

**STIFTUNG
FÜR DAS TIER
IM RECHT**

Sitz:

Spitalgasse 9
Postfach 6164
3001 Bern

Geschäftsstelle:

Ilgenstrasse 22
Beim Römerhof
Postfach 218
CH-8030 Zürich
Tel. +41 -(0)1 - 262 67 25
Fax. +41 -(0)1 - 262 67 26
E-Mail: TIR@GRLAW.CH

Bern, Zürich, 30. April 2002

**Bundesgesetz
über die Erfindungspatente
(Patentgesetz, PatG)**

Vernehmlassung zum Vorentwurf 2002

Bericht der Stiftung für das Tier im Recht,
ausgearbeitet von
Dr. iur. Antoine F. Goetschel,
Geschäftsführer und Rechtsanwalt

1. Einleitung

Als eine auf Fragen von Tierschutzrecht und -ethik spezialisierte Organisation verdanken wir die Möglichkeit bestens, uns zum Teilentwurf eines Patentgesetzes vernehmen lassen zu dürfen. Dabei lehnen wird die Patentierbarkeit von Tieren entschieden ab. Nicht zuletzt auf unsere Bestrebungen hin ist die Würde der Kreatur durch die Bundesverfassung weltweit einzigartig geschützt worden. Als konkrete Forderung aus diesem Verfassungsgrundsatz ergab sich das Verbot der Patentierung von Lebewesen als Art. 2 c der eidg. Volksinitiative „zum Schutz von Leben und Umwelt vor Genmanipulation“. Von dieser Grundhaltung abzurücken besteht kein Anlass.

Unsere Organisation bezweckt den Schutz des Tieres. Die Vernehmlassung konzentriert sich deshalb auf das Tier. Doch der Schutz des Menschen liegt uns als Staatsbürger, Steuerzahler und mit ethischen Fragen sich Beschäftigende nicht minder am Herzen. In dieser Funktion lehnen wir alle Forderungen nach einer Patentierung von menschlichen Embryonen, Genen, Gensequenzen, Zellen und Geweben oder ganzen Körpern und der Funktionen dieser Bestandteile nachdrücklich ab.

Im weiteren ist uns der hohe Spezialisierungsgrad des Patentrechts bekannt. Deshalb vermeiden wir Äusserungen zu rechtstechnischen Einzelheiten und erlauben uns eher generelle Überlegungen und Einwände vor dem Hintergrund des Tierschutzrechts und der Ethik der Mensch-Tier-Beziehung.

2. Zur Ablehnung der Patentierung von Lebewesen / Verweisungen

Mit der von uns mitgetragenen gen-schutz-Initiative wurde das Verbot verlangt für „die Erteilung von Patenten für genetisch veränderte Tiere und Pflanzen sowie deren Bestandteile, für die dabei angewandten Verfahren und für deren Erzeugnisse“ (Art. 2 Bst. c des Initiativtextes als Art. 24^{decies} BV). Zum Inhalt der vorliegenden Stellungnahme werden der Einfachheit halber die patent-kritischen Überlegungen erklärt, welche u.a. in „morgen“/Materialienband zur Gen-Schutz-Initiative der Schweizerischen Arbeitsgruppe Gentechnologie SAG (S. 85 - 117), in C. Freudling: Tierpatente in der Schweiz, in: Goetschel (Hrsg.), Recht und Tierschutz, Bern/Stuttgart 1991/3, S. 161 - 199, in der Vernehmlassung der Erklärung von Bern und der Schweizerischen Arbeitsgruppe Gentechnologie SAG und dem SAG-Studienpapier zur Würde der Kreatur zum Ausdruck kommen. Auch schliessen wir uns den trefflichen Darlegungen zur Paten-

tierung von Tieren in Peter Krepper, Die Würde der Kreatur in Gentechnik und Recht, Basel, 1998, S. 401f. und 417 ff. an.

Eine Patentierbarkeit transgener Tiere widerspricht auch den aktuellen Bemühungen um die rechtliche Entsachlichung des Tieres. So wurde am 6. März 2002 die Parlamentarische Initiative Dick Marty vom Ständerat einstimmig gutgeheissen, wonach Tiere im Recht keine Sachen mehr sein sollen. Der Entscheid im Nationalrat ist im Herbst 2002 zu erwarten. Das Patentieren von Tieren kommt einer erheblichen Verdinglichung von Sachen gleich und würde die ethischen Grundgedanken zur Entsachlichung unterlaufen.

So hält auch der bedeutende Tierschutzethiker Gotthard M. Teutsch die Patentierung von Methoden zur Manipulation an der Erbsubstanz als Ausdruck extremer Verdinglichung:

„Insofern ist es durchaus berechtigt, die Patentierung manipulierter Tierstämme zumindest bis zur Klärung aller noch offenen Fragen und möglichen Folgeschäden abzulehnen, auch wenn nicht die Tiere selbst, sondern nur die Methoden ihrer Erzeugung patentiert werden sollen. Ausserdem ist anzunehmen, das auch die Methoden selbst schöpfungsethisch oder nach Albert Schweitzers Ethik unzulässig sind“

(in: Die Würde der Kreatur - Erläuterungen zu einem neuen Verfassungsbegriff am Beispiel des Tieres, mit einem Vorwort von Antoine F. Goetschel, Bern, Stuttgart, Wien, 1995, S. 44).

3. Grundsätzliche Einwände gegen die Patentierung von Tieren

Das Patentsystem ist nur sehr schlecht auf belebte Materie anwendbar. Erst mit dem Aufkommen der Gentechnik begann die Industrie, eine Ausweitung auf lebende Organismen zu fordern. Dies wird nun mit der vorliegenden Gesetzesvorlage angestrebt. Dabei werden die entscheidenden ethischen, rechtsethischen und gesellschaftspolitischen Aspekte in den Wind geschlagen.

