

# Zur Lage der embryonalen Stammzellen in Österreich

Christian Kopetzki

## I. Einleitung

Mit Verzögerung hat die bioethische Debatte über die Legitimität der Forschung mit embryonalen Stammzellen auch Österreich erfasst. Die Frontlinien dieser Auseinandersetzungen verlaufen ganz ähnlich wie in Deutschland und brauchen hier nicht neuerlich skizziert zu werden.<sup>1</sup> In manchen Punkten weist die österreichische Entwicklung allerdings Besonderheiten auf: Zum einen findet Forschung mit embryonalen Stammzellen in Österreich tatsächlich statt, ohne dass dieser Befund Gegenstand besonderer öffentlicher Wahrnehmung oder gar Erregung geworden wäre.<sup>2</sup> Und zum anderen unterscheidet sich das rechtliche – vor allem das verfassungsrechtliche – Umfeld doch erheblich von jenem in Deutschland, wengleich diese Divergenzen gerade am Beispiel der Stammzellforschung nicht auf den ersten Blick sichtbar werden.

## II. Regelungen über die Gewinnung und Verwendung embryonaler Stammzellen

„Embryonale Stammzellen“ sind in der österreichischen Rechtsordnung als Rechtsbegriff unbekannt. Es gibt zwar eine wachsende Zahl an Regelungen über die *therapeutische* Nutzung von Zellen, die sich entweder explizit auf alle Arten von Stammzellen beziehen<sup>3</sup> oder die deren Verwendung beim Menschen mittelbar

---

<sup>1</sup> Für eine aktuelle Bestandsaufnahme vgl. die Beiträge in *Körtner/Kopetzki* (Hrsg.), *Stammzellforschung. Ethische und rechtliche Aspekte* (2008).

<sup>2</sup> Vgl. *Derka*, *Der Exodus der klugen Köpfe*, *Die Zeit* Nr. 32 vom 31. 7. 2008, S. 10 A.

<sup>3</sup> Etwa für die finanzielle Förderung und Koordination der Stammzelltransplantation (§ 59d Krankenanstalten- und KuranstaltenG – KAKuG, BGBl. 1957/1 i.d.F. BGBl. I 2008/49; §§ 4, 15 BG über die Gesundheit Österreich GmbH, BGBl. I 2006/132) oder die Ausbildung der Ärzte auf dem Gebiet der Stammzelltransplantation (Anl. 5, 15, 17 zur Ärzte-AusbO 2006, BGBl. II 2006/286).

über das Arzneimittelrecht<sup>4</sup> und das neue Gewebesicherheitsrecht<sup>5</sup> normativ erfassen. Spezifische Bestimmungen für embryonale Stammzellen existieren aber ebenso wenig wie Regelungen für die *Forschung* mit (embryonalen oder adulten) Stammzellen.<sup>6</sup> Insbesondere gibt es kein dem deutschen Rechtsbestand entsprechendes „Embryonenschutzgesetz“ oder „Stammzellgesetz“.

Schranken für die Gewinnung und Verwendung embryonaler Stammzellen können sich daher nur mittelbar aus Gesetzen ergeben, die primär andere Sachverhalte regeln, wegen ihrer systematischen Nahebeziehung aber Ausstrahlungswirkungen auf die hier zu beurteilenden Fragestellungen entfalten. Bleibt die Suche nach einschlägigen Verbotsnormen erfolglos, dann ist die fragliche Tätigkeit eben rechtlich erlaubt, ohne dass es hierfür einer expliziten gesetzlichen „Zulassung“ bedürfte.<sup>7</sup>

## 1. Gewinnung embryonaler Stammzellen

Als *sedes materiae* für die Ableitung gesetzlicher Schranken für die embryonale Stammzellforschung kommt im Wesentlichen nur das Fortpflanzungsmedizinengesetz (FMedG)<sup>8</sup> in Betracht. Es regelt die „medizinisch unterstützte Fortpflanzung“, d.h. die „Anwendung medizinischer Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft auf andere Weise als durch Geschlechtsverkehr“ (§ 1 Abs. 1 FMedG). § 9 Abs. 1 FMedG enthält in diesem Zusammenhang Bestimmungen für die „Verwendung, Untersuchung und Behandlung von Samen, Eizellen und entwicklungsfähigen Zellen“: Danach dürfen „entwicklungsfähige Zellen ... nicht für andere Zwecke als für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen verwendet wer-

<sup>4</sup> Arzneimittelgesetz – AMG, BGBl. 1983/185 i.d.F. BGBl. I 2008/52. Wegen des weiten, alle Körperbestandteile umfassenden Stoffbegriffs des § 1 Abs. 4 Ziff. 3 AMG sind auch Stammzellen als Arzneimittel zu qualifizieren, wenn sie zu (im weitesten Sinn) therapeutischen Zwecken verwendet werden. Durch die europäische VO (EG) Nr. 1394/2007 vom 13. 11. 2007 über Arzneimittel für neuartige Therapien (ABl. L 324/121 vom 10. 12. 2007) wurden auch somatische Zelltherapeutika und biotechnologisch veränderte Gewebsprodukte als „Arzneimittel für neuartige Therapien“ eingeordnet und besonderen Regelungen unterworfen.

<sup>5</sup> Vgl. das GewebesicherheitsG – GSG, BGBl. I 2008/49, das die europäische RL 2004/23/EG vom 31. 3. 2004 zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Spende, Beschaffung, Testung, Verarbeitung, Konservierung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen (ABl. L 102/48 vom 7. 4. 2004) umsetzt. Auch embryonale Zellen unterliegen dem GSG, sofern es um ihre (im weitesten Sinne therapeutische) Verwendung beim Menschen geht.

<sup>6</sup> Die Stammzellforschung scheint lediglich – aber immerhin – als Inhalt der Lehrpläne für den Biologieunterricht an Schulen auf (vgl. die Anlagen A und D BGBl. 1985/88 i.d.F. BGBl. II 2006/321).

<sup>7</sup> Vor dem Hintergrund der prinzipiellen Freiheitsvermutung der Bundesverfassung kann alles als erlaubt gelten, was rechtlich nicht verboten ist. Zu diesem „rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip“ m.w.N. *Kopetzki*, Rechtliche Aspekte des Embryonenschutzes, in Körtner/Kopetzki (Hrsg.), Embryonenschutz – Hemmschuh für die Biomedizin? (2003) 51.

<sup>8</sup> BGBl. 1992/275 i.d.F. BGBl. I 2008/49.

den. Sie dürfen nur insoweit untersucht und behandelt werden, als dies nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung zur Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich ist“.

Aus dieser Bestimmung wird unter anderem ein Verbot der Forschung mit menschlichen Embryonen abgeleitet, das vom Gesetzgeber auch beabsichtigt war.<sup>9</sup> Das Verwendungsverbot des § 9 Abs. 1 FMedG schließt somit auch die Gewinnung embryonaler Stammzellen aus in-vitro-Embryonen („entwicklungsfähigen Zellen“) zu Forschungszwecken aus.<sup>10</sup> Anders als in Deutschland sind die Verbote des FMedG allerdings nur verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert, wobei die Höchststrafe von 36.000 € eher moderat bemessen ist. Ein justizstrafrechtlicher Schutz des extrakorporalen Embryos besteht nicht.<sup>11</sup> Diese Regelung führt einerseits dazu, dass der Schutz des Embryos in vitro stärker ausgeprägt ist als der Schutz des Embryos in vivo in der Frühphase seiner Entwicklung – denn die strafgesetzlichen Bestimmungen über den Schwangerschaftsabbruch (§§ 96 ff. StGB) schützen den Embryo in vivo vor der Nidation (also vor Beginn der Schwangerschaft) noch gar nicht. Andererseits wird mit der Entscheidung zugunsten des Verwaltungsstrafrechts, der zahmen Strafdrohung sowie der Zurückhaltung gegenüber dem Einsatz justizstrafrechtlicher Sanktionen eine deutlich geringere Schutzwürdigkeit früher extrakorporaler Embryonen zum Ausdruck gebracht, die mit dem Lebensschutz Geborener nicht einmal ansatzweise vergleichbar ist.

## 2. Forschung mit embryonalen Stammzellen

Ob neben der Gewinnung embryonaler Stammzellen aus befruchteten Embryonen auch die Forschung mit bereits auf legalem Weg (im Ausland) gewonnenen humanen embryonalen Stammzellen verboten ist, hängt davon ab, ob diese Zellen für sich genommen vom Anwendungsbereich des § 9 Abs. 1 FMedG erfasst sind oder nicht, ob es sich also um „entwicklungsfähige Zellen“ im spezifischen Sinne des FMedG handelt. Träfe dies zu, wäre eine Verwendung zu anderen Zwecken als zur Herbeiführung einer Schwangerschaft unzulässig. Ist dies nicht der Fall, so fände § 9 FMedG auf den Umgang mit diesen Zellen überhaupt keine Anwendung.

