

Schriftenreihe  
Recht der Medizin

**R d M**

# Embryonenschutz – Hemmschuh für die Biomedizin?

herausgegeben von

Ulrich H. J. Körtner

und

Christian Kopetzki

Körtner / Kopetzki (Hrsg)

# Embryonenschutz - Hemmschuh für die Biomedizin?

Wien 2003

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

**MANZ**

unter der nämlich im Streitfall ... jeder etwas anderes versteht“.<sup>30</sup> Die Menschenwürde wird in dieser Sicht somit nicht als taugliche Basis für einen verfassungsrechtlich fundierten Schutz des frühen Embryos angesehen.

Im Gegensatz zu einem solchen Befund möchte ich freilich darauf insistieren, dass das Instrumentalisierungsverbot des kategorischen Imperativs doch deutlichere normative Konturen auch im Rechtsdiskurs vermitteln kann. Bekanntlich kommt der „Objektformel“ in der deutschen Grundrechtsjudikatur zur Menschenwürde zentrale Bedeutung zu. Beachtung verdient auch ein kaum rezipiertes Erkenntnis des österreichischen Verfassungsgerichtshofes, in dem er die Menschenwürde dann als verletzt ansieht, wenn der Mensch zum bloßen Objekt der Forschung herabgewürdigt wird.<sup>31</sup> Für unsere Frage ließe sich mE unschwer argumentieren, dass die Tötung eines Embryos, um Forschungsvorhaben zu verfolgen, jedenfalls eine Totalinstrumentalisierung auch in rechtlicher Hinsicht wäre. Dies setzt allerdings voraus, dass der Embryo als Subjekt einer solchen Instrumentalisierung angesehen wird. Diesbezüglich gibt es indes keinen Konsens.

Wir befinden uns in einem Dilemma. Denn es kann der juristische Diskurs sinnvoll nur innerhalb eines Mindestmaßes an Übereinstimmung geführt werden. Ist, wie die unterschiedlichsten ethischen Positionen dies zeigen, diese Gemeinsamkeit nicht vorhanden, so werden die rechtsethischen und die rechtsdogmatischen Qualifikationen kontrovers ausfallen.

Wäre es angesichts einer solchen Situation nicht ratsam, den Rekurs auf das Menschenwürdeargument tunlichst zu vermeiden? Das entspräche einer vielfach geäußerten Warnung, man möge dieses Argument nicht inflationär gebrauchen, um den fundamentalen Charakter der Menschenwürdegarantie nicht in Frage zu stellen. Statt dessen sollte der Rechtsgüterschutz über andere juristische Lösungswege gewährleistet werden, wie dies auch in der Forderung zum Ausdruck kommt, die Menschenwürde nur subsidiär ins Spiel zu bringen. Das mag im gegebenen Falle aus pragmatischen Gründen auch sinnvoll sein. Dennoch bleibt die grundlegende Frage, wer denn Subjekt der Menschenwürde ist, unabweisbar bestehen. Zu glauben, man könne diesen rechtsethischen Qualifikationsproblemen durch eine, wie man meint, „metaphysikfreie“ Argumentationsweise entgehen, die pragmatisch auf den kleinsten gemeinsamen Nenner zielt, wäre verfehlt. Man setze sich nämlich darüber hinweg, dass im Rahmen der Frage nach dem normativ Unbedingten menschlicher Würde die „metaphysische“ Dimension unvermeidbar ist. Der Versuch, sie zu vermeiden, führte nur dazu, dass man den eigenen unreflektierten philosophischen Vormeinungen kritiklos verfällt.

## Rechtliche Aspekte des Embryonenschutzes

Christian Kopetzki

### I. Einleitung

Juristische Fragen des Embryonenschutzes können auf verschiedenen Ebenen diskutiert werden: Wie ist der Embryonenschutz nach der geltenden einfachgesetzlichen Rechtslage ausgestaltet? Welche verfassungsrechtlichen Schranken bestehen für eine mögliche künftige Neuregelung? Welche völkerrechtlichen Rahmenbedingungen sind zu beachten? Von dieser auf das geltende Recht abzielenden Betrachtungsweise („de lege lata“) ist die rechtspolitische Frage („de lege ferenda“) zu unterscheiden, welche Intensität des Embryonenschutzes aus ethischen und/oder gesundheitspolitischen Überlegungen angestrebt werden sollte. Ich möchte im Folgenden diese Ebenen kurz und voneinander getrennt skizzieren und ersuche sicherheitshalber schon im Vorhinein, meine Aussagen nicht als allgemeines rechtsethisches Bekenntnis, sondern als nüchterne Bestandsaufnahme einer für manche von Ihnen aus dem einen oder anderen Grund vielleicht unbefriedigenden Rechtslage zu verstehen.

Zunächst eine allgemeine Vorbemerkung: Während der Staat und seine Organe nur jene Befugnisse haben, zu denen sie gesetzlich ermächtigt sind, ist den einzelnen Bürgern im demokratischen Rechtsstaat – rechtlich gesehen – alles erlaubt, was nicht verboten ist. Die Begründungs- und Argumentationslast liegt daher immer bei jenen, die Verbote fordern oder postulieren, und nicht bei den Befürwortern einer Erlaubnis. Wir sprechen hier vom rechtsstaatlichen „Verteilungsprinzip“, das im Kern auf eine umfassende Freiheitsvermutung „in dubio pro libertate“ hinausläuft. „Die Freiheitssphäre des Einzelnen wird also etwas vor dem Staat Gegebenes vorausgesetzt, und zwar ist die Freiheit des Einzelnen prinzipiell unbegrenzt, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre prinzipiell begrenzt ist.“<sup>1</sup> Ethische Bedenken und die Berufung auf ein bestimmtes Menschenbild können diese Beweislastverteilung nicht auf den Kopf stellen. Moralische Einwände führen für sich genommen nicht zum Verlust rechtlicher Freiheiten, sondern können

<sup>30</sup> Ch. Kopetzki, 1. Österreichische Bioethik-Konferenz, Report, Politische Akademie der ÖVP (Hrsg.), Wien 2001, 88.

<sup>31</sup> VfSlg 13.635/1993.

<sup>1</sup> Carl Schmitt, Verfassungslehre (1928) 126; ähnlich bereits Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 160.



allenfalls Anlass dazu bieten, die Rechtslage unter Beachtung der dafür geltenden Verfahrensregeln zu verändern.

Die angesichts neuer biotechnischer Möglichkeiten relevante rechtliche Fragestellung lautet daher immer, ob bestimmte Techniken (wie die Gewinnung von bzw die Forschung mit embryonalen Stammzellen) gesetzlich verboten sind oder verboten werden sollten, und nicht, ob sie erlaubt sind oder erlaubt werden sollten. Das bedeutet zugleich: Ist eine bestimmte Technik rechtlich überhaupt nicht oder noch nicht geregelt, dann ist sie zunächst einmal zulässig, ohne dass es erst einer expliziten Freigabe bedürfte. Im Gegensatz zu der bei manchen „Bioethikern“ verbreiteten Haltung, moderne Biotechnologien zunächst solange unter ethische Zensur zu stellen, bis sie als gut erwiesen sind,<sup>2</sup> ist für die juristische Perspektive das Verbot und nicht die Freiheit begründungspflichtig.

## 1. Die geltende Rechtslage in Österreich

### a) Allgemeines

Der Embryonenschutz ist im geltenden österreichischen Recht überaus uneinheitlich ausgeformt: Fest steht zunächst, dass der volle Rechtsschutz, den die Rechtsordnung der „Person“ gewährt, erst mit der Geburt beginnt. Erst ab diesem Zeitpunkt wird sowohl im Zivil- als auch im Strafrecht von einem „Menschen“ als Rechtsträger gesprochen.<sup>3</sup> Allerdings bestehen darüber hinaus Sonderbestimmungen wie etwa § 22 ABGB, der diesen Schutz im Wege einer Fiktion prinzipiell – wenngleich in sehr umstrittenem Ausmaß – auf das vorgeburtliche Leben ab der Empfängnis erstreckt. Dieser Schutz des vorgeburtlichen Lebens ist freilich nicht absolut, sondern vielfach abgestuft, und zwar insb nach Maßgabe der strafrechtlichen Bestimmungen über den Schwangerschaftsabbruch gem §§ 96 ff StGB: Danach liegt die Entscheidung über den Abbruch innerhalb der ersten drei Schwangerschaftsmonate grundsätzlich bei der Schwangeren;<sup>4</sup> bei bestimmten Indikationen tritt dieser Schutz aber sogar bis unmittelbar vor die Geburt zugunsten anderer Interessen in den

<sup>2</sup> Zur aktuellen „Hochkonjunktur ethischer Totalinfragestellungen“ und zur „Gefahr eines antimodernistischen Widerrufs der Neuzeit durch zensuristische Effekte der philosophischen Ethik“ vgl. *Marquard*, Drei Phasen der medizinethischen Debatte, in: *Marquard/Staudinger* (Hrsg), Anfang und Ende des menschlichen Lebens. Medizinethische Probleme (1987) 111 (113).

<sup>3</sup> Vgl. nur *Eichler*, Personenrecht (1983) 105 ff: „Der vorgeburtliche Zustand ist nach allgemeiner Anschauung erst der des ‚Menschwerdens‘, noch nicht der Zustand des ‚Menschseins‘.“ Auf die konkrete Wortwahl des Gesetzes kommt es dabei nicht an: Begriffe wie „Mensch“ (zB § 16 ABGB), „jedermann“ (zB Art 1 PersFRG), „anderer“ (zB § 75 StGB) etc werden in rechtlichen Zusammenhängen gleichbedeutend gebraucht.

<sup>4</sup> Sog Fristenlösung; § 97 Abs 1 Z 1 StGB.

