

# Stammzellforschung in Österreich – eine Bestandsaufnahme des geltenden Rechts

*Christian Kopetzki*

## I. Einleitung

„Stammzellen“ kommen als Rechtsbegriff in der österreichischen Rechtsordnung so gut wie nicht vor. Vereinzelt Treffer einer Suche im Rechtsinformationssystem beziehen sich eher auf Rand- und Begleitaspekte des gesellschaftlichen Umgangs mit diesen Zellen,<sup>1</sup> nicht jedoch auf die Kernfrage nach der Zulässigkeit ihrer Gewinnung und Verwendung. Antworten darauf müssen daher in allgemeineren Vorschriften gesucht werden.

Anders als die Forschung mit menschlichen (Stamm-)Zellen, die bis heute nur durch unspezifische rechtliche Rahmenbedingungen determiniert wird, ist die therapeutische Verwendung von Humansubstanzen in den letzten Jahren zunehmend von neuen Rechtsgebieten erfasst und auf diese Weise – mit unterschiedlicher Ausdrücklichkeit – einem vergleichsweise engmaschigen Regelwerk unterworfen worden:

Den Anfang machte das Arzneimittelrecht: Wegen der weiten, am Begriff des „Stoffes“ anknüpfenden Arzneimitteldefinition des § 1 AMG<sup>2</sup> fallen auch Körpersubstanzen<sup>3</sup> in die Kategorie der „Arzneimittel“, sofern sie bei Anwendung am oder im menschlichen Körper bestimmte (im weitesten Sinn therapeutische) Wirkungen<sup>4</sup> hervorrufen oder ihnen eine solche Wirkung beigelegt wird. Viele Bestimmungen des AMG knüpfen zwar nicht am Arzneimittelbegriff, sondern am engeren Begriff der Arzneispezialität an (zB die Zulassungspflicht oder die Regelungen über die Fach- und Gebrauchsinfor-

---

<sup>1</sup> Ausdrückliche gesetzliche Regelungen in Bezug auf Stammzellen bestehen etwa für die finanzielle Förderung und Koordination der Stammzelltransplantation (§ 59d Krankenanstalten- und KuranstaltenG – KAKuG, BGBl 1957/1 idF 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). Die Stammzellforschung scheint hingegen lediglich – aber immerhin – als Inhalt der Lehrpläne für den Biologieunterricht an Schulen auf (vgl die Anl A und D BGBl 1985/88 idF BGBl II 2006/321).

<sup>2</sup> Arzneimittelgesetz – AMG, BGBl 1983/185 idF BGBl I 2008/52.

<sup>3</sup> „Stoffe“ iSd § 1 Abs 4 Z 3 AMG sind ua alle „Körperteile, -bestandteile und Stoffwechselprodukte von Mensch oder Tier in jeglicher Form“.

<sup>4</sup> Vgl näher die Zweckbestimmung des § 1 Abs 1 AMG.

mation) und gelten daher nicht für sämtliche „Arzneimittel“. Die Abschnitte über die allgemeinen qualitativen Anforderungen (§§ 3 ff), die klinische Prüfung (§§ 28 ff), die Werbebeschränkungen (§§ 50 ff), den Arzneimittelvertrieb (§§ 57 ff), die Arzneimittelüberwachung (§§ 75 ff) und die Betriebsvorschriften für Hersteller (§§ 62 ff) sind hingegen auf alle Arzneimittel und somit grundsätzlich auch auf entsprechend verwendete Humansubstanzen anzuwenden. Aus diesem Grund bedurfte es etwa für die Entnahme und/oder die weitere Verarbeitung von Nabelschnurblutstammzellen in Krankenanstalten schon bisher einer Herstellungsbewilligung gem § 63 Abs 1 iVm § 62 und § 2 Abs 10 AMG<sup>5</sup> und unterliegen auch systematische klinische Studien mit humanen Stammzellen den Schutzbestimmungen für klinische Prüfungen. Durch die europäische Verordnung 1394/2007 wurden jüngst auch somatische Zelltherapeutika und biotechnologisch veränderte Gewebsprodukte als „Arzneimittel für neuartige Therapien“ qualifiziert und besonderen Regelungen unterworfen.<sup>6</sup>

Neben dem Arzneimittelrecht können sich je nach Art der Zellen und der geplanten Verwendung zusätzliche gesetzliche Vorgaben aus dem Blutsicherheitsrecht,<sup>7</sup> dem Gentechnikrecht,<sup>8</sup> dem Fortpflanzungsmedizinrecht,<sup>9</sup> dem Transplantationsrecht,<sup>10</sup> dem Krankenanstaltenrecht<sup>11</sup> oder dem Universitätsrecht<sup>12</sup> ergeben.

Das Gewebesicherheitsrecht<sup>13</sup> hat für die therapeutische Verwendung von Zellen und Geweben<sup>14</sup> – den umfangreichen gemeinschaftsrechtlichen Vor-

<sup>5</sup> Gem § 2 Abs 10 AMG umfasst die „Herstellung“ auch das „Gewinnen“ von Arzneimitteln.

<sup>6</sup> VO (EG) Nr 1394/2007 vom 13. 11. 2007 über Arzneimittel für neuartige Therapien, ABIL 324/121 vom 10. 12. 2007.

<sup>7</sup> BlutsicherheitsG – BSG, BGBl I 1999/44 idF BGBl I 2005/107.

<sup>8</sup> Vgl insb §§ 74 ff GentechnikG – GTG, BGBl 1994/510 idF BGBl I 2006/13 (Gentherapie).

<sup>9</sup> § 1 ff FortpflanzungsmedizinG – FMedG, BGBl 1992/275 idF BGBl I 2008/49.

<sup>10</sup> §§ 62a ff KAKuG idF BGBl I 2008/49.

<sup>11</sup> Insb zur Befassungspflicht von Ethikkommissionen bei der Anwendung neuer Heilmethoden vgl § 8c KAKuG sowie die Ausführungsgesetze der Länder.

<sup>12</sup> Vgl insb die universitären Ethikkommissionen gem § 30 UG 2002 BGBl I 2002/120 idF BGBl I 2007/87 zur Beurteilung klinischer Prüfungen von Arzneimitteln und Medizinprodukten, der Anwendung neuer medizinischer Methoden und angewandter medizinischer Forschung an Menschen.

<sup>13</sup> GewebesicherheitsG – GSG, BGBl I 2008/49.

<sup>14</sup> Das GSG regelt gem § 1 Abs 1 die Gewinnung von menschlichen Zellen und Geweben „zur Verwendung beim Menschen“, weiters die Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Zellen und Geweben zur Verwendung beim Menschen, sofern diese nicht zur Herstellung von Arzneispezialitäten, Prüfpräparaten oder Medizinprodukten verwendet werden. Mit der Wendung „Verwendung beim Menschen“ sind alle therapeutischen Anwendungen gemeint, also jedenfalls auch (wenngleich nicht nur) die Zell- und Gewebstransplantation (vgl 261 BlgNR 23. GP 6 f). Vgl zum Ganzen *Kopetzki* (Hrsg), Gewebesicherheitsrecht (2008) (im Druck).

gaben folgend<sup>15</sup> – völlig neue Rahmenbedingungen geschaffen, die jene des Arzneimittelrechts überlagern, mitunter auch verdrängen. Die Regelungen des GSG erfassen künftig auch die Verwendung von embryonalen Stammzellen (ESZ) „beim Menschen“, sofern deren Gewinnung oder Nutzung nicht durch andere Gesetze verboten ist oder weitergehenden Schranken unterliegt. Das GSG lässt sonstige Verbote im Umgang mit bestimmten Arten von Zellen (wie sie etwa das FMedG in Bezug auf entwicklungsfähige Zellen und Keimzellen enthält<sup>16</sup>) unberührt, es sieht für embryonale Zellen aber keine spezifischen Beschränkungen oder Abweichungen von jenen Bestimmungen vor, die auch für andere Zellen gelten.<sup>17</sup>

## II. Forschung mit humanen Zellen

Für Forschungen mit menschlichen Zellen und Geweben bestehen keine expliziten gesetzlichen Normen, solange die wissenschaftliche Zielsetzung nicht mit einer Anwendung am Menschen einhergeht (zB bei klinischen Prüfungen).<sup>18</sup> Bei embryonalen Stammzellen führt die Anwendbarkeit des FMedG jedoch zu einer etwas erhöhten Regelungsdichte (unten III). Bei der nichtklinischen Forschung mit (nicht embryonalen) menschlichen Körpersubstanzen ist der Rahmen des Zulässigen hingegen nur nach allgemeinen Grundsätzen des Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechts zu beurteilen. Die daraus ableitbaren Anforderungen konzentrieren sich vor allem auf die Phase der Entnahme, also der Materialgewinnung aus dem lebenden<sup>19</sup> oder toten Körper,<sup>20</sup> auf Aspekte des Datenschutzes und des Gentechnikrechts<sup>21</sup> sowie

---

<sup>15</sup> Vgl die auf Grundlage des Art 152 Abs 4 EGV erlassenen 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; RL 2006/17/EG vom 8. 2. 2006 zur Durchführung der RL 2004/23/EG hinsichtlich technischer Vorschriften für die Spende, Beschaffung und Testung von menschlichen Geweben und Zellen, ABl L 38/40 vom 9. 2. 2006; RL 2006/86/EG vom 24. 10. 2006 zur Umsetzung der RL 2004/23/EG hinsichtlich der Anforderungen an die Rückverfolgbarkeit, der Meldung schwerwiegender Zwischenfälle und unerwünschter Reaktionen sowie bestimmter technischer Anforderungen an die Kodierung, Verarbeitung, Konservierung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen, ABl L 294/32 vom 25. 10. 2006.

<sup>16</sup> Dazu gleich unten III.

<sup>17</sup> Vgl 261 BlgNR 23. GP 3.

<sup>18</sup> Im Fall einer klinischen Anwendung (zB Zelltherapie) treten insb die Schutzbestimmungen des AMG (klinischen Prüfung, Ethikkommission), des GSG sowie der VO (EG) Nr 1394/2007 hinzu.

<sup>19</sup> Vgl zB §§ 83 ff iVm § 90 StGB, aus denen sich der Grundsatz des „informed consent“ für den körperlichen Eingriff der Materialgewinnung ableiten lässt.

<sup>20</sup> Vgl insb § 25 KAKuG, der Obduktionen bei verstorbenen Pflegelingen öffentlicher Krankenanstalten ganz allgemein (und ohne Einwilligung oder Widerspruchs-

auf begleitende zivilrechtliche Fragestellungen, etwa die sachenrechtlichen Zuordnung des Materials, die persönlichkeitsrechtlichen Nutzungsschranken oder den Patentschutz. Vieles davon ist nach wie vor strittig, wie zB die Verwendung von Abfallsubstanzen ohne spezielle Einwilligung des Patienten oder die Rahmenbedingungen von Biobanken für die Forschung.<sup>22</sup>

An diesem unspezifischen Rechtsrahmen für die Stammzellforschung hat sich durch das Gewebesicherheitsrecht nichts geändert: Die Forschung mit (embryonalen oder nicht-embryonalen) menschlichen Zellen und Geweben fällt nicht in den Anwendungsbereich des GSG. Dieser setzt erst ein, wenn zum Forschungszweck eine Verwendung am oder im Menschen hinzu kommt (zB bei der klinischen Prüfung einer Zelltherapie). Diese Herausnahme der nicht-therapeutischen (insb experimentellen) Forschung aus dem GSG ergibt sich im nationalen Recht aus der Einschränkung des Geltungsanspruchs auf die „Verwendung beim Menschen“.<sup>23</sup> Die europäische Gewebe-RL 2004/23/EG betont dies im Erwägungsgrund 11 sogar ausdrücklich.<sup>24</sup> Für den Themenbereich der Stammzellforschung ist das Gewebesicherheitsrecht daher nicht einschlägig.

