

**Verfassungsrechtliche Aspekte der Verfügung  
über menschliche Embryonen und „humanbiologi-  
sches Material“**

**Gutachten  
für die  
Enquete-Kommission  
des Deutschen Bundestages  
„Recht und Ethik der modernen  
Medizin“**

**vorgelegt von**

**Professor Dr. Wolfram Höfling,  
M. A.**

**Direktor des Instituts für Staats-  
recht  
und Leiter der Forschungsstelle  
für das Recht des Gesundheits-  
wesens  
der Universität zu Köln**

**Mai 2001**

## Inhalt

	Seite
Vor A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung	1
A. Einleitung	11
I. Gutachtauftrag und Gang der Untersuchung	11
1. Gutachtauftrag	11
2. Gang der Untersuchung	13
II. Zur Notwendigkeit parlamentsgesetzlicher Regulierung biowissenschaftlicher Interventionen	14
III. Zu Leistungsfähigkeit und Steuerungsgrenzen des Verfassungsrechts - zugleich zur Funktion verfassungsrechtswissenschaftlicher "Biopolitikberatung"	20
1. Relative Offenheit der verfassungsrechtlichen Diskussion	20
2. Exkurs: Zur verfassungsrechtlichen Relevanz des sog. Standortarguments	23
3. Zur rationalisierenden Funktion des Verfassungsrechts	25
B. Verfassungsrechtliche Aspekte der Verfügung über menschliche Embryonen und "humanbiologisches Material"	27
1. Abschnitt: Grundlagen und allgemeiner Teil	27
I. Zur Maßstabsfunktion des Verfassungsrechts für die biowissenschaftliche Entwicklung - oder: Verfassungsrechtliche Kritik der bioethischen Personendoktrin	28
1. Die bioethische Personendoktrin und ihre Bedeutung für die Gutachtenthematik	28
2. Zur Kritik	34
II. Das grundgesetzliche Koordinatensystem für die biowissenschaftliche Entwicklung	40
1. Zum verfassungsrechtlichen Status des Embryonen (in vitro)	40
a) Problemstellung	40
b) Überblick über den Diskussionsstand in der verfassungsrechtlichen Judikatur und der Verfassungsrechtslehre	44
aa) Einschlägige Aussagen des Bundesverfassungsgerichts	44
bb) Zum Meinungsstand in der Literatur	47
c) Zur Konkretisierung des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG	52
d) Zur Grundrechtsträgerschaft des Embryo (in vitro)	59

2.	Menschenwürdegarantie und biowissenschaftliche Entwicklung - zur normativen Direktionskraft des Art. 1 Abs. 1 GG	60
	a) Die Garantie der Menschenwürde als Grundrechtsgewährleistung	61
	b) Zur besonderen Normstruktur des Art. 1 Abs. 1 GG: Die Menschenwürdegarantie als modale Generalklausel	62
	c) Folgerungen für die Konkretisierung der Verfassungsbestimmung	63
	d) Insbesondere: "Objektformel" und Menschenwürdeinterpretation	64
	e) Zum Verhältnis von Menschenwürdegarantie und speziellen Freiheits- und Gleichheitsgarantien	66
	f) Menschenwürdegarantie und Würdesubjekt	67
	g) Schlußfolgerungen	68
3.	Die übrigen (potentiell) einschlägigen Verfassungsnormen im Überblick	68
	a) Der grundrechtliche Schutz des Heilungswunsches	69
	b) Zum grundrechtlichen Schutz des Fortpflanzungswunsches	70
	c) Der grundrechtliche Schutz der Forscher	72
	d) Der Grundrechtsschutz der Berufsfreiheit	73
	e) Zum grundrechtlichen Schutz des Kommerzialisierungsinteresses im Blick auf humanbiologisches "Material"	74
	f) Grundrechtsschutz der Verfügung über den lebenden menschlichen Körper	76
	g) Das Grundrecht auf (gen-)informationelle Selbstbestimmung	77
	h) Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung	79
	i) Das Kindeswohl als verfassungsrechtliche Kategorie	80
	j) Grundrechtlicher Schutz der Verfügung über den toten menschlichen Körper	81
	k) Zum Grundrechtsschutz auf postmortale Achtung	82
	l) Grundrechtlicher Schutz der Gewissensfreiheit	83
	m) Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung Behinderter gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG	85
III.	Biowissenschaftliche Referenzgebiete und Problemfelder - nochmals zum Gang der Untersuchung	89
2.	Abschnitt	92
I.	"Humanbiologisches Material", Eigentumsherrschaft und Persönlichkeitsrecht	92
	1. Problemaufriß und Problemstrukturierung	92
	2. Humanbiologisches "Material" als Gegenstand rechtlicher Regelungen	94
	a) Umsatzsteuergesetz	94
	b) Embryonenschutzgesetz	95

c)	Transplantationsgesetz und Transfusionsgesetz	95
d)	Arzneimittelgesetz (AMG)	97
e)	Bestattungs- und Sektionsrecht	97
3.	Grenzziehungen, Grenzverschiebungen, Grenzkonflikte - Körpersubstanzen zwischen Eigentumsherrschaft und Persön- lichkeitsrecht	98
a)	Kategorialer Dualismus als Ausgangspunkt	98
b)	Das vom menschlichen Körper getrennte "Material" - Lösungsmodelle	99
aa)	Der sachenrechtliche Ansatz	100
bb)	Der persönlichkeitsrechtlich fokussierte Lösungsansatz	100
cc)	Kombiniert sachen- und persönlichkeitsrechtliche Konzeptionen	102
c)	Exemplarische Zweifelsfragen	103
4.	Verfassungsrechtliche Wertungen	107
a)	Eigentums- bzw. Bestimmungsrechte am eigenen Körper	107
aa)	"Eigentumsrechte" am menschlichen Körper?	107
bb)	Andersartige "Bestimmungsrechte" - das Grundrecht auf Selbstbestimmung über die leiblich-körperliche Inte- grität	109
b)	Parallelität von persönlichkeitsgeprägter Bestimmungsmacht und Eigentumsschutz der Verwertungsabsicht?	110
aa)	Körpersubstanzen als vermögenswerte Positionen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG?	111
c)	Folgerungen	115
II.	Zur Bedeutung des Informed Consent im Kontext der Verfügung über humanbiologisches "Material"	118
1.	Bioinformationelle Selbstbestimmung als Zentralelement einer Verfassung der Lebenswissenschaften - Grundlagen	118
a)	Das Grundrecht auf bioinformationelle Selbstbestimmung als Teilaspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	118
b)	Grundrechtsgefährdungspotentiale der Verschränkung von Lebenswissenschaften und Informationsgesellschaft	120
c)	Die verfassungsrechtliche Basis des Grundrechts auf (bio-)informationelle Selbstbestimmung	122

