zudem vor, dass der Bund beim Erlass von Vorschriften auf dem Gebiet der Transplantationsmedizin für den Schutz der Persönlichkeit sorgt[49].

Aus der Garantie der persönlichen Freiheit folgt, dass Organe, Gewebe und Zellen einem lebenden Menschen nur mit dessen ausdrücklicher Zustimmung entnommen werden dürfen[50]. Bei verstorbenen Personen ist nach Bundesgericht dem Selbstbestimmungsrecht Genüge getan, wenn die Zustimmung zur Entnahme vermutet wird[51]. Urteilsunfähigen Personen dürfen grundsätzlich keine Organe, Gewebe und Zellen entnommen werden. Eine Ausnahme ist allenfalls zulässig, wenn kein erhebliches Gesundheitsrisiko besteht, der gesetzliche Vertreter explizit einwilligt und die Eingriffsvoraussetzungen gemäss Art. 36 BV erfüllt sind[52]. Aus dem Lebensschutz nach Art. 10 Abs. 1 BV ergibt sich ferner, dass lebenswichtige Organe, deren Entnahme zum Tod führen würde, in keinem Fall - auch nicht mit Einwilligung des Spenders - entnommen werden dürfen[53].

Die erwähnten, aus den Grundrechten auf Leben und Unversehrtheit abgeleiteten Vorgaben für die Transplantationsmedizin werden primär durch die strafrechtlichen Verbote von Handlungen gegen Leib und Leben nach Art. 111 ff. StGB[54] umgesetzt. Hinzu kommt der Schutz durch das Haftpflichtrecht, wonach ungerechtfertigte Eingriffe in Leib und Leben Widerrechtlichkeit begründen und damit Entschädigungsfolgen auslösen können. Diese straf- und haftpflichtrechtlichen Verbote knüpfen an bereits geschehene Verletzungen an. Demgegenüber ist das Verbot des Organhandels nach Art. 119 Abs. 3 BV darauf angelegt, Gefährdungen für Leib und Leben durch rechtswidrige Organentnahmen entgegenzuwirken. Das Handelsverbot soll verhindern, dass Organentnahmen mit finanziellen Anreizen verbunden sind, und damit krimineller Ausnützung von Notlagen und Ausbeutung von Schwachen und Kindern vorbeugen helfen[55]. Dieses Anliegen war vor allem wegleitend für die WHO, Massnahmen gegen den Kauf und Verkauf von Organen zu ergreifen[56], ist aber auch als eigenständiges Normziel des Handelsverbots der Bundesverfassung zu betrachten[57].

Des Weiteren dient das Prinzip der Unentgeltlichkeit der Spende gemäss Art. 119 Abs. 3 BV dem Schutz potenzieller Spender vor sich selber. Würden Spender für ihre Organe, Gewebe oder Zellen in bestimmtem Ausmass geldwerte Gegenleistungen bekommen, könnten diese aus finanziellen Gründen verleitet sein, in eine Körperverletzung oder gar Tötung einzuwilligen[58]. Das Unentgeltlichkeitsprinzip soll garantieren, dass eine Spende von humanbiologischem Material auf altruistischen Motiven beruht und damit unvernünftige, allenfalls von materieller Not diktierte Selbstschädigungen verhindern[59]. Im Hinblick auf die Entnahme von Organen, Geweben und Zellen bei Verstorbenen dient das Unentgeltlichkeitsprinzip dem postmortalen Persönlichkeitsschutz, indem es verhindert, dass der eigene Körper nach dem Tod aus blossen finanziellen Gründen zur Verfügung gestellt wird.

3.4 Leben und Unversehrtheit von Empfängern

Der mit dem Unentgeltlichkeitsprinzip nach Art. 119 Abs. 3 BV angestrebte Altruismus der Spende dient auch der Gesundheit der Empfänger von Organen, Geweben und Zellen. Die Ausschaltung materialistischer Anreize kann dazu beitragen, dass bei einer Spende die medizinische Indikation ausschlaggebend ist und Menschen mit gesundheitlichen Problemen von

einer Spende abgehalten werden. Dadurch werden ungeeignete Transplantate, die den Qualitätsanforderungen nicht zu genügen vermögen, eher von der Transplantationsmedizin ferngehalten; und qualitativ gute Transplantate sind wiederum Voraussetzung für einen günstigen Transplantationsverlauf[60]. Das Unentgeltlichkeitsprinzip schützt somit Leben und Unversehrtheit der Empfänger von Transplantaten.

3.5 Soziale Gerechtigkeit?

Schliesslich ist vorgebracht worden, das Handelsverbot sei ein Instrument zur Gewährleistung sozialer Gerechtigkeit und widerspiegle den Solidaritätsgedanken[61]. In der Tat lässt sich vermuten, dass die Handelbarkeit von menschlichen Organen infolge des knappen Angebots zu hohen Preisen für Transplantate führen und die Transplantationsmedizin insgesamt verteuern würde. Nach dem Modell eines funktionierenden Marktes müssten zwar hohe Organpreise zu einer Vergrösserung des Angebots führen und in der Folge die Preise herunterdrücken bis Angebot und Nachfrage ins Gleichgewicht kommen. Allerdings ist zweifelhaft, ob ein zugelassener Organhandel das Angebot erhöhen würde. Empirische Untersuchungen haben im Gegenteil gezeigt, dass eine Kommerzialisierung der Spende mit einiger Wahrscheinlichkeit eine Reduktion altruistisch motivierter Spenden mit sich bringen kann[62].

Dass ein Handel mit Organen die Transplantationsmedizin verteuern würde heisst allerdings noch nicht, dass dem Handelsverbot sozialpolitische Motive zugrunde liegen. In der Botschaft des Bundesrats zu einer Verfassungsbestimmung über die Transplantationsmedizin sowie in den parlamentarischen Beratungen finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Herstellung sozialer Gerechtigkeit ein eigenständiger Zweck von Art. 119a Abs. 3 BV ist. Die gerechte Zuteilung von Organen ist vielmehr ein selbständiges Anliegen, dass in Art. 119a Abs. 2 BV Eingang gefunden hat. Dieser Absatz beauftragt den Bundesgesetzgeber, Kriterien für eine gerechte Zuteilung von Organen festzulegen. Gerechte Zuteilung bedeutet, dass die Organzuteilung nur auf Grund objektiver Kriterien erfolgen darf, wobei namentlich die Grundsätze der medizinischen Erfolgsaussicht und der Dringlichkeit wesentlich sind[63]. Darüber hinaus ist es Aufgabe des Sozialversicherungsrechts zu definieren, ob und inwieweit Transplantationen zur medizinischen Grundversorgung gehören[64] und von der Krankenkasse

bezahlt werden^[65]. Soziale Gleichbehandlung von Patientinnen und Patienten ist damit allenfalls ein willkommener Nebeneffekt, aber nicht spezifischer Schutzzweck des Handelsverbots.