Hintergrund.<sup>5</sup> Nach zutreffender, wenngleich immer noch umstrittener Ansicht ist ein nach Maßgabe des § 97 StGB straffreier Schwangerschaftsabbruch nicht nur von der gerichtlichen Strafbarkeit ausgenommen, sondern insgesamt rechtmäßig. Die Unterscheidung zwischen „straffreien“, aber dennoch rechtswidrigen Abtreibungen geht an den Intentionen des historischen Gesetzgebers vorbei und wurde auch vom OGH nicht geteilt.<sup>6</sup>

Vor Beginn der Schwangerschaft, also *vor der Nidation*, wird der Embryo vom gerichtlichen Strafrecht gar nicht mehr geschützt. Der Embryo ist weder ein „anderer“ im Sinne der Tötungsdelikte gem §§ 75 ff StGB,<sup>7</sup> noch liegt eine „Schwangerschaft“ iSd §§ 96 ff StGB vor.<sup>8</sup>

Ganz anders stellt sich die Rechtslage im Verwaltungsrecht dar: Im Hinblick auf den extrakorporalen Embryo *in vitro* besteht ein strikter Schutz befruchteter Eizellen aufgrund des Fortpflanzungsmedizinergesetzes (FMedG BGBl 1992/275): § 9 Abs 1 FMedG verbietet sämtliche (sei es therapeutische, diagnostische oder forschende) Eingriffe an „entwicklungsfähigen Zellen“ (also an befruchteten Embryonen), sofern diese Eingriffe nicht zur Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich sind. Näher betrachtet stellt man aber fest, dass sich diese rigorosen Verbote des FMedG in Wahrheit nur gegen bestimmte Manipulationen richten (nämlich insb gegen die Embryonenforschung und die Präimplantationsdiagnose), jedoch *keinen Substanzschutz* des Embryos gewährleisten.<sup>9</sup> Im Gegenteil: Wegen der einjährigen Höchstfrist für die Aufbewahrung von befruchteten Eizellen gem § 17 Abs 1 läuft das FMedG sogar auf ein Vernichtungsgebot hinaus. Daran würde auch eine derzeit diskutierte Verlängerung dieser Frist nichts ändern. Die Zielrichtung des § 9 FMedG liegt daher weniger im Embryonenschutz als in der Verhinderung von Forschung und Diagnostik an Embryonen. Im übrigen lässt die Rechtsordnung auch sonst mitunter die Vernichtung von Embryonen vor der Nidation zu – man denke nur an nidationshemmende Verhütungsmittel wie die „Spirale“:

<sup>5</sup> Zur Abwehr einer ersten Gefahr für das Leben und eines schweren Schadens für die körperliche oder seelische Gesundheit der Schwangeren (§ 97 Abs 1 Z 2 1. Fall StGB); bei erster Gefahr einer schweren geistigen oder körperlichen Schädigung des Kindes (§ 97 Abs 1 Z 2 2. Fall StGB), oder wenn die Schwangere zur Zeit der Schwängerung unmündig gewesen ist (§ 97 Abs 1 Z 3. Fall StGB). Eine zeitliche Terminierung der Zulässigkeit des Abbruchs besteht in diesen Fällen nicht.

<sup>6</sup> So – bezogen auf die embryopathische Indikation gem § 97 Abs 1 Z 2 2. Fall StGB – OGH SZ 72/91 = RdM 1999, 177; mwN *Bernat*, Unerwünschtes Leben, unerwünschte Geburt und Arzthaftung, FS Krejci II (2001) 1041 (1068 f).

<sup>7</sup> *Moos*, in: Höpfl/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafrecht (1999 ff), Vorbem §§ 75-79 StGB, Rz 9.

<sup>8</sup> Zum fehlenden strafrechtlichen Schutz von extrakorporalen Embryonen *Eder-Rieder*, in: Höpfl/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafrecht (1999 ff), §§ 96-98 StGB, Rz 18.

<sup>9</sup> Deutlich im Sinne eines Forschungsverbotes RV 216 BldgNR 18. GP 20.



### b) Präimplantationsdiagnose

Die Präimplantationsdiagnose, also die diagnostische Untersuchung am Embryo in vitro, ist im österreichischen Recht nicht ausdrücklich geregelt, und zwar weder im FMedG noch im Gentechnikgesetz (GTG). Mittelbar ergibt sich aber sehr wohl ein Verbot der Präimplantationsdiagnose aus § 9 Abs 1 FMedG, weil und sofern es sich dabei um keine Untersuchung an entwicklungsfähigen Zellen handelt, die „nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung zur Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich ist“.<sup>10</sup> Dass ein derartiges Verbot auch beabsichtigt war, zeigen die Erläuterungen: Danach sollte eine „Untersuchung oder Behandlung zur Abwehr einer möglichen Gefahr für die Frau oder das gewünschte Kind [...] – wie bei der natürlichen Fortpflanzung – nicht in Betracht kommen“.<sup>11</sup> Nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers werden also mit § 9 Abs 1 FMedG sowohl die Präimplantationsdiagnose als auch therapeutische Maßnahmen am Embryo in vitro untersagt. Zulässig sind ausschließlich solche diagnostischen bzw. therapeutischen Maßnahmen, die unmittelbar der Herbeiführung der Schwangerschaft dienen. Lediglich eine präimplantative Untersuchung zum Ausschluss solcher Anomalien, die mit dem Eintritt einer Schwangerschaft überhaupt unvereinbar sind, könnte man gem § 9 Abs 1 FMedG für erlaubt ansehen.

Ein gleichgelagertes Verbot gilt gem § 9 Abs 1 letzter Satz FMedG für Untersuchungen an Spermien und Eizellen, soweit diese für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen verwendet werden sollen. Diagnostische oder sonstige Maßnahmen an Keimzellen, die zu anderen Zwecken als jenen der Reproduktionsmedizin vorgenommen werden, sind von § 9 FMedG nicht erfasst und daher nach dieser Bestimmung nicht verboten. Auch andere Verbote oder Beschränkungen sind nicht ersichtlich, sofern es sich um keine Genanalyse handelt, die nach §§ 65 ff GTG zu beurteilen ist. Zu beachten ist schließlich, dass die Verbote des § 9 FMedG nur insoweit gelten, als die verbotene

<sup>10</sup> Dazu statt vieler mwN *Bernat*, Schutz vor genetischer Diskriminierung und Schutzlosigkeit wegen genetischer Defekte: die Genanalyse am Menschen und das österreichische Recht, Jahrbuch für Recht und Ethik 10 (2002) 183 (210 f); *Dujmovits*, Reproduktionsmedizin – Gesetzgebung im Wandel?, in: *Kopetzki/Mayer* (Hrsg.), *Biotechnologie und Recht* (2002) 91 (99 f). Anders tendenziell *Bernat*, Recht und Humangenetik – ein österreichischer Diskussionsbeitrag, FS Steffen (1995) 33 (41 f), der die Präimplantationsdiagnose aus verfassungsrechtlichen Überlegungen zumindest im gleichen Umfang für zulässig erachtet wie eine pränatale Genanalyse gem § 65 Abs 3 iVm Abs 2 Z. 1 GTG. Für eine derartige „verfassungskonforme“ restriktive Interpretation des § 9 Abs 1 FMedG ist aber kein Raum, weil der Wortlaut dieser Bestimmung hinreichend klar ist und eine verfassungskonforme Interpretation nicht zur Umdeutung des geltenden Rechts herangezogen werden darf. Missverständlich *Kindl*, Verfassungsrechtliche Grundlagen der Gentechnik, ÖJZ 2002, 81 (82), der – unter isoliertem Hinweis auf das GTG – die Präimplantationsdiagnose für erlaubt hält, ohne auf das FMedG Bezug zu nehmen.

<sup>11</sup> 216 BlgNR 18. GP 20.

Handlung (also die Präimplantationsdiagnose) im örtlichen Geltungsbereich des FMedG – das ist gem Art 49 Abs 1 B-VG das österreichische Bundesgebiet – stattfindet. Die Vornahme einer Präimplantationsdiagnose im Ausland ist vom Verbot des FMedG nicht erfasst, und zwar auch dann nicht, wenn österreichische Ärzte dabei im Vorfeld vermittelnd oder beratend tätig werden: Eine verwaltungsstrafrechtlich relevante Beteiligung (Beihilfe, Anstiftung) an Auslandsstaten kommt wegen § 7 VStG nicht in Betracht, weil es an der Verwirklichung des objektiven Verwaltungsstrafatbestandes durch den „unmittelbaren Täter“ fehlt.<sup>12</sup>

Das Verbot der Präimplantationsdiagnose ist verfassungsrechtlich nicht unproblematisch: Zum einen werden Bedenken unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes (Art 7 B-VG) formuliert, da der Gesetzgeber zwar die Präimplantationsdiagnose verbietet, die Pränataldiagnose hingegen in vollem Umfang zugelassen hat, ohne dass eine sachliche Rechtfertigung für eine derart gravierende Ungleichbehandlung während der Embryonalentwicklung ersichtlich wäre.<sup>13</sup> Das verfassungsrechtliche Bekenntnis zu einer „Gleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Menschen“ gem Art 7 Abs 1 letzter Satz B-VG steht diagnostischen Maßnahmen, die auf das Erkennen genetischer bedingter Erkrankungen oder Behinderungen während oder vor Beginn der Schwangerschaft abzielen, schon deshalb nicht entgegen, weil von einem „Menschen“ im (verfassungsrechtlichen) Sinn erst ab der Geburt gesprochen werden kann. Art 7 Abs 1 B-VG schützt nicht vor Maßnahmen, die künftige Krankheiten oder Behinderungen an Geborenen vermeiden sollen,<sup>14</sup> und zwar auch dann nicht, wenn dieses Ziel durch einen Schwangerschaftsabbruch bzw. die Nichtimplantation extrakorporaler Embryonen aus embryopathischer Indikation erreicht wird.<sup>15</sup>

Und zum anderen werden Frauen, die sich einer In-vitro-Fertilisation unterziehen, durch diese Regelung zu einer Schwangerschaft „auf Probe“ gezwungen: Sie können zwar während der ersten drei Schwangerschaftsmon-

<sup>12</sup> Die Strafbarkeit eines „Beteiligten“ setzt nach § 7 VStG voraus, dass die Haupttat (hier also: die Präimplantationsdiagnose) tatsächlich begangen worden ist (mwN *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts [1999] Rz 767 f). Das trifft auf ein Verhalten im Ausland mangels territorialer Geltung der Straftatbestände gem §§ 22 ff iVm § 9 FMedG aber nicht zu.