Die Schweiz als einziges Land mit dem Verfassungsgrundsatz der Würde der Kreatur (Art. 120 Abs. 2 BV) hat sich damit zu einem weit grossherzigeren Verhältnis zum Tier bekannt als andere Staaten, welche etwa den Tierschutz, wie Deutschland, nicht einmal als Verfassungsgut kennen. Um so höher sind die Anforderungen an die Schweiz, dem neu verstandenen Tierschutz auch tatsächlich nachzuleben. So etwa durch eine strengere Tierschutzgesetzgebung, durch Einführung von Tieranwälten nach dem ein-

wandfreien Beispiel eines Kantons, durch Abkehr vom Sachstatus am Tier auf breitester Ebene, und eben durch die Abkehr vom Patentieren von Lebewesen.

Nötigenfalls sind andere Rechtsstrukturen anstelle der Patentierung heraus zu schälen, die mit der kreatürlichen Würde eines Tieres vereinbar sind. Neue Fragen warten auf neue Antworten, und die EKAH-Vorschläge gehen in diese Richtung.

4. Zum Entwurf des Bundesgesetzes über die Erfindungspatente (Patentgesetz PatG)

ad Ingress

Der Hinweis auf die Artikel 122 und 123 BV greift zu kurz. Unter Hinweis auf die nachstehenden Ausführungen zur Würde von Mensch und Tier müssen als weitere Verfassungsgrundlagen auch Art. 7 und Art. 119 BV (Menschenwürde) und Art. 120 BV („Würde der Kreatur“ in Abs. 2) neben Art. 80 BV (Tierschutz) angeführt werden.

ad Art. 2 Abs. 1

Die in Art. 2.1. des Gesetzesentwurfes vorgeschlagenen Ausschlüsse von der Patentierung halten wir aus tierethischer Sicht für unakzeptabel schwach. In Anlehnung an die Verfassungsbestimmungen über die Menschen- und die tierliche Würde sind ausdrücklich auch *„Erfindungen, deren Verwertung gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten, gegen die Menschenwürde und gegen die Würde der Kreatur verstossen würden“*, von der Patentierung auszuschliessen.

Im Bereich des Menschenschutzes verwahren wir uns gegen Verfahren zum Klonen menschlicher Lebewesen, und zwar in den Bereichen des reproduktiven wie auch des sog. therapeutischen Klonens. Auch schliessen wir uns der Forderung nach einem Patentierungsverbot beim Verwenden menschlicher Embryonen an.

insbesondere ad Art. 2. Abs. 1 Bst. d

Im Bereich der Tiere halten wir die in Art. 2.1.d aufgestellte „Schranke“ für untragbar löchrig: Danach sollen von der Patentierung lediglich Verfahren zur gentechnischen Veränderung von Tieren ausge-

geschlossen werden, die geeignet sind, Leiden zu verursachen und die "keinen wesentlichen Nutzen für Mensch oder Tier mit sich bringen".

a) Leiden

Zum Leidensbegriff führt der bald erscheinende Kommentar zum deutschen Tierschutzgesetz folgendes aus (Kluge, Goetschel et al, Kohlhammer-Verlag, 2002, Rn 23, 30 und 39 zu § 1 TierSchG):

„Leiden erfährt das Tier durch jede instinktwidrige, vom Tier als lebensfeindlich empfundene Einwirkung und sonstige Beeinträchtigung seines Wohlbefindens (VGH Mannheim NuR 1994, 488). Betroffen sind alle nicht bereits vom Begriff des Schmerzes umfassten Beeinträchtigungen im Wohlbefinden, die über ein schlichtes Unbehagen hinausgehen und eine nicht ganz unwesentliche Zeitspanne fortauern (BGH NJW 1987, 1833 f; Lorz TierSchG § 1 Rn 27; OLG Düsseldorf NuR 1994, 517; OLG Frankfurt NSTz 1985, 150 f). Der Grad der Belastung des Tieres muss nicht nachhaltig sein (VGH Mannheim, OLG Düsseldorf und BGH jeweils aaO; aM BT-Dr VI, 2559, S 10 und BT 10/3158, S 18 sowie VGH Mannheim NJW 1986, 396 f). Das Verbot, dem Tier Leiden zuzufügen, umfasst auch die Angst. Sie bezeichnet die emotionale und verhaltensmässige Reaktion auf eine Bedrohung. Im weiteren Sinne gehören dazu auch Furcht, Schrecken, Panik, Todesangst, die in starkem Maße Stress erzeugen und das Wohlbefinden des Tieres nachhaltig stören (vgl auch Teutsch [38]123). In den völkerrechtlich verbindlichen Europäischen Übereinkommen zum Schutz der Heimtiere (Art 3), der Versuchstiere (Art 5) und der Schlachttiere (Art 4) ist ausdrücklich auch die Vermeidung von Angst genannt, ebenso im Schweizer Tierschutzgesetz (Art 2). Die Einbeziehung der Angst in den Begriff der Leiden ist auch aufgrund der gebotenen völkerrechtskonformen Auslegung des Gesetzes nach Art 5 Abs 3 des Europäischen Übereinkommens zum Schutz der Versuchstiere und nach Art 3 Abs 1 des Europäischen Heimtierübereinkommens geboten.

Auch Störungen des seelischen Wohlbefindens des Tieres können im Rechtssinne Leiden darstellen, weil das Tier in seiner abhängigen, gefährdeten Situation angemessenen Schutz benötigt (so treffend VGH Mannheim NuR 1994, 488). Anhaltendes Fluchtverhalten von Vögeln mit panikartigem Umherfliegen, weil Kunden sich den Tieren ohne Abschränkung sowie bei Unterschreitung einer für die Tiere notwendigen Fluchtdistanz nähern, kennzeichnen die Zufügung von Leiden. Gerade Zoohandelstiere, die ohnehin verschiedenen unvermeidbaren Beeinträchtigungen ihres Wohlbefindens ausgesetzt sind, müssen um so mehr vor vermeidbaren Belastungssituationen geschützt werden (VGH Mannheim aaO). Dieser Gedanke lässt sich auch auf andere Problembereiche übertragen (zB Tier-

transporte).