4 Verbot des Handels mit Erzeugnissen aus Embryonen gemäss Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV

4.1 Was sind «Erzeugnisse aus Embryonen»?

Dem Wortlaut nach sind Erzeugnisse aus Embryonen alle Produkte, die aus Embryonen hergestellt werden. Die französische Fassung von Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV verwendet den Ausdruck «produits résultants d'embryons», die italienische Fassung den Ausdruck «prodotti da embrioni». In den parlamentarischen Beratungen wurde vor allem an Kosmetika gedacht, die aus abgestorbenen Embryonen hergestellt werden könnten^[66].

Ob aus Embryonen gewonnenes und weiterentwickeltes oder weiterverarbeitetes Zell- und Gewebematerial - insbesondere embryonale Stammzellen und Stammzelllinien - ebenfalls als Erzeugnis aus Embryonen gilt, ergibt sich weder aus den Materialien noch aus den Verfassungskommentaren. Dem Verfassungsgeber waren die Forschungsmöglichkeiten mit embryonalen Stammzellen Anfangs der neunziger Jahre noch gar nicht bekannt^[67]. Näheren Aufschluss gibt die grammatikalische Auslegung. Die Wörter «Erzeugnisse» oder «Produkte» bezeichnen Gegenstände, die von Menschenhand hergestellt worden sind. Danach ist alles Material aus einem Embryo, das auf irgendeine Weise technisch verändert oder weiterkultiviert worden ist, als Erzeugnis aus diesem Embryo zu verstehen. Veränderte Stammzellen sowie veränderte oder bloss kultivierte Stammzelllinien sind folglich Erzeugnisse aus Embryonen. Ebenso sind embryonale Gewebe und Zellen, die zu standardisierten Produkten verarbeitet und allenfalls als Heilmittel oder Implantate verwendet werden, vom Wortlaut des Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV erfasst. Eine Begründung neuen Eigentums durch Verarbeitung oder Umbildung embryonalen Materials, etwa analog zu Art. 726 Abs. 1 ZGB^[68], ist kraft Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV gerade ausgeschlossen.

Im Fall von unveränderten embryonalen Stammzellen fragt sich indessen, ob nicht eher von einem Teil eines Embryos zu sprechen ist. Einerseits setzt auch die Entnahme von Stammzellen eine technische Leistung voraus. Andererseits zielt diese technische Leistung nur auf das Abtrennen einer Substanz ab und nicht auf deren Verarbeitung oder Weiterentwicklung. Auch wenn embryonale Stammzellen als Teile von Embryonen qualifiziert werden, müssen sie jedoch unter das Handelsverbot in Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV fallen. Verbietet die Verfassung den Handel mit Erzeugnissen aus Embryonen, darf *a fortiori* auch mit Embryonen selber und Teilen davon nicht gehandelt

werden^[69]. Mit den von Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV verfolgten Normzwecken - Respekt gegenüber Embryonen sowie Schutz ihrer Existenz^[70] - wäre unvereinbar, wenn Teile von Embryonen kommerzialisiert würden.

4.2 Was bedeutet «Handel treiben mit»?

Mit dem Begriff des Handels ist zunächst die Vorstellung eines Austauschgeschäftes verbunden. Eine Leistung wird gegen eine Gegenleistung erbracht (*do ut des*). Die Leistung kann in der Veräußerung einer Ware oder in der Erbringung einer Dienstleistung bestehen. Erfasst sind insbesondere Kauf-, Verkaufs- und Tauschgeschäfte sowie Werbe- und Vermittlungsgeschäfte, die gegen Entgelt erfolgen^[71]. Zum Begriff des Handeltreibens gehört darüber hinaus, dass der Handelnde einen materiellen Vorteil verfolgt^[72]. Der Vorteil kann ein finanzieller Gewinn sein oder eine materielle Gegenleistung, deren Wert für den Handelnden höher ist als die von ihm erbrachte Leistung («Netto-Vorteil»). Auf Grund des Sprachgebrauchs besteht der Begriff des Handels somit aus zwei Elementen: Austauschgeschäft und Vorteilsorientierung.

Angesichts dieser Definition von Handel verbietet Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV alle mit Erzeugnissen aus Embryonen sowie Teilen von Embryonen verbundenen Austauschgeschäfte, die auf einen materiellen Vorteil abzielen. Daraus folgt, dass Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV sämtliche Gegenleistungen für embryonales, allenfalls weiterentwickeltes oder verändertes Material selber verbietet. Embryonales Material hat kraft Verfassung keinen bestimmten Preis. Es handelt sich nicht um einen natürlichen Rohstoff, der wie etwa Erdöl einen Marktwert aufweist. Jegliche, auch noch so geringe Gegenleistung für embryonales Material würde damit netto einen materiellen Vorteil mit sich bringen und eine verfassungsrechtlich verpönte Kommerzialisierung darstellen.

Hingegen sind Austauschgeschäfte, die nicht vorteilsorientiert sind, vom Wortlaut der Verfassungsbestimmung nicht erfasst. Das bedeutet insbesondere, dass die bloße Verrechnung der Kosten, die mit der Gewinnung von Stammzellen sowie der Herstellung von Erzeugnissen aus Embryonen verbunden sind, nicht unter das Handelsverbot von Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV fällt. Es stellt sich die Frage, ob ein solcher, nicht mit einem materiellen Vorteil verbundene Aufwendungsersatz mit den Schutzzwecken von Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV vereinbar ist. Diese bestehen wie erwähnt einerseits im Respekt gegenüber überzähligen und abgetriebenen Embryonen, anderseits im Schutz der Existenz von entwicklungsfähigen Embryonen^[73].

Der Respekt gegenüber Embryonen ist wohl verletzt, wenn aus embryonalem Material hergestellte Konsumprodukte wie Kosmetika überhaupt in den Handel gelangen. Dies auch dann, wenn sich der Verkaufspreis nur nach den Herstellungskosten berechnet. Die Persönlichkeits- oder Würdeverletzung liegt darin begründet, dass die Bedeutung des Konsums solcher Produkte in keinem Verhältnis steht zum Respektgebot gegenüber abgestorbenen menschlichen Embryonen. Werden indessen Erzeugnisse aus überzähligen oder abgetriebenen Embryonen für hochrangige Forschungsziele oder therapeutische Zwecke verwendet, bedeutet eine Entschädigung der Herstellungskosten und anderer Aufwendungen nicht unbedingt eine

Verletzung des Respektgebots. Es ist daran zu erinnern, dass auch der postmortale Persönlichkeitsschutz zurückweichen muss, wenn gewichtige öffentliche Interessen dies verlangen, etwa das Interesse, mittels Obduktion ein Verbrechen aufzuklären oder eine gefährliche ansteckende Krankheit zu diagnostizieren^[74].