2.	Ausgestaltung und Prozedurale Absicherung des Rechts auf bioinformationelle Selbstbestimmung - zum Konzept des informed consent	130
	a) Allgemeine Anforderungen	130
	b) Informed Consent, Biomedizin und legislatorischer Handlungsauftrag	136
3.	Biomedizinische Interventionen als "fremdnützige" Interventionen	143
4.	Folgerungen für die gutachtlichen Fragestellungen	144
	a) Der Grundsatz: Verfügung über Körpersubstanzen nur auf der Grundlage einer spezifischen und informierten Einwilligung des (ehemaligen) Substanzträgers	144
	b) Die Regelung von Einzelheiten als legislatorische Pflichtaufgabe	144
	c) "Einwilligungslose" Weiterverwendung?	146
	d) Zur Problematik zeitlicher Befristung	148
5.	Eine Sonderkonstellation: Humanbiologisches "Material" von Nichteinwilligungsfähigen	148
III.	Spezifische Fragen zu Keimzellspenden und Embryonen	151
1.	Verfügungen über Keimzellen	152
	a) Zum Grundrechtsschutz der Verfügung über Keimzellen	152
	aa) Keimzellen, Persönlichkeitsrecht und Eigentumsrecht	152
	bb) Zeitliche Befristung der Bestimmungsmacht?	154
	cc) Nochmals: Persönlichkeitsrecht und Eigentumsrecht	155
	b) Kollidierende Verfassungsrechtspositionen	156
	aa) Originärer Grundrechtsschutz für Keimzellen?	156
	bb) Würdeschutz des zukünftigen Kindes als mittelbarer Grundrechtsschutz für die Gameten?	157
	cc) Das Kindeswohl als Schranke der Bestimmungsmacht des Keimzellspenders/der Keimzellspenderin	158
	c) Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung	161
	d) Folgerungen	164
2.	Verfassungsfragen der Eizellspende	165
	a) Einfachrechtliche Regelung und Problemaufriß	165
	b) Zur Verfassungskonformität des gesetzlichen Verbots der Eizellspende	168
	c) Verfassungsrechtliche Pflicht zum Verbot der Eizellspende?	171

3. "Rechtsbeziehungen" von Eizellspenderinnen und/oder Samenspendern "an" bzw. "gegenüber" ihrem Embryo - "Bestimmungsrechte" über Embryonen?	173
a) Problemstellung	173
b) Das Elternrecht als grundrechtliche "Anomalie"	174
c) Zu den "Rechtsbeziehungen" zwischen Eizellspenderin und Samenspender gegenüber "ihren" Embryonen	175
aa) Art. 6 Abs. 2 GG und extrateriner Embryo	175
bb) Folgerungen im einzelnen	176
(1) Präimplantations-Adoption	176
(2) Staatliches Wächteramt hinsichtlich des Verbleibs von IVF-Embryonen	178
(3) Kein Weigerungsrecht von Samenspender bzw. Eizellspenderin im Blick auf eine "Präimplantations-Adoption"	179
(4) "Forschungsdienlichkeit" des Embryos nach Maßgabe des "Bestimmungsrechts" des Keimzellspenders?	180
(5) Exkurs: Zur Regelung des § 6 Abs. 2 ESchG	181
(6) Der abgetriebene Fetus	182
4. Verfassungsfragen der Präimplantationsdiagnostik	183
a) PID und das Embryonenschutzgesetz	183
b) Legislatorische Regelungsoptionen	188
aa) Zur Zulässigkeit eines Verbots der Präimplantationsdiagnostik	188
(1) Betroffene Grundrechte	188
(2) Kollidierende Grundrechtsgüter	189
(3) Weitere Abwägungsaspekte	192
(4) "Wertungswidersprüche" mit dem geltenden Abtreibungsrecht?	196
bb) Verfassungsrechtlich zwingendes Verbot der PID?	200
(1) PID und Menschenwürdeschutz	200
(2) Verstoß gegen das Untermaßverbot durch partielle "Zulassung" der PID?	202
c) Fazit	206
5. Verfassungsfragen der Forschung an und mit (embryonalen) Stammzellen	206
a) Grundlagen und Problemkontext	207

aa) Biowissenschaftliche Realien	207
bb) Problemaufriß und Problemkontext	208
b) Forschung an und mit ES-Zellen	209
aa) Gewinnung und Eigenschaften	209
bb) Forschung an und mit ES-Zellen und Embryonenschutzgesetz (sowie Transplantationsgesetz)	212
cc) Zur verfassungsrechtlichen Bewertung	213
dd) Erzeugung von Embryonen zwecks embryonenverbrauchender Gewinnung von ES-Zellen	213
ee) Zum sog. therapeutischen Klonen	216
ff) Gewinnung von ES-Zellen aus sog. überzähligen Embryonen	216





## **Vor A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung**

### **I.**

1. Die ungeheure Veränderungsmacht der Biowissenschaften und ihres gesellschaftlichen Subsystems entwickelt sich mit implementationsloser Direktheit. Dies stellt den Gesetzgeber, der aus verfassungsrechtlichen Gründen zur Gestaltung dieses grundrechtswesentlichen Bereichs aufgerufen ist, vor eine schwierige Aufgabe.

2. Er darf, in abwehrrechtlicher Perspektive, die Grundrechtspositionen jener nicht im Übermaß einschränken, die sich "biowissenschaftlich entfalten" wollen. Andererseits hat er, in schutzrechtlicher Perspektive, die grundrechtlichen Schutzgüter jener hinreichend zu verteidigen, die "Opfer" biowissenschaftlicher Interventionen und Verfügungen sind.

3. Die Duplizität wie Ambivalenz der legislatorischen Aufgabe eröffnet dem Gesetzgeber allerdings auch einen erheblichen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum. Das Grundgesetz bietet dem politischen Prozeß lediglich eine "Rahmenordnung" und begrenzt damit auch die Steuerungsfunktion des Verfassungsrechts gegenüber dem Gesetzgeber.

### **II.**

Die Aufgabe einer verfassungsrechtlichen Expertise muß vor diesem Hintergrund darin bestehen, eine rationale Basis für die öffentliche und parlamentarische Diskussion zu erarbeiten und dabei möglichst das verfassungsrechtlich Gebotene vom Zulässigen, Vertretbaren und Empfehlenswerten abzuschichten.