Die Intensität und/oder Dauer der dem Tier zugefügten Schmerzen oder Leiden ist von besonders hoher Bedeutung. Das gilt einerseits für die schon erwähnte Abgrenzung zum "schlichten Unbehagen", andererseits auch für die Erfassung von "Schmerzen oder Leiden" im Verhältnis zu "anhaltenden oder sich wiederholenden erheblichen Schmerzen oder Leiden" gem § 7 Abs 3 und § 17 Nr. 2b des Gesetzes. Je stärker artgemäßes Verhalten der Tiere nicht mehr ausgeübt werden kann, je länger dies dauert und je zwingender die unterdrückten Verhaltensweisen im Tier angelegt sind, desto mehr treten Funktionsstörungen, insb Verhaltensstörungen auf und umso schwerwiegender sind die zugefügten Leiden (vgl Teutsch [38] 123). Die bei Wirbeltieren, insb Säugetieren, vorhandenen nicht verbalen Schmerzreaktionen weisen auf ein schmerzreizaufnehmendes und -verarbeitendes (nozizeptives) System hin (vgl Bernatzky, BvT 47). Bei höheren Säugetieren ist die mit dem Menschen homologe (identische) morphologische und funktionelle Struktur des Zentralnervensystems zu beachten. Auch Vögel verfügen über ein hohes Empfindungsvermögen."

Daraus ergeben sich erhebliche Interpretationsspielräume in der Praxis über die Frage, ob ein Tier im Sinne der patentrechtlichen Bestimmung „leidet“ oder nicht. Es wird für den Prüfenden einer Patentanmeldung oder den Richter auf dem Klageweg praktisch unmöglich sein, einwandfrei festzustellen, ob ein Tier leidet oder nicht.

Bei dieser Formulierung verkennt der Patentgesetzgeber den Schutzbereich des Tierschutzgesetzes. Dieses schützt Tiere vor Schmerzen, Schäden und Ängsten wie auch vor Leiden (Art. 2 TSchG). Eine Reduktion auf den Leidensbegriff unter Ausschaltung der anderen Schutzobjekte ist nicht zulässig und widerspricht dem Grundsatz einer kohärenten Gesetzgebung. Hinzu fällt auf, dass der verfassungsmässige Begriff der kreatürlichen Würde mit keinem Wort als Schutzobjekt Erwähnung findet, was bei einem Verfassungsbegriff nicht toleriert werden kann.

b) Der fehlende Nutzen

Das Patentieren von Tieren soll ausgeschlossen werden, wenn das Verfahren überdies "keinen wesentlichen Nutzen für Mensch oder Tier mit sich" bringt.

Das Fehlen eines „wesentlichen Nutzens für Mensch oder Tier“ ist kein taugliches Kriterium zum Ausschluss von Patenten. Die Bestimmung fällt gar hinter Art. 61 Abs. 3 der eidg. Tierschutzverordnung zurück, wonach

ein Tierversuch u.a. dann nicht bewilligt werden darf, wenn er in keinem Zusammenhang mit der Erhaltung oder dem Schutz des Lebens und der Gesundheit von Mensch und Tier steht, wenn er keine neuen Kenntnisse über grundlegende Lebensvorgänge erwarten lässt und auch nicht dem Schutz der natürlichen Umwelt oder der Verminderung von Leiden dient (Bst. b). Wenn das Patentieren von Tieren von der Mehrheit der Bevölkerung - entgegen unserer ausdrücklichen Überzeugung - gleichwohl zulässig sein soll, dann bloss als ultima ratio. So soll sie unzulässig sein, wenn sie weder für die Erhaltung menschlichen oder tierlichen Lebens noch für die Heilung oder Linderung erheblichen Leidens eine entscheidende Bedeutung hat (vgl. Goetschel, Kommentar zum eidg. Tierschutzgesetz, 1986, S. 292f.).

Die Prüfungsbehörde wird beim Entscheid über die Patentierbarkeit überfordert sein festzustellen, ob sie „keinen wesentlichen Nutzen für Mensch oder Tier mit sich bringt“. Die Schranke ist somit durch konkretere Parameter höher zu legen, sofern überhaupt ein Patentieren von Tieren nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden soll.

c) Zur Würde der Kreatur

Verfassungsinterpretation

Bekanntlich schützt die Bundesverfassung nun in Art. 120 Abs. 2 BV die Würde der Kreatur. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist namentlich auf die *historische Auslegung* einer Verfassungsbestimmung abzustellen, nämlich auf den Sinn, welchen man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Im Rahmen der subjektiv-historischen Auslegung kommt es auf den subjektiven Willen des konkreten historischen Gesetzgebers an (vgl. Bundesgerichtsentscheid BGE 96 I 771; 109 Ib 2 293 ff.). Dabei wird der Sinn beigezogen, welchen - vereinfacht dargetan - die Promotoren eines Verfassungsbegriffs im Zeitpunkt der Aufnahme in die Verfassung beigelegt haben. Bei der objektiv-historischen Auslegung ist die Bedeutung massgebend, welche eine Norm aufgrund allgemein herrschender Auffassungen zur Zeit ihrer Entstehung erhält (vgl. BGE 107 Ia 236 ff.; BGE 93 I 180 f.).

