

Sind geklonte Embryonen „entwicklungsfähige Zellen“ i.S.v. § 1 Abs. 3 FMedG? – Anmerkungen zu R (on the Application of Quintavalle) v. Secretary of State for Health

Erwin Bernat

I.

Der österreichische Gesetzgeber hat mit dem Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)¹ ein Gesamtkonzept staatlicher Regelung im Bereich der Fortpflanzungsmedizin verankert.² Dieses Gesetz verbietet bestimmte Techniken der assistierten Zeugung kategorisch³ und stellt jene Techniken der Fortpflanzungsmedizin, die es erlaubt, unter die Kontrolle der Verwaltungsbehörden.⁴ Das FMedG schuf auch neue Regeln für die „gespaltene“ Mutter- und Vaterschaft: Mutter ist im Fall eines Embryotransfers nach Eispende jene Frau, die das Kind gebiert, und Vater ist im Fall der Zeugung des Kindes durch heterologe Insemination jener Mann, der

¹ BG, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen (Fortpflanzungsmedizingesetz – FMedG) sowie das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz und die Jurisdiktionsnorm geändert werden, BGBl. 1992/275 i.d.F. BGBl. I 2001/98 (1. Euro-Umstellungsgesetz – Bund), BGBl. I 2004/163 (Fortpflanzungsmedizingesetz-Novelle 2004) und BGBl. I 2008/49 (Gewebesicherheitsgesetz – GSG).

² Zur Entstehungsgeschichte und zur Systematik dieses Gesetzes siehe *Bernat*, Das Recht der medizinisch assistierten Zeugung 1990 – eine vergleichende Bestandsaufnahme, in: Bernat (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin. Wertung und Gesetzgebung. Beiträge zum Entwurf eines Fortpflanzungshilfegesetzes, 1990, S. 65 ff.; *ders.*, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2000: ein Dreiländervergleich (Deutschland, Österreich, Schweiz), in: Fischl (Hrsg.), Kinderwunsch. In-vitro-Fertilisierung und Assistierte Reproduktion – Neue Erkenntnisse und Therapiekonzepte, 2000, S. 285 ff.; *Hopf*, Zwischen Kindeswohl und Fortpflanzungsfreiheit: Der Entwurf zum Fortpflanzungshilfegesetz aus der Sicht des Legisten, in: Bernat (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin, 1990, S. 45 ff.

³ Siehe §§ 2 f. FMedG; dazu genauer *Bernat*, Einführung in das österreichische Medizinrecht, in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 2007, S. 1437 (1478 f.).

⁴ Vgl. *Bernat*, Das Fortpflanzungsmedizingesetz: Neue Rechtspflichten für den österreichischen Gynäkologen, Gynäkologisch-geburtshilfliche Rundschau 33 (1993) 2 ff.

der Übertragung des Fremdsamens in besonders solennier Form zugestimmt hat.⁵ Wunschvater und Wunschmutter werden vor dem „Eindringen“ des Samenspenders in ihre Familie zusätzlich geschützt: „Ein Dritter, dessen Samen für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung verwendet wird, kann nicht als Vater des mit seinem Samen gezeugten Kindes festgestellt werden“ (§ 163 Abs. 4 Satz 1 ABGB).⁶

§ 1 Abs. 1 FMedG steckt den Geltungsbereich des Fortpflanzungsmedizingesetzes ab. Danach ist „medizinisch unterstützte Fortpflanzung im Sinn [des FMedG] die Anwendung medizinischer Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft auf andere Weise als durch Geschlechtsverkehr.“ Verfahren, mit denen in vitro gezeugte Embryonen außerhalb des Körpers einer Frau zur Entwicklung und Reifung gebracht werden sollen (Ektogenese),⁷ stellen nach dieser Legaldefinition zwar keine medizinisch unterstützten Fortpflanzungen dar, sie sind aber dennoch verboten, wenn auch nur indirekt. Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 FMedG darf nämlich der in vitro gezeugte Embryo „nicht für andere Zwecke als für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen verwendet werden.“ Und da medizinisch unterstützte Fortpflanzungen nur „Verfahren zur Herbeiführung einer Schwangerschaft auf andere Weise als durch Geschlechtsverkehr“ sind (§ 1 Abs. 1 FMedG), ist schon der bloße Versuch,⁸ eine in vitro befruchtete Eizelle außerhalb des Körpers einer Frau zur Entwicklung und Reifung zu bringen, unzulässig.⁹ Verletzt der Arzt § 9 FMedG, kann er mit Geldstrafe bis zu € 36.000, bei Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu vierzehn Tagen bestraft werden (§ 22 Abs. 1 Z 3 FMedG).

§ 1 Abs. 2 FMedG zählt demonstrativ¹⁰ auf, welche Methoden der Gesetzgeber als solche der medizinisch unterstützten Fortpflanzung begreift: die künstliche Insemination in vivo,¹¹ die In-vitro-Fertilisation (IVF),¹² den Embryotransfer¹³

⁵ §§ 137b, 156a, 163 ABGB i.d.F. Art. II BGBl. 1992/275; dazu *Schwimann*, Neues Fortpflanzungsmedizinrecht in Österreich, StAZ 1993, 169 ff.; *Steininger*, Interpretationsvorschläge für die neuen Normierungen im ABGB über die väterliche Abstammung, ÖJZ 1995, 121 ff.; rechtsvergleichend: *Lurger*, Das Abstammungsrecht bei medizinisch assistierter Zeugung nach der deutschen Kindschaftsrechtsreform im Vergleich mit dem österreichischen Recht, DEuFamR 1 (1999) 210 ff.

⁶ Samenspender ist nach der Legaldefinition des § 163 Abs. 4 Satz 2 ABGB (i.d.F. des Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetzes 2004, BGBl. I 2004/58), „wer seinen Samen einer für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen zugelassenen Krankenanstalt mit dem Willen überlässt, nicht selbst als Vater eines mit seinem Samen gezeugten Kindes festgestellt zu werden.“

⁷ *Bernat*, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, 1989, S. 266 f.

⁸ § 25 Abs. 2 FMedG.

⁹ JAB, 490 BlgNR 18. GP, S. 2.

¹⁰ Die demonstrative Aufzählung in § 1 Abs. 2 FMedG soll verhindern, dass auch Verfahren der Fortpflanzungsmedizin, die es bei Verabschiedung des FMedG noch nicht gab, von diesem Gesetz reguliert werden; siehe den JAB, 490 BlgNR 18. GP, S. 3.

¹¹ § 1 Abs. 2 Z 1 FMedG: „das Einbringen von Samen in die Geschlechtsorgane einer Frau“.

¹² § 1 Abs. 2 Z 2 FMedG: „die Vereinigung von Eizellen mit Samenzellen außerhalb des Körpers einer Frau“.

sowie „das Einbringen von Eizellen oder von Eizellen mit Samen in die Gebärmutter oder den Eileiter einer Frau“.¹⁴ Diese Techniken können homolog oder heterolog – also mit den Keimzellen der Wunscheitern oder den Keimzellen eines Sponsors – durchgeführt werden. Mit Ausnahme der künstlichen Insemination in vivo hat der Gesetzgeber die Praxis der Fortpflanzungsmedizin nur im homologen System erlaubt.¹⁵

Das FMedG ist nicht nur ein Gesetz zur Regelung der Fortpflanzungsmedizin, sondern bezweckt auch den Schutz des extrauterinen Keims, der im Schrifttum als Embryo (in vitro), als Präembryo oder als Zygote bezeichnet wird.¹⁶ Demgegenüber nennt § 1 Abs. 3 FMedG den Embryo (in vitro) „entwicklungsfähige Zellen“. Das sind nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 3 FMedG „befruchtete Eizellen und daraus entwickelte Zellen“. Während die Regierungsvorlage „entwicklungsfähige Zellen“ erst „ab der Kernverschmelzung“ entstehen ließ,¹⁷ kommt es nach der Fassung von § 1 Abs. 3 FMedG, die parlamentarisch verabschiedet wurde, nicht auf die Verschmelzung der Zellkerne, sondern ausschließlich auf das Eindringen der Samenzelle in die Eizelle an, was zu einer Ausweitung des Schutzbereiches „entwicklungsfähige Zellen“ führt.¹⁸ Der etwas seltsam anmutende Begriff „entwicklungsfähige Zellen“ findet sich schon im Ministerialentwurf eines „Fortpflanzungshilfegesetzes (FHG)“¹⁹ und wurde vom Gesetzgeber ganz bewusst

¹³ § 1 Abs. 2 Z 3 FMedG: „das Einbringen von entwicklungsfähigen Zellen in die Gebärmutter oder den Eileiter einer Frau“.

¹⁴ § 1 Abs. 2 Z 4 FMedG.

¹⁵ Diese Einschränkung begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken; siehe VfGH 14.10.1999, VfSlg. 15.632 = MedR 2000, 389 m. Anm. v. Bernat; zu dieser Entscheidung Coester-Waltjen, Fortpflanzungsmedizin, EMRK und österreichische Verfassung, FamRZ 2000, 598 f.; Lurger, Das Fortpflanzungsmedizingesetz vor dem österreichischen Verfassungsgerichtshof, DEuFamR 2 (2000) 134 ff.; Novak, Fortpflanzungsmedizingesetz und Grundrechte, in: Bernat (Hrsg.), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, 2000, S. 62 ff.; Strasser, Ethik der Fortpflanzung, in: Bernat (Hrsg.), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, 2000, S. 23 ff.; Bernat, A human right to reproduce non-coitally?, Univ. Tasmania L. Rev. 21 (2002) 20 ff.; zur Stellung der Fortpflanzungsmedizin im Licht der EMRK Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2008, S. 194 m.w.N. sowie jüngst EGMR, Urte. v. 4.12.2007 (GK), Dickson, Nr. 44.362/2004.

¹⁶ Winter, In-vitro-Fertilisation und Embryotransfer an der Frauenklinik Graz, in: Bernat (Hrsg.), Lebensbeginn durch Menschenhand. Probleme künstlicher Befruchtungstechnologien aus medizinischer, ethischer und juristischer Sicht, 1985, S. 41 (49 ff.); Schleiermacher, Der Beginn des Lebens, in: Reiter/Theile (Hrsg.), Genetik und Moral. Beiträge zu einer Ethik des Ungeborenen, 1985, S. 69 ff.