### III.

1. Trotz ihrer relativen Offenheit sperrt sich die grundgesetzliche Ordnung gegen eine "Depossidierung" des Verfassungsrechts aus den besonders umstrittenen Problemfeldern der Biowissenschaften. Auf eine solche Verdrängung zielt namentlich die bioethische Personendoktrin.

2. Eine von der Nicht-Äquivalenz-Doktrin angenommene "Begriffslücke" zwischen Menschen und Personen existiert in der grundgesetzlichen Ordnung nicht. Art. 1 Abs. 1 GG und das in ihm zugrundegelegte offene Menschenbild der Verfassung, aber auch die Deutung der Menschenwürdegarantie und des Lebensgrundrechts durch das Bundesverfassungsgericht sind mit der bioethischen Redeweise von der "Zuschreibung" von Rechten nach Maßgabe von Interessen inkompatibel.

### IV.

1. Der verfassungsrechtliche Status des Embryos - auch in vitro - ist nach zutreffender herrschender Auffassung dadurch gekennzeichnet, daß er bereits Träger des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 ist.

2. Spätestens ab der Kernverschmelzung, nach neuerer Auffassung bereits mit der Imprägnation, entfaltet das Lebensgrundrecht in sachlicher wie personeller Hinsicht seinen Schutzgehalt zugunsten des (frühen) Embryo.

3. Der Embryo (auch in vitro) ist als Träger des Lebensgrundrechts zugleich auch Subjekt der Menschenwürdegarantie.

4. Allerdings erweist sich die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes wegen ihrer besonderen Normstruktur als nur bedingt zur Steuerung des biowissenschaftlichen Prozesses tauglich.

5. Für den Regelfall des Konflikts verbleibt es bei der vorrangigen Maßstabsfunktion der speziellen Freiheits- und Gleichheitsgarantien. Ihre

rechtspraktische Bedeutung entfaltet Art. 1 Abs. 1 GG als Schutzvorschrift vor schweren Tabuverletzungen.

## V.

1. Humanbiologisches "Material" ist inzwischen in vielfältiger Weise zum Gegenstand von Verfügungen und Nutzungen gemacht worden. Hieraus resultiert auch in der rechtswissenschaftlichen Dogmatik eine erhebliche Rechtsunsicherheit über die zutreffende "Verortung".

2. Namentlich die zivilrechtliche Dogmatik bietet etliche konkurrierende Erklärungsmuster zwischen Eigentumsherrschaft und Persönlichkeitsrecht. Die vorherrschenden Kombinationsmodelle führen nicht nur zur Rechtsunsicherheit in der Anwendung der unspezifischen BGB-Regelungen, sondern auch zu verfassungsrechtlich bedenklichen Unbestimmtheiten im Strafrecht.

3. Das Parlament hat dafür Sorge zu tragen, daß der Persönlichkeitsschutz in den Humantechnologien ohne Rekurs auf die vage Vokabel der Sittenwidrigkeit realisiert werden kann. Dabei ist angesichts eines neuen Entwicklungsschubs in Richtung Kommerzialisierung der Persönlichkeit und Ökonomisierung der Persönlichkeitsrechte eine stärkere Positionierung von persönlichkeitsrechtlichen Aspekten empfehlenswert.

4. Allerdings ergibt sich aus dem verfassungsrechtlichen Dualismus von Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) und Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) keine "kleingearbeitete" Antwort auf Zuordnungs-, Verfügungs-, Kommerzialisierungs- und Partizipationsrechte im Blick auf Körpersubstanzen.

5. Eigentumsrechte am eigenen Körper im Sinne einer generellen Nutzungs- und Entäußerungsverfügung gibt es im verfassungsrechtlichen Sinne nicht. Dies gilt erst recht hinsichtlich des Körpers eines Dritten. Allerdings gewährleistet Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ein Selbstbestimmungsrecht über die leiblich-körperliche Integrität.

6. Für vom Körper getrennte Körpersubstanzen gilt prinzipiell eine Parallelität von persönlichkeitsgeprägter Bestimmungsmacht und Eigentumsschutz. Wenn und soweit tatsächlich ein "Markt" für Körpersubstanzen existiert und keine die Eigentumsfähigkeit ausschließenden spezialgesetzlichen Regelungen vorliegen (wie etwa partiell durch das Embryonenschutzgesetz für Eizellen; aber auch für durch das TPG erfaßte Organe) sind jene auch Schutzobjekte der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG.

7. Wegen der besonderen Normstruktur der Eigentumsgarantie als kompetenzieller Freiheit ergeben sich für den Gesetzgeber weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten, unter Verweis auf die persönlichkeitsrelevanten Aspekte und - näher zu begründende - negative Auswirkungen der Kommerzialisierung von Körpersubstanzen, die Verkehrsfähigkeit von humanbiologischem "Material" weitgehend zurückzudrängen und unter Umständen auszuschließen.

## VI.

1. Die weitgehende Parallelität von eigentums- und persönlichkeitsrechtlichen Aspekten bei der Verfügung über Körpersubstanzen hat auch Auswirkungen auf Folgeverfügungen über humanbiologisches "Material".

2. Wenn und soweit mit der Gewinnung von Körpersubstanzen auch datenrelevante Indikationen verknüpft sind, entfaltet das Grundrecht auf bioinformationelle Selbstbestimmung seine normative Direktionskraft.

3. Die besonderen Grundrechtsgefährdungspotentiale, die sich aus der Verschränkung von Lebenswissenschaften und Informationswissenschaften ergeben, führen aus verfassungsrechtlicher Sicht zum Postulat einer bereichsspezifisch strukturierten und zweckbindungsorientierten Konzeption des informed consent.

4. Das Gebot einer informierten Einwilligung bezieht sich nicht nur auf sog. rechtsgutbezogene Umstände, sondern auf die gesamten Glieder der beabsichtigten "Verwertungskette". Es gibt kein "Restmaterial", das ohne hierauf bezogene Einwilligung von Dritten verwandt werden könnte.

## VII.

1. Die strengen Anforderungen des informed consent gelten über den besonderen Datenbereich hinaus grundsätzlich für alle Verfügungen über Körpersubstanzen. Im Blick auf die verfassungsrechtlichen Wertungen, die der einfachrechtlichen Konkretisierungsarbeit zugrundezulegen ist, muß prinzipiell von einer persönlichkeitsrechtlichen Tiefendimension jeder menschlichen Körpersubstanz ausgegangen werden.