Diese kurze Skizze zeigt, dass die Forschung mit „adulten“ (nicht-embryonalen) Stammzellen im Wesentlichen denselben – recht allgemein gehaltenen – rechtlichen Schranken unterliegt wie die humanmedizinische Forschung insgesamt.

### III. Forschung mit embryonalen Stammzellen

Anders liegt der Fall bei embryonalen Stammzellen, die wegen des Zusammenhangs mit dem Embryonenschutz eine besondere ethische – und vor dem Hintergrund des FMedG auch rechtliche – Sensibilität auslösen. Auch hier ist allerdings wieder mit der Feststellung zu beginnen, dass es im österreichischen Recht keine ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen über die Gewinnung, die Einfuhr oder die Verwendung von embryonalen Stammzellen gibt.

---

recht) zur Wahrung wissenschaftlicher Interessen zulässt. Dies schließt die Entnahme von Körpersubstanzen im Rahmen der Obduktion zu Forschungszwecken ein.

<sup>21</sup> Vgl insb § 66 GTG betreffend wissenschaftliche Genanalysen.

<sup>22</sup> Vgl zu alledem statt vieler etwa *Kopetzki*, Die Verwendung menschlicher Körpersubstanzen zu Forschungszwecken, in Grafl/Medigovic (Hrsg), FS für Manfred Burgstaller (2004) 601; *Antonow*, Der rechtliche Rahmen der Zulässigkeit für Biobanken zu Forschungszwecken (2006).

<sup>23</sup> § 1 Abs 1 GSG; 261 BlgNR 23. GP 4.

<sup>24</sup> „Diese Richtlinie gilt nicht für die forschungsbedingte Nutzung menschlicher Gewebe und Zellen, zB wenn diese für andere Zwecke genutzt werden als für die Verwendung im oder am menschlichen Körper, wie bei der In-vitro-Forschung oder in Tiermodellen. Nur die Zellen und Gewebe, die in klinischen Versuchen im oder am menschlichen Körper eingesetzt werden, sollten den Qualitäts- und Sicherheitsstandards dieser Richtlinie entsprechen.“

Insbesondere existiert kein dem deutschen Rechtsbestand entsprechendes „Embryonenschutzgesetz“ oder „Stammzellgesetz“. Für die Beurteilung der Zulässigkeit dieser Vorgänge folgt daraus freilich noch nichts. Denn erstens können sich rechtliche Beschränkungen auch implizit aus allgemeiner formulierten Vorschriften ergeben. Und zweitens enthält die Rechtsordnung eine „Verteilungsregel“ für den Fall, dass die Suche nach Verbotsnormen letztlich erfolglos bleibt. Da es für die Erlaubtheit einer Tätigkeit keiner gesetzlichen „Zulassung“ bedarf, kann alles als erlaubt gelten, was rechtlich nicht verboten ist.<sup>25</sup>

Zu fragen ist also, welche rechtlichen Grenzen sich für die Forschung mit embryonalen Stammzellen implizit aus Gesetzen ableiten lassen, die zwar primär andere Sachverhalte regeln, die wegen ihrer systematischen Nahebeziehung jedoch Ausstrahlungswirkungen auf die hier zu beurteilenden Fragestellungen entfalten können. Dabei ist vor allem das Fortpflanzungsmedizin-gesetz (1) sowie das Arzneiwareneinfuhr-gesetz 2002 (2) in Betracht zu ziehen. Der Vollständigkeit halber soll auch untersucht werden, ob sich Schranken für die Verwendung bzw den Import embryonaler Stammzellen zu Forschungszwecken aus dem Arzneimittelgesetz (3) oder dem Zivilrecht (4) ergeben könnten.

## 1. Fortpflanzungsmedizinrecht

### a) Gewinnung embryonaler Stammzellen

Das FMedG regelt die „medizinisch unterstützte Fortpflanzung“, dh die „Anwendung medizinischer Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft anders als durch Geschlechtsverkehr“ (§ 1 Abs 1 FMedG). Dies scheint für unser Thema zunächst nicht unmittelbar relevant. § 9 Abs 1 FMedG enthält allerdings 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 werden. Sie dürfen nur insoweit untersucht und behandelt werden, als dies nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung zur Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich ist“ (§ 9 Abs 1 Satz 1 und 2).

Im Ergebnis folgt aus dieser Bestimmung unter anderem ein Verbot der Forschung mit menschlichen Embryonen, das vom Gesetzgeber auch beabsichtigt war.<sup>26</sup> Das umfassende Verwendungsverbot des § 9 Abs 1 FMedG

<sup>25</sup> Zu diesem „rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip“ mwN *Kopetzki*, Rechtliche Aspekte des Embryonenschutzes, in *Körtner/Kopetzki* (Hrsg), Embryonenschutz – Hemmschuh für die Biomedizin? (2003) 51.

<sup>26</sup> Vgl 216 BlgNR 18. GP 20.

schließt daher auch die Gewinnung embryonaler Stammzellen aus in-Vitro-Embryonen („entwicklungsfähigen Zellen“) zu Forschungszwecken aus.<sup>27</sup>

### b) *Forschung mit embryonalen Stammzellen*

Für die Zulässigkeit der Forschung mit bereits auf legalem Weg (im Ausland)<sup>28</sup> gewonnenen humanen ESZ ist entscheidend, 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 findet § 9 FMedG auf den Umgang mit diesen Zellen überhaupt keine Anwendung.

a) Die Antwort auf diese Frage erschließt sich aus dem Gesetz nicht auf den ersten Blick, lässt aber dennoch keine vernünftigen Zweifel zu: 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 ESZ, die in zulässiger Weise bereits entnommen worden sind – etwa weil ihre Gewinnung im Ausland außerhalb des örtlichen Geltungsbereiches des FMedG erfolgte. Für eine derartige Verwendung pluripotenter ESZ im Inland bestehen keine spezifischen gesetzlichen Regeln. Pluripotente ESZ unterliegen – sobald sie gewonnen sind – nicht mehr dem Manipulationsverbot des § 9 Abs 1 FMedG.<sup>29</sup>

Dieses Ergebnis hat mit dem eigentümlichen Begriff der „entwicklungsfähigen Zelle“ zu tun, an dem die Verbote des § 9 FMedG (wie auch der meisten sonstigen Regelungen des 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 eine viel weitere Auslegung nahe zu legen. Würde man diese Legaldefinition allerdings 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 Ver-

<sup>27</sup> Näher *Kopetzki* in Körtner/Kopetzki (Hrsg), Embryonenschutz 52 ff; *Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht (2003) insb 97 ff. Die Verbote des FMedG sind verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert. Ein justizstrafrechtlicher Schutz des extrakorporalen Embryos besteht hingegen nicht, mwN *E. Köck*, Der (Straf)rechtliche Schutz des Embryos, ÖJZ 2006, 631 ff.

<sup>28</sup> Zur Frage des Imports gleich unten 2.

<sup>29</sup> *Kopetzki* in Körtner/Kopetzki (Hrsg), Embryonenschutz 56 ff; *derselbe*, FS Burgstaller 611; zustimmend *Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht 105 ff. Weitere Hinweise in FN 31.

ständnis 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 vom Gesetzgeber auch nicht beabsichtigt. Auf diese Weise würden nämlich völlig unterschiedliche (und mit der Reproduktionsmedizin in keinem sachlichen Zusammenhang stehende) Rechtsgebiete wie zB 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 insb in der Überschrift sowie in § 1 Abs 1 des Gesetzes zum Ausdruck kommt: Dieser beabsichtigte 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 – was eben nur auf „totipotente“ ESZ zutrifft.

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<sup>30</sup>) Zellen, die sich noch zu einem ganzen Menschen entwickeln können, nicht jedoch pluripotente Zellen, deren Entwicklungspotential auf die Fähigkeit zur Ausbildung unterschiedlicher Gewebstypen etc beschränkt ist. Pluripotente ESZ sind keine „entwicklungsfähigen“ Zellen iSd § 1 Abs 3 FMedG.<sup>31</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>32</sup> Dass in

---

<sup>30</sup> Zur Beurteilung der „Entwicklungsfähigkeit“ bei unbefruchteten Zellen vgl gleich unten 5.

<sup>31</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>32</sup> Vgl zB *von Bülow*, Embryonenschutzgesetz, in Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg), Genmedizin und Recht (2001) 127 (143 f) Rz 348; *Schroth*, Forschung mit embryonalen Stammzellen und Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Rechts, in Oduncu/Schroth/Vossenkuhl (Hrsg), Stammzellenforschung und therapeutisches Klo-

manchen Medien beharrlich das Gegenteil zu lesen ist,<sup>33</sup> bleibt als Eigentümlichkeit der Stammzelldiskussion zu verbuchen, dürfte aber eher Ausdruck einer unkritischen Vermischung ethischer, rechtlicher und rechtspolitischer Betrachtungsebenen sein als das Ergebnis einer abweichenden juristischen Analyse.<sup>34</sup>

b) Zentrale Konsequenz der mangelnden Anwendbarkeit des FMedG auf pluripotente ESZ ist, dass auch die spezifischen Verwendungsverbote des § 9 FMedG oder das Überlassungsverbot gem § 17 FMedG nicht für pluripotenten ESZ gelten, ebenso wenig wie für andere humane Zellen.

Anders als in Deutschland, wo der Import von ESZ durch das Stammzellgesetz geregelt worden ist,<sup>35</sup> enthält das FMedG also weder ein Verwendungs- oder Überlassungsverbot noch Importbeschränkungen für (pluripotente) embryonale Stammzellen. Das Verbot der Überlassung entwicklungsfähiger Zellen gem § 17 Abs 2 FMedG umfasst zwar auch die Einfuhr von befruchteten Embryonen und totipotenten ESZ, weil eine grenzüberschreitende Überlassung jedenfalls teilweise *auch* im Zielstaat stattfindet und somit in den territorialen Anwendungsbereich des FMedG fällt. Auf pluripotente ESZ findet § 17 FMedG aber wie erwähnt – mangels Vorliegen einer „entwicklungsfähigen Zelle“ – keine Anwendung.

c) Die (nach § 9 Abs 1 FMedG verbotene) Gewinnung der ESZ im Ausland ist nicht nach den Maßstäben des FMedG zu beurteilen: Die Verbote des FMedG gelten nur insoweit, als die verbotene Handlung im örtlichen Geltungsbereich des FMedG stattfindet. Das ist gem Art 49 Abs 1 B-VG das österreichische Bundesgebiet. Der Gewinnungsvorgang im Ausland ist daher vom Verbot des FMedG nicht erfasst.

