

Präimplantationsdiagnostik und Diskriminierung

Rechtliches Gutachten zum Zusammenhang zwischen der teilweisen Aufhebung des Verbots der Präimplantationsdiagnostik (PID) und der Gefahr gesellschaftlicher Diskriminierung

erstellt im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit BAG

Basel / Winterthur

Kurt Pärli / Tarek Naguib

30. Juni 2016

Teil 1 Einleitung	4
<i>A. Ausgangslage und Fragestellung</i>	<i>4</i>
<i>B. Methodisches Vorgehen und Aufbau</i>	<i>6</i>
Teil 2 Rechtliche Grundlagen zum Diskriminierungsverbot	7
<i>A. PID und Diskriminierungsverbot</i>	<i>7</i>
1. Individualrechtliche und objektivrechtliche Dimension der Diskriminierungsverbote	7
2. Individualrechtlicher Diskriminierungsschutz im Zusammenhang mit PID	8
2.1 Schutzgehalt des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes wegen einer Behinderung	9
2.2 Prüfung einer Diskriminierung von Embryonen	10
a) Vorfrage: Embryonen als Träger von Grund- und Menschenrechten?	10
b) Diskriminierung von Embryonen	11
2.3 PID-bedingte Diskriminierung eines behinderten Kindes bei elterlichem Verzicht auf die PID	12
2.4 PID-bedingte Diskriminierung der Eltern eines behinderten Kindes	13
2.5 Diskriminierung eines Menschen mit Behinderung aufgrund der Abnahme gesellschaftlicher Solidarität in Folge der Zulassung der PID	13
3. Objektivrechtliche Dimension: Staatliche Schutzpflichten	14
<i>B. Diskriminierungsverbote in Menschenrechtsverträgen und Verfassung</i>	<i>15</i>
1. Die völker- und verfassungsrechtlichen Verpflichtungen	15
2. UN-Pakte I und II, EMRK und Biomedizin-Konvention	16
3. Weitergehende Diskriminierungsverbote für Kinder und Menschen mit Behinderung	18
4. Verfassungsrechtlicher Schutz vor PID-relevanter Diskriminierung	21
5. Gesetzlicher Schutz vor Diskriminierung	22
<i>C. Zusammenfassende Würdigung der PID-Regelung im revFMedG im Lichte völker- und verfassungsrechtlicher Schutzpflichten</i>	<i>23</i>
Teil 3 Diskriminierungsrisiken in den Bereichen Versicherung und Arbeitsleben	24
<i>A. Gegenstand der Untersuchung</i>	<i>24</i>
<i>B. Versicherung</i>	<i>25</i>
1. Untersuchungsbereiche	25
2. Schadenminderungspflicht in der Versicherung	27
2.1 Schadenminderungspflicht	27
2.2 Schadenminderungspflicht mit Bezug zur PID	29
a) Unterlassung der PID als Verstoss gegen die Schadenverhütungspflicht?	29
b) Erhöhte familiäre Unterstützungspflicht in Folge unterlassener PID?	31
c) Weitere PID-bedingte Erhöhungen der Schadenminderungslast?	33
3. Diskriminierungsschutz in der Privatversicherung	34
3.1 Vertragsfreiheit und Risikoselektion	34
3.2 Gesetzlicher Diskriminierungsschutz	35

a)	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (VAG) ..	35
b)	Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG)	37
c)	Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiG)	38
d)	Allgemeines Privatrecht	39
3.3	Schutz vor Diskriminierung mit Bezug zur PID.....	41
a)	Gleicher Schutz für Elternpaare, die sich gegen eine PID entscheiden	41
b)	Ungleicher Schutz für Elternpaare, die eine PID vornehmen	42
C.	Arbeitsleben	42
1.	Untersuchungsbereiche.....	42
2.	Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht.....	43
2.1	Vertragsfreiheit	43
2.2	GUMG.....	43
2.3	BehiG	45
2.4	Allgemeines Personal- und Arbeitsrecht	46
3.	Schutz vor Diskriminierung mit Bezug zur PID.....	47
3.1	Keine Diskriminierung von Menschen mit schwerer Erbkrankheit im Sinne der PID	47
3.2	Rechtliche Schutzdefizite hinsichtlich einer potenziellen Zunahme der Diskriminierung in Folge der PID	48
	Teil 4 Zusammenfassende Ergebnisse	48
A.	Diskriminierungspotenziale.....	48
B.	Keine Diskriminierung des Embryos durch die PID-Selektion.....	49
C.	Keine Diskriminierung von Paaren, die auf eine PID verzichten.....	50
D.	Partielle Diskriminierungen von Paaren, die sich trotz positivem PID-Befund für die Implementation entscheiden	50
E.	Partielle Diskriminierungsrisiken im geltenden Versicherungsrecht in Folge der PID- Liberalisierung.....	51
F.	Herausforderungen beim Schutz vor potenziellen Diskriminierungen in Folge der PID- Liberalisierung.....	52
	Literaturverzeichnis	55

Teil 1 Einleitung

A. Ausgangslage und Fragestellung

1 Am 14. Juni 2015 nahmen Volk und Stände die Änderung von Art. 119 Abs. 2 lit. c BV zur Präimplantationsdiagnostik (PID) an. Mit der geänderten Bestimmung wurde die verfassungsrechtliche Grundlage für die Revision des Fortpflanzungsmedizingesetzes (revFMedG) geschaffen, das an der Volksabstimmung vom 5. Juni 2016 angenommen wurde. Die PID bleibt allerdings weiterhin kontrovers. Auf der einen Seite wird angeführt, dass die neue Regelung das Selbstbestimmungsrecht von Paaren mit schweren Erbkrankheiten sowie von Paaren, die auf natürlichem Wege keine Kinder bekommen, stärkt. Auf der anderen Seite wird vorgebracht, dass eine Selektion von Embryonen im Sinne der neuen Regelung ethisch nicht vertretbar sei, und es wird befürchtet, dass dadurch die Solidarität mit Menschen mit Behinderung gefährdet ist¹.

2 Nach neuer Regelung im revFMedG darf die PID zum einen von Paaren in Anspruch genommen werden, die Träger einer schweren Erbkrankheit sind und die Gefahr, dass sich die Krankheit auf die Nachkommen übertragen wird, anders nicht abgewendet werden kann. Mittels PID kann ein Embryo ausgewählt werden, der den entsprechenden Gendefekt nicht aufweist. Gemäss Art. 5a Abs. 2 revFMedG ist die Untersuchung des Erbguts von Embryonen *in vitro* und deren Auswahl nach ihrem Geschlecht oder nach anderen Eigenschaften nur zulässig, wenn die Gefahr, dass sich ein Embryo mit einer vererbbaaren Veranlagung für eine schwere Krankheit in der Gebärmutter einnistet, anders nicht abgewendet werden kann (lit. a); sodann muss es wahrscheinlich sein, dass die schwere Krankheit vor dem 50. Lebensjahr ausbrechen wird (lit. b); ferner darf keine wirksame und zweckmässige Therapie zur Bekämpfung der schweren Krankheit zur Verfügung stehen (lit. c); schliesslich muss das Paar gegenüber der Ärztin oder dem Arzt schriftlich geltend machen, dass ihm die Gefahr nicht zumutbar ist (lit. d).

3 Zum andern können sich nach revFMedG Paare untersuchen lassen, die auf natürlichem Wege keine Kinder bekommen können, wenn mit dem PID-Verfahren die Unfruchtbarkeit des Paares überwunden werden soll und andere Behandlungsmethoden versagt haben oder aussichtslos sind. Gemäss Art. 5a Abs. 3 revFMedG ist die Untersuchung des Erbgutes von Embryonen zulässig zur Erkennung chromosomaler Eigenschaften, die die Entwicklungsfähigkeit des Embryos beeinträchtigen können.

¹ Vgl. Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 5. Juni 2016, Argumente des Referendumskomitees, S. 37.

Die Kritikerinnen und Kritiker dieser neuen Regelung befürchten unter anderem eine Verschlechterung der Situation durch verstärkte Diskriminierung und Stigmatisierung von kranken Menschen oder von Menschen mit Behinderung². Potenziell betroffen sind neben bereits lebenden Menschen sowie künftig Geborenen, die untersucht und trotz festgestelltem Gendefekt nicht verworfen wurden, auch die Angehörigen von Menschen mit Behinderung. 4

Gewarnt wird insbesondere vor diskriminierenden Auswirkungen auf drei Ebenen: Erstens wird befürchtet, dass aufgrund der PID-Liberalisierung Menschen mit Behinderung bzw. chronischer Krankheit sowie ihre Angehörigen beim Zugang zu gesellschaftlichen Ressourcen wie z.B. Versicherungsleistungen, Arbeitsstellen und Bildung verstärkt diskriminiert werden³. Zweitens wird geltend gemacht, dass die Toleranz gegenüber Menschen mit Behinderung bzw. chronischer Krankheit sowie gegenüber ihren Angehörigen abnimmt und dadurch die gesellschaftliche Stigmatisierung verstärkt wird⁴. Drittens besteht die Sorge, dass sich durch die PID-Liberalisierung Menschen mit Behinderung und ihre Angehörigen in ihrem Selbstwertgefühl verletzt fühlen, was gar in einer Selbststigmatisierung münden kann⁵. 5

Das BAG will diese Fragen durch das vorliegende Rechtsgutachten geklärt haben. Die Leitfrage des Gutachtens lautet: Besteht ein Zusammenhang zwischen der teilweisen Öffnung der PID (im Sinne der Regelung im revidierten FMedG) und (potenzieller) Diskriminierungen von Menschen mit Behinderung, chronischer Krankheit sowie entsprechender genetischer Disposition? Daraus ergeben sich die drei folgenden Unterfragen: 6

1. Wie ist mit Blick auf die PID-Problematik Diskriminierung rechtlich zu definieren?
2. Basierend auf den definierten Begrifflichkeiten, welche (Teil-)Gruppen könnten nach geltender Rechtslage von rechtlicher und tatsächlicher Diskriminierung - in welchen Lebensbereichen und auf welche Weise - betroffen sein?
3. Lassen sich aus vergangenen und aktuellen Konstellationen rechtlicher und faktischer Diskriminierung Erkenntnisse über mögliche künftige Diskriminierungen im Kontext von PID gewinnen?

² Botschaft zur Änderung der Verfassungsbestimmung zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich (Art 119 BV) sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes vom 7. Juni 2013, BBl, 2013, 5875ff.

³ MIDDEL 2006, S. 162.

⁴ STEINKE ET AL. 2009, S. 158.

⁵ BERNING 2011; BIRNBACHER 2006b; KRONES ET AL. 2004, S. 248; CHAPMAN 2002, S. 115ff.; MIDDEL 2006, S. 162ff.

B. Methodisches Vorgehen und Aufbau

7 In einem ersten Schritt (Rechtliche Grundlagen zum Diskriminierungsverbot) wird mit Blick auf das PID-Verfahren und aus Sicht der menschen- und grundrechtlichen Praxis und Lehre geklärt, inwieweit Diskriminierungsverbote wegen einer Behinderung für die PID-Thematik relevant sind. Dabei wird einleitend die menschen- und grundrechtliche Stellung des Embryos behandelt. Weiter wird vorab aufgezeigt, dass ein Zusammenhang zwischen PID und individualrechtlich fassbarer Diskriminierung kaum vorkommen kann. Diskriminierungsrechtlich relevant ist die Benachteiligung wegen einer Behinderung an sich, unabhängig vom Kontext der PID. Umso wichtiger ist es aufzuzeigen, welche Bedeutung die völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote *über die individualrechtliche Ebene hinaus* haben. Konkret wird herausgearbeitet, welche Verpflichtungen sich für die staatlichen Behörden zum Schutz vor Diskriminierung wegen einer Behinderung ergeben und ob und wie sich diese Schutz- und Gewährleistungspflicht durch Zulassung der PID allenfalls stärker akzentuiert.

8 Damit die These der Verstärkung der Diskriminierung wegen der PID näher geprüft werden kann, wird in einem zweiten Schritt (Diskriminierungsrisiken in den Bereichen Versicherung und Arbeitsleben) die Rechtslage in den Bereichen Versicherung und Erwerb mit Blick auf mögliche Diskriminierungspotenziale und den Diskriminierungsschutz untersucht. Im Versicherungsrecht im Fokus steht die Abwägung des auf der einen Seite privaten und öffentlichen Interesses auf Gewährleistung eines (diskriminierungsfreien) Zugangs zu Leistungen der Sozial- und Privatversicherung und auf der anderen Seite des öffentlichen Interesses an einer sparsamen und wirtschaftlichen Versicherungspraxis bzw. der privaten Interessen des Versicherungskollektivs vor unverhältnismässiger Kostentransportsolidarität⁶. In arbeitsrechtlicher Hinsicht interessiert allgemein die Frage nach einer Diskriminierung aufgrund des Genoms und einer möglichen Verstärkung dieser Gefahr durch die PID.

9 Im abschliessenden Teil (Zusammenfassende Ergebnisse) wird gestützt auf den Ergebnissen die Gutachtensfrage beantwortet, ob zwischen der teilweisen Öffnung der PID im Sinne des revFMedG und (potenzieller) Diskriminierungen von Menschen mit schweren Erbkrankheiten und ihren Angehörigen Zusammenhänge bestehen. Ausgehend vom völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsbegriff werden vorweg die Diskriminierungspotenziale aufgeführt. Anschliessend wird aufgezeigt, welche (Teil-)Gruppen aufgrund der neuen Regelung Diskriminierung und Diskriminierungsrisiken unterliegen und inwieweit für die von potenzieller Diskriminierung betroffenen (Teil-)Gruppen Lücken im rechtlichen Schutz bestehen. Abschliessend wird dargestellt, wie dem Risiko der Ab-

⁶ Zur prinzipiellen Problemstellung der Güterabwägung mit Blick auf die sogenannte statistische Diskriminierung vgl. BRITZ, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung.

nahme gesellschaftlicher Solidarität bzw. der Zunahme gesellschaftlicher Diskriminierung von Menschen mit Behinderung und ihren Angehörigen aus grund- und menschenrechtlicher Perspektive begegnet werden sollte.

Teil 2 Rechtliche Grundlagen zum Diskriminierungsverbot

A. PID und Diskriminierungsverbot

1. Individualrechtliche und objektivrechtliche Dimension der Diskriminierungsverbote

Gegen die Zulassung der PID wurde und wird argumentiert, dass diese zu einer Diskriminierung von Menschen mit Behinderung und allenfalls auch ihrer Angehörigen führe. Diese Argumente wurden auch im Abstimmungskampf zur Revision von Art. 119 BV und werden in der Referendumsabstimmung zum revFMedG vertreten. Wer aber wird im Zusammenhang mit der PID inwiefern von Diskriminierung bedroht und wie schützt die Rechtsordnung die betroffenen Personen davor? 10

Die Beantwortung dieser Frage erfordert vorab eine methodische Klarstellung. Es gilt *idealtypisch* zu unterscheiden, ob wir von einer *individualrechtlich* zu fassenden Diskriminierung sprechen. Eine solche Konstellation liegt vor, wenn eine *Person* in einer konkreten, vergleichbaren Situation *wegen eines Diskriminierungsmerkmals* eine *schlechtere Behandlung* erfährt, als eine Person, auf die das Diskriminierungsmerkmal nicht zutrifft. Diskriminierungsschutzrecht gewährt in einer solchen Situation den diskriminierten Personen *subjektivrechtliche Ansprüche* (z.B. auf Unterlassung oder Beseitigung der Diskriminierung, ggf. Schadenersatz, Genugtuung usw.). Davon zu unterscheiden sind *Aussagen über das Vorkommen von Diskriminierung im Allgemeinen*. So ist beispielsweise empirisch belegt, dass Menschen mit Behinderung Stigmatisierungen ausgesetzt sind, geringere Chancen auf dem Arbeitsmarkt haben⁷ oder dass Menschen mit chronischen Krankheiten schlechtere Chancen haben, eine Lebensversicherung abzuschliessen⁸. Solche Phänomene werden auch als *strukturelle Diskriminierung* bezeichnet. Aus der (wenn auch empirisch belegten) Aussage über die Diskriminierung im Arbeitsmarkt oder die Diskriminierung im Lebensversicherungsmarkt lassen sich aber *keine justiziablen, subjektivrechtlichen Ansprüche betroffener Personen* ableiten. Die völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote verpflichten die staatlichen Behörden jedoch nicht nur zu wirksamen Rechtsschutzmassnahmen in konkreten Diskriminierungsfällen, erforderlich sind vielmehr auch wirksame Massnahmen gegen strukturelle Diskriminierung. 11

⁷ KARDORFF/OHLBRECHT/SCHMIDT, S. 48ff.

⁸ PÄRLI/MÜLLER KUCERA/SPYCHER, S. 66f.

Angesprochen ist hier die *objektivrechtliche Dimension* der Diskriminierungsverbote, aus der sich umfangreiche Schutzpflichten zur Beseitigung bzw. Verhinderung struktureller Diskriminierung ableiten.

2. Individualrechtlicher Diskriminierungsschutz im Zusammenhang mit PID

12 Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob und wie sich eine PID-bedingte Diskri-
minierung *individualrechtlich* erfassen lässt. Die Prüfung erfolgt idealtypisch am Beispiel
des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes nach Art. 8 Abs. 2 BV. Das Ergeb-
nis lässt sich auch auf die völkerrechtlich relevanten und die einschlägigen gesetzlichen
Diskriminierungsverbote übertragen.

- 13 • Vorerst wird der *individualrechtliche Schutzgehalt* des *verfassungsrechtlichen*
Diskriminierungsverbotes aufgrund einer Behinderung erläutert. Danach wird
geprüft, ob das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot wegen einer Be-
hinderung in den folgenden Konstellationen individualrechtlich betroffen ist:
Diskriminierung von Embryonen durch Selektion der Embryonen im PID-
Verfahren (siehe „2.2 Prüfung einer Diskriminierung von Embryonen“, Rz
19ff); hier wird vorfrageweise zu klären sein, ob dem Embryo überhaupt eine
Rechtsstellung zukommt. Auch wenn, das sei hier vorweggenommen, dies ver-
neint wird, wird der Vollständigkeit halber das Prüfschema des verfassungsrecht-
lichen Diskriminierungsverbotes auf die unterschiedliche Behandlung der Emb-
ryonen angewendet.
- 14 • Diskriminierung eines behinderten Kindes von Eltern, die Träger einer schweren
Erbkrankheit waren und auf die PID verzichtet haben⁹ (siehe „2.3 PID-
bedingte Diskriminierung eines behinderten Kindes bei elterlichem Verzicht auf
die PID“, Rz 26ff.).
- 15 • Diskriminierung der Eltern, die trotz Erbkrankheit auf die PID verzichtet haben
und ein behindertes Kind geboren haben (siehe „2.4 PID-bedingte Diskrimi-
nierung der Eltern eines behinderten Kindes“, Rz 29f.).
- 16 • Diskriminierung von Menschen mit Behinderung, die unabhängig von PID-
relevanten Konstellationen geboren wurden (siehe „2.5 Diskriminierung eines
Menschen mit Behinderung aufgrund der Abnahme gesellschaftlicher Solidarität
in Folge der Zulassung der PID“, Rz 31).

⁹ Lediglich theoretisch denkbar wäre eine Konstellation, in der Eltern, die Träger schwerer Erbkrankheiten sind und sich auf das PID-Verfahren einlassen, im Rahmen dieses Verfahrens sich für den Embryo entscheiden, der Träger der Erbkrankheit ist. Auf Ausführungen zu dieser Variante wird verzichtet.

2.1 *Schutzgehalt des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes wegen einer Behinderung*

Nach Art. 8 Abs. 2 BV darf niemand diskriminiert werden, namentlich u.a. nicht aufgrund einer Behinderung. Eine Diskriminierung im verfassungsrechtlichen Sinne liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dann vor, „wenn eine Person rechtsungleich behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, die historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig behandelt wurde“¹⁰. Eine Diskriminierung stellt „eine qualifizierte Art der Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung eines Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht“¹¹. Bei einer direkten Diskriminierung liegt eine Benachteiligung vor, die direkt mit dem Diskriminierungsmerkmal zusammenhängt. Eine indirekte Diskriminierung ist dann gegeben, „wenn eine Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützter Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer solchen Gruppe besonders stark benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre“¹². Eine unterschiedliche Behandlung, auch wenn sie direkt oder indirekt an ein Diskriminierungsmerkmal anknüpft, ist nicht in jedem Fall unzulässig, sie kann vielmehr durch eine qualifizierte Begründung gerechtfertigt werden. Bei der Rechtfertigung ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu prüfen, ob die fragliche Massnahme ein gewichtiges und legitimes öffentliches oder überwiegendes privates Interesse verfolgt, sich als geeignet und erforderlich erweist und insgesamt als verhältnismässig bezeichnet werden kann¹³.

Zu ergänzen ist, dass völker- und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote grundsätzlich wie alle anderen Grundrechte Abwehrrechte darstellen, das heisst, in der Regel lediglich im Verhältnis zwischen Privaten und dem Staat unmittelbar anwendbar sind. Grundrechte einschliesslich der Diskriminierungsverbote beinhalten aber auch Schutzpflichten, die von den staatlichen Behörden verlangen, für den Schutz der Grundrechte unter Privaten zu sorgen. Auf verfassungsrechtlicher Ebene kommt dieses Verständnis in Art. 35 Abs. 3 BV zum Ausdruck. Für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

¹⁰ BGE 126 II 377, Erw. 6.; 126 V 70, Erw. 4c/bb; 129 I 217, Erw. 2.1.; 130 I 352, Erw. 6.1.2.; 132 I 49, Erw. 8.1.; 132 I 167, Erw. 3.; 134 I 49, Erw. 3.; 134 I 56, Erw. 5.1.; 134 I 105, Erw. 5.; 135 I 49, Erw. 4.1.; 136 I 297, Erw. 7.1.; 137 V 334, Erw. 6.2.1.

¹¹ BGE 126 II 377, Erw. 6.; 126 V 70, Erw. 4c/bb; 129 I 217, Erw. 2.1.; 132 I 49, Erw. 8.1. und 8.2.; 132 I 167, Erw. 3.; 134 I 49, Erw. 3.1.; 134 I 56, Erw. 5.1.; 135 I 49, Erw. 4.1.; 136 I 297, Erw. 7.1.; 137 V 334, Erw. 6.2.1.

¹² BGE 126 II 377, Erw. 6c; 129 I 217, Erw. 2.1.; 132 I 167, Erw. 3.; 134 I 49, Erw. 3.1.; 134 I 56, Erw. 5.1.; 135 I 49, Erw. 4.1.; 136 I 297, Erw. 7.1.

¹³ BGE 135 I 49, Erw. 6.1.; 136 I 121, Erw. 5.2.; 136 I 297, Erw. 7.1.; 137 V 334, Erw. 6.2.1.

(EGMR) gehört der Schutz der EMRK-Rechte in privaten Verhältnissen zu den staatsvertraglichen Verpflichtungen¹⁴.

2.2 Prüfung einer Diskriminierung von Embryonen

a) Vorfrage: Embryonen als Träger von Grund- und Menschenrechten?

19 Die Frage des rechtlichen Status des Embryos in vitro (und auch in utero) wird in der Rechtswissenschaft kontrovers diskutiert¹⁵. Es finden sich Positionen, die den Embryo als Person betrachten und ihm einen Individualanspruch auf Leben gewähren wollen¹⁶, während andere Stimmen dafür plädieren, das Recht des Embryos (nur) als abgeleitetes Recht geborener Menschen zu verstehen¹⁷. Zwischen diesen Polen steht die Argumentation, dass dem Embryo zwar kein Individualrecht auf Leben und Menschenwürde zukomme, aber er dennoch nicht einfach als eine Sache zu betrachten sei, mit der beliebig umgegangen werden dürfe¹⁸. Der Embryo habe vielmehr einen partiellen Lebens- und Gesundheitsschutz um seiner selbst willen, der durch den Gesetzgeber zu konkretisieren sei¹⁹.

20 Das Bundesgericht und der Bundesrat folgen im Wesentlichen der mittleren Position, das heisst, der Embryo wird nicht als Person anerkannt, genießt aber dennoch verfassungsrechtlichen Schutz²⁰. Für das Bundesgericht darf angesichts des Umstandes, dass mit der Befruchtung einer Eizelle in Bezug auf das Erbgut eine menschliche Individualität determiniert ist, das Schicksal des Embryos in vitro der Rechtsgemeinschaft in der Tat nicht gleichgültig sein²¹. Menschliches Leben habe von seinen Ursprüngen her einen unantastbaren Eigenwert, den es zu schützen gelte²².