Fraglich ist sodann, ob ein Aufwendungsersatz nicht entwicklungsfähige Embryonen einer erhöhten Existenzgefährdung aussetzt. Dies könnte dann der Fall sein, wenn die Eltern solcher Embryonen für deren Freigabe bezahlt würden. Eine Bezahlung der Eltern oder die Gewährung anderer Vorteile für die Verwertung von Embryonen wäre damit in keinem Fall mit Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV vereinbar. Besteht aber für die Eltern kein finanzieller Anreiz, ihre Embryonen nicht einzupflanzen oder abzutreiben, ist nicht ersichtlich, inwiefern Vergütungen für die Stammzellengewinnung und Herstellung von Produkten aus überzähligen oder abgetriebenen Embryonen die Existenz entwicklungsfähiger Embryonen gefährden könnte.

Aus dem Gesagten ergibt sich somit erstens, dass auf Grund von Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV für embryonales Material selber keinerlei Gegenleistung verlangt werden darf. Zweitens ist die Vergütung aller mit der Gewinnung von Stammzellen und der Herstellung von Erzeugnissen aus Embryonen verbundenen Kosten mangels Vorteilsorientierung als zulässig zu erachten, soweit hochrangige Forschungs- und Therapieziele verfolgt werden. Eine kostenorientierte Preisbildung erlaubt zumindest die Verrechnung der für die Stammzellengewinnung und die Herstellung spezifischer Präparate geleisteten Aufwendungen in Form von Arbeit, Material, Aufbewahrung, Transport u. a. Im Prinzip können auch die getätigten Investitionen, insbesondere die geleistete Forschungsarbeit, anteilmässig in die Preisberechnung einbezogen werden. Voraussetzung ist dabei, dass solche Kosten genau ausgewiesen und spezifiziert werden können.

Dieses Verständnis des Handelsverbots von Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV ist im Übrigen abgedeckt durch die Stellungnahme der Nationalen Ethikkommission zur Forschung an embryonalen Stammzellen. Aus Sicht der Ethikkommission soll der Handel mit Embryonen und Erzeugnissen daraus sogar in weiterem Umfang vertretbar sein. Gemäss Ethikkommission darf zwar mit Embryonen und mit unmittelbar aus ihnen gewonnenen Zellen kein Handel getrieben werden. Hingegen soll der Handel mit optimierten und standardisierten Zelllinien nicht ausgeschlossen werden. «Denn wenn therapeutische Zwecke ernsthaft angestrebt werden sollen, müssen auch die Bedingungen dafür eingerichtet werden, damit solche Anwendungen auf den Markt kommen können. Die kommerzielle Verarbeitung und Weiterentwicklung von Zelllinien soll deshalb zugelassen werden.»^[75]

4.3. Kommerzielle Herstellung von Erzeugnissen aus Embryonen?

Aufwendungsentschädigungen sind nach den vorstehenden Ausführungen mit dem Handelsverbot von Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV vereinbar. Man kann sich fragen, ob diese Verfassungsbestimmung darüber hinaus nicht eine Kommerzialisierung der Herstellung von Erzeugnissen aus Embryonen zulässt. Der Wortlaut könnte dahingehend verstanden werden, dass zwar die Erzeugnisse aus Embryonen, nicht aber die Herstellungsprozesse vom

Handelsverbot erfasst sind. Dass mit dem Produkt nicht gehandelt werden darf, muss nicht unbedingt heissen, dass auch mit den Produktionsleistungen nicht gehandelt werden darf. Zwischen Produkt und Leistung kann an sich unterschieden werden^[76]. Nach einem solchen Verständnis wäre nur das im Produkt enthaltene embryonale Ausgangsmaterial, nicht aber dessen Weiterentwicklung und Verarbeitung von einer Kommerzialisierung ausgeschlossen.

Gegen eine solche restriktive Fassung des Handelsverbots von Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV sind jedoch Einwände zu erheben. Zunächst müssen Erzeugnisse oder Produkte *per definitionem* hergestellt werden^[77]. Insofern impliziert ein Verbot des Handels mit dem Endprodukt ein Verbot des Handels mit dessen Herstellung. Unabhängig von der Interpretation des Wortsinns ist zu bedenken, dass sich die Preise für die Produktherstellung auch an der Nachfrage nach embryonalem Material selber und dem Angebot an solchem Material orientieren würden. Eine grosse Nachfrage nach knappen embryonalen Stammzellen würde beispielsweise die Preise für die Weiterentwicklung und Verarbeitung von Stammzellen in die Höhe treiben. Dadurch würde die humanbiologische Substanz selber kommerzialisiert, es läge ein verdeckter Handel mit Erzeugnissen aus Embryonen vor. Die Produzenten würden vom ökonomischen Wert des embryonalen Materials profitieren.

Eine kommerzielle, d. h. vorteilsorientierte Herstellung von Erzeugnissen aus Embryonen ist somit verfassungswidrig. Die Produktionspreise dürfen sich nicht auf Grund von Marktmechanismen bilden, sondern sind rein kostenorientiert zu berechnen. Sodann bedeutet das Gesagte, dass Produktwerbung und Vermittlungsgeschäfte unzulässig sind, weil dadurch aus dem ökonomischen Wert des embryonalen Materials für potenzielle Nachfrager Profit gezogen werden könnte.

5 Unentgeltlichkeitsprinzip und Handelsverbot gemäss Art. 119a Abs. 3 BV

5.1 Unentgeltlichkeit der Spende von Organen, Geweben und Zellen

Das Prinzip der Unentgeltlichkeit in Art. 119a Abs. 3 BV verbietet auf jeden Fall die Spende von menschlichen Körperteilen für eine geldwerte Gegenleistung^[78]. Unzulässig erscheint aber auch eine Spende gegen das Einräumen nicht geldwerter Vorteile, etwa die Bevorzugung bei der medizinischen Behandlung, weil dadurch ein positiver Anreiz für eine Spende geschaffen und damit das Prinzip des Altruismus durchbrochen wird^[79]. Die Begriffe «Unentgeltlichkeit», «gratuit» und «gratuita» sind damit im Hinblick auf den Normzweck weit auszulegen.

Das Unentgeltlichkeitsprinzip ist grundsätzlich im Handelsverbot enthalten, geht aber in zweierlei Hinsicht darüber hinaus. Erstens sind auf Grund von Art. 119a Abs. 3 BV auch menschliche Gewebe und Zellen vom Unentgeltlichkeitsprinzip erfasst, während sich das Handelsverbot nur auf Organe bezieht. Zweitens schliesst das Unentgeltlichkeitsprinzip

jegliche geldwerte Gegenleistung für eine Spende aus, während das Handelsverbot allenfalls ein moderates Schmerzensgeld für die mit einer Spende verbundenen physischen und psychischen Beeinträchtigungen zulassen würde[80].

Das Unentgeltlichkeitsprinzip bedeutet nicht, dass eine Spende überhaupt nicht mit geldwerten und anderen Leistungen verbunden sein darf. Ausgeschlossen sind nur direkte geldwerte Gegenleistungen für die Spende selber. Nicht dazu gehören die Entschädigung des Einkommensausfalls und des Aufwandes, welcher der spendenden Person unmittelbar entsteht sowie von Schäden, welche die spendende Person durch die Entnahme von Organen, Geweben oder Zellen erleidet[81]. Mit dem Unentgeltlichkeitsprinzip vereinbar sind auch die vom Parlament in das Transplantationsgesetz eingefügten Bestimmungen, wonach Spendern eine nachträgliche symbolische Geste der Dankbarkeit erbracht werden darf sowie die Überkreuz-Lebendspende zulässig ist[82]. Die Überkreuz-Lebendspende ist gerade deshalb als zulässig zu erachten, weil beide Seiten dem Unentgeltlichkeitsprinzip unterliegen.