2. Will ein Arzt oder Wissenschaftler Körpermaterial zu wissenschaftlichen Zwecken oder in kommerzieller Verwertungsabsicht weitergeben oder selbst nutzen, bedarf er im Blick auf jede Art von humanbiologischem "Material" der dokumentierten, hierauf bezogenen Einwilligung dessen, von dem die Körpersubstanz herrührt.

3. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, die Voraussetzungen, den Umfang und die Reichweite von Verfügungen über humanbiologisches "Material" bereichsspezifisch zu regeln, wobei die Einwilligungstatbestände auf genau bestimmte Verwendungen (Zweckbindungen) zu beschränken sind. Eine Blankett- bzw. Vorratseinwilligung für unbeschränkte (Weiter-)Verwendungen sollte ausgeschlossen werden. Formvorschriften haben die Verlässlichkeit der Genese der Verfügung zu sichern.

4. Das Fehlen des informed consent löst ein striktes Erhebungs- und Verwertungsverbot aus. Allerdings sind dem Verfassungsrecht keine präzisen Vorgaben für die "Rechtsfolgende" des Tatbestandes unkonsentierter Weiterverwendung von Körpersubstanzen zu entnehmen.

5. Auch der Nichteinwilligungsfähige hat "das volle Selbstbestimmungsrecht über seine leiblich-seelische Integrität" (BVerfGE 52, 171 [174]). Diese Grundrechtsposition manifestiert sich als prinzipielle Integritätsgarantie.

6. Aus der nur punktuellen legislatorischen Regelung der nicht subjektiv indizierten Intervention bei Nichteinwilligungsfähigen ergeben sich indes zahlreiche Zweifelsfragen, u. a. auch hinsichtlich der Notwendigkeit einer höchstpersönlichen Einwilligung. Auch hier ist ein dringender Handlungsbedarf an gesetzgeberischer Klärung zu konstatieren. Dabei empfiehlt sich u. a. eine Präzisierung des Betreuungsrechts in Anlehnung an die restriktiven Regelungen, die etwa für das Transplantationsrecht gelten.

7. Auf der Grundlage des geltenden Rechts ist davon auszugehen, daß die Nichteinwilligungsfähigkeit in die Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts grundsätzlich als "Schranke" für nicht subjektiv indizierte Verfügungen über Körpersubstanzen wirkt.

## VIII.

1. Besonderheiten hinsichtlich der "(Ideal-)Konkurrenz" von Eigentumsherrschaft und Persönlichkeitsrecht ergeben sich im Blick auf Keimzellen.

2. Den Keimzellen je für sich kommt allerdings eine eigenständige Verfassungsrechtsposition nicht zu. Auch aus einem Würdeschutz des zukünftigen Kindes läßt sich ein mittelbarer Grundrechtsschutz für Gameten nicht herleiten.

3. Die verfassungsrechtliche Kategorie des Kindeswohls begegnet als Schranke der Bestimmungsmacht des Keimzellspenders/der Keimzellspenderin aus dogmatischer Perspektive erheblichen Bedenken. Eine antizipative Normwirkung des Kindeswohls läßt sich kaum begründen.

4. Allerdings ermächtigt und verpflichtet das grundrechtlich gewährleistete Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung den Gesetzgeber, die Min-

destvoraussetzungen einer Realisierungschance dieses Rechts durch ein gesetzliches Verbot der Anonymisierung der Keimzellspende sicherzustellen.

5. Der Gesetzgeber hat sich auch der Problematik der Keimzelltransplantation anzunehmen.

## IX.

1. Das geltende Verbot der (heterologen) Eizellspende im fortpflanzungsmedizinischen Kontext verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 2 GG, obwohl die Samenspende vom Gesetzgeber anders behandelt wird.

2. Auch wenn der Gesetzgeber weitreichende Beschränkungsmöglichkeiten im Blick auf die (fremdnützige) Verfügung über Eizellen hat, läßt sich von Verfassungs wegen keine Pflicht herleiten, die Eizellspende - außer zur Ermöglichung einer eigenen Schwangerschaft - zu verbieten.

## X.

1. Keimzellspender haben weder eigentumsrechtliche noch persönlichkeitsrechtliche Bestimmungsmacht über "ihre" Embryonen.

2. "Bestimmungsrechte" ergeben sich allein aus Art. 6 Abs. 2 GG, der indes keine Freiheit im Sinne einer Selbstbestimmung der Eltern garantiert, sondern lediglich ein fiduziarisches, treuhänderisches Recht im Interesse des Kindeswohls vermittelt.

3. Als treuhänderische Bestimmungsmacht steht die Ausübung des Elternrechts unter Mißbrauchskontrolle des staatlichen Wächteramtes. Wird eine Eizellspenderin bzw. ein Samenspende bei einer In-vitro-Fertilisation seiner Elternverantwortung nicht gerecht, so ist der Staat im Interesse des Kindes zum Einschreiten nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet.

4. Sind die "Präimplantations-Eltern" - aus welchen Gründen auch immer - an einer Implantation nicht mehr interessiert, so ist der Staat verpflichtet, eine das Weiterleben des Embryos ermöglichende Alternative zu eröffnen. Über die Kryokonservierung hinaus ist dabei auch eine Präimplantations-Adoption zu ermöglichen.

5. Im Blick auf die "überzähligen" Embryonen ist das staatliche Wächteramt (Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG) im Blick auf die "Präimplantations-Embryonen" derzeit defizitär ausgestaltet. Der Gesetzgeber hat eine Meldepflicht für alle in vitro erzeugten Embryonen einzuführen. Diese ist zu koppeln mit einem sich anschließenden adoptionsanalogen Verfahren für den Fall, daß Keimzellen nicht zur Herbeiführung einer eigenen Schwangerschaft verwandt worden sind.

6. An dieser Stelle, im Blick auf ein eigenständiges Grundrechtssubjekt, kann jetzt das Kindeswohl zur Geltung gebracht werden, das im "Keimzell-Stadium" nur als fragwürdige Antizipations-Kategorie Wirkung entfalten könnte.

7. Der privatautonom-rechtsgeschäftlichen "Verfügung" über Embryonen, die vom Elternrecht nicht gedeckt ist, kann auf diese Weise gegengesteuert werden.

8. Kommt aufgrund einer Überprüfung im Rahmen eines adoptionsähnlichen Verfahrens die vom Keimzellspender avisierte Lösung nicht in Betracht und wird auch die eigene "Elternschaft" verweigert, so ist der Embryo unabhängig von der Einwilligung der genetischen Eltern zur Präimplantations-Adoption freizugeben.