21 Die Frage der Grundrechtsträgerschaft des Embryos ist indirekt auch in Art. 119 BV angesprochen. Nach Art. 119 Abs. 1 BV ist der Mensch vor Missbräuchen der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie geschützt. In Art. 119 Abs. 2 BV wird der Bund verpflichtet, Vorschriften über den Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut zu erlassen, die den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familien bezwecken. Die Verfassung bringt so zum Ausdruck, dass dem Bund eine umfassende Schutzpflicht bezüglich der Rechtsgüter „Menschenwürde“, „Persönlichkeit“ und „Familie“ im Zusammenhang mit Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie zukommt. An der Ver-

¹⁴ EGMR, v. 21.07.2011, Appl. No. 28274/08, Heinisch ./ Deutschland, Ziff. 44. Siehe zu den positiven Verpflichtungen aus der EMRK umfassend: KLATT, S. 691ff.

¹⁵ REUSSER/SCHWEIZER, N 16 zu Art. 119 BV.

¹⁶ SEELMANN, S. 27ff.

¹⁷ SCHEFER, S. 43ff.

¹⁸ KIENER/KÄLIN, S. 52f.

¹⁹ REUSSER/SCHWEIZER, N 16 zu Art. 119 BV; siehe auch RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 284ff.

²⁰ Botschaft PID (Fn.2) 5946.

²¹ BGE 119 Ia 460, Erw. 7a.

²² BGE 127 I 6, Erw. 5b.

bindlichkeit dieser Schutzpflicht ändert grundsätzlich auch die mit der Anpassung von Art. 119 Abs. 2 lit. c BV vorgesehene (und durch den Gesetzgeber zu konkretisierende) Zulässigkeit der PID nichts. Ein Individualrechtsschutz des Embryos lässt sich aber auch aus Art. 119 BV nicht ableiten, da es dem Embryo wie erwähnt nach Bundesgericht und wohl herrschender Lehre an Rechtspersönlichkeit fehlt.

b) *Diskriminierung von Embryonen*

Auch wenn sich die Frage des Individualrechtsschutzes von Embryonen aufgrund der obigen Ausführungen nicht stellt, ist die Frage, wie sich eine *individualrechtliche* Diskriminierung im Zusammenhang mit der PID theoretisch manifestieren könnte und zu welchem Ergebnis die Anwendung des Prüfschemas von Art. 8 Abs. 2 BV führen würde, aufschlussreich. 22

Gemäss revFMedG wird die PID neu in der medizinisch unterstützten Fortpflanzung zugelassen und zwar einerseits für Paare, die Träger von schweren Erbkrankheiten sind und andererseits für Paare, die auf natürlichem Weg keine Kinder bekommen können. 23

Wendet man das Diskriminierungsprüfschema auf die PID-Verfahren an, so führt dies zu folgendem Ergebnis: Der Staat erlaubt Privaten (dem Elternpaar) eine im diskriminierungsrechtlichen Sinne benachteiligende unterschiedliche Behandlung in einer vergleichbaren Situation. Dem Elternpaar wird nämlich erlaubt, zwischen Embryonen mit Potential für eine schwere Krankheit (bzw. ungünstiger Entwicklungsprognose) und solchen ohne diese Gefahr (bzw. mit günstiger Entwicklungsprognose) zu unterscheiden. Diese Unterscheidung erweist sich als nachteilig für den Embryo mit Krankheitspotential, denn dieser wird nicht in die Gebärmutter eingepflanzt. Ohne besonders qualifizierte Rechtfertigung liegt durch die PID somit eine Diskriminierung des (einen) Embryos wegen einer (potentiellen) Behinderung vor. 24

Das revFMedG sieht einen sachlichen Rechtfertigungsgrund insoweit vor, als die Interessen des Elternpaars an der Vermeidung der Belastungen, die eine Schwangerschaft und Geburt eines behinderten Kindes mit sich bringen würde, eine PID erlauben. Die Rechtsordnung (Verfassungsgrundlage für die PID und Umsetzung im revFMedG) gewichtet dieses Interesse so hoch, dass damit auch Ungleichbehandlung und Diskriminierung eines Embryos mit Behinderungspotential in Kauf genommen wird. Wichtig ist aber der Hinweis, dass andere Interessen als jene des Elternpaars, wie etwa Kostenrisiken für die Sozialversicherungen, nicht relevant sein dürfen. Das zeigt sich in Art. 6a Abs. 2 revFMedG, wonach bei der obligatorischen Beratung des betroffenen Paares nur die individu- 25

elle und familiäre Situation besprochen werden soll, wohingegen „allgemeine gesellschaftliche Interessen“ nicht zu thematisieren sind²³.

2.3 *PID-bedingte Diskriminierung eines behinderten Kindes bei elterlichem Verzicht auf die PID*

26 Angenommen, ein Elternpaar entscheidet sich trotz *Wissen um eine Erbkrankheit, die gemäss Regelung im revFMedG eine PID zulassen würde*, gegen die PID und die Mutter gebärt danach ein behindertes Kind. Falls dieses Kind aufgrund seiner *Behinderung* im Vergleich zu einem nicht behinderten Kind benachteiligt wird, ohne dass für diese Benachteiligung ein qualifizierter Rechtfertigungsgrund vorliegt, so stellt dies eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes dar. Ob das Kind als Folge der unterlassenen PID behindert zur Welt kam, ist für den Diskriminierungstatbestand an sich nicht relevant. Ausgangspunkt für die rechtliche Beurteilung der Diskriminierung ist die *Behinderung*, nicht die unterlassene PID.

27 Man kann sich theoretisch die Frage stellen, ob die unterlassene PID einen qualifizierten Rechtfertigungsgrund für die behinderungsbedingte Benachteiligung des Kindes darstellen könne. Konkret könnte dies heissen: Ein trotz Möglichkeit zur PID behindert zur Welt gekommenes Kind wird wegen seiner Behinderung durch eine staatliche Massnahme (z.B. Zugang zu Nachteilsausgleich im schulischen Bereich im *Vergleich zu einem nicht behinderten Kind*, das noch vor der neuen Rechtslage zur Welt kam) benachteiligt. Hier zu argumentieren, die Benachteiligung sei gerechtfertigt, da die Eltern die Möglichkeit zur PID gehabt hätten, wäre aus verfassungsrechtlicher Sicht sehr problematisch. Es würde so eine nicht annehmbare Unterscheidung zwischen behinderten Kindern geschaffen, die ohne elterliche Möglichkeit zur PID behindert zu Welt gekommen sind und behinderten Kindern, die trotz Möglichkeit zur PID behindert geboren wurden. Wie weit sich durch die Zulassung zur PID bei der Anwendung von Versicherungsgrundsätzen wie demjenigen der Schadenverhütungspflicht Wertungsverschiebungen ergeben könnten, wird in Teil 2 erörtert.

28 Zusammenfassend ist festzuhalten: Eine *individualrechtliche*, diskriminierende Benachteiligung eines behinderten Kindes mit der Begründung „unterlassener PID“ ist verfassungsrechtlich verboten, wird jedoch kaum *in dieser Form vorkommen* bzw. die *Kausalität zwischen unterlassener PID und Benachteiligung wird schwierig nachzuweisen* sein. Eine Benachteiligung *wegen einer Erbkrankheit an sich* kann eine Diskriminierung wegen einer Behinderung darstellen, dies aber, um es noch einmal zu wiederholen, *unabhängig von der PID*.

²³ Botschaft PID (Fn 2), 5926.

2.4 *PID-bedingte Diskriminierung der Eltern eines behinderten Kindes*

Zu fragen ist, wie und ob individualrechtlich Diskriminierungsschutz zum Tragen kommen könnte, wenn die Eltern eines behinderten Kindes wegen der unterlassenen PID benachteiligt werden. Hier stellt sich vorab die Frage, ob sich auch Eltern behinderter Kinder auf das Diskriminierungsverbot aufgrund einer Behinderung berufen können. Eine entsprechende Rechtsprechung fehlt in der Schweiz. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat entschieden, dass im Anwendungsbereich der EU-Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG auch eine Mutter eines behinderten Kindes sich auf den Schutz der Antidiskriminierungsrichtlinien berufen kann²⁴. 29

Selbst wenn die Eltern sich auf Diskriminierungsschutz berufen könnten, gilt jedoch was in der vorangehenden Randziffer ausgeführt wurde: Rechtlich relevant ist in erster Linie der Tatbestand der Diskriminierung wegen einer Behinderung an sich. Dies gilt auch bei einer Benachteiligung der Eltern aufgrund unterlassener PID. Zwar knüpft diese nicht unmittelbar an das Diskriminierungsmerkmal Behinderung an. Allerdings geht es bei der PID-Regelung darum, Paaren die Möglichkeit offen zu lassen, Kinder mit schwerer Erbkrankheit - bzw. mit Behinderung - zu verhindern. Somit betrifft eine Benachteiligung der Eltern in Folge unterlassener PID ausschliesslich Eltern eines Kindes mit schwerer Erbkrankheit bzw. Prädisposition. 30

2.5 *Diskriminierung eines Menschen mit Behinderung aufgrund der Abnahme gesellschaftlicher Solidarität in Folge der Zulassung der PID*

Schliesslich ist noch die Konstellation zu prüfen, ob die *individualrechtliche* Dimension des Diskriminierungsschutzrechts einschlägig ist, wenn eine behinderte Person wegen der neu zulässigen PID diskriminiert würde, die auf die (mögliche) Abnahme gesellschaftlicher Solidarität gegenüber Menschen mit Behinderung in Folge der Zulassung der PID zurückzuführen ist. Grundsätzlich kann nur wiederholt werden, was für die beiden anderen Konstellationen (behindertem Kind, Eltern) festgehalten wurde: Massgebend für das Vorliegen einer individualrechtlich fassbaren Diskriminierung ist eine Benachteiligung einer behinderten Person gegenüber einer nicht behinderten Person in einer (konkreten) vergleichbaren Situation unter Anknüpfung an die Behinderung, ohne dass sachliche Rechtfertigungsgründe vorliegen. Abgesehen davon, dass die Kausalität zwischen der neu gesetzlich zulässigen PID und dem Nachteil einer behinderten Person kaum nachzuweisen ist, würde dies für die rechtliche Beurteilung auch keine primäre Rolle spielen, massgebend ist vielmehr das Vorliegen der behinderungsbedingten Benachteiligung. 31

²⁴ EuGH, Urteil vom 17.07.2008, Rs. C- 303/06, Coleman.

3. Objektivrechtliche Dimension: Staatliche Schutzpflichten

32 Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass der *individualrechtlichen* Dimension bei der Frage des Diskriminierungspotentials von PID nach jetzigem Stand des Wissens eine untergeordnete Rolle zukommt. Das gilt insbesondere auch, weil der Embryo mangels entsprechender Rechtsstellung keinen subjektivrechtlichen Diskriminierungsschutz beanspruchen kann. Wesentlich bedeutsamer für die in diesem Gutachten zu behandelnden Fragen ist indes die *objektivrechtliche* Dimension der völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote. Diese gilt es herauszuarbeiten und es ist zu prüfen, welche Schranken sich ggf. daraus für den Umgang mit PID ergeben bzw. welche konkreten Pflichten sich für den Staat aus Völker- und Verfassungsrecht zur Vermeidung *struktureller Diskriminierung* ableiten lassen.

33 An dieser Stelle ist eine weitere Klarstellung notwendig. In der Literatur wird gewarnt, PID könne zu einer mittelbaren (oder indirekten) Diskriminierung von Menschen mit Behinderung führen²⁵. Die Rechtsfigur der mittelbaren (oder indirekten) Diskriminierung ist jedoch nicht geeignet, um die objektivrechtliche Dimension des Diskriminierungsverbotes dogmatisch richtig zu erfassen. Die Definition der indirekten Diskriminierung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 2 BV und auch zu Art. 3 Gleichstellungsgesetz GIG setzt immer einen konkreten Fall voraus, also eine bestimmte Situation einer faktischen Ungleichbehandlung in einer vergleichbaren Situation. Bei der von der Doktrin angesprochenen allfälligen mittelbaren (oder indirekten) Diskriminierung wegen PID geht es *nicht* um eine konkrete Ungleichbehandlung in einer vergleichbaren Situation, also gerade *nicht um eine individualrechtliche* Konstellation. Vielmehr sind hier *hypothetische Auswirkungen* der Zulässigkeit von PID zur Eliminierung bestimmter Embryonen auf die *Lebenssituation von Menschen mit Behinderung im Allgemeinen* gemeint, womit eine *strukturelle Diskriminierung* angesprochen ist. Die möglichen negativen Auswirkungen der PID zur Eliminierung von Embryonen mit ungünstiger Prognose auf die Lebenssituation von Menschen mit Behinderung betreffen also nicht die individualrechtliche-, sondern die *objektivrechtliche Dimension* der völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote.

34 Die im PID-Zusammenhang zu behandelnden diskriminierungsrechtlichen Fragen gehen über die Diskriminierungsverbote, wie sie in Art. 8 Abs. 2 BV, in den UN-Pakten oder in Art. 14 EMRK verankert sind, hinaus. Besondere Beachtung erfordern die Diskriminierungsschutzbestimmungen in der Bio-Medizin-Konvention (Schutz vor Diskriminierung aufgrund des genetischen Status), aber auch die Bestimmung in Art. 119 BV, wonach der Mensch vor Missbräuchen bei der Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie zu schützen sei.

²⁵ SPRANGER TADE, S. 198; TSCHUOR-NAYDOWSKI, S. 389f. (in Bezug auf pränatale Diagnostik).

Ein Diskriminierungsverbot ist in den in Art. 119 Abs. 2 BV genannten Grundsätzen, denen die Gesetzgebung zum Schutz vor Missbrauch in der Fortpflanzungsmedizin zu folgen hat, nicht ausdrücklich aufgeführt. Diskriminierungsverbote sind indes dem Würdeschutz und dem Schutz der Persönlichkeit verpflichtet und sind somit integraler Bestandteil der Schutzpflichten nach Art. 119 BV²⁶. Diese Schutzpflicht umfasst insbesondere auch den Erlass von Regelungen, die unter Privaten gelten. Das revFMedG stellt zumindest dem Grundsatz nach die Wahrnehmung dieser Pflicht zum Schutz der Würde dar, indem einem Elternpaar die PID nur unter bestimmten Bedingungen erlaubt wird. Ob die revFMedG-Regelung den völker- und verfassungsrechtlichen Schutzpflichten insgesamt genügend Rechnung trägt, wird am Schluss dieses Kapitels ausgeführt. 35

Einen zentralen Stellenwert nimmt überdies die UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) ein, die einen Paradigmenwechsel im gesellschaftlichen Umgang mit Behinderung verlangt. Das zeigt sich darin, dass die BRK von einem sozialen Modell der Behinderung ausgeht, Inklusion von Menschen mit Behinderung anstrebt und Behinderung nicht als Defizit und Problem sondern als Teil menschlicher Vielfalt sieht. Es wird herauszuarbeiten sein, ob die im revFMedG vorgesehene PID allenfalls den BRK-Wertungen zuwiderläuft und ob dieser eventuelle Wertungswiderspruch nicht auch bereits durch die Zulässigkeit der Pränatalen Diagnostik (PND) besteht. 36

B. Diskriminierungsverbote in Menschenrechtsverträgen und Verfassung

1. Die völker- und verfassungsrechtlichen Verpflichtungen

Nach einer in der internationalen Menschenrechtsliteratur verankerten Terminologie lassen sich die staatlichen Pflichten aus Menschenrechtsverträgen in Respekt-, Schutz- und Gewährleistungspflichten unterteilen (obligations to respect, to protect and to fulfil). Die völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote untersagen den Vertragsstaaten vorab jede rechtliche Diskriminierung (obligations to respect). Ohne besondere Rechtfertigung dürfen weder Gesetze erlassen noch Entscheide gefällt werden, die Ungleichbehandlungen auf der Basis von Diskriminierungsmerkmalen vorsehen²⁷. Die Schutzpflichten (obligations to protect) erfordern wirksame Massnahmen zum Schutz vor tatsächlicher Diskriminierung, dazu gehört auch der Erlass von gesetzlichen Bestimmungen gegen Diskriminierung, um Diskriminierung in privaten Verhältnissen zu bekämpfen. Die dritte Pflichten-ebene (obligations to fulfil) erfordert, mit geeigneten Mitteln auf eine möglichst diskriminierungsfreie Gesellschaft hinzuwirken. Ausführlich verankert ist diese Verpflichtung in der Frauenrechtskonvention. Diese verlangt von den Vertragsstaaten u.a. alle zweckdienlichen Massnahmen, „um einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmus-

²⁶ Zur Bedeutung der Menschenwürde beim verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot siehe WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 164ff.

²⁷ RUDOLF, S. 58-87.

tern von Mann und Frau zu bewirken, um so zur Beseitigung von Vorurteilen sowie von herkömmlichen und allen sonstigen auf der Vorstellung von der Unterlegenheit oder Überlegenheit des einen oder anderen Geschlechts oder der stereotypen Rollenverteilung von Mann und Frau beruhenden Praktiken zu gelangen²⁸. Eine ähnliche Verpflichtung zur Bewusstseinsbildung und zum Abbau von Vorurteilen gegenüber Menschen mit Behinderung beinhaltet auch die BRK²⁹.

38 Auch in der Grundrechtslehre auf Verfassungsstufe ist anerkannt, dass die Grundrechte über die justiziable Schicht hinaus programmatische Verpflichtungen beinhalten³⁰. Das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV ist deshalb nicht nur ein Abwehrrecht, sondern hat einen *objektivrechtlichen* Normgehalt³¹. Daraus ergeben sich staatliche Verpflichtungen zum Schutz vor tatsächlicher und vor struktureller Diskriminierung³². Der Staat muss demnach sozial gestaltend aktiv werden, um der objektivrechtlichen Dimension des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes gerecht zu werden. Dies bedingt gesetzliche Massnahmen, daneben aber auch institutionelle Vorkehrungen wie die Schaffung von Gleichstellungs- bzw. Antidiskriminierungsstrukturen³³.

39 Wie ausgeführt wurde, können Embryonen nicht Grundrechtsträger sein. Eine allfällige Diskriminierung von Menschen mit Behinderung wegen der PID betrifft in der Regel nicht die subjektivrechtliche Dimension der Diskriminierungsverbote. Den völker- und verfassungsrechtlichen Schutzpflichten kommt aber ein zentraler Stellenwert zu. Sowohl der Gesetzgeber als auch die rechtsanwendenden Behörden haben im Zusammenhang mit PID die Schutzziele der Diskriminierungsverbote wirksam umzusetzen.

2. UN-Pakte I und II, EMRK und Biomedizin-Konvention

40 Schutz vor Diskriminierung bildet seit Ende des zweiten Weltkrieges fester Bestandteil des internationalen Menschenrechtsschutzes³⁴. Die UN-Menschenrechtspakte von 1966³⁵ verbieten die Diskriminierung aufgrund persönlichkeitsnaher Merkmale wie Geschlecht, Herkunft, Hautfarbe usw. Die Diskriminierungsmerkmalskataloge sind offen konzipiert und überlassen der Rechtspraxis die Anerkennung weiterer Diskriminierungsmerkmale. Der UN-Menschenrechtsausschuss und der Ausschuss für die Überwachung des UN-Pakt

²⁸ Art. 5 lit. a Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979.

²⁹ Siehe dazu ausführlich hinten, N 47ff.

³⁰ Die Lehre von der „justiziablen und programmatischen Schicht“ der Grundrechte wurde namentlich durch Jörg Paul Müller entwickelt, siehe MÜLLER JÖRG PAUL, Grundrechte, in: Thurer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht, § 39, 621-645.

³¹ CREVOISIER, S. 232.

³² WALDMANN, S. 390ff.

³³ Siehe zur Justiziabilität solcher Verpflichtungen BGE 137 I 305 betreffend Abschaffung der Gleichstellungskommission im Kanton Zug.

³⁴ KÄLIN/KÜNZLI, S. 16ff.

³⁵ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.1 (UN-Pakt I); Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2 (UN-Pakt II).

I (Sozialausschuss) haben eine Behinderung, den genetischen Status und die HIV-Positivität als Diskriminierungsmerkmal anerkannt³⁶. Die Internationale Arbeitsorganisation (IAO) hält fest, dass über die im Übereinkommen Nr. 111³⁷ festgehaltenen Diskriminierungsmerkmale hinaus auch neuere Diskriminierungsmerkmale und -formen wie Alter, Behinderung, Langzeitarbeitslosigkeit, HIV/Aids, genetischer Status oder sexuelle Belästigung und Mobbing schutzwürdig sind³⁸.

Aus europäischer Ebene findet sich der Schutz vor Diskriminierung in der Europäischen Sozialcharta – die von der Schweiz allerdings bis jetzt noch nicht ratifiziert wurde und auf die deshalb nicht weiter eingegangen wird –, in der EMRK und in der Bio-Medizin-Konvention (BMK). 41

Art. 14 EMRK beinhaltet ein akzessorisches Diskriminierungsverbot, das heisst, Diskriminierungsschutz wird (nur) bei der Ausübung der EMRK-Rechte gewährt. Ein allgemeines Diskriminierungsverbot beinhaltet demgegenüber das Zusatzprotokoll Nr. 12 zur EMRK, das jedoch von der Schweiz nicht ratifiziert wurde. In der offenen Liste der Diskriminierungsmerkmale in Art. 14 EMRK sind weder die Begriffe „Krankheit“ oder „chronische Krankheit“ noch „Behinderung“ oder „genetischer Status“ aufgeführt. Der EGMR legt den Begriff „sonstiger Status“ in ständiger Rechtsprechung weit aus³⁹. Im Zusammenhang mit einer behaupteten Diskriminierung durch die faktische Unmöglichkeit des Suizides einer Person, die an einer fortschreitenden unheilbaren neurodegenerativen Krankheit der motorischen Zellen im zentralen Nervensystem (MND) litt, verneinte der Gerichtshof in diesem Fall eine Diskriminierung, anerkannte jedoch, dass eine Krankheit bzw. Behinderung unter „sonstiger Status“ unter Art. 14 EMRK subsumiert werden könne⁴⁰. Auch im Urteil „Glor gegen die Schweiz“⁴¹ wurde die Behinderung als Diskriminierungsmerkmal anerkannt. 42

Die BMK verbietet in Art. 11 jede Form der Diskriminierung einer Person wegen ihres genetischen Erbes. Die PID ist nach der BMK indes nicht grundsätzlich verboten⁴². Nicht zulässig sind nach Art. 14 BMK jedoch Diagnostikverfahren, welche das Ziel verfolgen, eine Geschlechtsauswahl zu treffen, sofern nicht eine Erkrankung geschlechtsverbunden ist. Auch das Zusatzprotokoll über genetische Untersuchungen zu medizinischen Zwe- 43

³⁶ Siehe mit Nachweisen: PÄRLI/FUCHS, S. 207.

³⁷ Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25. Juni 1958, SR 0.822.721.1; Nachweis bei PÄRLI/FUCHS (Fn 36), S. 207.

³⁸ PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 95; Bericht des Generaldirektors, 96. Tagung 2007, Behinderung, S. 43, HIV-Status, S. 50, Genetischer Status, S. 54; PÄRLI/NAGUIB, S. 41ff.

³⁹ EGMR v. 13.7.2010, Clift ./ Vereinigtes Königreich, Appl. No. 7205/07 § 56–58; EGMR v. 10.3.2011, Kyutin ./ Russland, Appl. No. 2700/10 § 56.

⁴⁰ EGMR v. 29.4.2002, Pretty ./ Vereinigtes Königreich, Appl. No. 2346/02.

⁴¹ EGMR v. 30.4.2009, Glor ./ Schweiz, Appl. No. 13444/04 § 53–56.

⁴² WERLEN, S. 132.

cken vom 7. Mai 2008 ist nicht relevant, da genetische Untersuchungen an Embryonen vom Geltungsbereich ausdrücklich ausgeschlossen sind⁴³.

3. Weitergehende Diskriminierungsverbote für Kinder und Menschen mit Behinderung

44 Der völkerrechtliche Diskriminierungsschutz hat auf UN-Stufe durch eine Reihe von Spezialübereinkommen eine weitere Vertiefung erfahren. So garantiert das „Internationale Übereinkommen über die Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau“⁴⁴ (FRK) die Gleichberechtigung der Geschlechter, sondern verlangt von den Ratifikationsstaaten umfangreiche Massnahmen zur Verwirklichung tatsächlicher Gleichstellung. Das „Internationale Übereinkommen für die Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung“⁴⁵ (RDK) verstärkt den Schutz vor rassistischer Diskriminierung. Ein Bezug zur vorliegend diskutierten Frage der PID-bezogenen Diskriminierung ist zwar weder bei der FRK noch der RDK offensichtlich, allerdings bestehen gewisse Risiken der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sowie einer Zunahme rassistischer Diskriminierung mit Blick auf Krankheiten, die eine nach Geschlecht und Herkunft unterschiedliche Häufigkeit aufweisen bzw. aufgrund von Unterschieden bei der medizinischen Beeinflussung des Krankheitsverlaufes⁴⁶. Eindeutiger ist der Zusammenhang zum Diskriminierungsverbot im „Internationalen Übereinkommen über die Rechte des Kindes“⁴⁷ (KRK) und dem „Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen“⁴⁸ (BRK). Darauf ist (sogleich) näher einzugehen.