Im Rahmen der zwingend zu berücksichtigenden *historischen Auslegung* der Bundesverfassung und auch unter Berücksichtigung des Methodenpluralismus (vgl. BGE 105 Ib 56; 110 Ib 8) und gestützt schliesslich auf die bisherige ethische Konzeption der Tierschutzgesetzgebung (vgl. Bottschaft des Bundesrates zum Tierschutzgesetz, Bundesblatt 1977 1 1084 und 1086; hierzu u.a. Goetschel, 1989, 31) ist verstärkt auf die *biozentrische Sichtweise* abzustellen. Danach ist das Tier im Rahmen der

Interessenschutztheorie nicht mehr bloss vor Schmerzen, Leiden, Schäden und Ängsten zu schützen (Bundesblatt BBl 1972 II 1479; Goetschel, 1986, S. 14 - 16). Die neue Verfassungsbestimmung schützt das Tier - darüber hinaus - in seinem Selbstzweck. Danach sind Tiere in ihrer Mitgeschöpflichkeit und in ihrem Eigenwert zu anerkennen, womit Tiere nicht überwiegend zu menschlichen Zwecken verwendet werden dürfen. Zu schützen sind auch die individuellen Interessen der Tiere an Leben, Selbsterhalt und artgemässer Selbstentfaltung (Integrität). Und menschliche Eingriffe in die Integrität des Tieres verletzen es in seiner Würde. Historischer Ausgangspunkt der Verfassungsbestimmung bildete das Ende der Achtziger Jahre erkannte Bedürfnis, das Tier vor Missbräuchen der Gentechnologie mit seiner Eingriffstiefe zu bewahren und ihm einen schützenswerten Kern zuzusprechen, der nicht verletzt werden darf.

Zur kreatürlichen Würde in der Tierethik

Tierschutz hat seit 1973 Verfassungsrang in der Schweiz (Art. 25^{bis} BV, jetzt Art. 80 neu BV). Grundlage der eidgenössischen Tierschutzgesetzgebung bildet der ethische oder direkte Tierschutz, bei welchem das Tier als lebendes und fühlendes Wesen, mithin als Mitgeschöpf des Menschen anerkannt und als Selbstzweck geschützt wird. Seine Achtung und *Wertschätzung* stellt für den durch seinen Geist überlegenen Menschen ein moralisches Postulat dar (Botschaft Tierschutzgesetz, BBl 1977 I 1084 und 1086; Teutsch (1986), 59f.; Goetschel (1986), 14f.; Goetschel (1989), 20f.; Bundesgerichtsentscheid BGE 115 IV 248 ff.). Dabei hat sich der Bundesrat an verschiedenen Stellen ausdrücklich zur Position Albert Schweitzers, also zum gemässigten Biozentrismus, bekannt.

Damit ist bereits mit dem Tierschutzartikel seit 1973, und erst recht mit dessen Ergänzung mit dem Begriff der kreatürlichen Würde davon auszugehen, dass der Mensch moralisch verpflichtet ist, auf das Tier um seiner selbst willen Rücksicht zu nehmen. Der indirekte oder anthropozentrische Tierschutz bildete die Grundlage für den direkten oder ethischen Tierschutz; und dieser wiederum lässt sich in die Interessenschutztheorie, die Tierrechtstheorie und in die Theorie der geschöpflichen Würde aufteilen (vgl. Goetschel (1989), 28-33, mit Hinweisen). Die auf Karl Barth zurückgehende Theorie der geschöpflichen Würde ist als *Weiterentwicklung* des Schutzes der physischen Integrität des Tieres und der Interessenschutztheorie zu verstehen. Jeder direkte Bezug auf die Interessenschutztheorie oder gar auf den anthropozentrischen Tierschutz käme heute einem *erheblichen Rückschritt* hinter die schon heute massgebenden tierschutzethischen Grundlagen der geltenden Tierschutzgesetzgebung gleich.

Zum Kerngehalt der kreatürlichen Würde

Die *systematische Auslegung* der Bundesverfassung kann unter Umständen zu Schlüssen führen, welche in der bisherigen Debatte rund um den Kerngehalt vernachlässigt worden sind (vgl. BGE 105 I b 228; BGE 108 Ib 217 ff.). Die Verfassungsbestimmung von Art. 120 Abs. 2 BV (früher Art. 24^{novies} Abs. 3 BV) weist den Bund nämlich an, der Würde der Kreatur sowie der Sicherheit von Mensch, Tier und Umwelt *Rechnung zu tragen*. Systematisch gesehen, stehen Würde der Kreatur und *Sicherheit des Menschen* als Rechtsgüter auf der *gleichen Stufe*. Richtigerweise leitet man rechtswissenschaftlich aus dieser Formulierung einen *unbedingten Schutz* des Menschen in dessen Sicherheitsanspruch ab (u.a. Praetorius/Saladin (1996), 89). Da bei der vom Bundesgesetzgeber gewählten und vom Volk angenommenen Verfassungsbestimmung beide Schutzobjekte auf derselben Stufe stehen, bedürfe es einer überzeugenden Erklärung dafür, dass nach systematischer Auslegung der Verfassung, die „Würde der Kreatur,“ im Prinzip verletzt werden dürfe, die Sicherheit des Menschen aber unbedingten Schutz genieße.

Somit erscheint es nicht zum vornherein einsichtig, wenn in der Diskussion u.a. wie selbstverständlich davon ausgegangen wird, der inhärente Wert von Lebewesen „gegen den Wert anderer Güter abgewogen werden dürfe“. Die Diskussion um Inhalt und Tragweite des Kerngehalts ist noch nicht abgeschlossen. Teilaspekte bilden etwa Überlegungen, ob:

- der Kerngehalt etwa als *Eigenwert* des Tieres als selbständig lebensfähiges Wesen mit je nach Entwicklungsgrad mehr oder weniger ausgeprägter Empfindungs- und Leidensfähigkeit umschrieben werden sollte;
- der Kerngehalt der kreatürlichen Würde eindeutig dann verletzt sei, wenn das Tier nicht mehr als Lebewesen, sondern lediglich als *Objekt für menschliche Zwecke* verstanden wird (z.B. als reines Forschungsobjekt oder als reines Produktionsmittel);
- der Kerngehalt der kreatürlichen Würde (wie derjenige der Menschenwürde) unantastbar sei und ob eine Verletzung der Tierwürde stets widerrechtlich sei, wenn der Eingriff in die Integrität des Tieres faktisch zu einer Verneinung seiner Mitgeschöpflichkeit und seines Eigenwerts führt;
- solche Eingriffe nicht ausnahmslos zu verbieten seien und bei allen anderen weniger schwerwiegenden Eingriffen die betroffenen Interessen des Tieres gegenüber den Interessen am Eingriff abzuwägen seien;

- die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die kreatürliche Würde auf Eingriffe in tierische Keimzellen, embryonale Stammzellen und Embryonen zu gewährleisten sei;
- sich die Würde der Kreatur mit Gewinn begrifflich in den tierlichen Schutzanspruch auf Eigenwert, selbständige Lebensfähigkeit, artspezifisches Verhalten und Geno- und Phänotyp oder in andere sich aufdrängende Kriterien zu unterteilen sei.