Die Antwort auf diese Frage erschließt sich aus dem Gesetz nicht auf den ersten Blick. Für vernünftige Zweifel bleibt aber dennoch kein Raum: Nach ganz herrschender Auffassung verbietet § 9 Abs. 1 FMedG lediglich die Gewinnung von Zellen aus einem Embryo zu Forschungszwecken, nicht hingegen die Verwendung von pluripotenten embryonalen Stammzellen, die in zulässiger Weise bereits entnommen worden sind – etwa weil ihre Gewinnung im Ausland außerhalb des örtlichen Geltungsbereiches des FMedG erfolgte.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Vgl. 216 BlgNR 18. GP 20.

<sup>10</sup> Näher *Kopetzki* in Körtner/Kopetzki (Hrsg.), *Embryonenschutz* 52 ff.; *Mayrhofer*, *Reproduktionsmedizinrecht* (2003) insb. 97 ff.

<sup>11</sup> M.w.N. E. Köck, *Der (Straf)rechtliche Schutz des Embryos*, *ÖJZ* 2006, 631 ff.

<sup>12</sup> *Kopetzki* in Körtner/Kopetzki (Hrsg.), *Embryonenschutz* 56 ff.; *Mayrhofer*, *Reproduktionsmedizinrecht* 105 ff.

Dieses Ergebnis hat mit dem eigentümlichen Begriff der „entwicklungsfähigen Zelle“ zu tun, an dem die Verbote des § 9 FMedG anknüpfen und an dessen Reichweite sich daher die Anwendbarkeit des FMedG insgesamt entscheidet: Zunächst stiftet die Legaldefinition der „entwicklungsfähigen Zelle“ freilich eher Verwirrung: Der Wortlaut des § 1 Abs. 3 FMedG, wonach als entwicklungsfähige Zellen befruchtete Eizellen „und daraus entwickelte Zellen anzusehen“ sind, scheint auch eine viel weitere Auslegung zu tragen. Würde man diese Legaldefinition wörtlich nehmen, dann wären nicht nur die befruchtete Eizelle und die totipotenten Stammzellen als „entwicklungsfähige“ Zellen anzusehen, sondern darüber hinaus auch 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 FMedG 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 und war auch nicht beabsichtigt. Auf diese Weise würden völlig unterschiedliche (und mit der Reproduktionsmedizin in keinem sachlichen Zusammenhang stehenden) Rechtsgebiete wie z.B. das Abtreibungsrecht oder Teile des Arzneimittelrechts in den Geltungsanspruch des FMedG einbezogen und durch dieses letztlich auch erheblich modifiziert werden. Das stünde in evidentem Widerspruch zur Umschreibung des Regelungsgegenstandes des FMedG, wie er insbesondere in der Überschrift sowie in § 1 Abs. 1 des Gesetzes zum Ausdruck kommt: Dieser Regelungsgegenstand ist aber (nur) die (medizinisch unterstützte) „Herbeiführung einer Schwangerschaft“ (§ 1 FMedG). Auch aus den Erläuterungen ergeben sich keinerlei Hinweise darauf, dass mit dem FMedG so entfernte Sachverhalte wie die Verwendung von sämtlichen humanen Zellen erfasst werden sollten, sofern diese nicht ihrerseits in einem Kontext zur Fortpflanzung stehen. Sowohl aus historischen als auch aus systematischen und teleologischen Gründen muss dem FMedG daher ein restriktives Verständnis zugrunde gelegt werden, das den Rechtsbegriff der „entwicklungsfähigen Zelle“ auf totipotente Zellen beschränkt. Vom Geltungsbereich erfasst sind somit nur (befruchtete) Zellen, die sich noch zu einem ganzen Menschen entwickeln können, nicht jedoch pluripotente Zellen, deren Entwicklungspotenzial auf die Fähigkeit zur Ausbildung unterschiedlicher Gewebetypen etc. beschränkt ist.<sup>13</sup> Dies entspricht auch der in Deutschland überwiegenden Auffassung, die den Rechtsbegriff des „Embryos“ im Sinne des (deutschen) Embryonenschutzgesetzes ebenfalls nur auf totipotente Zellen bezieht.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Wie hier auch *Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht 105 ff.; *Eder-Rieder*, Aspekte der Stammzelltechnologie, ZfRV 2007, 18 (22 ff.); *J. Wallner*, Health Care zwischen Ethik und Recht (2007) 229; *Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt*, Stellungnahme zu Fragen der Stammzellforschung im Rahmen des 6. Rahmenprogramms der EU im Bereich der Forschung vom 3. 4. und 8. 5. 2002; *Taupitz*, Rechtliche Regelung der Embryonenforschung im internationalen Vergleich (2003) 161.

<sup>14</sup> Vgl. z.B. *von Bülow*, Embryonenschutzgesetz, in Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.), Genmedizin und Recht (2001) 127 (143 f.) Rz. 348; *Schroth*, Forschung mit embryona-

Dass in manchen Medien beharrlich das Gegenteil zu lesen ist<sup>15</sup> und sich die österreichische Rechtslage hinsichtlich der Forschung mit pluripotenten embryonalen Stammzellen aus der Perspektive ausländischer Beobachter mitunter (zu Unrecht) als umstritten darstellt,<sup>16</sup> bleibt als irritierende Eigentümlichkeit der Stammzelldiskussion zu verbuchen. Dies dürfte aber eher Ausdruck einer unkritischen Vermischung ethischer, rechtlicher und rechtspolitischer Betrachtungsebenen sein als das Ergebnis einer abweichenden juristischen Analyse.

### 3. Import embryonaler Stammzellen

Anders als in Deutschland, wo der Import von embryonalen Stammzellen durch das Stammzellgesetz beschränkt und die Zulässigkeit der Einfuhr vom Gewinnungszeitpunkt abhängig gemacht worden ist,<sup>17</sup> enthält das FMedG weder ein Verwendungs- oder Überlassungsverbot noch Importbeschränkungen für pluripotente embryonale Stammzellen. Auch Importverbote in anderen Gesetzen sind nicht ersichtlich.<sup>18</sup> Im Ergebnis besteht somit in Österreich eine Rechtslage, die jener in Deutschland vor dem Inkrafttreten des Stammzellgesetzes und der damit eingeführten „Stichtagsregelung“ vergleichbar ist: Die Forschung mit und die Einfuhr von embryonalen Stammzellen sind zulässig, solange nur die verpönte Gewinnung nicht in Österreich erfolgt.

Der Gewinnungsvorgang im Ausland ist für sich genommen nicht nach den Maßstäben des FMedG zu beurteilen, weil sich der örtliche Geltungsbereich von Bundesgesetzen gem. Art. 49 Abs. 1 B-VG auf das Bundesgebiet beschränkt. Dazu kommt als Folge der verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionierung, dass auch die Mitwirkung österreichischer Forscher an Gewinnungsvorgängen im Ausland

---

len Stammzellen und Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Rechts, in Oduncu/Schroth/Vossenkuhl (Hrsg.), Stammzellenforschung und therapeutisches Klonen (2002) 252 (= JZ 2002, 170); *Brewe*, Embryonenschutz und Stammzellgesetz (2006) 32 f.

<sup>15</sup> Statt aller z.B. *N.N.*, EU-Geld für Stammzellen, Salzburger Nachrichten 17. 6. 2006, 9 („Wie in den meisten Mitgliedstaaten ist diese Forschung in Österreich und Deutschland verboten“).

<sup>16</sup> Vgl. z.B. *Heyer/Dederer*, Präimplantationsdiagnostik, Embryonenforschung, Klonen. Ein vergleichender Überblick zur Rechtslage in ausgewählten Ländern (2007) 47 ff. Die in der Stellungnahme der Deutschen Forschungsgemeinschaft aufgestellte Behauptung, in Österreich sei neben der Gewinnung auch der Import embryonaler Stammzellen und „somit die Forschung an HES-Zellen insgesamt untersagt“, bleibt einen näheren Nachweis schuldig (DFG, Stammzellforschung in Deutschland – Möglichkeiten und Perspektiven, Oktober 2006, 52, unter [www.dfg.de](http://www.dfg.de)).

<sup>17</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 i.d.F. der vom Bundestag beschlossenen Novellierung vom 11. 4. 2008.