¹⁷ § 1 Abs. 3 FMedG i.d.F. 216 BlgNR 18. GP lautete: „Als entwicklungsfähige Zellen sind befruchtete Eizellen und daraus entwickelte Zellen ab der Kernverschmelzung anzusehen.“ In diesem Sinn auch § 8 Abs. 1 des deutschen Embryonenschutzgesetzes (ESchG) vom 13.12.1990 (BGBl. I, S. 2746): „Als Embryo im Sinne dieses Gesetzes gilt bereits die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an ...“.

¹⁸ Siehe dazu den JAB, 490 BlgNR 18. GP, S. 3.

¹⁹ MinE zu einem „BG über die medizinische Fortpflanzungshilfe beim Menschen (Fortpflanzungshilfegesetz – FHG) sowie über Änderungen des allgemeinen bürgerlichen

verankert. Dazu heißt es in den amtlichen Erläuterungen zur Regierungsvorlage eines FMedG:

„Im Begutachtungsverfahren wurde verschiedentlich gefordert, statt [„entwicklungsfähige Zellen“] den Ausdruck ‚Embryo‘ zu verwenden. Diesen Vorschlägen kann sich der vorliegende Entwurf nicht anschließen, da sowohl die wissenschaftliche Terminologie als auch der allgemeine Sprachgebrauch – entsprechend den unterschiedlichen weltanschaulichen Ansätzen – hier weder eindeutig noch einheitlich sind. Im Übrigen sieht der Entwurf [...] besondere Vorkehrungen zum Schutz der befruchteten Eizellen vor, so dass die Frage der Wortwahl letztlich zweitrangig ist.“²⁰

Hinter der Verwendung des Begriffs „entwicklungsfähige Zellen“ stand augenscheinlich das Bemühen des Gesetzgebers, weltanschauliche Neutralität zu wahren. Allerdings gerät dieser Begriff in ein Spannungsverhältnis zur rechtsethischen Basiswertung des § 9 Abs. 1 FMedG, der das Leben von „entwicklungsfähigen Zellen“ sogar stärker schützt als das Leben der Zygote *in vivo*.²¹ Verbrauchende Forschung²² an „entwicklungsfähigen Zellen“ ist nach § 9 Abs. 1 FMedG kategorisch verboten und kann mit Verwaltungsstrafe oder mit Ersatzfreiheitsstrafe geahndet werden,²³ während die im Eileiter befruchtete Eizelle vor Implantation in der Gebärmutter Schleimhaut der werdenden Mutter gänzlich schutzlos gestellt ist.²⁴ § 9 Abs. 1 FMedG wäre wenigstens auf den ersten Blick plausibler, hätte der Gesetzgeber das Schutzobjekt dieser Vorschrift mit einem Namen versehen, der sowohl in den empirischen als auch in den normativen Wissenschaften gebräuchlich ist: Embryo (*in vitro*),²⁵ Präembryo oder Zygote. Die Bezeichnung des frühen menschlichen Keims als „entwicklungsfähige Zellen“ verschleiert unnötigerweise die empirischen Grundlagen der gesetzlichen Regelung, was es dem Normadressaten nicht gerade erleichtert, der Bewertung des § 9 Abs. 1 FMedG zu folgen.

Gesetzbuchs und des Ehegesetzes“, JMZ 3.509/363-I 1/90; zu diesem Ministerialentwurf siehe die Beiträge in: Bernat (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin, 1991.

²⁰ 216 BlgNR 18. GP, S. 15.

²¹ Vgl. zur Problematik des Embryonenschutzes schon *Bernat/Schick*, Embryomanipulation und Strafrecht. Gedanken zum Initiativantrag 156/A vom 25.9.1985 (II-3306 BlgStProt NR XVI. GP), AnwBl. 1985, 632 ff.

²² Siehe dazu *Trounson*, Why do research on human pre-embryos?, in: P. Singer (Hrsg.), Embryo-Experimentation, 1990, S. 14 ff.

²³ Siehe nochmals § 22 Abs. 1 Z 3 FMedG.

²⁴ *Kienapfel*, Frühabort und Strafrecht, JBl. 1971, 175 ff.; *Kopetzki*, Rechtliche Aspekte des Embryonenschutzes, in: Körtner/Kopetzki (Hrsg.), Embryonenschutz – Hemmschuh für die Biomedizin?, 2003, S. 51 (53).

²⁵ Siehe etwa das deutsche *Embryonenschutzgesetz* (ESchG); zu diesem Gesetz weiterführend *Deutsch*, Embryonenschutz in Deutschland, NJW 1991, 721 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, S. 490 ff.; *Keller/Günther/Kaiser*, Kommentar zum Embryonenschutzgesetz, 1992.

II.

1.

Am 23. Februar des Jahres 1997 erfuhr die Öffentlichkeit durch die Medien, dass es dem schottischen Forscher Ian Wilmut gelungen sei, ein Schaf zu klonen.²⁶ Dieses Schaf („Dolly“) verdankte seine Existenz einer bis dahin nicht bekannten Methode des Klonens, nämlich der Methode des Cell Nuclear Replacement (CNR). Vereinfacht dargestellt, geht es dabei um Folgendes. Einem bereits existenten Wesen, sei es ein Embryo, ein Fötus oder ein Geborener, wird eine ausdifferenzierte Zelle entnommen und in eine zuvor entkernte Eizelle eines Wesens derselben Spezies verpflanzt. Sodann wird die adulte Zelle angeregt, sich zu teilen. Gelingt die Zellteilung, wird der in vitro befindliche Zellverband einem Muttertier eingesetzt, wo er sich, wie nach koitaler Befruchtung, bis zur Geburt weiterentwickeln kann. Nach der Geburt existiert ein genetischer Klon jenes Wesens, dessen adulte Zelle für das CNR verwendet worden ist. Der Klon ist also nichts anderes als ein zeitversetzter eineiiger Zwilling.²⁷

Die Methode des reproduktiven Klonens durch CNR könnte auch im Humanbereich angewendet werden. Das ruft bei sehr vielen Menschen Ängste hervor, vielleicht weil sie sich an den Oscar-nominierten Film „The Boys From Brazil“ (1978) erinnern, in dem der ehemalige KZ-Arzt Josef Mengele 94 Buben aus den Genen des „Führers“ klonzt, die alle identisch aussehen und auch den Lebenslauf von Adolf Hitler bekommen sollen. Weniger angsterregend mag es da erscheinen, wenn Eltern, die ein Kind verloren haben, sich darum bemühen, diesen Verlust durch reproduktives Klonen zu kompensieren.²⁸ Dessen ungeachtet ist das reproduktive Klonen vom ersten Zusatzprotokoll zum Europaratsübereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin²⁹ verboten worden und findet allenfalls unter einigen angelsächsischen Philosophen offene Befürworter.³⁰

²⁶ Wilmut/Schnieke/McWhir/Kind/Campbell, Viable offspring derived from fetal and adult mammalian cells, *Nature* 385 (1997) 810 ff.

²⁷ Vgl. Segal, Behavioral aspects of intergenerational human cloning: What twins tell us, *Jurimetrics* 38 (1997) 57 ff.

²⁸ Siehe Robertson, Liberty, identity, and human cloning, *Texas L. Rev.* 76 (1998) 1371 ff.; ders., Human cloning and the challenge of regulation, *N.E.J.M.* 339 (1998) 119 ff.; Bernat, Rechtsethische Argumente gegen das reproduktive Klonen – Kritik und Antikritik, *Mezinárodní a srovnávací právní revue / International and Comparative L. Rev.* 10 (2004) 47 ff.

²⁹ Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen vom 12.1.1998, abgedruckt in: Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, 6. Aufl. 2008, S. 992 f.; dazu Saliger, Das Verbot des reproduktiven Klonens nach dem 1. Zusatzprotokoll zum Menschenrechtsübereinkommen, *JRE* 14 (2006) 541 ff.; zur Frage, ob das reproduktive Klonen von den Verbotbestimmungen des FMedG erfasst wird, siehe Miklos, Das Verbot des Klonens von Menschen in der österreichischen Rechtsordnung, *RdM* 2000, 35 ff.; Kopetzki, in: Körtner/Kopetzki (Hrsg.), *Embryonenschutz – Hemmschuh für die Biomedizin?*, 2003,

2.

Die Methode des Klonens durch CNR (Dolly-Methode) wurde in den letzten Jahren weniger vor dem Hintergrund der menschlichen Reproduktion, sondern verstärkt im Zusammenhang mit der Herstellung von embryonalen Stammzellen diskutiert.³¹ Embryonale Stammzellen haben ein sehr hohes therapeutisches Potential. Sie können auch aus geklonten Embryonen gewonnen werden (sog. therapeutisches Klonen).³² Dies führt freilich unweigerlich zur Vernichtung der geklonten Embryonen und damit zu einer Instrumentalisierung, die prima facie gegen § 9 Abs. 1 FMedG verstößt. Fraglich ist indes, ob ein im Wege der Dolly-Methode geklonter Embryo überhaupt von § 9 Abs. 1 FMedG geschützt wird. Das in dieser Bestimmung verankerte kategorische Forschungsverbot kann auf Embryonen, die nicht gezeugt, sondern im Wege der Dolly-Methode geklont worden sind, nur unter der Voraussetzung angewendet werden, dass solche Embryonen „entwicklungsfähige Zellen“ i.S.v. § 1 Abs. 3 FMedG sind. Entwicklungsfähige Zellen sind aber, wie § 1 Abs. 3 FMedG sagt, nur „befruchtete Eizellen und daraus entwickelte Zellen“.

Ein im Wege der Dolly-Methode geklonter Embryo verdankt sein Dasein nicht jenem Vorgang, den man, jedenfalls im landläufigen Sinn, als Befruchtung bezeichnet. Im landläufigen, aber auch im biologisch-technischen Sinn, umfasst das Wort Befruchtung die Begriffe Konzeption (das ist der zur Befruchtung führende Koitus), Imprägnation (das ist das aktive Eindringen des Spermiums in das Ei) und Konjugation (das ist die Verschmelzung des männlichen und weiblichen haploiden Vorkerns der Keimzellen zu einem Kern).³³ Steht daher das therapeutische Klonen eines menschlichen Embryos nach der Dolly-Methode außerhalb des

S. 51 (59).

³⁰ Siehe etwa *Tooley*, The moral status of the cloning of Humans, in: Humber/Almeder (Hrsg.), Human Cloning, 1998, S. 67 ff.