Vor diesem Hintergrund stellt sich zwingend die Frage, ob das Patentieren von Tieren nicht als Eingriff in den Kerngehalt des Eigenwertes eines Lebewesens eingreift und damit einer Verfassungsverletzung gleichkommt.

„Würde der Kreatur“ als allgemeiner Verfassungsgrundsatz

Die Eidgenossenschaft hat sich mit der Aufnahme des Begriffs der kreatürlichen Würde in der Bundesverfassung die wichtige Aufgabe gesetzt, einen stärkeren Ausgleich zwischen den Interessen der Tiere und Pflanzen mit denjenigen des Menschen anzustreben. Dies kommt im systematischen Zusammenhang der neuen Verfassungsbestimmungen zwar nicht sehr deutlich zum Ausdruck. Der Fehlschluss liegt nahe, den Bund bloss im Bereich der Gentechnologie an Tieren und Pflanzen an die kreatürliche Würde gebunden zu wissen, da sich die Verfassungsbestimmung bloss darauf erstreckt (Art. 120 Abs. 2 BV). Hingegen besteht in der juristischen Lehre Einigkeit darüber, dass die Würde der Kreatur in allen Bereichen der Rechtsordnung gilt, zu beachten und zu konkretisieren ist (u.a.. Praetorius/Saladin, 1996, S. 90 - 121). Auch ist der Verfassungsbegriff direkt anwendbar; jede Behörde des Landes muss in ihrem täglichen Handeln der Würde der Kreatur und des Menschen Rechnung tragen. Als Interpretationskriterium hat der Grundsatz der kreatürlichen Würde in jedes Urteil von Gericht oder Verwaltung Eingang zu finden (Saladin, 1993, 61; a.M. Geissbühler, 2001, 237).

So können wir die Meinung von Bachmann/Schaber in NZZ vom 23./24.2.2002, S. 91 keinesfalls teilen, eine Patentierung von Tieren sei mit ihrer kreatürlichen Würde durchaus vereinbar. Die Verfasser räumen selber ein, die Patentierung schreibe den Lebewesen „Warencharakter“ zu. Und gerade diese Grundeinstellung ist mit dem Begriff der kreatürlichen Würde unvereinbar. Gehen nicht die Bestrebungen des Gesetzgebers gerade dahin, dem Tier (vielleicht später auch der Pflanze?) den „Warencharakter“ im Recht, namentlich im Zivil- und Strafrecht abzustreifen?

Zwar sind noch viele Fragen rund um Inhalt und Tragweite des neuen Begriffs offen. Doch vielleicht macht ein Vergleich mit dem Verfassungsbegriff der Menschenwürde deutlich, dass eine glasklare Umschreibung und Definition für die Umsetzung des Grundgedankens nicht zwingend erforderlich ist (Art. 7 und Art. 119 nBV; früher Art. 24^{novies} BV): „Kein verfassungsrechtlicher Text vermag irgend ein Absolutes verfügbar machen. (...). Menschenwürde entzieht sich in der Offenheit ihrer Erscheinungsformen einer abschliessenden positiven Festlegung. Ihr Gehalt erschliesst sich uns vor allem in ihrer Negation, d.h. in Akten der Verletzung, der Diskriminierung, der Schikane, der Beleidigung.“ Die Menschenwürde wird primär über den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz oder über ein Diskriminierungsverbot realisiert (Müller, J.P., Grundrechte in der Schweiz, 4f.).

Die schweizerische Gesetzgebung hat noch einen langen Weg vor sich, der Würde des Tieres in allen seinen Facetten Rechnung zu tragen. In der anstehenden Revision des Patentrechts hat er dies durch ein ausdrückliches Verbot der Patentierung von Tieren und Pflanzen zu erfüllen.

Transgene Versuchstiere als Verstoss gegen die kreatürliche Würde?

Aufgrund der kurzen Verfassungsgeschichte des Begriffs der kreatürlichen Würde stellt sich die Frage primär, ob genetisch veränderte Tiere hergestellt, gehalten und verwendet werden dürfen. Die Auffassungen hierüber fallen unterschiedlich aus, wobei die Stimmen nicht verstummen, transgene Tiere als gesetzgeberischen Sonderfall zu bezeichnen und einem Verbot den Boden zu ebnen, namentlich im Hinblick auf die Verwendung der transgenen Versuchstiere, wenn die Transgenität einmal gelingen sollte, in der Landwirtschaft.

So wird etwa auch die Auffassung vertreten, die Integrität des Genoms mit dem individuellen schützenswerten Gut eines Tieres gleichzusetzen (Rolston, 1988, S. 98 ff.). Bekanntermassen hat sich die - abgelehnte - Volksinitiative „zum Schutz von Leben und Umwelt vor Genmanipulation“ für ein Verbot von Herstellung, Erwerb und Weitergabe genetisch veränderter Tiere ausgesprochen und damit den Minderheitsantrag Stocker/Ulrich/Seiler weiter getragen (vgl. den in der Volksabstimmung abgelehnten Art. 24^{decies} Abs. 2 Bst. a BV; Praetorius/Saladin, S. 50). Mit dieser Auffassung wird die Herstellung transgener Tiere einem Verstoss gegen die kreatürliche Würde gleichgesetzt .