9. Eine "Forschungsdienlichkeit" des Embryos nach Maßgabe des "Bestimmungsrechts" des Keimzellspenders existiert nicht.



## XI.

1. Ob die Präimplantationsdiagnostik (PID) zur Zeit auch im Blick auf die Verwendung pluripotenter Zellen durch das Embryonenschutzgesetz untersagt ist, erscheint im Blick auf das strafrechtsspezifische Bestimmtheitsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG zweifelhaft. Der Gesetzgeber ist insoweit zur Klarstellung verpflichtet.

2. Das vollständige Verbot präimplantationsdiagnostischer Maßnahmen ist im Blick auf das gefährdete Lebensgrundrecht des Embryos verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber darf dabei auch das objektiv-rechtliche Schutzkonzept des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG im Interesse des gesellschaftlichen Status Behinderter zur Geltung bringen.

3. "Wertungswidersprüche" zum geltenden Abtreibungsrecht sind - jedenfalls in einer das gesetzgeberische Handeln bindenden Weise - nicht zu erkennen.

4. Aus der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG ergibt sich keine Pflicht des Gesetzgebers, die PID ausnahmslos zu verbieten.

5. Sollte der Gesetzgeber sich zu einer eng begrenzten "Freigabe" der PID entschließen, so erscheint dies im Blick auf die gesetzgeberische Gestaltungs- und Verantwortungsprärogative nicht schlechthin ausgeschlossen. Dennoch verbleibt ein nicht zu unterschätzendes verfassungsrechtliches Risiko.

## XII.

1. Die Forschung an und mit embryonalen Stammzellen (im weiteren Sinne) ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nur in eng begrenztem Rahmen denkbar. Abgesehen von der Forschung mit gewebespezifischen (adulten) Stammzellen kommen insoweit nur EG-Zellen in Betracht, wenn und soweit bei

deren Gewinnung unzulässige Rückwirkungen auf die Abtreibungsentscheidungen verhindert werden.

2. Die Erzeugung von Embryonen zwecks embryonenverbrauchender Gewinnung von ES-Zellen ist wegen des Verstoßes gegen Art. 1 Abs. 1 GG strikt untersagt.

3. Für die Gewinnung von ES-Zellen im Wege des sog. therapeutischen Klonens gilt Entsprechendes.

4. Auch sog. überzählige Embryonen stehen nicht als humanbiologisches "Material" zur Verfügung. Auch wenn insoweit nicht schon die Erzeugung der "Material-Instrumentalisierung" diente, ist auch der "bloße" Verbrauch von menschlichem Leben als Verstoß gegen die Menschenwürdegarantie zu werten.

## **A. Einleitung**

### **I. Gutachtauftrag und Gang der Untersuchung**

#### 1. Gutachtauftrag

Der Deutsche Bundestag bzw. die Enquete-Kommission des 14. Deutschen Bundestages „Recht und Ethik der modernen Medizin“ hat mich beauftragt, ein Gutachten zu verfassungsrechtlichen Aspekten der Verfügung über menschliche Embryonen und „humanbiologisches Material“ zu erstellen. Das erbetene Gutachten lege ich hiermit vor.

Vor dem Hintergrund des von der Kommission vorgegebenen Gutachtenprofils

Deutscher Bundestag, Enquete-Kommission „Recht und Ethik der modernen Medizin“, Leistungsbeschreibung für ein Gutachten zum Thema „Selbstbestimmung und Fremdverfügung über ‚humanbiologisches Material‘ und menschliche Embryonen“

soll das Gutachten vor allem die Zugriffsoptionen der reprogenetischen Medizin auf den frühen extrauterinen Embryo, aber auch auf „humanbiologisches Material“ verfassungsrechtlich reflektieren, womit die Entnahme von Keim- und somatischen Zellen, soweit sie zur Regeneration und Züchtung von Gewebe herangezogen werden, aber auch die Entnahme transplantierbarer Gewebeverbände oder ganzer Organe, auch Blut, gemeint ist. Dabei sollen auch persönlichkeitsrechtliche Aspekte, insbesondere die Aspekte der persönlichen Einwilligung, sowie eigentumsrechtliche Aspekte beleuchtet werden.

Obwohl der Begriff „humanbiologisches Material“ im Gutachtenprofil der Enquete-Kommission sich ausdrücklich auf den „Gesamtbereich von Zell-

bestandteilen, Keimzellen, somatischen Zellen, Körperflüssigkeiten wie Blut bis zu Geweben und ganzen Organen“ bezieht, ist vor dem Hintergrund des Transplantationsgesetzes vom 5. November 1997

in den wesentlichen Teilen in Kraft getreten am 1.  
Dezember 1997 (BGBl. I S. 2631)

und des für den Umgang mit Blut geltenden Transfusionsgesetzes vom 1.  
Juli 1998

in den wesentlichen Teilen in Kraft getreten am 7.  
Juli 1998 (BGBl. I S. 1752)

davon auszugehen, daß spezielle transplantations- bzw. transfusionsrechtliche Aspekte nicht zu erörtern sind.

Ebenfalls nicht thematisiert wird im folgenden die (Un-)Zulässigkeit des sog. reproduktiven Klonens. Der Deutsche Bundestag hat mit seinem Beschluß vom 21. März 1997 – einstimmig – seine Auffassung zum Ausdruck gebracht, dass das (reproduktive) Klonen von Menschen von Verfassungswegen verboten sei.

BT-Drs. 13/7243 sowie BT-Plenarprot. 13/167 v. 21.  
März 1997, S. 15134 a.E.

Davon ist der 14. Deutsche Bundestag nicht abgerückt. Ungeachtet der Frage, ob diese Position verfassungsrechtlich zwingend ist, besteht jedenfalls insoweit kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Da es Aufgabe der Enquete-Kommission ist, „Möglichkeiten ... für gesetzgeberisches ... Handeln in Bezug auf medizinische Zukunftsfragen zu erarbeiten“

so der Antrag zur Einsetzung der Enquete-  
Kommission, BT-Drs. 14/3011

und zu diesen in Erwägung gezogenen Möglichkeiten ersichtlich nicht das reproduktive Klonen zählt, bedarf es im folgenden dazu keiner verfassungsrechtlichen Ausführungen.