³¹ Siehe beispielsweise die Berichte in Die Furche vom 24.1.2008, 21 ff.; Die Presse vom 11.4.2008, 34; *Brownsword*, Bioethics today, bioethics tomorrow: Stem cell research and the „dignitarian alliance“, Notre Dame J. of Law, Ethics & Publ. Pol’y 17 (2003) 15 ff.; *Langenbach*, Kinder aus Stammzellen?, Die Presse vom 1.4.2008, 36; *Prat*, Der Embryo als Galionsfigur im Streit ums Geld, Die Presse vom 14.4.2008, 30. In Deutschland wurde die Verwendung von importierten embryonalen Stammzellen sogar in einem eigenen Gesetz geregelt: Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz – StZG) vom 28.6.2002 (BGBl. I, S. 2277); zu diesem Gesetz *Taupitz*, Erfahrungen mit dem Stammzellgesetz, JZ 2007, 113 ff.; zur deutschen Diskussion vor Inkrafttreten des StZG *Taupitz*, Der rechtliche Rahmen des Klonens zu therapeutischen Zwecken, NJW 2001, 3433 ff.; *ders.*, Import embryonaler Stammzellen. Konsequenzen des Bundestagsbeschlusses vom 31.1.2001, ZRP 2002, 111 ff.

³² Überblick bei *Brownsword*, Stem cells and cloning: Where the regulatory consensus fails, New England L. Rev. 39 (2005) 535 ff.; *Dahan*, Embryonic stem cell research and therapeutic cloning: Scientific, ethical and legal perspectives, Israel L. Rev. 37 (2003/04) 543 ff.; *Deech*, Playing god: Who should regulate embryo research?, Brooklyn J. Int’l L. 32 (2007) 31 ff.

³³ So *Psychyrembel*, Klinisches Wörterbuch, 258. Aufl. 1998, S. 180 f.

Einzugsbereichs des FMedG? Und wenn ja: liegt eine planwidrige Lücke vor? Darf eine solche Lücke gegebenenfalls im Wege des Analogieschlusses gefüllt werden?

III.

1.

Die Frage, ob ein durch Klonen nach der Dolly-Methode entstandener Embryo der Legaldefinition des Begriffs Embryo („entwicklungsfähige Zellen“) entspricht, wurde zwar vereinzelt auch schon in der österreichischen Literatur aufgegriffen,³⁴ sie wird allerdings im Vereinigten Königreich weit intensiver diskutiert. Ursache des gesteigerten Interesses englischer Rechtsgelehrter an der Klärung dieser Frage war die *causa R (on the Application of Quintavalle) v. Secretary of State for Health*, die in letzter Instanz vom House of Lords entschieden worden ist.³⁵ Das Verfahren in der *causa Quintavalle* wurde von der radikalen Lebensschutzorganisation Pro-Life Alliance eingeleitet, die regelmäßig gegen biotechnische Verfahren öffentlich Stellung bezieht,³⁶ die nach ihrer Auffassung das Prinzip von der Heiligkeit des menschlichen Lebens verletzen.³⁷ Antragsgegnerin war die britische

³⁴ *Kopetzki*, Embryonale Stammzellen im Rechtsstaat. Thesen zur künftigen Biopolitik, in: Pichler (Hrsg.), Embryonalstammzelltherapie versus „alternative“ Stammzelltherapien, 2002, S. 157 ff.; *ders.*, in: Körtner/Kopetzki (Hrsg.), Embryonenschutz – Hemmschuh für die Biomedizin?, 2003, S. 51 (59 f.).

³⁵ High Court, Queen's Bench Division (Administrative Court) (1. Instanz) [2001] 4 All E.R. 1013; Court of Appeal (2. Instanz) [2002] 2 All E.R. 625; House of Lords (3. Instanz) [2003] 2 All E.R. 113; siehe zu diesen Entscheidungen: *Adcock/Beyleveld*, Purposive interpretation and the regulation of technology: Legal constructs, legal fictions, and the rule of law, *Medical L. Int'l* 8 (2007) 305 ff.; *Beyleveld/Pattinson*, Globalisation and human dignity: Some effects and implications for the creation and use of embryos, in: Brownsword (Hrsg.), *Global Governance and the Quest for Justice. Volume IV: Human Rights*, 2004, S. 185 ff.; *Grubb*, Regulating cloned embryos?, *The Law Quarterly Rev.* 118 (2002) 358 ff.; *ders.*, *Medical L. Rev.* 11 (2003) 136 ff.; *Herring/Chau*, Case commentary: Are cloned embryos embryos?, *Child and Family Law Quarterly* 14 (2002) 315 ff.; *Herring*, Cloning in the House of Lords, *Family Law* 33 (2003) 663 ff.; *McLeod*, Literal and purposive techniques of legislative interpretation: Some European Community and English common law perspectives, *Brooklyn J. Int'l L.* 29 (2004) 1109 ff.; *Plomer*, Beyond the HFE Act 1990: The regulation of stem cell research in the UK, *Medical L. Rev.* 10 (2002) 132 ff.

³⁶ Siehe auch *R (Quintavalle) v. Human Fertilisation and Embryology Authority (Secretary of State for Health Intervening)* [2003] 3 All E.R. 257; zu dieser Entscheidung *Bernat*, Pränatale Diagnostik und Präimplantationsdiagnostik: Gibt es ein Recht auf informierte Fortpflanzung?, in: FS Laufs, 2006, S. 671 (694 ff.).

³⁷ High Court of Justice [2001] 4 All E.R. 1013, 1015, *per Crane, J.*: „Pro-Life Alliance describes itself as an association committed to campaigning for absolute respect for innocent human life and is opposed inter alia to human cloning.“

Regierung, vertreten durch ihren Gesundheitsminister. Im hier interessierenden Verfahren beantragte die Pro-Life Alliance beim High Court of Justice die Feststellung, es möge entschieden werden, dass ein Embryo, der durch Klonen im Wege der Dolly-Methode (CNR) entstanden ist, nicht unter die im englischen Recht verankerte Definition des Begriffs „embryo“ fällt. Ich muss an dieser Stelle etwas weiter ausholen.

In England wurde schon im Jahre 1990 das Pendant zum österreichischen FMedG, der Human Fertilisation and Embryology Act (HFE Act),³⁸ parlamentarisch verabschiedet. Dieses Gesetz regelt sowohl die Fortpflanzungsmedizin als auch die Forschung mit Keimzellen und extrauterinen Embryonen dem Grunde nach sehr liberal.³⁹ Beispielsweise darf die verbrauchende Forschung in England nicht nur an sog. „übrig gebliebenen“, sondern auch an eigens für das Forschungsprojekt hergestellten Embryonen betrieben werden.⁴⁰ Allerdings sieht das englische Gesetz vor, dass jene Verfahren der Fortpflanzungsmedizin und Forschung, die nicht a priori verboten sind, nur praktiziert werden dürfen, wenn der Träger des Spitals bzw der Forschungseinrichtung hierfür speziell lizenziert worden ist. Für die Vergabe der Lizenz sorgt die vom Gesetz eingerichtete Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA). Diese Behörde ist auch zuständig für die Kontrolle der Lizenznehmer. Ein Arzt oder Forscher, der Forschung betreibt, ohne hierfür von der HFEA speziell ermächtigt worden zu sein, macht sich sogar einer Straftat („offence“) schuldig.⁴¹

Section 1(1) des HFE Act 1990 definiert den Embryo in vitro wie folgt:

„(1) In this Act, except where otherwise stated (a) embryo means a live human embryo where *fertilisation* is complete, and (b) references to an embryo include an egg in the *process of fertilisation*, and, for this purpose, *fertilisation* is not complete until the appearance of a two cell zygote.“⁴²

Wie gleichen sich doch die Bilder. Sowohl das österreichische als auch das englische Recht definieren den Begriff Embryo (in vitro) auf die „herkömmliche Weise“. Wie soll man diese Definition interpretieren?

2.

Als der HFE Act 1990 parlamentarisch verabschiedet wurde, waren sich sowohl die Rechtsexperten als auch die Regierung darüber einig, dass ein im Wege der Dolly-Methode geklonter Embryo von section 1(1) des HFE Act erfasst werde und

³⁸ Chapter 37.

³⁹ Überblick bei Bernat, Fortpflanzungsmedizin und Recht. Bemerkungen zum Stand der Gesetzgebung in Österreich, Deutschland und Großbritannien, MedR 1991, 308 ff.

⁴⁰ Zur Unterscheidung Steiner, Rechtsfragen der „In-Vitro-Fertilisation“, JBl. 1984, 175 ff.

⁴¹ Siehe sec. 41(2)(a) HFE Act: „A person who contravenes section 3(1) of this Act [...] is guilty of an offence.“ Sec. 3(1) HFE Act lautet: „No person shall bring about the creation of an embryo or keep or use an embryo, except in pursuance of a licence.“

⁴² Hervorhebung vom Verf.

dass Forschung mit solcherart geklonten Embryonen an sich erlaubt sei, aber speziell lizenziert werden müsse.⁴³ Demgegenüber vertrat die Pro-Life Alliance in der causa Quintavalle den Rechtsstandpunkt, dass Embryonen, die durch CNR entstanden sind, gar nicht vom HFE Act erfasst werden. Wenn diese Auffassung richtig ist, dann wäre die Forschung am geklonten Embryo in England zulässig, „ohne dass es erst einer expliziten Freigabe bedürfte.“⁴⁴

Vor dem Hintergrund des österreichischen FMedG hat freilich die Auffassung, der zufolge sich der nach der Dolly-Methode geklonte Embryo im „rechtsfreien Raum“ befindet, weiter reichende Folgen als vor dem Hintergrund des HFE Act. Fällt der durch CNR geklonte Embryo nicht in den Geltungsbereich des FMedG, dann wäre die Forschung an einem solchen Embryo zur Gänze freigestellt.⁴⁵ Für englisches Recht gilt das soeben Gesagte mutatis mutandis, allerdings ist zu beachten, dass der HFE Act – im Gegensatz zum österreichischen FMedG – die embryonenverbrauchende Forschung gar nicht kategorisch verbietet. Entspricht der im Wege der Dolly-Methode geklonte Embryo also der Legaldefinition von section 1(1) HFE Act, dann müsste in England nur eine Lizenz zur Forschung mit solcherart geklonten Embryonen beantragt werden. Ist man sich dieser ganz unterschiedlichen Tragweite der „restriktiven“ Interpretation der Begriffe „entwicklungsfähige Zellen“ (§ 1 Abs. 3 FMedG) bzw. „embryo“ (section 1(1) HFE Act) bewusst, dann stellt sich natürlich die Frage, warum die Pro-Life Alliance überhaupt den Antrag stellte, gerichtlich feststellen zu lassen, dass Forschung am geklonten Embryo nach englischem Recht in den „rechtsfreien Raum“ falle. Vermut-

