

# Grenzen der Forschung: Das Subsidiaritätsprinzip im Biomedizinrecht

NADINA ISLIKER\*

SCHLAGWÖRTER	Humanforschung – Tierversuche – Stammzellenforschung – Biomedizinrecht – Subsidiaritätsprinzip
ZUSAMMENFASSUNG	Der Artikel analysiert das Subsidiaritätsprinzip im Biomedizinrecht und dessen Anwendung in der Human-, Tier- und Stammzellenforschung. Dabei wird aufgezeigt, welche Bedeutung das Subsidiaritätsprinzip für den Schutz der jeweiligen Versuchssubjekte hat, welche moraltheoretischen Überlegungen den jeweiligen Subsidiaritätsnormen zugrunde liegen und ob Spannungsfelder zwischen den verschiedenen Normen bestehen.
RÉSUMÉ	L'article analyse le principe de subsidiarité en droit biomédical et son application dans la recherche humaine, animale et sur les cellules souches. Il met en lumière l'importance du principe de subsidiarité pour la protection des sujets de recherche, examine les considérations morales qui sous-tendent ces normes et explore les conflits entre les différentes normes.
ABSTRACT	The article analyses the principle of subsidiarity in biomedical law and its application in human, animal and stem cell research. It highlights the significance of the principle of subsidiarity for the protection of research subjects, explores the moral considerations underlying the different norms and examines potential tensions.

## I. Einleitung

Das Subsidiaritätsprinzip ist ein Spezifikum des Biomedizinrechts,<sup>1</sup> welches sich vom Subsidiaritätsprinzip aus dem Kirchen- und Staatsrecht unterscheidet.<sup>2</sup> Letzteres ist

eine Kompetenzverteilungsregel und hat die Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben zum Gegenstand.<sup>3</sup> Das Subsidiaritätsprinzip im Staatsrecht besagt, dass eine obere Ebene (z.B. der Bund) sich einer Aufgabe nur dann annehmen soll, wenn diese von einer unteren Ebene (z.B. einem Kanton) nicht ebenso gut erfüllt werden kann.<sup>4</sup> Das Subsidiaritätsprinzip im Biomedizinrecht regelt hingegen, unter welchen Umständen eine Tätigkeit ausgeübt werden darf und gleicht somit einer Kompetenzausübungsregel.<sup>5</sup>

Das Subsidiaritätsprinzip hat insbesondere ins Humanforschungs- und Tierversuchsrecht Eingang gefunden.<sup>6</sup> Obwohl die Bestimmungen unterschiedlich ausgestaltet

\* NADINA ISLIKER, MLaw, Doktorandin an der Universität Luzern. Dieser Beitrag ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND. DOI dieses Artikels: 10.3256/978-3-03929-069-7\_03.

<sup>1</sup> Die Biomedizin ist ein interdisziplinäres Forschungsgebiet im Grenzbereich von Medizin und Biologie, welches der Untersuchung des menschlichen Körpers auf Ebene der Zellen und Moleküle dient. Das Biomedizinrecht befasst sich mit den Regelungen der Biomedizin. Im Mittelpunkt stehen namentlich die Forschung am Menschen, die Transplantationsmedizin, die Fortpflanzungsmedizin und die Gentechnologie im Humanbereich. M.W.H. THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis, 5. Aufl., Basel 2023, N 7. Das Tierversuchsrecht wird klassischerweise nicht unter das Biomedizinrecht subsumiert, da es nicht den Umgang mit dem Menschen in der Biomedizin regelt. Trotzdem sind Tierversuche noch immer unerlässlich in der Biomedizin, um Grundlagenforschung zu betreiben oder für die Entwicklung von Medikamenten. Die Bedeutung des Tierversuchsrechts für die Biomedizin ist daher nicht zu unterschätzen, weshalb es Eingang in diesen Artikel gefunden hat.

<sup>2</sup> GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 1), N 666; SUSAN MAURER, Das Prinzip der Subsidiarität im Biomedizinrecht, Diss. Luzern 2016,

Zürich 2017, 48; SGK BV-SCHWEIZER/SPRECHER/STRADEN, Art. 118b N 73.

<sup>3</sup> BSK BV-BIAGGINI, Art. 5a N 16; MAURER (Fn. 2), 24 ff.

<sup>4</sup> SGK BV-MÜLLER/SCHWEIZER, Art. 5a N 6.

<sup>5</sup> Vgl. MAURER (Fn. 2), 31 ff., 45 f., 48. Da das Subsidiaritätsprinzip im Biomedizinrecht nicht nur zwischen Staat – Bürger, sondern auch Bürger – Bürger Wirkung entfaltet, wäre indessen eine Bezeichnung als blosse Kompetenzausübungsregel nicht treffgenau. Das Subsidiaritätsprinzip ist somit als eigenständige Maxime des Biomedizinrechts zu sehen. Siehe auch SHK HFG-SCHOTT, Art. 11 N 15.

<sup>6</sup> GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 1), N 666; vgl. Art. 11 HFG, Art. 137 Abs. 3 TschV, Art. 20 Abs. 2 TschG, Art. 12 lit. b StFG.

sind und auf verschiedenen ethischen Überlegungen basieren, dienen alle dem gleichen Ziel: der Verwirklichung des Verhältnismässigkeitsprinzips. So beinhaltet das Subsidiaritätsprinzip das Erfordernis der Erforderlichkeit und damit die Pflicht, aus unterschiedlichen, gleich geeigneten Mitteln das mildeste zu wählen.<sup>7</sup> Auf die Forschung mit Menschen oder Tieren bezogen statuiert das Subsidiaritätsprinzip demnach die Pflicht der Forschenden, das mildeste Mittel zum Erkenntnisgewinn zu wählen (Regel zur *Ausübung* der Forschungstätigkeit).<sup>8</sup>

Der folgende Beitrag fokussiert sich auf das Subsidiaritätsprinzip im Gebiet der Human-, Tier- und Stammzellenforschung und untersucht dessen Anwendungsbereiche (Kapitel II.). Danach wird analysiert, welche moraltheoretischen Überlegungen den jeweiligen Subsidiaritätsnormen zugrunde liegen (Kapitel III.). Anschliessend gilt es zu erforschen, welche Auswirkungen die spezifischen Subsidiaritätsnormen auf die jeweiligen Forschungsbereiche haben und ob Spannungsfelder bestehen (Kapitel IV.). Schliesslich werden die gewonnenen Erkenntnisse zusammengetragen (Kapitel V.).

## II. Das Subsidiaritätsprinzip im Human-, Tier- und Stammzellenforschungsrecht

Das Subsidiaritätserfordernis verlangt, dass aus zwei Möglichkeiten eine prioritär zu wählen ist.<sup>9</sup> Zur Bestimmung der zu wählenden Option sind grundsätzlich zwei Überlegungen anzustellen: (1) Welche der beiden Möglichkeiten ist die mildere Alternative? Und (2): Ist die mildere Alternative gleich geeignet, um das angestrebte Ziel zu erreichen?<sup>10</sup> Wie sich nachfolgend zeigen wird, kennen sowohl das Humanforschungs- als auch das Tierversuchs- und Stammzellenforschungsrecht Subsidiaritätsnormen.

### A. Subsidiaritätsprinzip in der Humanforschung

Art. 11 Abs. 1 HFG<sup>11</sup> statuiert für das Humanforschungsrecht ein generelles Subsidiaritätserfordernis.<sup>12</sup> Verlangt wird, dass Forschung an Personen nur durchgeführt wird,

«wenn gleichwertige Erkenntnisse anders nicht gewonnen werden können», z.B. mittels Tierversuchen oder Computersimulationen.<sup>13</sup> Damit ein Forschungsprojekt mit Personen durchgeführt werden darf, sind folglich zwei Voraussetzungen zu prüfen: erstens, ob alternative Erkenntnisquellen infrage kommen, und zweitens, ob diese gleichwertige Erkenntnisse zutage fördern können.<sup>14</sup>

Art. 11 Abs. 2 HFG kennt darüber hinaus ein zusätzliches, spezifisches Subsidiaritätserfordernis für besonders verletzbare Personen. Ziel ist es, Personen mit besonderen Schutzbedürfnissen einen zusätzlichen Schutz vor den Risiken eines Forschungsprojekts zu verschaffen.<sup>15</sup> Auch die Verfassung sieht in Art. 118b Abs. 2 lit. c BV<sup>16</sup> ein solches spezifisches Subsidiaritätserfordernis vor, allerdings nur zum Schutz von urteilsunfähigen Personen. Art. 11 Abs. 2 HFG besagt, dass Forschungsprojekte mit besonders verletzbarsten Personen nur durchgeführt werden dürfen, wenn gleichwertige Erkenntnisse anders nicht gewonnen werden können.<sup>17</sup> Ein klassisches Beispiel ist die Erforschung der Wirkung von Arzneimitteln an Kindern, da diese im Vergleich zu Erwachsenen unterschiedlich auf Wirkstoffe reagieren.<sup>18</sup> Kann die Forschung an nicht besonders verletzbarsten Personen hingegen gleichwertige Erkenntnisse hervorbringen, so ist sie an diesen durchzuführen.<sup>19</sup>

### B. Subsidiaritätsprinzip bei Tierversuchen

Auch für die Forschung mit Tieren finden sich Subsidiaritätserfordernisse. Der Umgang mit Versuchstieren in der Tierforschung wird im Tierschutzgesetz bzw. der Tierschutzverordnung geregelt.<sup>20</sup> Nach Art. 137 Abs. 2 TschV<sup>21</sup> dürfen belastende Tierversuche nur durchgeführt werden, wenn belegt werden kann, dass das Versuchsziel ohne Tierversuche nicht ebenso erreicht werden kann. Wie auch im Humanforschungsrecht sind also zur Durchführung von belastenden Tierversuchen zwei Voraussetzungen zu prüfen: erstens, ob alternative, tierver-

<sup>7</sup> GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 1), N 666; vgl. auch MAURER (Fn. 2), 47 f.; SHK HFG-SCHOTT, Art. 11 N 15; SGK BV-SCHWEIZER/SPRECHER/STRADEN, Art. 118b N 73.