45 In der bundesrätlichen Botschaft zur Revision von Art. 119 BV und den Anpassungen im Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) stellt sich der Bundesrat auf den Standpunkt, aus der KRK lasse sich bezüglich PID nichts ableiten⁴⁹. Diese Sichtweise greift zu kurz. Das Diskriminierungsverbot nach Art. 24 KRK beinhaltet das Recht eines jeden Kindes auf das erreichbare Höchstmass an Gesundheit und das Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu medizinischen Einrichtungen. Gemäss der Praxis des Ausschusses für die Überwachung der KRK ist die Schutzpflicht bei verletzbaaren Kindern – dazu sind auch behinderte Kinder zu zählen – besonders ausgeprägt⁵⁰. Flankiert wird dieser Schutz für behinderte Kinder in der KRK durch Art. 7 BRK, wonach die Vertragsstaaten alle erfor-

⁴³ <http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680084824> (zuletzt besucht am: 24.03.2016).

⁴⁴ Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979, SR 0.108.

⁴⁵ Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965, SR 0.104.

⁴⁶ Der Zusammenhang zwischen liberaler Eugenik aufgrund neuer Technologien der Reproduktion und Rassismus wird in der internationalen Rassismusforschung diskutiert (siehe etwa PLÜMECKE, *Ära der Genetik*).

⁴⁷ Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, SR 0.107.

⁴⁸ Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006, SR 0.109.

⁴⁹ Botschaft PID (Fn.2), 5957.

⁵⁰ SPRECHER, N 30.

derlichen Massnahmen zu treffen haben, damit Kinder mit Behinderung gleichberechtigt mit anderen Kindern alle Menschenrechte und Grundfreiheiten geniessen können. Ein Zusammenhang der in der KRK und BRK verankerten besonderen Schutzpflicht mit der PID besteht insoweit, als behinderten Kindern die grösstmögliche (staatliche bzw. staatlich organisierte und finanzierte) Unterstützung und Betreuung im Alltag gewährt werden muss. Wenn Eltern die Gewähr haben, dass behinderten Kindern die ihnen kraft KRK zustehende umfassende Unterstützung gewährt wird, so kann dies den elterlichen Entscheid für oder gegen die PID beeinflussen⁵¹.

Der Zweck der BRK besteht nach Art. 1 darin, „die volle und gleichberechtigte Ausübung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen zu fördern, zu schützen und zu gewährleisten und die Achtung ihrer angeborenen Würde zu fördern“. Nach Art. 1 Abs. 2 BRK umfasst der Begriff Behinderung „Menschen mit langfristigen körperlichen, seelischen, geistigen oder Sinnesschädigungen, die sie im Zusammenwirken mit verschiedenen Barrieren daran hindern können, gleichberechtigt mit anderen uneingeschränkt und wirksam an der Gesellschaft teilzunehmen“. Diese Umschreibung basiert auf dem sozialen Modell einer Behinderung⁵². Ein solches lässt sich auch aus der Präambel zur BRK ableiten, so steht unter lit. e: „... disability results from the interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others“. Eine Diskriminierung liegt gemäss BRK bei einer Ungleichbehandlung vor, welche an die Behinderung einer Person anknüpft, ohne dass eine Schlechtbehandlung aufgrund qualifizierter, sachlicher Gründe zu rechtfertigen wäre und angemessene Vorkehrungen zur Beseitigung der Diskriminierung unterlassen werden⁵³.

Ziel der BRK ist nicht die Gewährung von Sonderrechten, sondern die Konkretisierung und Verwirklichung aller anerkannten Menschenrechte auf die spezifischen Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung⁵⁴. In Art. 3 BRK sind allgemeine Grundsätze und in Art. 4 allgemeine Verpflichtungen aufgeführt, die in weiteren Bestimmungen konkretisiert werden. Zu den Grundsätzen gehört nach Art. 3 lit. d BRK „die Achtung vor der Unterschiedlichkeit von Menschen mit Behinderungen und die Akzeptanz dieser Menschen“. Diese Bestimmung ist Ausdruck des BRK-Bekenntnisses zu einer Form der Anerkennung menschlicher Vielfalt, die gegen eine (auch) durch die PID implizit geförderte Vision einer künftigen Gesellschaft ohne Behinderung Einspruch erhebt⁵⁵. Die Zulassung sowohl der PID als auch der PND kann als Nichtanerkennung oder Verkennung behinderter Menschen und damit als Widerspruch zum BRK-Bekenntnis zur Anerkennung der

⁵¹ Gleiches lässt sich wohl für die PND festhalten TSCHUOR-NAYDOWSKI, S. 392.

⁵² Zum sozialen Modell der Behinderung nach der BRK siehe PÄRLI/NAGUIB, S. 65f.; zum Zusammenhang zwischen dem sozialen Modell der Behinderung und PID siehe: NICKLAS-FAUST, S. 59ff.

⁵³ Art. 2 BHK und KÄLIN/KÜNZLI/WYTTEBACH/SCHNEIDER/AKAGÜNDÜZ, S. 57.

⁵⁴ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 8.

⁵⁵ BIELEFELDT, S. 7ff.

Unterschiedlichkeit gesehen und kritisiert werden⁵⁶. Unseres Erachtens steht der Entscheidung zur Zulassung der PID nur dann nicht im Widerspruch zur BRK, wenn und soweit Menschen mit Behinderung umfassende und wirksame Garantien für die volle und gleichberechtigte Teilhabe zukommen.

48 In unmittelbarem Zusammenhang mit dem Grundsatz der Anerkennung nach Art. 3 lit. d BRK steht die Verpflichtung zur Bewusstseinsbildung in Art. 8 BRK. Die Vertragsstaaten verpflichten sich, sofortige, wirksame und geeignete Massnahmen zu ergreifen, um u.a. „Klischees, Vorurteile und schädliche Praktiken gegenüber Menschen mit Behinderungen (...) in allen Lebensbereichen zu bekämpfen (Art. 8 Abs. 1 lit. b BRK) und „das Bewusstsein für die Fähigkeiten und den Beitrag von Menschen mit Behinderungen zu fördern“ (Art. 8 Abs. 1 lit. c BRK). In Art. 8 Abs. 2 BRK werden Massnahmen genannt, die von den Vertragsstaaten unverzüglich zu treffen sind. Verlangt werden Kampagnen zur Bewusstseinsbildung mit dem Ziel, „eine positive Wahrnehmung von Menschen mit Behinderungen und ein grösseres gesellschaftliches Bewusstsein ihnen gegenüber zu fördern (Art. 8 Abs. 2 lit. a (ii)). Der gesellschaftliche (und individuelle) Umgang mit Behinderung, so die Intention der BRK, lässt sich erlernen. Behinderung ist als Bestandteil der Vielfalt des menschlichen Lebens anzuerkennen⁵⁷.

49 Die Frage, wie sich der seit der Ratifikation der BRK völkerrechtlich verbindliche, staatliche Auftrag zur Förderung der Wertschätzung von Menschen mit Behinderung mit der gleichzeitigen Zulässigkeit der PID vereinbaren lässt, liegt auf der Hand⁵⁸. Die BRK vermittelt das *Ziel einer inklusiven Gesellschaft*, wohingegen PID (und PND) zumindest die Gefahr beinhalten, dass das *gesellschaftliche Bild von Behinderung auf Beeinträchtigung und Belastung* (für das Elternpaar) *reduziert* wird⁵⁹.

50 Die BRK steht der PID nicht grundsätzlich entgegen. Daran ändert auch der in Art. 10 BRK verankerte Anspruch darauf, dass „jeder Mensch ein angeborenes Recht auf Leben“ hat. Auch einem bereits bei Geburt schwer behinderten Kind steht dieses Lebensrecht uneingeschränkt zu. Ein Embryo aber steht nicht unter dem Schutz der BRK. Daraus den Schluss zu ziehen, die BRK sei für die Frage der Zulässigkeit von PID völlig irrelevant, ist falsch. Im Gegenteil, die BRK-Ratifikationsstaaten treffen umfangreiche Pflichten, die möglichen (negativen) Auswirkungen der PID auf die Einstellung zu Menschen mit Behinderung wirksam zu bekämpfen (siehe oben, Art. 3 lit. d und Art. 8 BRK). Bei den rein bewusstseinsbildenden Massnahmen darf es dabei nicht bleiben. Die Staaten sind vielmehr gefordert, Menschen mit Behinderung durch die in der BRK vorgesehenen Mass-

⁵⁶ GRAUMANN, S. 75ff.

⁵⁷ HIRSCHBERG, S. 90.

⁵⁸ TOLMEIN, S. 423.

⁵⁹ HIRSCHBERG, S. 93.

nahmen in allen Lebensbereichen die gleichberechtigte und volle Wahrnehmung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten zu fördern und ihre Würde durch effektive gesetzliche Vorkehrungen zu schützen.

Zwischen der Zulassung der PID im Interesse des betroffenen Elternpaares und der auf Anerkennung von Vielfalt und Inklusion angelegten BRK besteht eine Wechselwirkung. 51 Wenn PID im Zuge der Revision von Art. 119 BV und den geänderten Bestimmungen im revFMedG erlaubt wird, so verstärkt dies unseres Erachtens die staatlichen Pflichten zur wirksamen Umsetzung der in der BRK verankerten Rechte von Menschen mit Behinderung und der korrespondierenden staatlichen Verpflichtungen⁶⁰.

4. Verfassungsrechtlicher Schutz vor PID-relevanter Diskriminierung

Die Grundlagen zum verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV wurden einleitend zu diesem Kapitel bereits dargestellt. Im Falle der PID kommt die justiziable Schicht des Diskriminierungsverbotes aus ebenfalls bereits erläuterten Gründen nicht zum Tragen, denn ein Embryo kann nicht Grundrechtsträger sein. Von Bedeutung ist indes die objektivrechtliche Dimension von Art. 8 Abs. 2 BV. Der Staat ist - gestützt auf das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung - gefordert, die Integration und den Schutz der Würde der betroffenen Personen zu fördern bzw. zu schützen. Flankiert wird diese Schutzpflicht durch den ausdrücklichen Gesetzgebungsauftrag zur Beseitigung von Benachteiligungen von Behinderten in Art. 8 Abs. 4 BV. Der Bund ist diesem Auftrag mit Erlass des Behindertengleichstellungsgesetzes (BehiG⁶¹) nachgekommen. 52

In der PID-Botschaft wird zur Tragweite des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes nach Art. 8 Abs. 2 BV ausgeführt: „wenn die Gesellschaft aus der Zulassung der PID den Schluss zöge, dass die Geburt von Personen mit entsprechenden genetischen Merkmalen allgemein zu verhindern sei“. Das würde, so die Botschaft weiter, „zur Stigmatisierung dieser Personen führen, und auch der Schritt zu einem diskriminierenden Ausschluss von Unterstützungsleistungen wäre vorgegeben“⁶². Bei der Zulassung der PID müsse daher aus Sicht des Diskriminierungsverbotes darauf geachtet werden, dass der Entscheid, eine PID durchzuführen, niemals gesetzlich vorgeschrieben werden darf. Würde nämlich das Gesetz festlegen, dass bei bestimmten genetischen Konstellationen eine PID stattfinden muss, wäre dies als Stigmatisierung jener Personen einzustufen, die 53

⁶⁰ Obwohl die Botschaft zur Revision von Art. 119 BV (Botschaft PID, Fn.2) und diejenige zur Ratifikation der BRK (Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 19. Dezember 2012, BBl 2012, 2487) zeitlich nahe beieinanderliegen, fehlen in beiden Dokumenten entsprechende Überlegungen.

⁶¹ Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 19. November 2003, SR 151.31.

⁶² Botschaft PID (Fn.2), 5952.

bereits heute mit dem entsprechenden genetischen Merkmal leben. Ausserdem hätte dies eine Verletzung des Rechts auf Nichtwissen zur Folge und wäre ein unverhältnismässiger Eingriff in das Recht auf selbstbestimmte Reproduktion. Ob eine PID durchgeführt wird, muss daher ein freier, individueller Entscheid des Paares sein.

54 Mit der Beschränkung der PID auf bestimmte Konstellationen, der Freiwilligkeit und der verfahrensmässigen Vorschriften, die u.a. eine Beratungspflicht des betroffenen Elternpaares vorsehen, ist der verfassungsrechtlich (und völkerrechtlich) geforderten Schutzpflicht noch nicht Genüge getan. Die Ausführungen zur BRK haben gezeigt, dass auch *bewusstseinsbildende Massnahmen* notwendig sind, um die selbstverständliche Anerkennung von Menschen mit Behinderung als Teil der Gesellschaft zu unterstützen. Nach Art. 18 BehiG kann der Bund Informationskampagnen durchführen, „um das Verständnis der Bevölkerung für die Probleme der Gleichstellung und für die Integration Behinderter zu erhöhen (...)“. Ausgelegt im Lichte der BRK ist diese Bestimmung über ein blosses „kann“ mit einem „muss“ zu ergänzen. Die Zulassung der PID verstärkt die Notwendigkeit, die Integration Behinderter wirksam und rasch umzusetzen.

5. Gesetzlicher Schutz vor Diskriminierung

55 Die völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote werden durch gesetzliche Regelungen konkretisiert. Ein allgemeines Diskriminierungsschutzgesetz kennt die Schweiz nicht. Die Regelungen zum Diskriminierungsschutz betreffen regelmässig nur bestimmte Sachbereiche und schützen nur vor Diskriminierung aufgrund ausgewählter Diskriminierungsmerkmale⁶³.

56 Im Zusammenhang mit PID relevant sind zum einen gesetzliche Bestimmungen, die ein Diskriminierungsverbot aufgrund des gesundheitlichen Status beinhalten. Das betrifft das bereits erwähnte Behindertengleichstellungsgesetz, das zum Zweck hat, Benachteiligungen, denen Behinderte ausgesetzt sind, zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen (Art. 1 BehiG). Das BehiG stellt eine - allerdings unvollständige⁶⁴ - Umsetzung der aus der Verfassung und der BRK fliessenden Schutzpflicht dar.

57 Weiter zu erwähnen ist das Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen⁶⁵. Das GUMG beinhaltet in Art. 4 ein Diskriminierungsverbot wegen des Erbgutes. Zudem dürfen gemäss Art. 5 Abs. 1 GUMG generell genetische und pränatale Untersuchungen nur durchgeführt werden, nachdem die betroffene Person frei und nach hinrei-

⁶³ Für einen Überblick siehe NAGUIB/PÄRLI/COPUR/STUDER.

⁶⁴ Als grösster Mangel sind auch im Lichte der Evaluation des BehiG die fehlenden Bestimmungen im Bereich privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse zu bezeichnen, zur Evaluation des BehiG siehe: <https://www.edi.admin.ch/edi/de/home/fachstellen/ebgb/recht/schweiz/evaluation-des-behindertengleichstellungsgesetzes.html> (zuletzt besucht am: 29.06.2016).

⁶⁵ Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) vom 8. Oktober 2004, SR 810.12.

chender Aufklärung ihre Zustimmung erteilt hat, die sie im Übrigen auch jederzeit widerrufen kann. Die Formulierung in Art. 4 GUMG ist sehr allgemein gehalten. Das allgemeine Diskriminierungsverbot des GUMG ist sowohl im Verhältnis zwischen Privaten und dem Staat als auch unter Privaten unmittelbar anwendbar. Denkbar wäre ein Fall eines zivilrechtlichen Vertrages, der ein Leistungsversprechen mit der Bedingung eines „günstigen Gen-Tests“ beinhaltet. Ein solcher Vertrag wäre nichtig im Sinne von Art. 20 Obligationenrecht (OR). Das allgemeine Diskriminierungsverbot nach Art. 4 GUMG wird für die Bereiche Arbeit und Versicherung mit Sonderbestimmungen ergänzt. Diese tragen der besonderen Gefährdung Rechnung, denen genetisch vorbelastete Arbeitnehmer/-innen bei nicht obligatorischen Versicherungen (Taggeld und weitergehende Berufliche Vorsorge) ausgesetzt sind⁶⁶. Wie das BehiG stellt auch das GUMG einen Bestandteil der Umsetzung der verfassungs- und völkerrechtlichen Schutzpflicht dar.

C. Zusammenfassende Würdigung der PID-Regelung im revFMedG im Lichte völker- und verfassungsrechtlicher Schutzpflichten

Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die praktische Bedeutung der *individualrechtlichen Dimension* der völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote gering ist (fehlende Grundrechtsträgereigenschaft des Embryos einerseits⁶⁷ und andererseits in der Regel wohl fehlender Zusammenhang zwischen PID und ohnehin bestehender Benachteiligung wegen einer Behinderung⁶⁸). Zentral ist allerdings die *objektivrechtliche Dimension* der völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote, aus der sich umfangreiche staatliche Pflichten zum Schutz vor Diskriminierung wegen Behinderung ergeben. 58

Weiter Art. 119 BV setzt der Zulässigkeit der PID enge Grenzen. PID ist nur erlaubt, um die Übertragung einer schweren Krankheit zu verhindern oder die Unfruchtbarkeit zu bekämpfen. Aus Art. 119 BV lassen sich auch Schranken für die gesetzliche Konkretisierung der PID im revFMedG ziehen. Die PID ist nur im Interesse des betroffenen Paares erlaubt und muss allein schon deshalb freiwillig sein. Die Unfreiwilligkeit würde überdies die Gefahr negativer Auswirkungen auf Menschen mit Behinderung nach sich ziehen und so den völker- und verfassungsrechtlichen Schutzpflichten zuwiderlaufen. 59

Die Regelung im revFMedG trägt den völker- und verfassungsrechtlichen Anforderungen zumindest ansatzweise Rechnung. Das zeigt sich in der in Art. 5b revFMedG vorgesehenen Pflicht zu Einwilligung des Paares und den in Art. 6a revFMedG verankerten Informations- und Beratungspflichten. Besondere Erwähnung verdient dabei die in Art. 6a Abs. 1 lit. f revFMedG genannte Pflicht zur Information über Vereinigungen von Eltern 60

⁶⁶ Zu den arbeits- und versicherungsrechtlichen Bestimmungen des GUMG siehe PÄRLI (GUMG), S. 79ff.

⁶⁷ Siehe oben, Rz 19 ff.

⁶⁸ Siehe oben, Rz 26 ff.

mit behinderten Kindern und Selbsthilfegruppen. Im Lichte von Art. 3 lit. d und Art. 8 BRK muss diese die Information und Beratung zwingend die Anerkennung der Vielfalt menschlichen Lebens und den Respekt gegenüber Menschen mit Behinderung vermitteln. Darüber hinaus hat die vom Staat zu unterstützende umfassende Inklusion von Menschen mit Behinderung dazu beizutragen, dass sich die PID nicht diskriminierend auswirkt. Die Aussage in der bundesrätlichen Botschaft, wonach der Staat Personen, die mit jenen gesundheitsrelevanten genetischen Merkmalen leben, bei denen eine PID erlaubt ist, weiterhin unterstützen müsse⁶⁹, greift unseres Erachtens zu kurz. Gefragt ist nicht eine Unterstützung nach dem Grundsatz „weiterhin“, sondern eine Unterstützung nach dem Grundsatz „erst recht“.

Teil 3 Diskriminierungsrisiken in den Bereichen Versicherung und Arbeitsleben

A. Gegenstand der Untersuchung

61 Im Folgenden wird anhand der Bereiche des *Versicherungs-* und *Arbeitsrechts* untersucht, ob aufgrund der teilweisen Liberalisierung der PID im Sinne des revFMedG Potenziale der Diskriminierung auszumachen sind und wie gegebenenfalls das Recht die Betroffenen davor schützt. Im Fokus steht die Abwägung einerseits des privaten und öffentlichen Interesses auf Gewährleistung eines Zugangs zu Leistungen der Sozial- und Privatversicherung und andererseits des öffentlichen Interesses an einer sparsamen und wirtschaftlichen Versicherungspraxis bzw. der privaten Interessen des Versicherungskollektivs vor unverhältnismässiger Kostentragungssolidarität⁷⁰. In arbeitsrechtlicher Hinsicht interessiert die Frage des Schutzes vor Diskriminierung aufgrund des Genoms.

62 Im Bereich *Versicherung* ist von Interesse, unter welchen Voraussetzungen eine Versicherungsleistung im Schadensfall vollständig oder teilweise verweigert oder die Police gekündigt werden darf. Im Vordergrund der Untersuchung steht die Schadenverhütungsbzw. -minderungspflicht im Sozialversicherungsrecht nach Art. 21 Abs. 4 gemäss dem Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsgesetzes (ATSG), bzw. für die obligatorische Krankenpflegeversicherung auch aus Art. 13 Abs. 1 lit. a nach Krankenversicherungsgesetz (KVG). Ausserdem stellt sich die Frage, inwieweit es zulässig ist, den Abschluss einer Versicherung zu verweigern oder eine Police mit benachteiligenden Vertragsbedingungen abzuschliessen. Von Bedeutung ist das polizeirechtliche Missbrauchsverbot im

⁶⁹ Botschaft PID (Fn 2) 5952.

⁷⁰ Zur prinzipiellen Problemstellung der Güterabwägung mit Blick auf die sogenannte statistische Diskriminierung vgl. BRITZ, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung.

Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG)⁷¹; das Verbot genetischer Diskriminierung im Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG); das privatrechtliche Diskriminierungsverbot im Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG); sowie die allgemeinen Grundsätze und Generalklauseln des Privatrechts.

Im Bereich *Erwerb* stellen sich mit Blick auf die Bewerbungsphase und im Falle einer Kündigung die Fragen, inwieweit die Erhebung sensibler Daten zu Erbkrankheiten und genetischen Prädispositionen zulässig ist sowie nach allfälligen Grenzen der Abschluss-, Inhalts- und Beendigungsfreiheit. Im Vordergrund stehen dabei die Regelungen im GUMG sowie der arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 328b OR. Ferner sind für den Schutz vor Diskriminierung aufgrund des Genoms der Persönlichkeitsschutz nach Art. 19 und 20 OR von Bedeutung, der Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 2 ZGB sowie der Schutz vor missbräuchlicher Kündigung nach Art. 336 OR. 63

B. Versicherung

1. Untersuchungsbereiche

Der Zweck der Sozialversicherungen und der soziale Risiken versichernden Privatversicherungen ist es, die Versicherten und ihre Angehörigen für die wirtschaftlichen Folgen von Unfall, Krankheit, Invalidität und Tod abzusichern. Mit Blick auf die Regelung im revFMedG stellt sich die Frage, ob Menschen mit Erbkrankheiten, die durch das PID-Verfahren diagnostizierbar sind, und ihr Angehörigen vor Benachteiligung beim Zugang zu Versicherungspolicen und -leistungen im Schadensfall rechtlich geschützt sind. Ausserdem ist zu klären, ob sich gestützt auf die zu untersuchende Rechtspraxis Hinweise erkennen lassen, dass Menschen mit Behinderung und chronischer Krankheit bei einer möglichen Abnahme gesellschaftlicher Solidarität in Folge der PID-Liberalisierung künftig verstärkt Diskriminierung ausgesetzt sein könnten, vor der kein genügender rechtlicher Schutz besteht. 64

Grössere Risiken im Bereich Unfall, Invalidität und Krankheit sind durch die Sozialversicherungen zu grundsätzlich gleichen Bedingungen abgedeckt. Die Leistungen im Bereich der Invalidenversicherung (IVG) umfassen Eingliederungsmassnahmen, eine angemessene Deckung des Existenzbedarfes sowie Leistungen zu einer eigenverantwortlichen und selbstbestimmten Lebensführung der betroffenen Versicherten (Art. 4ff. IVG). Nach dem KVG umfassen die Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung allgemeine Leistungen und Pflegeleistungen bei Krankheit, die Kosten für bestimmte Untersuchungen zur frühzeitigen Erkennung von Krankheiten sowie für vorsorgliche Massnahmen zugunsten von Versicherten, die in erhöhtem Masse gefährdet sind sowie bei Ge- 65

⁷¹ Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz), SR 961.01.

burtsgebrechen, die nicht durch die Invalidenversicherung gedeckt sind, die Kosten für die gleichen Leistungen wie bei Krankheit (Art. 24ff. KVG).