## 2. Gang der Untersuchung

Nach Überlegungen zur Notwendigkeit parlamentsgesetzlicher Regulierungen der biowissenschaftlichen Entwicklung und zur Leistungsfähigkeit sowie den Steuerungsgrenzen des Verfassungsrechts für diesen Prozeß werden im ersten Abschnitt des Hauptteils

### dazu B 1. Abschnitt

die verfassungsrechtlichen Grundlagen herausgearbeitet. Hier geht es um die Skizzierung des grundgesetzlichen Koordinatensystems, wobei ausführlicher die grundsätzliche Maßstabsfunktion der Verfassung und der Status des Embryos (in vitro) analysiert werden. Besondere Aufmerksamkeit ist auch der Konkretisierung der zentralen Vorschrift des Art. 1 Abs. 1 GG zu widmen.

Der zweite Abschnitt wendet sich sodann in drei Kapiteln zunächst der Problematik "Humanbiologisches 'Material', Eigentumsherrschaft und Persönlichkeitsrecht"

### dazu 2. Abschnitt sub I.

sowie dem Konzept des informed consent für den Problemkontext der Verfügung über Körpersubstanzen zu,

### dazu sub II.

bevor schließlich Verfügungen über Keimzellen und namentlich Embryonen näher in den Blick genommen werden.

### Dazu 2. Abschnitt sub III.

## **II. Zur Notwendigkeit parlamentsgesetzlicher Regulierung biowissenschaftlicher Interventionen**

Die Problemfelder, auf die der Gutachtauftrag verweist, zeichnen sich durch mehrpolige Verhältnisse komplexer Interessengegensätzlichkeit aus, die eine angemessene gesetzliche Regelung zu einer ganz besonderen Herausforderung parlamentarischer Arbeit machen. Sie sind bislang nur partiell normativ geordnet. Namentlich sind hier das Transplantationsgesetz vom 5. November 1997

BGBI. I S. 2631

und das Embryonenschutzgesetz vom 13. Dezember 1990

BGBI. I S. 2746

zu nennen. Gerade das letztgenannte Gesetzeswerk sieht sich allerdings in den letzten Jahren durch die Rasanz der biowissenschaftlichen Entwicklungen und durch neue Techniken (Stichwort: "Therapeutisches Klonen") zunehmend Erosionsprozessen ausgesetzt. Zugespitzt formuliert: *Der Rechtsordnung droht partiell die reprogenetische Auflösung*. Auch der Streit darum, ob das Embryonenschutzgesetz auf einfachgesetzlicher Basis die Präimplantationsdiagnostik verbietet,

dazu noch unten B. 2. Abschnitt sub. III. 4.

macht dies deutlich.

Von den wenigen spezialgesetzlichen Normierungen abgesehen,

zu nennen sind auch noch das Transfusionsgesetz vom 1. Juli 1998 (BGBI. I S. 1752) und das Bestattungsrecht der Länder

bewegen sich die durchaus zahlreichen Verfügungen über humanbiologisches "Material" dementsprechend in einem - zwar nicht rechtsfreien, aber doch - normativen Ordnungsrahmen, der *ohne problemspezifische Fokussierung* nur mehr oder weniger grobe und allgemeine Vorgaben und Orientierungskriterien enthält. Dies ist angesichts der zahlreich involvierten, zum Teil im eigentlichen Wortsinne existentiellen Grundrechtspositionen:

- Grundrechte der "Substanzträger", vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht über das Recht auf körperliche Unversehrtheit und das Lebensgrundrecht bis hin zur Menschenwürdegarantie;
- Grundrechte fortpflanzungswilliger Personen (Art. 6 Abs. 1 bzw. Art. 2 Abs. 1 GG);
- Grundrechte von Kranken, die sich Heilung und Linderung erhoffen (siehe Art. 2 Abs. 2 GG);
- Grundrechte von Ärzten und Forschern (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG);
- Grundrechte von Kommerzialisierungsinteressierten (Art. 12 Abs. 1, Art. 14 GG)

ein in hohem Maße problematischer Zustand.

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Vielzahl von Entscheidungen deutlich gemacht, daß sich der grundrechtsbezogene Gesetzesvorbehalt zu einer Pflicht des Parlaments, das Wesentliche selbst zu regeln (sog. Parlamentsvorbehalt) verdichtet, wenn es um grundlegende Bereiche geht. Dabei müssen die Vorgaben des förmlichen Gesetzes umso präziser sein, je schwerwiegender die Auswirkungen der jeweiligen Regelung sind.

Vgl. bspw. BVerfGE 49, 168 (181); 58, 257 (274);  
59, 104 (114); 83, 130 (152); 86, 288 (311); 95, 267  
(307); 98, 218 (251)

Daß es in der aktuellen "biopolitischen" Debatte

bei der Redeweise von der "Biopolitik" sollte der kritische Impetus im Auge behalten werden, den *Michel Foucault* als maßgeblicher "Erfinder" des

Wortes mit dem Begriff verbunden hat; siehe etwa *Michel Foucault, Sexualität und Wahrheit, Bd. 1: Der Wille zum Wissen, 11. deutsche Aufl. 1999, S. 170*; siehe auch *ders., Die Machtverhältnisse durchziehen das Körperinnere, in: ders., Dispositive der Macht - über Sexualität, Wissen und Wahrheit, 1978, S. 109*

zur Regulierung weiterer wichtiger Aspekte der Biowissenschaften um die Schlüsselfrage "Quid est homo", also um die Zukunftsfrage nach der anthropotechnisch herausgeforderten Gestalt des Menschlichen geht, dürfte kaum zu bestreiten sein.

Siehe schon *Wolfram Höfling/Stephan Rixen, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, 1996, S. 115.*

*Hellmuth Plessners* These, der Mensch liefere sich in "seiner eigenen durch die Fortschritte der Wissenschaft und Technik riesenhaft gewachsenen Verfügungsgewalt ... selbst ans Messer",

*Hellmuth Plessner, Die Aufgabe der Philosophischen Anthropologie, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. VIII: Conditio Humana, 1983, S. 33 (50)*

hat ungeahnte neue Aktualität und Brisanz gewonnen. Die bereits existierenden, die zu erwartenden oder auch nur mutmaßlichen Neuerungen der Biowissenschaften drohen das menschliche Selbstverständnis und die menschlichen Lebensweisen im buchstäblichen Wortsinne radikal zu verändern. Hiergegen scheint das meiste, was offiziell als "Politik" verhandelt wird, relativ bedeutungslos.