Das FMedG ist auch dann nicht anwendbar, wenn österreichische Staatsbürger oder Unternehmen in diesem Zusammenhang im Vorfeld oder im Nachhinein – etwa als Abnehmer der gewonnenen pluripotenten ESZ – in

---

nen (2002) 252 (= JZ 2002, 170); *Brewe*, Embryonenschutz und Stammzellgesetz (2006) 32 f.

<sup>33</sup> Statt aller zB *NN*, EU-Geld für Stammzellen, Salzburger Nachrichten 17. 6. 2006, 9 („Wie in den meisten Mitgliedstaaten ist diese Forschung in Österreich und Deutschland verboten“).

<sup>34</sup> Aus der rechtsvergleichenden Perspektive ausländischer Beobachter stellt sich die österreichische Rechtssituation daher in diesem Punkt völlig zu unrecht als umstritten dar: vgl zB *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, [www.dfg.de](http://www.dfg.de)).

<sup>35</sup> Gesetz vom 28. 6. 2002 zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit der Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz – StZG), dBGBI I 2002, 2277 idF der Novellierung vom 11. 4. 2008. Zur Entwicklung vgl näher *Taupitz* in diesem Band.



irgendeiner Weise „mitwirkend“ tätig werden: 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. Die Strafbarkeit eines „Beteiligten“ setzt nach § 7 VStG voraus, dass die Haupttat (hier also: der Eingriff in „entwicklungsfähige Zellen“) tatsächlich begangen worden ist.<sup>36</sup> Das trifft auf ein Verhalten im Ausland nicht zu, weil die territoriale Geltung der Straftatbestände gem §§ 22 ff iVm § 9 FMedG nicht über die Grenzen des Bundesgebietes hinausreicht.

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 unterwerfen. Hiefür gilt die jeweils geltende nationale Rechtsordnung jenes Ortes, an dem die Handlungen gesetzt werden. Selbst für den Fall, dass im Zuge der Überlassung der Embryonen oder der Gewinnung der ESZ Bestimmungen des Herkunftslandes verletzt worden sein sollten, hätte dies im Lichte des FMedG keine rechtlichen Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Verwendung importierter ESZ in Österreich.<sup>37</sup>

Im Ergebnis besteht somit in Österreich eine Rechtslage, die jener in Deutschland vor dem Inkrafttreten des StZG vergleichbar ist: Danach war der Import pluripotenter ESZ – mangels einschlägiger Verbotsnormen – rechtlich jedenfalls zulässig.<sup>38</sup>

## 2. Arzneiwareneinfuhrgesetz

Da die Gewinnung pluripotenter ESZ aus befruchteten Embryonen in Österreich wegen § 9 FMedG nicht zulässig ist, setzt die – vom FMedG nicht verbotene – Forschung mit solchen Zellen einen Import aus Ländern voraus, in denen auch die Gewinnung erlaubt ist. Wäre auch der Import verboten, könnte die Freiheit der Forschung mit ESZ auf legale Weise nicht mehr in Anspruch genommen werden, weil der Zugang zu den Zellen blockiert wäre.

<sup>36</sup> MWN *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts<sup>8</sup> (2003) Rz 767 f.

<sup>37</sup> Ergänzend sei angemerkt, dass das Erfordernis der „Einwilligung der Eltern“ nicht einmal nach dem strengen deutschen Stammzellgesetz (StZG) eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Einfuhr in die BRD darstellen würde (*Eser/Koch*, Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen im In- und im Ausland, Rechtsgutachten, Freiburg/Br. 2003, 39 ff), es genügt die Übereinstimmung mit „tragenden Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung“ sowie die Gewinnung in Übereinstimmung mit der Rechtslage im Herkunftsland. Nach österreichischem Recht lässt sich freilich auch die letztgenannte Voraussetzung nicht begründen.

<sup>38</sup> Vgl zB *Nationaler Ethikrat*, Stellungnahme zum Import menschlicher embryonaler Stammzellen, Dezember 2001, 17 ff.

Beschränkungen der Einfuhr pluripotenter ESZ können sich – wie erwähnt – nicht aus dem FMedG ergeben, weil auch das Überlassungsverbot des § 17 Abs 2 FMedG<sup>39</sup> wieder am Begriff der „entwicklungsfähigen Zelle“ anknüpft, dessen Merkmale die pluripotente ESZ nicht erfüllt. Eine genauere Prüfung verdient somit nur das Arzneiwareneinfuhrrecht, obgleich der damit erzwungene Ausflug ins Zollrecht gewiss nicht den Eindruck besonderer Sachnähe erwecken dürfte:

Gem § 1 Abs 1 des Arzneiwareneinfuhrgesetzes 2002 (AWEG), BGBl I 2002/28 idF BGBl I 2008/52, unterliegen diesem Gesetz im Sinne der VO (EWG) Nr 2658/87 des Rates vom 23. 7. 1987 über die zolltarifliche und statistische Nomenklatur sowie den Gemeinsamen Zolltarif näher bezeichnete Waren, die unter Bezugnahme auf Zolltarifpositionen umschrieben werden.<sup>40</sup> Die in den nachfolgenden Bestimmungen des AWEG vorgesehenen Einfuhrbewilligungen und Meldepflichten knüpfen an dieser Umschreibung des Anwendungsbereiches im § 1 AWEG an und gelten nur für die davon erfassten Waren. Entscheidend ist daher, ob bzw inwieweit humane ESZ vom Anwendungsbereich des § 1 AWEG erfasst sind.

Wegen der bewussten Ausrichtung der arzneiwareneinfuhrrechtlichen Bestimmungen an der zolltariflichen und statistischen Nomenklatur der einschlägigen europäischen Normen<sup>41</sup> muss die Konkretisierung der vom § 1 erfassten Warengruppen vor dem Hintergrund der europäischen Terminologie erfolgen. Als Anhaltspunkte zur Auslegung können die Anmerkungen der Kommission zum (laufend geänderten) Anhang I der VO 2658/87 über die zolltarifliche und statistische Nomenklatur sowie den Gemeinsamen Zolltarif<sup>42</sup> sowie die einschlägigen Erläuterungen<sup>43</sup> herangezogen werden.

Zweifelhaft ist zunächst schon, ob für Forschungszwecke importierte ESZ überhaupt als „Arzneiware“ iSd AWEG einzuordnen sind. Dieser – nach zolltarifarischen Gesichtspunkten autonom auszulegende – Begriff der „Arzneiware“ ist nicht mit dem terminologischen Verständnis des Arzneimittelrechts deckungsgleich.<sup>44</sup> Maßgeblich für die Zuordnung zu den „Arzneiwa-

<sup>39</sup> Zulässig wäre gem § 17 Abs 2 FMedG idF BGBl I 2004/163 nur eine Überlassung an (für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen zugelassene) Krankenanstalten, nicht jedoch für Forschungszwecke oder an Forschungseinrichtungen etc.

<sup>40</sup> 1. Waren der Position 3004; 2. Röntgenkontrastmittel und diagnostische Reagenzien zur innerlichen Anwendung am Patienten aus der Unterposition 3006 30; 3. Waren der Unterposition 3006 60; 4. Netzflüssigkeiten für harte Kontaktlinsen und Pflegeprodukte für weiche Kontaktlinsen aus der Unterposition 3307 90; 5. Placenten aus der Unterposition 3001 90; 6. Waren der Unterpositionen 3002 10 und 3002 9010 und 7. Produkte natürlicher Heilvorkommen der Unterpositionen 2201 10, ex 2201 90, ex 2501 00, ex 2530 90, ex 3303 90 und 3004 90.

<sup>41</sup> Vgl AB 935 B1gNR 21. GP 88.

<sup>42</sup> Zuletzt VO (EG) 1214/2007 vom 20. 9. 2007, ABI L 286/1 vom 31. 10. 2007 zu Kapitel 30 „Pharmazeutische Erzeugnisse“.

<sup>43</sup> *Baldasty/Fasching/Praschak*, Erläuterungen zur kombinierten Nomenklatur, Bd 2, Loseblattausgabe 24. Lfg Stand Jänner 2008.

<sup>44</sup> EuGH Rs C-201/96; EuGH Rs C-270/96 – Sarget.

ren“ iSd Kapitels 30 des Zolltarifs ist die objektive Zweckbestimmung,<sup>45</sup> also ob das Mittel nach medizinisch-pharmakologischen Erkenntnissen heilend oder vorbeugend wirkt.<sup>46</sup> Die bloß theoretische Möglichkeit einer anderen Verwendung schließt die Einreihung nach der hauptsächlichen Verwendung nicht aus.<sup>47</sup> Für die Zuordnung zu zolltariflichen Positionen ist dies von verstärkter Bedeutung, weil sämtliche hier interessierenden Tarifpositionen des Kapitels 30 („pharmazeutische Erzeugnisse“) ausdrücklich auf „therapeutische oder prophylaktische Zwecke“ abstellen (vgl insb die Position 3001 und 3004). In diesem Fall gilt, dass Waren, die zu anderen Zwecken bestimmt sind, von dieser Tarifposition nicht erfasst werden.<sup>48</sup> Die Anwendung dieser Grundsätze schließt eine Zuordnung von ESZ, die für Forschungszwecke eingeführt werden, zum Begriff der Arzneiware iS des Zolltarifs – und folglich auch eine Qualifikation als Arzneiwaren iS des AWEG – aus.<sup>49</sup>

Doch selbst wenn wegen eines für die Zukunft nicht auszuschließenden objektiv-therapeutischen Wirkungspotentials embryonaler Stammzellen eine Zuordnung zum Begriff der Arzneiware im Sinne der Nomenklatur des Zolltarifs vertretbar wäre, würde die Anwendbarkeit des AWEG immer noch daran scheitern, dass die Subsumierbarkeit unter eine der im § 1 AWEG aufgezählten Tarifpositionen nicht gegeben ist.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> VwSlg 6042 F zu Tarif-Nr 30.03; Schwarz in Schwarz/Wockenfoth, Zollrecht<sup>3</sup>, Bd I/4 (Loseblattausgabe 51. Lfg April 2007) Rz 39.

<sup>46</sup> VwSlg 6042 F.

<sup>47</sup> Schwarz ibid Rz 48a.

<sup>48</sup> Schwarz ibid Rz 53 ff.

<sup>49</sup> Wie hier im Ergebnis schon Kopetzki in Körtner/Kopetzki (Hrsg), Embryonenschutz 58; zustimmend Mayrhofer, Reproduktionsmedizinrecht 107.