5.2 Verbot des Organhandels

Der Begriff Organ in Art. 119a BV ist weit zu verstehen. Erfasst sind nicht nur Transplantate, die nach der Entnahme in einigen wenigen Schritten aufbereitet und für die Transplantation vorbereitet werden. Gemeint sind auch Produkte aus menschlichen Organen, die in standardisierten Verfahren hergestellt worden sind und als Heilmittel verwendet werden können[83]. Unter den Organbegriff fallen sodann vitale wie auch devitalisierte Organe, die als Implantate verwendet werden[84].

Die Reichweite des Verbots, mit Organen zu handeln, hängt von der Interpretation des Begriffs Handel ab. Eine kohärente Verfassungsauslegung verlangt, dass der Begriff des Handels in Art. 119a Abs. 3 BV gleich verstanden wird wie derjenige in Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV[85]. Verboten sind somit alle auf materielle Vorteile ausgerichtete Austauschgeschäfte betreffend menschliche Organe. Entschädigungen für die Veränderung von Organen oder die Herstellung standardisierter Transplantatprodukte erscheinen demgegenüber als erlaubt, soweit bloss die Kosten verrechnet werden. Dies wird bestätigt durch eine Äusserung in den parlamentarischen Beratungen zu Art. 119a BV, wonach eine Entschädigung für die medizinischen und technischen Arbeiten, die für die Aufbereitung des Organs zur Implantation notwendig sind, zulässig sein soll[86]. Es fragt sich, ob eine Entschädigung aller mit der Entnahme, Aufbereitung, Verarbeitung und Implantation von Organen verbundenen Aufwendungen mit dem Normzweck des Handelsverbots gemäss Art. 119a Abs. 3 BV vereinbar ist.

Das Handelsverbot bezweckt spezifisch, Personen vor unfreiwilligen Organentnahmen zu bewahren[87]. Der Schutz vor Organspenden aus finanziellen Motiven ist bereits durch das Unentgeltlichkeitsprinzip abgedeckt[88], ebenso der Schutz der Gesundheit potenzieller Organempfänger[89]. Entschädigungen für die Herstellung von Transplantatprodukten und andere technische und medizinische Schritte im Zusammenhang mit Organtransplantationen schaffen kaum zusätzliche

Gefahren für Leib und Leben von «Spendern». Anreize für kriminelle Machenschaften könnten sich erst dann ergeben, wenn sich die Vergütung nicht nach den Kosten richtete, sondern nach der Nachfrage und aus diesem Grund mit bedeutsamen Nettogewinnen verbunden wäre[90].

Aufwendungsentschädigungen für die Entnahme, Aufbereitung und Implantation von Organen sowie für Transplantatprodukte stehen damit im Einklang mit Art. 119a Abs. 3 BV. Verrechnet werden dürfen alle Aufwendungen in Form von Arbeit, Material, Aufbewahrung, Transport u. a. Investitionskosten können anteilmässig angerechnet werden, wenn sie spezifizierbar sind. Eine auf die Erzielung materieller Vorteile gerichtete Kommerzialisierung der Herstellung von Transplantatprodukten wäre demgegenüber verfassungswidrig. Eine derartige, auf die Produktherstellung bezogene Kommerzialisierung würde, wie oben ausgeführt, einen verdeckten Handel mit humanbiologischem Material selber bedeuten[91]. Aus demselben Grund sind Werbung für verarbeitete Organe und jede Form von Vermittlungsgeschäften mit dem Handelsverbot unvereinbar, weil solche Geschäftstätigkeiten vom wirtschaftlichen Wert der Organe für die Nachfrager profitierten.

Diese Interpretation des Handelsverbots von Art. 119a Abs. 3 BV ist im Übrigen vereinbar mit Art. 21 Biomedizin-Konvention. Das in dieser Bestimmung verankerte Verbot der Gewinnerzielung gilt nur für die menschlichen Bestandteile als solche. Gemäss Botschaft zur Biomedizin-Konvention dürfen technische Arbeiten (z. B. Entnahme, Durchführung von Tests, Reinigungen, Aufbereitung, Aufbewahrung, Kultivierung, Transport), die geleistet werden müssen, damit die Bestandteile weiterverwendet werden können, durchaus entschädigt werden[92].

6 Detaillierter Fragekatalog des Bundesamtes für Gesundheit

6.1 Reichweite der Handelsverbote und des Unentgeltlichkeitsprinzips

a) Betreffend Stammzellen: Ab welcher Bearbeitungs- oder Veränderungsstufe sollen embryonale unveränderte Stammzellen, veränderte Stammzellen, unveränderte Stammzelllinien, veränderte Stammzelllinien und Produkte aus diesen der Kommerzialisierung zugänglich gemacht werden?

Die Eltern des Embryos, aus dem Stammzellen gewonnen werden, dürfen nicht entschädigt werden. Ebenso wenig dürfen Stammzellen, Stammzelllinien sowie die Produkte daraus kommerzialisiert werden. Zulässig ist hingegen eine Entschädigung für die Stammzellgewinnung sowie für die Weiterentwicklung und Veränderung von Stammzellen und Stammzelllinien, soweit mit diesem Material hochrangige Forschungs- und Therapieziele verfolgt werden. Die Entschädigung muss kostenorientiert

sein. Forschungsinvestitionen dürfen anteilmässig berechnet werden, wenn sie genau ausgewiesen und spezifiziert werden können. Werbung und Vermittlungsgeschäfte sind auf jeden Fall verboten[93].

b) Betreffend Organe: Gilt das Unentgeltlichkeitsprinzip von Art. 119a Abs. 3 BV nur für menschliche Organe/Gewebe/Zellen, die zur Transplantation bestimmt sind, oder auch für nicht zur Transplantation bestimmte Organe/Gewebe/Zellen (z. B. bestimmt für Forschungszwecke)?

Gemäss Wortlaut erfasst das Unentgeltlichkeitsprinzip von Art. 119a Abs. 3 BV jede Spende von Organen, Geweben oder Zellen, unabhängig davon, ob die Spende für Forschungs- oder Transplantationszwecke bestimmt ist. Soweit die Forschung auf dem Gebiet der Transplantationsmedizin erfolgt, ist die Spende zu Forschungszwecken auch auf Grund der Systematik von Art. 119a BV und damit vom Unentgeltlichkeitsprinzip erfasst. Schliesslich spricht der Normzweck für die Unentgeltlichkeit von Spenden zu Forschungszwecken: Zwar gibt es in diesem Fall keine Empfänger zu schützen. Schutz verdienen aber potenzielle Spender vor einer Selbstgefährdung ihrer körperlichen Integrität[94]. Das Unentgeltlichkeitsprinzip gilt damit auch für nicht zur Transplantation bestimmte Organe, Gewebe und Zellen.

c) Betreffend Organe: Gilt das Unentgeltlichkeitsprinzip von Art. 119a Abs. 3 BV für menschliche Organe/Gewebe/Zellen, die in standardisierten Verfahren aufbereitet und verarbeitet werden, d. h. die so genannten Transplantatprodukte?