66 Während sich die Beiträge der Versicherten an die Invalidenversicherung nach der Höhe des Einkommens bemessen (Art. 3 IVG), wird die Prämie der Krankenversicherer einkommens- und vermögensunabhängig festgesetzt und es ergeben sich gewisse Unterschiede aufgrund einer Kostenbeteiligung in Form einer Franchise und eines Selbstbetrags (Art. 64 KVG) und des Wohnorts der Versicherten (Art. 61 Abs. 2 KVG)⁷²; ausserdem gewähren die Kantone den Versicherten in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen Prämienverbilligungen (Art. 65 KVG). Diesbezüglich bestehen keine Ungleichbehandlungen für Versicherte mit PID-relevanter genetischer Prädisposition oder Erkrankung. Fraglich ist aber, ob der Verzicht auf die PID oder die Implementation - trotz auf dem Wege der PID gewonnenen Information über eine Erbkrankheit - als eine Verletzung der Schadenverhütungspflicht durch die Eltern qualifiziert werden könnte, was eine Kürzung von Versicherungsleistungen zur Folge haben könnte. Ungeklärt ist also, ob im Falle einer in Folge der Teilliberalisierung der PID befürchteten Abnahme der Solidarität die geltende Praxis zur Schadenminderungspflicht nach Art. 21 Abs. 4 ATSG benachteiligende Folgen auf PID-relevant Erkrankte, ihre Eltern und weitere Angehörige haben (kann).

67 Mit Blick auf die private Krankenpflegeversicherung, die Lebensversicherung und die weitergehende berufliche Vorsorge sowie die nicht obligatorische Krankentaggeldversicherung stellt sich aufgrund der privatrechtlichen Vertragsfreiheit die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit von Ungleichbehandlungen zwischen Versicherten mit und ohne gesundheitlichen Beeinträchtigung. Die Ungleichbehandlung kann aufgrund einer Krankheit oder aufgrund des Genoms als Krankheitsträger erfolgen, wobei neben den Erkrankten bzw. dem Träger des Krankheitsgenoms auch die Angehörigen von Benachteiligung betroffen sein können. Begründet werden die Benachteiligungen mit dem öffentlichen Interesse an einer sparsamen und wirtschaftlichen Versicherungspraxis bzw. mit dem Schutz des Versicherungskollektivs vor unverhältnismässiger Kostentragungssolidarität⁷³. Demgegenüber stehen die Interessen der Betroffenen auf eine ausreichende soziale Absicherung und Schutz vor Ungleichbehandlung⁷⁴.

68 Im Folgenden wird in einem ersten Schritt (2. Schadenminderungspflicht in der Versicherung) untersucht, ob die Betroffenen im Schadensfall bei der Ersatzleistung in der Sozialversicherung benachteiligt sind bzw. wo mögliche Risiken einer Benachteiligung liegen könnten. In einem zweiten Schritt (3. Diskriminierungsschutz in der Privatversicherung)

⁷² Zum Ermessensspielraum der Krankenversicherer vgl. BGE 124 V 333, Erw. 2b.

⁷³ KALBERMATTEN, Privatversicherung, 127ff.; vgl. ferner PÄRLI/NAGUIB, chronische Krankheit, S. 87ff. m.w.H.; BRITZ, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, S. 15ff.

⁷⁴ Vgl. KALBERMATTEN, Privatversicherung, 143.

wird geklärt, ob eine Versicherungsnehmerin bzw. ein Versicherungsnehmer mit PID-relevanter Krankheit oder mit einer entsprechenden genetischen Prädisposition vor Benachteiligung beim Zugang zu Privatversicherungen (Abschluss, gleiche Vertragsbedingung) geschützt ist.

2. Schadenminderungspflicht in der Versicherung

2.1 Schadenminderungspflicht

Die Schadenminderungspflicht ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz im Versicherungsrecht⁷⁵. Sie besteht aus der Pflicht, durch Beachten der gebotenen Sorgfalt Schaden zu verhüten (Schadenverhütungspflicht) und eingetretenen Schaden zu mindern (Schadenminderungspflicht i.e.S.)⁷⁶. Im Vordergrund unserer Untersuchung steht die Schadenverhütungs- bzw. -minderungspflicht im Sozialversicherungsrecht nach Art. 21 Abs. 4 ATSG⁷⁷, bzw. für die obligatorische Krankenpflegeversicherung auch aus Art. 13 Abs. 1 lit. a KVG⁷⁸. Dabei geht es um den Ausgleich zwischen dem öffentlichen Interesse der Solidargemeinschaft der Sozialversicherungswerke an einer eigenverantwortlichen Handlungsweise der versicherten Person bzw. sparsamer und wirtschaftlicher Versicherungspraxis und dem individuellen Interesse der versicherten Person am Schutz der grundrechtlich geschützten Betätigungsmöglichkeiten bzw. der Freiheiten der Lebensgestaltung⁷⁹. Bei einer Selbstschädigung der versicherten Person ist das Versicherungsunternehmen berechtigt, die Ersatzleistung teilweise oder vollständig zu verweigern⁸⁰.

Im Bereich der Invalidenversicherung gilt der Grundsatz, dass die versicherte Person, bevor sie die IV-Leistung verlangen kann, Massnahmen ergreifen muss, um die Folgen ihres invalidisierenden Gesundheitszustandes bzw. einer Hilflosigkeit soweit wie möglich zu mildern⁸¹. Zur Pflicht zur Selbsteingliederung⁸² zählen etwa Vorkehrungen für einen

⁷⁵ Vgl. zum Ganzen LOCHER, Schadenminderungspflicht, S. 413ff.; RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, S. 372; BGE 129 V 460; mit Blick auf die vorliegende Problematik der PID vgl. NOVENTA, Genomisierte Prävention, N 121ff.

⁷⁶ Vgl. die grds. Ausführungen bei RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, S. 5ff.

⁷⁷ Art. 21 Abs. 4 ATSG ist keine grundlegende Norm zur Schadenminderungspflicht in der Sozialversicherung; aus der Praxis des Bundesgerichts vgl. statt vieler BGE 133 V 513; 130 V 99 E. 3.2 und 117 V 278 E. 2b; zum Grundsatz im Privatversicherungsrecht s. Art. 61 VVG; im allgemeinen Haftungsrecht s. Art. 44 Abs. 1 OR und BGer Urteil vom 26.06.2006 (4C.83/2006), Erw. 4.

⁷⁸ LONGCHAMP, Conditions, S. 330; RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, S. 254.

⁷⁹ MURER, Art. 7-7b IVG N 16.

⁸⁰ Für das Sozialversicherungsrecht gemäss Art. 21. Abs. 1 und 2 ATSG sowie für das Privatversicherungsrecht nach Art. 14, 28 und 40 VVG. Darüber hinaus ist sie zur *Selbsteingliederungspflicht* gehalten, d.h. sie muss von sich aus vorkehren, damit die Folgen des Schadens gemildert werden können (Art. 21 Abs. 4 ATSG; vgl. etwa BGE 129 V 460 Erw. 4 und 113 V 28, Erw. 4a; vgl. ferner Urteile EVG I 271/05 vom 10.11.2005, Erw. 2.1; Urteil EVG I 55/02 vom 15.07.2002, Erw. 1b; Urteil EVG I 291/98 vom 22.01.1999, Erw. 1b).

⁸¹ BGE 120 V 368, Erw. 6b; 113 V 22, Erw. 4a; BGer Urteil 8C_461/2012 vom 04.09.2012, Erw. 2 und 4.1; BUCHER, Eingliederungsrecht, N 147f.; LOCHER, FS EVG, S. 411; RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, S. 192ff.; vgl. ferner die Übersicht zu Praxis und Lehre bei MURER, Stämpfli-Handkommentar, zu Art. 7-7b N 42.

⁸² Zur Praxis BGE 113 V 22, Erw. 4a; BGer Urteil 8C_461/2012 vom 04.09.2012, Erw. 2 und 4.1; BUCHER, Eingliederungsrecht, N 147f.; LOCHER, FS EVG, S. 411; RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, S. 192ff.; vgl. ferner die Übersicht zu Praxis und Lehre bei MURER, Stämpfli-Handkommentar, zu Art. 7-7b N 42.

Berufs- und Stellenwechsel, Wohnsitzwechsel, Einsatz der verbleibenden Einsatzkraft, eine selbstständige Beschaffung von Hilfsmitteln zur Reduktion des Hilfebedarfs, die Unterstützung von Familienangehörigen und das Zulassen medizinischer Eingriffe. Mit Blick auf die Krankenpflegeversicherung sind die Versicherten dafür verantwortlich, sich nach dem Eintritt der Behandlungsbedürftigkeit einer Behandlung zu unterziehen, Therapien nicht zu vernachlässigen und kein gesundheitsschädigendes Verhalten an den Tag zu legen⁸³.

71 Schadenminderung bzw. -verhinderung impliziert, dass ein Schaden akut droht oder ein solcher bereits eingetreten ist⁸⁴. Ausserdem gilt die Schadenminderungspflicht nur, soweit diese der versicherten Person sowie Dritten objektiv und subjektiv *zumutbar* ist⁸⁵, um die Folgen einer Krankheit⁸⁶ oder eines invalidisierenden Gesundheitszustandes soweit wie möglich zu mildern⁸⁷. Dies ist eine Auswirkung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes⁸⁸. Von der versicherten Person wird erwartet, dass sie alles ihr Zumutbare unternimmt, um einen drohenden Schaden zu verhindern oder einen bereits eingetretenen Schaden so gering wie möglich zu halten⁸⁹. Dabei ist der Umfang der zu treffenden Vorkehrungen, die einer versicherten Person zugemutet werden können, weit gezogen und beschlägt verschiedene Lebensbereiche⁹⁰. Zumutbarkeit bedeutet zunächst, dass die geschädigte Person die Möglichkeit besitzen muss, die Schadenminderungsmassnahme auszuüben. Sodann muss die Massnahme geeignet sein, zur Zielerreichung beizutragen. Unzumutbar aufgrund fehlender Eignung ist zum Beispiel die Forderung zur selbstständigen Ergreifung von Eingliederungsmassnahmen, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit feststeht, dass sie nicht zum erwünschten Erfolg beitragen, und somit auf die Erwerbsfähigkeit in keiner Form einwirken werden⁹¹.

72 Die Zumutbarkeit einer Schadenminderungsvorkehrung ist ferner nur gegeben, wenn sie wirksam und notwendig sind, um das Ziel der Kosteneinsparung zu erreichen sowie in einem angemessenen Verhältnis zu diesem stehen⁹². Unzumutbar ist beispielsweise, wenn die freie Wahl des Berufes, der Niederlassung oder des Arbeitsortes des Versicherungs-

⁸³ Vgl. BGE 105 V 176, E. 2; 118 V 107, Erw. 7b.

⁸⁴ NOVENTA, Genomisierte Prävention, N 123.

⁸⁵ LANDOLT, Zumutbarkeitsprinzip.

⁸⁶ BGE 105 V 176, Erw. 2; 118 V 107, Erw. 7b.

⁸⁷ BGE 120 V 368, Erw. 6b; 113 V 22, Erw. 4; BGer Urteil 9C_832/2007.

⁸⁸ KIESER, ATSG Kommentar, Vorbemerkungen, N 48.

⁸⁹ KIESER, Sozialversicherungsrecht, S. 204; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, S. 9; PÄRLI, Selbsteingliederung, S. 262; DUC, S. 244; LANDOLT, Angehörigenpflege, S. 470; KIESER, ATSG Kommentar, N 48; LOCHER, S. 415; GÄCHTER, Grundstrukturen, S. 67f.; MEYER, Krankheit, S. 20.

⁹⁰ MEYER/REICHMUTH, Art. 28 IVG N 5.

⁹¹ MEYER/REICHMUTH, Art. 7-7b IVG N 33.

⁹² Art. 21 Abs. 4 ATSG und Art. 55 Abs. 2 UVV; vgl. statt vieler EVG vom 10.04.2006 (I 563/05) E. 3; MURER, Grundrechtsverletzungen, S. 184ff.; DERSELBE, verfassungskonforme Auslegung, S. 321ff.; SCHÜRER, Grundrechtsbeschränkungen, S. 3ff.; LANDOLT, Schadenminderungspflicht, S. 221.; MEYER/REICHMUTH, Rechtsprechung, zu Art. 8 N 25ff.

nehmers nicht mehr garantiert ist⁹³. Die Anstrengung, welche der Versicherte zu erbringen hat, darf nicht grösser sein, als die Schadenminderung, die dadurch erlangt wird.⁹⁴ Je höher die Inanspruchnahme einer Versicherungsleistung ist, desto strenger sind die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht⁹⁵. Hoch sind die Anforderungen an die Schadenminderung zum Beispiel dann, wenn der Verzicht auf schadenmindernde Vorkehrungen Rentenleistungen der Invalidenversicherung auslösen oder zu einer grundlegend neuen Eingliederung Anlass geben würden. Umgekehrt sinken die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht, je gewichtiger das geschützte Grundrechtsgut ist, beispielsweise wenn es um den Zuspruch oder die Adaptation einzelner Eingliederungsleistungen geht, welche auf menschen- und grundrechtliche geschützte Betätigungen des Versicherten zurückzuführen sind⁹⁶.

2.2 Schadenminderungspflicht mit Bezug zur PID

a) *Unterlassung der PID als Verstoss gegen die Schadenverhütungspflicht?*

Im vorliegenden Gutachten von Interesse ist die Beantwortung der Frage, ob der Verzicht eines Paares, das PID-Verfahren zu nutzen oder der Entscheid, trotz positivem PID-Test die befruchtete Eizelle einzupflanzen und das Kind auszutragen, die Versicherer berechnen könnte, die Versicherungsleistung vollständig oder teilweise zu verweigern⁹⁷. 73

Die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen „genomisierten Schadenverhütungspflicht“ ist mit Blick auf IV-Leistungen für Geburtsgebrechen nach Art. 13ff. IVG von Relevanz. 74
Versicherte haben bis zum vollendeten 20. Altersjahr Anspruch auf die zur Behandlung von Geburtsgebrechen notwendigen medizinischen Massnahmen⁹⁸. Die Frage stellt sich aber auch für die obligatorische Krankenpflegeversicherung, die von den Eltern für ihr erkranktes Kind abgeschlossen wird. Auch hier könnte argumentiert werden, dass mit Hilfe der genomisierten Schadenverhütung Paare zur Kostenverhinderung beitragen, indem sie durch die PID sicherstellen, dass nur eine nicht genetisch vorbelastete befruchtete Eizelle ausgewählt wird.

Zunächst bedingt Schadenverhütung durch genetische Untersuchungen, dass ein Schaden akut droht oder ein solcher bereits eingetreten ist. Daher kommen in Bezug auf genetische Untersuchungen von vorneherein nur diejenigen Fälle für eine Pflicht zur Schadenverhütung in Betracht, bei denen ein dringender Verdacht auf eine Erbkrankheit besteht. PID- 75

⁹³ DUC, S. 244; BGE 113 V 22, Erw. 4d.

⁹⁴ DUC, S. 123.

⁹⁵ BGE 113 V 22, Erw. 4d; BGer Urteil 9C_236/2009 vom 7.10.2009, Erw. 4.2.

⁹⁶ J.M. DUC, S. 123; MEYER/REICHMUTH, Rechtsprechung, zu Art. 8 N 24; BGE 135 I 161; 134 I 105; 121 V 8; 118 V 206; 113 V 22.

⁹⁷ NOVENTA, Genomisierte Prävention, N 122.

⁹⁸ MEYER/REICHMUTH, Rechtsprechung zu Art. 13 N 1ff.

relevante familiäre Vorbelastungen, aufgrund derer möglicherweise eine schwere Krankheit auf die Nachkommen übertragen wird, die nicht anders abgewendet werden kann, gehören zu diesen verdächtigen Erbkrankheiten. Inwiefern diese Krankheiten auch akut drohen, müsste jeweils individuell abgeklärt werden.

76 Auch bei akut drohenden Krankheiten muss jedoch im Bereich der Sozialversicherungen immer die *Freiwilligkeit der Einwilligung* zu einem Gentest gewährleistet sein⁹⁹. Genetische Untersuchungen dürfen bei Personen gemäss Art. 10 Abs. 1 GUMG nur durchgeführt werden, wenn sie einem medizinischen Zweck dienen und das Selbstbestimmungsrecht nach Art. 18 GUMG gewahrt wird. Gemäss Art. 18 GUMG muss eine Person frei entscheiden können, ob eine genetische Untersuchung durchgeführt werden soll (Abs. 1 lit. a), ob sie das Untersuchungsergebnis zur Kenntnis nehmen will (lit. b), und welche Folgerungen sie aus dem Untersuchungsergebnis ziehen will (lit. c). Erfolgt die PID-Untersuchung eines Paares auf Druck eines künftig drohenden Leistungsverlusts der Versicherung, ist die Selbstbestimmung de facto gefährdet. Auch liesse sich eine genomisierte Schadenminderungspflicht gemäss Art. 10 GUMG mit dem Erfordernis des medizinischen Zweckes nur schwerlich vereinbaren.

77 Darüber hinaus ist die Verpflichtung, sich durch die PID einer genetischen Analyse zu unterziehen, in Anbetracht des völker- und verfassungsmässigen Rechts auf Nichtwissen für die Betroffenen unzumutbar, da sich dieses nicht gegen rein finanzielle Interessen von Sozialversicherungen abwägen lässt¹⁰⁰. Insbesondere im Hinblick auf niedrig-penetrante Mutationen könne der teils sehr beschränkte finanzielle Nutzen im Sinne der Verhältnismässigkeit gegenüber dem Grundrechtseingriff nicht bestehen. Ausserdem hat das Bundesgericht im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung festgehalten, dass Versicherer bezüglich Krankheitsfolgen, die auf ein Wagnis zurückzuführen sind, keine Leistungskürzungen vornehmen dürfen¹⁰¹.

78 Die Zusammenhänge zwischen genetischer Prädisposition, Krankheit und Prävention sind insgesamt betrachtet zu komplex, um den Versicherten bzw. Dritten wie den Eltern der Versicherten eine zumutbare und sinnvolle Schadenverhütungspflicht aufzuerlegen¹⁰². Die Schadenverhütungspflicht darf nicht dazu führen, dass Paare mit Kinderwunsch de facto gezwungen sind, eine PID vorzunehmen, oder bei einem positiven PID-Test auf die Einpflanzung des Kindes in die Gebärmutter zu verzichten, um künftige Leistungskürzungen im Rahmen der Sozialversicherungen nicht ertragen bzw. finanziell nicht selbst tragen zu müssen. Vielmehr ist es in Abwägung aller Interessen der Solidargemeinschaft der Sozialversicherungen zuzumuten, für Leistungen aufzukommen, die möglicherweise

⁹⁹ BBl 2002, 7402.

¹⁰⁰ LANDOLT, Schadenminderungspflicht.

¹⁰¹ WYLER, Moral Hazard, S. 227; BGE 124 V 356, Erw. 2d.

¹⁰² RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, S. 271.

durch genetische Untersuchungen und entsprechende Prävention hätten verhindert werden können.

Ausserdem darf die Interpretation der Schadenminderungspflicht nicht dazu führen, dass ein Werturteil über menschliche Lebensformen und deren Schutzwürdigkeit gefällt wird¹⁰³. Vielmehr ist die Interpretation der Schadenverhütungspflicht in einer Weise vorzunehmen, die eine selbstbestimmte Reproduktion ohne Kategorisierung ermöglicht und dabei Spielraum für die Vielfalt menschlichen Lebens und eine Grundhaltung der Inklusion ohne Bewertung von Krankheit und Behinderung gewährleistet. Dies entspricht den in Art. 3 verankerten Grundsätzen der BRK zur Achtung der Würde (lit. a), der Nichtdiskriminierung (lit. b), der vollen und wirksamen Teilhabe an der Gesellschaft (lit. c) sowie der „Achtung vor der Unterschiedlichkeit von Menschen mit Behinderungen und die Akzeptanz dieser Menschen als Teil der menschlichen Vielfalt und der Menschheit“ (lit. d). 79

Daher wäre auch umgekehrt die ökonomische Belohnung von Versicherten, die die genetische Verantwortung wahrnehmen, menschen- und grundrechtlich höchst problematisch¹⁰⁴. Gemäss NOVENTA könnte sich mit dieser zunehmenden Genomisierung der Medizin die Aufgabenteilung zwischen Solidargemeinschaft und Eigenverantwortung zulasten von Menschen mit Behinderung bzw. entsprechender genetischer Prädisposition allmählich verschieben¹⁰⁵. 80

b) *Erhöhte familiäre Unterstützungspflicht in Folge unterlassener PID?*

Über die Frage der „genomisierten Schadenverhütungspflicht“ hinaus ist zu prüfen, ob eine in Folge der PID-Liberalisierung befürchtete Abnahme gesellschaftlicher Solidarität gegenüber Menschen mit Behinderung Auswirkungen auf die Praxis zur Schadenminderungspflicht haben kann, die zu *Nachteilen für Angehörige* führen. Konkret geht es um die Frage, ob sich dadurch die Anforderungen an Familienmitglieder erhöhen, die Versicherten in der Haushaltsführung, der Betreuung und Erziehung von Kindern und der Ernährung zu unterstützen, um Leistungen der Invalidenversicherung im Rahmen der Invaliditätsbemessung, der Bemessung der Entschädigung wegen Hilflosigkeit bzw. Leistungen der Spitex und Assistenzleistungen zu mindern¹⁰⁶. Ebenfalls betroffen sind Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung. 81

¹⁰³ Vgl. mit Bezug zur PND auch BRAUER ET AL., XIV.

¹⁰⁴ HUMBEL NÄF, Eigenverantwortung, S. 179.

¹⁰⁵ NOVENTA, Genomisierte Prävention, N 125. Nach SCHÖFFSKI wäre bereits damit der Grundstein für eine „Diktatur der paternalistischen Intervention“ gelegt (SCHÖFFSKI, Gendiagnostik, S. 194).

¹⁰⁶ BGE 133 V 509; vgl. ferner SVG FR Urteil 65 2012 481 vom 04.02.2015; KGE SV BL Urteil 720 12 2012 vom 21.12.2012.

82 In erster Linie richtet sich die Schadenminderungspflicht nach dem Zustand der versicherten Person und nicht nach ihren Wohn- und Familienverhältnissen¹⁰⁷. Wenn jedoch eine Ausschöpfung der Möglichkeiten der versicherten Person unter Berücksichtigung der Zumutbarkeit¹⁰⁸ vorliegt und damit der Hilfsbedarf durch Dritte festgestellt ist, wird die tatsächlich erbrachte Mithilfe von Familienmitgliedern als Frage der Schadenminderungspflicht bzw. Pflicht zur Selbsteingliederung geprüft¹⁰⁹. Die Schadenminderungslast betrifft somit faktisch auch die familiäre Beistandspflicht¹¹⁰. Angehörige werden für die jeweilige IV-Leistungsfrage sowie die obligatorische Krankenpflegeversicherung in eine ausgeweitete Schadenminderungspflicht einbezogen¹¹¹. Die versicherte Person ist verpflichtet, im üblichen Umfang die Mithilfe von Familienangehörigen in Anspruch zu nehmen¹¹². Dabei geht die „Pflicht“ zur Mithilfe von Familienangehörigen im Haushalt weiter¹¹³, als die ohne Gesundheitsschädigung üblicherweise zu erwartende Unterstützung¹¹⁴.

83 Mögliche Entwicklungen in der Praxis zur Schadenminderung hängen nach geltender Praxis u.a. davon ab, „was in der sozialen Realität üblich und zumutbar ist, unabhängig davon, ob eine Mithilfe rechtlich durchsetzbar ist“¹¹⁵. Bereits heute wird von Familienmitgliedern mehr Unterstützung erwartet, als üblicherweise ohne Gesundheitsschädigung erwartet werden würde¹¹⁶. Mit Blick auf die Bemessung des Assistenzbeitrages besteht in Art. 30g Abs. 2 lit. b IVV gar eine gesetzliche Regelung zur Schadenminderung durch familiären Beistand. Demnach erhält eine versicherte Person, die mit einer anderen Person, mit der sie verheiratet ist oder in eingetragener Partnerschaft lebt oder eine faktische Lebensgemeinschaft führt oder in gerader Linie verwandt ist und im selben Haushalt lebt, das Elffache des Assistenzbeitrags pro Monat. Alle übrigen erhalten das Zwölfache¹¹⁷. Denn nahen Angehörigen ist es gemäss Gesetzgeber zuzumuten, dass sie gewisse Hilfeleistungen auch ohne Ersatz durch die Sozialversicherungen erbringen. Den Angehörigen darf durch die Hilfeleistung jedoch keine unverhältnismässige Belastung entstehen.