<sup>50</sup> Von vornherein auszuschließen ist eine Subsumtion unter § 1 Abs 1 Z 2 AWEG (Röntgenkontrastmittel aus Position 3006 30), Z 3 (Waren der Unterposition 3006 60 – empfängnisverhütende Zubereitungen etc), Z 4 (Netzflüssigkeiten etc aus der Unterposition 3307 90), Z 5 (Placenten aus der Unternummer 3001 90), Z 6 (Waren der Unterpositionen 3002 10 – Antisera etc und 3002 9010 – menschliches Blut), Z 7 (Produkte natürlicher Heilvorkommen aus näher genannten Unterpositionen) sowie Z 8 (immunologische Tierarzneimittel). Doch auch aus dem verbleibenden Anknüpfungstatbestand des § 1 Abs 1 Z 1 AWEG ergibt sich kein Anhaltspunkt für eine Zuordnung pluripotenter ESZ: Die „Waren der Position 3004“ umfassen „Arzneiwaren (ausgenommen Erzeugnisse der Position 3002, 3005 oder 3006), die aus gemischten oder ungemischten Erzeugnissen zu therapeutischen oder prophylaktischen Zwecken bestehen, dosiert (...) oder in Aufmachungen für den Einzelverkauf“ (vgl die Erläuterungen zu Kapitel 30 der Kombinierten Nomenklatur, ABl C 133 vom 30. 5. 2008). Bei ESZ für Forschungszwecke kann nicht davon gesprochen werden, dass – selbst wenn man von der Qualifikation als „Arzneiwaren“ ausgehen wollte – diese Waren „dosiert“ oder „in Aufmachungen für den Einzelverkauf“ vorliegen. Diese Begriffe stellen erkennbar auf eine bestimmte Form der Aufmachung für therapeutische/prophylaktische Zwecke ab, die hier nicht gegeben ist. So wird etwa unter „dosiert“ verstanden, dass die Waren „gleichmäßig in diejenigen Mengen abgeteilt [sind], in denen sie zu therapeutischen oder prophylaktischen Zwecken gebraucht werden sollen. Als eine „Aufmachung für den Einzelverkauf“ wird angesehen, wenn die Erzeugnisse „aufgrund ihrer Aufmachung und insbesondere wegen des

Die Anwendbarkeit des AWEG und eine darauf gegründete Einfuhrbeschränkung für pluripotente ESZ scheiden daher aus.

### 3. Arzneimittelgesetz

Als Grundlage für Verkehrsbeschränkungen für humane Zellen kommt grundsätzlich auch das AMG in Betracht. Zu denken wäre insb an die Vertriebs- und Abgabebeschränkungen der §§ 57 ff AMG, einschließlich des Verbots der Abgabe im Versandhandel gem § 59 Abs 9 AMG.

Die Anwendung der arzneimittelrechtlichen Vertriebsbeschränkungen würde allerdings wieder voraussetzen, dass es sich bei ESZ um „Arzneimittel“ iSd § 1 AMG handelt. Dies ist aus ähnlichen Erwägungen zu verneinen, wie sie schon zum Begriff der „Arzneiware“ nach dem Gemeinsamen Zolltarif dargelegt wurden: Gem § 1 AMG sind „Arzneimittel“ solche Stoffe (einschließlich menschlicher Körperbestandteile, vgl § 1 Abs 4 Z 3 AMG), die nach der allgemeinen Verkehrsauffassung dazu dienen oder nach Art und Form des Inverkehrbringens dazu bestimmt sind, bei Anwendung am oder im menschlichen oder tierischen Körper bestimmte (und in Z 1 bis 5 näher bezeichnete) prophylaktische, diagnostische oder therapeutische Wirkungen hervorzurufen. Weder die „objektive“ („dazu dienen“) noch die „subjektive“ („dazu bestimmt ist“) Zweckwidmung des § 1 AMG ist erfüllt, wenn ESZ zu Forschungszwecken verwendet werden sollen. Solche Zellen sind daher keine „Arzneimittel“ im Sinne des Arzneimittelrechts und unterliegen nicht den Vertriebsbeschränkungen des AMG.

### 4. Zivilrecht

Schließlich ergeben sich auch aus den allgemeinen Regeln des Zivilrechts keine Beschränkungen für die Einfuhr oder die Verwendung von ESZ zu

---

Vorhandenseins (...) von entsprechenden Angaben (...) erkennbar dazu bestimmt sind, unmittelbar und ohne weiteres Abpacken an den Verwender (...) verkauft zu werden, damit sie zu den oben genannten [therapeutischen] Zwecken gebraucht werden können“ (näher *Baldasty/Fasching/Praschak*, Erläuterungen zur Position 3004, Stand Jänner 2008). Diese Kriterien für die Aufmachung treffen hier ebenso wenig zu wie die therapeutische bzw prophylaktische Zweckwidmung. Dass es sich bei ESZ um keine „Arzneiwaren“ der Position 3004 handelt, wird im übrigen auch daraus ersichtlich, dass „menschliche und tierische Stoffe, zu therapeutischen oder prophylaktischen Zwecken zubereitet“, sofern sie nicht dosiert oder für den Einzelverkauf zubereitet sind, unter eine andere Zolltarifposition, nämlich die Position 3001, fallen. Diese Position erfasst daher typischerweise natives menschliches Körpermaterial wie (verpackte) humane Transplantate (*Baldasty/Fasching/Praschak*, Erläuterungen zur Position 3001, Stand Jänner 2008). Daraus ist zu schließen, dass natives menschliches Gewebe nicht den Charakter von „Arzneiwaren“ iSd der Positionen 3003 und 3004 aufweist, sondern einer eigenen Unterposition (3001) zuzuordnen ist. Von dieser Position 3001 werden durch § 1 Abs 1 Z 5 AWEG aber ausschließlich Placenten der Unternummer 3001 90 erfasst, nicht jedoch andere Erzeugnisse aus der Position 3001.

Forschungszwecken: Pluripotente ESZ sind vom Schutz des § 22 ABGB nicht erfasst: Diese Bestimmung stellt „ungeborne Kinder ... von dem Zeitpunkt ihrer Empfängnis an“ unter den Schutz der Gesetze. Selbst wenn man unter die „ungebornen Kinder“ neben der Leibesfrucht in vivo auch extrakorporale befruchtete Eizellen subsumiert,<sup>51</sup> würde dies nur für totipotente ESZ zutreffen, die noch das Potential für die Geburt eines Menschen aufweisen. Pluripotente ESZ sind durch § 22 ABGB hingegen nicht geschützt. Es handelt sich um eigentumsfähige „Sachen“ im Sinne des § 285 ABGB.

Strittig könnte allenfalls sein, ob Verträge über den Bezug oder die Nutzung von ESZ – die Anwendbarkeit des österreichischen Zivilrechts einmal unterstellt – wegen Verstoßes gegen die „guten Sitten“ von der Nichtigkeitsanktion des § 879 Abs 1 ABGB bedroht sind. Denn immerhin werden in der Literatur zur Verwendung von menschlichen Substanzen sämtliche Extrempositionen zwischen einer generellen Sittenwidrigkeit von Organ- bzw Gewebsverkäufen<sup>52</sup> bis hin zu einer weitgehenden Unbedenklichkeit derartiger entgeltlicher Rechtsgeschäfte vertreten.<sup>53</sup>

Nach richtiger Auffassung liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten aber dann nicht vor, wenn die Verwendung des Humanmaterials einem schutzwürdigen (und seinerseits nicht sittenwidrigen oder gar rechtlich positiv bewerteten) Zweck dient, was insb bei der Verwertung für – durch Art 17 StGG auch grundrechtlich geschützte – Forschungszwecke zu bejahen ist.<sup>54</sup> Ethische Bedenken gegen den Einsatz von ESZ für Forschungszwecke begründen noch keine „Sittenwidrigkeit“ iSd § 879 ABGB. Die zivilrechtliche Sittenwidrigkeitsklausel ist kein Einfallstor für moralische Normen aus dem unübersehbaren Spektrum bioethischer Standpunkte. Der Rechtsbegriff der „guten Sitten“ stellt keine pauschale Verweisung auf außerrechtliche Moralvorstellungen im Sinne eines ungefilterten Blankettverweises auf „die Ethik“, dar – ganz abgesehen davon, dass angesichts der Buntheit der weltanschaulichen und religiösen Prämissen völlig offen bliebe, auf welche der vielfältigen „Ethiken“ zur Forschung mit ESZ dieser Verweis zu beziehen wäre. Maßgeblich für die Konkretisierung der „guten Sitten“ sind nicht irgendwelche, sondern die aus der Rechtsordnung ableitbaren Wertungsgesichtspunkte.<sup>55</sup> Legt man die aus dem österreichischen Recht ableitbaren

<sup>51</sup> Vgl mwN nur *Kopetzki*, Grundrechtliche Aspekte des therapeutischen Klonens, in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), *Biotechnologie und Recht* (2002) 15 (26).

<sup>52</sup> *ZB Plöchl*, Leibes-Früchte. Rechtliche Probleme der medizinischen und industriellen Verwertung des menschlichen Körpers, Schriftenreihe Niederösterreichische Juristische Gesellschaft Bd 72, 1997, 22.

<sup>53</sup> *ZB Schröder/Taupitz*, Menschliches Blut: verwendbar nach Belieben des Arztes? Zu den Formen erlaubter Nutzung menschlicher Körpersubstanzen ohne Kenntnis des Betroffenen (1991) 73 f.

<sup>54</sup> *ZB Stellamor*, Ärztliche Berufsordnung (1977) 82 f. Auch ein gesetzliches Gewinnverbot ist – anders als bei der therapeutischen Verwendung von Zellen (vgl § 3 Abs 9 und § 4 Abs 6 und 7 GSG) – nicht ersichtlich.

<sup>55</sup> Vgl zB mwN *Krejci* in *Rummel*, ABGB I § 879 Rz 46 ff.

Wertungsgesichtspunkte zugrunde, dann ist für ein „Sittenwidrigkeitsurteil“ kein Raum, da die Rechtsordnung sowohl der Einfuhr als auch der Verwendung pluripotenter ESZ für Forschungszwecke durchaus „positiv“ gegenüber steht.

## 5. Sonderfall „Klonen“ und „Reprogrammierung“

Embryonale Stammzellen können auch auf andere Weise als durch Entnahme aus („überzähligen“) befruchteten Eizellen gewonnen werden. In Betracht kommt insb die Herstellung von ESZ 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 („*induzierte pluripotente Stammzellen*“ – *IPS*) oder gar totipotente Zellen liegt nicht mehr außerhalb des Spektrums biotechnischer Möglichkeiten.

### a) Klonierungstechniken und der Begriff der „Befruchtung“

Ob die Verwendungsverbote des § 9 Abs 1 FMedG auch für Zellen gelten, die ihre „Entwicklungsfähigkeit“ anderen Vorgängen als der Befruchtung verdanken, hängt wieder von der Auslegung des Begriffs der „entwicklungsfähigen Zelle“ ab. Ein Blick auf die Legaldefinition in § 1 Abs 3 FMedG legt die Antwort 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. Dies trifft bei der Methode des Kerntransfers nicht zu, da hier keine Befruchtung stattfindet.<sup>56</sup>

Zu einem anderen Ergebnis kann nur gelangen, wer entweder die Legaldefinition der „entwicklungsfähigen“ Zelle in § 1 Abs 3 FMedG ignoriert oder den dort gebrauchten Begriff der „Befruchtung“ anders als bisher auslegt. Die letzte Variante hat jüngst *Bernat* vorgeschlagen, wenn er unter „befruchteten“ Zellen jeden Zellverband verstehen möchte, „der gewöhnlich das Potential hat, sich zum geborenen Menschen zu entwickeln“.<sup>57</sup> Die Folge dieser Auffassung wäre, 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.

Die Auslegung von *Bernat* vermag mich allerdings nicht zu überzeugen:

<sup>56</sup> Näher *Kopetzki* in Körtner/Kopetzki (Hrsg), Embryonenschutz 59 f; insoweit zustimmend auch *Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht 101 f. Wie hier wieder *Weschka*, Die Herstellung von Chimären und Hybridwesen, RdM 2007, 164 (167 f).