<sup>13</sup> In diesem Sinn insb *Bernat*, FS Steffen (1995) 41 ff; *J. Ipsen*, Der „verfassungsrechtliche Status“ des Embryos in vitro, JZ 2001, 989 (995). Demgegenüber hält *Kloppfer*, Humangenetik als Verfassungsfrage, JZ 2002, 417 (424 f), das (deutsche) Verbot der Präimplantationsdiagnose weder für verfassungswidrig noch für verfassungsrechtlich geboten.

<sup>14</sup> In diesem Sinn zu Art 3 Abs 3 GG *Hufen*, Präimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht, MedR 2001, 440 (447 f).

<sup>15</sup> Daher verstößt auch die Erlaubnis der Abtreibung aus embryopathischer Indikation nicht gegen Art 7 Abs 1 letzter Satz B-VG. Ebenso für die BRD zB *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland<sup>6</sup> (2002) Art 3 Rz 133.



nate über die Vornahme pränataler Diagnosen und einen allfälligen Schwangerschaftsabbruch frei entscheiden, dürfen diese Entscheidung (und insb die dafür notwendigen Diagnoseschritte) aber nicht ins extrakorporale Stadium vor der Implantation vorverlagern. Bedenkt man, dass sowohl die Durchführung einer IVF<sup>16</sup> als auch die Entscheidung über die Fortführung einer Schwangerschaft<sup>17</sup> in den Schutzbereich des Rechts auf Privatleben gem Art 8 EMRK fallen, dann muss auch die Entscheidung über die Implantation eines extrakorporalen Embryos in den Uterus vom Schutzbereich des Art 8 EMRK umfasst sein. Die grundrechtlich geschützte Entscheidungsfreiheit der Frau über die Fortpflanzung schließt zugleich die Entscheidungsfreiheit darüber ein, ob und welche Embryonen eingepflanzt und welches „genetische Risiko“ dabei in Kauf genommen werden soll.<sup>18</sup> Da die Rechtsordnung zwar die Entscheidung über die Implantation unangetastet lässt, der Frau wegen des Verbots der Präimplantationsdiagnose aber den Zugang zu jenen Informationen versagt, die erst eine Grundlage dieser Entscheidung bilden könnten, liegt im Ergebnis ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht gem Art 8 EMRK vor. Die grundrechtliche Rechtfertigung dieses Eingriffs bedürfte gewichtiger Gründe iSd Art 8 Abs 2 EMRK. Ob der Hinweis auf das Schutzziel der „Moral“ – in concreto: die Verhinderung einer „Embryoselektion“ aus ethischen Gründen – dafür ausreicht, ist vor dem Hintergrund eines wesentlich liberaleren europäischen Standards<sup>19</sup> zumindest ebenso zu bezweifeln wie bei manch anderen gesetzlichen Restriktionen reproduktionsmedizinischer Techniken.<sup>20</sup>

### c) Embryonenforschung und Forschung an embryonalen Stammzellen

Forschungseingriffe an (befruchteten) Embryonen sind jedenfalls durch § 9 Abs 1 FMedG verboten. Was hingegen die Verwendung embryonaler Stammzellen betrifft, so ist § 9 Abs 1 FMedG nur insofern einschlägig, als er der Gewinnung von Zellen aus einem Embryo entgegensteht. Für den Um-

<sup>16</sup> VfSlg 15.632/1999.

<sup>17</sup> MvN *Wiederin*, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 5. Lieferung 2002, Art 8 EMRK, Rz 84.

<sup>18</sup> Ebenso zur deutschen Verfassungslage mwN *Hufen*, MedR 2001, 442 f; *J. Ipsen*, JZ 2001, 995.

<sup>19</sup> Ein generelles Verbot der Präimplantationsdiagnose stellt im europäischen Rechtsvergleich die Ausnahme dar: vgl die Übersicht bei *H.-G. Koch*, Fortpflanzungsmedizin im europäischen Rechtsvergleich, Aus Politik und Zeitgeschichte B 27/2001, 44 ff; *ders*, Fortpflanzungsmedizin im europäischen Rechtsvergleich, in: BMJ (Hrsg), Fortpflanzungsmedizin – Ethik und Rechtspolitik, Schriftenreihe des BMJ Bd 105 (2001) 45 (49, 62 ff). Auch aus dem Verbot eugenischer Praktiken gem Art 3 Abs 2 EU-Grundrechtscharta lässt sich für die Präimplantationsdiagnose nichts gewinnen: näher *Dujmovits*, Die EU-Grundrechtscharta und das Medizinrecht, RdM 2001, 72 (77).

<sup>20</sup> Dazu zB *Dujmovits*, in: Kopetzki/Mayer (Hrsg), Biotechnologie und Recht 108, in kritischer Auseinandersetzung mit VfSlg 15.632/1999.

gang mit embryonalen Stammzellen, die in zulässiger Weise entnommen worden sind – etwa weil ihre Gewinnung außerhalb des örtlichen Geltungsbeereiches des FMedG erfolgte<sup>21</sup> oder weil es sich um embryonale Zellen handelt, die durch Kerntransfer erzeugt wurden<sup>22</sup> – bestehen hingegen keine spezifischen Regeln. Für die Verwendung solcher embryonaler Zellen für Zwecke der Forschung oder der Therapie können sich zwar je nach Lage des Falles rechtliche Anforderungen aus dem Arzneimittelrecht<sup>23</sup> oder dem Gentechnikrecht<sup>24</sup> ergeben; Schutzbestimmungen im Sinne eines gänzlichen oder teilweisen Verbots von Maßnahmen in Bezug auf embryonale Stammzellen lassen sich aus diesen Gesetzen aber nicht ableiten.

Pluripotente embryonale Stammzellen unterliegen – sobald sie einmal gewonnen sind – für sich genommen auch nicht mehr dem Manipulationsverbot des § 9 Abs 1 FMedG: Denn der Begriff der „entwicklungsfähigen Zelle“, der dem § 9 FMedG zugrunde liegt, umfasst lediglich totipotente Zellen, also solche, die sich noch zu einem ganzen Menschen entwickeln können. Pluripotente embryonale Stammzellen sind daher keine „entwicklungsfähigen“ Zellen iSd § 1 Abs 3 FMedG. Der Wortlaut des § 1 Abs 3 FMedG, wonach als entwicklungsfähige Zellen befruchtete Eizellen „und daraus entwickelte Zellen anzusehen“ sind, kann dieser Auslegung nicht entgegen gehalten werden: Nimmt man diese Aussage wörtlich, dann wären nicht nur die befruchtete Eizelle und die totipotenten Stammzellen als „entwicklungsfähige“ Zellen anzusprechen, sondern alle Zellen, die sich im Lauf der Embryonalentwicklung herausbilden. Bei einem solchen Verständnis müsste man sowohl den Fötus in utero als auch jede einzelne Körperzelle des geborenen Menschen der Legaldefinition des § 1 Abs 3 zuordnen, weil sich letztlich jede humane Zelle aus der befruchteten Eizelle „entwickelt“ hat. Diese Lesart würde die umfassenden Verbote des FMedG etwa auf den Problembereich des Schwangerschaftsabbruchs und der Verwendung menschlicher Zellen insgesamt ausdehnen. Eine derart absurde Konsequenz ist dem FMedG nicht zu unterstellen. Plausibler erscheint daher ein restriktives Verständnis, das den Rechtsbegriff der „entwicklungsfähigen Zelle“ auf totipotente Zellen beschränkt.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Der territoriale Geltungsbereich des FMedG ist gem Art 49 Abs 1 B-VG auf das österreichische Bundesgebiet beschränkt; vgl schon oben b).

<sup>22</sup> Dazu gleich unten e).

<sup>23</sup> Bei entsprechender Zweckbestimmung iSd § 1 AMG (Anwendung am Menschen) handelt es sich um Arzneimittel, bei denen bereits das Herstellen bewilligungspflichtig iSd § 63 AMG ist. Vgl (zur Stammzellgewinnung aus der Nabelschnur) den Erlass des BMSG vom 26. 2. 2002, Mitteilungen der Sanitätsverwaltung 2002/3, 20.

<sup>24</sup> Vgl den 4. Abschnitt, §§ 64 ff GTG (Genanalysen und Gentherapie am Menschen).

<sup>25</sup> In diesem Sinn zur Gleichstellung von „Embryonen“ mit „totipotenten“ Zellen im deutschen EmbryonenschutzG auch von *Bitlow*, Embryonenschutzgesetz, in: *Winter/Fenger/Schreiber* (Hrsg), Genmedizin und Recht (2001) 127 (143 f) Rz 348.



#### d) Import embryonaler Stammzellen

Anders als in Deutschland, wo der Import embryonaler Stammzellen mittlerweile einer speziellen gesetzlichen Regelung zugeführt worden ist,<sup>26</sup> enthält die österreichische Rechtslage weder ein Importverbot noch anderweitige Importbeschränkungen für (pluripotente) embryonale Stammzellen. Das Verbot der Überlassung entwicklungsfähiger Zellen gem § 17 Abs 2 FMedG umfasst zwar die Einfuhr von befruchteten Embryonen und totipotenten embryonalen Stammzellen, weil eine grenzüberschreitende Überlassung jedenfalls teilweise auch im Zielstaat stattfindet und somit in den territorialen Anwendungsbereich des FMedG fällt.<sup>27</sup> Auf die Einfuhr pluripotenter embryonaler Stammzellen findet § 17 FMedG aber aus den unter c) ausgeführten Überlegungen – mangels Vorliegen einer „entwicklungsfähigen Zelle“ – keine Anwendung. Auch aus dem Arzneiwareneinfuhrgesetz ergeben sich keine einschlägigen Beschränkungen, weil Stammzellen nicht unter die dort aufgezählten Arzneimittel fallen.<sup>28</sup> Abgesehen davon stünde eine Einfuhrbeschränkung aus EU-Staaten wohl auch mit Art 28 EGV in Konflikt, da der Warenbegriff der Art 23 ff EGV – unabhängig von der ethischen Bewertung – auch Embryonen und embryonale Stammzellen einschließt und der Handel mit ihnen folglich von der gemeinschaftsrechtlichen Warenverkehrsfreiheit umfasst ist.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Gesetz vom 28. 6. 2002 zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit der Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz – StZG), dBGBl I 2002, 2277.