Das Unentgeltlichkeitsprinzip bezieht sich nur auf die Spende von Organen, Geweben und Zellen und ist damit von vorneherein nicht auf Transplantatprodukte anwendbar. Das Handelsverbot von Art. 119a Abs. 3 BV gilt nur für Organe. Erfasst sind dabei auch in standardisierten Verfahren aufbereitete und verarbeitete Organe. Eine Kommerzialisierung solcher Transplantatprodukte ist unzulässig. Erlaubt ist aber die Vergütung der Kosten für die Herstellungsverfahren, wobei auch spezifizierbare Investitionen

anteilmässig verrechnet werden können. Werbung und Vermittlungsgeschäfte sind mit dem Handelsverbot unvereinbar^[95]. Art. 7 Abs. 2 Bst. b Entwurf Transplantationsgesetz wird in diesem Sinne auszulegen sein.

d) Betreffend Stammzellen und Organe: Umfasst das Handelsverbot/das Unentgeltlichkeitsprinzip von Art. 119 BV bzw. von Art. 119a BV auch die durch physikalische, biologische oder gentechnische Veränderung/Bearbeitung gewonnenen Erzeugnisse von biologischem Material menschlichen Ursprungs (z. B. gentechnisch veränderte Organe oder Stammzelllinien)?

Wie oben zu a. und c. ausgeführt, werden die Erzeugnisse selber vom Unentgeltlichkeitsprinzip und vom Handelsverbot erfasst. Für die mit der Herstellung verbundenen Leistungen kann demgegenüber eine kostenorientierte Entschädigung verlangt werden.

6.2 Verfassungsrechtliche Definition von Handel

a) Was umfasst das Handelsverbot von Art. 119 Abs. 2 Bst. e respektive Art. 119a Abs. 3 BV? Bewegen sich die Regelungsinhalte von Art. 4 StFG und Art. 7 Transplantationsgesetz in diesem Verfassungsrahmen?

Als Handel im Sinn von Art. 119 Abs. 2 Bst. e und Art. 119a Abs. 3 BV gelten sämtliche Austauschgeschäfte, die auf einen materiellen Vorteil ausgerichtet sind. Dazu gehören namentlich Veräusserung und Erwerb sowie Beschaffen, Vermitteln, Übernahme, Übergabe und Transport von Organen, Geweben und Zellen gegen einen die Kosten übersteigenden materiellen Vorteil. Nicht vom Handelsverbot erfasst sind der Austausch von Organen, Geweben und Zellen zwischen Spitälern oder zwischen der Nationalen Zuteilungsstelle und ausländischen Zuteilungsorganisationen und zwischen Forschergruppen sowie der Ersatz von Aufwendungen, z. B. Kosten für Entnahme, Lagerung und Transport der Organe, Gewebe oder Zellen. Eine Veräusserung gegen Einräumen nicht geldwerter Vorteile (z. B. bevorzugte medizinische Behandlung) verstösst zwar nicht unbedingt gegen das Handelsverbot, steht aber in Konflikt mit dem Unentgeltlichkeitsprinzip^[96]. Schliesslich ist es grundsätzlich mit dem Handelsverbot vereinbar, Entschädigungen für Forschung, auch für Grundlagenforschung, zu verlangen. Die Entschädigungen dürfen sich aber nicht nach der Nachfrage für ein Produkt aus humanbiologischem Material richten, sondern nach

den Aufwendungen an geleisteter Arbeit und anderen Ressourcen[97]. Art. 4 StFG und Art. 7 Entwurf Transplantationsgesetz halten sich an diese Interpretationen.

b) Lässt sich aus der Bundesverfassung eine allgemeine Definition von Handel mit biologischem Material menschlichen Ursprungs ableiten?

Die Begriffe des Handels in Art. 119 Abs. 2 Bst. e und Art. 119a Abs. 3 BV sind gleich zu verstehen. Die Verbote des Handels in diesen beiden Bestimmungen sind demgegenüber entsprechend ihrer Entstehungsgeschichte, ihrer Systematik und ihrer Zweckbestimmungen je separat auszulegen. Die Auslegung hat aber gezeigt, dass den beiden Handelsverboten trotz unterschiedlicher Normzwecke im Ergebnis analoge Bedeutung beizumessen ist[98].

c) Gehören die Handelsverbote von Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV und von Art. 119a Abs. 3 BV zum schweizerischen «Ordre public» oder stellen diese Normen eher «Vertriebs- oder Ordnungsvorschriften» dar?

Die Frage, ob eine Rechtsvorschrift zum schweizerischen «Ordre public» gehört, ist in Art. 17 und 18 IPRG[99] geregelt. Beide Bestimmungen statuieren Ausnahmen von der - auf Grund einer Verweisung im IPRG an sich gebotenen - Anwendung ausländischen Rechts. Art. 17 IPRG enthält den Vorbehalt des negativen «Ordre public». Dieser Vorbehalt greift erst ein, wenn das Ergebnis der Beurteilung nach dem verwiesenen ausländischen Recht ermittelt ist und dieses Ergebnis das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt bzw. auf stossende Weise Sinn und Geist der eigenen Rechtsordnung widerspricht. Von der Ermittlung und der hypothetischen Anwendung des an sich anwendbaren ausländischen Rechts ist indessen von vornherein abzusehen, wenn schweizerische Rechtsvorschriften gemäss Art. 18 IPRG unmittelbar, das heisst unabhängig von dem durch das Gesetz bezeichneten Recht, zwingend anzuwenden sind. Diese so genannten «lois d'application immédiate» umfassen den positiven «Ordre public»[100]. Zum positiven «Ordre public» gehören namentlich Normen, welche ständige und überall gültige Regeln darstellen und den wesentlichen Interessen der Gesellschaftsordnung, der politischen oder wirtschaftlichen Ordnung Rechnung tragen[101].

Die Handelsverbote nach Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV und Art. 119a Abs. 3 BV sind zwingendes und unmittelbar anwendbares Verfassungsrecht[102]. Es handelt sich um ständige und überall gültige Regeln, die hochrangige Rechtsgüter schützen, nämlich Leben und Unversehrtheit bzw. Menschenwürde von ungeborenem Leben und Personen[103]. Die Handelsverbote sind als

grundlegende Prinzipien der heutigen schweizerischen Rechtsordnung und damit als Bestandteil des positiven «Ordre public» im Sinne von Art. 18 IPRG anzusehen.