<sup>18</sup> Zur mangelnden Anwendbarkeit des Arzneiwareneinfuhrgesetzes auf dem Import zu Forschungszwecken vgl. *Kopetzki*, Stammzellforschung in Österreich – eine Bestandsaufnahme des geltenden Rechts, in Körtner/Kopetzki (Hrsg.), Stammzellforschung (2008) 269 (277 ff.).

nicht mit der Gefahr einer Kriminalisierung einhergeht: Eine verwaltungsstrafrechtlich relevante Beteiligung (Beihilfe, Anstiftung) an Auslandstaten kommt wegen § 7 VStG nicht in Betracht, weil es an der Verwirklichung des objektiven Verwaltungsstraftatbestandes durch den „unmittelbaren Täter“ fehlt. Umso weniger sind Einzelaspekte im Kontext oder im Vorfeld der Stammzellgewinnung im Ausland – etwa die Frage eines ausreichenden „informed consent“ der „Eltern“ oder der Eizellspenderinnen – hinsichtlich ihrer Zulässigkeit einer Beurteilung nach den Maßstäben österreichischen Rechts zu unterziehen.

#### 4. Das „therapeutische Klonen“

Ob die Manipulationsverbote des § 9 Abs. 1 FMedG auch für Zellen gelten, die ihre „Entwicklungsfähigkeit“ anderen Vorgängen als der Befruchtung verdanken,<sup>19</sup> ist umstritten und inzwischen zu einem Testfall für die Bedeutung der juristischen Methodenwahl auch und gerade bei weltanschaulich kontroversen Fragen geworden. Auch hier hängt die Antwort wieder von der Auslegung des Begriffs der „entwicklungsfähigen Zelle“ ab: Der nüchterne Blick auf die Legaldefinition in § 1 Abs. 3 FMedG legt den Schluss nahe, dass sich auch das Verbot von Eingriffen an entwicklungsfähigen Zellen gem. § 9 Abs. 1 FMedG nur auf „befruchtete Eizellen und daraus entwickelte Zellen“ bezieht. Eben dies trifft auf Methoden des Kerntransfers oder der „Reprogrammierung“ jedoch nicht zu, da hier keine Befruchtung stattfindet.<sup>20</sup>

Der Versuch des Gesetzgebers, dem Begriff der „entwicklungsfähigen Zellen“ durch eine exakte Legaldefinition klare Konturen zu geben und damit ideologisch motivierte Auslegungskontroversen bereits im Keim zu ersticken, führte durch die Kunstfertigkeit der Interpreten allerdings genau zu jenem Problem, das durch diese Definition beseitigt werden sollte. So hat etwa *Bernat* wiederholt vorgeschlagen, unter „befruchteten“ Zellen jeden Zellverband zu verstehen, „der ge-

<sup>19</sup> In Betracht kommt insbesondere die Herstellung von embryonalen Stammzellen durch den Transfer somatischer Zellkerne in entkernte Eizellen, die unter dem Schlagwort des „*therapeutischen Klonens*“ bzw des „*Forschungsklonens*“ diskutiert wird. Auch eine „*Reprogrammierung*“, also eine Rückentwicklung differenzierter somatischer Zellen in pluripotente Zellstadien (sog. „*induzierte pluripotente Stammzellen*“ – *IPS*) oder gar totipotente Zellen liegt nicht mehr außerhalb des Spektrums biotechnischer Möglichkeiten.

<sup>20</sup> In diesem Sinn *Kopetzki* in *Körtner/Kopetzki* (Hrsg.), *Embryonenschutz* 59 f.; insoweit zustimmend auch *Mayrhofer*, *Reproduktionsmedizinrecht* 101 f.; ebenso *Miklos*, *Rechtliche Überlegungen zum Klonen menschlicher Zellen*, in: *Kopetzki/Mayer* (Hrsg.), *Biotechnologie und Recht* (2002) 119 (142 ff.); *H. G. Koch*, *Embryonenschutz ohne Grenzen?* FS Eser (2005) 1091 (1107); *Taupitz*, *Embryonenforschung im internationalen Vergleich* 159; *Weschka*, *Die Herstellung von Chimären und Hybridwesen*, RdM 2007, 164 (167 f.); wohl auch *Eder-Rieder*, *ZfRV* 2007, 23; ohne klare Stellungnahme *E. Köck*, *ÖJZ* 2006, 632. Für die Ableitung eines Verbots des therapeutischen Klonens aus dem FMedG hingegen *Eder-Rieder*, *Vorbem zu §§ 96-98 StGB*, in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum StGB<sup>2</sup> (WK)* Rz. 19; *Pernthaler*, *Menschenrechte und Schutz des Embryos, Imago hominis* 2005/2, 117 (123).

wöhnlich das Potenzial hat, sich zum geborenen Menschen zu entwickeln“.<sup>21</sup> Die Folge dieser Auffassung ist, dass auch die unter dem Begriff des „therapeutischen Klonens“ bekannten Techniken der Züchtung embryonaler Stammzellen mit Hilfe der „Dolly-Methode“ in den Einzugsbereich des § 9 Abs. 1 FMedG gelangen und somit verboten wären.

Bemerkenswert an dieser Auslegung ist nicht nur, dass sie die Aussagekraft der Legaldefinition von „entwicklungsfähigen Zellen“ zu einer sinnentleerten Tautologie macht.<sup>22</sup> Sie muss sich auch über den äußerst möglichen Wortsinn des Begriffs „Befruchtung“ hinwegsetzen, worunter seit Jahrhunderten sowohl im allgemeinen als auch im fachspezifischen medizinisch-biologischen Sprachgebrauch die Verschmelzung von männlichen und weiblichen Keimzellen<sup>23</sup> verstanden wird, die sich von anderen – nicht mit einer „Befruchtung“ einhergehenden – Formen der ungeschlechtlichen Fortpflanzung unterscheidet.<sup>24</sup> Die Einbeziehung sämtlicher Varianten der ungeschlechtlichen Herbeiführung von „Entwicklungsfähigkeit“ in den Rechtsbegriff der „Befruchtung“ ist keine methodisch vertretbare Auslegung<sup>25</sup> mehr. Sie ist auch aus verfassungsrechtlichen Gründen bedenklich: Dass der Interpret eines Gesetzes nur berücksichtigen darf, was der authentische Text nach den Kommunikationsregeln als möglichen Sinn trägt,<sup>26</sup> ist zugleich Element des rechtsstaatlichen, demokratischen und gewaltentrennenden Prinzips der Bundesverfassung, die damit die Beliebigkeit der Methodenwahl begrenzt.<sup>27</sup> Die Bürger müssen keine staatlichen Eingriffe in ihre Handlungsfreiheiten hinnehmen, die sie sich nach den Regeln sprachlicher Kommunikation nicht auf eine nachvollziehbare Rechtsgrundlage des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zurückführen lassen. Ziel der Auslegung ist nicht der „wahre“ Wille

<sup>21</sup> So z.B. *Bernat*, Wer oder was sind „entwicklungsfähige Zellen“? in *Körtner/Kopetzki* (Hrsg.), *Stammzellforschung* (2008) 372 ff., insbesondere 390 f.

<sup>22</sup> § 1 Abs. 3 FMedG definiert die „Entwicklungsfähigkeit“ im Umweg über die Befruchtung. Definiert man nun mit *Bernat* die Befruchtung wieder unter Rückgriff auf die „Entwicklungsfähigkeit“, dann entsteht eine Zirkeldefinition ohne jeden normativen Aussagewert.

<sup>23</sup> Statt vieler *Christ/Wachtler*, *Medizinische Embryologie* (1998) 17 ff.; *Nüsslein-Volhard*, *Das Werden des Lebens* (2004) 30 ff.; *Psyhyrembel*, *Klinisches Wörterbuch*<sup>258</sup> (1998) 180 f.; *Zetkin/Schaldach*, *Wörterbuch der Medizin I* (1974) 164; *Langman*, *Medizinische Embryologie*<sup>3</sup> (1974) 23.

<sup>24</sup> *Z.B. Nüsslein-Volhard*, *Das Werden des Lebens*, 33; umfassend zu der seit jeher üblichen Unterscheidung zwischen geschlechtlicher und ungeschlechtlicher Fortpflanzung *Czihak/Langer/Ziegler* (Hrsg.), *Biologie* (1976) 201-240.

<sup>25</sup> Zum äußerst möglichen Wortsinn als Grenze der Auslegung z.B. *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (1982) 467 f. Zur Wortlautgrenze als Grenze der Interpretation im Kontext von strafbewehrten Verbotsnormen vgl. hier nur *Höpfel* in *WK*<sup>2</sup> § 1 StGB Rz. 51 m.w.N. Erhellend zum Ganzen auch *Rill*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, *ZfV* 1985, 461 (466 f.).

<sup>26</sup> *Rill*, *ZfV* 1985, 466 f.