<sup>27</sup> Da auch die Entgegennahme der Zellen im Inland einen Teilakt der grenzüberschreitenden „Überlassung“ darstellt, handelt zumindest einer der beiden Geschäftspartner im örtlichen Geltungsbereich des FMedG und seiner verwaltungsrechtlichen Verbotsnormen iSd § 2 Abs 2 VStG.

<sup>28</sup> Vgl den (auf den Zolltarif verweisenden) § 1 Abs 1 ArzneiwareneinfuhrG 2002, BGBl I 2002/28. Die dort genannten Gruppen von Arzneimitteln schließen humane embryonale Zellen nicht ein.

<sup>29</sup> Waren iSd Art 23 ff EGV sind alle Erzeugnisse, die einen Geldwert haben und deshalb Gegenstand von Handelsgeschäften sein können: *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar (2000) Art 23 Rz 15. Die Kommission hat zwar in einer Anfragebeantwortung Leichen und Feten aus ethischen Gründen nicht als Waren qualifiziert (ABl Nr C 263, 19; ebenso *Schwarze* ibid Art 23 Rz 18), doch scheint dieser Standpunkt inzwischen überholt: Im Fall *Grogan* hat der EuGH (zum Schwangerschaftsabbruch) klargestellt, dass es auf die moralische Dimension eines Verkehrsgeschäfts beim Anwendungsbereich einer Grundfreiheit nicht ankommt (EuGH, Rs C-159/90, Slg 1991, I-4685 = NJW 1993, 776). Zu Embryonen und embryonalen Stammzellen als Schutzobjekt der Warenverkehrsfreiheit und zu den Möglichkeiten einer Beschränkung eingehend *Schweitzer/Selmayr/Kalmanz/Ahlers*, Gesetzgebungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im Bereich Humangenetik und Fortpflanzungsmedizin. Gutachten im Auftrag der Fraktion der Europäischen Volkspartei und europäischer Demokraten im Europäischen Parlament (2001) 66 ff.

#### e) Reproduktives und therapeutisches Klonen

Die Technik des (reproduktiven oder therapeutischen) Klonens ist in Österreich nicht explizit geregelt. Tragfähige Aussagen lassen sich erst mit mehr oder weniger großem Interpretationsaufwand aus Gesetzen ableiten, die im Grunde ganz andere Bereiche zum Gegenstand haben. Gut begründbar und weithin unbestritten ist etwa, dass das „reproduktive Klonen“ aufgrund des Fortpflanzungsmedizingesetzes verboten ist.<sup>30</sup> Die Sanktionierung mit einer bloßen Verwaltungsstrafe von höchstens €36.000,- ist freilich kaum geeignet, potentielle Interessenten abzuschrecken.

Anders fällt hingegen die Beurteilung des „therapeutischen Klonens“, also der Herstellung von embryonalen Stammzellen durch den Transfer somatischer Zellkerne in entkernte Eizellen aus: Während die Verwendung befruchteter Eizellen gem § 9 Abs 1 FMedG zu forschenden oder therapeutischen Zwecken untersagt ist, lässt sich für das „therapeutische Klonen“ de lege lata kein Verbot begründen: Das Verbot von Eingriffen an entwicklungsfähigen Zellen gem § 9 Abs 1 FMedG bezieht sich wegen der Legaldefinition des § 1 Abs 3 FMedG nur auf „befruchtete Eizellen und daraus entwickelte Zellen“. Dies trifft – mangels Befruchtung – bei der Methode des Kerntransfers von vornherein nicht zu. Auch § 9 Abs 1 FMedG letzter Satz, der dieses Manipulationsverbot auf sämtliche Keimzellen (Eizellen und Spermazellen) ausdehnt, steht dem therapeutischen Klonen durch Kerntransfer nicht entgegen, weil dieses Verbot nur dann zum Tragen kommt, wenn diese Zellen „für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen verwendet werden sollen“. Eine analoge Anwendung auf entwicklungsfähige Zellen, die durch Kerntransfer gewonnen wurden, scheidet wegen der verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionierung des FMedG nicht nur am klaren Wortlaut sowie dem strafrechtlichen Analogieverbot,<sup>31</sup> sondern auch daran, dass es an einer analogiefähigen Lücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes fehlt: Wie sich aus den Erläuterungen ergibt, wollte der Gesetzgeber des FMedG biomedizinische Techniken, die mit der menschlichen Fortpflanzung nichts zu tun haben, von einer Normierung im Rahmen des FMedG überhaupt ausnehmen.<sup>32</sup> Auch § 22 ABGB ist auf extrakorporale Embryonen, die durch Kerntransfer

<sup>30</sup> Ausführlich *Miklos*, Das Verbot des Klonens von Menschen in der österreichischen Rechtsordnung, RdM 2000, 35.

<sup>31</sup> Vgl im vergleichbaren deutschen Kontext auch BT-Drucksache 13/11263 v 26. 6. 1998; *Keller*, Klonen, Embryonenschutzgesetz und Biomedizin-Konvention, FS Lenckner (1998) 477 (485).

<sup>32</sup> RV 216 BigNR 18. GP 10. Ohne hinreichende Begründung für die Ableitung eines Verbots des therapeutischen Klonens aus dem FMedG hingegen *Eder-Rieder*, Vorbem zu §§ 96-98 StGB, in: WK<sup>2</sup> (23. Lfg 2001) Rz 19; *Harsieber*, *Geklon und verdammt?*, ÖAZ 2001/4, 33; *Prati*, Stammzelltherapie aus ethischer Sicht, *Imago hominis* 2001/2, 121 (123). Zutreffend anders hingegen *Miklos*, Rechtliche Überlegungen zum Klonen menschlicher Zellen, in: *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), *Biotechnologie und Recht* 119 (142 ff).



erzeugt wurden, nicht anzuwenden.<sup>33</sup> Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Erzeugung embryonaler Stammzellen durch Kerntransfer und deren Verwendung (sei es für die Forschung oder für therapeutische Zwecke) derzeit zulässig ist.

### 3. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für den Embryonenschutz sind in Österreich – anders als in der BRD – gering ausgeprägt: Abgesehen vom Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes werden das Recht auf Leben, der Grundsatz der Menschenwürde, grundrechtliche Schutzpflichten zugunsten neuer Heilmethoden sowie die Forschungsfreiheit zu prüfen sein.

#### a) Recht auf Leben

Aus dem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Leben, das in Österreich insb durch Art 2 EMRK verankert ist, lässt sich für die Zulässigkeit der Embryonenforschung, des „therapeutischen Klonens“ und der Gewinnung embryonaler Stammzellen in der Frühphase der Embryonalentwicklung nichts gewinnen: Nach der von den österreichischen Höchstgerichten – und in deutlichem Kontrast zur überwiegenden deutschen Lehre und Rechtsprechung – vertretenen Auffassung bezieht sich das Grundrecht auf Leben nicht auf das ungeborene Leben.<sup>34</sup> Ein großer Teil der Lehre folgt dieser Auffassung und lehnt die Anwendung des Art 2 EMRK auf vorgeburtliche Entwicklungsstadien ab.<sup>35</sup> Das ist zwar nicht unbestritten, und es folgt daraus auch nicht die völlige verfassungsrechtliche Schutzlosigkeit des Embryos, weil aufgrund allgemeiner Sachlichkeits erwägungen ein abgestufter Übergang zum vollen Lebensschutz geboten ist. Im prinzipiellen Ansatz (wenngleich nicht in allen Details der Begründung) ist dieser Entscheidung des VfGH jedoch zuzustimmen. Die von der EMRK verwendeten Begriffe „Mensch“ bzw. „Person“ beziehen sich – wie auch sonst in der einfachgesetzlichen Rechtsordnung – grundsätzlich nur auf den geborenen Menschen.<sup>36</sup> Der Embryo ist nicht Grundrechtsträger, ihm fehlt die „Grundrechtsfähigkeit“. Das Kontinuum der menschlichen Embryonalentwicklung steht diesem Ausle-

<sup>33</sup> Insb fehlt das Merkmal der „Empfängnis“, das auch im Kontext des § 22 ABGB mit der Kernverschmelzung anzunehmen ist (Posch, 10. ÖJT 1988, I/5, 74, der die Anwendbarkeit des § 22 auf extrakorporale Embryonen insgesamt in Abrede stellt: I/5, 82).

<sup>34</sup> VfSlg 7400/1974; OGH SZ 72/91 = RdM 1999, 177 (182).

<sup>35</sup> Umfassende Nachweise bei Kopetzki, Grundrechtliche Aspekte der Biotechnologie am Beispiel des „therapeutischen Klonens“, in: Kopetzki/Mayer (Hrsg), Biotechnologie und Recht 15 (20 ff).