⁴³ Siehe *Department of Health, Stem Cell Research: Medical Progress with Responsibility. A Report From the Chief Medical Officer's Expert Group Reviewing the Potential of Developments in Stem Cell Research and Cell Nuclear Replacement to Benefit Human Health*, June 2000, S. 45: „Research using embryos (*whether created by in vitro fertilisation or cell nuclear replacement*) to increase understanding about human disease and disorders and their cell-based treatments should be permitted, subject to the controls in the Human Fertilisation and Embryology Act 1990.“ Siehe auch *Department of Health*, a.a.O. S. 40: „The use of cell nuclear replacement to produce human embryos may be said to create a new form of early embryo which is genetically virtually identical to the donor of the cell nucleus. [...] [A]s described above the creation of embryos for research in this way is not ruled out under the 1990 Act, provided that the research is for one of the five existing purposes. However, although these embryos differ in the method of their creation, they are undoubtedly human embryonic life, which, given the right conditions, could develop into a human being“ (Hervorhebung vom Verf.). Siehe dazu die zustimmende Government Response to the Recommendations made in the Chief Medical Officer's Expert Group Report: „Stem Cell Research: Medical Progress with Responsibility“ (Cm. 4833), August 2000: „The Government accepts the Report's Recommendations in full and will bring forward legislation where necessary to implement them as soon as the Parliamentary timetable allows.“ Vgl. dazu auch *Brownsword*, Bioethics, stem cells, superman, and the Report of the Select Committee, *The Modern L. Rev.* 65 (2002) 568 ff.

⁴⁴ *Kopetzki*, in: Körtner/Kopetzki (Hrsg.), Embryonenschutz – Hemmschuh für die Biomedizin?, 2003, S. 51 (52); *ders.*, in: Pichler (Hrsg.), Embryonalstammzelltherapie versus „alternative“ Stammzelltherapien, 2002, S. 157 (160).

⁴⁵ Siehe nochmals *Kopetzki*, in: Pichler (Hrsg.), Embryonalstammzelltherapie versus „alternative“ Stammzelltherapien, 2002, S. 157 (159).

lich stand hinter dem Antrag von Pro-Life Alliance „politisches Kalkül“, denn eine Entscheidung, die im Sinne dieser Lebensschutzvereinigung ergangen wäre, hätte wohl die Debatte über die Legitimität der embryonenverbrauchenden Forschung im Vereinigten Königreich erneut ins Rollen gebracht.⁴⁶ – Anders lässt sich das Vorgehen von Pro-Life Alliance widerspruchsfrei wohl nicht erklären.

3.

Richter Crane, der für den High Court of Justice entschied, nahm section 1(1) des HFE Act „beim Wort“ und brachte zum Ausdruck, dass das Klonen nach der Dolly-Methode gesetzlich ungeregelt sei. Folglich dürfe diese Art des Klonens nach englischem Recht ohne Einschränkung praktiziert werden. Richter Crane fasste die Gründe für seine Entscheidung mit folgenden Worten zusammen:

„I decline any invitation to attempt to rewrite any of the sections of the 1990 Act to make them apply by analogy to organisms produced by CNR.

I accept the defendant's argument that the reason for inserting in section 1(1)(a) the words 'where fertilisation is complete' and the following words in section 1(1)(b) was to define the moment at which the Act's protection applied to the organism. Nevertheless the words are there. The question is whether to insert the additional words is permissible: 'a live human embryo where [if it is produced by fertilisation] fertilisation is complete.' With some reluctance, since it would leave organisms produced by CNR outside the statutory and licensing framework, I have come to the conclusion that to insert these words would involve an impermissible rewriting and extension of the definition.“⁴⁷

In Reaktion auf die Entscheidung von Richter Crane verabschiedete das Parlament innerhalb weniger Wochen den Human Reproductive Cloning Act 2001.⁴⁸ Dieses Gesetz verbietet allerdings nur das reproduktive Klonen,⁴⁹ das – wie das therapeutische Klonen – nach Richter Cranes Auffassung außerhalb des Einzugsbereichs des HFE Act steht. Der Human Reproductive Cloning Act 2001 ließ die Frage der Legalität des therapeutischen Klonens völlig unberührt, weil das Parlament abwar-

⁴⁶ Siehe dazu Court of Appeal [2002] 2 All E.R. 625, 628, *per* Lord Phillips of Worth Matravers, M.R.: „On the face of it, the motivation of the Pro-Life Alliance was not easy to follow. They had caused the baby to be expelled with the bath water. They had established that CNR embryos could be created and used for any purpose without regulation or restriction. As I understand the position, however, the Pro-Life Alliance has assumed that, if their application for judicial review succeeded, the government would be forced to introduce legislation to deal with the practice of creating embryos by CNR. There would be a full Parliamentary debate on the topic which might well result in the prohibition of the process.“

⁴⁷ High Court of Justice [2001] 4 All E.R. 1013, 1024, *per* Crane J.

⁴⁸ Chapter 23.

⁴⁹ Siehe sec. 1(1) Human Reproductive Cloning Act 2001: „A person who places in a woman a human embryo which has been created otherwise than by fertilisation is guilty of an offence.“ Eine Verletzung von sec. 1(1) *leg. cit.* kann mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren bestraft werden (sec. 1(2) *leg. cit.*).

ten wollte, wie die Rechtsmittelinstanzen in der causa Quintavalle entscheiden würden.⁵⁰

4.

Der Court of Appeal ließ die Berufung gegen die Entscheidung des High Court of Justice zu und gab dem Rechtsmittelbegehren der britischen Regierung vollinhaltlich statt. Lord Phillips of Worth Matravers, M.R., meinte, dass vier Gründe dafür sprächen, das Klonen nach der Dolly- Methode in den Einzugsbereich des HFE Act zu stellen.

Erstens. Lord Phillips brachte zum Ausdruck, dass es mitunter ein Gebot der praktischen Vernunft sei, einen im Gesetz verwendeten Begriff im Licht neuerer naturwissenschaftlicher Erkenntnisse zu interpretieren, deren gegenwärtigen Stand der Gesetzgeber vergangener Zeiten häufig gar nicht vorhersehen konnte. So wies Lord Phillips beispielsweise auf eine Entscheidung des House of Lords hin,⁵¹ das den im Telegraph Act 1863 verwendeten Begriff des „telegraph“ – trotz scheinbar deutlicher Legaldefinition⁵² – auch auf die telefonische Übermittlung von Nachrichten erstreckt hat, weil das Telefon im Jahre 1863 noch gar nicht erfunden war.⁵³ Würde der Richter allzu sehr am Wortlaut eines Begriffs „kleben“, wäre es vielfach gar nicht möglich, Materien, die sich aufgrund des Fortschritts der empirischen Wissenschaften sehr rasch verändern, einer sinnvollen gesetzlichen Regelung zuzuführen. Lord Phillips maß in diesem Zusammenhang einschlägigen

⁵⁰ *Grubb*, The Law Quarterly Rev. 118 (2002) 358 (360); *Herring/Chau*, Child and Family Law Quarterly 14 (2002) 315.

⁵¹ Att.-Gen. v. Edison Telephone Co. of London (Ltd.) (1880) 6 Q.B.D. 244 (zit. nach Court of Appeal [2002] 2 All E.R. 625, 632); zu dieser Entscheidung auch Smith, Bailey & Gunn on the Modern English Legal System, 4. Aufl. 2002, S. 405 ff.

⁵² Der Telegraph Act 1869 gab dem Postmaster General ein Monopol auf die Versendung von Telegrammen. Telegramme wurden vom Gesetz definiert als Botschaften, die per „telegraph“ übertragen werden. Und ein „telegraph“ beinhaltet nach dem Telegraph Act 1869 (bloß) „any apparatus for transmitting messages or other communications by means of electric signals“ (zit. nach Court of Appeal [2002] 2 All E.R. 625, 632). Die Übertragung der menschlichen Stimme durch Telefon wird vom Wortlaut dieser Legaldefinition nicht erfasst.

⁵³ „Of course no one supposes that the legislature intended to refer specifically to telephones many years before they were invented, but it is highly probable that they would, and it seems to us that they actually did, use language embracing future discoveries as to the use of electricity for the purpose of conveying intelligence. The real object of the Act of 1863 [The Telegraph Act 1863] was to give special powers to telegraph companies to enable them to open streets, lay down wires, take land, suspend wires over highways, connect wires, erect posts on the roof of houses, and do many other things of the same sort. The act, in short, was intended to confer powers and to impose duties upon companies established for the purpose of communicating information by the action of electricity upon wires, and absurd consequences would follow if the nature and extent of those powers and duties were made dependent upon the means employed for the purpose of giving the information“ (Att-Gen v. Edison Telephone Co of London (Ltd) (1880) 6 QBD 244, 254, zit. nach [2002] 2 All E.R. 625, 632).

dogmatischen Überlegungen von Lord Wilberforce besondere Bedeutung bei, der in einem obiter dictum zu einer Entscheidung des House of Lords aus dem Jahre 1981⁵⁴ Folgendes ausführte:

„Leaving aside cases of omission by inadvertence, this being not such a case, when a new state of affairs, or a fresh set of facts bearing on policy, comes to existence, the courts have to consider whether they fall within the parliamentary intention. They may be held to do so if they fall within the same genus of facts as those to which the expressed policy has been formulated. They may also be held to do so if there can be detected a clear purpose in the legislation which can only be fulfilled if the extension is made. How liberally these principles may be applied must depend on the nature of the enactment, and the strictness or otherwise of the words in which it has been expressed.“⁵⁵

Lord Phillips übertrug diese dogmatischen Überlegungen von Lord Wilberforce zu den Grenzen der am Zweck der Vorschrift ausgerichteten subjektiv-historischen Gesetzesinterpretation auf die Frage, wie die Definition des Begriffs „embryo“ in section 1(1) HFE Act zu interpretieren sei, und führte weiter aus:

„In the context of the Human Rights Act 1998⁵⁶ the boundaries of purposive interpretation have been extended where needs must. I consider that the construction for which [the defendant] contends is viable provided that this is plainly necessary to give effect to Parliamentary intention. When considering that question the court has to ask, not what would Parliament have enacted if it had foreseen the creation by CNR, but, do such embryos plainly fall within the genus covered by the legislation and will the clear purpose of the legislation be defeated if the extension is made?“⁵⁷

Die Beantwortung dieser Frage lag nun für Lord Phillips auf der Hand. Ein im Wege der Dolly-Methode geklonter Embryo sei in puncto Art („genus“) gar nicht von jenem Embryo zu unterscheiden, der in vitro gezeugt worden ist, weil beide Embryonen eine unter teleologischen Gesichtspunkten ganz wesentliche Eigenschaft teilen:

⁵⁴ Royal College of Nursing of the UK v. Department of Health and Social Security [1981] 1 All E.R. 545.