<sup>8</sup> GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 1), N 666.

<sup>9</sup> SHK HFG-SCHOTT, Art. 11 N 14.

<sup>10</sup> Vgl. MAURER (Fn. 2), 22 ff., 48.

<sup>11</sup> Bundesgesetz über die Forschung am Menschen vom 30. September 2011 (Humanforschungsgesetz, HFG; SR 810.30).

<sup>12</sup> SHK HFG-SCHOTT, Art. 11 N 1.

<sup>13</sup> Art. 11 Abs. 1 HFG.

<sup>14</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Forschung am Menschen vom 21. Oktober 2009, BBl 2009 8103 (zit. Botschaft HFG); SHK HFG-SCHOTT, Art. 11 N 16.

<sup>15</sup> SHK HFG-SCHOTT, Art. 11 N 26.

<sup>16</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

<sup>17</sup> SHK HFG-RÜTSCHKE/D'AMICO, Art. 118b BV N 66; SHK HFG-SCHOTT, Art. 11 N 29; SGK BV-SCHWEIZER/SPRECHER/STRADEN, Art. 118b N 73.

<sup>18</sup> SHK HFG-RÜTSCHKE/D'AMICO, Art. 118b BV N 66.

<sup>19</sup> Vgl. auch Art. 118b Abs. 1 lit. c BV.

<sup>20</sup> Art. 17 ff. TschG; Art. 112 ff. TschV.

<sup>21</sup> Tierschutzverordnung vom 23. April 2008 (TschV; SR 455.1).

suchsfreie Erkenntnisquellen infrage kommen, und zweitens, ob damit das Versuchsziel erreicht werden kann.<sup>22</sup> Hierbei wird auch vom Erfordernis der instrumentellen Unerlässlichkeit gesprochen.<sup>23</sup>

Ein weiteres Subsidiaritätserfordernis legt Art. 20 Abs. 2 TschG<sup>24</sup> fest. Nach dieser Bestimmung dürfen Versuche an evolutiv höher stehenden Tieren nur durchgeführt werden, wenn der Zweck nicht mit evolutiv niedriger stehenden Tierarten erreicht werden kann und keine geeigneten Alternativmethoden vorhanden sind.

Anzumerken gilt, dass das Tierschutzgesetz und die Tierschutzverordnung nicht auf alle Tiere und damit nicht auf alle Tierversuche anwendbar sind.<sup>25</sup> Der Geltungsbereich des TschG erstreckt sich grundsätzlich nur auf Wirbeltiere.<sup>26</sup> Der Bundesrat kann bestimmen, ob das Gesetz auch für bestimmte wirbellose Tiere Anwendung finden soll.<sup>27</sup> Von dieser Möglichkeit machte er Gebrauch, indem er Kopffüßer und Panzerkrebse der Tierschutzverordnung unterstellte.<sup>28</sup>

Damit ergibt sich für Tierversuche folgendes Bild: Die Forschung mit evolutiv höher stehenden Tieren ist subsidiär zur Forschung mit evolutiv niedriger stehenden Tierarten. Forschung mit Tieren ist grundsätzlich subsidiär zur Forschung ohne Tiere. Hierbei ist aber zu beachten, dass mit wenigen Ausnahmen nur Wirbeltiere vom Schutz der TSchV profitieren. Damit stellt sich unweigerlich die Frage, ob die Alternative der Forschung ohne Tiere als Forschung *ohne Tiere, die nach der TSchV geschützt sind*, zu lesen ist oder ob ein Verzicht auf Forschung mit jeglichen Tieren gemeint ist.

### C. Subsidiaritätsprinzip im Stammzellenforschungsrecht

In der Schweiz dürfen überzählige Embryonen<sup>29</sup> zu keinem anderen Zweck als der Gewinnung embryonaler

Stammzellen<sup>30</sup> verwendet werden. Die Forschung an Embryonen ist somit untersagt.<sup>31</sup> Unter welchen Voraussetzungen menschliche embryonale Stammzellen aus überzähligen Embryonen gewonnen und zu Forschungszwecken verwendet werden dürfen, wird im Stammzellenforschungsrecht geregelt.<sup>32</sup>

Gemäss Art. 12 lit. b StFG<sup>33</sup> darf ein Forschungsprojekt mit embryonalen Stammzellen nur durchgeführt werden, wenn gleichwertige Erkenntnisse nicht auch auf anderem Weg erlangt werden können. Hier lassen sich wieder die zwei dem Subsidiaritätsprinzip zugrunde liegenden Überlegungen erkennen. Erstens ist zu prüfen, ob eine mögliche Alternative zur Forschung mit embryonalen Stammzellen besteht. Der Gesetzgeber hatte dabei vor allem Forschungsprojekte mit adulten Stammzellen im Auge.<sup>34</sup> Zweitens muss die Alternative dazu geeignet sein, gleichwertige Erkenntnisse hervorzubringen.

Ein weiteres Subsidiaritätserfordernis ist in Art. 8 Abs. 3 lit. b StFG enthalten, welches bedeutungsgleich mit Art. 12 lit. b StFG ist.<sup>35</sup> Die Bestimmungen unterscheiden sich indessen betreffend das Forschungsziel. Art. 8 StFG regelt die Bewilligungsvoraussetzungen für Forschungsprojekte zur *Verbesserung der Gewinnungsverfahren* von embryonalen Stammzellen. Art. 12 StFG normiert Bewilligungserfordernisse für Forschungsprojekte *mit embryonalen Stammzellen*. Die Stammzellenforschungsverordnung definiert für Forschungsprojekte zur Verbesserung der Gewinnungsverfahren von embryonalen Stammzellen als alternative Methode explizit die Forschung an tierischen Embryonen.<sup>36</sup> Für die Forschungsprojekte mit embryonalen Stammzellen werden tierische embryonale Stammzellen hingegen nicht explizit als milderes Mittel erwähnt.

<sup>22</sup> Vgl. LENA HEHEMANN, Die Genehmigung von Tierversuchen im Spannungsfeld von Tierschutz und Forschungsfreiheit, Diss. Freiburg 2019, Zürich 2019, 252.

<sup>23</sup> BGer 2C\_421/2008 (7. Oktober 2009.), E. 3.2.2; HEHEMANN (Fn. 22), 252; SWISS ACADEMIES OF ARTS AND SCIENCES, Weighing of interests for proposed animal experiments, Guidance for applicants, 2. Aufl., Bern 2022, 29.

<sup>24</sup> Tierschutzgesetz vom 16. Dezember 2005 (TschG; SR 455).

<sup>25</sup> Art. 2 Abs. 1 TschG.

<sup>26</sup> Art. 2 Abs. 1 TschG.

<sup>27</sup> Art. 2 Abs. 1 TschG.

<sup>28</sup> Art. 1 TschV; Art. 112 lit. b TschV.

<sup>29</sup> Überzählige Embryonen sind im Rahmen der In-vitro-Fertilisation erzeugte Embryonen, die nicht zur Herbeiführung einer Schwangerschaft verwendet werden können und damit nicht überlebensfähig sind, Art. 2 lit. b StFG.

<sup>30</sup> Embryonale Stammzellen werden dem Embryo entnommen, der in diesem Prozess zerstört wird. ANDREA BÜCHLER/MARGOT MICHEL, Medizin – Mensch – Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2020, 312 f.; HANS R. SCHÖLER, Das Potential von Stammzellen, Eine Bestandaufnahme, in: Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 6/2004, 565 ff., 568.

<sup>31</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. a StFG. Eine enge Ausnahme stellen Forschungsprojekte zur Verbesserung der Gewinnungsverfahren von embryonalen Stammzellen dar, bei denen notwendigerweise am Embryo selbst geforscht wird, um die Gewinnungsverfahren zu verbessern.