¹⁰⁷ BLUM, Pflege, N 59.

¹⁰⁸ Zur Praxis der Schadenminderung vgl. BLUM, Pflege, N 59.; BGE 133 V 509, Erw. 4.2.; KGE FR 605 2012 481 vom 4. Februar 2015.

¹⁰⁹ BGer Urteil 9C_410/2009 vom 1. April 2010, Erw. 5.1; BGE 133 V 504, Erw. 4.2; BGer Urteil I 609/06 vom 10.09.2007, Erw. 5.5; BUCHER, Eingliederungsrecht, N 150f.

¹¹⁰ LANDOLT, Zumutbarkeitsprinzip, N 113ff.

¹¹¹ HÜRZELER, Rechtsprechung 2006 / 2007, S. 23; LANDOLT, Zumutbarkeitsprinzip, N 115f.; BLUM, Pflege, N 58.

¹¹² KGE SV 720 12 2012 vom 21. Dezember 2012, E. 7.2. Damit beachtet das Bundesgericht nicht nur die Leistungsfähigkeit der versicherten Person, sondern auch die der übrigen Familiengemeinschaft (BLUM, Pflege, N 60).

¹¹³ Mit Verweis auf Urteil 8C_42/2010 vom 27. Mai 2010, E. 3.3; ferner BGer Urteil 8C_42/2010 vom 27. Mai 2010, Erw. 3.3 und BGE 133 V 504, Erw. 4.2 m.w.H.; ferner Cour de justice Genève, arrêt du 01 décembre 2014 1227/2014, consid. 10g.

¹¹⁴ Mit Verweis auf BGE 133 V 504, Erw. 4.2 m.w.H.

¹¹⁵ BGE 133 V 504, Erw. 4.2.

¹¹⁶ WEHRLI, N 42; BGE 133 V 504, Erw. 4.2.

¹¹⁷ Erläuterungen Assistenzbeitrag, S. 19; BGer Urteil 8C_225/2014 vom 21. November 2014, E. 8.4.1.

Bezüglich der Anforderungen an die Mitarbeit von Familienangehörigen ist stets danach zu fragen, wie sich eine vernünftige Familiengemeinschaft einrichten würde, wenn keine Versicherungsleistungen zu erwarten wären¹¹⁸. Allerdings müssen auch hier objektive Massstäbe berücksichtigt werden. Familienangehörige dürfen nicht unverhältnismässig belastet werden¹¹⁹. Beispielsweise muss eine Erwerbseinbusse von Angehörigen nicht in Kauf genommen werden¹²⁰. Ausserdem wäre es aus Sicht der Verhältnismässigkeit äusserst bedenklich, wenn ein Elternpaar faktisch zwischen einer erhöhten Bereitschaft des familiären Beistandes oder einer PID entscheiden muss, einzig um Leistungseinbussen zu verhindern (vgl. Rz.77). Dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei einer möglichen Veränderung der gesellschaftlichen Solidaritätsvorstellungen in Folge der PID-Liberalisierung sich nicht auch die gesellschaftlichen Erwartungen an die familiäre Unterstützungspflicht in einer Weise ändern könnten, dass Angehörige von Menschen mit Behinderung im Rahmen der Schadenminderungslast verstärkt in die Verantwortung genommen werden.

c) *Weitere PID-bedingte Erhöhungen der Schadenminderungslast?*

Nicht auszuschliessen ist, dass sich künftig die Anforderungen der Schadenminderungslast in Folge der PID-Liberalisierung auch in anderen Bereichen als der familiären Unterstützungspflicht erhöhen. Denkbar ist dies etwa hinsichtlich der Anforderungen an einen Berufs- und Stellenwechsel¹²¹, Wohnsitzwechsel¹²², Einsatz der verbleibenden Einsatzkraft, an die Zulassung eines medizinischen Eingriffs, an die Beschaffung von Hilfsmitteln zur Reduktion des Hilfebedarfs¹²³ sowie in Bezug auf die Überwindbarkeit einer Krankheit¹²⁴. Derzeit gibt die Praxis jedoch keinen Anhaltspunkt einer solchen Entwicklung; Rechtsprechung und Lehre haben aufgrund der gesamten subjektiven wie auch objektiven Gegebenheiten des Einzelfalles zu entscheiden, die für alle gelten¹²⁵.

Aus menschen- und grundrechtlichen Überlegungen verboten ist die Benachteiligung von Personen, die unter der neuen gesetzlichen Regelung des revFMedG gezeugt wurden und eine Krankheit aufweisen, die durch die PID hätte erkannt werden können. Dies würde

¹¹⁸ Urteil BGer 9C_410/2009 vom 1. April 2010, Erw. 5.5; Cour de justice Genève, arrêt du 01 décembre 2014 1227/2014, Erw. 10g; BGer Urteil 9C_687/2014 du 30. mars 2015, Erw. 4.2.2; BGE 133 V 504 E. 4.2.

¹¹⁹ BGer Urteil 9C_410/2009 vom 1. April 2010, Erw. 5.5.; BGer Urteil 9C_696/2013 vom 12. Dezember 2013, Erw. 2.3.2; ferner BLUM, Pflege, N 59.

¹²⁰ Mit Verweis auf BGE 133 V 504, Erw. 4.2.

¹²¹ In Bezug auf die Taggeldversicherer gestützt auf Art. 6 Satz 2 ATSG (KGE SV vom 16. April 2007, 37 05 287; vgl. ferner KGE GR Urteil S 13 32 vom 21. Oktober 2014).

¹²² Vgl. MEYER/REICHMUTH, Art. 28 IVG N 5; BGE 113 V 22, Erw. 4d; J.M. DUC, S.123, 245.

¹²³ BLUM, Pflege.

¹²⁴ Zur Entwicklung der Praxis der Überwindbarkeit vgl. u.a. BGE 130 V 352, BGer Urteil 9C_492/2014; 8C_590/2015; vgl. auch MOSIMANN, S. 185ff.

¹²⁵ BGer Urteil 9C_819/2013. Mit Blick auf einen Arbeits- und Berufswechsel vgl. BGE 130 V 101; 134 V 23; 114 V 290; BGer Urteil 9C_141/2009, Erw. 2.1.1.; Locher, Schadenminderungspflicht, S. 425f.; KIESER, ATSG Kommentar, zu Art. 6 N 78; in Bezug zur Hilflosenentschädigung vgl. BGE 117 V 149; 106 V 159; BGer 9C_633/2012, Erw. 4.2.2.

eine Verletzung des völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes bedeuten, da sich eine generelle Ungleichbehandlung zwischen PID-relevanten Erkrankungen und anderen Erkrankungen sachlich nicht rechtfertigen lässt. Ausserdem käme dies einer faktisch erheblichen Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts und des Rechts auf Nichtwissen gleich, da die betroffenen Paare de facto zwischen einer PID-Untersuchung oder einer Benachteiligung wählen müssen¹²⁶.

3. Diskriminierungsschutz in der Privatversicherung

3.1 Vertragsfreiheit und Risikoselektion

87 Im Bereich der Privatversicherung sind die Versicherer gestützt auf die Vertragsfreiheit grundsätzlich frei, den Abschluss eines Versicherungsvertrags zu verweigern oder ihn zu vergleichsweise schlechteren Bedingungen abzuschliessen¹²⁷. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit nach Art. 27 BV zählt zu den zentralen privatrechtlichen Grundfreiheiten¹²⁸, der auch für Versicherungsverträge gilt¹²⁹. Die Vertragsfreiheit beinhaltet u.a. die Freiheit, einen bestimmten Vertrag mit einem bestimmten Partner abzuschliessen (positive Abschluss- und Partnerwahlfreiheit) oder nicht abzuschliessen (negative Abschluss- und Partnerwahlfreiheit)¹³⁰. Ausserdem kann der Inhalt eines Vertrags nach eigenem Gutdünken festgelegt werden, soweit dies nicht zu einem unmöglichen¹³¹, rechtswidrigen¹³² oder unsittlichen¹³³ Ergebnis führt, der den Vertrag gemäss Art. 19 und 20 OR vollständig oder teilweise nichtig macht¹³⁴.

88 Nach geltender Rechtslage sind private Taggeld-, Kranken-, Lebens- und Unfallversicherer berechtigt, für die Risikoeinschätzung Informationen über den Gesundheitszustand der Antragstellenden zu erheben¹³⁵. Die Fragen der Versicherer müssen nach dem Vertrauensprinzip klar und unzweideutig sein¹³⁶. Auf Nachfrage hat die antragstellende Person gemäss Art. 4 VVG dem Versicherer alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen schriftlich mitzuteilen¹³⁷, soweit und so wie sie ihr beim Vertragsabschluss be-

¹²⁶ Vgl. die Ausführungen in Rz 73ff. Unterlassung der PID als Verstoss gegen die Schadenverhütungspflicht?.

¹²⁷ BRULHART, Droit des assurances privées, N 260ff.; FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, N 5.1-5.3.

¹²⁸ Vgl. BGE 129 III 276, 281.

¹²⁹ BGer Urteil 5C.41/2001 vom 03.07.2001, Erw. 2b bb; 5P.97/2006 vom 01.06.2006, Erw. 3.3; BSK VVG Nachf.Bd.-STOESSEL, Allgemeine Einleitung ad N 15.

¹³⁰ FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, N 5.2.

¹³¹ Vgl. BGer Urteil 5C.254/2004 vom 8.6.2005.

¹³² Vgl. BGE 134 III 438, 442; 119 II 222, 224.

¹³³ Vgl. BGE 123 III 101, 102.

¹³⁴ BSK OR I-HUEGENIN/MEISE, zu Art. 19/20 N 52ff.

¹³⁵ FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, N 6.116ff.; BRULHART, Droit des assurances privées, N 423ff.; KUHN/MÜLLER-STUDER/ECKERT, Privatversicherungsrecht, S. 226ff.

¹³⁶ BGer Urteil 5C.240/2001 vom 13.12.2001; 5c.2007/1998 vom 21.1.1999; 4A_381/2008 vom 24.11.2008.

¹³⁷ Zu den Gefahrstatischen vgl. BGE 116 II 338, 339; 108 II 143, 146; 134 III 511, E. 3.3.2; BGer Urteil 9C_194/2008, 9C_194/2008, Erw. 3.1.2; zur Kasuistik BGer Urteil 9C_179/2008 vom 30.10.2008, Erw. 3.3.1; 9C_199/2008 vom 19.11.2008, Erw. 3.2 und 3.4; BGer Urteil B 83/03, E. 3; BGer Urteil 9C_66/2008 vom 24.06.2008, Erw. 4.5; BGer 4A_473/2010 vom 25.01.2011, Erw. 3.

kannt sind oder bekannt sein müssen¹³⁸. Erheblich sind diejenigen Gefahrstatsachen, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen, einen Einfluss auszuüben¹³⁹. Vorerkrankungen und Erkrankungen gehören zu diesen anzeigepflichtigen Gefahrenumständen, soweit sie auch tatsächlich ein erhöhtes Schadensrisiko darstellen¹⁴⁰.

Die gerade beschriebenen Modalitäten zur Risikotarifizierung und Risikoselektion im Bereich der Privatversicherung finden ihre Grenzen in rechtlichen Bestimmungen zum Schutz vor Diskriminierung aufgrund einer Behinderung und (chronischen) Krankheit oder aufgrund des genetischen Status. Diese Rechtsgrundlagen werden vorerst allgemein dargestellt, anschliessend wird der PID-Bezug herausgearbeitet. 89

3.2 Gesetzlicher Diskriminierungsschutz

Für den Schutz vor Diskriminierung aufgrund der gesundheitlichen Situation sind folgende gesetzlichen Grundlagen von Bedeutung: das polizeirechtliche Missbrauchs- bzw. Benachteiligungsverbot im Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (VAG)¹⁴¹; das privatrechtliche und verwaltungsrechtliche Verbot genetischer Diskriminierung im Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG); das privatrechtliche Diskriminierungsverbot im Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiG); sowie die allgemeinen Grundsätze und Generalklauseln des Privatrechts wie insbesondere der Grundsatz der guten Sitten, Treu und Glauben und der Persönlichkeitsschutz. In Erinnerung zu rufen ist, dass diese Bestimmungen allesamt im Lichte der BRK, namentlich Art. 25 (Zugang zur Versicherung ohne Nachteile) ausgelegt werden müssen. 90

a) *Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (VAG)*

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA hat nach VAG die Aufgabe, Versicherte gegen Missbräuche der Versicherer im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. f und g VAG zu schützen¹⁴² und gegen Missstände einzuschreiten¹⁴³; vorausgesetzt für das aufsichtsrechtliche Einschreiten ist eine konkrete Missbrauchsgefahr¹⁴⁴. Ein Fehlverhalten eines Versicherers gegenüber einer versicherten Person gilt als missbräuchlich, wenn es sich wieder- 91

¹³⁸ BGE 118 II 333, 337; 109 II 60; 101 II 339; BGer Urteil 9C_199/2008 vom 19.11.2008.

¹³⁹ BGE 116 II 338, 342f.; 99 II 67, 83; zur Vermutung der Erheblichkeit s. BGer Urteil 4A_543/2008 vom 28.1.2009; 5C.262/2006 vom 28.5.2008; BGE 108 II 143, 148.

¹⁴⁰ BRULHART, Droit des assurances privées, N 423ff.; BGE 108 II 143; BGer Urteil 5C.207/1998 vom 21.1.1999; 4A_381/2008 vom 24.11.2008; 5C.43/2004 vom 09.08.2004, E. 6.2.

¹⁴¹ Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz), SR 961.01.

¹⁴² Art. 1 Abs. 2, 46 Abs. 1 lit. f VAG i.V.m. Art. 98 Abs. 3 BV; BVGer B-6395/2007 vom 17.07.2008, E. 2.4.2.

¹⁴³ Art. 46 Abs. 1 lit. g VAG.

¹⁴⁴ BSK VVG- DU PASQUIER/MENOUD, zu Art. 44 N 24.

holt oder einen breiten Personenkreis betreffen könnte¹⁴⁵. Konkretisiert wird der Missbrauch beispielhaft in Art. 117 AVO¹⁴⁶. Als Missbrauch gemäss Art. 117 Abs. 2 AVO gilt die Benachteiligung einer versicherten oder anspruchsberechtigten Person durch eine juristisch oder eine versicherungstechnisch nicht begründbare Ungleichbehandlung¹⁴⁷. Allerdings zielt die Bestimmung nicht auf leichte Bevorzugungen von einzelnen Versicherten ab; als missbräuchlich gelten lediglich grobe Ungleichbehandlungen der Versicherten¹⁴⁸. Missbräuchlich ist etwa der sachlich unbegründete Ausschluss von Gruppen vom Versicherungsschutz¹⁴⁹ wie die Benachteiligung von Menschen mit bestimmten Krankheitsdispositionen oder mit Behinderung, ohne versicherungsmathematischen Nachweis eines erhöhten Schadenrisikos. Ebenfalls missbräuchlich ist eine entsprechende Ungleichbehandlung im Rahmen der Vertragskonditionen¹⁵⁰. Von der Gerichtspraxis nicht abschliessend geklärt, sind die Anforderungen an den Massstab der Rechtfertigung einer benachteiligenden Ungleichbehandlung.

92 Mit Blick auf das Merkmal der Staatsangehörigkeit hat das BUNDESAMT FÜR JUSTIZ die Anforderungen an die Rechtfertigung bei der Prämiendifferenzierung in der Motorfahrzeughaftpflichtversicherung konkretisiert¹⁵¹. Wenn die Staatsangehörigkeit bei der Tarifierung selektiv für einzelne Nationalitäten berücksichtigt wird, oder wenn die konkrete Tarifgestaltung in ihren Auswirkungen auf eine diskriminierungsverdächtige Ungleichbehandlung einer bestimmten nationalen Versichertengruppe hinausläuft, liegt eine diskriminierungsverdächtige Ungleichbehandlung vor, die mit *qualifizierten* Gründen gerechtfertigt werden muss. Eine Ungleichbehandlung muss geeignet und erforderlich sein, um den versicherungsmathematisch signifikanten Schaden für das Versicherungskollektiv zu verhindern, sodann hat sie unter Abwägung aller Interessen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu genügen, d.h. die Benachteiligung darf für die Versicherungsnehmerin bzw. den Versicherungsnehmer keine unzumutbaren Folgen haben¹⁵². Dabei bemisst sich die Strenge der Anforderungen an die Zumutbarkeit einer Benachteiligung gemäss einem Gutachten von BERNHARD WALDMANN unter anderem anhand der Schwere des Risikos sowie der Gefahr der Aufrechterhaltung gesellschaftlicher Stereotype und diskriminierender Einstellungen und Verhaltensweisen¹⁵³.

¹⁴⁵ Botschaft VAG, 3828.

¹⁴⁶ Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung), SR 961.011.

¹⁴⁷ BGE 138 III 411; vgl. auch Botschaft VAG, 3828; WEBER/UMBACH, § 6 N 155, 157 und 161; HARTMANN, S. 29ff; BSK VAG- DU PASQUIER/MENOUD, zu Art. 46 N 36ff, insb. 53; zur Kritik am Missbrauchstatbestand aus Sicht der Wirtschaftsfreiheit vgl. FUHRER, Neuerungen, S. 94f.; WEBER/UMBACH, zu § 6 N 159f.

¹⁴⁸ BURKI/PFUND/WALDMEIER, S. 70 m.V.; WEBER/UMBACH, zu § 6 N 157.

¹⁴⁹ Art. 117 Abs. 1 AVO.

¹⁵⁰ BSK VAG- DU PASQUIER/MENOUD, zu Art. 46 N 53; WALDMANN, Autoversicherungsprämien, S. 63ff.; NAGUIB, Dienstleistung, N 702; BGE 131 I 185 E. 324; 138 III 411; kritisch KALBERMATTEN, Gleichbehandlungsgebot, S. 89-95.

¹⁵¹ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Tarifierung, S. 84ff.

¹⁵² BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Tarifierung, S. 80f.

¹⁵³ WALDMANN, Autoversicherungsprämien, S. 64.

Gutachten oder entsprechende Gerichtspraxis zur Frage der aufsichtsrechtlichen Beurteilung der Risikodifferenzierung nach Behinderung bzw. Behinderungsarten liegen nicht vor. Jedoch kann gestützt auf die im völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsschutz entwickelten Grundsätze zu den menschenrechtlichen Schutzpflichten sowie zum objektiv-rechtlichen Schutzgehalt der Grundrechte¹⁵⁴ festgehalten werden, dass das Missbrauchsverbot nach Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG im Lichte der BRK sowie der BV ausgelegt werden muss. Gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. e BRK haben die Vertragsstaaten alle geeigneten Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung aufgrund von Behinderung durch private Unternehmen zu ergreifen. Unter anderen haben sie die Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen in der Krankenversicherung und in der Lebensversicherung zu verbieten (Art. 25 lit. e BRK). Daher ist eine Benachteiligung aufgrund einer Behinderung nach Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG qualifiziert zu begründen, wobei die Anforderungen an die Rechtfertigung umso höher liegen, je grösser das Potenzial der Ausgrenzung und Stigmatisierung der betroffenen Gruppe(n) ist. 93

b) *Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG)*

Art. 4 GUMG verbietet in allgemeiner Form die Diskriminierung aufgrund des Erbgutes¹⁵⁵. Für den Versicherungs- und Arbeitsbereich hat der Gesetzgeber in den Art. 21 ff GUMG besondere Schutzbestimmungen erlassen. So dürfen nach Art. 21 GUMG bei der Begründung oder während der Dauer des Arbeitsverhältnisses Arbeitgeber und seine Vertrauensärztin oder sein Vertrauensarzt keine präsymptomatischen genetischen Untersuchungen verlangen, keine Offenlegung von Ergebnissen aus früheren präsymptomatischen genetischen Untersuchungen verlangen oder solche Ergebnisse verwerten und keine genetischen Untersuchungen verlangen, mit denen persönliche Eigenschaften einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers erkannt werden sollen, die nicht die Gesundheit betreffen. Ausnahmen sind nur für präsymptomatische genetische Untersuchungen zur Verhütung von Berufskrankheiten und Unfällen erlaubt, wobei die in den Art. 22 – 25 GUMG genannten, sehr restriktiven Voraussetzungen erfüllt sein müssen und Verfahrensvorschriften einzuhalten sind¹⁵⁶. 94

Bezüglich Versicherungen hält Art. 26 GUMG fest, dass als Voraussetzung für die Begründung eines Versicherungsverhältnisses weder präsymptomatische noch pränatale genetische Untersuchungen verlangt werden dürfen¹⁵⁷. Ausserdem dürfen nach Art. 27 GUMG Versicherer von den antragstellenden Personen weder die Offenlegung von Ergebnissen aus früheren präsymptomatischen oder pränatalen genetischen Untersuchungen oder Untersuchungen zur Familienplanung verlangen noch solche Ergebnisse verwerten. 95

¹⁵⁴ Vgl. die Ausführungen unter Rz. 35-37, 42 und 46.

¹⁵⁵ Vgl. ausführlich RIEDER, Genetische Untersuchungen; VON KAENEL, S. 145; PÄRLI, GUMG, S. 62f.

¹⁵⁶ Zu den arbeitsrechtlichen GUMG-Bestimmungen siehe hinten, Rz 112 ff.

¹⁵⁷ Zum Ganzen PÄRLI, Genetische Untersuchungen, S. 87.

96 Das Offenlegungs- und Verwertungsverbot ist auf die in Art. 27 GUMG aufgelisteten Versicherungen begrenzt. Das sind namentlich die Sozialversicherungen nach dem Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (lit. a), die berufliche Vorsorge im obligatorischen und im überobligatorischen Bereiche (lit. b), Versicherungen betreffend die Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfalle oder bei Mutterschaft (lit. c), Lebensversicherungen mit einer Versicherungssumme von höchstens 400'000 Franken (lit. d) und freiwillige Invaliditätsversicherungen mit einer Jahresrente von höchstens 40'000 Franken (lit. e).

97 Für die übrigen Privatversicherungen wie insbesondere die Zusatzversicherung zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung und Lebensversicherungen mit einer Versicherungssumme über 400 000 Franken gilt lediglich das Untersuchungsverbot. Hingegen ist es bei diesen Versicherungen in den Schranken von Art. 28 GUMG erlaubt, nach Ergebnissen früherer genetischer Untersuchungen zu fragen, das heisst u.a., dass die betreffende Untersuchung technisch und in der medizinischen Praxis zuverlässige Ergebnisse liefern und der wissenschaftliche Wert der Untersuchung für die Prämienberechnung nachgewiesen sein muss.

c) *Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiG)*

98 Gemäss Art. 6 BehiG dürfen Private, die Dienstleistungen öffentlich anbieten, Behinderte nicht auf Grund ihrer Behinderung diskriminieren¹⁵⁸. Unter Dienstleistungen fallen auch Leistungen im Bereich der Privatversicherung. Als behindert im Sinne von Art. 1 BehiG gilt jede Person, der es eine voraussichtlich dauernde körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung erschwert oder verunmöglicht, alltägliche Verrichtungen vorzunehmen, soziale Kontakte zu pflegen, sich fortzubewegen, sich aus- und fortzubilden oder eine Erwerbstätigkeit auszuüben. PID-relevante Krankheiten fallen regelmässig unter den Behinderungsbegriff im Sinne des BehiG, soweit diese mit erheblichen und dauerhaften Einschränkungen verbunden sind, was in der Regel der Fall ist¹⁵⁹.

99 Eine Diskriminierung im Sinne des BehiG liegt vor, wenn Menschen mit Behinderung besonders krass unterschiedlich und benachteiligend behandelt werden mit dem Ziel oder der Folge, sie herabzuwürdigen oder auszugrenzen¹⁶⁰. In diesem Zusammenhang von Bedeutung ist etwa der *Grundsatzentscheid 5P.97/2006* aus dem Jahre 2006, in welchem das Bundesgericht über die Ablehnung einer Zusatzversicherung zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung aus gesundheitlichen Gründen zu befinden hatte. Der Beschwerdeführer, der aufgrund einer Tetraplegie auf den Rollstuhl angewiesen ist, wehrte sich gegen die Verweigerung einer Spitalzusatzversicherung. Demgegenüber argumen-

¹⁵⁸ Art. 6 BehiG.

¹⁵⁹ Zum Verhältnis von Krankheit und Behinderung vgl. PÄRLI/NAGUIB, chronische Krankheit.