Damit geht nicht zwingend eine Reduktion von Lebewesen auf deren Gengut ein; dieses bildet bloss einen, wenngleich sehr wichtigen Teil der Identität und Individualität eines Lebewesens. Selbstredend sind Ver-

stösse gegen die kreatürliche Würde auch durch andere Verhaltensweisen des Menschen denkbar. So stören nach Auffassung der Kommentatoren des deutschen Tierschutzgesetzes die geschöpfliche Würde des Tieres u.a. das Reizen von Tieren, das Hervorrufen von Wut, das Ärgern oder Verkleiden von Tieren, wie auch das Abrichten von Zirkustieren oder besondere Formen der Schaustellung (Elefant im Nachtclub) oder das Verscheuchen von Tieren, dass sie nicht mehr zum Schwarm oder zur Herde zurückfinden (Lorz/Metzger, S. 105). Zahlreich sind auch die von G.M. Teutsch aufgrund von Literaturstudien herausgearbeiteten Anwendungsfälle, bei welchen die Würde der Kreatur gefährdet oder verletzt werden kann (Teutsch (1995), 43-46; auch Goetschel (1997b) 349-351).

Ethisch stark umstritten ist auch das Klonen von Tieren (hierzu Goetschel, 2000) und die Xenotransplantation (statt vieler: Engels, 1999). Im Bereich der klassischen Tierversuche ist unter dem Aspekt möglicher Würdeverletzung u.a. folgenden Parametern Rechnung zu tragen: Innovation, Verhältnismässigkeit der Versuchstierzahl, keine Belastung über Schweregrad 2 gemäss geltender Tierschutzgesetzgebung in einschliesslich Richtlinien, keine gentechnische Veränderung an Menschenaffen und allfälligen anderen dem Menschen besonders nahe stehenden Tieren (Hunds- und Breitnasenaffen, Pferde, Hunde, Katzen, Rinder, Schweine; u.U. problematische Ausgrenzungen von Tierarten), hohe Anforderungen an Alternativlosigkeit und Ablehnen bestimmter Forschungsziele (z.B. Kosmetika, Waschmittel, Waffen, Lifestyle-Produkte wie Potenzmittel, Schlankheitsmittel oder gegen Haarausfall, oder zur Entwicklung von Nachahmerprodukten).

Unter den Aspekten der „Erniedrigung“ und dem „Ausleben von Fähigkeiten“ wären sämtliche Haltungsbedingungen von Versuchstieren zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen (insb. von Mäusen, Ratten, Meeresschweinchen, Kaninchen, Haushühnern, aber auch von Katzen, Hunden und Affen). Namentlich zu überprüfen wären Käfigabmessungen, Reizarmut, Monotonie der Haltung und Sozialkontakte. Abweichungen von den allgemeinen Tierhaltungsvorschriften sollen unzulässig sein (Art. 58a TSchV), da sich eine Ungleichstellung von Versuchs- und anderen Tieren verbietet. Die Umsetzung der kreatürlichen Würde auf Versuchstiere wäre weiter zu vertiefen und gegebenenfalls in der Grundlagen- und angewandten Forschung zu differenzieren.

Dürfen Gene patentiert werden?

Die kürzlich veröffentlichte Studie *"Dürfen Gene patentiert werden?"*, die im Auftrag der Eidgenössischen Ethikkommission im Ausserhumanbereich (EKAH) vom Ethikzentrum der Universität Zürich verfasst wurde,

kommt zum Schluss, dass weder Gene noch deren Funktionen patentiert werden dürfen, da es sich hierbei nicht um eine "Erfindung" handelt. Laut der Studie gibt es verschiedene Dinge, die in der Natur so nicht vorkommen, ohne patentierbar zu sein. Ein Tiger im Käfig kommt so in der Natur nicht vor und verdankt sich menschlichem Tun. Patentierbar ist allenfalls die Einfangmethode und der Käfig selbst, nicht aber die Käfighaltung von Tigern. Die Trennung zwischen Genen als nicht patentierbare Grössen und isolierten Genen als patentierbare ist legalistische Willkür. Isolierte Gene und Gensequenzen sind genauso wenig Erfindungen wie nicht-isolierte Gene und Gensequenzen."

Die Autoren der Studie führen aus, dass die dem Patentgesetz zugrunde liegende Unterscheidung von (nicht patentierbaren) Entdeckungen und (patentierbaren) Erfindungen normativen Charakter hat - sie kann also nicht einfach wegdefiniert werden. Als wichtige Gründe, an dieser Unterscheidung festzuhalten, zählen die Autoren auf:

- Nützlichkeitsaspekte: Die Patentierung von Entdeckungen wirkt sich forschungshemmend aus, weil dadurch die freie und offene Kommunikation behindert wird;
- mit dem Geist der Wissenschaft sei unvereinbar, auch Entdeckungen zu patentieren; dieser ist massgeblich durch die Abwesenheit persönlicher Interessen und durch kommunikative Offenheit charakterisiert;
- Das Entdeckte sei *Allgemeingut der Menschheit*. Gene und Zellen sind gemeinsames Erbe der Menschheit. Zu diesen Ressourcen sollen alle Zugang haben. Die Nutzung des entdeckten Gegenstandes durch eine Firma darf nicht die Möglichkeit einschränken, dass andere diesen Gegenstand ebenfalls nutzen dürfen;
- Die Einschränkung der Patentierung auf Erfindungen reflektiert auch den Wert, den wir schöpferischen Tätigkeiten zuschreiben.