<sup>57</sup> So *Bernat*, Die rechtliche Regelung von Chimären und Hybridwesen – ein österreichischer Landesbericht (im Druck) 15; *derselbe* in diesem Band.

a) *Bernat* übersieht zwar nicht die Begriffsbestimmung des § 1 Abs 3 FMedG, wo die „Entwicklungsfähigkeit“ im Wege der „Befruchtung“ definiert wird. Er reduziert die Aussagekraft des § 1 Abs 3 FMedG aber auf Null, indem er „befruchtet“ wieder mit „entwicklungsfähig“ gleichsetzt: Zellen wären dann gem § 1 Abs 3 FMedG „entwicklungsfähig“, wenn sie „befruchtet“ sind, und „befruchtet“ wären sie, wenn sie „entwicklungsfähig“ sind. Die normative Bedeutung des § 1 Abs 3 erschöpft sich bei diesem Verständnis in einer sinnentleerten Tautologie. Ein solches Verständnis ist dem Gesetzgeber schon deshalb nicht zusinnbar, weil gesetzliche Bestimmungen im Zweifel nicht so auszulegen sind, dass sie keinen normativen Sinn mehr ergeben.

Dazu kommt, dass der im Mittelpunkt der Definition des § 1 Abs 3 FMedG stehende Begriff der „Befruchtung“ nicht gerade durch eine besondere Unbestimmtheit oder Mehrdeutigkeit gekennzeichnet ist, die ihn als sinnvollen Kandidaten für einen Streit über die korrekte Methode der Verbalinterpretation ausweisen würden. Seit Jahrhunderten wird sowohl im allgemeinen als auch im fachspezifischen medizinisch-biologischen Sprachgebrauch unter einer „Befruchtung“ die Verschmelzung von männlichen und weiblichen Keimzellen<sup>58</sup> verstanden und anderen – nicht mit einer „Befruchtung“ einhergehenden – Formen der ungeschlechtlichen Fortpflanzung gegenüber gestellt.<sup>59</sup> Hält man daran fest, dass der äußerst mögliche Wortsinn die Grenze der Auslegung markiert,<sup>60</sup> dann dürfte klar sein, dass die Einbeziehung sämtlicher Varianten der ungeschlechtlichen Herbeiführung von „Entwicklungsfähigkeit“ in den Rechtsbegriff der „Befruchtung“ die Wortlautgrenze des Begriffs der „Befruchtung“ in seiner bisher üblichen Verwendung sprengt.<sup>61</sup> Eine solche Argumentation kann daher nicht mehr als methodisch vertretbare „Auslegung“ des Gesetzes durchgehen.

Das Beharren auf einem vom Gesetzeswortlaut abgedeckten Bedeutungsgehalt hat nichts mit begriffsjuristischer Pedanterie oder einer Einengung auf eine „grammatikalisch-logische Interpretation“<sup>62</sup> zu tun. Dass der Interpret eines Gesetzes nur berücksichtigen darf, was der authentische Text nach den Kommunikationsregeln als möglichen Sinn trägt,<sup>63</sup> ist zugleich Element des

<sup>58</sup> Statt vieler *Christ/Wachtler*, Medizinische Embryologie (1998) 17 ff; *Nüsslein-Volhard*, Das Werden des Lebens (2004) 30 ff; *Pschyrembel*, 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>59</sup> ZB *Nüsslein-Volhard*, Das Werden des Lebens 33 (einen Entwicklungsbeginn „ohne Befruchtung ... nennt man Parthenogenese oder Jungferzeugung“); umfassend zu der seit jeher üblichen Unterscheidung zwischen geschlechtlicher und ungeschlechtlicher Fortpflanzung *Czihak/Langer/Ziegler* (Hrsg), Biologie (1976) 201-240.

<sup>60</sup> ZB *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 mwN. Erhellend zum Ganzen auch *Rill*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, ZfV 1985, 461 (466 f)

<sup>61</sup> *Bernat* stellt dies auch gar nicht in Abrede (vgl FN 77).

<sup>62</sup> So aber *Bernat*, Landesbericht Chimären 14.

<sup>63</sup> *Rill*, ZfV 1985, 466 f.

rechtsstaatlichen, demokratischen und gewaltentrennenden Prinzips der Verfassung, die damit die Beliebigkeit der Methodenwahl begrenzt.<sup>64</sup> Die Bürger müssen keine staatlichen Eingriffe in ihre Handlungsfreiheiten hinnehmen, die sich nach den Regeln sprachlicher Kommunikation nicht auf eine nachvollziehbare und einigermaßen vorhersehbare Rechtsgrundlage des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zurückführen lassen. Darin zeigt sich auch, dass das Ziel der Auslegung nicht der „wahre“ Wille oder „Ordnungsplan“ des Gesetzgebers sein darf, sondern es immer nur um die Ermittlung dessen gehen kann, was der Rechtssetzer „als von ihm gemeint gegen sich gelten lassen muss.“<sup>65</sup>

b) Wenn *Bernat* den „klar erkennbaren *Ordnungsplan* des Gesetzgebers“ gegen den Wortlaut des Gesetzes ausspielt, so muss er sich die Frage entgegenhalten lassen, aus welchen Quellen er die Einsicht bezieht, dass der Gesetzgeber den Schutzbereich des § 9 FMedG auch auf solche Embryonen ausdehnen wollte, die ihre Entstehung nicht einer Befruchtung, sondern dem Klonen verdanken. Auf die zugänglichen Materialien kann sich diese Einsicht in den „wahren“ historischen Sinn<sup>66</sup> der Vorschrift und den vermeintlich „klar erkennbaren Ordnungsplan des historischen Gesetzgebers“<sup>67</sup> nicht stützen: Zieht man als Hilfsmittel einer historischen Auslegung die Erläuterungen zum FMedG heran, so erkennt man, dass der Regelungsanspruch bewusst auf Fragen der medizinisch unterstützen Fortpflanzung eingegrenzt wurde. Ausdrücklich von einer Regelung „ausgeklammert“ werden sollten all jene Fragen, „die die Nutzung und den möglichen Missbrauch der Erkenntnisse von Biologie und Genetik aufwerfen“. Insb hätten, so die Erläuterungen weiter, „die in diesem Zusammenhang immer wieder angeführten Möglichkeiten des Klonens, der Chimärenbildung und der Interspezies-Hybridisierung (...) mit der medizinischen Hilfe zur Erfüllung des Kinderwunsches nichts zu tun“.<sup>68</sup> Deutlicher lässt sich die Herausnahme der – für Zwecke der Stammzellgewinnung und nicht der Reproduktion angewandten – Klonierungstechniken aus dem historischen Regelungsanspruch des FMedG nicht formulieren. So gesehen verwundert es dann nicht, dass *Bernat* zur Absicherung seiner Auffassung nicht nur den Gesetzeswortlaut, sondern auch die dahinter stehende Absicht des Gesetzgebers einer nachträglichen Korrektur unterwerfen muss, indem er den Materialien bescheinigt, „versehentlich mehr [zu] sagen als sie sagen sollten“.<sup>69</sup>

<sup>64</sup> Näher *Rüthers*, Rechtstheorie (1999) Rz 705 ff; *Rill*, ZfV 1985, 588 f.

<sup>65</sup> *Rill*, ZfV 1985, 466.

<sup>66</sup> *Bernat*, Landesbericht Chimären 14.

<sup>67</sup> So *Bernat* in diesem Band bei FN 88.

<sup>68</sup> 216 BlgNR 18. GP 10. Dass der Gesetzgeber, wie *Bernat* (ibid 15) einwendet, durchaus auch irreparabel geschädigte Embryonen ohne Entwicklungspotential vom Zugriff der Forschung ausnehmen wollte, mag ausweislich der Materialien zutreffen (216 BlgNR 18. GP 20), hilft hier aber nicht weiter, weil die Frage der „Schädigung“ nichts mit der Reichweite des Begriffs der „Befruchtung“ zu tun hat.

<sup>69</sup> *Bernat* in diesem Band nach FN 87.



Auch die historische Auslegung spricht also nicht gegen ein enges, am Wortlaut orientiertes Verständnis von „Befruchtung“. Sie bestätigt vielmehr, dass der Gesetzgeber die Technik des „therapeutischen Klonens“ außerhalb einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung überhaupt nicht regeln wollte. Für die Gleichsetzung von „Befruchtung“ mit „Entwicklungsfähigkeit“ mangelt es an jeglichem Anhaltspunkt im Text oder in den Erläuterungen.

c) Auch 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>70</sup> Die mangelnde explizite Verpönung eines bestimmten Verhaltens stellt dann eben keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, sondern allenfalls eine rechtspolitische Lücke dar.<sup>71</sup>

d) Ob die sich daraus ergebende Ungleichbehandlung von „befruchteten“ und „sonst entwicklungsfähigen“ Zellen möglicherweise gegen das Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes verstößt,<sup>72</sup> ist für die hier interessierende Auslegung des FMedG ohne Belang, weil auch eine verfassungskonforme Interpretation nicht zum Umdeutung hinreichend klarer Gesetzesbestimmungen führen darf.<sup>73</sup> Auch der Hinweis auf zu vermeidende Wertungswidersprüche führt nicht weiter, da dem FMedG überhaupt keine konsistenten Werthaltungen in Bezug auf den Embryonenschutz zugrunde liegen<sup>74</sup> und die Herstellung eines wertungsmäßig „widerspruchsfreien“ Gesamtergebnisses contra legem ohnehin nicht Aufgabe eines vom Interpretieren herbeizuführen-

<sup>70</sup> MwN dazu *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>71</sup> *Rill*, ZfV 1985, 590. Dass § 7 ABGB die Schließung einer Gesetzeslücke per analogiam vorsieht, ändert daran nichts, zumal die unmittelbar nur für das Privatrecht geltenden Normen des ABGB nicht undifferenziert auf das Verwaltungsrecht im Allgemeinen bzw auf grundrechtsbeschränkende Vorschriften im Besonderen übertragen werden dürfen.

<sup>72</sup> So *Bernat*, Landesbericht Chimären 14.

<sup>73</sup> *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> (2007) Rz 135.

<sup>74</sup> 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).

den „Rechtswandels“, sondern Sache des Gesetzgebers ist.<sup>75</sup> Im Übrigen würde die von *Bernat* favorisierte weite Auslegung der „Entwicklungsfähigkeit“ mitnichten zu einem verfassungskonformen Ergebnis führen, da durch die Ausdehnung des Verbotsbereichs über die ieS „befruchteten“ Eizellen hinaus der damit einhergehende intentionale (verfassungswidrige) Eingriff in die Forschungsfreiheit noch mehr Gewicht bekäme, als dies bei einer engeren Auslegung der Fall ist.

e) Mit herkömmlichen Auslegungsmethoden lässt sich die Auffassung *Bernats* also nicht begründen. Vielleicht verbirgt sich hinter der Auseinandersetzung zum Verbot des „therapeutischen Klonens“ aber eine viel tiefergehende methodische Divergenz: *Bernat* räumt ja selbst ein, dass die Wortwahl des Gesetzgebers „unmissverständlich“ – im Sinne eines engen Befruchtungsbegriffs – erscheint<sup>76</sup> und dass ein im Wege der Dolly-Methode geklonter Embryo sein Dasein nicht jenem Vorgang verdankt, den man, jedenfalls im „landläufigen, aber auch im biologisch-technischen Sinn“ als Befruchtung bezeichnet.<sup>77</sup> *Bernat* behauptet auch gar nicht, dass seine Auffassung durch den Sprachgebrauch gedeckt ist. Sein Auslegungsergebnis beruht methodisch vielmehr auf einer – von ihm selbst so bezeichneten – „objektiv-teleologischen Interpretation“.<sup>78</sup> Der auf diese Weise ermittelte „wahre Sinn“ wird in der Folge in den Wortlaut des – von *Bernat* völlig neu und entgegen dem tradierten Sprachgebrauch umdefinierten – Begriffs der „Befruchtung“ rücktransferiert. Mit dieser revolutionären Neudefinition des Begriffs „Befruchtung“ lässt sich dann als „wortlautkonforme“ Auslegung präsentieren, was unter Zugrundlegung des „landläufigen“ und „biologisch-technischen“ Sprachgebrauchs eine – unzulässige – Analogie gewesen wäre.