<sup>27</sup> Zu diesen Zusammenhängen *Rüthers*, *Rechtstheorie* (1999) Rz. 705 ff.; *Rill*, *ZfV* 1985, 588 f.

oder der „Ordnungsplan“ des Gesetzgebers, sondern die Ermittlung dessen, was der Rechtssetzer „als von ihm gemeint gegen sich gelten lassen muss.“<sup>28</sup>

Dazu kommt, dass der von *Bernat* gegen den Wortlaut des Gesetzes ausgespielte „Ordnungsplan des Gesetzgebers“ auch in den Materialien keine Deckung findet. Der Regelungsanspruch des FMedG war bewusst auf Fragen der medizinisch unterstützen Fortpflanzung begrenzt. Ausdrücklich von einer Regelung „ausgeklammert“ werden sollten all jene Fragen, „die die Nutzung und den möglichen Missbrauch der Erkenntnisse von Biologie und Genetik aufwerfen“, namentlich „die in diesem Zusammenhang immer wieder angeführten Möglichkeiten des Klonens“.<sup>29</sup> Deutlicher lässt sich die Herausnahme der – für Zwecke der Stammzellgewinnung und nicht der Reproduktion angewandten – Klonierungstechniken aus der historischen Regelungsabsicht nicht formulieren. Spätere Ansätze im Vorfeld der FMedG-Novelle 2004, das Verbot des § 9 FMedG auch auf Zellen auszuweiten, die durch Kernttransfer erzeugt wurden, konnten sich politisch nicht durchsetzen.<sup>30</sup> Doch selbst wenn der Nachweis gelänge, dass die Formulierung des FMedG in „planwidriger Weise“ hinter der Regelungsabsicht und dem „Ordnungsplan“ des Gesetzgebers zurück bleibt, könnte man damit allenfalls die Existenz einer Gesetzeslücke, nicht jedoch die Zulässigkeit der Lückenschließung durch Analogie begründen. Da die Verbote des § 9 FMedG (einschließlich der mittelbar verwiesenen Legaldefinition des § 1 Abs. 3) den Tatbestand einer Verwaltungsstrafbestimmung (§ 22 Abs. 1 FMedG) bilden, steht einer „sinngemäßen“ Anwendung der Manipulationsverbote des § 9 Abs. 1 FMedG das – auch im Verwaltungsstrafrecht beachtliche und durch Art. 7 Abs. 1 EMRK verfassungsrechtlich verbürgte – strafrechtliche Analogieverbot entgegen.<sup>31</sup> Die mangelnde explizite Verpönung eines bestimmten Verhaltens stellt dann eben keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, sondern allenfalls eine rechtspolitische Lücke dar.<sup>32</sup>

Blickt man genauer hin, so verbirgt sich hinter der Auseinandersetzung zum Verbot des „therapeutischen Klonens“ wohl eine viel tiefer gehende methodische Divergenz: *Bernat* räumt selbst ein, dass ein im Wege der Dolly-Methode geklonter Embryo sein Dasein nicht jenem Vorgang verdankt, den man „im landläufigen, aber auch im biologisch-technischen Sinn“ als Befruchtung bezeichnet.<sup>33</sup> Dieses Auslegungsergebnis ist also offenkundig nicht durch den Sprachgebrauch gedeckt, es beruht methodisch vielmehr – folgt man dem Autor – auf einer „objektiv-

---

<sup>28</sup> *Rill*, ZfV 1985, 466.

<sup>29</sup> 216 BlgNR 18. GP 10.

<sup>30</sup> Dazu *Kopetzki* in Körtner/Kopetzki (Hrsg.), Stammzellforschung 288 ff.

<sup>31</sup> M.w.N. *Kopetzki* in Körtner/Kopetzki (Hrsg.), Embryonenschutz 59 f.; 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); *Schroth*, Forschung mit embryonalen Stammzellen und Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Rechts, JZ 2002, 170 (172).

<sup>32</sup> *Rill*, ZfV 1985, 590.

<sup>33</sup> *Bernat* in Körtner/Kopetzki (Hrsg.), Stammzellforschung 377; noch deutlicher 390: „Dieser Vorgang entspricht ganz eindeutig nicht dem Begriff der Befruchtung, wie er bislang definiert worden ist.“

teleologischen Interpretation“. Der auf diese Weise ermittelte „wahre Sinn“ wird dann in der Folge in den Wortlaut des – völlig neu und entgegen dem tradierten Sprachgebrauch undefinierten – Begriffs der „Befruchtung“ rücktransferiert. Mit dieser Neudefinition des Begriffs „Befruchtung“ wird zur „wortlautkonformen“ Auslegung, was unter Zugrundlegung des „landläufigen“ und „biologisch-technischen“ Sprachgebrauchs eine – unzulässige – Analogie gewesen wäre.

Im Ergebnis führt diese „objektiv-teleologische“ und auf einen Bedeutungswandel des Begriffs „Befruchtung“ abzielende Auslegung also zu einer gänzlichen Abkoppelung vom Text des Gesetzes und den vom historischen Gesetzgeber verfolgten Zielsetzungen. Wenn diese „objektiv-teleologische“ Auslegung tatsächlich zu leisten vermag, was *Bernat* von ihr erwartet, dann bestätigt sich freilich einmal mehr der Verdacht, den diese Methode immer schon auf sich gezogen hat: Dass es sich dabei um keine Auslegung, sondern um ein Mittel der Gesetzeskorrektur unter dem Deckmantel der Interpretation handelt.<sup>34</sup> Im Gegensatz zur Analogie ist sie mit dem Mehrwert verbunden, dass sie den Interpreten auch noch vom strafrechtlichen Analogieverbot befreit.<sup>35</sup> Bei aller Anerkennung, die die „objektiv-teleologische“ Methode in manchen Rechtsbereichen verdienen mag: Bei der Sinnermittlung grundrechtseingreifender gesetzlicher Verbotsnormen führt ihre Anwendung indes zu einer rechtsstaatlich bedenklichen Entfernung des Interpreten – und letztlich auch der vollziehenden Behörden – vom positiven Recht und damit zugleich zu einer Aushöhlung des Legalitätsprinzips und der Gewaltentrennung. Auch das dem Art. 7 Abs. 1 EMRK innewohnende Bestimmtheitsgebot („nulla poena sine lege“) richtet sich im Kern gegen derart virtuose „korrigierende“ Interpretationen, die den äußerst möglichen Wortsinn weit hinter sich lassen oder die, was auf dasselbe hinausläuft, die verba legalia mit einem neuen und unvorhersehbaren „objektiven Sinngehalt“ aufladen. Wenn die Verfassung den Gesetzgeber zur möglichst klaren und vorhersehbaren Formulierung von „eingriffsnahen“ Verbotsnormen verhält,<sup>36</sup> dann kann es nicht angehen, eine – diesen Vorgaben durchaus entsprechende – präzise Legaldefinition auf Sachverhalte auszudehnen, die den verwendeten Rechtsbegriffen „ganz eindeutig“<sup>37</sup> nicht entsprechen. Andernfalls werden die Normadressaten von einem Begriffsverständnis überrumpelt, mit dem sie vor der Lektüre *Bernats* beim besten Willen nicht rechnen mussten.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> Z.B. *Rüthers*, *Rechtstheorie* 441 ff. Rz. 796 ff. (insbesondere 808, 810); kritisch auch *Koch/Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre* (1982) 169 f.; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, *Bundesverfassungsrecht*<sup>10</sup> (2007) Rz. 131 f.; m.w.N. und Diskussion auch bei *Rill*, *ZfV* 1985, 468, 584 f.

<sup>35</sup> *Rüthers*, *Rechtstheorie* 316 Rz. 544.

<sup>36</sup> Dazu nur *Berka*, *Das „eingriffsnah“ Gesetz und die grundrechtliche Interessenabwägung*, FS *Walter* (1991) 37.

<sup>37</sup> Vgl. Fn. 33.

<sup>38</sup> Zur Bedeutung der Wortlautbindung und zur Problematik korrigierender Auslegung im Lichte des Art. 7 EMRK m.w.N. *Höpfel* in *WK*<sup>2</sup> § 1 StGB Rz. 46 ff., insbesondere 52, 54 und 57 (dort auch zur gebotenen Differenzierung zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht im Hinblick auf die Intensität der Wortlautbindung). Zur Frage einer reichsspezifischen Methodenwahl *Rüthers*, *Rechtstheorie* Rz. 674; zur Funktion des Art. 7 EMRK bei der Begrenzung der Auslegung von Strafbestimmungen und zum

## 5. „Reprogrammierung“

Mit der Beschränkung des Begriffs der „entwicklungsfähigen Zellen“ auf (totipote) befruchtete Eizellen bzw. deren Folgezellen fallen auch andere – absehbare oder noch unbekannte – Techniken zur „Rückdifferenzierung“ somatischer Zellen in frühere Entwicklungsstadien aus dem Anwendungsbereich des FMedG heraus.<sup>39</sup> Ob die Anwendung solcher Techniken nur zu „pluripotenten“ Stammzellen („induzierte pluripotente Stammzellen“) führen oder ob dabei möglicherweise sogar das Stadium der Totipotenz überschritten wird, macht rechtlich keinen Unterschied. Die „Totipotenz“ stellt nach österreichischem Recht für sich genommen kein relevantes Kriterium dar, solange keine „Entwicklungsfähigkeit“ im spezifischen Sinn des FMedG (Befruchtung) vorliegt. Daher wäre die „reprogrammierte“ Zelle auch dann keine „entwicklungsfähige Zelle“, wenn sie totipotent ist oder durch zusätzliche Manipulationen in diesen Zustand versetzt werden könnte.<sup>40</sup> Unzulässig ist im Hinblick auf das Verbot des reproduktiven Klonens<sup>41</sup> lediglich die Implantation und die Herbeiführung einer Schwangerschaft.