Zu diesem Schluss kommt auch eine Studie, die im Auftrag der UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation) erstellt wurde: Wenn Gene patentierbar sind, dann "*ist die Unterscheidung zwischen Entdeckung und Erfindung wegdefiniert worden.*"

Somit fordern wir ein generelles Patentierungsverbot von „Verfahren zur Veränderung der genetischen Identität von Tieren“.

ad Art. 2 Abs. e (neu)

Unter Hinweis auf die grundsätzliche Gleichwertigkeit der Würde des Menschen mit derjenigen der kreatürlichen Würde (Art. 119 Abs. 2 und 120 Abs. 2 BV), auf die einschlägige Literatur hierzu und in Anlehnung an Art. 2 Abs. 1 Bst. a - c des vorliegenden Entwurfes verlangen wir im weiteren ein ausdrückliches Patentierungsverbot:

- für Verfahren zum Klonen tierlicher Lebewesen;
- für Verfahren zur Veränderung der in der Keimbahn enthaltenen genetischen Identität des tierlichen Lebewesens, und
- für die Verwendung tierlicher Embryonen zu industriellen oder kommerziellen Zwecken.

ad Art. 2 Abs. 2a (neu)

Mit derselben Begründung verlangen wir, dass der tierliche Körper als solcher in den einzelnen Phasen seiner Entstehung und Entwicklung von der Patentierung vorbehaltlos ausgeschlossen sein muss.

ad Art. 2 Abs. 3. Bst. a

Das Schweizer Patentgesetz verbietet das Patentieren von Pflanzensorten und Tierrassen. Der Entwurf zum Patentgesetz definiert neu, wie dieses Verbot umgangen werden kann: Die Patentierung vieler Pflanzensorten soll erlaubt sein, die Patentierung einer einzigen Pflanzensorte hingegen nicht. Die Antragsteller müssen also das Patent so breit formulieren, dass das Patent viele Pflanzensorten oder Tierrassen umfasst und sich nicht auf eine einzige Sorte oder Rasse beschränkt. Diese juristischen Spitzfindigkeiten zur Umgehung des Patentierungsverbotes von Pflanzensorten und Tierrassen sind abzulehnen. Schützenswert ist und bleibt die Absicht der ursprünglichen Verfasser des Patentrechts, Tiere und Pflanzen von der Patentierung generell auszuschliessen. Deshalb dürfen Pflanzen, Tiere und deren Bestandteile (Gene, Gensequenzen, Zellen, Gewebe u.a.m.) nicht patentiert werden.

ad Art. 2 Abs. 3 Bst. b

Soweit Verfahren der Chirurgie, Therapie und Diagnostik, die am menschlichen oder am tierlichen Körper angewendet werden, von der Patentie-

rung ausgeschlossen sind, schliessen wir uns dem Gesetzesvorschlag an. Auszuweiten ist dieses Verbot aber auch auf Therapieverfahren ausserhalb des tierlichen Körpers, namentlich im Zusammenhang mit somatischer Genterapie.

ad Art. 9

Wir verwahren uns gegen das Patentieren von Lebewesen, von Tieren im speziellen. Wenn überhaupt, soll eine solche allerhöchstens im äussersten Notfall möglich sein, wobei die Güter nach den oben dargelegten Überlegungen gegeneinander abzuwägen sind. Bloss in diesem Zusammenhang liesse sich eine solche Patentierung denken. Dieser Vorstellung liefe ein Patentschutz zuwider, welcher Verfahrenspatente im Bereich der Biotechnologie nicht nur auf die unmittelbar aus dem Verfahren entstandenen Produkte erstreckt, sondern auch alle nachfolgenden Generationen mit einschliesst. Damit würde der Patentschutz uferlos ausgeweitet.

ad Art. 35 Bst. b

Die Zucht von Tieren bildet Gegenstand der Revision des Tierschutzgesetzes. Darin schlägt der Bundesrat etwa folgendes vor, wobei wir uns auch zur dortigen Fassung im Rahmen der nachfolgend eingefügten einschlägigen Vernehmlassung kritisch äussern:

ad 2. Abschnitt: Tierzucht und gentechnische Veränderungen (Revision TSchG)

ad Art. 9 Züchten und Erzeugen von Tieren (Revision TSchG)

Abs. 1. „Die Anwendung natürlicher ... Schäden, Ängste¹⁾ oder Verhaltensstörungen verursachen oder auf andere Weise in ihrer Würde verletzen²⁾; vorbehalten bleiben die Bestimmungen über die Tierversuche.“

Begründung der Revisionsvorschläge

¹⁾ Die Ängste gehören in ein in sich abgeschlossenes Begriffspaket der Belastungen am Tier im Sinne von Art. 4 Abs. 2 TSchG-Entwurf. Einer fehlenden Deckungsgleichheit ist vorzubeugen, weshalb das Tier, wie durchwegs im Tierschutzrecht, auch vor Ängsten zu schützen ist, klarerweise auch im Zuchtbereich.

²⁾ Die kreatürliche Würde ist ein direkt anwendbarer Verfassungsgrundsatz. Er bindet auch die Tierzüchter. Ähnlich wie beim Umgang mit Schmerzen darf die Zucht ein Tier - im Rahmen von Art. 9 Abs. 1

TSchG-Entwurf - nicht in seiner Würde verletzen; und zwar ganz grundsätzlich nicht und unabhängig von der vom Bundesrat auszuarbeitenden konkretisierenden Kriterien. Vollzugsbehörden etwa sollen gegen Aussteller von Tieren einschreiten können, welche offensichtlich erniedrigt und der Lächerlichkeit preisgegeben werden, u. s. f.