Zutreffend *Andreas Kuhlmann*, Politik des Lebens,  
Politik des Sterbens. Biomedizin in der liberalen  
Demokratie, 2001, S. 14

Die ungeheure Gestaltungsmacht der Biowissenschaften und ihres gesellschaftlichen Subsystems vollzieht sich dabei - ganz im Unterschied zu den normalen Entscheidungen des politischen Systems - unter ganz spezifischen Bedingungen. Während die demokratisch legitimierte Ausübung von Staatsgewalt und ihren indirekten Einflußinstrumentarien wie Recht, Geld, Information usw. durch die komplizierte Implementation zusätzliche Kontroll-, Korrektur- und Abschwächungsmöglichkeiten bietet, ist die Subpolitik des medizinischen Fortschritts von implementationsloser Direktheit. Völlig zu Recht hat deshalb *Ulrich Beck* in soziologischer Zuspitzung von einem Modell der undifferenzierten Handlungsvollmacht, einem System der Politik der vollendeten Tatsachen gesprochen.

Näher *Ulrich Beck*, Risikogesellschaft, 1986, S. 329  
ff.; vgl. auch *Wolfram Höfling*, Über die Definitionsmacht medizinischer Praxis und der Aufgabe der Verfassungsrechtslehre, JZ 1996, 615 ff.

Deshalb ist das Parlament hier mehr gefordert denn je. Das, was das Bundesverfassungsgericht für ein spezifisches Referenzgebiet, nämlich die transplantationsmedizinische Lebendspende, formuliert hat, beansprucht Geltung in erhöhtem Maße: Der "Ausgleich einander widerstreitender, zudem jeweils grundrechtlich fundierter Interessen ist in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers".

BVerfG, NJW 1999, 3399 (3401)

Der Gesetzgeber seinerseits ist allerdings bei der Bewältigung der schwierigen Aufgabe an die Verfassung, insbesondere an die Grundrechte gebunden (Art. 20 Abs. 3, Art. 1 Abs. 3 GG). Er ist nicht frei in der Regulierung der

Biowissenschaften. In *doppelter Weise* ist sein Handeln den Grundrechten verpflichtet:

- Er darf, in abwehrrechtlicher Perspektive, die Grundrechtspositionen jener nicht im Übermaß einschränken, die sich "biowissenschaftlich entfalten" wollen - sei es etwa in Ausübung ihrer Berufs- und Wissenschaftsfreiheit, sei es unter Berufung auf "reproduktive Autonomie".

- Andererseits hat er, in schutzrechtlicher Perspektive,

zu dieser grundsätzlichen Doppelfunktion der Grundrechte siehe zusammenfassend: *Josef Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, § 111 (S. 143 ff.)

die grundrechtlichen Schutzgüter jener hinreichend (d. h. ohne Verletzung des Untermaßverbotes) zu verteidigen, die (Opfer) biowissenschaftlicher Interventionen und Verfügungen sind: die "Substanzträger" von humanbiologischem "Material" oder - in ganz spezifischer Bedrohtheit - Embryonen.

Die grundrechtsdogmatische Situation wird im übrigen noch dadurch erschwert, daß die handelnden Akteure, die Ärzte und Forscher, sowohl im Rahmen privater Forschungsinstitute und in Verfolgung erwerbswirtschaftlicher Motive handeln, als auch in einer Universitätsklinik als Organwalter tätig werden können, deren Handeln als Zurechnungsendsubjekt der Universität als Körperschaft des öffentlichen Rechts zugeschrieben wird. Hier scheint es fraglich, letzteres Handeln der Abwehrrechtsdimension der Grundrechte, ersteres dagegen allenfalls unter schutzpflichtrechtlichen Aspekten zu erfassen. Jedenfalls im Blick auf die möglicherweise existentiellen Grundrechtspositionen, namentlich das Le-

bensgrundrecht, spricht insoweit viel für eine Konvergenz der verfassungsrechtlichen Maßstäbe; siehe hierzu auch *Ralf Röger*, Verfassungsrechtliche Probleme medizinischer Einflußnahme auf das ungeborene menschliche Leben im Lichte des technischen Fortschritts, Habilitationsschrift, Köln 1999, S. 10 ff., 14 ff.

Erneut wird hier die Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns offenkundig; dennoch: Dort, wo legislative Grundrechtseingriffe dem Schutz grundrechtlicher Schutzgüter vor Übergriffen Dritter dienen (sog. Schutzeingriffe), bedürfen diese einer parlamentsgesetzlichen Grundlage. Solche Schutzeingriffe bedürfen der Vermittlung durch das Gesetz. Eine gesetzesfreie, verfassungsunmittelbare Inpflichtnahme des einen Grundrechtsträgers zum Schutze des anderen

so noch die viel kritisierte Entscheidung zur Gentechnik vor Erlaß des Gentechnikgesetzes: VGH Kassel, NJW 1990, 336 ff.

ist unzulässig.

Dazu siehe bspw. *Rainer Wahl/Johannes Masing*, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, 553 ff.; ferner etwa *Isensee*, aaO, § 11 Rdnrn. 151 und 169

Noch ein weiteres wird aber deutlich: Die Duplizität wie Ambivalenz der legislatorischen Aktivität verweist auf eine Aufgabe von kaum zu überbietender Komplexität. Die Hilfestellung des Grundgesetzes ist aber zugleich für weite Bereiche nur eine eingeschränkte. Bei der gesetzesförmigen Herstellung "praktischer Konkordanz" (*Konrad Hesse*), d. h. eines meist mit Schutzeingriffen einhergehenden Ausgleichs gegenläufiger Grundrechtsinteressen im Bereich biowissenschaftlicher Problemfelder, hat der Gesetzge-

ber nämlich grundsätzlich einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum.

Siehe bspw. BVerfG, NJW 1999, 3399 (3401) mit weiteren Nachweisen

Die Verfassung ist nämlich kein "juristisches Weltenei" (*Ernst Forsthoff*), das nur vom richtigen Interpreten "bebrütet" werden muß, damit ihm die kleingearbeitete, richtige Lösung "entschlüpft". Das Grundgesetz vermag den politischen Prozeß nur einzuleiten und Grenzen zu markieren, die nicht überschritten werden dürfen. Die Verfassung kann und will das politische Entscheidungsbild durch den Gestaltungsprozeß nicht ersetzen; es begründet lediglich eine "Rahmenordnung" (*Ernst-Wolfgang Böckenförde*), die dem Gesetzgeber das erste - freilich nicht das letzte! - Wort bei der Konkretisierung der Verfassung zuweist. Die mitunter, hier sicherlich beschwerliche Aufgabe, im verfassungsrechtlich zulässigen Rahmen (Kompromiß-)regelungen zu finden, kann dem Gesetzgeber nicht abgenommen werden.