⁵⁵ Royal College of Nursing of the UK v. Department of Health and Social Security [1981] 1 All E.R. 545, 564 f., *per* Lord Wilberforce; zu dieser Entscheidung siehe einlässlich *Manchester/Salter/Moodie*, Exploring the Law: The Dynamics of Precedent and Statutory Interpretation, 2. Aufl. 2002, S. 238 ff.

⁵⁶ Im Vereinigten Königreich wurde die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) als Human Rights Act im Jahre 1998 in das innerstaatliche Recht überführt. Dieses Gesetz trat am 2.10.2002 in Kraft; dazu *Heller*, Die Entwicklung der Grundrechte in England und im Vereinigten Königreich – Historisches und Aktuelles, JBl. 2002, 293 ff.; Smith, Bailey & Gunn on the Modern English Legal System, 4. Aufl. 2002, S. 525 ff.

⁵⁷ Court of Appeal [2002] 2 All E.R. 625, 633, *per* Lord Phillips of Worth Matravers, M.R.

„The two are essentially identical as far as structure is concerned, and each is capable of developing into a full grown example of the relevant species. So far as the human embryo is concerned, it is this capacity to develop into a human being that is the significant factor and it is one that is shared by both types of embryo.“⁵⁸

Zweitens. Lord Phillips betonte in einem nächsten Schritt, dass man bei der Interpretation von Gesetzen zuvörderst den Zweck der Vorschriften im Auge behalten sollte und erinnerte in diesem Zusammenhang an den sog. Warnock Report, der die spätere gesetzliche Regelung in Sachen assistierte Fortpflanzung und Embryologie nachhaltig beeinflusst hat.⁵⁹ Primäres Anliegen dieses Reports sei es gewesen, die Entstehung neuen Lebens in der Retorte zu regulieren und die verschiedensten Techniken der assistierten Zeugung der staatlichen Kontrolle zu unterwerfen. Ein Gesetz, wie es schlussendlich 1990 parlamentarisch verabschiedet worden ist, sei wegen der sehr komplexen ethischen Fragen, die die assistierte Fortpflanzung und Embryologie aufwerfen, nicht nur von den politisch Verantwortlichen sehr begrüßt worden.⁶⁰ Die „weite“ Interpretation von section 1(1) HFE Act sei daher auch im Licht der Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes geboten:

„I consider that a regulatory regime that excludes from its ambits embryos created by CNR is contrary to the intention of Parliament in introducing the 1990 Act. The prospect of such a regime is both startling and alarming. These considerations provide the most cogent reason to reach an interpretation of the 1990 Act which embraces embryos produced by CNR, subject to consideration of any countervailing considerations, or incoherence.“⁶¹

Drittens. Lord Phillips stellte sich auch die Frage, welche plausiblen teleologischen Argumente es denn geben könnte, section 1(1) HFE Act nicht auf den im Wege der Dolly-Methode geklonten Embryo zu erstrecken. Er wies auf das Vorbringen der Pro-Life Alliance hin und bemerkte dazu:

⁵⁸ Court of Appeal [2002] 2 All E.R. 625, 634, *per* Lord Phillips of Worth Matravers, M.R.

⁵⁹ *Department of Health and Social Security*, Report of the Committee of Inquiry Into Human Fertilisation and Embryology, Cm. 9314, July 1984; dazu aus der umfangreichen Literatur statt vieler *Posch*, Das Recht der künstlichen Humanreproduktion im Wandel. Eine rechtsvergleichende Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung des anglo-amerikanischen Rechts, in: Bernat (Hrsg.), Lebensbeginn durch Menschenhand, 1985, S. 203 (232 ff.).

⁶⁰ Court of Appeal [2002] 2 All E.R. 625, 636, *per* Lord Phillips of Worth Matravers, M.R.

⁶¹ Court of Appeal [2002] 2 All E.R. 625, 636, *per* Lord Phillips of Worth Matravers, M.R.

„[The plaintiff] was not able to point to any, other than the suggestion that if embryos produced by CNR were not covered by the 1990 Act, this was likely to lead to a detailed debate in Parliament and elsewhere, which might lead to the banning of the creation of such embryos altogether. It does not seem to me that this is a matter which can validly be invoked as a countervailing consideration to the construction for which [the defendant] contends. On the contrary, it merely underlines how serious are the consequences of the construction reached by the judge [speaking for the High Court].“⁶²

Viertens. Lord Phillips untersuchte schließlich, ob eine Einbeziehung des nach der Dolly-Methode geklonten Embryos in das Regelungsregime des HFE Act zur Inkohärenz anderer Bestimmungen des HFE Act führen würde. Seiner Auffassung zufolge stellen sich im jetzigen Zusammenhang insbesondere die folgenden drei Fragen: a) Wann entsteht ein nach der Dolly-Methode geklonter Embryo im Gegensatz zum in vitro gezeugten? b) Wann darf man beim Embryo, der im Wege der Dolly-Methode geklont worden ist, vom Auftreten des Primitivstreifens⁶³ sprechen, wenn der Primitivstreifen beim in vitro gezeugten Embryo „is to be taken to have appeared [...] not later than the end of the period of 14 days beginning with the day the gametes are mixed, not counting any time during which the embryo is stored.“⁶⁴ c) Wer muss dem Klonen nach der Dolly Methode zustimmen? Die Spenderin der Eizelle und der Spender der ausdifferenzierten Zelle?⁶⁵ Es mag sein, meint Lord Phillips, dass die Beantwortung dieser Fragen ein wenig spekulativ ist, das ändere aber nichts daran, dass das Ergebnis, zu dem die Richter des Court of Appeal in casu gekommen sind,⁶⁶ von diesen Fragen gar nicht tangiert werde. Das Rechtsmittel des Antragsgegners sei daher im Ergebnis berechtigt gewesen:

„My conclusion is that there are most compelling reasons for giving section 1 of the 1990 Act the strained construction for which [the defendant] contends, and very little that weighs against this. I would reverse the decision reached by the [High Court’s] judge and hold that an organism created by cell nuclear replacement falls within the definition of ‘embryo’ in section 1(1) of that Act.“⁶⁷

⁶² Court of Appeal [2002] 2 All E.R. 625, 636, *per* Lord Phillips of Worth Matravers, M.R.

⁶³ Dazu *Wachtler*, Die frühe Phase menschlicher Entwicklung aus embryologischer Sicht, in: Körtner/Kopetzki (Hrsg.), Embryonenschutz – Hemmschuh für die Biomedizin?, 2003, S. 73 (77).

⁶⁴ Sec. 1(4) HFE Act.

⁶⁵ Für den in vitro gezeugten Embryo siehe Schedule 3 zum HFE Act; dazu die Entscheidung des Court of Appeal *R v. Human Fertilisation and Embryology Authority*, *ex parte* Blood [1997] 2 All E.R. 687.

⁶⁶ Neben Lord Phillips of Worth Matravers, M.R., entschieden in der causa *Quintavalle* Lord Justice Thorpe und Lord Justice Buxton; siehe Court of Appeal [2002] 2 All E.R. 625, 638.

⁶⁷ Court of Appeal [2002] 2 All E.R. 625, 637, *per* Lord Phillips of Worth Matravers, M.R.

5.

Das House of Lords bestätigte die Entscheidung des Court of Appeal.⁶⁸ In der Begründung ihrer Entscheidung stimmen die Richter des House of Lords mehr oder weniger geschlossen Lord Phillips zu. Das heißt, zusammengefasst:

„An organism created by CNR fell within the definition of ‚embryo‘ in section 1(1) of the 1990 Act. The essential thrust of that subsection was directed to live human embryos created outside the human body, not to the manner of their creation. The words ‚where fertilisation is complete‘ were not intended to form an integral part of the definition of embryo but were directed to the time at which it should be treated as such. The purpose of the 1990 Act was not to ban all creation and subsequent use of human embryos produced in vitro but instead, and subject to certain express prohibitions, to permit such creation and use subject to specified conditions, restrictions, time limits and subject to regimes of control. Furthermore, as the 1990 Act was only directed to the creation of embryos in vitro, outside the human body, Parliament could not have intended to distinguish between live human embryos produced by fertilisation of a female egg and live human embryos produced without such fertilisation, notwithstanding that at the date of the passing of the Act, Parliament was unaware that the latter alternative was physically possible. Moreover, section 3(3)(d) did not prohibit CNR.⁶⁹ CNR did not involve ‚replacing a nucleus of the recipient cell of an embryo‘ because there was no embryo until the nucleus of the recipient cell was replaced by the nucleus of the donor cell. The target of the subsection was directed to a particular form of genetic manipulation, namely the replacement of the nucleus of a fertilised human egg, and was not apt to prohibit embryo-splitting, which created clones.“⁷⁰

IV.

Die Entscheidungen des Court of Appeal und des House of Lords in der causa Quintavalle stießen mehrheitlich auf Kritik.⁷¹ Im Kern richtet sich diese Kritik gegen die methodische Auffassung der Gerichte, der zufolge die Gleichbehand-

⁶⁸ House of Lords [2003] 2 All E.R. 113; 115, *per* Lord Bingham of Cornhill; 122, *per* Lord Steyn; 127, *per* Lord Hoffman; 127, *per* Lord Millett; 130, *per* Lord Scott of Foscote.

⁶⁹ Sec. 3(3)(d) HFE Act lautet: „A licence cannot authorise replacing a nucleus of a cell of an embryo with a nucleus taken from a cell of any person, embryo or subsequent development of an embryo.“ Der Unterschied zwischen der von sec. 3(3)(d) HFE Act verbotenen Technik und dem Klonen nach der Dolly-Methode ist also der folgende: Beim Klonen nach der Dolly-Methode wird eine ausdifferenzierte Zelle in eine zuvor entkernte Eizelle verpflanzt, während bei der von sec. 3(3)(d) HFE Act verbotenen Technik eine ausdifferenzierte Zelle in eine zuvor entkernte Zelle eines *Embryos* verpflanzt wird; siehe weiterführend *Herring*, Family Law 33 (2003) 663.