<sup>36</sup> Dazu und zum Folgenden mit ausführlicher Begründung Kopetzki, in: Kopetzki/Mayer (Hrsg), Biotechnologie und Recht 23 ff; ders., in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 5. Lieferung 2002, Art 2 EMRK, Rz 15 ff.

gungsergebnis nicht entgegen, weil die juristische Begriffsbildung von biologischen Tatsachen unabhängig ist; Rechtsbegriffe bilden die Realität nicht ab, sondern ordnen sie.<sup>37</sup> Der geringere rechtliche Schutz des vorgeburtlichen Lebens ist übrigens – in scharfem Gegensatz zu manchen ethischen Positionen – auch nicht darauf zurückzuführen, dass die Rechtsordnung etwa ein allgemeines Kriterium (wie zB Selbstbestimmung oder Lebensinteresse) als Voraussetzung für die Anerkennung eines Lebensrechts verlangen würde, sondern darauf, dass das Recht eben von einem kategorialen Unterschied zwischen geborenem und ungeborenem Leben ausgeht.<sup>38</sup>

All dies trifft im Ergebnis überdies nicht nur für Art 2 EMRK zu, sondern auch für die gleichgelagerten Rechte auf Leben in Art 6 des UN-Welpaktes über bürgerliche und politische Rechte<sup>39</sup> sowie in Art 2 Abs 1 der Grundrechtscharta der Europäischen Union.<sup>40</sup> Auch der Versuch, im Rahmen der Vorarbeiten zum UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes<sup>41</sup> einen Schutz von Embryonen auf internationaler Ebene zu verankern, scheiterte am Widerstand der Mehrzahl der teilnehmenden Staaten.<sup>42</sup> Von einem allgemeinen Grundsatz des Embryonenschutzes kann somit – mangels Konsenses der

<sup>37</sup> Zu den Gefahren eines „biologistischen Fehlschlusses“ am Beispiel des Rechts auf Leben zB *Anderheiden*, (Re)Biologisierung des Rechts?, Zeitschrift für Gesetzgebung 2002, 151, insb 158 ff.

<sup>38</sup> Die Verneinung eines verfassungsrechtlichen Lebensrechts für Embryonen ist daher auch – entgegen einer verbreiteten „Dammbruch“-Befürchtung – nicht die Vorstufe zu einer Relativierung des Lebensrechts Geborener. Zu diesem Unterschied zwischen ethischer und rechtlicher Begriffsbildung im Kontext des Lebensrechts vgl zB *H. Dreier*, Stufen des vorgeburtlichen Lebensschutzes, ZRP 2002, 377 (382 f). Gegen eine moralische Aufladung des verfassungsrechtlichen Rechts auf Leben und für eine verstärkte Autonomie rechtlicher Begriffsbildung auch *Kopetzki*, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 5. Lieferung 2002, Art 2 EMRK, Rz 12 f; *Höfling*, Deponierung des Verfassungsrechts durch die Philosophie? – Plädoyer für die Autonomie rechtlicher Begriffsbildung, in: Taupitz (Hrsg), Die Bedeutung der Philosophie für die Rechtswissenschaft (2001) 37.

<sup>39</sup> Statt vieler *Nowak*, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll (1989) 131; *Desch*, The Concept and Dimensions of the Right to Life, ZOR 36 (1985/86) 77 (88); mwN *Kopetzki*, in: Kopetzki/Mayer (Hrsg), Biotechnologie und Recht 34.

<sup>40</sup> *Grabewarter*, Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DVBl 2001, 3; ebenso *Benoit-Rohmer*, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Le Dalloz 2001, 1483 (1486); *Dujmovits*, RdM 2001, 74. Selbst bei mittelbarer Anwendung der EU-Charta als Bestätigung eines den Verfassungsstraditionen der Mitgliedsstaaten gemeinsamen allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatzes (so EuG EuGRZ 2002, 266, Z 57) würde sich kein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Schutzes ungeborenen Lebens begründen lassen.

<sup>41</sup> BGBl 1993/7. Dazu *Verschraegen*, Die Kinderrechtekonvention (1996); *Sax/Hainzl*, Die verfassungsrechtliche Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Österreich (1999).

<sup>42</sup> mwN *Bodenriedl/Nowrot*, Bioethik und Völkerrecht, Archiv des Völkerrechts 37 (1999) 177 (202).



Staatengemeinschaft – auch im bioethikspezifischen Völkerrecht nicht die Rede sein.<sup>43</sup>

Doch selbst wenn man auch aus der Sicht des Art 2 EMRK den Beginn des grundrechtlichen Lebensschutzes vor den Geburtszeitpunkt verlegen würde, was manche Autoren vertreten, so würde dieser Schutz nicht bereits bei der Befruchtung beginnen.<sup>44</sup> Eine Ausdehnung des grundrechtlichen Lebensschutzes auf die früheste Embryonalentwicklung ab dem Zeitpunkt der Empfängnis – insb auf Embryonen in vitro vor der Nidation – lässt sich verfassungsrechtlich nicht nachweisen und wird in der österreichischen Verfassungsrechtslehre auch gar nicht ernsthaft vertreten. Art 2 EMRK schützt nicht jedes gattungsspezifische menschliche Leben, zu dem letztlich jede vitale humane Zelle zu zählen wäre, sondern das individuelle Leben von „Menschen“.<sup>45</sup> Anderenfalls ließe es sich ja auch nicht begründen, wieso – was ebenfalls nicht wirklich strittig ist – der Lebensschutz des Art 2 EMRK bereits mit dem Hirntod endet und nicht erst nach dem Absterben der letzten menschlichen Zelle.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht noch viel weniger begründbar wäre schließlich, den grundrechtlichen Lebensschutz auf solche totipotenten Zellen zu erstrecken, die – wie bei der meist diskutierten Technik des therapeutischen Klonens – durch somatischen Kerntransfer in entkernte Eizellen erzeugt werden. Denn die durch das Potentialitätsargument hergestellte Brücke zur „normalen“ befruchteten Eizelle erweist sich schon deshalb als brüchig, weil es zwischen diesen Zellen und einer theoretisch denkbaren Schwangerschaft erstens keinen natürlichen Entwicklungszusammenhang gibt (eine Nidation ist vielmehr gar nicht beabsichtigt) und weil zweitens die Chance einer Einnistung und Austragung nach derzeitigem Wissensstand extrem gering sein dürfte. Wer solch extrem unwahrscheinliche und nicht einmal intendierte Wahrscheinlichkeiten als hinreichende „Potentialität“ im Hinblick auf künftiges menschliches Leben gelten lässt, muss dann konsequenterweise jede Körperzelle unter den Schutz der Verfassung stellen, sobald es durch Techniken

<sup>43</sup> *Bodendiek/Nowrot*, Archiv des Völkerrechts 37 (1999) 189 f. 199 f. 207 ff.; anders (wenngleich ohne nachvollziehbare rechtliche Begründung) *Lücke*, Das universale Verfassungsrecht als Quelle eines Weltgemeinschaftsrechts zur Lösung globaler rechtspolitischer Probleme. Eine Darstellung am Beispiel des Schutzes menschlicher Embryonen, MedR 2002, 432. Zur völlig unterschiedlichen Ausprägung des Embryonenschutzes im internationalen Rechtsvergleich mwN *Kopetzki*, in: *Kopetzki/Mayer* (Hrsg.), *Biotechnologie und Recht* 43 in und bei FN 123; *Tardu*, *Legal Responses*, in: *McLaren* (Hrsg.), *Cloning* (2002) 141 ff.; jüngst eingehend *Taupitz*, *Rechtliche Regelung der Embryonenforschung im internationalen Vergleich* (2003).

<sup>44</sup> Nachweise zum Meinungsstand bei *Kopetzki*, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*, 5. Lieferung 2002, Art 2 EMRK, Rz 15 ff.

<sup>45</sup> *Berka*, *Die Grundrechte* (1999) Rz 368. Ebenso für die BRD nun *Heun*, *Embryonenforschung und Verfassung – Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos*, JZ 2002, 517 (519 ff).

der Entdifferenzierung möglich sein wird, somatische Zellen wieder in einen frühen embryonalen „Urzustand“ zurückzuversetzen.

#### b) Menschenwürde

Kaum tragfähiger ist der verfassungsrechtliche Boden bei der Berufung auf die Menschenwürdegarantie. Anders als nach deutschem Grundgesetz enthält die österreichische Bundesverfassung keinen ausdrücklichen Grundsatz der Menschenwürde. Auch das verfassungsgerichtliche Erkenntnis VfSlg 13.635/1993, wo die Menschenwürde als „allgemeiner Wertungsgrundsatz unserer Rechtsordnung“ angesprochen wird, lässt jeden Hinweis darauf vermissen, dass bzw weshalb ein solcher Grundsatz im Verfassungsrang stehen sollte.<sup>46</sup>

Ein Grundsatz der Menschenwürde kann allenfalls mittelbar aus dem Verbot unmenschlicher und erniedrigender Strafe und Behandlung (Art 3 EMRK) abgeleitet werden, doch bezieht sich auch dieses Grundrecht nur auf Grundrechtsträger, also auf Personen. Doch selbst wenn man eine objektive rechtliche Ausstrahlungswirkung auf die Embryonalphase bejahen wollte, so reicht diese Ausstrahlung nicht bis zum Frühstadium der Entwicklung. Das im Kontext des Folterverbotes stehende Verbot „unmenschlicher“ Behandlung im Sinne des Art 3 EMRK wird nach der ganz herrschenden Judikatur wesentlich durch die Zufügung von menschlichem Leid charakterisiert und kann daher zumindest auf die frühe Embryonalphase nicht angewendet werden.<sup>47</sup> Diese Auffassung wurde im Ergebnis auch von der EKMR vertreten.<sup>48</sup> Zwar muss man einräumen, dass der Schutzbereich des Art 3 EMRK im Hinblick auf Bedrohungen der menschlichen Würde möglicherweise einer dynamischen und evolutiven Weiterentwicklung im Interpretationsweg zugänglich sein könnte. Hiefür bedürfte es aber – da es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt – des Nachweises, dass es in dieser Frage einen Minimalkonsens in den Rechtsordnungen der meisten Europaratsstaaten gibt. Ein Blick in die überaus vielfältige europäische Rechtslandschaft zeigt aber unschwer, dass von einem einheitlichen Mindeststandard des Embryonenschutzes (der bei der Interpretation der EMRK berücksichtigt werden müsste) heute nicht oder jedenfalls noch nicht die Rede sein kann. Der beste Beweis dafür ist die Biomedizinkonvention des Europarates (MRB), die den Embryonenschutz nur in den dürftigen Ansätzen des Art 18 aufgreift. Das kann man rechtspolitisch durchaus kritisieren, muss aber anfügen, dass jener Konsens, zu dem sich die Vertragsstaaten bis heute offenbar nicht durchringen konnten, nicht über den Umweg einer freien Rechtsfortbildung in die EMRK hineinprojiziert werden darf.