Aus der Nähe betrachtet führt diese „objektiv-teleologische“ und auf einen *Bedeutungswandel* des Begriffs „Befruchtung“ abzielende Auslegung zu einer gänzlichen Abkoppelung vom Text des Gesetzes und den vom historischen Gesetzgeber verfolgten Zielsetzungen zugunsten eines Vorrangs angeblich „sachgerechter“ Lösungen. 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 eine Mittel der Gesetzeskorrektur unter dem Deckmantel der Interpretation handelt.<sup>79</sup> Im Gegensatz zur Analogie ist sie mit dem Mehrwert verbun-

<sup>75</sup> *Rill*, ZfV 1985, 588.

<sup>76</sup> *Bernat*, Landesbericht Chimären 14.

<sup>77</sup> *Bernat* in diesem Band vor FN 33. Noch deutlicher vor FN 88: „Dieser Vorgang entspricht ganz eindeutig nicht dem Begriff der Befruchtung, wie er bislang definiert worden ist.“

<sup>78</sup> *Bernat*, Landesbericht Chimären 15, sowie ausführlich in diesem Band. Welchen argumentativen Stellenwert der in diesem Kontext erörterte englische Streitfall für die Auslegung des österreichischen FMedG haben soll, bleibt freilich dunkel.

<sup>79</sup> ZB *Rüthers*, Rechtstheorie 441 ff Rz 796 ff (insb 808, 810); kritisch auch *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre (1982) 169 f; *Walter/Mayer/Kucsko-*

den, dass sie den Interpreten auch noch vom strafrechtlichen Analogieverbot befreit.<sup>80</sup> Eine „objektiv-teleologische“ Interpretation eignet sich daher besonders dazu, Eigenwertungen des Interpreten einfließen zu lassen und – bei hinreichender „Offenheit“ der Methode in Richtung eines „Rechtswandels“ – Verschiedenes als rechtlich geboten auszugeben.<sup>81</sup> Im Extremfall dient ihr das Gesetz nur noch als imperative Aufforderung, unter Rückgriff auf allgemeine Wertungen plausible und „vernünftige“ Lösungen zu finden, ohne sich bei diesen Überlegungen allzu sehr durch die Vorgaben und sprachlichen Formulierungen des positiven Rechts irritieren zu lassen.<sup>82</sup>

Bei aller Anerkennung, die die „objektiv-teleologische“ Methode in manchen Rechtsbereichen verdienen mag,<sup>83</sup> Bei der Sinnermittlung grundrechtseingreifender gesetzlicher Verbotsnormen führt ihre Anwendung zu einer rechtsstaatlich unerträglichen 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>84</sup> dann kann es nicht angehen, eine – diesen Vorgaben durchaus entsprechende – präzise Legaldefinition im Wege freier Rechtsfindung (oder „objektiv-teleologischer Auslegung“) auf Sachverhalte auszudehnen, die den verwendeten Rechtsbegriffen „ganz eindeutig“<sup>85</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>86</sup>

---

*Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> Rz 131 f; mwN und Diskussion auch bei *Rill*, ZfV 1985, 468, 584 f.

<sup>80</sup> *Rüthers*, Rechtslehre 316 RZ 544.

<sup>81</sup> *Rill*, ZfV 1985, 590.

<sup>82</sup> Dass *Bernat* das von ihm verteidigte Auslegungsergebnis selbst weder für verfassungskonform noch für moralisch begründbar halten dürfte und ihm daher gewiss nicht vorzuwerfen ist, eigene Moralvorstellungen ins Gesetz hineinzulesen, bleibt anzumerken, erleichtert das Verständnis für seinen Standpunkt aber nicht.

<sup>83</sup> Auch *Bernat*, der sich zur Begründung seiner Auslegungsmethode mehrfach auf die Methodenlehre von *Bydlinski* beruft, ist die an *Bydlinski* gerichtete Kritik von *Rill* (ZfV 1985, 590) in Erinnerung zu rufen. Im Übrigen räumt selbst *Bydlinski* ein, dass die „objektiv-teleologische“ Methode umso problematischer ist, je strittiger die zu klärende Auslegungsfrage ist (Methodenlehre 604).

<sup>84</sup> Dazu nur *Berka*, Das „eingriffsnah“ Gesetz und die grundrechtliche Interessenabwägung, FS Walter (1991) 37.

<sup>85</sup> Vgl FN 77.

<sup>86</sup> Zur Bedeutung der Wortlautbindung und zur Problematik korrigierender Auslegung im Lichte des Art 7 EMRK mwN *Höpfel* in WK<sup>2</sup> § 1 StGB Rz 46 ff, insb 52, 54

### b) Zur FMedG-Novelle 2004

Die FMedG-Novelle 2004, BGBl 163, hat für die Auslegung der für die Beurteilung des „therapeutischen Klonens“ einschlägigen Bestimmungen (§ 1 Abs 3, § 9 FMedG) zwar keine unmittelbare Bedeutung, weil diese Bestimmungen nicht Gegenstand der Novelle waren. Die Vorgeschichte der Novelle wirft jedoch ein Licht auf den rechtspolitischen Umgang mit den hier interessierenden Themen:

Ein im Jänner 2004 zur Begutachtung versendeter Ministerialentwurf zu einer Novelle des FMedG sah eine Neuformulierung des § 9 Abs 2 unter ausdrücklicher Einbeziehung eines Verbots der Herstellung „entwicklungsfähiger Zellen durch Klonen“ vor, mit der Konsequenz, dass auch die mittels Kerntransfer erzeugten Zellen vom Geltungsanspruch des FMedG (und dessen Verbotswirkung) erfasst gewesen wären.<sup>87</sup> Dies hätte sowohl ein – schon bisher unbestrittenes – Verbot des reproduktiven Klonens als auch ein Verbot des therapeutischen Klonens zur Folge gehabt.

Als Begründung wurde in den Erläuterungen ausgeführt, dass auf Basis eines bestehenden „gesellschaftspolitischen Konsenses“ einige „geringfügige, behutsame Ergänzungen des FMedG unter Aufrechterhaltung der Prinzipien des geltenden Rechts“ vorgenommen werden sollen.<sup>88</sup> Zum neuen § 9 Abs 2 wird zunächst hervorgehoben, dass das neue und umfassende Verbot des therapeutischen Klonens mit dem – von Österreich nicht ratifizierten – Klonverbot des 1. Zusatzprotokolls zur Biomedizin „inhaltlich deckungsgleich sei“ und dass auch Deutschland sowie andere europäische Staaten (Dänemark, Schweiz, Spanien) entsprechende Klonverbote erlassen hätten. Weiter heißt es dann: „Wenn auch schon die geltende Regelung des FMedG wohl nicht anders als im Sinne eines umfassenden Klonverbotes verstanden werden kann, so soll die vorgeschlagene Novelle zum Anlass genommen werden, im Einklang mit der bisher auch im internationalen Zusammenhang vertretenen österreichische Haltung festzulegen, dass das Herstellen von entwicklungsfähigen Zellen durch Klonen – zu welchem Zweck auch immer – unzulässig ist. Damit ist auch klargestellt, dass das schon jetzt beste-

---

und 57 (dort auch zur gebotenen Differenzierung zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht im Hinblick auf die Intensität der Wortlautbindung). Zur Frage einer bereichsspezifischen Methodenwahl *Rüthers*, Rechtstheorie Rz 674; zur Funktion des Art 7 EMRK bei der Begrenzung der Auslegung von Strafbestimmungen und zum Schutzzweck der Vorhersehbarkeit aus der Perspektive des betroffenen Normadressaten *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2007) 374, 377.

<sup>87</sup> Vgl den Entwurf zu einer FMedG-Novelle 2004 vom 26. 1. 2004, JMZ 3.509/614-I.1/2003. Ein älterer interner Entwurf auf Abteilungsebene vom 27. 6. 2002 sah parallel dazu auch eine Modifikation der Legaldefinition der „entwicklungsfähigen Zelle“ iSd § 1 Abs 3 vor: „(3) Als entwicklungsfähige Zellen sind befruchtete Eizellen und daraus entwickelte Zellen sowie auf andere Weise hergestellte Zellen, sofern sie die gleiche Fähigkeit zur Entwicklung haben, anzusehen.“

<sup>88</sup> Entwurf 5 f.

hende Verbot verbrauchender Embryonenforschung auch für durch Klonen hergestellte Embryonen gilt.“

Dieser Vorschlag einer Änderung des § 9 Abs 2 FMedG wurde – nach kritischen Stellungnahmen im Begutachtungsverfahren, insb auch nach einem mehrheitlich ablehnenden Beschluss der Bioethikkommission<sup>89</sup> – in die Regierungsvorlage nicht übernommen; vor einer weitergehenden Novellierung sollte die Diskussion noch fortgeführt werden.<sup>90</sup> Nichtsdestoweniger bleibt der untransparente Begründungsstil des Entwurfes bemerkenswert: Entgegen der schon damals in der Lehre weitgehend vertretenen Erlaubtheit des „therapeutischen Klonens“ wird die Existenz eines Verbots *de lege lata* mehr oder weniger als selbstverständlich vorausgesetzt, um die Novellierung auf diese Weise als beiläufige und keiner weiteren Diskussion bedürftige „geringfügige Klarstellung“ erscheinen zu lassen. Nicht minder irreführend ist die Berufung auf das „umfassende Klonverbot“ des Zusatzprotokolls zur Biomedizinkonvention, das diesem Text gerade nicht zu entnehmen ist.<sup>91</sup> Dieser Versuch, in einer ethisch und politisch umstrittenen Frage klammheimlich und ohne vorangegangene Diskussion einen der noch verbleibenden Freiräume der embryonalen Stammzellforschung zu beseitigen, ohne dafür – abgesehen von unrichtigen Hinweisen auf einen vermeintlichen gesellschaftspolitischen und internationalen Konsens – irgendwelche Argumente für die Notwendigkeit eines solchen Verbots und dessen verfassungsrechtliche Zulässigkeit anzuführen, ist wohl nicht Ausdruck bössartiger Ignoranz der Verfasser. Er zeigt jedoch – durchaus „im Einklang mit der bisher auch im internationalen Zusammenhang vertretenen österreichischen Haltung“<sup>92</sup> –, dass der damaligen Regierungskoalition zeitweise die Fähigkeit abhanden gekommen ist, zwischen partikulären moralischen Postulaten und den Begründungsanforderungen an eine rationale Rechtspolitik zu unterscheiden.