⁷⁰ House of Lords [2003] 2 All E.R. 113 f. (Leitsatz).

⁷¹ *Grubb*, The Law Quarterly Review 118 (2002) 358 ff.; *ders.*, Medical L. Rev. 11 (2003) 136 ff.; *Herring/Chau*, Child and Family Law Quarterly 14 (2002) 315 ff.; *Herring*, Family Law 33 (2003) 663 ff.; *Plomer*, Medical L. Rev. 10 (2002) 132 ff.

lung von geklontem und gezeugtem Embryo schon de lege lata aufgrund von „purposive interpretation“⁷² geboten sei. Die Kritiker betonen, dass die von den Gerichten eingemahnte Gleichstellung von geklontem und gezeugtem Embryo in Wahrheit auf einem unzulässigen Analogieschluss zur Überwindung einer *Gesetzeslücke* beruhe,⁷³ weil das Gesetz nur den gezeugten, nicht aber auch den geklonten Embryo als Schutzobjekt erwähnt.⁷⁴ Infolgedessen sei es dem Gesetzgeber vorbehalten, die augenscheinliche Lücke im HFE Act zu schließen, denn Richter hätten ganz allgemein nicht die Befugnis, der Entscheidung des Parlaments vorzugreifen. Das heißt, mit den Worten von Lord Wilberforce:

„[T]here is one course which the courts cannot take under the law of this country: they cannot fill gaps; they cannot by asking the question, ‚What would Parliament have done in this current case, not being one in contemplation, if the facts had been before it‘, attempt themselves to supply the answer, if the answer is not to be found in the terms of the Act itself.“⁷⁵

In der Tat ist es dem Richter in den vom common law geprägten Rechtsordnungen nicht gestattet, Lücken im Gesetzesrecht durch Analogieschluss zu beseitigen,⁷⁶ weil in diesen Rechtsordnungen das Gesetzesrecht nur subsidiäre Bedeutung gegenüber dem Richterrecht hat.⁷⁷ Demgegenüber hat die Methode der Lückenfüllung in den Rechtsordnungen kontinentaleuropäischer Prägung einen weit höheren Stellenwert. Ja, in Österreich und in der Schweiz hat der Gesetzgeber sogar eigene Regeln kodifiziert, die uns sagen, wie die Gerichte im Lückenbereich vorgehen sollen.⁷⁸ Allerdings ist der Analogieschluss zur Beseitigung einer Gesetzeslücke auch in den Rechtsordnungen kontinentaleuropäischer Prägung verpönt, soweit

⁷² Beispiele für Anwendungsfälle von „purposive interpretation“ bei Smith, Bailey & Gunn on the Modern English Legal System, 4. Aufl. 2002, S. 419 ff.; siehe insbesondere die Entscheidung des House of Lords in der causa *Pepper v. Hart* [1993] A.C. 593.

⁷³ Siehe etwa *Plomer*, Medical L. Rev. 10 (2002) 132 (158): „Arguably, the Court of Appeal’s proposed insertion of words into the HFE Act 1990 to bring embryos created by CNR within the reach of the Act, crosses the boundaries between statutory construction and judicial legislation.“

⁷⁴ *Grubb*, The Law Quarterly Rev. 118 (2002) 358 (361 f.): „The court read in words; it did not simply interpret them.“

⁷⁵ *Royal College of Nursing of the UK v. Dept of Health and Social Security* [1981] 1 All E.R. 545, 564 f., per Lord Wilberforce.

⁷⁶ Einlässlich *Freeman*, *Lloyds’s Introduction to Jurisprudence*, 7. Aufl. 2001, S. 1410 ff.

⁷⁷ Siehe *Freeman*, *Lloyds’s Introduction to Jurisprudence*, 7. Aufl. 2001, S. 1411: „The [common law practice] proceeds on the basis that the common law itself represents the basic fabric of the law, into which statutes are interwoven. Hence the practice of drafting statutes in the fullest detail, and the broad assumption that a statute deals only with those cases which fall within its actual wording, and that there is no judicial power to fill ‚gaps‘ in a statute by arguments based on analogy [...].“

⁷⁸ Siehe Art. 1 (schweizerisches) ZGB und § 7 ABGB. Nach diesen beiden Bestimmungen ist der Analogieschluss im Fall einer Gesetzeslücke nicht nur erlaubt, sondern sogar geboten; zu den i.Z.m. dem Analogieschluss auftretenden Fragen statt vieler *F. Bydliński*, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 2005, S. 55 ff.; *Rüthers*, *Rechtstheorie*, 3. Aufl. 2007, S. 466 ff.

die Lücke in einem Gesetz auftritt, das dem Strafrecht zuzurechnen ist, und die Ausfüllung der Gesetzeslücke durch Analogieschluss dem Angeklagten zum Nachteil gereichen würde (Art. 7 Abs. 1 EMRK).⁷⁹ Das Analogieverbot des Art. 7 Abs. 1 EMRK umfasst neben dem Kernstrafrecht unter anderem auch das Verwaltungsstrafrecht.⁸⁰

Beruhte die Gleichstellung von geklontem und gezeugtem Embryo in der Tat auf einem Analogieschluss zur Überwindung einer *Gesetzeslücke*, wäre sie nicht nur nach englischem, sondern auch nach österreichischem Recht verboten. Denn eine Gesetzesanalogie zu § 1 Abs. 3, § 9 Abs. 1 FMedG führte zu einer Ausweitung der Strafbarkeit von Ärzten und Forschern und daher klar zu einer Verletzung von Art. 7 Abs. 1 EMRK. Die Kernfrage lautet somit auch mit Blick auf das österreichische Recht: Ist die Gleichstellung des geklonten und des gezeugten Embryos Ergebnis einer „bloßen“ Interpretation oder schon einer (im jetzigen Zusammenhang a priori unzulässigen) Gesetzesanalogie? In der österreichischen Literatur hat sich Christian Kopetzki mit dieser Frage als erster beschäftigt. Er kommt zu folgendem Ergebnis:

„[D]ie Technik des Transfers somatischer Zellkerne in entkernte Eizellen [...] ist weder vom Gentechnikgesetz erfasst (weil [sie] mit Gentechnik im eigentlichen Sinn gar nichts zu tun hat); [sie] ist aber auch im Fortpflanzungsmedizingesetz nicht geregelt: Denn das [...] Manipulationsverbot an ‚entwicklungsfähigen Zellen‘ gilt wegen der *unmissverständlichen* Legaldefinition des § 1 Abs. 3 nur für ‚befruchtete Eizellen und daraus entwickelte Zellen‘. Zellen, die durch Kerntransfer entstehen, mögen zwar unter bestimmten Bedingungen ‚entwicklungsfähig‘ sein, sie sind aber offenkundig nicht ‚befruchtet‘ und demnach auch nicht ‚entwicklungsfähig‘ im spezifischen Sinn des § 1 Abs. 3 FMedG.

Manche werden dies für eine kleinliche Wortklauberei der Juristen halten und dafür eintreten, die vermeintliche ‚Lücke‘ durch eine analoge Anwendung des in § 9 Abs. 1 FMedG enthaltenen Verbots zu schließen. Dagegen spricht aber, dass wir es hier mit einem verwaltungsstrafrechtlich sanktionierten Verbot zu tun haben, und im Strafrecht gilt ein striktes Analogieverbot. Außerdem ist zu bezweifeln, dass die Voraussetzungen einer Analogie überhaupt erfüllt wären: Der Gesetzgeber des FMedG hat – wie den Erläuterungen zu entnehmen ist – seinen Regelungswillen auf das Gebiet der menschlichen Fortpflanzung beschränkt. Man kann daher nicht von einer ‚planwidrigen‘ Unvollständigkeit sprechen, wenn das FMedG Sachverhalte ungeregelt lässt, die mit der Fortpflanzung nichts zu tun haben. Aus demselben Grund spricht auch nichts dafür, den Sachverhalt des Kerntransfers unter das Verbot des Keimbahneingriffs zu subsumieren, weil dieses Verbot im Kontext des FMedG nur auf die intergenerative Weitergabe manipulierter genetischer Information abzielt. Das trifft hier aber nicht zu.“⁸¹

⁷⁹ Verbot der Analogie in *malum in se*; siehe dazu auch Höpfel in Wiener Komm StGB Rz. 1 ff. zu § 1.

⁸⁰ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2008, S. 373.

⁸¹ Kopetzki, in: Pichler (Hrsg.), Embryonalstammzelltherapie versus „alternative“ Stammzelltherapien, 2002, S. 158 f. (Hervorhebung vom Verf.); ebenso Weschka, Die Herstellung von Chimären und Hybridwesen. Eine rechtsvergleichende Skizze einiger aktueller Fragestellungen, RdM 2007, 164 (167 f.).

In der Tat heißt es in den amtlichen Erläuterungen zur Regierungsvorlage eines FMedG unter der Überschrift „Eingrenzung des Gesetzesvorhabens“:

„Der Gesetzesentwurf betrifft die ‚Anwendung medizinischer Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft auf andere Weise als durch Geschlechtsverkehr‘ (§ 1 Abs. 1). Medizinische Behandlungen, die die Fortpflanzung auf *natürlichem* Weg, ohne den Einsatz derartiger Hilfsmittel, ermöglichen oder erleichtern, sind demnach nicht Gegenstand des Gesetzesvorhabens; insoweit besteht im gegebenen Zusammenhang kein Bedarf für gesetzliche Regelungen.