### III. Wen oder was schützt das Fortpflanzungsmedizinengesetz?

Alle Bestrebungen, das FMedG und einen ihm unterstellten „Ordnungsplan“ des Gesetzgebers zu einer Rechtsgrundlage für den umfassenden Schutz extrakorporaler Embryonen hochzustilisieren, sehen sich mit der Schwierigkeit konfrontiert, überhaupt einen in sich konsistenten gesetzlichen Schutzzweck auszumachen.<sup>42</sup> Die Hoffnung, man könnte den normativen Inhalt des FMedG mit moralischen Forderungen nach einem umfassenden „Lebensschutz von Anfang an“ zur Deckung bringen, findet weder in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes noch in seinen Detailbestimmungen eine Stütze:

---

Schutzzweck der Vorhersehbarkeit aus der Perspektive des betroffenen Normadressaten *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2007) 374, 377.

<sup>39</sup> Sofern diese Techniken nicht wieder zur Entstehung von Keimzellen führen, die für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen verwendet werden sollen; vgl. § 9 Abs. 1 letzter Satz FMedG.

<sup>40</sup> Umso weniger bestehen gesetzliche Verbote der Gewinnung oder Nutzung pluripotenter „reprogrammierter“ Zellen zu Forschungszwecken. Anders in Deutschland, wo die Differenzierung nach dem Kriterium der „Potenz“ relevant sein kann. Auch dort sprechen aber gute Gründe dafür, somatische Zellen auch dann nicht als totipotent zu qualifizieren, wenn es möglich wäre, sie in einen solchen Zustand zu reprogrammieren; m.w.N. *Kersten*, Das Klonen von Menschen (2004) 548 ff.

<sup>41</sup> Zur Begründung *Miklos*, Das Verbot des Klonens von Menschen in der österreichischen Rechtsordnung, RdM 2000, 35.

<sup>42</sup> Dazu und zum Folgenden näher *Kopetzki*, Der Status des extrakorporalen Embryos – Landesbericht Österreich, in: *Eser/Koch/Seith* (Hrsg.), Internationale Perspektiven zu Status und Schutz des extrakorporalen Embryos. Rechtliche Regelungen und Stand der Debatte im Ausland (2007) 215 (237 ff.).

Schon die Entstehungsgeschichte des FMedG zeigt, dass es dem Gesetzgeber nicht um die Erfüllung bestimmter moralischer oder religiöser Grundsätze ging, sondern um den Versuch, unter Berücksichtigung der „der Rechts- und Gesellschaftsordnung zugrunde liegenden, allgemein anerkannten Wertentscheidungen“ und „auf breiter Grundlage einen Ausgleich der verschiedenen Wertungen und Interessen“<sup>43</sup>, kurz: einen Kompromiss<sup>44</sup> zu finden. In einer „wertpluralistischen Gesellschaft“ dürfe, so der damals amtierende Justizminister, der Gesetzgeber nur „so wenig Normadressaten wie möglich in ihrer Wertüberzeugung überfordern. Das nötigt, wenn es um die Rechtssetzung geht, zum Ausgleich auf möglichst breiter Basis statt zur weitestmöglichen Durchsetzung einzelner Grundprinzipien.“<sup>45</sup>

Obleich das FMedG trotz dieses Bekenntnisses zu einem Interessenausgleich eine auffallend restriktive Grundtendenz aufweist, spielte der Embryonenschutz als eigenständiges Motiv kaum eine Rolle. Der Schutz „entwicklungsfähiger Zellen“ vor medizinischen Zugriffen stellt sich viel eher als eine – auf Missbrauchsabwehr zielende – Nebenwirkung der reproduktionsrechtlichen Bestimmungen des FMedG dar, deren primäre ratio legis nicht im Substanzschutz des Embryos, sondern in der Verhinderung anderer unerwünschter Folgen (Embryoselektion, Forschung, Generationensprünge etc.) zu sehen ist. Das in § 9 Abs. 1 implizierte Verbot, überzählige Embryonen aus der Reproduktionsmedizin für die Forschung zu verwenden, zielte auf die Verhinderung von „Missbräuchen“, der Vermeidung „schwieriger Abgrenzungsfragen“ sowie dem Ausschluss jeder Form der „Genmanipulation“<sup>46</sup> als Ausdruck des Würdeschutzes.<sup>47</sup> Nur beiläufig wird dieses Forschungsverbot und die damit einhergehende Beschränkung der Wissenschaftsfreiheit auch mit den „Rechten anderer, auch der Rechte des Ungeborenen“ begründet und angefügt, dass dies „überdies aus ethischen und moralischen Gründen weitgehend abgelehnt“ werde.<sup>48</sup>

Besonders deutlich wird die Nachrangigkeit des Embryonenschutzes darin, dass der Gesetzgeber die (durch eine längere Kryokonservierung wachsende) Gefahr von „Missbräuchen“ mit der absoluten Begrenzung der Aufbewahrungsdauer von Embryonen auf maximal zehn Jahre<sup>49</sup> – und das heißt: mit einem gesetzlichen Gebot der fristgerechten „Entsorgung“ überzähliger Embryonen nach Erreichen des rechtlichen „Ablaufdatums“ – zu lösen trachtete. Hier wird der angestrebten Vermeidung von „Generationensprüngen“ und der durch die „Würde der Beteiligten“ gebotenen Beschränkung von Eingriffen in das „natürliche Zeugungsgeschehen“ ein ausreichendes Gewicht beigemessen, um die Vernichtung

<sup>43</sup> 216 BlgNR 18. GP 10. Ebenso der damalige Justizminister *Michalek*, StProtNR 18. GP 7471 („Ausgleich der gesellschaftlichen Gruppen und Teilinteressen“).

<sup>44</sup> Abg. *Hlavac*, StProtNR 18. GP 7463 („einen Kompromiss, mit dem die meisten der Betroffenen leben können“).

<sup>45</sup> Bundesminister *Michalek*, StProtNR 18. GP 7472.

<sup>46</sup> 216 BlgNR 18. GP 12.

<sup>47</sup> Abg. *Leiner*, StProtNR 18. GP 7466.

<sup>48</sup> 216 BlgNR 18. GP 14.

<sup>49</sup> § 17 Abs. 1 FMedG i.d.F. der Novelle BGBl. I 2004/163. Die ursprüngliche Fassung sah eine Frist von nur einem Jahr vor.

„überzähliger“ Embryonen nach Fristablauf zu legitimieren. Auch die „Absicherung des Forschungsverbotes“ wird als Motiv für die gesetzlich gebotene Vernichtung überzähliger Embryonen erwähnt.<sup>50</sup> Wenn aber der Embryo zum Zweck der Absicherung des Forschungsverbotes in toto geopfert wird, dann steht nicht das Forschungsverbot im Dienst des Embryonenschutzes, sondern die Embryovernichtung im Dienst des Forschungsverbotes. Das eigentliche Ziel der Regelung ist nicht der Schutz des Embryos, sondern die Verhinderung der Forschung mit „österreichischen“ Embryonen. Die unter dem Aspekt des embryonalen Lebensschutzes schon während der Begutachtung wiederholt geforderten „embryonenschützenden“ Regelungsalternativen, entweder die Kryokonservierung überhaupt zu verbieten, die Frau zur Duldung der Implantation zu verpflichten, oder nach Ablauf der Frist wenigstens die Spende der Embryonen zuzulassen, wurden ausdrücklich abgelehnt, da dies zu einem Unterlaufen des Verbots der „Leihmutter-schaft“ führen könnte.<sup>51</sup>

So intensiv der Aspekt des Embryonenschutzes in Teilen der Literatur<sup>52</sup> sowie von der katholischen Kirche auch in den Vordergrund gerückt wurde – im Konzept des FMedG spielt er kaum eine Rolle. Wo der Schutz des extrakorporalen Embryos mit anderen Rechten und Interessen kollidiert, fiel die Entscheidung des Gesetzgebers regelmäßig zugunsten der gegenläufigen Interessen aus. Ein besonderes verfassungsrechtliches Problem sah man in dieser Preisgabe der Embryonen schon deshalb nicht, weil sich das Grundrecht auf Leben nur auf das „geborene Leben“ beziehe.<sup>53</sup>

## IV. Die embryonale Stammzelle im Verfassungsrecht

Während der Schutz extrakorporaler Embryonen auf einfachgesetzlicher Ebene und trotz einer anders gelagerten Regelungssystematik noch gewisse Parallelen zwischen der österreichischen und der deutschen Rechtslage aufweist, zeigt sich auf der Ebene des Verfassungsrechts ein deutlich anders Bild: Das hat sowohl mit einer abweichenden Tradition der Verfassungsdogmatik<sup>54</sup> als auch mit Unterschieden in den Verfassungen selbst zu tun:

### 1. Allgemeines

Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), das auf das Jahr 1920 zurückgeht, enthält – abgesehen von einigen verstreuten Einzelgrundrechten –

<sup>50</sup> *Eder-Rieder*, WK<sup>2</sup> Vorbem §§ 96-98 StGB Rz. 20.