6.3. Verfassungsrechtliche Definition von Unentgeltlichkeit

a) Was beinhaltet der Begriff «Unentgeltlichkeit» in Art. 119a Abs. 3 BV? Bewegt sich der Regelungsinhalt von Art. 6 Transplantationsgesetz in diesem Verfassungsrahmen?

Das Unentgeltlichkeitsprinzip verbietet die Spende von Organen, Geweben und Zellen gegen geldwerte und andere tatsächliche Vorteile. Nicht erfasst sind Entschädigungen und Vorteile im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Entwurf Transplantationsgesetz, der als verfassungskonform zu bewerten ist^[104].

b) Beinhaltet das Handelsverbot von Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV auch ein Unentgeltlichkeitsprinzip? Bewegt sich der Regelungsinhalt von Art. 4 StFG in diesem Verfassungsrahmen?

Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV beinhaltet auch ein Unentgeltlichkeitsprinzip, wonach die Eltern für die Verwendung ihres Embryos keine geldwerte oder andere Leistungen erhalten dürfen^[105]. Art. 4 StFG bewegt sich in diesem Verfassungsrahmen.

c) Umfasst das Gebot der Unentgeltlichkeit von Art. 119a Abs. 3 BV den Fall, dass ein Paar einen überzähligen Embryo für die Forschungszwecke zur Verfügung stellt?

Dieser Fall wird nicht von Art. 119a Abs. 3 BV, sondern wie erwähnt von Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV erfasst.

d) Ist das Unentgeltlichkeitsprinzip von Art. 119a Abs. 3 BV Teil des schweizerischen «Ordre public» oder stellen diese Normen eher «Vertriebs- oder Ordnungsvorschriften» dar?

Aus denselben Gründen wie die Handelsverbote ist auch das Unentgeltlichkeitsprinzip von Art. 119a Abs. 3 BV als Teil des schweizerischen «Ordre public» im Sinne von Art. 18 IPRG zu betrachten.

6.4. Unterschiede zwischen Art. 119 BV und Art. 119a BV bezüglich Handelsverbot und Unentgeltlichkeitsprinzip

a) Besteht ein inhaltlicher Unterschied zwischen dem Handelsverbot für Keimgut und Erzeugnisse aus Embryonen des Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV und dem Handelsverbot für menschliche Organe des Art. 119a Abs. 3 BV?

Die Auslegung der beiden Handelsverbote hat zum Ergebnis geführt, dass zwischen ihnen keine inhaltlichen Unterschiede bestehen, ausser dass sie sich auf unterschiedliches humanbiologisches Ausgangsmaterial beziehen^[106].

b) Führt der verfassungsrechtliche Begriff «Erzeugnisse

- [2] Zu lesen auf der Internetseite des Bundesamtes für Justiz unter http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/staat_buerger/gesetzgebung/bundesverfassung.Par.0006.File.tmp/bv-alt-d.pdf
- [3] AS 1992 1579.
- [4] Abs. 3 Bst. f der Verfassungsinitiative.
- [5] Botschaft zur Volksinitiative «gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen» vom 18. September 1989 («Botschaft Beobachter-Initiative»), in: BBl 1989 III 1000, 1013.
- [6] AB 1990 S 488: Annahme einer Vorversion («Mit menschlichem Keim- und Erbgut darf kein Handel getrieben werden.»); AB 1991 N 601: Annahme der heute geltenden Version.
- [7] AS 1999 1341.
- [8] Botschaft zu einer Verfassungsbestimmung über die Transplantationsmedizin vom 23. April 1997 («Botschaft Art. 119a BV»), in: BBl 1997 III 696.
- [9] AB 1997 N 2419, 2426.
- [10] Resolution (78) 29 on harmonisation of legislation of member states relating to removal, grafting and transplantation of human substances, vom 11. Mai 1978.
- [11] Resolution WHA42.5 (Preventing the purchase and sale of human organs), vom 15. Mai 1989.
- [12] Resolution WHA44.25 vom 13. Mai 1991, Guiding principle 5.
- [13] Konventionstext auf Deutsch in: BBl 2002 340 ff. Das Übereinkommen soll nach Inkrafttreten des Transplantationsgesetzes von der Schweiz ratifiziert werden; vgl. Botschaft betreffend das Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin vom 12. September 2001 («Botschaft Biomedizin-Konvention»), in: BBl 2002 327.
- [14] Vgl. *Rainer J. Schweizer*, Kommentar BV, Art. 24^{novies} aBV, Basel/Zürich/Bern 1995, Rz. 42; *Rainer J. Schweizer/Markus Schott*, St. Galler Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002, Art. 119a BV, Rz. 26.
- [15] Vgl. Botschaft Biomedizin-Konvention, in: BBl 2002 286.
- [16] Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz; SR 814.90).
- [17] Referendumsvorlage publiziert in: BBl 2003 8211.
- [18] Vgl. zudem Art. 15 Abs. 3 Bst. c StFG, wonach die Bewilligung für die Einfuhr embryonaler Stammzellen davon abhängt, dass das betroffene Paar für die Freigabe des Embryos zu Forschungszwecken kein Entgelt erhalten hat. Ferner Art. 24 Abs. 2 Bst. a StFG, der die in Art. 4 StFG definierten Handlungen unter Strafe stellt.
- [19] SR 818.111.
- [20] SR 818.111.3.
- [21] Eingefügt am 23. Mai 2001.
- [22] Bundesrätliche Vorlage in: BBl 2002 247 ff.
- [23] AB 2003 N 2057 ff.; Sitzung des Ständerats vom 2. Juni 2004.
- [24] Bst. c und d wurden durch den Nationalrat eingefügt; vgl. AB 2003 N 2062 f.
- [25] Nach Art. 3 des Gesetzesentwurfs sind Transplantatprodukte «aus menschlichen oder tierischen Organen, Geweben oder Zellen hergestellte Produkte, die oder deren Herstellungsverfahren standardisierbar sind».
- [26] Bericht Amstad, in: BBl 1989 III 1098.
- [27] Bericht Amstad, in: BBl 1989 III 1120.