¹⁶⁰ Art. 2 lit. d BehiV; ausführlich SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 298ff.; NAGUIB/PÄRLI/COPUR/STUDER, N 632ff.

tierte das Versicherungsunternehmen, dass bei Behinderungen, wie sie der Beschwerdeführer aufweist, erfahrungsgemäss ein stark erhöhtes Schadensrisiko bestehe. Das Bundesgericht lehnte die Beschwerde wegen Verletzung von Art. 6 BehiG ab. Es hält in seinen Erwägungen fest, dass das BehiG keine Pflicht zum Abschluss einer Versicherung vorsehe. Auch verpflichte das behindertengleichstellungsrechtliche Diskriminierungsverbot gemäss Art. 6 BehiG Private nicht dazu, bestimmte positive Massnahmen zur Beseitigung von tatsächlichen Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen zu ergreifen oder auf Differenzierungen zwischen Kunden zu verzichten.

Am Urteil wird kritisiert, dass in der gerichtlichen Begründung nicht darauf eingegangen werde, welche Anforderungen an die Daten zu stellen sind, die das beklagte Versicherungsunternehmen über das mutmasslich erhöhte Schadensrisiko als sachlichen Grund vorbringe¹⁶¹. Führe die Risikodifferenzierung in der Praxis privater Versicherer dazu, dass Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller aufgrund ihrer Behinderung von bestimmten Zusatzversicherungen ausgeschlossen werden, müsse dies mittels versicherungsmathematischer Daten belegt werden¹⁶². Je bedeutender eine Versicherung für die betroffenen Menschen mit Behinderung ist, desto höher seien die Anforderungen an das Datenmaterial zu stellen¹⁶³.

d) *Allgemeines Privatrecht*

Neben den genannten expliziten Grundlagen zum Schutz vor Benachteiligung bzw. Diskriminierung im VAG, GUMG und BehiG enthält das allgemeine Privatrecht unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln, die in beschränkter Weise impliziten Schutz vor Diskriminierung im Rahmen privatrechtlicher Vertragsverhältnisse gewähren¹⁶⁴. Zentral sind vor allem der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), der Grundsatz der guten Sitten (Art. 19 Abs. 2, 20 Abs. 2, 41 Abs. 2 OR¹⁶⁵) und der Persönlichkeitsschutz (Art. 27 ff. ZGB, Art. 19 Abs. 2, 49 Abs. 1 OR)¹⁶⁶.

¹⁶¹ PÄRLI, Zusatzversicherung, HAVE 1/2007, S. 46ff.; NAGUIB/PÄRLI, BehiG-Evaluation.

¹⁶² Vgl. etwa PÄRLI/NAGUIB, chronische Krankheit, S. 325.

¹⁶³ Vgl. PÄRLI, Dogmen und Entwicklungen bei HIV-Positivität und Lebensversicherung, HAVE 2/2005, S. 109ff.; vgl. auch WALDMANN, Versicherung.

¹⁶⁴ Vgl. PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 134ff.; PÄRLI, Gleichbehandlung, N 1328; SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 306ff.; zur Dogmatik vgl. ferner GÖKSU, N 95; JAUN, S. 473; GEISER, Kunstwerke, N 27; AEBI-MÜLLER, Persönlichkeit, S. 113ff.; DIES., Information, N 35ff.; ARNET, N 346ff.; BESSON, N 1230ff.; EMMENEGGER, S. 86; NAGUIB, S. 1007f.; TRACHSLER.

¹⁶⁵ Vgl. ferner BGE 129 III 35.

¹⁶⁶ Urteil *Pflegeheim*, Erw. C/b, in dem das Gericht die Nichtanstellung einer Person aufgrund ihrer Hautfarbe als eine schwere Verletzung der bereits in der Phase der Stellenbewerbung der Arbeitgeberin obliegenden Pflicht zum Schutz der Persönlichkeit qualifizierte; Urteil *Teilzeit-Reinigungsstelle*, Erw. 5.6/k, in welchem das Gericht unter Bezugnahme auf die RDK die « rassistische, diskriminierende Äusserung » in einer E-Mail als Persönlichkeitsverletzung einstuft; ebenso persönlichkeitsverletzend gemäss Gericht ist der Ausschluss der Klägerin am weiteren Bewerbungsprozess aufgrund ihrer Herkunft und ihrer Religionszugehörigkeit als Persönlichkeitsverletzung; Urteil EKR 2001-018.N, in welchem das Strafgericht festhält, dass « eine Wertung ehrverletzend sei, wenn sie der betroffenen Person jede Menschen- oder Personenehre streitig mache »; Urteil AGE ZH, in NZZ vom 24.6.2005 betreffenden einer fremdenfeindli-

102 Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB ist eine sachlich nicht gerechtfertigte Benachteiligung durch einen Versicherer missbräuchlich, sofern es sich um ein Unternehmen mit *monopolartiger Stellung* handelt¹⁶⁷. Bei Verstoss besteht ein Anspruch auf Schadensersatz aus culpa in contrahendo¹⁶⁸. Weitergehenden Schutz gewährt der *Grundsatz der guten Sitten*, sofern der versicherungsnehmenden Person aufgrund der starken Marktstellung des Versicherers eine zumutbare Ausweichmöglichkeit fehlt¹⁶⁹. Dies setzt jedoch voraus, dass der Versicherer keine Gründe für die Verweigerung anzugeben vermag¹⁷⁰. Liegen die entsprechenden versicherungsmathematischen Daten vor, besteht kein Rechtsmissbrauch. Ausserdem greift der Missbrauchsschutz nur, wenn es sich um Güter und Leistungen handelt, die zum Normalbedarf gehören und die vom Unternehmen allgemein und öffentlich angeboten werden.

103 Nach dem bereits vorne unter Rz. 99 dargestellten Bundesgerichtsurteil 5P.97/2006¹⁷¹ zählt die Spitalzusatzversicherung nicht zum alltäglichen Bedarf, weil die hierfür notwendigen Versicherungen von der obligatorischen Grundversicherung gedeckt sind. Die Argumente des Gerichts werden in der Lehre kritisiert mit der Begründung, dass für die Beurteilung des Normalbedarfs nicht die Sicht der Gesamtgesellschaft eingenommen werden dürfe. Die schematische Vorgehensweise berge das Risiko des Ausschlusses von Menschen mit Behinderung in einem zunehmend bedeutenden Bereiche der Krankenversicherungen¹⁷². Gerade Menschen mit Behinderung hätten ergänzend zu den Leistungen der Grundversicherung oft behinderungsbedingt den Bedarf nach zusätzlichen Spitalaufenthalten oder alternativen Heilungsmethoden, die vom Katalog der Grundversicherungen nicht gedeckt sind. In diesem Zusammenhang sei auch Art. 25 BRK zu beachten, in welchem die Vertragsstaaten dazu verpflichtet seien, das Recht von Menschen mit Behinderung auf das erreichbare Höchstmass an Gesundheit ohne Diskriminierung anzuerkennen. Demnach sei u.a. verboten, Menschen mit Behinderung in der Krankenversicherung und in der Lebensversicherungen zu diskriminieren (lit. e); ferner müssten die Vertragsstaaten die diskriminierende Vorenthaltung von Gesundheitsversorgung oder –leistungen aufgrund von Behinderung verhindern (lit. f)¹⁷³.

chen Äusserung eines Geschäftsführers; BGer 5A.60/2008, v. 26.6.2008; mit Bezug auf das GIG vgl. zudem Obergericht Solothurn, Entscheid vom 31.08.1998, SOG 1999, Nr. 1. Für eine Übersicht zur Lehre vgl.

NAGUIB/PÄRLI/COPUR/STUDER, Diskriminierungsrecht, N 273, 346ff., 486-489, 498-500, 678ff.; mit Bezug auf das Arbeitsrecht aktuell zudem STREIFF/VON KAENEL, S. 538; PORTMANN, Basler Kommentar, N 45; SCHEIDEGGER/PITTELOUD, Arbeitsgesetz, Art. 6 N 14.

¹⁶⁷ JAUN, S. 474; BESSON, N 1230ff.

¹⁶⁸ BK ZGB- HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, zu Art. 2 ZGB N 139.

¹⁶⁹ BGE 129 III 35.

¹⁷⁰ ARNET, N 449; NAGUIB, S. 1010; KLETT, S. 177.

¹⁷¹ 5P.97/2006, E.6b; vgl. die Vorinstanz VG.2005.0002, E. 2.

¹⁷² PÄRLI, Zusatzversicherung, HAVE 1/2007, S. 46ff.

¹⁷³ PÄRLI/NAGUIB, BehiG-Evaluation; vgl. auch SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 317ff.; vgl. ferner NAGUIB, Dienstleistungen, N 669f.

Mit Blick auf Chronischkranke schutzrelevant ist die auf Art. 2 ZGB gestützte Praxis des Bundesgerichts zur Ungewöhnlichkeitsregel. Im BGE 138 III 411 (s. auch Rz. 91) stellte das Bundesgericht fest, dass eine Klausel im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen eines Vertrages als ungewöhnlich gelte, wenn damit eine „Ungleichbehandlung ohne sachlichen Grund“ bewirkt werde¹⁷⁴. Eine objektive Ungewöhnlichkeit sei immer dann zu bejahen, wenn eine Klausel zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt. Dies verletze, so das Bundesgericht, den Vertrauensgrundsatz nach Art. 2 ZGB. Demnach sei eine AGB-Klausel eher als ungewöhnlich zu qualifizieren, je stärker diese die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt. 104

Das Gericht hatte die Benachteiligung psychisch Erkrankter im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) zu beurteilen. Die AGB-Regelung sieht eine Leistungsreduktion bei psychischen Krankheiten im Rahmen einer Krankentaggeldversicherung vor. Es gab dem psychisch erkrankten Kläger Recht und bezeichnete die AGB-Klausel als objektiv unmöglich. Es argumentiert, dass eine solche Reduktion gegen die berechtigte Erwartung des Versicherten verstosse, bei allen Krankheiten, ob körperlicher oder psychischer Natur, seinen Verdienstaufschlag auf gleiche Weise gedeckt zu erhalten. Die Klausel gelte im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen eines Krankentaggeldversicherungsvertrages als objektiv ungewöhnlich, weil damit eine Ungleichbehandlung ohne sachlichen Grund bewirkt werde. 105

3.3 Schutz vor Diskriminierung mit Bezug zur PID

a) Gleicher Schutz für Elternpaare, die sich gegen eine PID entscheiden

Die geltende Rechtslage macht keinen Unterschied zwischen Menschen, die nach Legalisierung der PID zur Welt kommen, weil ein Paar darauf verzichtet hat, sich einer PID zu unterziehen, oder Personen, die noch unter der alten Rechtslage ohne Möglichkeit zur PID geboren werden. Können die Versicherungsunternehmen nachweisen, dass bei PID-relevanter Erkrankung bzw. Prädisposition das Schadenrisiko für das Versicherungs-kollektiv erheblich ist, erweist sich die Ungleichbehandlung gegenüber Menschen, die keine entsprechende Krankheit oder Prädisposition aufweisen als rechtskonform. Rechtsmissbräuchlich gemäss VAG und VVG sind einzig die nach versicherungsmathematischen Kriterien nicht begründbare Selektion und Tarifierung; weder BehiG noch das allgemeine Privatrecht bieten hier einen weitergehenden Schutz. Gemäss VAG und Art. 2 ZGB rechtsmissbräuchlich ist ferner die unbegründete Unterscheidung zwischen einzelnen Krankheitsgruppen. Entscheidet sich ein künftiges Elternpaar trotz genetischer Vorbelas- 106

¹⁷⁴ BGE 138 III 411, Erw. 3.1-3.6.

tung gegen eine PID, darf dies nicht zu einem Nachteil bei Selektion oder Tarifierung beim Abschluss einer Privatversicherung führen.

b) *Ungleicher Schutz für Elternpaare, die eine PID vornehmen*

107 Vor Ausbruch der Krankheit bestehen unterschiedliche gesetzliche Rahmenbedingungen für genetisch vorbelastete Eltern, die keine PID vornehmen und Eltern, die sich trotz einer durch die PID nachgewiesenen Erbkrankheit für die Implementation entschieden haben, was mit grosser Wahrscheinlichkeit voraussichtlich nicht oder nur in sehr seltenen Ausnahmen der Fall sein wird. Das letztere Elternpaar wird Träger der Information über das Ergebnis einer präsymptomatischen genetischen Untersuchung. Es kommt dadurch in die Situation, dass es gegenüber nicht unter Art. 27 GUMG fallende Versicherungen unter den Voraussetzungen von Art. 28 GUMG das Ergebnis der präsymptomatischen Untersuchung offenbaren muss. Der Abschluss einer privaten Lebensversicherung mit einer Versicherungssumme über 400'000 Franken oder der Abschluss einer Krankenpflegezusatzversicherung für das Kind wird so in der Regel nicht mehr möglich sein.

108 Ferner ist es für künftige Eltern, die eine PID vorgenommen haben oder planen, im Vergleich zu Eltern, die eine PND vorsehen schwieriger, Ausschlüsse und Vorbehalte bei der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu vermeiden, indem sie eine Zusatzversicherung vor der Geburt des Kindes abschliessen¹⁷⁵. Zwar ist es gemäss Art. 26 GUMG verboten, als Voraussetzung für die Begründung eines Versicherungsverhältnisses eine PID zu verlangen. Zulässig ist jedoch die Frage, ob eine PID erfolgt ist. Während bei der PND diese Möglichkeit während den ersten Schwangerschaftswochen offen bleiben kann, ist im Zeitpunkt eines möglichen Versicherungsabschlusses die PID bereits erfolgt. Bei der PID besteht die Möglichkeit zu einem vorgängigen Versicherungsabschluss nur, wenn die Versicherungsunternehmen den Abschluss einer Versicherung bereits vor der Befruchtung zulassen.

C. Arbeitsleben

1. Untersuchungsbereiche

109 Die Ergebnisse präsymptomatischer genetischer Untersuchungen können eine Arbeitgeberin bzw. einen Arbeitgeber aus wirtschaftlichen Überlegungen davon abhalten, Stellensuchende bzw. Arbeitnehmende mit erhöhten Risiken einer künftigen Erkrankung zu beschäftigen oder zu befördern. Damit besteht die Gefahr, dass Arbeitnehmende trotz möglicherweise noch sehr lange bestehender Arbeitsfähigkeit vom Arbeitsmarkt ausge-

¹⁷⁵ BRAUER ET AL. zeigen, dass Zusatzversicherungen für Kinder oft bereits vor der Geburt abgeschlossen werden, um Ausschlüsse und Vorbehalte zu vermeiden (S. 171). Wobei nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Krankenversicherer künftig vor der Geburt die Frage stellen, ob eine PND erfolgt ist oder nicht.

geschlossen werden. Aus diesem Grund ist im Rahmen des vorliegenden Gutachtens von Interesse, ob die Differenzierung aufgrund des Genoms rechtlich zulässig ist. Der rechtliche Schutz wird insbesondere dann von zentraler Bedeutung, falls Menschen mit einer schweren Erbkrankheit künftig vermehrt Diskriminierung ausgesetzt sein sollten aufgrund einer Abnahme gesellschaftlicher Solidarität gegenüber Menschen mit Behinderung als mögliche Folge der PID-Liberalisierung.

Im Folgenden wird basierend auf den geltenden Regelungen zum Schutz vor Diskriminierung im Arbeitsrecht (2) untersucht, inwieweit Stellensuchende und Arbeitnehmende mit schwerer Erbkrankheit oder genetischer Prädisposition vor Benachteiligung beim Zugang zu einer Arbeitsstelle und im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geschützt sind. Gestützt darauf wird geklärt, ob für Menschen mit entsprechender Erkrankung, die trotz PID zur Welt gekommen sind, im Vergleich zu allen anderen Menschen mit Behinderung ein bereits im geltenden Arbeitsrecht angelegtes Diskriminierungspotenzial besteht (3). Dabei handelt es sich allerdings um eine sehr theoretische Diskriminierungskonstellation, die frühestens dann eintreten wird, wenn die unter der neuen rechtlichen Situation im Sinne des revFMedG geborenen im erwerbsfähigen Alter sind. 110

2. Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht

2.1 Vertragsfreiheit

Wie im Privatversicherungsrecht gilt auch im Rahmen des privaten Arbeitsrechts die Vertragsfreiheit¹⁷⁶. Die Partnerwahl- und Abschlussfreiheit als Teilgehalte der Vertragsfreiheit betreffen die Freiheiten der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, Kriterien für die Wahl der angestellten Person frei festzulegen sowie den Abschluss eines Arbeitsvertrages zu verweigern. Die Vertragsinhaltsfreiheit bezieht sich auf die Freiheit, den Inhalt eines Vertrags frei zu bestimmen. Mit der Beendigungsfreiheit ist die Freiheit zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses gemeint. Allerdings ist die Vertragsfreiheit nicht unbeschränkt. Vielmehr ergeben sich gerade auch mit Blick auf mögliche Benachteiligungen aufgrund einer Erbkrankheit aus dem GUMG, dem BehiG sowie dem zivil- und arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutz gewisse Schranken, die der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin zu beachten haben. 111

2.2 GUMG

Art. 4 GUMG verbietet die Diskriminierung aufgrund des Erbgutes. Weigert sich eine stellensuchende Person oder ein Arbeitnehmer, seinen genetischen Status offen zu legen, und führt dies zu einer Ungleichbehandlung, liegt eine Diskriminierung aufgrund des 112

¹⁷⁶ Vgl. BGE 129 III 276, Erw. 3.1; GEISER, Gleichbehandlungsgebot, S. 38; PÄRLI, Gleichbehandlung, Rz. 623ff.

Erbgutes vor¹⁷⁷. Eine Diskriminierung im Bewerbungsverfahren stellt eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB dar, die einen Schadenersatz- sowie einen Genugtuungsanspruch auslösen kann¹⁷⁸. Ein Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot während des Arbeitsverhältnisses bedeutet eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 328 OR und führt gestützt auf Art. 97 OR ebenfalls zu einem Schadenersatz- bzw. Genugtuungsanspruch¹⁷⁹. Eine Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, die durch den genetischen Status begründet ist, stellt eine missbräuchliche Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR dar und hat gemäss Art. 336a OR eine Entschädigung im Umfang von max. 6 Monatslöhnen zur Folge.

113 Nach der bundesrätlichen Botschaft ist das *Diskriminierungsverbot* in Art. 4 GUMG nicht absolut, das heisst, grundsätzlich ist eine Ungleichbehandlung rechtfertigungsfähig¹⁸⁰. Angesichts der Unabänderlichkeit des genetischen Status sind indes an eine Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung sehr hohe Anforderungen zu stellen¹⁸¹. Die Bearbeitung von Informationen über den genetischen Status von Stellenbewerbenden und Angestellten ist nur zulässig, soweit die zu bearbeitenden Daten einen objektiven Bezug zum Arbeitsverhältnis aufweisen oder die Zusammenarbeit im Betrieb beeinträchtigen (können). Ist allerdings eine präsymptomatische genetische Untersuchung betroffen, können die Rechtfertigungsgründe nicht geltend gemacht werden, da hier das GUMG als Spezialgesetz vorgeht¹⁸².

114 Zur Stärkung des Diskriminierungsverbotes enthält das GUMG ein *Untersuchungs-, Offenlegungs- und Verwertungsverbot*¹⁸³. Gemäss Art. 21 Bst. a und b GUMG darf weder die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber noch die Vertrauensärztin bzw. der Vertrauensarzt bei der Begründung, während der Dauer oder bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine präsymptomatische genetische Untersuchung oder die Offenlegung von Ergebnissen aus früheren präsymptomatischen genetischen Untersuchungen verlangen¹⁸⁴; gemäss Art. 22 lit. a GUMG ausgenommen sind unter weiteren Voraussetzungen (lit. b-e) Arbeitsplätze, die durch Verfügung der SUVA der arbeitsmedizinischen Vorsorge unterstellt sind. Ebenfalls unzulässig ist die Verwertung der Ergebnisse genetischer Untersuchungen¹⁸⁵. Zu den in den Geltungsbereich des GUMG fallenden genetischen Daten zählen nicht nur Informationen über die Möglichkeit zur Feststellung von Erkrankungen vor

¹⁷⁷ STREIFF ET AL., S. 599.

¹⁷⁸ PÄRLI, Genetische Untersuchungen, S. 79f.

¹⁷⁹ PÄRLI, Genetische Untersuchungen, S. 79f.

¹⁸⁰ Botschaft GUMG, BBl 2002, 736.

¹⁸¹ MUND, S. 248.

¹⁸² STREIFF ET AL., S. 600.

¹⁸³ PÄRLI, Genetische Untersuchungen, S. 79ff. Allerdings gilt das Untersuchungsverbot nicht absolut (vgl. Art. 27 lit. a-e).

¹⁸⁴ STREIFF ET AL., S. 600.

¹⁸⁵ MUND, S. 248; KIESER/SCHWEGLER, S. 28ff.; VON KAENEL, S. 147f.; PORTMANN, zu Art. 328 Rz. 28a-f.

dem Auftreten von Symptomen, sondern auch Wissen über die Diagnose, Therapie und Therapieerträglichkeit bei bereits bestehenden Krankheiten¹⁸⁶.

Werden Verstösse gegen das Untersuchungs-, Offenlegungs- oder Verwertungsverbot festgestellt, müssen die Durchführungsorgane des Arbeitsgesetzes gemäss Art. 25 GUMG von Amtes wegen einschreiten. Ausserdem wird nach Art. 39 GUMG mit Gefängnis oder Busse bestraft, wer im Arbeitsbereich vorsätzlich gegen die Verbote verstösst. 115

2.3 BehiG

Für den arbeitsrechtlichen Schutz vor Diskriminierung aufgrund einer schweren Erbkrankheit von Bedeutung ist ferner das Behindertengleichstellungsgesetz. Gemäss Art. 3 lit. f findet das BehiG Anwendung auf Arbeitsverhältnisse des Bundes. Nicht in den Geltungsbereich des BehiG fallen kantonale, kommunale und privatrechtliche Arbeitsverhältnisse – mit Ausnahme der Gewährung von Finanzhilfen für Projektförderung und Programme im Sinne von Art. 16 lit. b BehiG sowie von Pilotversuchen zur Integration ins Erwerbsleben nach Art. 17 BehiG. 116

Gemäss Art. 13 BehiG ist der Bund als Arbeitgeber verpflichtet, jede notwendige und geeignete Änderung und Anpassung, die keine unverhältnismässige Belastung darstellt, vorzunehmen, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt Zugang zu einer Arbeitsstelle haben¹⁸⁷. Während der Dauer eines Arbeitsverhältnisses besteht eine Pflicht auf Anpassung des Arbeitsplatzes gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. f Bundespersonalgesetz BPG. Wird eine bestens qualifizierte Bewerberin bzw. ein Bewerber mit Behinderung einzig aus dem Grunde nicht angestellt, weil der Bund als Arbeitgeber die Anpassungsmassnahme nicht ergreifen möchte, liegt ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot vor¹⁸⁸; gemäss Art. 13 BehiG hat die betroffene Person ein Recht auf Begründung der Nichtanstellung. Bei einer diskriminierenden Kündigung besteht gemäss Art. 34c Abs. 1 lit. b BPG ein Anspruch auf Wiederbeschäftigung – mit Ausnahme bestimmter Angestelltengruppen¹⁸⁹. 117

Während des Arbeitsverhältnisses ist das BehiG ausserdem für die Auslegung der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht gemäss Art. 6 BPG bzw. Art. 328 OR von besonderer Bedeutung¹⁹⁰. Im Lichte des BehiG betrachtet ergibt sich aus den genannten Bestimmungen eine erhöhte Schutzpflicht gegenüber Angestellten mit Behinderung. Bei arbeitsrechtlichen Entscheidungen mit Bezug auf Menschen mit Behinderung muss die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber die gesamte Arbeits- und Lebenssituation der Person miteinbezie- 118

¹⁸⁶ STREIFF ET AL., S. 600; PÄRLI, Genetische Untersuchungen, S. 79.

¹⁸⁷ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 423ff.

¹⁸⁸ KÄLIN ET AL., S. 107f.; NAGUIB/PÄRLI, BehiG, S. 263.

¹⁸⁹ Vgl. etwa Art. 22 Abs. 3 IGE-PersV, SR 172.010.321; Art. 16 ABS. 2 FINMA-Personalverordnung, SR 956.121.

¹⁹⁰ Vgl. BVG Urteil A_6550/2007 vom 29.04.2008; ausführlich SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 423ff.

hen. Zudem muss im Sinne von Art. 12 Abs. 1 BehiV das berufliche Umfeld entsprechend den Bedürfnissen des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin mit Behinderung gestaltet werden. Daher sind Unterstützungsmassnahmen angebracht, die auch in der Anpassung der Anforderungen an die Leistung und das Verhalten bestehen könnten. Benachteiligungen, die sich aus der Gleichbehandlung von Menschen mit Behinderung und Nichtbehinderten ergeben, wo eigentlich aufgrund der erhöhten Fürsorgepflicht eine Differenzierung angezeigt ist, stellen Verstösse gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz dar.