<sup>51</sup> Vgl. 216 BlgNR 18. GP 22.

<sup>52</sup> Vgl. z.B. *Lewis*, Leben und sterben lassen. Zur Frage verbrauchender Forschung an Embryonen, ÖJZ 1990, 133.

<sup>53</sup> 216 BlgNR 18. GP 13; *Posch*, 10. ÖJT (1988) I/5, 26 f.

<sup>54</sup> Dazu erhellend *Wiederin*, Denken vom Recht her. Über den *modus austriacus* in der Staatsrechtslehre, Die Verwaltung, Beiheft 7 (2007) 293.

keinen eigenen Grundrechtskatalog; der österreichische Grundrechtsbestand ist vielmehr auf mehrere Dokumente unterschiedlicher Herkunft zersplittert. Die wichtigsten Grundlagen sind das aus der Monarchie stammende Staatsgrundgesetz 1867 sowie die (seit 1964 auf Verfassungsstufe stehende) Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Die Biomedizinkonvention des Europarats und ihre Zusatzprotokolle wurden bisher von Österreich weder unterzeichnet noch ratifiziert. Dennoch ist die österreichische Verfassungsrechtsprechung wegen des Verfassungsranges der EMRK seit jeher viel stärker durch das internationale Recht des Europarates beeinflusst als die deutsche Judikatur.

Vom Konzept her ist das österreichische Verfassungsrecht – nicht zuletzt bedingt durch die positivistische „Grundstimmung“ des B-VG 1920 und die historischen Erfahrungen mit dem kulturellen Pluralismus im Vielvölkerstaat der Monarchie – eher dem nüchternen Typus der „Spielregelverfassung“ zuzuordnen, deren Schwerpunkte in der Regelung der Staatsorganisation, des staatlichen Willensbildungsprozesses bzw. dessen rechtsstaatlicher Kontrolle und weniger in inhaltlichen Zielsetzungen für die Gesetzgebung liegen. Punktuelle Staatszielbestimmungen, verfassungsrechtliche Grundprinzipien sowie die Grundrechte stellen zwar materielle Determinanten für den Gesetzgeber dar, deren Einhaltung vom Verfassungsgerichtshof auch überprüft werden kann. Funktional werden die Grundrechte aber von der herrschenden Auffassung primär als Quelle subjektiver Rechte der Bürger gedeutet<sup>55</sup> und nicht als Ausdruck einer „objektiven Wertordnung“ nach dem Muster der deutschen Lehre. Das schließt eine – durch die Möglichkeit einer Überprüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch den VfGH schon früh prozessual abgesicherte – Bindung des Gesetzgebers (und insofern eine „objektive“ Grundrechtswirkung) keineswegs aus, ebenso wenig die Ableitung von staatlichen Schutzpflichten aus Grundrechten. All diese Grundrechtsfunktionen bleiben aber auf den Schutz der „subjektiven“ verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte bezogen und entfalten kein normatives „Eigenleben“ im Sinne eines von individuellen Grundrechtspositionen losgelösten Schutzes von „Werten“ oder anderen abstrakten oder kollektiven Interessen. Die deutsche Wertordnungsdebatte löst im österreichischen Schrifttum eher den kritischen Hinweis aus, dass die Grundrechte ihre Schutzfunktion gegenüber individuellen Rechten gerade auch gegen die herrschenden Werturteile der Epoche entfalten können.<sup>56</sup> In diesem Punkt unterscheidet sich die österreichische Verfassungstradition ganz erheblich von jener Deutschlands, wenngleich sich auch hier für fast jede abweichende Meinung eine Belegstelle finden lässt.

Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass das österreichische Verfassungsrecht keine spezifischen Aussagen zum Embryonenschutz – weder in vitro noch in vivo – enthält. Es sind auch kaum Normen ersichtlich, denen sich solche Aussagen mit anerkannten Auslegungsmethoden interpretativ abgewinnen lassen:

---

<sup>55</sup> Das B-VG spricht daher auch nicht von „Grundrechten“, sondern von „verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten“ (vgl. Art. 144 B-VG).

<sup>56</sup> *Walter*, Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle in Österreich, in Vogel (Hrsg.), Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle (1971) 1 (20).

## 2. Der Embryo und das Grundrecht auf Leben

Die (in Deutschland zumindest nicht für abwegig gehaltene) Vorstellung einer subjektiven Grundrechtsberechtigung von Embryonen<sup>57</sup> ist für das österreichische Verfassungsverständnis ebenso wenig plausibel wie die Annahme einer „überschießenden“ objektiven grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates ohne ein korrespondierendes subjektives Recht.<sup>58</sup> Das gilt nicht nur, aber insbesondere für die Reichweite des Grundrechts auf Leben, das im Wesentlichen durch die genuin völkerrechtliche Norm des Art. 2 EMRK garantiert wird und dessen Auslegung im Lichte eines „europäischen Standards“ partikulären nationalen Sonderwegen weitgehend entzogen ist: Nach herrschender Verfassungsrechtslehre<sup>59</sup> und einhelliger Rechtsprechung des VfGH<sup>60</sup> und des OGH<sup>61</sup> ist das Grundrecht auf Leben erst ab der Geburt anwendbar: Der VfGH hat eine Überprüfung der strafrechtlichen Freigabe der „Fristenlösung“ am verfassungsrechtlichen Lebensschutz explizit abgelehnt, da Art. 2 EMRK das „keimende Leben“ nicht erfasse. Auch unter Aspekten des Gleichheitssatzes hat das Höchstgericht ein stufenweise ansteigendes Schutzkonzept ausdrücklich akzeptiert und betont, dass die menschliche Leibesfrucht während der verschiedenen Entwicklungsphasen nicht unter ein einheitliches Schutzniveau gestellt werden muss. Man könne die Zulässigkeit der „Fristenlösung“, so das Höchstgericht in sehr deutlicher Unterscheidung zwischen ethischen und verfassungsrechtlichen Beurteilungen weiter, zwar rechtspolitisch unterschiedlich bewerten,<sup>62</sup> doch ändere dies nichts an ihrer Verfassungsmäßigkeit. Diese Entscheidung des VfGH bezog sich zwar auf den Embryo in vivo; es besteht aber kein Zweifel daran, dass nach der Argumentation des VfGH auch der extrakorporale Embryo in der Frühphase der Entwicklung nicht unter einem spezifischen Schutz der Verfassung steht.

Das Fristenlösungserkenntnis des VfGH ist zwar bis heute umstritten; ein verfassungsrechtliches Lebensrecht extrakorporaler Embryonen wird aber auch im Schrifttum nur ganz selten – und dann eher mit moralischen als mit verfassungsrechtlichen Argumenten – bejaht.<sup>63</sup> Für die ganz herrschende Auffassung liegt der Embryonenschutz außerhalb des grundrechtlichen Schutzbereichs.<sup>64</sup> Anzuführen

<sup>57</sup> Zum weiten Spektrum deutscher Auffassungen *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*<sup>6</sup> (2008) Rz. 726.

<sup>58</sup> Eingehend *Kopetzki* in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg.), *Biotechnologie und Recht* 24 ff.

<sup>59</sup> Umfassende Nachweise bei *Kopetzki* in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg.), *Biotechnologie und Recht* 19 ff.

<sup>60</sup> VfSlg. 7400/1974 (Fristenlösung).

<sup>61</sup> OGH SZ 72/91 (Schadenersatz für unerwünschte Geburt wegen fehlerhafter Pränataldiagnose).

<sup>62</sup> VfSlg. 7400/1974: „Wie immer die getroffene Regelung in rechtspolitischer Hinsicht beurteilt werden mag – je nach dem religiösen, weltanschaulichen oder auch wissenschaftlichen Standpunkt des Betrachters kann sie abgelehnt oder auch gutgeheißen werden –, eine den Gleichheitsgrundsatz verletzende Unsachlichkeit kann in der Regelung nicht erkannt werden.“

<sup>63</sup> Z.B. *Lewis*, *ÖJZ* 1990, 141.