<sup>46</sup> Dazu und zum Folgenden *Kopetzki*, in: *Kopetzki/Mayer* (Hrsg.), *Biotechnologie und Recht* 44 ff.

<sup>47</sup> *Kopetzki*, in: *Kopetzki/Mayer* (Hrsg.), *Biotechnologie und Recht* 39 ff.

<sup>48</sup> EKMR Appl 17.004/90, DR 73, 155 (169).



Das Fehlen einer expliziten verfassungsrechtlichen Garantie der Menschenwürde erscheint auch nicht bedauerlich, weil ein solcher Grundsatz zumindest in den hier vorliegenden biomedizinischen Grenzfragen des Embryonenschutzes über keinen hinreichend konsensfähigen inhaltlichen Bedeutungskern verfügt. So wichtig das Prinzip der Menschenwürde als Leitbild sowohl bei der bisherigen Grundrechtsentwicklung als auch bei der künftigen Rechtsgestaltung war und ist, so wenig hilfreich ist der Rechtsbegriff der „Menschenwürde“ als rechtliches Regulativ bei Interessenkonflikten und kontroversiellen ethischen Auseinandersetzungen, weil darunter im Konfliktfall jeder etwas anderes versteht. Der deutsche Diskussionsverlauf zeigt denn auch hinreichend, dass die Berufung auf die Menschenwürde des GG nicht in der Lage ist, die widerstreitenden moralischen Grundsatzpositionen durch den autoritativen Rückgriff auf die Verfassung zu befrieden.

#### c) Schutzpflichten zugunsten der Gesundheitsvorsorge

Auf der anderen Seite der verfassungsrechtlichen Waagschale stehen staatliche Schutzpflichten zugunsten neuer Therapieverfahren, die möglicherweise einmal aus embryonalen Stammzellen entwickelt werden könnten. Solche Schutzpflichten zugunsten der Gesundheit lassen sich in gewissen Grenzen aus Art 8 EMRK begründen, doch wird dem Staat dabei ein sehr weiter Beurteilungsspielraum zugestanden. Vor dem Hintergrund der derzeit noch bestehenden Unsicherheiten über die Bewertung dieser Techniken wäre daher jede Aussage darüber, welche staatlichen Maßnahmen geboten sind, verfrüht. Sobald allerdings konkrete und nicht auf andere Weise erzielbare Heilungschancen durch den Einsatz embryonaler Stammzellen realistisch zu erwarten sind, wäre ein Verbot ihrer Gewinnung und Verwendung jedenfalls als Eingriff in Art 8 EMRK zu qualifizieren und somit verfassungsrechtlich bedenklich. Eine Rechtfertigung im Lichte des Art 8 Abs 2 EMRK würde den – angesichts der europäischen Rechtszersplitterung schwierigen – Nachweis voraussetzen, dass ein solches Verbot zum Schutz der „Moral“ unbedingt erforderlich wäre.<sup>49</sup>

#### d) Freiheit der Wissenschaft

Nach Art 17 StGG steht auch die Wissenschaftsfreiheit unter verfassungsrechtlichem Schutz. Die Freiheit der Forschung ist zwar nicht unbedingt – sie kann zum Schutz anderer Rechtsgüter in angemessener Weise eingeschränkt werden. Ein derartiges Schutzgut kann zweifellos auch das vorgeburtliche Leben sein. Spezifisch intentionale Einschränkungen sind aber nach der Rechtsprechung des VfGH nur dann zulässig, wenn sie zum Schutz anderer verfassungsrechtlich geschützter Güter (zB Grundrechte der in die biomedizinische Forschung einbezogenen Patienten) erforderlich sind.<sup>50</sup> In-

<sup>49</sup> Näher Kopetzki, in: Kopetzki/Mayer (Hrsg), Biotechnologie und Recht 55 f.  
<sup>50</sup> MwN Kopetzki, in: Kopetzki/Mayer (Hrsg), Biotechnologie und Recht 52 ff.

nerhalb dieser Schranken ist die Forschung „frei“, unabhängig von ihrem Inhalt und unabhängig davon, ob sie ein ethisch allseits akzeptiertes Ziel verfolgt. Da zukünftige Erfolgchancen nie verlässlich vorhergesehen werden können, gehört zur Freiheit der Forschung gerade auch, dass die Tür ins Ungewisse und Unvorhersehbare offen bleibt.

Für dem Embryonenschutz in vitro bedeutet das: Auch die Forschung mit embryonalen Stammzellen steht grundsätzlich unter dem Schutz der Bundesverfassung. Diese Freiheit darf der Gesetzgeber zum Schutz der Embryonen in verhältnismäßiger Weise zurückdrängen. Gezielte Eingriffe in diese Freiheit – also etwa das Verbot bestimmter Forschungsziele – müssen aber durch ein „gegenläufiges“ Verfassungsrechtsgut begründet werden. Das ist in der humanmedizinischen Forschung ohne weiteres möglich, weil die Wissenschaftsfreiheit durch die Rechte der Patienten limitiert wird. Da jedoch diese Begründung eines gleichartigen verfassungsrechtlichen Schutzes in der frühen Embryonalphase Schwierigkeiten bereitet, tendiert die verfassungsrechtliche Perspektive eher zu einer begrenzten Zulassung als zu einem völligen Verbot derartiger Techniken.

#### 4. Völkerrechtliche Schranken

Völkerrechtliche Schranken im Umgang mit menschlichen Embryonen und embryonalen Stammzellen de lege ferenda könnten sich künftig aus der Biomedizinvention (MRB)<sup>51</sup> des Europarates und dem 1. Zusatzprotokoll zum Verbot des Klonens von Menschen<sup>52</sup> ergeben. Solange Österreich diese Konvention nicht ratifiziert, entfällt diese freilich auch keine rechtliche Verbindlichkeit.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (European Treaty Series Nr 164); abgedruckt samt Erläuterndem Bericht in HRLJ 1997, 135. Die Konvention ist am 1. 12. 1999 völkerrechtlich in Kraft getreten. Derzeit haben 31 Staaten die Konvention unterzeichnet, davon 15 ratifiziert.

<sup>52</sup> Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning of Human Beings (European Treaty Series Nr 168). Das 1. Zusatzprotokoll ist am 1. 3. 2001 völkerrechtlich in Kraft getreten. Derzeit haben 29 Staaten das 1. Zusatzprotokoll unterzeichnet, davon 13 ratifiziert.

<sup>53</sup> Allgemein zur Bedeutung der MRB für Österreich Kopetzki, Landesbericht Österreich, in: Taupitz (Hrsg), Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung? (2002) 197; ders, Strittiges Konsenspapier. Der rechtsstaatliche Gewinn durch die Ratifizierung der Biomedizin-Konvention des Europarates überwiegt ihre Mängel, Die Furche Nr 45, 8. 11. 2001, 19.



### a) Art 18 Biomedizinkonvention

Art 18 Abs 1 MRB verpflichtet die Vertragsstaaten zur Gewährleistung eines angemessenen Schutzes des Embryos, sofern sie Forschungen an Embryonen *in vitro* zulassen. Die Erzeugung von Embryonen zu Forschungszwecken ist hingegen gem Art 18 Abs 2 MRB unzulässig.

Was man sich unter einem „angemessenen Schutz“ bei der Embryonenforschung vorstellen soll, ist weithin offen. Dennoch ergeben sich aus Art 18 MRB zwei klare Aussagen: Zum Ersten ist die Forschung an Embryonen nicht untersagt,<sup>54</sup> wenngleich die Auffassung vertreten wird, dass jede „verbrauchende“ – mit der Zerstörung des Embryos einhergehende – Forschung dem Schutzversprechen des Art 18 Abs 1 MRB zuwider läuft.<sup>55</sup> Und zum Zweiten verbietet Art 18 Abs 2 zwar die Erzeugung von Embryonen *in vitro* zu Forschungszwecken, nicht hingegen die Verwendung oder Erzeugung zu therapeutischen Zwecken,<sup>56</sup> wie dies etwa bei der Stammzellgewinnung zur Gewebszüchtung der Fall wäre. In dem Maße, in welchem jedoch die Technik des „therapeutischen Klonens“ nur über den Umweg der Forschung erreicht werden kann, stünde dies aus heutiger Sicht wohl im Konflikt mit Art 18 der Konvention, sofern man nicht die durch Kerntransfer entstandenen entwicklungsfähigen Zellen, die außerhalb jedes Kontextes zur Fortpflanzung stehen, überhaupt vom Begriff des „Embryos“ ausnimmt.<sup>57</sup>

Die Frage der Zulässigkeit der Forschung mit embryonalen Stammzellen ist damit allerdings noch nicht beantwortet, weil Art 18 MRB nicht absolut gewährleistet ist und – wie bei derartigen Konventionen üblich – durch innerstaatliche Gesetze eingeschränkt werden darf, sofern dies zB zum Schutz der öffentlichen Gesundheit erforderlich ist (Art 26 MRB). Freilich wird dabei ein strenger Maßstab anzulegen sein.

<sup>54</sup> Rudolf-Schäffer, Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin des Europarats vom 4. April 1997, in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.), Genmedizin und Recht (2001) 63 (76).

<sup>55</sup> So zB *Mailhieu*, Bioéthique et droits fondamentaux. Quelles réponses au niveau européen, REDP 13 (2001) 695 (704); *Keller*, FS Lenckner (1998) 491. Auch dies ist nicht unbestritten: vgl. anders *Bodendiek/Nowrot*, Archiv des Völkerrechts 37 (1999) 200; *Benitez*, Embryonenforschung, in: Korff ua (Hrsg.), Lexikon der Bioethik I (1998) 560; *Voss*, Keimbahntherapie 181, wonach bereits die Beschränkung der Forschung auf einen Zeitraum bis 14 Tage nach der Befruchtung einen „angemessenen Schutz“ darstellen könnte.