- [28] AB 1997 N 2410 (Votum Philipona, Berichterstatter); 2415 (Votum Hochreutener); 2417 (Votum Goll). Demgegenüber wurde das Verbot, mit Erzeugnissen aus Embryonen zu handeln, in der parlamentarischen Beratung von Art. 24^{novies} aBV (Art. 119 BV) als evident angesehen und im Plenum nicht weiter diskutiert; vgl. AB 1991 N 599.
- [29] Erläuternder Bericht Nr. 131, S. 28; vgl. Botschaft Biomedizin-Konvention, in: BBl 2002 322.
- [30] Rainer J. Schweizer (Fussnote 14), Rz. 87; *Ruth Reusser/Rainer J. Schweizer*, St. Galler Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002, Art. 119, Rz. 33; Rainer J. Schweizer/Markus Schott (Fussnote 14), Rz. 27; *Jean-François Aubert*, dans: *Petit commentaire de la Constitution fédérale*, Zurich/Bâle/Genève 2003, art. 119, n. 24; art. 119a, n. 7 et 9.
- [31] Zur Subsidiarität der Menschenwürde gegenüber konkreteren Verfassungsgarantien *Jörg Paul Müller*, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 1 f.; *Philippe Mastronardi*, St. Galler Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002, Art. 7, Rz. 29; *Pascal Mahon*, *Petit commentaire de la Constitution fédérale*, Zurich/Bâle/Genève 2003, art. 7, no 4.
- [32] Vgl. die Formulierung bei *Immanuel Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 2. Aufl., 1786, Akademie-Ausgabe, S. 77: «Im Reiche der Zwecke hat alles entweder einen Preis, oder eine Würde. Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes, als Äquivalent, gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstattet, das hat eine Würde.»
- [33] Es handelt sich um eine bewusste Differenzierung des Parlaments; vgl. AB 1998 S 627 (Votum Rochat, Berichterstatter): «Cette différence organes/tissus/cellules n'est pas une faute de style, ni une habileté juridique. Elle correspond à une réalité médicale dans le domaine de la transplantation.»
- [34] Rainer J. Schweizer (Fussnote 14), Rz. 86, mit Hinweis auf die Kommissionsprotokolle, sowie Rainer J. Schweizer/Ruth Reusser (Fussnote 30), Rz. 33.
- [35] Zur Funktion der Menschenwürde als Individualrecht und normatives Fundament der Grundrechte *Jörg Paul Müller* (Fussnote 31), S. 1 f.; *Philippe Mastronardi* (Fussnote 31), Rz. 14 ff.; *Pascal Mahon* (Fussnote 31), Rz. 4.
- [36] Vgl. die Ablehnung einer Menschheits- oder Gattungswürde in den neuen Kommentaren zum deutschen Grundgesetz: *Matthias Herdegen*, in: *Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar*, München 2003, Art. 1 Abs. 1, Rz. 29; *Horst Dreier*, *Grundgesetz Kommentar*, 2. Aufl., Tübingen 2004, Art. 1 Abs. 1, Rz. 116 f.
- [37] Zum Verbot eines rechtlich verbindlichen Menschenbildes eingehend *Markus Schefer*, *Die Kerngehalte von Grundrechten*, Bern 2001, S. 39 ff.
- [38] Zu diesen konkreteren Schutzgütern unten 3.3 und 3.4.
- [39] Vgl. Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 17. November 1995 zum verfassungsrechtlichen Status von Embryonen, in: [VPB 60.67](#), S. 575-608 S. 594; Botschaft Embryonenforschungsgesetz, in: BBl 2003 1188: «Im schweizerischen Verfassungsrecht bisher nicht abschliessend geklärt ist die Frage, ab wann der verfassungsrechtliche Schutz des menschlichen Lebens beginnt und - falls er schon frühes menschliches Leben umfasst - wie er auszugestalten ist.»
- [40] Dazu sogleich 3.2.
- [41] Botschaft Art. 119a BV, in: BBl 1997 III 679.

- [42] Wie gesagt ist die Frage, ob vorgeburtlichem Leben Persönlichkeitsrechte zukommen, im schweizerischen Recht noch nicht abschliessend geklärt; vgl. Fussnote 39.
- [43] Der Embryo entwickelt sich nicht normal, oder die Frau wird krank, verunfällt, stirbt oder ändert unerwartet ihre Meinung; vgl. Botschaft Embryonenforschungsgesetz, in: BBl 2003 1174.
- [44] Siehe Rolf Schöning, *Rechtliche Aspekte der Organtransplantation*, Zürich 1996, S. 286.
- [45] Art. 119 Abs. 2 Bst. d BV verbietet die Embryonenspende und damit die Einpflanzung eines Embryos *in vitro* in den Uterus einer Wunschkutter.
- [46] Nach dem Bericht Amstad, in: BBl 1989 III 1120, ist «bei abgestorbenen Embryonen und Föten, wie beim Leichnam, eine besondere Würde zu respektieren». Gemäss Stellungnahme 3/2002 der Nationalen Ethikkommission im Bereich Humanmedizin zur Forschung an embryonalen Stammzellen (NEK-CNE), Bern 2002, S. 68, drückt das Handelsverbot «einen besonderen ethischen Respekt dem embryonalen menschlichen Leben gegenüber aus».
- [47] So bereits der Bericht Amstad, in: BBl 1989 III 1120.
Vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 36 und 38 Entwurf Transplantationsgesetz (Fussnote 22), die Schutzmechanismen vorsehen, um Schwangerschaftsabbrüche zum Zweck der Verwendung embryonalen und fötalen Materials zu verhindern.
- [48] In Bezug auf medizinische Eingriffe etwa BGE 114 Ia 350 E. 6 S. 358 f.
- [49] Vgl. Botschaft Art. 119a BV, in: BBl 1997 III 680.
- [50] Jörg Paul Müller (Fussnote 31), S. 56 mit weiteren Hinweisen.
- [51] BGE 98 Ia 508 E. 8c S. 526, BGE 123 I 112 E. 9b/bb S. 136 f. Sodann namentlich Mark-Oliver Baumgarten, *The Right to Die? Rechtliche Probleme um Sterben und Tod*, Diss. Basel 1998, S. 290 ff.
- [52] Vgl. Art. 20 Abs. 2 Biomedizin-Konvention (Fussnote 13), wonach in Ausnahmefällen und nach Massgabe der durch die Rechtsordnungen vorgesehenen Schutzbestimmungen die Entnahme regenerierbaren Gewebes von einer einwilligungsunfähigen Person zulässig ist, wenn kein geeigneter einwilligungsfähiger Spender zur Verfügung steht, der Empfänger ein Bruder oder eine Schwester des Spenders ist, die Spende geeignet ist, das Leben des Empfängers zu retten, der gesetzliche Vertreter einwilligt und der in Frage kommende Spender nicht ablehnt; an diese Vorgaben hält sich Art. 13 Entwurf Transplantationsgesetz (Fussnote 22).
- [53] Vgl. BGE 98 Ia 508 E. 4a S. 514 mit Hinweis auf Jörg Paul Müller, *Recht auf Leben, Persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation*, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR) 1971 I 462.
- [54] Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).
- [55] Vgl. Rainer J. Schweizer/Markus Schott (Fussnote 14), Rz. 27: «Schutz der Spender und des Transplantationssystems vor systemfremden und unerwünschten Anreizen».
- [56] Vgl. Resolution WHA42.5 vom 15. Mai 1989, Ingress: «Anxious to prevent the exploitation of human distress, particularly in children and other vulnerable groups [...]».
- [57] Dabei ist durchaus einzuräumen, dass der illegale Handel mit Organen vor allem aus Entwicklungsländern bisweilen übertrieben dargestellt worden ist; vgl. dazu die Studie von Véronique Champion-Vincent, *La légende des vols d'organes*, Paris 1997.
- [58] Siehe auch Rolf Schöning (Fussnote 44), S. 270.