<sup>64</sup> Nachweise der Diskussion bei *Kopetzki* in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg.) *Biotechnologie und Recht* 19 ff.; *ders*, Art. 2 EMRK, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), *Österreichisches Bun-*

bleibt, dass auch die (inzwischen erfolglos beendete) rechtspolitische Diskussion im Verfassungskonvent über eine umfassende Verfassungs- und Grundrechtsreform keinerlei Anzeichen erkennen ließ, den grundrechtlichen Lebensschutz *de lege ferenda* auf die vorgeburtliche Phase (oder gar auf die Phase *in vitro*) auszuweiten.<sup>65</sup>

Dieser verfassungsrechtliche Befund macht zugleich klar, weshalb dem Argument eines verfassungsrechtlichen Lebensschutzes extrakorporaler Embryonen schon bei der Ausarbeitung des FMedG keinerlei Bedeutung zukam. Die amtlichen Erläuterungen halten dazu lapidar fest, dass durch das Recht auf Leben nur das geborene Leben geschützt werde und daher „zu dem Phänomen der überzähligen entwicklungsfähigen Zellen, die im Zusammenhang mit einer In-vitro-Fertilisation entstehen können, ... aus diesem Grundrecht nichts abgeleitet werden“ könne.<sup>66</sup> Pointierter lässt sich der Kontrast zur deutschen Diskussion nicht formulieren. Daran dürfte sich wohl auch künftig nichts ändern.

### 3. Der Embryo und die Menschenwürde

Im Ergebnis ähnlich stellt sich die Situation unter dem Aspekt des Schutzes der Menschenwürde dar. Da die österreichische Bundesverfassung – anders als das deutsche Grundgesetz – keine ausdrückliche Menschenwürdeklausel enthält, ist bereits unklar, ob es de *constitutione lata* überhaupt einen – über die durch die Einzelgrundrechte verbürgten Schutzgüter hinausgehenden – verfassungsrechtlichen Würdeschutz gibt. Es besteht zwar Einigkeit darüber, dass den verfassungsrechtlich verankerten Grundrechten der Leitgedanke des Würdeschutzes „zugrunde liegt“, der in den einzelnen Grundrechtsformulierungen zum Ausdruck kommt. Strittig ist hingegen, ob es sich bei der Menschenwürde um ein – zu den Einzelgrundrechten hinzutretendes bzw. diese ergänzendes – eigenständiges Recht oder Schutzgut im Verfassungsrang handelt.<sup>67</sup> Der VfGH hat die Menschenwürde als „allgemeinen Wertungsgrundsatz unserer Rechtsordnung“ anerkannt (VfSlg.

---

desverfassungsrecht 5. Lfg. (2002) Rz. 14 ff. Die fehlende Anwendbarkeit des Art. 2 EMRK auf das ungeborene Leben hat nun auch der EGMR bestätigt: Denn die im Fall Evans (EGMR 7. 3. 2006, Appl. 6339/05 = EuGRZ 2006, 389) getroffene Aussage, dass die Festlegung des Beginns des grundrechtlichen Lebensschutzes mangels eines europäischen Konsenses in den Beurteilungsspielraum der Nationalstaaten falle (Ziff. 45), läuft im Ergebnis darauf hinaus, dass die Reichweite der Schutzgewährung gem. Art. 2 EMRK zur Gänze den Vertragsstaaten der EMRK anheim gestellt bleibt. Die EMRK entfaltet also insofern keine eigenständige Bindungswirkung.

<sup>65</sup> Vgl. den Bericht des Ausschusses 4 (Grundrechtskatalog) vom 4. 6. 2004, 20 zum Recht auf Leben: „Der vorgeschlagene Artikel bezieht sich – wie schon Art. 2 EMRK (in der Rechtsprechung des VfGH und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte) – auf das geborene Leben“.

<sup>66</sup> 216 BlgNR 18. GP 13.

<sup>67</sup> Verneinend z.B. *Kopetzki* in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg.), *Biotechnologie und Recht* 44 ff.; *Eisenberger*, FS Funk 2003, 181; bejahend *Pernthaler*, *Ungeschriebene Grundrechte und Grundrechtsprinzipien in der österreichischen Rechtsordnung*, FS Öhlinger (2004) 447 ff.; *Mayrhofer*, *Reproduktionsmedizinrecht* 113 ff., jeweils m.w.N.

13635/1993), jedoch offen gelassen, ob dieser Grundsatz auch auf Verfassungsebene besteht. In der Literatur werden zwar wiederholt Würde-Argumente aus der deutschen Verfassungsdiskussion „importiert“, doch sind diese Versuche dem Einwand ausgesetzt, ethische Überlegungen in ein Verfassungssystem zu projizieren, das für die Entwicklung ungeschriebener „Wertungsgrundsätze“ denkbar schlechte Voraussetzungen bietet.<sup>68</sup> Doch auch unter jenen Autoren, die einen eigenständigen Schutz der Menschenwürde auf Verfassungsstufe bejahen, besteht nicht einmal ansatzweise Konsens darüber, welche Tragweite dieses Prinzip für den Umgang mit Embryonen aufweist. Die vertretenen Standpunkte sind in dieser Frage ebenso divergent wie in Deutschland, auch die vorgebrachten Argumente unterscheiden sich kaum.<sup>69</sup> Soweit die Menschenwürde mittelbar als Schutzgut des Art. 3 EMRK (Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlung) von verfassungsrechtlicher Relevanz ist, scheidet dessen Anwendbarkeit schon an der fehlenden Qualifikation embryonaler Zellen als Grundrechtssubjekte. Art. 3 EMRK gibt keine Antwort auf Fragen der Stammzellforschung.<sup>70</sup> Auch dieser Bestimmung können keine über den individuellen Grundrechtsschutz (Geborener) hinausgehenden Folgerungen – etwa im Sinne der weitergehenden Menschenwürdegarantie des deutschen Grundgesetzes – entnommen werden.

De lege ferenda gehört die Forderung nach einer ausdrücklichen Verankerung der Menschenwürde in der Verfassung zu den „Dauerbrennern“ der verfassungspolitischen Diskussion. Der Grundrechtsentwurf des Österreich-Konvents, der sich eine – inzwischen gescheiterte – Totalreform der Bundesverfassung zum Ziel gesetzt hatte, sah eine solche Garantie vor. Welche Folgerungen sich daraus – sollte der Vorschlag in die Verfassung Eingang finden – für den Embryonenschutz ergeben könnten, ist freilich völlig offen, da sämtliche grundrechtsdogmatischen Streitfragen (Wer ist „Subjekt“ des Würdeschutzes? Drittwirkung unter Privaten? Bedeutung des Würdebegriffs etc.) auch in diesem Zusammenhang neuerlich und unvermindert aufbrechen würden, ohne dass sich daraus ein Gewinn an verfassungsrechtlicher Problemlösungskapazität ergäbe. Die aporetische Würde- und Statusdiskussion hätte dann neben einer ethischen und religiösen Ebene auch noch eine verfassungsrechtliche Dimension, aber vermutlich kaum neue Argumente. Mit Sicherheit kann lediglich gesagt werden, dass eine derart unbestimmte und wertausfüllungsbedürftige Verfassungsbestimmung zu einem beträchtlichen Kompetenzzuwachs des Verfassungsgerichtshofes – und damit zur einer Verschiebung der Gewaltenbalance vom demokratisch legitimierten parlamentarischen Gesetzgeber zum kontrollierenden Verfassungsgericht – führen würde. Ob diese Verschiebung des Entscheidungsgewichts vom Parlament zur Justiz erwünscht ist<sup>71</sup> oder ob die anstehenden „biopolitischen Jahrhundertfragen“ nicht

<sup>68</sup> Eingehend *Kopetzki* in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg.), *Biotechnologie* 44 ff.

<sup>69</sup> Vgl. etwa – ein „Instrumentalisierungsverbot“ gegenüber extrakorporalen Embryonen aus dem Grundsatz der Menschenwürde bejahend – *Mayrhofer*, *Reproduktionsmedizinrecht* 120.

<sup>70</sup> M.w.N. *Kneihls*, Art. 3 EMRK, in *Rill/Schäffer* (Hrsg.), *Bundesverfassungsrecht. Kommentar*, 5. Lfg. (2007) Rz. 17.