119 Die Pflicht zum Schutz der Persönlichkeit nach Art. 328 OR umfasst auch die Pflicht, vor Diskriminierung durch Vorgesetzte, Arbeitskolleginnen und –kollegen, Kundinnen und Kunden oder Lieferantinnen und Lieferanten zu schützen¹⁹¹. Die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber hat sowohl präventive Massnahmen zu ergreifen als auch Massnahmen zur Unterbindung von Diskriminierungen. Gefordert sind alle Massnahmen, die angemessen sind, d.h. die nach dem Stand der Technik anwendbar und an die Verhältnisse des Betriebes angepasst sind sowie dem Bund als Arbeitgeber mit Rücksicht auf das konkrete Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zugemutet werden können. Dazu gehören etwa auch ein zeitgemässes Konfliktmanagement und Präventionsmassnahmen gegen Mobbing und Diskriminierung¹⁹².

120 Schliesslich hat der Bundesrat zur verbesserten Umsetzung des Gleichstellungsauftrages im BehiG auf der Grundlage von Art. 8 Abs. 1 Bundespersonalverordnung BPV Vorgaben zur Beschäftigung und Eingliederung von Menschen mit Behinderungen in der Bundesverwaltung verabschiedet. Hierfür steht in jedem Departement gestützt auf Art. 13 BehiV eine Integrationsbeauftragte bzw. ein Integrationsbeauftragter zur Verfügung, deren Aufgabe es ist, bei Fragen der Integration beratend zur Seite zu stehen.

2.4 *Allgemeines Personal- und Arbeitsrecht*

121 Neben den genannten spezifischen Gesetzen zum Schutz vor Diskriminierung enthält das Bundes- sowie das kantonale und kommunale Personalrecht neben den allgemeinen Regeln zur arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht und zum Schutz vor missbräuchlicher Kündigung vereinzelt Bestimmungen zur tatsächlichen Gleichstellung von Menschen mit Behinderung in öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen¹⁹³. Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis gewähren die Bestimmungen im allgemeinen Arbeitsrecht bis zu einem gewissen Grade Schutz vor Diskriminierung in allen Phasen des Arbeitsverhältnisses. Zentral sind insbesondere die bereits genannten Regelungen zum Persönlichkeitsschutz wie insb. Art. 27ff. ZGB, Art. 328 OR, der Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art.

¹⁹¹ Art. 2 der Wegleitung des SECO zum ArG; MÜLLER, Art. 6 Abs. 2 ArG, Rz. 9.

¹⁹² BGer 2C_462/2011, Urteil vom 5. April 2011.

¹⁹³ Für eine Übersicht (Stand: August 2015) vgl. NAGUIB/PÄRLI, S. 263-266.

2 ZGB sowie Art. 336 OR¹⁹⁴. Demnach ist eine Benachteiligung aufgrund einer Krankheit bzw. einer Behinderung zulässig, wenn sie in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt¹⁹⁵.

Für den Schutz vor Diskriminierung von besonderer Bedeutung ist ausserdem die datenschutzrechtliche Spezialnorm in Art. 328b OR¹⁹⁶. Neben dem bereits angeführten Untersuchungs-, Offenlegungs- und Verwertungsverbot bei präsymptomatischen genetischen Daten sind Fragen nach dem Gesundheitszustand an eine Stellenbewerberin bzw. einen Stellenbewerber dann unzulässig, wenn sie nach einem objektiven Massstab betrachtet für die Eignungsabklärung der Stellenbewerberin oder des Stellenbewerbers nicht erforderlich sind¹⁹⁷. Als unzulässige Fragen gelten allgemeine Angaben zum Gesundheitszustand und zu Behinderungen, soweit die aktuelle und vorraussehbare Arbeitstauglichkeit nicht betroffen ist¹⁹⁸. Demgegenüber zulässig sind Fragen nach akuten Krankheiten und absehbaren zukünftigen Gesundheitsschädigungen mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit¹⁹⁹. Fragen nach bestehenden oder früheren Krankheiten sind nur dann wahrheitsgemäss zu beantworten, wenn diese die aktuelle Arbeitsfähigkeit des Bewerbers bzw. der Bewerberin beeinträchtigen oder mit einer künftigen Beeinträchtigung zu rechnen ist, die das übliche Mass an krankheitsbedingten Absenzen übersteigt²⁰⁰.

3. Schutz vor Diskriminierung mit Bezug zur PID

3.1 *Keine Diskriminierung von Menschen mit schwerer Erbkrankheit im Sinne der PID*

Gestützt auf die geltende Rechtslage lässt sich kein zusätzliches Diskriminierungsrisiko allein aufgrund der PID feststellen, das sich unmittelbar aus der geltenden Praxis im Arbeitsrecht selbst ergibt bzw. ergeben könnte. An die Zulässigkeit einer Benachteiligung aufgrund des genetischen Status werden hohe Anforderungen gestellt. Ausserdem besteht ein Untersuchungs-, Offenlegungs- und Verarbeitungsverbot. Allerdings ist der bestehende rechtliche Schutz vor Benachteiligung aufgrund einer Erbkrankheit bzw. einer Behinderung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen beschränkt. Eine Benachteiligung wegen einer Erbkrankheit ist rechtlich zulässig, soweit durch die Erbkrankheit die Arbeitsfähigkeit erheblich beeinträchtigt ist. Insbesondere besteht in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen im Gegensatz zu öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen keine Pflicht zum Ergreifen notwendiger und geeigneter Änderungen und Anpassungen, um zu gewährleisten

¹⁹⁴ Zum Ganzen vgl. PÄRLI/STUDER, Rz. 338-396; SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 442-451.

¹⁹⁵ Ausführlich vgl. PÄRLI/STUDER, S. 128ff.

¹⁹⁶ Vgl. STREIFF et al., S. 579ff.

¹⁹⁷ PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 1362.

¹⁹⁸ HEUSSER, S. 1280; AUBERT, S. 156; REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 29.

¹⁹⁹ PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 1361.

²⁰⁰ BGer Urteil 4C.189/2002 vom 27.09.2002, Erw. 1.3.

ten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt Zugang zu einer Arbeitsstelle haben.

3.2 *Rechtliche Schutzdefizite hinsichtlich einer potenziellen Zunahme der Diskriminierung in Folge der PID*

124 Aus Sicht der BRK stellt der momentane rechtliche Schutz vor Benachteiligung im Arbeitsverhältnis ein Mangel dar. Gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. a BRK haben die Vertragsstaaten spezifische Rechtsvorschriften zu erlassen, die die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen im privaten Sektor fördern und Diskriminierung aufgrund von Behinderungen in allen Angelegenheiten im Zusammenhang mit einer Beschäftigung gleich welcher Art verbieten, einschliesslich der Auswahl-, Einstellungs- und Beschäftigungsbedingungen, der Weiterbeschäftigung, des beruflichen Aufstiegs sowie sicherer und gesunder Arbeitsbedingungen²⁰¹. Notwendig ist die Verbesserung des Diskriminierungsschutzes insbesondere mit Blick auf die mögliche Zunahme der Diskriminierung gegenüber Menschen mit Behinderung als potenzielle Folge der PID-Liberalisierung. Die Notwendigkeit für eine Verstärkung des Diskriminierungsschutzes für Arbeitnehmende mit Behinderung besteht allerdings auch unabhängig von der PID-Thematik.

Teil 4 Zusammenfassende Ergebnisse

125 Im Folgenden werden die Gutachtensfragen zum möglichen Zusammenhang zwischen der PID-Liberalisierung im Sinne des revFMedG und einer Zunahme der Diskriminierung von Menschen mit schweren Erbkrankheiten zusammengefasst beantwortet: Ausgehend vom völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsbegriff werden die Diskriminierungspotenziale aufgeführt. Ferner wird aufgezeigt, welche (Teil-)Gruppen aufgrund der neuen Regelung Diskriminierung unterliegen und inwieweit für die von potenzieller Diskriminierung betroffenen Teilgruppen Lücken im rechtlichen Schutz bestehen. Ausserdem wird dargestellt, wie dem Risiko der Zunahme gesellschaftlicher Diskriminierung von Menschen mit Behinderung und ihren Angehörigen aus grund- und menschenrechtlicher Sicht zu begegnen ist.

A. Diskriminierungspotenziale

126 Eine Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person ungleich behandelt wird, weil sie Trägerin eines sensiblen Persönlichkeitsmerkmals ist und für die Benachteiligung keine qualifizierte Rechtfertigung vorliegt. Eine schwere Erbkrankheit im Sinne des revFMedG stellt ein sensibles Persönlichkeitsmerkmal dar. Daher liegt bei einer Benachteiligung

²⁰¹ KÄLIN ET AL., S. 106f. und 126f.

aufgrund einer schweren Krankheit – z.B. durch einen Versicherer oder Arbeitgeber – eine potenzielle Diskriminierung vor. Aus Sicht des Diskriminierungsbegriffes ebenfalls sensibel sind Anknüpfungen an die Trägerschaft eines Genoms einer potenziellen schweren Erbkrankheit im Sinne des revFMedG sowie an die Trägerschaft chromosomaler Eigenschaften, die die Entwicklungsfähigkeit des Embryos beeinträchtigen können. Aus diesem Grunde sind sowohl die Zulassung der PID-Selektion als auch die Ungleichbehandlung von Menschen, die Träger eines Genoms für eine schwere Erbkrankheit sind, potenziell diskriminierende Benachteiligungen. Ausserdem stellt sich mit Blick auf das Elternpaar die Gefahr einer assoziierten Diskriminierung aufgrund einer Erbkrankheit, d.h. einer Benachteiligung, die an die Krankheit ihres Kindes anknüpft.

Eine *Diskriminierung im rechtlichen Sinne* liegt allerdings erst dann vor, wenn die Benachteiligung einer qualifizierten Rechtfertigung *nicht* standhält. Bei der Rechtfertigung ist zu prüfen, ob die fragliche Benachteiligung ein gewichtiges und legitimes öffentliches oder überwiegendes privates Interesse verfolgt, sich als geeignet und erforderlich erweist und insgesamt als verhältnismässig bezeichnet werden kann. Von einer rechtlichen Diskriminierung potenziell betroffen ist der Embryo durch die PID-Selektion. Ferner bestehen Diskriminierungspotenziale für Menschen mit Erbkrankheiten sowie für Eltern eines (zukünftigen) Kindes beim Zugang zu Versicherungs- und anderweitigen Dienstleistungen aufgrund nicht erfolgter PID. Ebenfalls zu erwähnen ist der voraussichtlich sehr seltene Fall der Diskriminierung von Eltern eines (zukünftigen) Kindes, die sich trotz positivem PID-Befund für die Implementation entschieden haben. 127

Die rechtliche Diskriminierung ist von der *strukturellen Diskriminierung* zu unterscheiden. Eine strukturelle Diskriminierung liegt vor, wenn eine Gruppe vergleichsweise geringere Chancen beim Zugang zu Ressourcen hat. Allein aus dieser Feststellung lässt sich kein justiziabler Anspruch von Personen ableiten, die zu dieser Gruppe gehören. Die Dimension struktureller Diskriminierung zeigt sich in Bezug zur PID-Regelung im revFMedG zum einen im Potenzial einer Zunahme gesellschaftlicher Stigmatisierung und Diskriminierung von Menschen mit Behinderung, die auf komplexe gesellschaftliche Zusammenhänge zurückzuführen sind. So ist belegt, dass Menschen mit Behinderung geringere Chancen auf dem Arbeitsmarkt haben oder dass Menschen mit chronischen Krankheiten schlechtere Chancen haben, eine Lebensversicherung abzuschliessen. Zum anderen besteht das Risiko einer Beeinträchtigung des Rechts auf Nichtwissen und des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung. 128

B. Keine Diskriminierung des Embryos durch die PID-Selektion

Die Selektion durch die PID stellt keine Diskriminierung aufgrund des mit einer schweren Erbkrankheit belasteten Genoms des Embryos dar. Aus der Bundesverfassung lässt sich kein Individualrechtsschutz des Embryos ableiten, da es dem Embryo nach Bundesgericht und herrschender Lehre an Rechtspersönlichkeit fehlt. Ausserdem überwiegen die Interessen des Elternpaars an der Vermeidung der Belastungen, die eine Schwangerschaft und Geburt eines schwer erkrankten Kindes mit sich bringen würde, die Interessen des ausgesonderten Embryos. 129

130 Aus denselben Gründen liegt auch keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts des Embryos vor. Zwar führt die PID-Untersuchung bei schweren Erbkrankheiten, die eine nach Geschlecht unterschiedliche Häufigkeit aufweisen oder wo sich die Beeinflussbarkeit des Krankheitsverlaufes unterscheidet, zu geschlechtsspezifischen Unterschieden in der Selektion. Auch hier überwiegen jedoch die Interessen des Paares.

C. Keine Diskriminierung von Paaren, die auf eine PID verzichten

131 Im Gutachten wurde aufgezeigt, dass Paare, die auf eine PID verzichten dem Risiko der Diskriminierung beim Zugang zu bestimmten Leistungen von Privatversicherern ausgesetzt sind. Allerdings macht die geltende Rechtslage keinen Unterschied zwischen Menschen, die nach Legalisierung der PID zur Welt kommen, weil ein Paar darauf verzichtet hat, sich einer PID zu unterziehen, oder Personen, die noch unter der alten Rechtslage ohne Möglichkeit zur PID geboren werden. Können die Versicherungsunternehmen nachweisen, dass bei PID-relevanter Erkrankung bzw. Prädisposition das Schadenrisiko für das Versicherungskollektiv erheblich ist, erweist sich die Ungleichbehandlung aufgrund einer Krankheit bzw. Prädisposition gegenüber Menschen, die keine entsprechende Krankheit oder Prädisposition aufweisen als rechtskonform. Rechtsmissbräuchlich sind einzig die nach versicherungsmathematischen Kriterien nicht begründbare Selektion und Tarifierung. Eine Ungleichbehandlung von Paaren, die auf eine PID verzichten, hätte eine Diskriminierung zur Folge, die das Missbrauchsverbot verletzt.

132 Ferner darf die Zulässigkeit der PID gemäss revFMedG nicht dazu führen, dass Paare mit Kinderwunsch de facto gezwungen sind, eine PID vorzunehmen, oder bei einem positiven PID-Test auf die Einpflanzung des Kindes in die Gebärmutter zu verzichten, um künftige Leistungskürzungen im Rahmen der Sozialversicherungen nicht ertragen bzw. finanziell nicht selbst tragen zu müssen. Eine solche „genomisierte Schadenverhütungspflicht“ würde das Recht auf Nichtwissen und das Recht auf selbstbestimmte Reproduktion verletzen. In Abwägung aller Interessen ist es der Solidargemeinschaft der Sozialversicherungen zuzumuten, für Leistungen aufzukommen, die durch genetische Untersuchungen und entsprechende Prävention möglicherweise hätten verhindert werden können.

133 Somit konnte im Rahmen des vorliegenden Gutachtens *kein* bereits im geltenden Versicherungs- und Arbeitsrecht angelegtes Risiko künftiger Diskriminierung von Paaren, die auf eine PID verzichten, festgestellt werden.

D. Partielle Diskriminierungen von Paaren, die sich trotz positivem PID-Befund für die Implementation entscheiden

134 Eine partielle Diskriminierung besteht beim voraussichtlich sehr seltenen Fall, wo sich ein Paar trotz Nachweis einer Erbkrankheit durch die PID für die Implementation entscheidet. Weil das künftige Elternpaar Träger der Information über das Ergebnis einer präsymptomatischen genetischen Untersuchung wird, kommt es in die Situation, dass es bei bestimmten Versicherungen und unter den im GUMG genannten Voraussetzungen das Ergebnis der präsymptomatischen Untersuchung offenbaren muss. Der Abschluss

einer privaten Lebensversicherung mit einer Versicherungssumme über 400'000 Franken oder der Abschluss einer Krankenpflegezusatzversicherung für das Kind wird so trotz grundsätzlich identischem materiellechtlichen Diskriminierungsschutz in der Regel nicht mehr möglich sein. Damit besteht eine Benachteiligung von künftigen Elternpaaren, die eine PID vornehmen gegenüber Paaren, die trotz genetischer Vorbelastung auf die PID verzichten.

Des Weiteren besteht eine potenzielle Diskriminierung von Paaren, die eine PID vorgenommen haben oder eine solche planen, im Vergleich zu Paaren, die eine PND vorsehen. 135 Da die Frage der Versicherer, ob eine PID bzw. PND erfolgt ist, zulässig ist, ist es für Erstere schwieriger, Ausschlüsse und Vorbehalte bei der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu vermeiden, indem sie eine Zusatzversicherung vor der Geburt des Kindes abschliessen²⁰². Denn während die PND während den ersten Schwangerschaftswochen offen bleiben kann, ist im Zeitpunkt eines möglichen Versicherungsabschlusses die PID bereits erfolgt. Bei der PID besteht die Möglichkeit zu einem vorgängigen Versicherungsabschluss nur, wenn die Versicherungsunternehmen den Abschluss einer Versicherung bereits vor der Befruchtung zulassen.

E. Partielle Diskriminierungsrisiken im geltenden Versicherungsrecht in Folge der PID-Liberalisierung

Im Rahmen der Untersuchung konnte nicht festgestellt werden, dass sich der rechtliche Schutz durch die Einführung der PID verändert hat. Allerdings zeigt sich mit Blick auf 136 die Praxis zur Schadenminderungspflicht im Versicherungsrecht zumindest ein partielles Risiko der Diskriminierung im Rahmen der Unterstützungspflicht durch Angehörige. Fraglich ist, ob eine in Folge der PID-Liberalisierung befürchtete Abnahme gesellschaftlicher Solidarität gegenüber Menschen mit Behinderung Auswirkungen auf die Praxis zur Schadenminderungspflicht haben kann, die zu Nachteilen für Angehörige von Menschen mit Behinderung führen. Konkret geht es um die Frage, ob sich dadurch die Anforderungen an Familienmitglieder erhöhen, die Versicherten in der Haushaltsführung, der Betreuung und Erziehung von Kindern, der Ernährung, der Körperpflege und Erziehung zu unterstützen, um Leistungen der Invalidenversicherung im Rahmen der Invaliditätsbemessung, der Bemessung der Entschädigung wegen Hilflosigkeit bzw. Leistungen der Spitex und Assistenzleistungen zu mindern. Ebenfalls betroffen sind Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung.

²⁰² BRAUER ET AL. zeigen, dass Zusatzversicherungen für Kinder oft bereits vor der Geburt abgeschlossen werden, um Ausschlüsse und Vorbehalte zu vermeiden (S. 171). Wobei nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Krankenversicherer künftig vor der Geburt die Frage stellen, ob eine PND erfolgt ist oder nicht.

137 Ferner ist nicht auszuschliessen, dass sich künftig die Anforderungen der Schadenminderungslast in Folge der PID-Liberalisierung auch in anderen Bereichen als der familiären Unterstützungspflicht erhöhen. Denkbar ist etwa, dass sich die Erwartungen an den Einsatz der verbleibenden Einsatzkraft, die Beschaffung von Hilfsmitteln zur Reduktion des Hilfebedarfs und an die Überwindung einer Krankheit erhöhen. Möglich ist ausserdem, dass sich künftig die Praxis zur Zulassung eines medizinischen Eingriffs zulasten der Versicherten ändert. Derzeit gibt die Praxis jedoch keine Anhaltspunkte einer solchen Entwicklung; Rechtsprechung und Lehre haben aufgrund der gesamten subjektiven wie auch objektiven Gegebenheiten des Einzelfalles zu entscheiden, die für alle gelten.

138 Die Risiken der Entwicklung einer diskriminierenden Praxis zur Schadenminderungspflicht in Folge der PID können zwar faktisch nicht ausgeschlossen werden. Hingegen wäre eine entsprechende Praxis aus Sicht der BRK unzulässig. Neben einer Reihe grundrechtlicher Erwägungen würde eine solche Praxis zum einem dem Recht auf selbstbestimmte Lebensführung in Art. 19 BRK wie insbesondere der Pflicht der Vertragsstaaten zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderung gleichberechtigt die Möglichkeit haben, frei zu entscheiden, wo und mit wem sie leben. Zum anderen würde dies ein unverhältnismässiger Eingriff in das Recht auf selbstbestimmte Reproduktion der Elternpaare bedeuten, die dann bereits im Zeitpunkt der Befruchtung entscheiden müssten, ob sie die Schadenminderungslast auf sich nehmen möchten.

F. Herausforderungen beim Schutz vor potenziellen Diskriminierungen in Folge der PID-Liberalisierung

139 Wie bereits erwähnt, gilt der rechtliche Schutz vor Diskriminierung für alle gleich, unabhängig von der PID. Ausserdem konnte aus Sicht der Rechtspraxis weder festgestellt noch ausgeschlossen werden, dass sich die Diskriminierung von Menschen mit Behinderung in Folge der Abnahme gesellschaftlicher Solidarität durch die Zulassung der PID verstärken könnte. Dies jedoch ist eine sozialwissenschaftliche Fragestellung, die im Zuge der Evaluation der Auswirkungen derjenigen Bestimmungen im revFMedG, die die Untersuchung des Erbgutes von Embryonen in vitro und deren Auswahl betreffen, beantwortet werden muss. Die Evaluation betrifft u.a. die Auswirkungen auf die Gesellschaft. Neben einer Zunahme der Diskriminierung aufgrund einer Behinderung, bestehen auch spezifische Risiken der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und potenzieller rassistischer Diskriminierungen mit Blick auf Krankheiten, die eine nach Geschlecht und Herkunft unterschiedliche Häufigkeit aufweisen bzw. aufgrund von Unterschieden bei der medizinischen Beeinflussung des Krankheitsverlaufes²⁰³.

Aus völker- und verfassungsrechtlicher Sicht zeigen sich im Grundsatz zwei zentrale Herausforderungen. Zum einen geht es um die Gewährleistung der Gleichwertigkeit menschlichen Lebens mittels Massnahmen der Sozialgestaltung wie Sensibilisierung und Beratung. Zum andern ist es notwendig, die institutionelle Praxis dahingehend zu regulieren, dass Menschen mit Behinderung beim Zugang zu ökonomischen, sozialen, kulturellen, politischen etc. Ressourcen keine diskriminierende Benachteiligung erfahren: 140

Zentral ist, dass von staatlicher Seite kein weitergehendes Werturteil über menschliche Lebensformen und deren Schutzwürdigkeit gefällt wird. Da dieses Werturteil im Sinne der Selektion bzw. der Voraussetzungen zur Zulassung der PID zumindest teilweise bereits erfolgt ist, ist es erst recht notwendig, dass der Gefahr der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung proaktiv entgegen getreten wird. Wie auch die TA-SWISS Studie deutlich festhält und dies in Art. 3 lit. d, Art. 24 Abs. 1 lit. a und in der Präambel lit. i und m BRK verankert ist, gilt es, in der Öffentlichkeit den Wert der Vielfalt menschlichen Lebens zu betonen und in der Gesundheitspolitik eine Grundhaltung der Inklusion von Menschen mit Behinderungen und angeborenen Krankheiten durchzusetzen²⁰⁴. Ausserdem garantiert die FRK die Gleichberechtigung der Geschlechter und verlangt von den Ratifikationsstaaten umfangreiche Massnahmen zur Verwirklichung tatsächlicher Gleichstellung, und die RDK verstärkt den Schutz vor rassistischer Diskriminierung. 141

Eine weitere grosse Herausforderung wird sein, Standards der informierten Einwilligung in Untersuchungen (Informed Consent), der nicht wertenden und ergebnisoffenen Beratung (Nichtdirektivität), sowie die Berücksichtigung des Rechts auf Nichtwissen unter den sich verändernden Bedingungen aufrechtzuerhalten. Ziel ist letztlich die Garantie des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung, unabhängig von den gesellschaftlichen Entwicklungen. 142

Ferner ergeben sich mit Blick auf den materiellen Schutz vor Benachteiligung im Rahmen von privatrechtlichen Vertragsverhältnissen gewisse Defizite. Insbesondere gibt es kein ausdrückliches Diskriminierungsverbot, das eine angemessene Güterabwägung zwischen den Interessen Privater Dienstleister oder Arbeitgeber sowie im Rahmen anderer privatrechtlicher Verhältnisse und den Interessen von Menschen mit Behinderung gewährleistet. Im jüngst vom Bundesrat publizierten Bericht „Recht auf Schutz vor Diskriminierung“, der sich auf die Studie „Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen“ des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte stützt, wird dies bestätigt. Die Diskriminierung aufgrund einer Behinderung erweist sich insofern als eine besonders komplexe Problemstellung, als sie das Phänomen der statistischen Diskriminierung betrifft. Dies ermöglicht mit Blick auf die spezifische Konstellation jeweils eine gesonderte 143

b eine PND erfolgt ist oder nicht.