<sup>32</sup> Art. 1 Abs. 1 StFG.

<sup>33</sup> Bundesgesetz über die Forschung an embryonalen Stammzellen vom 19. Dezember 2003 (Stammzellenforschungsrecht, StFG; SR 810.31).

<sup>34</sup> GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 1), N 669.

<sup>35</sup> MAURER (Fn. 2), 69.

<sup>36</sup> Art. 8 lit. c VStFG.

### III. Moraltheoretische Überlegungen hinter den Subsidiaritätsnormen

#### A. Humanforschung

Das Subsidiaritätsprinzip in der Humanforschung lässt sich zurückführen auf die Nürnberger Ärzteprozesse, im Rahmen derer zehn ethische Prinzipien zur Forschung am Menschen formuliert wurden (Nürnberger Kodex).<sup>37</sup> Diese Prinzipien waren eine Reaktion auf die grausamen Humanexperimente, die während der NS-Diktatur durchgeführt wurden.<sup>38</sup>

Das Subsidiaritätsprinzip in Art. 11 Abs. 1 HFG ist Ausdruck des Schadensvermeidungsprinzips.<sup>39</sup> Es bezweckt den Schutz der körperlichen und geistigen Gesundheit von Forschungssubjekten.<sup>40</sup> Art. 11 Abs. 2 HFG und Art. 118b Abs. 2 lit. c BV schützen zudem die Würde von Forschungssubjekten mit besonderen Schutzbedürfnissen.<sup>41</sup> Die Achtung der Menschenwürde besagt, dass der Mensch niemals als blosses Mittel zum Zweck missbraucht werden darf.<sup>42</sup> Aus diesem Instrumentalisierungsverbot fliesst die Forderung nach Autonomie, d.h. es braucht eine freiwillige und informierte Einwilligung für die Teilnahme an einem Forschungsprojekt.<sup>43</sup> Personen, die urteilsunfähig oder aufgrund eines Abhängigkeitsverhältnisses besonders verletzlich sind, können nicht frei über ihre Teilnahme entscheiden. Deshalb kommt ihnen der zusätzliche Schutz durch Art. 11 Abs. 2 HFG zu.<sup>44</sup>

Damit zeigt sich für die Humanforschung, dass hinter dem Subsidiaritätsprinzip grundsätzlich zwei Prinzipien

stehen: die Schadensvermeidung und das Instrumentalisierungsverbot bzw. der Schutz der Menschenwürde (Art. 7 BV). Das Schadensvermeidungsprinzip ist eines der vier anerkannten Prinzipien der Biomedizin-Ethik.<sup>45</sup> Diese Prinzipien wurden erstmals 1977 von BEAUCHAMP/CHILDRESS in «Principles of Biomedical Ethics» publiziert, welches heute als Standardwerk der Medizinethik gilt.<sup>46</sup> Quelle dieser vier Prinzipien ist nach BEAUCHAMP/CHILDRESS die allgemein akzeptierte Moral.<sup>47</sup> Laut BEAUCHAMP/CHILDRESS sei die allgemein akzeptierte Moral für alle Personen an allen Orten gültig und alles menschliche Verhalten würde zu Recht von ihren Standards her beurteilt.<sup>48</sup>

Ein weiteres dieser vier Prinzipien ist jenes der Achtung der Selbstbestimmung (Autonomie).<sup>49</sup> In Art. 11 Abs. 1 HFG lässt sich ein Konflikt zwischen dem Prinzip der Schadensvermeidung und der Autonomie erkennen. Indem mit Art. 11 Abs. 1 HFG das Prinzip der Schadensvermeidung verfolgt wird, lässt die Bestimmung keinen Raum mehr für die Achtung der Autonomie möglicher Versuchspersonen. So ist es denkbar, dass es urteilsfähige Personen gibt, die lieber an sich selbst als an Tieren forschen lassen.<sup>50</sup> Art. 11 Abs. 1 HFG hat somit auch einen paternalistischen Einschlag.<sup>51</sup>

Das Instrumentalisierungsverbot fusst auf der philosophischen Lehre von Immanuel Kant.<sup>52</sup> Nach der Selbstzweckformel von Kant soll man eine Person jederzeit zugleich als Zweck, niemals *bloss* als Mittel brauchen.<sup>53</sup> Eine abgewandelte Form der Selbstzweckformel wird häufig für die Umschreibung der Menschenwürde verwendet.<sup>54</sup> Nach der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts «schliesst es die Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde [...] aus, den Menschen zum blossen Objekt des Staates zu machen».<sup>55</sup> Das Bundesgericht verbietet ebenfalls, den Menschen als

<sup>37</sup> RÜTSCHÉ BERNHARD, Das Recht der biomedizinischen Forschung am Menschen, MedR 2014, 29 ff., 30 (zit. biomedizinische Forschung); SHK HFG-RÜTSCHÉ/SCHLÄPFER, Allgemeiner Teil II. N 8.

<sup>38</sup> GÄCHTER/RÜTSCHÉ (Fn. 1), N 602; RÜTSCHÉ, biomedizinische Forschung (Fn. 37), 30; SHK HFG-RÜTSCHÉ/SCHLÄPFER, Allgemeiner Teil II. N 8; BETTINA SCHÖNE-SEIFERT, Grundlagen der Medizinethik, Stuttgart 2007, 103.

<sup>39</sup> Botschaft HFG (Fn. 14), BBl 2009 8103; BERNHARD RÜTSCHÉ, Die Neuordnung des schweizerischen Humanforschungsrechts, ZSR 2010, 391 ff., 402 (zit. Neuordnung).

<sup>40</sup> SHK HFG-SCHOTT, Art. 11 N 11.

<sup>41</sup> Botschaft HFG (Fn. 14), BBl 2009 8058 f.; SHK HFG-SCHOTT, Art. 11 N 16 ff. Angesprochen ist hier die Menschenwürde als Grundrecht nach Art. 7 BV.

<sup>42</sup> BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7 N 11 ff.; Botschaft HFG (Fn. 14), BBl 2009 8058; SGK BV-SCHWEIZER/SPENLÉ, Art. 7 N 43.

<sup>43</sup> Botschaft HFG (Fn. 14), BBl 2009 8058. M.w.H. zur Verwandtschaft von Selbstbestimmung und Menschenwürde siehe RAFFAEL NICOLAS FASEL, Des freien Bildhauers Würde?, in: Roberto Andorno/Markus Thier (Hrsg.), Menschenwürde und Selbstbestimmung, APARIUZ, Zürich 2014, 27 ff., 30 ff.

<sup>44</sup> Vgl. Botschaft HFG (Fn. 14), BBl 2009 8058, 8118.

<sup>45</sup> TOM L. BEAUCHAMP/JAMES F. CHILDRESS, Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl., Oxford 2013, 13, 150 ff.

<sup>46</sup> TOM L. BEAUCHAMP, Der «Vier-Prinzipien»-Ansatz in der Medizinethik, in: Biller-Andorno et al. (Hrsg.), Medizinethik, Wiesbaden 2021, 71 ff., 71.

<sup>47</sup> BEAUCHAMP (Fn. 46), 81; BEAUCHAMP/CHILDRESS (Fn. 45), 3 ff.

<sup>48</sup> BEAUCHAMP (Fn. 46), 82; BEAUCHAMP/CHILDRESS (Fn. 45), 3.

<sup>49</sup> BEAUCHAMP/CHILDRESS (Fn. 45), 13, 101 ff.

<sup>50</sup> RÜTSCHÉ, Neuordnung (Fn. 39), 403.

<sup>51</sup> Vgl. RÜTSCHÉ, Neuordnung (Fn. 39), 403.

<sup>52</sup> BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7 N 11 ff.

<sup>53</sup> BEAUCHAMP/CHILDRESS (Fn. 45), 363; DAVID STEINBERG, The Multidisciplinary Nature of Morality and Applied Ethics, Cham 2020, 158.

<sup>54</sup> BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7 N 11.

<sup>55</sup> BVerfGE 115, 118 (121); BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7 N 11.