Ferner sollen Belange der Gentechnologie grundsätzlich ausgeklammert bleiben. Die Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen für bestimmte Fortpflanzungstechniken soll nicht mit den Fragen vermengt werden, die die Nutzung und der mögliche Missbrauch der Erkenntnisse von Biologie und Genetik aufwerfen. So haben die in diesem Zusammenhang immer wieder angeführten Möglichkeiten des Klonens, der Chimärenbildung oder der Interspezies-Hybridisierung (deren Anwendung beim Menschen ohne jeden Zweifel abzulehnen ist) mit der medizinischen Hilfe zur Erfüllung des Kinderwunsches nichts zu tun. Soweit allerdings der Einsatz künstlicher Fortpflanzungsverfahren die Möglichkeit des gentechnischen Zugriffs auf menschliche Zellen eröffnet, sieht der Entwurf aber sehr wohl Bestimmungen vor, die allfälligen Missbräuchen vorbeugen sollen (vgl. vor allem die §§ 9, 10 und 17).“⁸²

Auf der einen Seite sagen diese Erläuterungen, dass das „Klonen“ nicht vom FMedG geregelt sei. Auf der anderen Seite bringen dieselben Erläuterungen sehr deutlich zum Ausdruck, dass § 9 FMedG „allfälligen Missbräuchen vorbeugen“ soll.⁸³ Und als Missbrauch begreift das Gesetz ohne Zweifel die „embryonenverbrauchende Forschung“, weil der Embryo in vitro das Potential hat, zum geborenen Menschen zu werden.⁸⁴ Wenn dem aber so ist, dann sollte doch nicht entscheidend sein, ob dieser Embryo durch Befruchtung der Eizelle oder durch Klonen im Wege der Dolly-Methode entstanden ist.⁸⁵ Im Übrigen fällt eine andere Methode des Klonens, nämlich das sog. embryo splitting (embryo typing), ganz unzweifelhaft in den Einzugsbereich des FMedG. Bei dieser Methode des Klonens, die schon zu Beginn der 1980er Jahre im Tierbereich praktiziert worden

⁸² Erl. RV FMedG, 216 BlgNR 18. GP, S. 10 (Hervorhebung im Original).

⁸³ 216 BlgNR 18. GP, S. 10.

⁸⁴ Vgl. zum Potentialitätsargument bloß *Bernat*, Der menschliche Keim als Objekt des Forschers: rechtsethische und rechtsvergleichende Überlegungen, in: Bender/Gassen/Platzer/Seehaus (Hrsg.), Eingriffe in die menschliche Keimbahn. Naturwissenschaftliche und medizinische Aspekte – rechtliche und ethische Implikationen, 2000, S. 57 (66 f.); *Schöne-Seifert*, Contra Potentialitätsargument: Probleme einer traditionellen Begründung für embryonalen Lebensschutz, in: Damschen/Schönecker (Hrsg.), Der moralische Status menschlicher Embryonen, 2002, S. 169 ff.

⁸⁵ Ebenso House of Lords [2003] 2 All E.R. 113, 120, *per* Lord Bingham of Cornhill mit Blick auf sec. 1(1) HFE Act: „The crucial point [...] is that this was an Act passed for the protection of live human embryos created outside the human body. The essential thrust of sec. 1(1)(a) was directed to such embryos, not to the manner of their creation, which Parliament (entirely understandably on the then current state of scientific knowledge) took for granted“.

ist,⁸⁶ geht es, wie beim Klonen nach der Dolly-Methode, um die Erzeugung von Mehrlingen, die sich genetisch vollkommen gleichen. Dazu wird die in vitro befruchtete Eizelle in den ersten Teilungsstadien in einzelne Zellen oder auch nur zwei Hälften zertrennt. Da diese Zellen in diesem Entwicklungsstadium noch totipotent sind, kann aus jeder abgespaltenen Zelle ein neuer Mensch entstehen.⁸⁷ Schon dieser Hinweis macht wohl deutlich, dass die Gesetzesmaterialien versehentlich mehr sagen als sie sagen sollten.

Indes darf man sich aufgrund der unzutreffenden Aussagen der Gesetzesmaterialien nicht zu der Aussage hinreißen lassen, das Klonen nach der Dolly-Methode sei dem Klonen durch embryo splitting von vornherein gleich zu stellen. Denn im einen Fall wird eine Eizelle befruchtet und erst danach kommt es zum Klonen (embryo splitting), während im anderen Fall (Klonen nach der Dolly-Methode) eine entkernte Eizelle und eine Somazelle „verschmolzen“ werden. Dieser Vorgang entspricht ganz eindeutig nicht dem Begriff der Befruchtung, wie er bislang definiert worden ist. Aber ist es überhaupt sachgerecht, Definitionen, die der Gesetzgeber aufgrund eines ganz bestimmten Vorverständnisses festlegt, „versteinert“ zu interpretieren? Ist es dem Normadressaten mitunter nicht eher geboten, eine im Gesetz verankerte Definition dynamisch zu interpretieren, weil der Normadressat stets den Auftrag hat, den klar erkennbaren Ordnungsplan des Gesetzgebers gebührend zu berücksichtigen und widerspruchsfreie Ergebnisse zu erzielen? Ich denke, dass niemand daran zweifelt, diese Fragen dem Grunde nach zu bejahen. Ja, nach einer in der Methodenlehre weit verbreiteten Auffassung sind Gesetzesbegriffe stets objektiv-teleologisch zu interpretieren, wenn dies zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen geboten erscheint.⁸⁸ So betrachtet legt es die objektiv-teleologische Interpretation der in § 1 Abs. 3 FMedG verankerten Legaldefinition wohl mehr als nahe, auch den im Wege der Dolly-Methode entstandenen Embryo als Schutzobjekt des § 9 Abs. 1 FMedG zu begreifen. Der geklonte Embryo wird nicht „wie“ eine befruchtete Eizelle behandelt, sondern „ist“ das Ergebnis einer Befruchtung, weil sich der Sinngehalt dieses Begriffs zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen erweitert hat. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen ist es somit geboten, alle Embryonen vor verbrauchender Forschung zu schützen, die das Potential haben, geboren zu werden.⁸⁹ Unerheblich ist die Art ihrer Entstehung, weil mit dem Verb „befruchten“ alle Vorgänge erfasst werden, die unmittelbar zur Entstehung eines menschlichen Embryos im funktionalen Sinn führen. Dazu zählt nicht nur die Vereinigung von Ei- und Samenzelle,

⁸⁶ Jüdes, Experimentelle Manipulation von Keimzellen und Embryonen bei Säugetieren, in: Jüdes (Hrsg.), In-vitro-Fertilisation und Embryotransfer (Retortenbaby). Grundlagen, Methoden, Probleme und Perspektiven, 1983, S. 81 (100).

⁸⁷ Gröner, Klonen, Hybrid- und Chimärenbildung unter Beteiligung totipotenter menschlicher Zellen, in: Günther/Keller (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik – Strafrechtliche Schranken?, 2. Aufl. 1991, S. 293 (294).

⁸⁸ F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 456 f.

⁸⁹ Ebenso Beyleveld/Pattison, in: Brownsword (Hrsg.), Global Governance and the Quest for Justice. Volume IV: Human Rights, 2004, S. 185 (199): „... the word ‚fertilisation‘ could have been read purposively. Fertilisation, understood purposively, is the creation of an embryo by the joining of genetic material“.

sondern auch das Klonen nach der Dolly-Methode. Beide Methoden legen den Grundstein für die Entstehung eines Organismus, der potentiell eine Person ist. Nur darauf kommt es im normativen Sinn an.⁹⁰

Natürlich werden Naturwissenschaftler das Klonen nach der Dolly-Methode im Allgemeinen auch weiterhin von der Befruchtung einer Eizelle unterscheiden. Und das aus guten Gründen. Aber warum sollte der Normadressat genötigt sein, Gesetzesbegriffe entsprechend naturwissenschaftlichem Verständnis und naturwissenschaftlichen Zielsetzungen zu interpretieren? Wenn der Naturwissenschaftler die Begriffe Befruchtung und Klonen unterscheidet, so mag dies ebenso aus teleologischen Erwägungen geschehen, wie der Jurist aus teleologischen Erwägungen gezwungen sein mag, diese beiden Begriffe im Kontext des FMedG „über einen Kamm zu scheren“. Der Naturwissenschaftler wird ein Interesse daran haben, die Befruchtung (im herkömmlichen Sinn) vom Klonen nach der Dolly-Methode zu unterscheiden, weil er mehr über die unterschiedlichen Funktionsweisen dieser beiden Reproduktionstechniken lernen will, die sich – biologisch betrachtet – deutlich voneinander unterscheiden. Diese Zielsetzung lässt es geboten erscheinen, die beiden Begriffe scharf voneinander zu trennen. Vor dem Hintergrund der im Gesetz zum Ausdruck gebrachten Basiswertung ist die Sichtweise des Naturwissenschaftlers für den Juristen – jedenfalls i.Z.m. § 1 Abs. 3, § 9 Abs. 1 FMedG – freilich überhaupt nicht maßgeblich. Denn der Sinn und Zweck des § 9 Abs. 1 FMedG ist es ausschließlich, Embryonen im funktionalen Sinn vor dem Zugriff des Forschers zu schützen, weil Embryonen im funktionalen Sinn wenigstens im Allgemeinen das Potential haben sich zum geborenen Menschen zu entwickeln. Nur wenn man annehmen dürfte, dass das Klonen nach der Dolly-Methode a priori nicht zum Entstehen eines Embryos im funktionalen Sinn führen kann, wäre es vor dem Hintergrund der § 1 Abs. 3, § 9 Abs. 1 FMedG geboten, das Klonen nach der Dolly-Methode aus dem Einzugsbereich des FMedG auszuschneiden. Genau dieser Überlegungen wegen ist der sog. Goldhamstertest unter normativen Gesichtspunkten völlig unbedenklich. Dabei wird ein Goldhamster mit einer menschlichen Samenzelle imprägniert, um zu testen, ob die Samenzelle befruchtungstauglich ist.⁹¹ Das so entstandene „Verschmelzungsprodukt“ ist kein Embryo im funktionalen Sinn, weil es nach allem, was wir wissen, unmöglich ist, dass sich eine Keimzelle des Menschen mit einer Keimzelle des Goldhamsters vereinigt.

⁹⁰ Vgl. *Adcock/Beylveld*, Medical L. Int'l 8 (2007) 305 (308): „If the purpose of the Act is to protect functional embryos by whatever means they are created (which their Lordships' reasoning relies upon), and, at the same time, embryos are defined as created by a process of fertilisation, then whatever process creates a functional embryo is, *relative to this purpose* and in the context of this understanding, to be regarded as a process of fertilisation“.

⁹¹ Vgl. *Department of Health and Social Security*, Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, Cm. 9314, July 1984, S. 70 f.; vgl. auch § 7 Abs. 1 Nr. 3 ESchG: „Wer es unternimmt, durch Befruchtung einer menschlichen Eizelle mit dem Samen eines Tieres oder durch Befruchtung einer tierischen Eizelle mit dem Samen eines Menschen einen *differenzierungsfähigen* Embryo zu erzeugen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“ (Hervorhebung vom Verf.).

V.