<sup>56</sup> *Gabold/Hors*, Utilisation aux fins de greffe de cellules et tissus humains d'origine foetale ou embryonnaire, Médecine & Droit 44 (2000) 1 (3); *Schulz*, ZRP 2001, 527; anders *Bubnoff*, Schwerpunkte strafrechtlicher Harmonisierung in Europa unter Berücksichtigung der Orientierungsvorgaben aus der Grundrechtscharta 2000, Zeus 2001, 165, wonach Art 18 MRB „jede fremdnützige künstliche Befruchtung einer menschlichen Eizelle“ verbiete.

<sup>57</sup> Dazu *Kopetzki*, in: *Kopetzki/Mayer* (Hrsg.), Biotechnologie und Recht 62.

### b) I. Zusatzprotokoll zur Biomedizinkonvention

Art 1 des – von Österreich ebenfalls nicht ratifizierten – I. Zusatzprotokolls zur Biomedizinkonvention verbietet jede Intervention, die darauf gerichtet ist, „ein menschliches Lebewesen zu erzeugen, das mit einem anderen lebenden oder toten menschlichen Lebewesen genetisch identisch ist“. Der Ausdruck „menschliches Lebewesen, das mit einem anderen menschlichen Lebewesen ‚genetisch identisch‘ ist, bedeutet gem Art 1 Abs 2 des I. ZP ein menschliches Lebewesen, das mit einem anderen menschlichen Lebewesen dasselbe Kerngenom gemeinsam hat.

Art 1 des I. ZP beinhaltet jedenfalls ein Verbot des „reproduktiven“ Klonens. Ob auch die Herstellung von Embryonen durch Kerntransfer aus adulten Zellen zur Gewinnung genetisch (weitgehend) identischer embryonaler Stammzellen ausgeschlossen werden sollte, ist nach dem Text nicht ganz eindeutig und hängt davon ab, was man unter einem „menschlichen Lebewesen“ („human being“) versteht. Bezieht man den Begriff „human being“ auch auf das frühe Embryonalstadium, dann wäre das „therapeutische Klonen“ völkerrechtlich verboten, wobei dieses Verbot – anders als Art 18 MRB – auch nicht durchbrochen werden dürfte, weil das Zusatzprotokoll keinen Gesetzesvorbehalt enthält. Der Erläuternde Bericht deutet allerdings darauf hin, dass man den Begriff „human being“ an seinen „Rändern“ nicht exakt festlegen, sondern der Konkretisierung durch die einzelnen Vertragsstaaten überlassen wollte.<sup>58</sup> Auch der Umstand, dass der Embryonenschutz und die Anwendung von Klonierungstechniken bei embryonalen Zellen zu anderen als zu Fortpflanzungszwecken vom I. Zusatzprotokoll ausgenommen bleiben und einem weiteren Zusatzprotokoll vorbehalten werden sollte,<sup>59</sup> lässt den Schluss zu, dass das Klonen von Embryonalzellen für andere Zwecke als jene der Fortpflanzung nicht in den Anwendungsbereich des Zusatzprotokolls fällt.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Explanatory Report to the Protocol, DIRJUR (98) 7, Z 6: „... it was decided to leave it to domestic law to define the scope of the expression ‚human being‘ for the purposes of the application of the present Protocol“; dazu auch *Schulz*, Schleichende Harmonisierung der Stammzellforschung in Europa?, ZRP 2001, 526 (527); *Voss*, Rechtsfragen der Keimbahntherapie (2001) 180 f.; *Kopetzki*, in: *Kopetzki/Mayer* (Hrsg.), Biotechnologie und Recht 63 ff. *McLaren*, in: *The Council of Europe's position*, in: *McLaren* (Hrsg.), Cloning (2002) 159 f. Wie wenig aussagekräftig der Begriff „human being“ für die Frage des Beginns des grundrechtlichen Lebensschutzes ist, zeigt etwa auch die Verwendung in Art 6 IPBPR, wo mit „human being“ nur das geborene Lebewesen gemeint ist: vgl. *Schwelb*, The United Nations, the Council of Europe and Human Rights: Some Observations, RDH 1975, 505 (515).

<sup>59</sup> Explanatory Report to the Protocol, DIRJUR (98) 7, Z 2; *Schulz*, ZRP 2001, 527.

<sup>60</sup> *McGleenan*, Ethische Aspekte der Forschung an menschlichen Embryonen, hrsg vom Europäischen Parlament, EP/IV/A/STOA/99/INDU/02, Juli 2000, 59 f.; *Gabold/Hors*, Médecine & Droit 44 (2000) 3; *Deloffre-Vye*, Le droit pénal des lois de bioéthique, Revue générale de droit médical 2001/5, 91 (120); *Düwell*, Ethische



Zusammenfassend kann man daher festhalten, dass weder auf der Ebene des Europarates<sup>61</sup> noch in anderen internationalen Normen<sup>62</sup> ein absolutes völkerrechtliches Verbot der Embryonenforschung oder des therapeutischen Klonens besteht. Die im Vorfeld der therapeutischen Verwendung erforderliche Erzeugung von Embryonen zu Forschungszwecken bedürfte allerdings einer dem Gesetzesvorbehalt des Art 26 MRB entsprechenden innerstaatlichen Regelung.

### 5. Rechtspolitische Aspekte

Die verfassungs- und völkerrechtlichen Determinanten, die den Spielraum bei der künftigen Rechtspolitik hinsichtlich der Verwendung embryonaler Stammzellen begrenzen, sind also recht dünn und, sofern überhaupt begründbar, eher „forschungs- und therapiefreundlich“. Die rechtspolitische und ethische Auseinandersetzung wird dadurch gewiss nicht leichter, weil sich der Rekurs auf vermeintlich feste verfassungsrechtliche Bastionen wie die „Menschenwürde“ oder das „Recht auf Leben“ als wenig tragfähig erweist und daher die unterschiedlichen moralischen, theologischen und gesundheitspolitischen Positionen weitgehend ohne „grundrechtliche Rückendeckung“ vorgetragen und ausgeglichen werden müssen. Auf der anderen Seite liegt im Verzicht auf permanente Fundamentalbegründungen aus dem Wesen des

Überlegungen anlässlich der „Konvention für Menschenrechte und Biomedizin“ des Europarates und der „Allgemeinen Erklärung zum menschlichen Genom und den Menschenrechten“ der UNESCO, in: Bender/Gassen/Platzer/Seehaus (Hrsg), Eingriffe in die menschliche Keimbahn (2000) 83 (88); *Bodendiek/Nowrot*, Archiv des Völkerrechts 37 (1999) 201; *Herdegen/Spranger*, Übereinkommen für Menschenrechte und Biomedizin, in: Herdegen (Hrsg), Internationale Praxis Gentechnikrecht, Bd 1, 15. Lieferung 2000, Rz 62; *Mietz*, Was wollen wir können. Ethik im Zeitalter der Biotechnik (2002) 337; *Taupitz*, Embryonenforschung im internationalen Vergleich 5 f; anders wohl *Augustin*, ZSR 2001, 176 FN 52, wonach das ZP jede Art des Klonens verbiete, sowie *Miklos*, in: Kopetzki/Mayer (Hrsg), Biotechnologie und Recht 133 ff. Auch das Europäische Parlament, Entschließung 7. 9. 2000, lehnte eine Unterscheidung zwischen therapeutischem und reproduktivem Klonen ab und verteilte beide als Verstoß gegen die Politik der EU (EuGRZ 2000, 495). Dass hier nichts desto weniger Unsicherheiten verbleiben dürften, zeigt freilich die anlässlich der Unterzeichnung des ZP vorsichtshalber abgegebene interpretative Erklärung der Niederlande, wonach der Begriff „human being“ nur auf Geborene bezogen werde; vgl die interpretative Erklärung vom 29. 4. 1998: „In relation to Article 1 of the Protocol, the Government of the Kingdom of the Netherlands declares that it interprets the term „human being“ as referring exclusively to a human individual, i.e. a human being who has been born“.

<sup>61</sup> *Gabolaie/Hors*, Médecine & Droit 44 (2000) 3.

<sup>62</sup> Auch die – rechtlich unverbindliche – Allgemeine Erklärung des UNESCO über das menschliche Genom und Menschenrechte vom 11. 11. 1997 verbietet in ihrem Art 11 lediglich das reproduktive Klonen. Das Gleiche gilt für die Grundrechtscharta der Europäischen Union, die in ihrem Art 3 nur das reproduktive, nicht hingegen das therapeutische Klonen ausschließt: *Dujmovits*, RdM 2001, 77.

Menschen auch eine Chance zu einem etwas unaufregteren und pragmatischeren Umgang mit „bioethischen“ Themen, wie er in anderen Staaten üblich ist.

Aus rechtspolitischer Sicht lassen sich – ohne dieser inhaltlichen Diskussion hier allzu weit vorzugreifen – einige Aspekte skizzieren, die dabei im Auge behalten werden sollten:

1. Jede künftige Regelung sollte in sich konsistent sein und *Wertungswidersprüche* nach Möglichkeit vermeiden. Der geltenden Rechtslage kann dies nicht attestiert werden, wie ein Blick auf die völlig divergierenden Regelungen hinsichtlich der pränatalen Diagnose, der pränatalen Gendiagnose und der Präimplantationsdiagnose oder aber auch ein Vergleich zwischen dem Abtreibungsrecht und dem Embryonenschutz in vitro zeigt.