Objekt zu behandeln.<sup>56</sup> Die Selbstzweckformel blieb aber nicht ohne Kritik, da der Mensch nicht selten eben doch blosses Objekt von Verhältnissen, gesellschaftlichen Entwicklungen oder auch dem Recht ist. Es kann daher nicht in jeder Instrumentalisierung eine Verletzung der Würde entdeckt werden.<sup>57</sup> Das Instrumentalisierungsverbot kann nur eine Richtung vorgeben, wann eine Verletzung der Menschenwürde vorliegt. Eine konkrete Verletzung muss aber aufgrund weiterer Faktoren wie z.B. Demütigung, Verachtung oder Willkür festgestellt werden.<sup>58</sup>

Unter dem Aspekt des Instrumentalisierungsverbots wird insbesondere die ethische Vertretbarkeit der *fremdnützigen*<sup>59</sup> Forschung mit urteilsunfähigen Personen diskutiert.<sup>60</sup> In der Botschaft zu Art. 118b BV anerkennt der Bundesrat, dass eine urteilsunfähige Person «durch den Einbezug in fremdnützige Forschung [...] tatsächlich bis zu einem bestimmten Grad zu einem rein wissenschaftlichen und damit fremden Zweck instrumentalisiert» wird. Dies lasse sich aber durch ein «gewisses Mass an Solidarität» rechtfertigen. Demnach darf die gesetzliche Vertretung für die urteilsunfähige Person in eine solidarische Handlung einwilligen.<sup>61</sup> Da die urteilsunfähige Person nicht selbst in die Teilnahme einwilligen kann, dürfen mit dem Forschungsprojekt allerdings nur geringfügige Nachteile für die Person verbunden sein. Sind diese Voraussetzungen gegeben, wird gemäss Botschaft «die

urteilsunfähige Person nicht so stark für fremde Zwecke instrumentalisiert, als dass eine vollständige Instrumentalisierung vorliegen würde. Damit kann auch eine Verletzung der Menschenwürde ausgeschlossen werden.»<sup>62</sup> Folglich ist fremdnützige Forschung an Urteilsunfähigen zulässig. Damit soll auch verhindert werden, dass besonders verletzbare Personengruppen vom medizinischen Fortschritt ausgeschlossen werden.<sup>63</sup>

Aufgrund der obigen Argumente erscheint die Begründung der Botschaft, weshalb fremdnützige Forschung mit Urteilsunfähigen nicht gegen das Instrumentalisierungsverbot verstösst, allerdings als nicht ganz korrekt. So stellt die fremdnützige Forschung mit Urteilsunfähigen klar eine Instrumentalisierung dieser dar. Sie werden zu einem fremden Zweck (einem Forschungsvorhaben, von welchem sie nicht profitieren) als Mittel (Forschungsobjekt) instrumentalisiert. Eine solche Instrumentalisierung ist jedoch nur zulässig, wenn das Erfordernis des Gruppennutzens erfüllt ist, das heisst, wenn die Forschung wesentliche Erkenntnisse erwarten lässt, die Personen mit derselben Krankheit oder Störung oder in demselben Zustand längerfristig einen Nutzen bringen können.<sup>64</sup> Dieser Solidaritätsgedanke ändert nichts an der Instrumentalisierung der betroffenen urteilsunfähigen Personen, ist aber notwendige Voraussetzung der Zulässigkeit der fremdnützigen Forschung mit ihnen. Diese Instrumentalisierung ist aber weder demütigend noch willkürlich aufgrund des Solidaritätsgedankens und weiterer im Gesetz enthaltenen Schutzmechanismen, u.a. des Subsidiaritätsprinzips und der Beschränkung des Forschungsprojekts auf minimale Risiken und Belastungen. Lehnt die urteilsunfähige Person den Eingriff aufgrund ihres Verhaltens sichtlich ab, ist dieser zudem zu unterlassen.<sup>65</sup> Die Instrumentalisierung geht daher nicht mit einer Würdeverletzung einher.<sup>66</sup>

<sup>56</sup> BGE 127 I 6, 14, E. 5 b); BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7 N 13.

<sup>57</sup> BVerfGE 30, 1 (101); BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7 N 12 f.; BERNHARD RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, Habil. Zürich 2008, Zürich/St. Gallen 2009, 298 (zit. Ungeborene).

<sup>58</sup> BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7 N 12 f.; vgl. Botschaft zum Verfassungsartikel über die Forschung am Menschen vom 12. September 2007, BBl 2007 6741 (zit. Botschaft Verfassungsartikel Forschung am Menschen); VERENA SCHWANDER/BERNHARD RÜTSCHKE, Verletzt Forschung mit Kindern deren Würde?, in: NZZ vom 1. April 2008 (Nr. 75), 17.

<sup>59</sup> Fremdnützige Forschung ist ohne unmittelbaren Nutzen für die Gesundheit der teilnehmenden Person. Bei fremdnütziger Forschung mit urteilsunfähigen Personen muss jedoch das Erfordernis des Gruppennutzens erfüllt sein. Dieses verlangt, dass ein Forschungsprojekt wesentliche Erkenntnisse erwarten lässt, die Personen, die derselben Gruppe angehören, einen längerfristigen Nutzen bringen können. GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 1), N 664 f.

<sup>60</sup> Botschaft HFG (Fn. 14), BBl 2009 8058; Botschaft Verfassungsartikel Forschung am Menschen (Fn. 58), BBl 2007 6724.

<sup>61</sup> Botschaft Verfassungsartikel Forschung am Menschen (Fn. 58), BBl 2007 6725. Aus der Solidarität kann aber keine Pflicht zur Teilnahme an einem Forschungsprojekt abgeleitet werden, NATIONALE ETHIKKOMMISSION IM BEREICH HUMANMEDIZIN, Zur Forschung mit Kindern, Stellungnahme Nr. 16/2009, Bern 2009, 29.

<sup>62</sup> Botschaft Verfassungsartikel Forschung am Menschen (Fn. 58), BBl 2007 6725.

<sup>63</sup> BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 118b N 40; Botschaft HFG (Fn. 14), BBl 2009 8059; MAURER (Fn. 2), 100.

<sup>64</sup> Vgl. Art. 22 Abs. 2 lit. b HFG i.V.m. Art. 22 Abs. 4 HFG; Art. 23 Abs. 3 lit. b HFG; Art. 24 Abs. 2 lit. b HFG. Siehe auch Fn. 59.

<sup>65</sup> Vgl. Art. 22 Abs. 3 lit. b HFG; Art. 23 Abs. 2 lit. b HFG; Art. 24 Abs. 1 lit. b HFG.

<sup>66</sup> Vgl. SCHWANDER/RÜTSCHKE (Fn. 58), 17. Nach ihnen schützt die Menschenwürde «als Grundrechtsgarantie den individuellen Menschen vor demütigenden Handlungen, die ihn in seinem Eigenwert in Frage stellen. Ein Mensch, der ohne Einwilligung eine begrenzte Solidaritätsleistung zugunsten der Gemeinschaft erbringt, wird dadurch nicht gedemütigt. Es erscheint als individualistische Überspitzung, eine solche Solidaritätsleistung als unzulässige Instrumentalisierung und damit als Würdeverletzung zu betrachten.»

Das Subsidiaritätserfordernis in Art. 11 Abs. 2 HFG dient somit dem Schutz der Menschenwürde bzw. dem Schutz vor einer willkürlichen Instrumentalisierung.<sup>67</sup> Darüber hinaus soll durch das Subsidiaritätserfordernis in Art. 11 Abs. 1 HFG die körperliche Unversehrtheit aller Personen gewährleistet werden, selbst wenn dies im Einzelfall der Autonomie des Einzelnen widerspricht.

## B. Tierversuche

Das Tierversuchsrecht ist Teil des Tierschutzrechts, dessen Grundziel der Schutz der Würde und des Wohlergehens des Tieres ist.<sup>68</sup> Die im TschG erwähnte Tierwürde hat sich aus der in Art. 120 BV erwähnten Würde der Kreatur herausgebildet, ist aber nicht deckungsgleich mit ihr.<sup>69</sup>

Mit der Würde der Kreatur spricht die Verfassung nichtmenschlichen Lebewesen – d.h. sämtlichen Pflanzen und Organismen – einen Eigenwert im Sinne eines ihnen inhärenten Werts zu.<sup>70</sup> Die Würde der Kreatur ist als Verfassungsprinzip zu verstehen, welches im Umgang mit nichtmenschlichen Lebewesen grundsätzlich zu berücksichtigen ist.<sup>71</sup> Mit ihr fand der Biozentrismus Eingang in unsere Bundesverfassung.<sup>72</sup> Gemäss der biozentrischen Ethik sind alle Lebewesen um ihrer selbst willen zu berücksichtigen und damit Teil der moralischen Gemeinschaft.<sup>73</sup> Im Gegensatz zum Biozentrismus knüpft der Pathozentrismus an der Leidens- und Empfindungsfähigkeit als Kriterium für moralische Relevanz an. Soweit Tiere empfindungsfähig sind, haben sie einen moralischen Status, den es zu berücksichtigen gilt.<sup>74</sup>