<sup>89</sup> Stellungnahme der Bioethikkommission zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das FortpflanzungsmedizinG (FMedG) geändert wird (FMedG-Nov 2004) vom 10. 3. 2004.

<sup>90</sup> 678 BlgNR 22. GP 2; zum Schicksal dieses Entwurfes auch *E. Köck*, ÖJZ 2006, 632; *H. Kopetz*, Renaissance ethischer Postulate, in Hösele ua (Hrsg), Steirisches Jahrbuch für Politik 2004 (2005) 289 (291 ff) mwN.

<sup>91</sup> Nachweise bei *Kopetzki* in Körtner/Kopetzki (Hrsg), Embryonenschutz 67 f. Auch Art 3 Abs 2 der Europäischen Grundrechtecharta beschränkt sich auf ein Verbot des reproduktiven Klonens.

<sup>92</sup> Diese Anspielung in den Erläuterungen bezieht sich auf die Tatsache, dass Österreich 2002 als einziger EU-Mitgliedstaat gegen das 6. EU-Rahmenprogramm Forschung gestimmt hat, um der Missbilligung einer Förderung der embryonalen Stammzellforschung Ausdruck zu verleihen (dazu zB *Gmeiner*, Biopolitik in der XXII. Legislaturperiode, JRP 2003, 170, sowie *Körtner* in diesem Band). Als Begründung für diese singuläre Haltung führte die zuständige Ministerin Gehringer ins Treffen, die embryonale Stammzellforschung entspreche „einfach nicht den ethischen Vorstellungen der österreichischen Bundesregierung“ (zustimmend zitiert bei *M. Scheuer*, Ware und/oder Heilmittel Embryo? Grußworte des Bischofs von Innsbruck, *Imago hominis* 2005/2, 81).

### c) Keimbahneingriff?

Im Schrifttum wurde die Auffassung vertreten, dass bereits die Entfernung des Zellkerns aus einer menschlichen Eizelle als verpönte „Keimbahneingriff“ zu qualifizieren sei, da es sich um eine Manipulation am menschlichen Genom handle.<sup>93</sup> Diesfalls wäre die Technik des Kerntransfers zwar nicht durch § 9 Abs 1, jedoch durch § 9 Abs 2 FMedG sowie § 64 GTG verboten. Auch das Austauschen des Eizellkerns gegen einen somatischen Zellkern könnte unter diesem Blickwinkel einen Keimbahneingriff darstellen: Dabei wird zwar nicht qualitativ – im Sinne einer gezielten inhaltlichen Modifikation des Genoms – in die Keimbahn eingegriffen; den kompletten Austausch des Kerngenoms könnte man aber möglicherweise ebenso als „Veränderung des Genoms“ deuten, zumal wegen der in der Eizelle verbleibenden mitochondrialen DNA nicht das gesamte genetische Material ersetzt wird.

Gegen eine so weitreichende Auslegung des Verbots von Eingriffen in die „Keimzelle“ (§ 9 Abs 2 FMedG) bzw. in die „Keimbahn“ (§ 64 GTG) spricht allerdings wieder der begrenzte Anwendungsbereich des FMedG: Da der Gesetzgeber mit dem FMedG ausschließlich die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, nicht jedoch die Techniken des Klonens regeln wollte,<sup>94</sup> kann sich auch der Schutzzweck des Verbots des Keimbahneingriffs im systematischen Zusammenhang des FMedG nur auf solche Manipulationen erstrecken, die zur intergenerativen Weitergabe – also zur Vererbung – derartiger genetischer Eingriffe führen können. Nur diese Gefahr der Weitergabe an die nächste Generation kann die besonderen Restriktionen der Gentherapie rechtfertigen. Diese Gefahr besteht jedoch beim Kerntransfer zu Forschungszwecken oder auch zu therapeutischen Zwecken von vornherein nicht, weil und sofern dies nicht im Kontext der Fortpflanzung erfolgt, sondern einer Technik der Zellzüchtung dient.

Auch das nahezu gleichlautende Verbot des § 64 GTG hat gegenüber jenem des FMedG keinen breiteren Anwendungsbereich, da § 64 GTG nur auf § 9 Abs 2 FMedG verweist, ohne dessen (auf die Fortpflanzung bezogenen) Inhalt zu verändern.<sup>95</sup> Bestätigt wird dies durch § 74 Z 2 GTG, wonach eine somatische Gentherapie, bei der das Risiko einer Veränderung des Erbmateri als nicht völlig ausgeschlossen werden kann, nur bei Menschen zulässig ist, „die mit Sicherheit keine Nachkommen haben können“. Die Ergänzung, dass Zellen der Keimbahn eines auf diese Weise behandelten Menschen nicht zur Herstellung von Embryonen außerhalb des Körpers der Frau verwendet werden dürfen, verschafft diesem Verbot auch für die In-vitro-Fertilisation

---

<sup>93</sup> *Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht 91 ff. Zur vergleichbaren Diskussion zu Art 13 MRB *Kopetzki* in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), Biotechnologie und Recht 59 f.

<sup>94</sup> 216 BlgNR 18. GP 10.

<sup>95</sup> § 64 GTG: „Für Eingriffe in die menschliche Keimbahn gilt das Verbot des § 9 Abs. 2 Fortpflanzungsmedizinengesetz, BGBl. Nr. 275/1992.“ Auch die Legaldefinition der Keimbahn in § 4 Z 22 GTG („die Gesamtheit der Zellenfolge, aus der Keimzellen hervorgehen und die Keimzellen selbst“) führt zu keinem anderen Ergebnis.

Beachtung, führt aber zu keinem umfassenden Eingriffsverbot in Bezug auf Keimzellen außerhalb jeglichen Fortpflanzungszusammenhangs.<sup>96</sup>

#### d) „Reprogrammierung“

Mit der Beschränkung des Begriffs der „entwicklungsfähigen Zelle“ auf (totipotente) 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. Ob die Anwendung solcher Techniken nur zu „pluripotenten“ 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>97</sup> Unzulässig ist im Hinblick auf das Verbot des reproduktiven Klonens<sup>98</sup> lediglich die Implantation und die Herbeiführung einer Schwangerschaft. Darüber hinaus ist dieser breite rechtliche Freiraum nur durch jene Rahmenbedingungen begrenzt, die für begleitende Eingriffe (zB Zellgewinnung) bestehen.<sup>99</sup> Sobald ein therapeutischer Verwendungszweck „beim Menschen“ hinzutritt, gelten überdies die Regelungen des Gewebesicherheitsrechts.

<sup>96</sup> Selbst wenn man den Zellkerntransfer im Hinblick auf die in der Eizelle befindliche mitochondriale DNA als Technik zur „Veränderung des genetischen Materials“ im Sinne des § 4 Z 3 GTG qualifizieren wollte, würde dies nicht zu einem generellen Verbot, sondern nur zur Anwendbarkeit der Bewilligungserfordernisse des GTG führen. Zur – hier nicht näher behandelten – Frage der Chimären- und Hybridbildung mwN *Bernat* (FN 57); *Weschka*, RdM 2007, 164; *Taupitz*, The Chimbrids Project of the Universities of Heidelberg and Mannheim, JIBI 2008, 89.

<sup>97</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; mwN *Kersten*, Das Klonen von Menschen (2004) 548 ff.

<sup>98</sup> Zur Begründung *Miklos*, Das Verbot des Klonens von Menschen in der österreichischen Rechtsordnung, RdM 2000, 35.

<sup>99</sup> Insb Einwilligung, Aufklärung, je nach Lage des Falls auch: Vorlage an eine Ethikkommission, sofern diese für die biomedizinische Forschung am Menschen insgesamt zuständig ist.

### e) Ergebnis

Im Ergebnis ist somit daran festzuhalten, dass die Verbote des § 9 FMedG auf Zellen, die durch andere Weise als durch Befruchtung „entwicklungsfähig“ geworden sind, nicht anwendbar sind. Das trifft insb auf die Methode des Kerntransfers in entkernte Eizellen zu.<sup>100</sup> Umso weniger bestehen rechtliche Bedenken gegen Reprogrammierungstechniken, die ohne Umweg über eine weibliche Eizelle zur Entstehung „entwicklungsfähiger“ Zellen oder pluripotenter Stammzellen führen. Bei all diesen Techniken ist daher nicht nur die Forschung mit diesen Zellen, sondern auch deren Gewinnung bzw Erzeugung zu Forschungszwecken erlaubt.

## IV. Verfassungsrecht

a) Da der grundrechtliche *Schutz des Lebens* gem Art 2 EMRK nach der hier nicht neuerlich zu begründenden überwiegenden Verfassungsrechtslehre sowie der übereinstimmenden Judikatur der Höchstgerichte<sup>101</sup> erst mit der Geburt einsetzt, liegen die hier zu beurteilenden Sachverhalte der Forschung mit adulten oder embryonalen Stammzellen gänzlich außerhalb des personellen Anwendungsbereichs dieses Grundrechts. Auch der Grundsatz der Menschenwürde bildet – unabhängig von der strittigen Frage nach seiner verfassungsrechtlichen Verankerung – für derartige Forschungsvorhaben keine

<sup>100</sup> Zutreffend wie hier *Miklos*, Rechtliche Überlegungen zum Klonen menschlicher Zellen, in Kopetzki/Mayer (Hrsg), Biotechnologie und Recht 119 (142 ff); *Weschka*, RdM 2007, 168; *H. G. Koch*, Embryonenschutz ohne Grenzen? FS Eser (2005) 1091 (1107); *Taupitz*, Embryonenforschung im internationalen Vergleich 159; tendenziell in diesem Sinn nun auch *Eder-Rieder*, ZaöRV 2007, 23; ohne klare Stellungnahme *E. Köck*, ÖJZ 2006, 632. Ohne hinreichende Begründung für die Ableitung eines Verbots des therapeutischen Klonens aus dem FMedG hingegen noch *Eder-Rieder*, Vorbem zu §§ 96-98 StGB, in WK<sup>2</sup> (23. Lfg 2001) Rz 19; *dieselbe* in Unger (Hrsg), Medizinische Ethik I: Grundlagen und Handlungsfelder (2003) 76; *Harsieber*, Geklont und verdammt?, ÖÄZ 2001/4, 33; *Prat*, Stammzelltherapie aus ethischer Sicht, Imago hominis 2001/2, 121 (123); *Pernthaler*, Menschenrechte und Schutz des Embryos, Imago hominis 2005/2, 117 (123).

<sup>101</sup> VfSlg 7400/1974; OGH SZ 72/91. Umfassende Nachweise und Diskussion bei *Kopetzki* in Kopetzki/Mayer (Hrsg) Biotechnologie und Recht, 19 ff; *ders*, Art 2 EMRK, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht 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 (Z 45), läuft im Ergebnis darauf hinaus, dass die Reichweite der Schutzgewährung gem Art 2 EMRK zur Gänze den Vertragsstaaten der EMRK anheimgestellt bleibt. Die EMRK entfaltet also insofern keine eigenständige Bindungswirkung.