- [59] Dazu kritisch *Marco Borghi*, Transplantation d'organes et de tissus, Aspects juridiques, in: Alberto Bondolfi/Roberto Malacrida/Adrien Rohner (Hrsg.), *Etica e trapianti*, Comano 1993, 163-185, p. 178 f., der auf die paternalistische Seite dieses Schutzzweckes hinweist.
- [60] Siehe Botschaft Art. 119a BV, in: BBl 1997 III 682. Vgl. sodann AB 1998 S 627 (Votum RoCHAT, Berichterstatter).
- [61] Vgl. *Jean-François Dumoulin*, Organtransplantation in der Schweiz, Bern 1998, S. 81; Jean-François Aubert (Fussnote 30), n. 9. Dazu aus ethischer Sicht namentlich *David Price*, Legal and Ethical Aspects of Organ Transplantation, Cambridge 2000, S. 383 f.
- [62] Siehe David Price (Fussnote 61), S. 415 ff. mit Hinweis darauf, dass in den Vereinigten Staaten von Amerika (USA), nachdem der Verkauf von Blut erlaubt worden war, das Gesamtangebot an Blut infolge eines Rückgangs freiwilliger Blutspenden abnahm.
- [63] Botschaft Art. 119a BV, in: BBl 1997 III 685.
- [64] Ebenso *Angela Augustin*, Rechtliche Regelungen der Stammzellentherapie, in: ZSR 2001 I 163-185, S. 185.
- [65] Die Verordnung des EDI vom 29. September 1995 über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung [KLV], SR 832.112.31) zählt in Anhang 1, Ziff. 1.2., verschiedene, aber nicht alle Massnahmen der Transplantationschirurgie zu den Leistungen der obligatorischen Krankenversicherung.
- [66] Vgl. AB 1991 S 457 (Votum Piller, Berichterstatter).
- [67] Erste Ende der neunziger Jahre wurde die Möglichkeit entdeckt, pluripotente Stammzellen von Embryonen in verschiedenste menschliche Gewebetypen zu transformieren; vgl. die Publikation von *James A. Thomson et al.*, Embryonic Stem Cell Lines Derived from Human Blastocysts, in: Science 282 (1998), 1145-1147.
- [68] Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210). Diese Bestimmung lautet: «Hat jemand eine fremde Sache verarbeitet oder umgebildet, so gehört die neue Sache, wenn die Arbeit kostbarer ist als der Stoff, dem Verarbeiter, andernfalls dem Eigentümer des Stoffes.»
- [69] Ein Verbot des Handels mit Embryonen selber brauchte der Verfassungsgeber nicht eigens zu statuieren, da gemäss Art. 119 Abs. 2 Bst. d BV die Embryonenspende als solche verboten ist.
- [70] Siehe oben 3.2.
- [71] Rainer J. Schweizer (Fussnote 14), Rz. 86 sowie Rainer J. Schweizer/Ruth Reusser (Fussnote 30), Rz. 33. Ferner die Präzisierungen in der Botschaft zum Transplantationsgesetz vom 12. September 2001, in: BBl 2002 138, wonach das Beschaffen oder Vermitteln der «Ware», deren Übernahme, der Transport, die Übergabe an andere Personen usw., mit Einschluss aller Verhandlungen, die dabei zu führen sind, eingeschlossen sind.
- [72] So auch Botschaft Transplantationsgesetz, in: BBl 2002 138.
- [73] Siehe oben 3.2.
- [74] Zur Einschränkung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes [BGE 129 I 173 E. 2 S. 176 f.](#)
- [75] Stellungnahme NEK-CNE (Fussnote 46), S. 68.
- [76] David Price (Fussnote 61), S. 408: «A dichotomy could be made between services and goods».
- [77] Vgl. oben 4.1.

- [78] Siehe Rainer J. Schweizer/Markus Schott (Fussnote 14), Rz. 25.
- [79] Vgl. den Schutzzweck des Unentgeltlichkeitsprinzips oben 3.3.
- [80] Vgl. David Price (Fussnote 61), S. 407 f., wonach bescheidene Schmerzensgelder oder Anerkennungssummen mit dem Handelsverbot vereinbar sind, solange sie keine positiven Anreize für eine Spende schaffen, sondern nur Hindernisse für einen bereits gefassten Spendeentschluss beseitigen.
- [81] Vgl. Botschaft Art. 119a BV, in: BBl 1997 III 682. Ferner Botschaft Biomedizin-Konvention, in: BBl 2002 323, betreffend Art. 21 der Konvention.
- [82] Art. 6 Abs. 2 Bst. c und d Entwurf Transplantationsgesetz (Fussnote 22).
- [83] Botschaft Art. 119a BV, in: BBl 1997 III 678.
- [84] Botschaft Art. 119a BV, in: BBl 1997 III 678.
- [85] Dazu oben 4.2.
- [86] AB 1998 S 627 (Votum Rochat, Berichterstatter): «Ajoutons encore qu'en parlant de gratuité de don d'organes et d'interdiction de leur commerce, le Conseil fédéral n'entend pas interdire l'indemnisation des manoeuvres médicales et techniques qui sont nécessaires à valoriser l'organe pour l'implanter.»
- [87] Siehe oben 3.2.
- [88] Siehe oben 3.3.
- [89] Siehe oben 3.4.
- [90] Entsprechend verbietet die Biomedizin-Konvention (Fussnote 13) in Art. 21 nur finanzielle Gewinne, nicht aber Entschädigungen generell. Vgl. zur Auslegung dieser Bestimmung Botschaft Biomedizin-Konvention, in: BBl 2002 322 f.
- [91] Vgl. oben 4.3.
- [92] Botschaft Biomedizin-Konvention, in: BBl 2002 323. Vgl. sodann Guiding principle 8 der WHO (Fussnote 12), wonach gerechtfertigte Vergütungen für die mit Organtransplantationen verbundenen Dienstleistungen zulässig sind: «It should be prohibited for any person or facility involved in organ transplantation procedures to receive any payment that exceeds a justifiable fee for the services rendered.» Für die Zulässigkeit von Aufwendungsentschädigungen ferner das französische Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé, Avis sur la non-commercialisation du corps humain du 13 décembre 1990, n° 21.
- [93] Zum Ganzen oben 4.2 und 4.3.
- [94] Vgl. oben 3.3.
- [95] Zum Ganzen oben 5.2.
- [96] Vgl. oben 5.1.
- [97] Vgl. oben 4.3 und 5.2.
- [98] Vgl. oben 4.2, 4.3 und 5.2.
- [99] Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291).
- [100] BGE 117 II 494 E. 7 S. 501, BGE 125 III 443 E. 3d S. 447, BGE 128 III 201 E. 1b S. 205.
- [101] BGE 125 III 443 E. 3d S. 447 f., BGE 128 III 201 E. 1b S. 205.
- [102] Vgl. oben 2.2.
- [103] Vgl. oben 3.2, 3.3 und 3.4.
- [104] Zum Ganzen oben 5.1.
- [105] Vgl. oben 4.2.
- [106] Vgl. oben 4.2 und 5.2.

JAAC 68.113 - Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 22. Juni 2004

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2004
Année	
Anno	
Band	68
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 006 233

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.