Die tierschutzrechtliche Tierwürde beschränkt sich, im Gegensatz zur Würde der Kreatur, in ihrer Anwendung im Wesentlichen auf Wirbeltiere.<sup>75</sup> Der Anwendungsbereich kann auf wirbellose Tiere ausgeweitet werden, wenn wissenschaftliche Erkenntnisse über deren Empfindungsfähigkeit vorliegen.<sup>76</sup> Die Beschränkung des tierschutzrechtlichen Geltungsbereichs auf Tiere, deren Empfindungsfähigkeit nachgewiesen ist, zeigt den pathozentrischen Ansatz der Tierschutzgesetzgebung.<sup>77</sup> Dieser Einschlag zeigt sich auch am Subsidiaritätsprinzip in Art. 20 Abs. 2 TschG, wonach Versuche an evolutiv höher stehenden Tieren nur durchgeführt werden dürfen, wenn der Zweck nicht mit evolutiv niedriger stehenden Tierarten erreicht werden kann. Darin fusst die Überzeugung, dass die Empfindungsfähigkeit mit der Evolutionsstufe<sup>78</sup> korreliert.<sup>79</sup> Das Subsidiaritätserfordernis in Art. 20 Abs. 2 TschG nimmt somit eine Hierarchisierung der Tiere vor.<sup>80</sup> Ausserdem wird dadurch die anthropozentrische Ausrichtung unseres Rechtssystems deutlich. Je näher Tiere dem Menschen genetisch und sinnesphysiologisch stehen, desto gewichtiger sind die Belastungen dieser.<sup>81</sup> Anknüpfungspunkt für die besondere Berücksichtigung eines Tieres ist die Ähnlichkeit zum Menschen.<sup>82</sup>

Weder die Würde der Kreatur noch die Tierwürde im TschG sind allerdings absolut zu verstehen.<sup>83</sup> Die Achtung der Würde der Tiere schliesst weder deren Tötung noch deren Belastung durch Tierversuche aus.<sup>84</sup> Tierversuche müssen jedoch durch ein überwiegendes Interesse ge-

<sup>67</sup> Der Schutz vor Instrumentalisierung gilt nicht nur für urteilsunfähige Personen. Auch urteilsfähige Personen dürfen nicht auf eine die Würde verletzende Art instrumentalisiert werden. Der Würdeschutz Urteilsfähiger wird aber nicht durch ein Subsidiaritätserfordernis bewirkt, sondern durch das Erfordernis einer informierten Einwilligung vorgängig eines Versuchs. Der geäusserte Patientenwillen ist zu respektieren.

<sup>68</sup> Art. 1 TschG; vgl. VANESSA GERRITSEN, Güterabwägung im Tierversuchsbewilligungsverfahren, Diss. Luzern 2021, Zürich/Basel/Genf 2022, 107; SPRECHER FRANZISKA, Tierversuche: Wie viel Nutzen muss Forschung erbringen?, in: Sicherheit & Recht 2010, 110 ff., 115.

<sup>69</sup> GERRITSEN (Fn. 68), 118 f.; HEHEMANN (Fn. 22), 231.

<sup>70</sup> GERRITSEN (Fn. 68), 116 ff.; HEHEMANN (Fn. 22), 226 f.; BSK BV-WALDMANN, Art. 120 N 17.

<sup>71</sup> Vgl. GERRITSEN (Fn. 68), 47; BSK BV-WALDMANN, Art. 120 N 17.

<sup>72</sup> HEHEMANN (Fn. 22), 226; LENKE WETTLAUFER, Mensch und Tier in Transzendierung, Diss. Basel 2017, St. Gallen/Baden-Baden 2018, 113.

<sup>73</sup> STUCKI SASKIA, Grundrechte für Tiere, Diss. Basel 2015, Baden-Baden 2016, 64.

<sup>74</sup> STUCKI (Fn. 73), 59.

<sup>75</sup> GERRITSEN (Fn. 68), 119.

<sup>76</sup> Art. 2 Abs. 1 TschG.

<sup>77</sup> GERRITSEN (Fn. 68), 119; vgl. HEHEMANN (Fn. 22), 221 ff.

<sup>78</sup> Von welcher Skala Art. 20 Abs. 2 TschG ausgeht bzw. wie sich die Evolutionsstufe beurteilt, ist nicht endgültig geklärt. Vermutungswise liegt ihm die Scala naturae zugrunde, welche die einzelnen Tierarten nach ihrer Ähnlichkeit zum Menschen beurteilt. M.w.H. GERRITSEN (Fn. 68), Fussnote 661; GERRITSEN VANESSA/BOLLIGER GIERI, Primaten in der Hirnforschung, in: Welt der Tiere 2016, 14 ff., 14.

<sup>79</sup> GERRITSEN (Fn. 68), 146.

<sup>80</sup> Diese Hierarchisierung wird bereits in Art. 2 Abs. 1 TschG rudimentär vorgenommen. Vgl. BGer 2C\_421/2008 (7. Oktober 2009), E. 4.3.4.

<sup>81</sup> GERRITSEN (Fn. 68), Fussnote 663; SPRECHER (Fn. 68), 118; BEATRICE WAGNER PFEIFER, Umweltrecht – Besondere Regelungsbereiche, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, N 1526.

<sup>82</sup> GERRITSEN (Fn. 68), Fussnote 663; SPRECHER (Fn. 68), 118.

<sup>83</sup> FASEL (Fn. 43), 39; GERRITSEN (Fn. 68), 62 f., 66; HEHEMANN (Fn. 22). Die Abwägbarkeit der Würde der Kreatur ist in der Lehre allerdings nicht unumstritten, siehe Kapitel IV.

<sup>84</sup> BUNDESAMT FÜR LEBENSMITTELSICHERHEIT UND VETERINÄRWESSEN, Güterabwägung bei Tierversuchen, Version 11.8.2020, 1; GERRITSEN (Fn. 68), 62 f., 66; HEHEMANN (Fn. 22), 229; SWISS ACADEMIES OF ARTS AND SCIENCES (Fn. 23), 28; BSK BV-WALDMANN, Art. 120 N 17; WETTLAUFER (Fn. 72), 98 f.

rechtfertigt und unerlässlich sein.<sup>85</sup> Eine Würdemissachtung liegt nur vor, wenn die Belastung des Tieres nicht durch überwiegende Interessen gerechtfertigt werden kann bzw. keine Interessenabwägung durchgeführt wurde.<sup>86</sup> Die Frage nach der Rechtfertigung eines Tierversuchs wird im Rahmen einer Güterabwägung getroffen, wozu auch die Prüfung der instrumentellen Unerlässlichkeit, d.h. der Subsidiarität, gehört.<sup>87</sup> Die Prüfung der Unerlässlichkeit dient der Umsetzung des 3R-Prinzips, welches sich aus den drei Aspekten *Replace*, *Refine* und *Reduce* zusammensetzt.<sup>88</sup> Unter dem *Replace*-Aspekt ist zu prüfen, ob das angestrebte Ziel nicht mit einer Methode erreicht werden kann, die ohne Tiere auskommt.<sup>89</sup> Damit wird das Subsidiaritätsprinzip in Art. 137 Abs. 2 TschV angesprochen. Dieses dient dementsprechend dem Schutz der Tierwürde, indem es Tierversuche untersagt, wann immer Erkenntnisse mit anderen Methoden gewonnen werden können.

Das Subsidiaritätsprinzip im Tierversuchsrecht dient somit der Prüfung der Unerlässlichkeit eines Tierversuchs. Nur wenn dieser unerlässlich ist, das Versuchsziel also nicht anderweitig erreicht werden kann, ist der Versuch zulässig. Dies bezweckt den Schutz der Tierwürde, welche aber – im Gegensatz zur Menschenwürde – nicht absolut gilt. Ist das Versuchsziel nicht anderweitig erreichbar, ist auch eine starke Belastung der Versuchstiere zulässig.

### C. Stammzellenforschung

Das Subsidiaritätsprinzip im StFG betreffend Forschung an embryonalen Stammzellen wurde mit dem Schutz der Menschenwürde des werdenden Lebens begründet.<sup>90</sup> Der Embryo in vitro hat am Schutz der Menschenwür-

de teil, sie kommt ihm aber noch nicht im gleichen Mass wie einem geborenen Menschen zu.<sup>91</sup> Damit wurde die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip angesprochen, welches gegenüber der Menschenwürde als Grundrecht eine eigenständige Bedeutung hat. Insbesondere ist die Menschenwürde als Grundrecht nicht abwägbar, während die Menschenwürde als Verfassungsprinzip einer Güterabwägung zugänglich ist.<sup>92</sup> Als objektives Verfassungsprinzip schützt die Menschenwürde die Einzigartigkeit des Menschen in den Augen der Moralgemeinschaft und damit einen objektiven Wert.<sup>93</sup> Dass die Einzigartigkeit des Menschen dessen Würde begründet, ist wiederum Kant zu entnehmen, der zwischen Preis und Würde unterscheidet. Was unersetzlich – mithin einzigartig – ist, hat Würde, keinen Preis.<sup>94</sup> Die Einzigartigkeit des Menschen, was also den Menschen abhebt von anderen Naturphänomenen wie Tieren, Pflanzen, Steinen und Flüssen, ist keineswegs offensichtlich und daher begründungspflichtig. Eine Begründung stellt die Fähigkeit des Menschen dar, vernünftig zu denken und frei zu handeln. Demnach sind es die Eigenschaften der Vernunft und Autonomie<sup>95</sup>, die ihn als einzigartig auszeichnen.<sup>96</sup> Die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip schützt folglich die Würde des Menschen aufgrund seiner ein-

<sup>85</sup> BUNDESAMT FÜR LEBENSMITTELSICHERHEIT UND VETERINÄRWESEN (Fn. 84), 1; GERRITSEN (Fn. 68), 127; SWISS ACADEMIES OF ARTS AND SCIENCES (Fn. 23), 28.