Schranke.<sup>102</sup> Soweit die Menschenwürde mittelbar als Schutzgut des Art 3 EMRK (Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlung) von verfassungsrechtlicher Relevanz ist, scheitert dessen Anwendbarkeit schon an der fehlenden Qualifikation embryonaler Zellen als Grundrechtssubjekte. Art 3 EMRK gibt keine Antwort auf Fragen der Stammzellforschung.<sup>103</sup> Dieser Bestimmung dürfen keine über den individuellen Grundrechtsschutz (Geborener) hinausgehenden Folgerungen – etwa im Sinne der weitergehenden Menschenwürdegarantie des deutschen Grundgesetzes – entnommen werden.

b) Auf der anderen Seite der verfassungsrechtlichen Waagschale stehen grundrechtliche *Schutzpflichten* aus 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 europäischen Rechtslage zumindest zweifelhaft.<sup>104</sup>

c) Schwerwiegende Einwände gegen die restriktive Rechtslage in Bezug auf die Gewinnung embryonaler Stammzellen ergeben sich schließlich aus der verfassungsrechtlichen Garantie der *Forschungsfreiheit* gem Art 17 StGG.<sup>105</sup> Forschungen an diesen Zellen stehen ungeachtet der dagegen erhobenen ethischen Bedenken unter dem Schutz dieses Grundrechts. Das

<sup>102</sup> Zur Begründung eingehend *Kopetzki* in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), *Biotechnologie und Recht* 39 ff; *ders.*, in *Körtner/Kopetzki* (Hrsg), *Embryonenschutz* 63 ff; *Kneihs*, Art 2 MRK, in *Rill/Schäffer* (Hrsg), *Bundesverfassungsrecht. Kommentar*, 4. Lfg 2006 Rz 8. Vorschneppen Transponierungen philosophischer oder religiöser Würdekonzepte ins Verfassungsrecht sei entgegnet, dass auch die Anerkennung eines ungeschriebenen Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde (so jüngst etwa *Pernthaler*, *Ungeschriebene Grundrechte und Grundrechtsprinzipien in der österreichischen Rechtsordnung*, FS Öhlinger [2004] 447 ff) noch keineswegs zu einem Verbot embryonaler Stammzellforschung zwingt.

<sup>103</sup> *MwN Kopetzki* in *Körtner/Kopetzki* (Hrsg), *Embryonenschutz* 63 ff; *Kneihs*, Art 3 EMRK, in *Rill/Schäffer* (Hrsg), *Bundesverfassungsrecht. Kommentar*, 5. Lfg (2007) Rz 17.

<sup>104</sup> Näher *Kopetzki* in *Körtner/Kopetzki* (Hrsg), *Embryonenschutz* 64; *ders.*, in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), *Biotechnologie und Recht* 55 ff. Eine Begründung von Verboten zum Schutz der „Rechte anderer“ scheidet jedenfalls aus, da weder der Embryo noch embryonale Stammzellen als „anderer“ zu qualifizieren sind. Auch die Verhinderung der Kränkung religiöser Gefühle durch staatliche Zulassung weltanschaulich strittiger Forschungen bildet kein taugliches Schutzziel: vgl zu den engen Grenzen eines verfassungsrechtlichen „Kränkungsschutzes“ in anderem Zusammenhang *mwN Ennöckl*, Gibt es ein „right to reputation“?, FS Raschauer (2008) 1 (4 ff); *Stelzer*, Der Karikaturenstreit: Versuch einer grundrechtlichen Eingrenzung, JRP 2006, 98; *R. Winkler*, Die Kränkung als Grundrechtseingriff – von der freiheitlichen zur korrekten Kommunikationsordnung, JRP 2006, 103; *Seelmann*, Gefährdungs- und Gefühlschutzdelikte an den Rändern des Lebens, FS Wolff (1998) 481.

<sup>105</sup> Dazu und zum Folgenden *Kopetzki* in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), *Biotechnologie und Recht* 53 ff.

hinter der Forschungsfreiheit stehende Schutzgut ist entgegen einem verbreiteten Missverständnis 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 sich 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>106</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 nicht.<sup>107</sup>

Gewiss stünde es dem Gesetzgeber frei, die Forschungsfreiheit zum Zweck des Embryonenschutzes gewissen Einzuschränkungen zu unterwerfen, solange er dies in allgemeiner, verhältnismäßiger und in sich konsistenter Weise tut. Davon kann hier aber keine Rede sein, weil der Embryonenschutz im FMedG weder eine tragende Rolle spielt noch einigermaßen konsistent verwirklicht ist<sup>108</sup> – ganz zu schweigen vom schwachen und abgestuften

<sup>106</sup> Statt vieler zB *L. Kenner*, Der Stichtag kann bleiben, FAZ 1. 4. 2000, 35.

<sup>107</sup> Das Grundrecht der Forschungsfreiheit schützt im Extremfall auch Erkenntnisinteressen, die dem Zeitgeist zuwiderlaufen und die ethisch als „bedenklich“ eingestuft werden. Wer die Freiheit der Wissenschaft oder auch der Kunst an eine „ethische Unbedenklichkeitsprüfung“ knüpfen möchte, richtet sich im Kern gegen den Wesensgehalt dieser Grundrechte – und bekanntlich hätten weder Galileo Galilei noch Arthur Schnitzler diesen zeitgenössischen Ethik-Test bestanden. Auch weite Bereiche der biomedizinischen Forschung würden an diesem moralischen Kompatibilitätstest scheitern, weil sich in Zeiten einer inflationären Ethikdiskussion und angesichts der bunten Vielfalt und potentiellen Beliebigkeit moralischer Postulate so gut wie jegliche Aktivität mit dem Prädikat „unethisch“ versehen lässt. Offenbar galt die Unvereinbarkeit des verfassungsrechtlichen Schutzes von Wissenschaft und Kunst mit der Forderung nach einem generellen „Ethikvorbehalt“ nur so lange als evident, als sich diese Grundrechte zur Zeit ihrer Formulierung im 19. Jahrhundert gegen traditionelle historische Freiheitsbedrohungen in Gestalt religiöser und „sittlicher“ Verbote richteten. Es wäre bedauerlich, würde man die aktuellen Bedrohungsszenarien für diese grundrechtlich geschützten Freiheiten nur deshalb aus dem Blick verlieren, weil sie heute nicht mehr unter der Flagge religiöser oder moralphilosophisch begründeter Verbote, sondern im scheinbar unverdächtigen Gewande ihrer säkularisierten Schwester, der Bioethik, oder im trojanischen Pferd rechtlicher Würdeklauseln auftreten.

<sup>108</sup> Insb das aus der begrenzten Aufbewahrungsdauer für extrakorporale Embryonen gem § 17 Abs 1 FMedG erfließende Vernichtungsgebot zeigt vielmehr, dass der

Lebensschutz für Embryonen in vivo.<sup>109</sup> 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>110</sup> und daher von einem „intentionalen Eingriff“ in die Forschungsfreiheit gesprochen werden muss. Ein solcher intentionaler Eingriff müsste durch ein gegenläufiges – auf den Embryonenschutz gerichtetes – Verfassungsrechtsgut legitimiert werden. Dafür ist aber keine verfassungsrechtliche Grundlage in Sicht. Im Ergebnis ist § 9 Abs 1 FMedG daher als verfassungswidriger Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit zu qualifizieren.<sup>111</sup>

## V. Rechtspolitisches

De lege ferenda besteht kein Bedarf nach neuen Beschränkungen für die Forschung mit embryonalen Stammzellen und deren Import aus dem Ausland nach dem Vorbild des deutschen Stammzellgesetzes. Auch eine der deutschen Rechtslage entsprechende Stichtagsregelung ist abzulehnen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht sprechen vielmehr gute Gründe dafür, das aktuelle Verbot der Gewinnung von embryonalen Stammzellen aus frühen extrakorporalen Embryonen unter bestimmten, noch zu diskutierenden Voraussetzungen zu lockern und den gravierenden Wertungswiderspruch zwischen den

---

Gesetzgeber den Embryonenschutz dem Forschungsverbot untergeordnet hat (und nicht umgekehrt). Zu den eigentümlichen Wertungswidersprüchen des österreichischen Rechts in Bezug auf den Schutz von in-vitro-Embryonen auch *Kopetzki* in *Eser/Koch/Seith* (Hrsg), *Internationale Perspektiven zu Status und Schutz des extrakorporalen Embryos* 237 ff.

<sup>109</sup> Dieses – durch den Gleichheitssatz auch verfassungsrechtliche gebotene (vgl schon VfSlg 7400/1974) – abgestufte Schutzkonzept des Embryonenschutzes nach Maßgabe des Entwicklungsstandes entspricht über weite Strecken auch der einfachgesetzlichen Rechtslage, die etwa den strafrechtlichen Schutz der Leibesfrucht in vivo erst mit der Nidation (Schwangerschaft) beginnen und im Laufe der Schwangerschaft stufenweise ansteigen lässt. In Bezug auf Embryonen in vitro ist die Rechtslage hingegen völlig widersprüchlich. Einerseits wird den „überzähligen“ Embryonen aus der Reproduktionsmedizin jede Entwicklungsperspektive verwehrt, wenn eine Implantation unterbleibt (freiwillige Entscheidung der Frau über die Implantation; Verbot der Embryonenspende; begrenzte Aufbewahrungsfrist). Andererseits sind Embryonen in vitro nach FMedG gegenüber der Forschung auch dann noch absolut geschützt, wenn sie ohnehin der Vernichtung preisgegeben sind. Das ist sachlich nicht zu rechtfertigen.

<sup>110</sup> RV 216 BlgNR 18. GP 20.

<sup>111</sup> Näher *Kopetzki* in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), *Biotechnologie und Recht* 53 ff. Ebenso (zu einem Verbot bestimmter Zweige der embryonalen Stammzellforschung) *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, *Bundesverfassungsrecht*<sup>10</sup> (2007) Rz 1507.

unterschiedlichen Schutzniveaus in vivo und in vitro zu beseitigen.<sup>112</sup> Zwingend vorzusehen wäre lediglich eine Bindung an die Zustimmung jener Personen, aus deren Keimzellen der extrakorporale Embryo hervorgegangen ist. Ob der Sitz einer solchen Regelung im FMedG oder in einem eigenen Gesetz zu lokalisieren wäre, ist eine zweitrangige Frage. Für ein eigenes Gesetz könnte sprechen, dass das FMedG seinem Konzept nach auf die medizinisch unterstützte Fortpflanzung beschränkt ist und dass ein eigenständiges Regelwerk darüber hinaus die Chance böte, auch andere Aspekte des Umgangs mit in-Vitro-Embryonen (zB die Präimplantationsdiagnostik) einer verfassungskonformen – und das heißt: deutlich liberaleren – Regelung zuzuführen.

Man könnte dieses Ziel aber ebenso gut ohne umfangreiche legislative Schritte erreichen. Es würde genügen, in § 9 Abs 1 FMedG den zweiten Satz ersatzlos zu streichen und den ersten Satz wie folgt abzuändern: „Entwicklungsfähige Zellen dürfen für andere Zwecke als für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen nur mit Zustimmung jener Personen verwendet werden, von denen die Keimzellen stammen.“

---

<sup>112</sup> Für eine klarstellende Regelung in diesem Sinn auch *Eder-Rieder*, Aspekte der Stammzellentechnologie im Besonderen in Großbritannien, Deutschland, Österreich und der Schweiz, ZfRV 2007, 18 (23); *E. Köck*, ÖJZ 2006, 631 ff.