Ich gestehe den Kritikern meiner unter IV. vorgestellten Argumentation zu, dass es verlockend erscheint, § 1 Abs. 3, § 9 Abs. 1 FMedG „eng“ zu interpretieren, weil nach weit verbreiteter Auffassung jede Beschränkung der embryonen-verbrauchenden Forschung zu einem Eingriff in die verfassungsrechtlich garantierte Forschungsfreiheit (Art. 17 StGG) führt⁹² und dieser Eingriff – richtiger Auffassung zufolge⁹³ – mangels Lebensrecht des Embryos nicht mit Art. 2 Abs. 1 EMRK gerechtfertigt werden kann.⁹⁴ Wer den Primat der Forschungsfreiheit besonders betont, der müsste freilich wesentlich radikaler, als dies bislang geschehen ist, der Frage nachgehen, ob sich das in § 9 Abs. 1 FMedG verankerte Verbot der embryonenverbrauchenden Forschung im Licht des Art. 17 StGG überhaupt rechtfertigen lässt. Der Gesetzgeber hat indes nicht daran gezweifelt, dass der von § 9 Abs. 1 FMedG hervorgerufene Eingriff in die Forschungsfreiheit legitimierbar sei, wenngleich die Gründe, die für dieses Verbot in den Gesetzesmaterialien namhaft gemacht werden, nicht wirklich überzeugen.⁹⁵ Aufgrund des vorliegenden Befundes stellt sich daher in methodischer Hinsicht die Frage, welcher Interpretationsmethode der Vorrang gebührt: der verfassungskonformen Interpretation oder jener teleologischen Auslegung der Norm, die den Ordnungsplan des historischen Gesetzgebers in den Vordergrund rückt und ihn im Licht des gegenwärtigen medizinisch-biologischen Wissens bewertet? Weiters ist zu fragen, wie sich das Ergebnis, das durch teleologisches zu Ende Denken der § 1 Abs. 3, § 9 Abs. 1 FMedG erzielt worden ist, zum Gleichheitssatz sowie zum allgemeinen Sachlichkeitsgebot (Art. 7 B-VG) verhält. Und schließlich ist wohl auch in Rechnung zu stellen, dass manche Autoren nicht nur dem geborenen Menschen, sondern auch dem Nasziturus das von Art. 2 Abs. 1 EMRK verbürgte Recht auf Leben zugestehen.⁹⁶ Die Berücksichtigung dieses Umstandes erscheint mir in Anbetracht der Tatsache, dass bislang nicht einmal auf europäischer Ebene ein Konsens über die Natur und

⁹² *Kopetzki*, Grundrechtliche Aspekte der Biotechnologie am Beispiel des „therapeutischen Klonens“, in: *Kopetzki/Mayer* (Hrsg.), *Biotechnologie und Recht*, 2002, S. 15 (52 ff.); siehe zur Forschungsfreiheit i.Z.m. gentechnischen Verfahren auch *Huber/Stelzer*, Öffentlichrechtliche Rechtsfragen der Gentechnologie, in: Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung (Hrsg.), *Gentechnologie im österreichischen Recht*, 1991, S. 1 (26 ff.).

⁹³ *Kopetzki*, in: *Kopetzki/Mayer* (Hrsg.), *Biotechnologie und Recht*, 2002, S. 15 (19 ff.); *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2008, S. 102; VfGH 11.10.1974, VfSlg. 7.400 = JBl. 1975, 310 m. Anm. v. *Pernthaller*.

⁹⁴ *Kopetzki*, Stammzellforschung in Österreich – eine Bestandsaufnahme des geltenden Rechts, in: *Körtner/Kopetzki* (Hrsg.), *Stammzellforschung. Ethische und rechtliche Aspekte*, 2008, S. 269 (282 ff.).

⁹⁵ Vgl. Erl. RV, 216 BlgNR 18. GP, S. 20.

⁹⁶ *F. Bydlinski*, Der Schutz des Ungeborenen in zivilrechtlicher Sicht, in: *Pammer/Weiler* (Hrsg.), *Volle Menschenrechte für das ungeborene Kind*, 1980, S. 89 ff.; *Lewisch*, Recht auf Leben (Art. 2 EMRK) und Strafgesetz, in: *FS Platzgummer*, 1995, S. 381 (394 ff.); *Novak*, Das Fristenlösungs-Erkenntnis des österreichischen Verfassungsgerichtshofes, EuGRZ 1975, 197 ff.; *Waldstein*, Rechtserkenntnis und Rechtsprechung. Bemerkungen zum Erkenntnis des VfGH über die Fristenlösung, JBl. 1976, 505 ff. und 574 ff.

den Status des Embryos erzielt werden konnte,⁹⁷ zumindest erwägenswert zu sein. Ja, selbst der EGMR hat in Vo gegen Frankreich⁹⁸ vor kurzem zugestanden, dass er sich aufgrund der äußerst divergierenden Auffassungen zur Frage des sachlichen Geltungsbereichs von Art. 2 Abs. 1 EMRK außer Stande sehe, zu ihr abschließend und verbindlich Stellung zu beziehen.⁹⁹ Und daraus folge, meint der EGMR, „dass die Frage, wann das Leben beginnt, in den Beurteilungsraum der Staaten fällt, der ihnen nach Meinung des Gerichtshofs in diesem Bereich zuerkannt werden muss ...“.¹⁰⁰

Die Frage, ob in Fällen wie dem vorliegenden generell der verfassungskonformen oder jener Interpretation der Vorrang gebührt, die den Ordnungsplan des historischen Gesetzgebers im Auge behält, ist sehr komplex und sollte daher nicht vorschnell in die eine oder die andere Richtung entschieden werden.¹⁰¹ Allerdings legt es das Prinzip von der Einheit der Rechtsordnung mehr als nahe, im Zweifel jene Auslegung zu wählen, die mit dem Gleichheitssatz sowie dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot (Art. 7 B-VG) am ehesten im Einklang steht. Das ist hier eindeutig die Auslegung, die nicht nur gezeugte, sondern auch geklonte Embryonen dem Regelungsregime der § 1 Abs. 3, § 9 Abs. 1 FMedG unterstellt. Diese Auffassung gerät zwar in casu in ein Spannungsverhältnis mit dem Grundrecht auf Forschungsfreiheit, allerdings wird der Schaden, den die Rechtsgemeinschaft dadurch erleidet, deutlich von dem Zugewinn größerer Kohärenz des geltenden Rechts aufgewogen: Vor dem Hintergrund des Postulats der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung ist es nicht einmal im Ansatz verständlich, dass der nach der Dolly-Methode geklonte Embryo einen anderen Status verdient wie sein im Labor *gezeugter* Artgenosse.

Ich habe mich im vorliegenden Beitrag mit Fragen beschäftigt, die das geltende Recht aufwirft. Ich habe also nicht zur Debatte gestellt, ob der Embryo in vitro unter rechtsethischen Gesichtspunkten das Recht auf Leben wirklich „verdient“ oder ob es zumindest gute Gründe gibt, den Embryo in vitro vor dem Zugriff des Forschers zu schützen, ohne ihm gleichzeitig ein Recht auf Leben zuzuschreiben.¹⁰² Diese Fragen müssen im Rahmen einer *de lege ferenda*-Diskussion sorgfältig

⁹⁷ Exemplarisch für diesen Befund etwa die Artt. 1 f., 18 des Europaratsübereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin; dazu einlässlich *Radau*, Die Biomedizinkonvention des Europarates, 2006, S. 213 ff.

⁹⁸ Ur. v. 8.7.2004 (GK), Nr. 53924/2000, EuGRZ 2004, 568.

⁹⁹ Dazu einlässlich *Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 398 ff.

¹⁰⁰ Vo gegen Frankreich, EuGRZ 2004, 568 (575) (Ziff. 82).

¹⁰¹ Vgl. *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, S. 106: Die „verfassungskonforme Auslegung [...] darf das gesetzgeberische Ziel nicht in sein Gegenteil verkehren“.

¹⁰² Das Schrifttum zu diesen Fragen ist kaum mehr überschaubar; lesenswert: *Birnbacher*, Bioethik zwischen Natur und Interesse, 2006, S. 357 ff.; *F. Bydlinki*, Lebensschutz und rechtsethische Begründungen, JBl. 1991, 477 ff.; *Harris*, On Cloning, 2004, S. 113 ff.; *Höffe*, Medizin ohne Ethik?, 2002, S. 70 ff.; *Hoerster*, Zur Rechtsethik des Lebensschutzes, JBl. 1992, 2 ff.; *ders.*, Abtreibung im säkularen Staat. Argumente gegen den § 218, 2. Aufl. 1995; *ders.*, Ethik des Embryonenschutzes. Ein rechtsphilosophischer Essay, 2002; *Joerden*, Menschenleben. Ethische Grund- und Grenzfragen des Medizinrechts, 2003, S. 37 ff.; *Koller*, Personen, Rechte und Entscheidungen über Leben und

tig analysiert und entschieden werden. Letztlich wird es aber vom Willen der politisch Verantwortlichen abhängen, ob das geltende Recht des Embryonenschutzes eine Kurskorrektur erfährt.

Tod, in: Bernat (Hrsg.), Ethik und Recht an der Grenze zwischen Leben und Tod, 1993, S. 71 ff.; *Merkel*, Forschungsobjekt Embryo. Verfassungsrechtliche und ethische Grundlagen der Forschung an menschlichen embryonalen Stammzellen, 2002; *Nida-Rümelin*, Ethische Essays, 2002, S. 369 ff.; *Seelmann*, Haben Embryonen Menschenwürde? Überlegungen aus juristischer Sicht, in: Kettner (Hrsg.), Biomedizin und Menschenwürde, 2004, S. 63 ff.; *Spaemann*, Personen. Versuche über den Unterschied zwischen „etwas“ und „jemand“, 1996; *Strong*, The moral status of preembryos, embryos, fetuses, and infants, *Journal of Medicine and Philosophy* 22 (1997) 457 ff.; *Wooopen*, Substanzontologie versus Funktionsontologie – Wie bestimmen wir den Beginn und die Ansprüche schutzwürdigen menschlichen Lebens?, in: Dierks/Wienke/Eisenmenger (Hrsg.), Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2007, S. 17 ff.

Medizin und Haftung

Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag

Ahrens, H.-J.; von Bar, C.; Fischer, G.; Spickhoff, A.;

Taupitz, J. (Hrsg.)

2009, XIV, 1104 S., Hardcover

ISBN: 978-3-642-00611-1