<sup>86</sup> GIERI BOLLIGER/ANDREAS RÜTTIMANN, Rechtlicher Schutz der Tierwürde – Status quo und Zukunftsperspektiven, in: Ammann et al. (Hrsg.), Würde der Kreatur, Zürich/Basel/Genf 2015, 65 ff., 72; GERRITSEN (Fn. 68), 51.

<sup>87</sup> BUNDESAMT FÜR LEBENSMITTELSICHERHEIT UND VETERINÄRWESEN (Fn. 84), 1 f.; SWISS ACADEMIES OF ARTS AND SCIENCES (Fn. 23), 28; vgl. auch SPRECHER (Fn. 68), 115, 119.

<sup>88</sup> SWISS ACADEMIES OF ARTS AND SCIENCES (Fn. 23), 32.

<sup>89</sup> HEHEMANN (Fn. 22), 252; SWISS ACADEMIES OF ARTS AND SCIENCES (Fn. 23), 32.

<sup>90</sup> MAURER (Fn. 2), 69; BERNHARD RÜTSCHKE, Die Menschenwürde in der Rechtswirklichkeit, in: Caroni et al. (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen: Verwaltungsrecht – Staatsrecht – Rechtssetzungslehre, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 2011, 3 ff., 13 (zit. Menschenwürde).

<sup>91</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Forschung an überzähligen Embryonen und embryonalen Stammzellen (Embryonenforschungsgesetz, EFG) vom 20. November 2002, BBl 2002 1187 (zit. Botschaft EFG).

<sup>92</sup> Botschaft EFG (Fn. 91), BBl 2002 1187; RÜTSCHKE, Menschenwürde (Fn. 90), 13, 19; RÜTSCHKE, Ungeborene (Fn. 57), 297. Die Menschenwürde als Verfassungsprinzip kommt insb. dann zur Anwendung, wenn die Menschenwürde als Grundrecht nicht anwendbar ist, dann also, wenn werdendes oder verstorbene Leben betroffen ist.

<sup>93</sup> RÜTSCHKE, Menschenwürde (Fn. 90), 17.

<sup>94</sup> RÜTSCHKE, Menschenwürde (Fn. 90), 15, mit Literaturhinweisen zu Immanuel Kant.

<sup>95</sup> Laut Kant ist die Autonomie der Grund der Würde. WILS JEAN-PIERRE/BAUMANN-HÖLZLE RUTH, Mantelbüchlein Medizinethik II, Zürich/Basel/Genf 2013, 100.

<sup>96</sup> MICHEL MARGOT, Instrumentalisierung und Würde der Kreatur, in: Ammann et al. (Hrsg.), Würde der Kreatur, Zürich/Basel/Genf 2015, 253 ff., 258 f.; RÜTSCHKE, Menschenwürde (Fn. 90), 16, mit Literaturhinweisen zu Kant. Problematisch ist die Verknüpfung von Menschenwürde und Autonomie in sog. menschlichen Grenzfällen, bei Menschen, denen es an Autonomiefähigkeit mangelt (bspw. Säuglingen). Es wäre stossend, würde solchen Menschen die Menschenwürde abgesprochen. Ein Lösungsansatz ist das Konstrukt der Mitgifttheorie. Diese besagt, dass dem Menschen die Fähigkeit zur Autonomie als besondere Eigenschaft mitgegeben ist, weshalb ein Mensch Würde genießt, selbst wenn er die Eigenschaft in seiner Person selbst nicht aktualisieren kann. M.w.H. FASEL (Fn. 43), 30, 34 ff., und MICHEL, 262 f.

zigartigen Eigenschaften der Autonomie und Vernunft.<sup>97</sup> Sie erstreckt sich auf das geborene Leben, das sich entwickelnde Leben und auf gewesenes menschliches Leben.<sup>98</sup>

Der Embryo in vitro besitzt somit einen grundsätzlichen Anspruch auf Schutz seiner Würde und darf nicht als ein reines Objekt behandelt werden.<sup>99</sup> Wie bereits erwähnt, stellt aber nicht jede Instrumentalisierung eine Würdeverletzung dar. Vielmehr besteht ein Verbot, das Gegenüber zu einem beliebig austauschbaren Objekt zu erniedrigen und wie eine Ware zu behandeln. Als objektives Verfassungsprinzip verbietet die Menschenwürde demnach die Verdinglichung von menschlichem Leben, auch wenn dieses Leben nicht Träger der Menschenwürde als Grundrecht ist.<sup>100</sup> Eine Verdinglichung von Embryonen ist nach RÜTSCHÉ dann gegeben, wenn diese ohne wichtigen Grund geopfert würden oder wenn das Opfer mit Blick auf den wichtigen Grund nicht unbedingt notwendig wäre.<sup>101</sup> Auch darin lässt sich der Anklang eines Subsidiaritätsprinzips erkennen.

Im Stammzellenforschungsgesetz zeigt sich die Überzeugung, dass menschliche Embryonen schutzwürdig sind und nicht leichtfertig für Forschungszwecke geopfert werden dürfen.<sup>102</sup> Nicht schlüssig erklären lässt sich hingegen, warum die Forschung an überzähligen Embryonen verboten ist, während die Forschung an embryonalen Stammzellen – für deren Gewinnung ein überzähliger Embryo zerstört werden muss – erlaubt ist. Es war die Nationale Ethikkommission, die dem Parlament zu dieser Lösung riet.<sup>103</sup> Begründet wurde sie damit, dass die Embryonenforschung am Embryo selbst durchgeführt wird und ihn damit zum Objekt von Experimenten werden lässt. Stammzellenforschung erfolgt hingegen an embryonalen Zellen. Der Embryo wird bei der Gewinnung dieser Zellen zerstört, ohne aber zum Objekt von Experimenten zu werden.<sup>104</sup>

Damit wurde impliziert, dass die Würde des Embryos stärker betroffen ist, wenn direkt an ihm geforscht wird, als wenn er zerstört wird, um Forschung an seinen Zellen zu ermöglichen.<sup>105</sup> Eine solche Unterscheidung leuchtet jedoch nicht ein.<sup>106</sup> Beide Fälle, embryonale Stammzellenforschung sowie Embryonenforschung, gehen mit der Zerstörung des Embryos einher, um Forschung zu ermöglichen – der betroffene Embryo wird mithin für fremde Zwecke instrumentalisiert.<sup>107</sup> Das Embryonenforschungsverbot in der Schweiz vermag somit nicht zu überzeugen. Sinnvoller erschiene es, Embryonenforschung unter ähnlichen Voraussetzungen wie die embryonale Stammzellenforschung zuzulassen, insbesondere unter der Voraussetzung des Subsidiaritätsprinzips. Dieses würde, wie auch bei der Forschung an embryonalen Stammzellen, dem Schutz der Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip dienen und verhindern, dass Embryonen leichtfertig in der Forschung eingesetzt werden. Eine denkbare, mildere Alternative zur Embryonenforschung wäre, wie dies bereits Art. 8 lit. c VStFG<sup>108</sup> für Forschungsprojekte an Embryonen zur Verbesserung der Gewinnungsverfahren von embryonalen Stammzellen vorsieht, die Forschung an tierischen Embryonen. Im Fokus steht dabei die Forschung mit Mausembryonen. Trotz vieler Gemeinsamkeiten in der Embryonalentwicklung zwischen Maus und Mensch gibt es aber auch wesentliche Entwicklungsunterschiede, die die Vergleichbarkeit beschränken.<sup>109</sup> Gleiches gilt für die Embryonalentwicklung von nichtmenschlichen Primaten und Menschen.<sup>110</sup> Auch Forschung an induzierten pluripotenten Stammzellen<sup>111</sup> oder daraus hergestellten Embryomodellen könn-

<sup>97</sup> RÜTSCHÉ, Menschenwürde (Fn. 90), 18. Als Grund, warum bereits das werdende Leben an der Menschenwürde teilhaben soll, wird oft das Potenzialitätsargument vorgebracht. Danach gebührt dem Embryo (in vitro) Teilhabe an der Menschenwürde aufgrund seiner Entwicklungsmöglichkeit zu einem lebenden Menschen. Vgl. NATIONALE ETHIKKOMMISSION IM BEREICH HUMANMEDIZIN, Zur Forschung an embryonalen Stammzellen, Stellungnahme Nr. 3/2002, Bern 2002, 54; m.w.H. RÜTSCHÉ, Ungeborene (Fn. 57), 153 f.