<sup>71</sup> Bejahend etwa – schon zur geltenden Rechtslage – *Mayrhofer*, *Reproduktionsmedizinrecht* 123.

doch eher vom (abwählbaren) Parlament getroffen (und bei geänderten Mehrheitsverhältnissen allenfalls wieder revidiert) werden sollten, wird wieder unterschiedlich bewertet. Aus rechts- und demokratiepolitischer Sicht (Vorhersehbarkeit des Entscheidungsverhaltens staatlicher Organe; Festhalten am parlamentarischen Mehrheitsprinzip gerade bei moralisch strittigen Wertungsfragen) sprechen – entgegen dem gegenläufigen „Zeitgeist“ – gute Gründe gegen eine explizite verfassungsrechtliche Menschenwürdegarantie, weil dadurch im Ergebnis hochpolitische Entscheidungen als verfassungsrechtlicher „Wertvollzug“ deklariert und der einfachen Parlamentsmehrheit entzogen werden. Das spricht im Übrigen auch gegen ausdrückliche verfassungsrechtliche Festlegungen in moralisch strittigen Grenzfragen: Die Schwelle für eine rechtliche Neubewertung kontroversieller bioethischer Probleme durch künftige Generationen würde dadurch markant erhöht, da jeder Eingriff in geltendes Verfassungsrecht der Zweidrittelmehrheit im Nationalrat bedarf.

#### 4. Stammzellforschung und grundrechtliche Schutzpflichten

Da sich nach österreichischem Verfassungsrecht ein eigenständiger Embryonenschutz als Schranke der Forschung mit embryonalen Stammzellen nicht begründen lässt, gewinnen jene Grundrechte an Gewicht, die *für* die Zulassung dieser Forschung bzw. der Gewinnung der Stammzellen sprechen.

Auf der anderen Seite der verfassungsrechtlichen Waagschale stehen zunächst grundrechtliche Schutzpflichten aus dem Recht auf Privatleben gem. Art. 8 EMRK, die jede staatliche Einschränkung der Entwicklung neuer medizinischer Therapieverfahren unter Nutzung embryonaler Stammzellen an den Nachweis binden, dass das Verbot der Gewinnung oder Verwendung von Stammzellen im Lichte des Art. 8 Abs. 2 EMRK zum Schutz eines der dort genannten Rechtsgüter unbedingt erforderlich ist. Dass eine solche Begründung gelingen könnte, ist angesichts der weitaus liberaleren Rechtslage in den übrigen Vertragsstaaten der EMRK höchst zweifelhaft.<sup>72</sup>

#### 5. Forschungsfreiheit

Noch viel schwerwiegendere Einwände gegen die restriktive Rechtslage in Bezug auf die Gewinnung embryonaler Stammzellen ergeben sich aus der verfassungsrechtlichen Garantie der Forschungsfreiheit gem. Art. 17 StGG.<sup>73</sup> Forschungen an diesen Zellen stehen ungeachtet der dagegen erhobenen ethischen Einwände unter dem Schutz dieses Grundrechts. Das hinter der Forschungsfreiheit stehende

---

<sup>72</sup> Zuletzt kritisch wieder *Stelzer*, Völker- und gemeinschaftsrechtliche Aspekte embryonaler Stammzellforschung, in Körtner/Kopetzki (Hrsg.), Stammzellforschung 250 (261 f.); ausführlich *Kopetzki* in Körtner/Kopetzki (Hrsg.), Embryonenschutz 64; *ders.*, in Kopetzki/Mayer (Hrsg.), Biotechnologie und Recht 55 ff.

<sup>73</sup> Dazu und zum Folgenden m.w.N. *Kopetzki* in Kopetzki/Mayer (Hrsg.), Biotechnologie und Recht 53 ff.

Schutzgut ist nicht eine auf künftige Therapien gerichtete „Ethik des Heilens“, sondern das menschliche Streben nach Erkenntnis. Folglich wird die Berufung auf die Forschungsfreiheit nicht dadurch desavouiert, dass die „Heilsversprechungen“ der Embryonenforschung noch ungewiss sind. Ob die damit verbundenen Hoffnungen begründet sind oder nicht, wird die Zukunft zeigen. Für die verfassungsrechtliche Beurteilung spielt dieser Aspekt keine Rolle, weil der Sinn der Forschungsfreiheit gerade darin liegt, der Wissenschaft das Tor in die – notorisch ungewisse – Zukunft offen zu halten.

Für den Schutz der Forschungsfreiheit kommt es auch nicht darauf an, wie „hochrangig“ die angestrebten Ergebnisse sein werden, wie schnell mit ihnen zu rechnen ist, welche therapeutischen Erfolge bereits vorzuweisen sind und welche Alternativen möglicherweise zur Verfügung stehen. Solche – von den Gegnern der embryonalen Stammzellforschung regelmäßig vorgebrachten – Argumente<sup>74</sup> mögen für einzelne Forscher oder Institutionen ein mehr oder weniger gutes Motiv für oder gegen die Beteiligung an dieser Forschung abgeben; sie können auch bei der Frage nach der Bereitstellung öffentlicher Fördermittel eine Rolle spielen. Ein legitimer Grund für ein staatliches Verbot solcher Forschungen ergibt sich daraus aber ebenso wenig wie aus dem steten Hinweis auf moralische Bedenken. Wer die Freiheit der Wissenschaft oder auch der Kunst an eine „ethische Unbedenklichkeitsprüfung“ knüpfen möchte, richtet sich im Kern gegen den Wesensgehalt dieser Grundrechte – weder Galileo Galilei noch Arthur Schnitzler hätten diesen zeitgenössischen Ethik-Test bestanden.

Gewiss stünde es dem Gesetzgeber auch in Österreich frei, die Forschungsfreiheit zum Zweck des Embryonenschutzes gewissen Einschränkungen zu unterwerfen, solange er dies in allgemeiner, verhältnismäßiger und in sich konsistenter Weise tut. Davon kann hier aber – wie gezeigt – keine Rede sein. Dazu kommt, dass das aus § 9 FMedG ableitbare Verbot der Gewinnung embryonaler Stammzellen aus Embryonen, die ohnehin der Vernichtung preisgegeben sind, primär auf eine Verhinderung der Forschung (und nicht auf den Existenzschutz des Embryos) abzielt<sup>75</sup> und daher von einem „intentionalen Eingriff“ in die Forschungsfreiheit gesprochen werden muss. Ein solcher intentionaler Eingriff müsste nach der ständigen Judikatur des Verfassungsgerichtshofes durch ein gegenläufiges – auf den Embryonenschutz gerichtetes – Verfassungsrechtsgut legitimiert werden. Eben dafür ist aber keine verfassungsrechtliche Grundlage in Sicht. Im Ergebnis steht § 9 Abs. 1 FMedG daher im begründeten Verdacht der Verfassungswidrigkeit.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> Statt vieler z.B. *L. Kenner*, Der Stichtag kann bleiben, FAZ 1. 4. 2000, 35.

<sup>75</sup> RV 216 BlgNR 18. GP 20.

<sup>76</sup> Näher *Kopetzki* in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg.), *Biotechnologie und Recht* 53 ff. Ebenso (zur Verfassungswidrigkeit des Verbots bestimmter Zweige der embryonalen Stammzellforschung) *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, *Bundesverfassungsrecht*<sup>10</sup> Rz. 1507.

## V. Rechtspolitischer Ausblick

Aus der Perspektive des Verfassungsrechts sprechen in Österreich also gute Gründe für eine weitgehende Liberalisierung, insbesondere für eine Zulassung der Gewinnung embryonaler Stammzellen aus „überzähligen“ Embryonen aus der Reproduktionsmedizin. Zu welchen rechtspolitischen Ergebnissen die gerade in Gang gekommene öffentliche Diskussion führen wird – und ob es konkrete Ergebnisse überhaupt geben wird –, ist derzeit nicht abzuschätzen. Dass sich anlässlich einer internationalen Tagung des Instituts für Ethik und Recht in der Medizin an der Universität Wien im Jänner 2008 die Vertreter aller fünf im Parlament vertretenen politischen Parteien für eine deutliche Liberalisierung ausgesprochen haben, sei angemerkt,<sup>77</sup> lässt jedoch keine voreiligen Schlüsse auf die Meinungsbildung in den relevanten politischen „Lagern“ zu. Ein umfangreicher Bericht der Bioethikkommission ist geplant und soll den Boden für eine umfassende Neuregelung aufbereiten. Die Hoffnung, dass sich dabei ein breiter moralischer oder zumindest rechtspolitischer Konsens abzeichnen könnte, ist freilich nicht realistisch. Für das österreichische Rechts- und Verfassungssystem, das in der Befriedung moralischer Dissense in einem pluralistischen Gemeinwesen mit den Instrumenten des positiven Rechts eine gewisse Tradition hat, könnte das aber auch als Herausforderung angesehen werden.

---

<sup>77</sup> Vgl. *Der Standard* vom 19./20. 1. 2008, 39 („Stammzellen: Parteien für Neuregelung – Bestimmungen sollen gelockert werden“) und *Die Presse* vom 30. 1. 2008 („Stammzellen: Rot-weiß-rote Grauzone“).