2. Künftige Gesetze auf dem Gebiet der Biomedizin sollten sich *klarer und expliziter Formulierungen* bedienen, deren regulierende Kraft nicht von unbestimmten Prinzipien wie der „Menschenwürde“ oder einer generellen „ethischen Kompatibilitätsprüfung“ abhängt. Je sensibler ein Thema ist und je unterschiedlicher die vertretenen moralischen und gesundheitspolitischen Standpunkte, desto wichtiger wird es sein, die divergierenden Interessen weniger durch Prinzipien als durch operationable Regeln voneinander abzugrenzen, deren Bedeutung gerade auch jenen zugänglich ist, die die dahinter stehenden Wertentscheidungen nicht teilen wollen oder können. Der säkulare und auf dem Grundsatz der Freiheit der Religion und Weltanschauung aufbauende Rechtsstaat darf seine Bürger nur auf die Einhaltung hinreichend bestimmter Gesetze verpflichten, nicht jedoch auf die Übereinstimmung mit moralischen Grundwerten. Gerade weil in den zentralen bioethischen Streitfragen der Gegenwart völlig unterschiedliche Werthaltungen aufeinander prallen, sollte die künftige normative Ordnung auf diesem Gebiet nicht durch „Werte“, sondern durch Normen hergestellt werden, deren Sinn ohne großen ethischen Reflexionsaufwand nachvollziehbar ist und die von allen als verbindlich anerkannt werden. Denn „erst wenn sie in objektive, in rechtliche Normen verwandelt sind, können Werte zu Regulatoren des gesellschaftlichen Lebens und seiner Konflikte werden“.<sup>63</sup>

3. Manche Grundsatzfragen lassen sich nicht in der Hoffnung auf einen gesamtgesellschaftlichen Konsens ausdiskutieren, weil diese Diskussion – mangels Verbindlichkeit der konfligierenden Moralvorstellungen und mangels einer moralischen Letztinstanz – nie zu einem Ende kommen wird. Da in einem pluralistischen Gemeinwesen zwar divergierende „Ethiken“, nicht aber widersprüchliche rechtliche Regelungen nebeneinander Bestand haben können, müssen diese Fragen – soweit es um ihre rechtliche Dimension geht – daher *irgendwann entschieden* werden. Der im demokratischen Rechtsstaat

<sup>63</sup> *Michalski*, Politik und Werte, Transit 21 (2001) 208 (217). „Wir vermindern die Konfliktfähigkeit und Gefährlichkeit der heterogenen Welt nicht, indem wir uns auf Werte berufen: Werte verbinden nicht, Werte trennen“ (216).



dafür verfassungsrechtlich vorgesehene Ort ist das Parlament. Gewiss muss nicht auf alles eine gesetzliche Antwort gegeben werden. Oft nimmt man durch schlichtes Untätigsein aber in Kauf, dass sich die rechtlichen Antworten dann aus unbeabsichtigten Nebenwirkungen von Gesetzen ergeben, die für ganz andere Zwecke gedacht waren, oder dass ein verbindlicher rechtlicher Rahmen überhaupt fehlt.

4. Eine in Zukunft entscheidende Frage wird daher sein, auf welche Weise, unter Einbeziehung welcher gesellschaftlichen Kräfte und mit welchen verfahrensrechtlichen Instrumenten aus den divergierenden religiösen und weltanschaulichen Standpunkten eine legitime rechtspolitische Entscheidung gewonnen werden soll. Anders gewendet: Weil und sofern sich der moralische Konsens nicht erzielen lässt, wird das Augenmerk verstärkt darauf liegen müssen, wie man den moralischen Dissens bewältigt. Diese zentrale rechtspolitische Fragestellung lässt sich nicht mit moralphilosophischen Überlegungen beantworten; sie betrifft vielmehr die Frage nach dem Grund und den Schranken der staatlichen Regelungsbefugnisse in einer pluralistischen Gesellschaft.<sup>64</sup> Aus diesem Blickwinkel ist es dann aus der Perspektive der Rechtspolitik gar nicht mehr nötig, alle aufgeladenen weltanschaulichen Kontroversen zur Bioethik ausdiskutieren oder einzelne Positionen als „richtig“ oder „falsch“ zu etikettieren, weil die Übereinstimmung mit einer bestimmten Moral als Begründung für staatliches Handeln nicht allein ausschlaggebend sein kann. Am Beispiel des Embryonenschutzes heißt das: Für die rechtspolitische Diskussion kann es nicht primär um den „moralischen Status“ des Embryos als Vorfrage künftiger Rechtsgestaltung gehen, und auch nicht darum, wann „das Leben wirklich beginnt“ – als ließe sich dies mit den Mitteln von Recht und Politik autoritativ entscheiden. Entscheidend muss vielmehr sein, wie Staat und Recht mit dem Befund umgehen sollen, dass diese Fragen eben je nach Religion und Weltanschauung unterschiedlich gesehen werden können und auch unterschiedlich gesehen werden. Leider pflegen „bioethische“ Diskurse meist genau an dieser Stelle abzubrechen,<sup>65</sup> statt den moralischen Pluralismus zum Ausgangspunkt der eigentlichen „biopolitischen“ Problematik zu machen.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> Dazu *Huster*, Bioethik im säkularen Staat. Ein Beitrag zum Verhältnis von Rechts- und Moralphilosophie im pluralistischen Gemeinwesen, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 55 (2001) 258 (268 ff). Weiterführend *Pawłowski*, Zur Bedeutung der Philosophie für die Rechtswissenschaft – dargestellt am Beispiel der Menschenrechtskonvention zur Biomedizin (Zum Verhältnis von europäischem Recht und europäischer Moral), in: Taupitz (Hrsg.), Die Bedeutung der Philosophie für die Rechtswissenschaft (2001) 5.

<sup>65</sup> Vgl. statt vieler zB den Schlussbericht der Enquete-Kommission „Recht und Ethik der modernen Medizin“ des deutschen Bundestages, BT-Drucksache 14/9020 vom 14. 5. 2002, 25 f.

<sup>66</sup> Zutreffend *Huster*, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 55 (2001) 268 f. Vgl. auch *Wiesing*, Zum Streit um die Embryonen: Was tun, wenn man sich nicht einigen kann?, *Deutsches Ärzteblatt* 2001/14, A-896.

Die damit einhergehende Forderung nach einer gewissen staatlichen Neutralitätserklärung in unheilbar strittigen Fragen von moralischen und religiösen „Wahrheiten“ ist übrigens gar nicht so neu: Sie steht am Beginn der Entwicklung des modernen Säkularstaates. Am prägnantesten kommt sie in den Worten des Kanzlers des Königs von Frankreich, *Michel de L'Hopital*, zum Ausdruck, der am Vorabend der Hugenottenkriege 1562 im Conseil des Königs meint, es komme nicht darauf an, welche die wahre Religion sei, sondern „wie man beisammen leben könne“.<sup>67</sup>

5. Alle Beteiligten des künftigen Diskurses werden – soviel lässt sich jetzt schon sagen – mit *Kompromissen* umgehen müssen. In einem pluralistischen, säkularisierten und demokratischen Staat ist kaum zu erwarten und auch nicht wünschenswert, dass sich bestimmte Werte immer „unbeschädigt“ verwirklichen lassen. Recht und Politik dienen dem Ausgleich widerstreitender Interessen, nicht der Durchsetzung der „wahren Lehre“. Bei den meisten Themen wird es auch weniger um ein striktes Entweder/Oder gehen, sondern eher um konkrete Grenzen, Bedingungen, Schranken und Kontrollen neuer Techniken, mithin also um Abwägungen und Feinsteuerungen im Detail.

6. Statt sich an einer aufgeheizten moralischen Bürgerkriegsstimmung zu beteiligen, sollte man sich die eigenen *rechtshistorischen Traditionen* bewusst machen, die in Österreich immer wieder zu ausgewogenen und vermittelnden Ausgleichen zwischen prinzipiell gegenläufigen Schutzinteressen geführt haben und in denen sich das österreichische Medizinrecht ganz grundlegend vom deutschen Rechtszustand unterscheidet. Als Beispiel sei hier nur das Obduktionsrecht und – sachlich noch näher liegend – das Transplantationsrecht erwähnt. Auch dort wurde die (übrigens ganz spiegelbildliche) Diskussion, wann das Leben ende, nicht durch einen politischen Akt befriedet. Der Gesetzgeber hat aber durch die implizite Anerkennung des Hirntodkonzepts zum Ausdruck gebracht, bis zu welchem Zeitpunkt im kontinuierlichen Fluss des Sterbens eines Organismus jener strikte Lebensschutz aufrecht bleiben soll, den die Rechtsordnung der Person gewährt, und ab welchem Zeitpunkt anderen Interessen wie jenen der wartenden Organempfänger der Vorrang zukommen soll.<sup>68</sup> In der Hirntoddebatte haben wir also ganz offenkundig eine normative Grenze akzeptiert zwischen dem „menschlichen Leben“ im Sinne biologischer Gattungszuordnung (zu dem der Organismus des Hirntoten bis zum Absterben der letzten Zelle immer noch gehört) und dem Leben einer individuellen Person im Rechtssinn (das mit dem nachgewiesenen Hirntod beendet ist).

<sup>67</sup> Zitiert nach *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht (1976) 42 (43 f.).

<sup>68</sup> Dazu näher *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation (1988) 176 ff.



7. Die normativen Herausforderungen der Biotechnologie werden sich *nicht im nationalen Alleingang* lösen lassen. Rechtliche Regelungen müssen daher, wie die Biomedizin selbst, möglichst *übernational* ansetzen.<sup>69</sup> Gewiss kann man sich einem moralisch korrekten nationalen Sonderweg verschreiben, um dann die Früchte der verpönten nationalen Forschung aus dem Ausland zu importieren. Solche Strategien werden aber den Geruch der moralischen Selbstgerechtigkeit und der Heuchelei nie ganz abstreifen können. Die Verbindung des Exports von Moralvorstellungen mit dem Import von humanen Ressourcen könnte Satirikern vielmehr als neue Form des Kolonialismus erscheinen. Schon aus diesem Grunde sollte sich Österreich dem Beitritt zur Biomedizin-konvention des Europarates nicht mehr länger entziehen.

---

<sup>69</sup> Für eine Übersicht über internationale Regulierungstendenzen vgl. *Bodendiek/Nowrot*, Archiv des Völkerrechts 37 (1999) 177 ff.