<sup>98</sup> RÜTSCHÉ, Menschenwürde (Fn. 90), 18.

<sup>99</sup> Vgl. Botschaft EFG (Fn. 91), BBl 2002 1187 f.

<sup>100</sup> RÜTSCHÉ, Ungeborene (Fn. 57), 299 f.

<sup>101</sup> RÜTSCHÉ, Ungeborene (Fn. 57), 472.

<sup>102</sup> RÜTSCHÉ, Ungeborene (Fn. 57), 538.

<sup>103</sup> RÜTSCHÉ, Ungeborene (Fn. 57), 541.

<sup>104</sup> NATIONALE ETHIKKOMMISSION IM BEREICH DER HUMANMEDIZIN, Vernehmlassungsentwurf zum Embryonenforschungsgesetz, Bern 2002, 2; m.w.H. RÜTSCHÉ, Ungeborene (Fn. 57), 541.

<sup>105</sup> RÜTSCHÉ, Ungeborene (Fn. 57), 542.

<sup>106</sup> Vgl. RÜTSCHÉ, Ungeborene (Fn. 57), 543.

<sup>107</sup> VAGIAS KARAVAS, Körperverfassungsrecht, Habil. Freiburg i.Üe 2016, Zürich/Baden-Baden 2018, 142 f.; RÜTSCHÉ, Ungeborene (Fn. 57), 542.

<sup>108</sup> Verordnung über die Forschung an embryonalen Stammzellen vom 2. Februar 2005 (Stammzellenforschungsverordnung, VStFG; SR 810.311).

<sup>109</sup> BERNA SOZEN/DENIZ CONKAR/JESSE V. VEENLIET, Carnegie in 4D? Stem-cell-based models of human embryo development, in: Seminars in Cell and Development Biology 2022, 44 ff.

<sup>110</sup> MARGIT ROSNER/MANUEL REITHOFER/DIETER FINK/MARKUS HENGSTSCHLÄGER, Human Embryo Models and Drug Discovery, in: International Journal of Molecular Science 2021, 10 ff.

<sup>111</sup> Induzierte pluripotente Stammzellen sind pluripotente Stammzellen, die durch eine künstliche Reprogrammierung von adulten Zellen entstanden sind. Pluripotent sind Zellen, die noch nicht determiniert sind und daher noch alle Gewebetypen eines Embryos bilden können. HELIA B. SCHÖNTHALER/ERWIN F. WAGNER, Humane Embryonale Stammzellen – Stand der Forschung, in: Ulrich H. J. Körtner/Christian Kopetzki



ten eine mögliche Alternative darstellen. Embryomodelle ahmen den menschlichen Embryo nach und werden aus induzierten pluripotenten Stammzellen<sup>112</sup> hergestellt.<sup>113</sup> Die notwendige Berücksichtigung möglicher Alternativen würde verhindern, dass Embryonen ohne wichtigen Grund geopfert würden, ohne aber die Embryonenforschung vollständig zu untersagen.

Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass das Subsidiaritätsprinzip im Stammzellenforschungsrecht der Menschenwürde dient. Im Unterschied zum Humanforschungsrecht schützt es aber nicht die Grundrechtsposition eines bereits geborenen Menschen, sondern als objektives Verfassungsprinzip die Würde des werdenden Lebens.

#### IV. Die Auswirkungen des Subsidiaritätsprinzips

Wie sich gezeigt hat, dient das Subsidiaritätsprinzip sowohl in der Human-, Tier- als auch der Stammzellenforschung dem Schutz der Würde des jeweiligen Versuchsobjekts.<sup>114</sup> Unterschiedlich ist die jeweilige Begründung der Würde als auch deren Schutzwirkungen. So ist die Menschenwürde in Art. 7 BV nicht gleichzusetzen mit der Würde als objektives Verfassungsprinzip und die Tierwürde nicht gleichzusetzen mit der Menschenwürde.

Innerhalb der jeweiligen Gesetze lassen sich gewisse Spannungsverhältnisse, aber auch Priorisierungen erkennen. So dient Art. 11 Abs. 1 HFG dem Schadensvermeidungsgebot, kann aber im Widerspruch mit der Achtung der Autonomie stehen. Damit hat der Gesetzgeber im Bereich der Humanforschung mit Urteilsfähigen der Schadensvermeidung einen höheren Stellenwert als der Autonomie eingeräumt. Noch strenger sind die Voraussetzungen für Versuche an urteilsunfähigen Personen. Damit bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass Forschung an Urteilsfähigen der Forschung an Urteilsunfähigen vor-

zuziehen ist, wenn gleichwertige Erkenntnisse möglich sind. Dies könnte indessen dazu führen, dass urteilsunfähige Personengruppen weniger vom medizinischen Fortschritt profitieren, weil nicht hinreichend Forschung mit ihnen betrieben wird.<sup>115</sup>

Eine Priorisierung lässt sich auch im Tierversuchsrecht erkennen. Besteht keine Alternative zu einem Tierversuch, ist, wenn möglich, an evolutiv niedriger stehenden Tierarten zu forschen. Dabei gelten Primaten als höher entwickelt als Mäuse oder Ratten und Wirbeltiere als höher entwickelt als wirbellose Tiere.<sup>116</sup> Auf die Frage, ob die in Art. 137 Abs. 2 TschV erwähnten Verfahren ohne Tierversuche als Forschung *ohne Tiere, die nach der TschV geschützt sind*, zu lesen ist oder ob ein Verzicht auf Forschung mit *jeglichen Tieren* gemeint ist, findet sich im Gesetz hingegen keine Antwort. Da aber Versuche mit Tieren, die nicht nach der TschV geschützt sind, keiner Bewilligungspflicht unterstehen,<sup>117</sup> ist von ersterer Lesart auszugehen.

Auch im Verhältnis der verschiedenen Gesetze untereinander können Spannungen und Unklarheiten entstehen. So führt die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips im Humanforschungsrecht zu einem Konflikt mit der Tierwürde, denn als vorrangige, alternative Forschungsmethode kommt regelmässig der Tierversuch infrage.<sup>118</sup> In der Praxis zeigt sich dies u.a. bei Heilmittelstudien. Ein neues Heilmittel wird erst am Menschen getestet, wenn dessen Sicherheit bereits in präklinischen Versuchen am Tier getestet wurde.<sup>119</sup> Das Humanforschungsgesetz äussert sich nicht zu diesem Interessenkonflikt.<sup>120</sup> Nur implizit folgt aus Art. 11 Abs. 1 HFG, dass Tierversuche Versuchen an Menschen vorzuziehen sind.

Wie aber lässt sich diese Vorrangstellung des Menschen in Art. 11 Abs. 1 HFG begründen?<sup>121</sup> Die Lehre spricht

(Hrsg.), Stammzellforschung, Ethische und rechtliche Aspekte, Wien/New York 2008, 12 ff., 14, 23.

<sup>112</sup> Embryomodelle können auch aus embryonalen Stammzellen hergestellt werden. Da sich dort wiederum die Frage nach der Zerstörung eines Embryos stellt, sind diese m.E. aber keine tatsächliche Alternative zur Embryonenforschung.

<sup>113</sup> HANNAH L. LANDECKER/AMANDER T. CLARK, Human embryo models made from pluripotent stem cells are not synthetic; they aren't embryos, either, in: Cell Stem Cell 2023, 1290.

<sup>114</sup> Es wird hier von Versuchsobjekt statt Versuchssubjekt gesprochen, da die Begrifflichkeit des Subjekts den Anschein erwecken könnte, Tiere, Stammzellen und Embryonen wiesen Subjektsqualität im Sinne von Rechtssubjektivität auf.

<sup>115</sup> Botschaft HFG (Fn. 14), BBl 2009 8059.

<sup>116</sup> GERRITSEN/BOLLIGER (Fn. 78), 14 f.

<sup>117</sup> URS HAFNER, Und wenn Spinnen Schmerzen empfinden?, in: horizonte – Das Schweizer Forschungsmagazin 2013, 19 ff., 19.

<sup>118</sup> SHK HFG-SCHOTT, Art. 11 N 12.

<sup>119</sup> GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 1), N 906 f.; SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN (SAMW) (Hrsg.), Forschung mit Menschen, Ein Leitfaden für die Praxis, 2. Aufl., Bern 2015, 101.

<sup>120</sup> SHK HFG-SCHOTT, Art. 11 N 12.