Im Bereich der Zucht von Heim- und Hobbytieren ist die baldige Einführung eines Zuchtartikels zu fordern, welcher nicht bloss „Defektzuchten“ ähnlich § 11b des deutschen TierSchG in der Fassung vom 29. Mai 1998 verbietet, sondern das Tier auch in seinem Erscheinungsbild schützt. Überdies ist unter dem Aspekt der Würdeverletzung das Töten von Heim- und Hobbytieren zu überdenken, so die Ahndung u. a. des Letalfaktors (das sind Erbanlagen, die den Tod kurz vor oder nach der Geburt eines Tieres verursachen) und des Tötens überzähliger Tiere aus ökonomischen oder pragmatischen Gründen.

ad Art. 10 Bewilligungspflicht für gentechnisch veränderte Tiere

Abs. 2. „Der Bundesrat kann nach Anhören der ... Kommission für Tierversuche festlegen, ob eine Güterabwägung beim Erzeugen, Züchten, Halten und Verwenden gentechnisch veränderter Tiere stattfinden darf und gegebenenfalls welche Güter gegeneinander abgewogen werden dürfen. Die Würde des Tieres wird namentlich missachtet, wenn artspezifische Eigenschaften oder Lebensweisen erheblich beeinträchtigt werden. Als allfällige Rechtfertigungsansprüche für gentechnische Veränderungen an Tieren gelten einzig die Unvermeidbarkeit und Existenznotwendigkeit.“

Begründung der Revisionsvorschläge

Aufgrund der Verfassungsbestimmung ist nicht klar entschieden, ob die Würde eines Tieres überhaupt verletzt oder beeinträchtigt werden darf, m. a. W. ob eine Güterabwägung überhaupt Platz greift oder nicht. Im Einklang zur Diskussion im Schosse der Gen-Lex und den Revisionsvorschlägen zu den Bestimmungen im Gentechnik-Gesetz bzw. im Umweltschutzgesetz sind die Kriterien an eine - allfällige - Güterabwägung sehr hoch anzusetzen, aufgrund der angesprochenen noch offenen Fragen also wesentlich höher als bei anderen Güterabwägungen üblich.

ad Abs. 10 Bewilligungspflicht für gentechnisch veränderte Tiere

Abs. 3 „Er kann Ausnahmen von der Bewilligungspflicht ... oder die Zucht bedingten Schmerzen, Leiden, Schäden, Ängste¹⁾ oder Verhaltensstörungen auftreten ...

Begründung der Revisionsvorschläge

¹⁾ Die Ängste gehören in ein in sich abgeschlossenes Begriffspaket der Belastungen am Tier im Sinne von Art. 4 Abs. 2 TSchG-Entwurf. Einer Inkongruenz ist vorzubeugen, weshalb das Tier, wie durchwegs im Tierschutzrecht, auch vor Ängsten zu schützen ist, klarerweise auch im Bereich der Erzeugung und Zucht gentechnisch veränderte Tiere.

Vor diesem Hintergrund ist das sog. Züchterprivileg zu sehen: Der freie Zugang zu den genetischen Ressourcen für Tierzucht, Landwirtschaft und Ernährung ist der Grundpfeiler der Züchtung, somit ein wichtiger Beitrag zur langfristigen Ernährungssicherung und der Mensch-Tier-Beziehung. Sollte im Zuchtbereich über den Umweg des Patentschutzes das Auszüchten von Gendefekten verunmöglicht werden, so wird damit eine unerwünschte Tierschutzwidrigkeit gefördert. Wir beantragen deshalb, dass der freie Zugang zu genetischem Material für die Weiterzüchtung vollumfänglich und ohne die Einführung von Lizenzgebühren garantiert wird. Damit unterstützen wir eine Bestimmung, wonach das Züchterprivileg vollumfänglich und ohne Einschränkung zu gewähren ist.

5. Zu einem neuen Schutzsystem

Wir lehnen die Ausweitung der Patentierbarkeit von Leben, wie dies im Entwurf zum Patentgesetz vorgeschlagen wird, vollumfänglich ab. Statt dessen möge ein 'sui generis'-Schutzsystem für den Bereich des Lebendigen erarbeitet werden, welches den tierlichen Interessen am Schutz auf Würde angemessen Rechnung trägt.

Geistige Erfindungen auch im Bereich des Lebendigen sollen geschützt werden können. Doch ist Patentsystem mit seinem extrem verdinglichenden Ansatz hierzu nicht geeignet. Nötig ist ein 'sui generis'-Schutzsystem, das zwar erfinderische Tätigkeit schützt, jedoch auch ethische und soziale Grenzen anerkennt.

In diese Richtung stösst der viel versprechende Vorschlag der eidgenössischen Ethikkommission im Ausserhumanbereich (EKAH): Danach kann die Funktion, welche ein Tier wegen der gentechnischen Veränderung neu ausführt, geschützt werden, nicht aber das ganze Tier selber. Das bedingt, dass sich der Schutz auf die konkrete Funktion und auf die einzelne Tierart beschränkt. Auch Züchter sollen wie bis anhin freien Zugang zu allen genetischen Ressourcen haben. Ein alternatives Schutzsystem muss zudem ethischen Vorschriften genügen; es darf nicht zu ethisch inakzep-

tablen Abhängigkeiten führen, und es hat sich in Einklang mit der Biodiversitätskonvention zu befinden.

Zusammenfassend lehnen wir alle Formen eines Patentschutzes auf Tiere und Verfahren hierzu ab. Sie verstossen gegen den Grundsatz der kreatürlichen Würde. Parallel zum Patentschutz von Menschen aus Gründen des Würdeschutzes ist auch ein Patentierverbot von Tieren zu verlangen. Und unter Hinweis auf die grundsätzliche Gleichwertigkeit der Würde des Menschen mit derjenigen der kreatürlichen Würde (Art. 119 Abs. 2 und 120 Abs. 2 BV) verlangen wir im weiteren ein ausdrückliches Patentierungsverbot für Verfahren zum Klonen tierlicher Lebewesen, für Verfahren zur Veränderung der in der Keimbahn enthaltenen genetischen Identität des tierlichen Lebewesens und für die Verwendung tierlicher Embryonen zu industriellen oder kommerziellen Zwecken.

Wenn das Tier schon bald nicht mehr als Sache im zivilrechtlichen Sinne gelten soll, dann muss dieses reife Verhältnis vom Menschen zum Tier auch in anderen Rechtsgebieten, namentlich im Patentrecht, seinen Niederschlag finden.

STIFTUNG FÜR DAS TIER IM RECHT

Dr.iur. Antoine F. Goetschel,
Geschäftsführer und Rechtsanwalt