Verhältnismässigkeitsprüfung mit allfälligen gesetzgeberischen Regeln etwa im Bereich gewichtiger Leistungen.

Literaturverzeichnis

ANDORNO ROBERTO, Le diagnostique préimplantatoire dans les législations des pays européens. Sommes-nous sur une pente glissante?, in: Bioethica Forum, Volume 1, No. 2, 2008, S. 96-100.

ARNET RUTH, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss. Eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsfreiheit, Habil. Bern 2008.

AUBERT GABRIEL, La protection des données dans les rapports de travail, in: Journée 1995 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zürich 1999, S. 145ff.

BAERTSCHI BERNARD, The question of the embryo's moral status, in: Bioethica Forum, Volume 1, No. 2, 2008, S. 76-80.

BASILE CARDINAUX, Ausschluss gewisser Krankheiten von der IV-Deckung?, in: Murer Erwin (Hrsg.), 5. IVG-Revision: Kann sie die Rentenexplosion stoppen?, Bern 2004, S. 183ff.

BECKMANN RAINER/LÖHR MECHTHILD (Hrsg.), Der Status des Embryos, Würzburg 2003.

BERNING JÖRG, Zwischen Kinderwunsch und Selektion. Die Behindertenverbände zur Präimplantationsdiagnostik, Marburg 2011.

BESSON SAMANTHA, L'égalité horizontale. L'égalité de traitement entre particuliers, Diss. Freiburg 1999.

BIELEFELDT HEINER, Zum Innovationspotenzial der UN-Behindertenrechtskonvention, Deutsches Institut für Menschenrechte, 3. Auflage, Berlin 2009.

BIRNBACHER DIETER, 'Quality Control' in reproduction – what can it mean, what should it mean?, in: Hildt Elisabeth/Graumann Sigrid (Hrsg.), Genetics in Human Reproduction, Aldershot u.a. 1999, S. 119-126.

BLUM-SCHNEIDER BRIGITTE, Pflege von behinderten und schwerkranken Kindern zu Hause, Diss. Zürich 2015.

BRAUER SUSANNE/STRUB JEAN-DANIEL/BLEISCH BARBARA/BOLLIGER CHRISTIAN/BÜCHLER ANDREA/FILGES ISABEL/MINY PETER/SAX ANNA/TERCANLI SEVGI/ZIMMERMANN MARKUS, Wissen können, dürfen, wollen? Genetische Untersuchungen während der Schwangerschaft, TA-SWISS 63/2016.

BROCKAGE DOROTHEE, Die Naturalisierung der Menschenwürde in der deutschen bioethischen Diskussion nach 1945, Berlin 2007.

BRUNNER ANDREAS, Arbeitsunfähigkeit und Schadensminderungspflicht – Zumutbarkeit der Verweisungstätigkeit, in: Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Case Management und Arbeitsunfähigkeit, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 67ff.

BUCHER SILVIA, Eingliederungsrecht der Invalidenversicherung, Bern 2011.

CHAPMAN ELISABETH, Difficult Decisions: Social and Ethical Implications of Changing Medical Technology, in: Community Genet 5 (2002), S. 110-119.

CREVOISIER CÉCILE, Die Diskriminierung des Kindes aufgrund seines familienrechtlichen Status, Eine Untersuchung der zivilrechtlichen Zuordnung von Kindern zu ihren Eltern im Lichte der Bundesverfassung und der internationalen Menschenrechtsabkommen, in: FamPra.ch - Schriftenreihe zum Familienrecht Band/Nr. 21, Bern 2014.

BÜHL ACHIM, Von der Eugenik zur Gattaca-Gesellschaft, in: Bühl Achim (Hrsg.), Auf dem Weg zur biomächtigen Gesellschaft? Chancen und Risiken der Gentechnik, Wiesbaden 2009.

DAMSCHEN GREGOR/SCHÖECKER DIETER, Der moralische Status menschlicher Embryonen. Pro und contra Spezies-, Kontinuums-, Identitäts- und Potentialitätsargument, Berlin 2002.

DUC JEAN-LOUIS, L'assurance-invalidité, in: Meyer Ulrich (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Soziale Sicherheit, Bd. XIV, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2007.

EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, in: Meyer Ulrich (Hrsg.), Soziale Sicherheit, Band XIV von Heinrich Koller/Georg Müller/René Rhinow/Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht SBVR, Basel/Genf/München 2007.

FALAHKOHAN SEPIEDE, Zystische Fibrose – szientometrische Analyse einer genetischen Erkrankung, abrufbar unter: http://www.diss.fu-berlin.de/diss/servlets/MCRFileNodeServlet/FUDISS_derivate_000000010045/CF-Dissertation.pdf (Zugriff: 06.06.2016), Diss. Berlin 2011.

FAUST VOLKER, Psychiatrie heute, Seelische Störungen erkennen, verstehen, verhindern, behandeln, Chorea Huntington, abrufbar unter: http://www.psychosoziale-gesundheit.net/pdf/Int.1-Chorea_Huntington.pdf (Zugriff: 06.06.2016).

FUHRER STEPHAN, Neuerungen in der Aufsichtsverordnung: Eine erste Beurteilung ausgewählter Fragen aus der Sicht der Versicherungswirtschaft, in: Waldmeier Jürg/Weber Stephan (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsaufsichtsrecht – Auf dem Weg zur interdisziplinären Zusammenarbeit in der Steuerung von Versicherungsunternehmen, Beiträge zur Tagung vom 22. November 2005, organisiert durch HAVE und den SVV, Zürich 2005.

- FUMAGALLI MANUEL, Rechtsprobleme vorgeburtlicher Diagnoseverfahren. Die personenrechtliche Begründung von Pränataldiagnostik und Präimplantationsdiagnostik, Frankfurt a.M. 2006.
- GEISER THOMAS, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht?, in: Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger, Festschrift für Manfred Rehbinder, München/Bern 2002, S. 37ff.
- GIVER ELISABETH, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik. Eine Studie zum rechtlichen Schutz des Embryos in Zusammenhang mit der Präimplantationsdiagnostik unter besonderer Berücksichtigung grundrechtlicher Schutzpflichten, Berlin 2001.
- GLOVER JONATHAN, Genes, Disability, and Desing, Oxford 2006.
- GÖKSU TARKAN, Gedanken zur Kontrahierungspflicht anlässlich von BGE 129 III 35, in: ZBJV 140 (2004), S. 35ff.
- GÖKSU TARKAN, Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, in: Gauch Peter (Hrsg.), Diss. Freiburg 2003.
- GRAUMANN SIGRID, Die UN-Behindertenrechtskonvention und der Anspruch behinderter Menschen auf gesellschaftliche Anerkennung – sozialetische Überlegungen zur Praxis der Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik, in: Duttge Gunnar/Engel Wolfgang/Zoll Barbara (Hrsg.), „Behinderung“ im Dialog zwischen Recht und Humangenetik, Göttingen 2014, S. 71-82.
- GUTMANN THOMAS, Rechtliche und rechtsphilosophische Fragen der Präimplantationsdiagnostik, in: Gethmann-Siefert Annemarie/Huster Stefan (Hrsg.), Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik, Bad Neuenahr 2005, S. 131-185.
- HARPER J. C./SEN GUPTA S. B., Preimplantation genetic diagnosis: State of the art 2011, in: Human Genetics 2012, S. 175-186.
- HARTMANN STEPHAN, Der Schutz der Versicherten vor Missbräuchen im revidierten Aufsichtsrecht, HAVE 2007, S. 30-34.
- HEUSSER PIERRE, Gesundheitsfragen in Versicherungsformularen anlässlich des Stellenantritts, in: AJP 2002, S. 1277ff.
- HIRSCHBERG MARIANNE, Behinderte Menschen als Teil der menschlichen Vielfalt. Innovationspotential der UN-Behindertenrechtskonvention für den Dialog zwischen Recht und Humangenetik, in: Duttge Gunnar/Engel Wolfgang/Zoll Barbara (Hrsg.), „Behinderung“ im Dialog zwischen Recht und Humangenetik, Göttingen 2014, S. 83-94.
- HUGUENIN CLAIRE/MEISE BARBARA, Art. 19/20 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 6. Auflage, Basel 2015.

HUMBEL NÄF RUTH, Die Stärkung der Eigenverantwortung aus der Sicht der Krankenversicherer, in: Zimmermann-Acklin Markus/Halter Hans (Hrsg.), Rationierung und Gerechtigkeit im Gesundheitswesen, Beiträge zur Debatte in der Schweiz, Basel 2007, S. 167ff.

JAUN MANUEL, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht – Die Schweiz im Schatten der europäischen Rechtsentwicklung, in: ZBJV 8 (2008), S. 457ff.

JONAS HANS, Organismus und Freiheit. Philosophie des Lebens und Ethik der Lebenswissenschaften, in: GRONKE HORST (Hrsg.), Freiburg i.Br. u.a.

JÜRGEN SIMON, Gendiagnostik und Versicherung, Die internationale Lage im Vergleich, Baden-Baden 2001.

KALBERMATTEN SILVIA, Gleichbehandlungsgebot in der Privatversicherung, in: Fuhrer Stephan/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtrecht Versicherungsrecht HAVE, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2010.

KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Auflage, Basel, 2013.

KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG/WYTENBACH JUDITH/SCHNEIDER ANNINA/AKAGÜNDÜZ SABIHA, Mögliche Konsequenzen einer Ratifizierung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Schweiz, Gutachten zuhanden des Generalsekretariats GS-EDI/Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung EBGB, Institut für öffentliches Recht, Universität Bern, Bern 2008.

KARDORFF ERNST/OHLBRECHT HEIDE/SCHMIDT SUSEN, Zugang zum allgemeinen Arbeitsmarkt für Menschen mit Behinderungen, Berlin 2013 (Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes).

KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, Bern 2013.

KIESER UELI, ATSG Kommentar, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2015.

KIESER UELI/SCHWEGLER DANIELA, Löchriger Schutz vor Nachforschungen, in: plädoyer 2005 Heft 1, S. 28ff.

KLATT MATTHIAS, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, in: ZaöRV 2011, Nr. 71, S. 691-718.

KOLLEK REGINE, Präimplantationsdiagnostik, Embryonenselektion, weibliche Autonomie und Recht, Tübingen/Basel 2002.

KRONES TANJA *et al.*, Präimplantationsdiagnostik, Pränataldiagnostik und Schwangerschaftsabbruch: Einstellungen in der Bevölkerung, von Experten und betroffenen Paaren, in: Gynäkologische Endikronologie, 2004, S. 245-250.

- KRÖNER HANS-PETER, Lexikon der Bioethik, Bd. 1, Stichwort „Eugenik“, Gütersloh 1998, S. 694-701.
- LANDOLT HARDY, Der Zumutbarkeitsgrundsatz im Haftpflichtrecht, in: Murer Erwin (Hrsg.), Was darf dem erkrankten oder verunfallten Menschen zugemutet werden? Die Zumutbarkeit als Schlüsselbegriff des Versicherungs- und des Haftpflichtrechts sowie der Versicherungsmedizin, Bern 2008, S. 141ff. (zit. Zumutbarkeitsgrundsatz).
- LANDOLT HARDY, Auswirkungen der 5. IVG-Revision auf die Schadenminderungspflicht, in: HAVE Personen-Schaden-Forum 2007, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 217ff. (zit. Schadenminderungspflicht).
- LANDOLT HARDY, Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Diss. Zürich 1995 (zit. Zumutbarkeitsprinzip).
- LOCHER THOMAS, Die Schadenminderungspflicht im Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung, in: Sozialversicherungsrecht im Wandel, Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, S. 407ff.
- LONGCHAMP GUY, Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale, Diss. Bern 2004.
- MEYER ULRICH/REICHMUTH MARCO, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG), in: Murer Erwin/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014.
- MIDDEL ANNETTE, Verfassungsrechtliche Fragen der Präimplantationsdiagnostik und des therapeutischen Klonens, Baden-Baden 2006.
- MOSIMANN HANS-JAKOB, Perspektiven der Überwindbarkeit. Zur Schmerzrechtsprechung des Bundesgerichts, in: SZS 2014 H. 3, S. 185ff.
- MUND CLAUDIA/STUDER MELANIE, Grundrechtsschutz und genetische Information, Basel 2005.
- MURER ERWIN, Invalidenversicherungsgesetz (Art. 1-27bis IVG), Bern 2014.
- MURER ERWIN, Grundrechtsverletzungen durch Nichtgewährung von Sozialversicherungsleistungen?, in: SZS 1995 H 3, S. 184ff.
- NAGUIB TAREK, Diskriminierende Verweigerung des Vertragsabschlusses über Dienstleistungen Privater: Diskriminierungsschutzrecht zwischen Normativität, Realität und Idealität, in: AJP/PJA 8 (2009), S. 993ff.
- NAGUIB TAREK/PÄRLI KURT, Kap. 9. Detaillierte Rechtslage in den einzelnen Sachbereichen, in: Egger/Stutz/Jäggi/Bannwart/Oesch/Naguib/Pärli, Evaluation des Bundesgesetz-

- zes über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen – BehiG, Integraler Schlussbericht, Bern 2015, S. 245ff.
- NAGUIB TAREK/PÄRLI KURT/COPUR EYLEM/STUDER MELANIE, Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Bern 2014.
- NICKLAS-FAUST JEANNE, Behinderung als soziale Konstruktion und Pränataldiagnostik, in: Duttge Gunnar/Engel Wolfgang/Zoll Barbara (Hrsg.), „Behinderung“ im Dialog zwischen Recht und Humangenetik, Göttingen 2014, S. 59-70.
- NOVENTA CORINA, Genomisierte Prävention in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in: hill Zeitschrift für Recht und Gesundheit 196 (2014).
- PÄRLI KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Habil. St. Gallen, Bern 2009 (zit. Gleichbehandlung).
- PÄRLI KURT, Grundrechtliche Schranken der Pflicht zur Selbsteingliederung in der Invalidenversicherung, in: HAVE 3/2009, S. 260ff. (zit. Selbsteingliederung).
- PÄRLI KURT, Daten- und Diskriminierungsschutz im neuen Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen – ein Vorbild?, in: Schaffhauser René/Horschik Matthias (Hrsg.), Datenschutz im Gesundheits- und Versicherungswesen, Schriftenreihe des Instituts Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Band 51, St. Gallen 2008, S. 55ff. (zit. GUMG).
- PÄRLI KURT, Die arbeits- und versicherungsrechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen (GUMG), in: AJP 1/2007, S. 79ff. (zit. Genetische Untersuchungen).
- PÄRLI KURT, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte des Bundesgesetzes über den Schutz des Menschen vor Missbrauch in der Gentechnologie, AJP 2/2007, S. 79-88.
- PÄRLI KURT, Verweigerter Abschluss einer Zusatzversicherung, Besprechung BGE 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006, HAVE 1/2007 (zit. Zusatzversicherung).
- PÄRLI KURT/CAPLAZI ALEXANDRA/SUTER CAROLINE, Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Situation in Kanada, Grossbritannien, Frankreich, Deutschland und der Schweiz, Bern 2007.
- PÄRLI KURT/FUCHS TIZIANA, Rechtslage nach Lebensbereich „Gesundheit“, in: Naguib/Pärli/Copur/Studer (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Bern 2014, S. 201ff.
- PÄRLI KURT/STUDER MELANIE, Rechtslage nach Lebensbereich „Arbeit und Existenzsicherung“, in: Naguib/Pärli/Copur/Studer (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Bern 2014, S. 318ff.

PÄRLI KURT/MÜLLER KUCERA KARIN/SPYCHER STEFAN, Aids, Recht und Geld, Bern, 2003.

PÄRLI KURT/NAGUIB TAREK, Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit. Unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Rechts, des Unionsrechts, des AGG und des SGB IV sowie mit einem rechtsvergleichenden Seitenblick. Analyse und Empfehlungen, Gutachten im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Winterthur 2012.

PÓK JUDITH, Designer Babys?, in: Bioethica Forum, Volume 1, No. 2, 2008, S. 104-105.

PORTMANN WOLFGANG, Kommentar zu den Art. 319-362 OR, in: Honsell/Vogt/Wiegand, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Auflage, Basel 2011.

PREVITALI ADRIANO, Non-discrimination et analyse génétique, in: Joye Charles (Hrsg.), L'analyse génétique humaine, Quelles perspectives législatives?, Genf/Zürich/Basel 2004, S. 43ff.

QUANTE MICHAEL, Präimplantationsdiagnostik, Stammzellenforschung und Menschenwürde, in: Gethmann-Siefert Annemarie/Huster Stefan (Hrsg.), Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik, Bad Neuenahr 2005, S. 37-68.

RAGER GÜNTER, Is preimplantation genetic diagnosis ethically acceptable?, in: Bioethica Forum, Volume 1, No. 2, 2008, S. 81-87.

REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage, Bern 2002.

REUSSER RUTH/SCHWEIZER RAINER J., Kommentar zu Art. 119 BV, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich 2014.

RIEMER-KAFKA GABRIELA, Die Zumutbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Invaliden-, Unfall- und Militärversicherung, in: Murer Erwin (Hrsg.), Was darf dem erkrankten oder verunfallten Menschen zugemutet werden? Die Zumutbarkeit als Schlüsselbegriff des Versicherungs- und des Haftpflichtrechts sowie der Versicherungsmedizin, Bern 2008, S. 267ff.

RIEMER-KAFKA GABRIELA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung. Leistungskürzungen und Leistungsverweigerungen zufolge Verletzung der Schadensverhütungs- und Schadensminderungspflicht im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Freiburg 1999.

RIHA ORTRUN, Der Wunsch nach einem gesunden Kind. Medizinethische Überlegungen zur Bewertung menschlichen Lebens in frühen Entwicklungsstadien, in: Schumann Eva (Hrsg.), Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen bei embryopathischem Befund, Göttingen 2008, S. 41-64.

- RUDOLF BEATE, Die völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote, in: Mahlmann Matthias/Rudolf Beate (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, Handbuch, Baden-Baden 2007, S. 58 ff.
- RÜTSCHKE BERNHARD, Eugenik und Verfassung – Regulierung von eugenischen Wünschen der Eltern im freiheitlichen Rechtsstaat, in: ZBI, S. 297-327.
- RÜTSCHKE BERNHARD, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Habil. Zürich, St. Gallen 2009 (zit. Rechte von Ungeborenen).
- SASS HANS-MARTIN, Der Mensch im Zeitalter von genetischer Diagnostik und Manipulation. Kultur, Wissen und Verantwortung, in: Fischer Ernst Peter/Geissler Erhard (Hrsg.), Wie viel Genetik braucht der Mensch? Die alten Träume der Genetiker und ihre heutigen Methoden, Konstanz 1994, S. 339ff.
- SCHEFER MARKUS, Geltung der Grundrechte vor der Geburt, in: Schreiber Hans-Peter (Hrsg.), Biomedizin und Ethik, Basel 2004, S. 43ff.
- SCHEFER MARKUS/HESS-KLEIN CAROLINE, Behindertengleichstellungsrecht, Bern 2014.
- SCHOCKENHOFF EBERHARD, Lebensbeginn und Menschenwürde. Eine Begründung für die lehramtliche Position der katholischen Kirche, in: Hilpert Konrad/Mieth Dietmar (Hrsg.), Kriterien biomedizinischer Ethik. Theologische Beiträge zum gesellschaftlichen Diskurs, Freiburg u.a. 2006, S. 198-228.
- SCHÖFFSKI OLIVER, Gendiagnostik: Versicherung und Gesundheitswesen: Eine Analyse aus ökonomischer Sicht, Diss. Göttingen 2000.
- SEELMANN KURT, Haben Embryonen Anspruch auf Menschenwürde?, in: Holderegger Adrian/Pahud de Mortanges René (Hrsg.), Embryonenforschung, Embryonenverbrauch und Stammzellenforschung - Ethische und rechtliche Aspekte, Freiburg 2003, S. 27ff.
- SEELMANN KURT/DEMKO DANIELA, Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit zum Thema: „Präimplantationsdiagnostik (PID) und Eugenik“, Basel 2013.
- SEILER HANSJÖRG/KEEL BAUMANN BRIGITTE, Verfassungskonforme Auslegung im Sozialversicherungsrecht, in: Riemer-Kafka Gabriela/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 811ff.
- SELGELID MICHAEL J., Societal Decision Making and the New Eugenics, Bad Neuenahr 2002.
- SORGNER STEFAN LORENZ, Facetten der Eugenik, in: Sorgner Stefan Lorenz/Birx James H./Knoepffler Nikolaus (Hrsg.), Eugenik und die Zukunft, Freiburg i.Br. 2006, S. 201-210.

- SPRANGER TADE MATTHIAS, Die PID und das Verbot der Behindertendiskriminierung, in: Gethmann-Siefert Annemarie (Hrsg.), Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik, Bad Neuenahr-Ahrweiler 2005, S. 181-203.
- SPRECHER FRANZISKA, Seltene Krankheiten, Eine Herausforderung für das schweizerische Gesundheitsrecht, in: Jusletter vom 19. Mai 2014.
- STEINBOCK BONNIE, Using Preimplantation Genetic Diagnosis to Save a Sibling: The Story of Molly and Adam Nash, in: Steinock Bonnie/London Alex/Arras John D. (Hrsg.), Ethical Issues in Modern Medicine: Contemporary Readings in Bioethics, Boston 2006, S. 704-706.
- STEINKE VERENA *et al.*, Präimplantationsdiagnostik: Medizinisch-naturwissenschaftliche, rechtliche und ethische Aspekte, Freiburg i.Br. 2009.
- STOESSEL GERHARD, Allgemeine Bestimmungen, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Schnyder Anton K./Grolimund Pascal (Hrsg.), Basler Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz. Nachführungsband, Basel 2012.
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrags, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012.
- THIEL JANA SIMONE/PASSARGE EBERHARD, Präimplantationsdiagnostik. Eine Analyse aus medizinischer, genetischer, rechtlicher und ethischer Sicht, Duisburg/Köln 2008.
- TOLMEIN OLIVER, Selbstbestimmungsrecht der Frau, Pränataldiagnostik und die UN-Behindertenrechtskonvention, in: Kritische Justiz. Vierteljahresschrift für Recht und Politik. Schwerpunkt: Behinderungen, Bd. 4, Jg. 45, 2012, S. 420-434.
- TSCHUOR-NAYDOWSKI MICHAELA, Der Spätabbruch in der Schweiz, Eine rechtswissenschaftliche und medizinethische Betrachtung, Zürich 2014.
- VON KAENEL ADRIAN, Das neue Bundesgesetz über die genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG), Eine Übersicht aus arbeitsrechtlicher Warte, in: ARV 2007, S. 145ff.
- WALDMANN BERNHARD, Nationalitätsbedingte Erhöhung der Autoversicherungsprämien. Kurzbegutachtung eines Einzelfalls von grundlegender Tragweite, in: HAVE 2007, S. 65ff. (zit. Autoversicherung).
- WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003.
- WALLNER SIBYLLE, Moralischer Dissens bei Präimplantationsdiagnostik und Stammzellenforschung, Berlin 2010.
- WEBER ROLF H./UMBACH PATRICK, Versicherungsaufsichtsgesetz, Bern 2006.

WERLEN MIRJAM, Persönlichkeitsschutz des Kindes, höchstpersönliche Rechte und Grenzen elterlicher Sorge im Rahmen medizinischer Praxis, in: Hausheer Heinz (Hrsg.), ASR - Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Band/Nr. 806, Bern 2014.

WESTERMANN STEFANIE, „Die Gemeinschaft hat ein Interesse daran, dass sie nicht mit Erkrankten verseucht wird“ – Der Umgang mit den nationalsozialistischen Zwangssterilisationen und die Diskussion über eugenische (Zwangs-)Massnahmen in der Bundesrepublik, in: Westermann Stefanie/Kühl Richard/Gross Dominik (Hrsg.), Medizin im Dienst der „Erbgesundheit“. Beiträge zur Geschichte der Eugenik und „Rassenhygiene“, Berlin 2009, S. 169-2000.

WOOPEN CHRISTIANE, Indikationsstellung und Qualitätssicherung als Wächter an ethischen Grenzen? Zur Problematik ärztlichen Handelns bei der Präimplantationsdiagnostik, in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, 2000, S. 117-139.

WURMELING HANS-BERNHARD, Ethische und gesellschaftliche Fragen gentechnischer Anwendungen in der Humanmedizin, in: Raem Arnold Maria et al. (Hrsg.), Gen-Medizin, Eine Bestandsaufnahme, Berlin/Heidelberg 2001, S. 579ff.