<sup>121</sup> Grundsätzlich ist es denkbar, dass ein Tierversuch an der Güterabwägung scheitert, dass also das Erkenntnisinteresse nicht ausreicht, um den Tierversuch zu rechtfertigen. Dies ändert aber nichts an der allgemeinen Praxis, dass Forschung an Personen subsidiär zu Forschung an Tieren ist, was eine Vorrangstellung des Menschen begründet. Auch GERRITSEN geht von einer grundsätzlichen Vorrangstellung des Menschen aus, GERRITSEN (Fn. 68), 300 f.

sich grundsätzlich für die Gleichwertigkeit von Verfassungsgütern aus.<sup>122</sup> Damit stehen die Würde der Kreatur und der Tierschutz in einem Spannungsverhältnis zu anderen Grundsätzen wie der Wissenschaftsfreiheit und dem Schutz der körperlichen Integrität.<sup>123</sup> Die Würde der Kreatur ist in der Rechtsanwendung grundsätzlich unbedingt zu berücksichtigen.<sup>124</sup> Im Gegensatz zur Menschenwürde ist die Würde der Kreatur jedoch abwägbar.<sup>125</sup> Sie muss also im Einzelfall unter Umständen hinter andere, höherwertige Interessen zurücktreten, was bei der unabwägbar Menschenwürde nicht denkbar ist. Dieser Ansicht liegt die Interpretation zugrunde, dass der Begriff der «Würde» in Menschenwürde und Würde der Kreatur grundlegend verschieden ist.<sup>126</sup> Robert Nozick nannte diese Ungleichbehandlung «Utilitarismus für Tiere, Kantianismus für Menschen».<sup>127</sup>

Dieses Verständnis folgt auch aus Art. 120 Abs. 2 BV, wonach der Würde der Kreatur «Rechnung zu tragen ist».<sup>128</sup> Die Würde der Kreatur stellt zwar eine Schranke für menschliches Handeln dar, welches Gewicht ihr aber im Konfliktfall mit anderen Verfassungsgütern zukommt, lässt Art. 120 Abs. 2 BV offen.<sup>129</sup> Mit Art. 11 Abs. 1 HFG hat der Gesetzgeber im Bereich der Humanforschung den Entscheid getroffen, dass das Schadensvermeidungsprinzip in Bezug auf den Menschen der Würde der Kreatur grundsätzlich vorgehen soll.

Andere Autoren vertreten die Ansicht, dass die Menschenwürde und die Würde der Kreatur zentrale Gemeinsamkeiten aufweisen.<sup>130</sup> Davon ausgehend nehmen sie an, dass die Würde der Kreatur einen unantastbaren Kern beinhaltet, der gegen keine menschlichen Interessen abgewogen werden darf.<sup>131</sup> Für eine solche Auslegung spreche der Grundsatz, dass in der Verfassung zwei identischen Rechtsbegriffen, wie der «Würde» in der Menschenwürde

und der Würde der Kreatur, die gleiche Bedeutung zukommen muss.<sup>132</sup>

Die herrschende Lehre geht nun aber von einer generellen Abwägbarkeit der Würde der Kreatur aus.<sup>133</sup> Im Recht stehen sich damit verschiedene Würden gegenüber, und dies nicht nur im Verhältnis Mensch – Kreatur. So haben sowohl die Menschenwürde nach Art. 7 BV als auch die Würde der Kreatur und die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip andere Schutzintensitäten.<sup>134</sup>

Nicht beantwortet in den erwähnten Gesetzen wird zudem die Frage, ob Forschung an embryonalen Stammzellen eine vorrangige Alternative zu Tierversuchen darstellt oder der Tierversuch gerade die Alternative zur Stammzellenforschung ist. Auch hier stellt sich die Frage, welcher Würde – der Würde der Kreatur oder der Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip – mehr Gewicht zukommt.

Neuerdings verspricht man sich zudem, mit Embryomodellen eine mögliche Alternative zu Versuchen an Tieren und zur Embryonenforschung gefunden zu haben.<sup>135</sup> In der Schweiz ist die Forschung an Embryomodellen unreguliert und die Möglichkeit, sie als Alternative zu anderen Versuchen zu verwenden, weitgehend unbeachtet. Die Forschung an Embryomodellen weist aber ihrerseits neue ethische Fragen auf. So stellt sich die Frage nach der Schutzwürdigkeit dieser, je ähnlicher sie einem Embryo werden. Die aktuell fehlende Regelung von Embryomodellen ist daher unbefriedigend. An welcher Stelle in der Kette der Subsidiaritäten Embryomodelle stehen sollen, ist vom Gesetzgeber zu entscheiden.

## V. Schlussfolgerungen

Das Subsidiaritätsprinzip im Bereich der biomedizinischen Forschung spielt eine zentrale Rolle in der Entscheidungsfindung, auf welche Art bzw. mit welchem Versuchsobjekt wissenschaftliche Erkenntnisse gewonnen werden dürfen. Es dient dabei vorrangig dem Schutz der Würde der Versuchsobjekte. Die Notwendigkeit, eine gleich geeignete, alternative Methode zu wählen, die ohne das infrage stehende Versuchsobjekt auskommt, ist ein wiederkehrendes Element, das sich in allen drei untersuchten Gebieten wiederfindet.

<sup>122</sup> BGE 105 Ia 330, 336, E. 3 c); BGE 128 II 1, 10, E. 3 d); SGK BV-ERRASS, Art. 80 N 21; ULRICH HÄFELIN, Verfassungsggebung, in: ZSR 1974, 75 ff., 88 f.; PETER KREPPER, Tierwürde im Recht, in: AJP 2010, 303 f., 305.

<sup>123</sup> Vgl. HEIKE BARANZKE, «Würde der Kreatur» revisited, in: Ammann et al. (Hrsg.), Würde der Kreatur, Zürich/Basel/Genf 2015, 29 ff., 47; KREPPER (Fn. 122), 303.

<sup>124</sup> MICHEL (Fn. 96), 273.

<sup>125</sup> Siehe Fn. 83.

<sup>126</sup> FASEL (Fn. 43), 39 f.

<sup>127</sup> FASEL (Fn. 43), 45 mit Literaturhinweisen zu Robert Nozick.

<sup>128</sup> FASEL (Fn. 43), 39; MICHEL (Fn. 96), 273.

<sup>129</sup> CHRISTOPH ERRASS, 20 Jahre Würde der Kreatur, in: ZBJV 2013, 187 ff., 219.

<sup>130</sup> FASEL (Fn. 43), 39 f.

<sup>131</sup> BOLLIGER/RÜTTIMANN (Fn. 86), 68 f.; FASEL (Fn. 43), 39 f.; MICHEL (Fn. 96), 273.

<sup>132</sup> BARANZKE (Fn. 123), 32; BOLLIGER/RÜTTIMANN (Fn. 86), 68 f., 87; LORENZ ENGI, Würde und Abwägung, in: Ammann et al. (Hrsg.), Würde der Kreatur, Zürich/Basel/Genf 2015, 119 ff., 128; FASEL (Fn. 43), 44; MICHEL (Fn. 96), 271 ff.

<sup>133</sup> FASEL (Fn. 43), 45.

<sup>134</sup> MICHEL (Fn. 96), 276.

<sup>135</sup> LANDECKER/CLARK (Fn. 113), 1290.

Wie gezeigt wurde, lassen sich sowohl innerhalb eines Gesetzes als auch im Verhältnis der Gesetze untereinander Spannungsfelder erkennen, z.B. das Spannungsverhältnis zwischen dem Tierversuchsrecht und der Forschung an Personen. Heutzutage wird dieser Interessenskonflikt so gelöst, dass Tierversuche Versuchen an Menschen vorzuziehen sind. Damit zeigt sich, dass trotz Eingang des Biozentrismus in die Bundesverfassung unser Rechtssystem noch immer anthropozentrisch ausgerichtet ist.

Mit zunehmender Forschung gibt es sodann neue mögliche Alternativen, deren Verwendung ihrerseits wieder ethische Fragen aufwerfen kann. Es wird daher eine fortlaufende Herausforderung bleiben, die verschiedenen Subsidiaritäten sowohl an fortschreitende biomedizinische Methoden als auch an veränderte Wertvorstellungen einer sich wandelnden Gesellschaft anzupassen.

Anzeige

Christoph Bauer

## Vermögensrechte und unkörperliche Rechtsobjekte

**Immaterialgüterrechte, Bucheffekten,  
Register-Schuldbriefe und Registerwert-  
rechte im Verhältnis zum Sachenrecht**

Bucheffekten, Register-Schuldbriefe und Registerwertrechte sind Innovationen im Schweizer Vermögensrecht – aber worum handelt es sich genau? Die Habilitation untersucht deren Struktur und Wirkung im Vergleich zum Sachen-, Obligationen- und Immaterialgüterrecht und präsentiert Lösungsvorschläge.

2024, ca. 635 Seiten, gebunden  
ISBN 978-3-03891-681-9  
ca. CHF 132.–  
Erscheint im August 2024

[www.dike.ch/6819](http://www.dike.ch/6819)



Praxisrelevante  
Forschung

Christoph Bauer

## Vermögensrechte und unkörperliche Rechtsobjekte

Immaterialgüterrechte, Bucheffekten,  
Register-Schuldbriefe und Registerwertrechte  
im Verhältnis zum Sachenrecht

DIKE

DIKE