### **III. Zu Leistungsfähigkeit und Steuerungsgrenzen des Verfassungsrechts - zugleich zur Funktion verfassungsrechtswissenschaftlicher "Biopolitikberatung"**

#### 1. Relative Offenheit der verfassungsrechtlichen Diskussion

Bei der legislativen Artikulation des ersten Wortes kann die Verfassungsrechtswissenschaft allerdings Hilfestellung leisten, indem sie nicht zuletzt anhand der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die normativen Grenzlinien nachzeichnet und fortentwickelt, die im vorliegenden Problemfeld maßgeblich sind. Man muß indes vor Augen haben, daß das Bundesverfassungsgericht sich bislang noch nicht spezifisch zu den Problemen der modernen Biowissenschaften, namentlich der Reprogenetik, geäußert hat. Präjudizien im engeren Sinne, die die hier interessierenden Fälle genau fixieren, gibt es bisher nicht. Aus den Reihen des Bundesverfas-

sungsgerichts wurde so auch mit Recht angemerkt, daß hier vieles – auch vom Bundesverfassungsgericht – erst „neu überdacht werden“ müsse.

So der damalige Richter des Bundesverfassungsgerichts *Paul Kirchhof*, Die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts in den Zeiten des Umbruchs, NJW 1996, 1497 (1503)

Zu Recht ist darauf hingewiesen worden, daß in der verfassungsrechtlichen Diskussion und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die meisten biowissenschaftlichen Problemfelder „gegenwärtig noch weit entfernt von einer ‚herrschenden Lehre‘ oder einem gefestigten Konsens sind.“

*Friedhelm Hufen*, Stellungnahme, Deutscher Bundestag, Enquete-Kommission „Recht und Ethik der modernen Medizin“, Arbeitsunterlage 14/35, These I. 2.

Die Verfassungsrechtswissenschaft hat die Diskussion der biowissenschaftlichen Fragestellungen, die schon bei Erlass des Embryonenschutzgesetzes vom 13. Dezember 1990

in Kraft getreten am 1. Januar 1991 (BGBl. I S. 2746)

nicht besonders intensiv war und bald danach fast ganz zur Ruhe gekommen ist, erst in jüngster Zeit wieder aufgenommen.

Angesichts der atemberaubenden Rasanzenz der biowissenschaftlichen Entwicklung ist die Verfassungsrechtswissenschaft freilich Teil jenes Prozesses, der von der sozialwissenschaftlichen Technikfolgenabschätzung „Kontextualisierung“ genannt wird. Es geht um einen - grundsätzlich nur unterbrechbaren, nie endgültig zu beendenden - Prozeß, den jede technische Neuerung durchlaufen muß, bis sich ihr Gebrauch in Wirtschaft und Gesell-

schaft - zumindest einstweilen - durchgesetzt hat. In dieser Perspektive entsteht eine Technik erst im Verlaufe ihrer gesellschaftlichen Diffusion und Nutzung, sie wird insoweit zur sozialen Innovation, als sich die Gesellschaft sie aneignen will.

*Simonis/Droz*, Die neue Biotechnologie als Gegenstand der Technikfolgenabschätzung und Technikbewertung in Deutschland, in: Bröckler/Simonis/Sundermann (Hrsg.), Handbuch Technikfolgen-abschätzung, Bd. 3, 1999, S. 909 (910)

Dazu gehört auch die Auslotung der normativen Grenzen, die verfassungsrechtlich vor- bzw. aufgegeben sind.

Vgl. *Simonis/Droz*, aaO, S. 922

Da normative Integration in modernen Gesellschaften maßgeblich über das Recht – und in normativen Grundfragen über das Verfassungsrecht – geschieht,

*Bernhard Peters*, Integration modernen Gesellschaften, 1993

muß die Verfassungsrechtswissenschaft nach der Verfassungsverträglichkeit der biotechnischen Entwicklung fragen.

*Alexander Roßnagel*, Rechtswissenschaftliche Technikfolgenabschätzung, in: Bröckler/Simonis/Sundermann, aaO, S. 857 (862)

Hier steht die Verfassungsrechtswissenschaft erst am Anfang: das Problem der (bio-)technik-induzierten Folgen für das Recht, ist bislang von ihr noch kaum als Herausforderung begriffen worden.

Der verfassungsrechtlichen Expertise kann unter diesen Umständen nicht die Qualität letztverbindlicher Auskunft zukommen, sondern nur die einer – wenn auch begründeten – Momentaufnahme in einem Prozeß normativer Selbstvergewisserung.

Zu den damit einhergehenden Problemen eindringlich schon *Ulrich K. Preuß*, *Revolution, Fortschritt und Verfassung – Zu einem neuen Verfassungsverständnis*, 1990, S. 86; *ders.*, in: *Guggenberger/Stein* (Hrsg.), *Die Verfassungsdiskussion im Jahr der deutschen Einheit*, 1991, S. 38 (57 f.)

## 2. Exkurs: Zur verfassungsrechtlichen Relevanz des sog. Standortarguments

Die Steuerungskraft des Verfassungsrechts – und damit auch der verfassungsrechtlichen Beratung – wird gegenwärtig auch in Frage gestellt von Stimmen, die normative Fragen nicht selten als ökonomische Standortprobleme artikulieren.

Pointiert *Peter Derleder*, *Die Grenzen einer Elternschaft aufgrund medizinisch unterstützter Fortpflanzung*, in: *Fortpflanzungsmedizin in Deutschland*, 2001, S. 154 ff. (155): "Daß nationale Tabus und Verbote nicht mehr greifen sollen, wird zum allgemeinen Enthemmungsmotiv"

Demgegenüber ist anzumerken, daß sich die Direktionskraft der Grundrechte nicht nach Maßgabe ökonomischer Nutzenkalküle bestimmt, sondern – umgekehrt – diese die Begrenzungsmacht der Grundrechte einkalkulieren müssen. Insoweit hat das Verfassungsrecht – allerdings nicht ausschließlich – eine „katechontische Funktion“: „Indem das Recht sich der jeweiligen wissenschaftlichen und technischen Entwicklung nicht nur anpaßt, sondern

sie hinhält und verzögert, schafft es der Gesellschaft und Politik Raum zum Bedenken und Entscheiden.“

So *Bernhard Schlink*, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48 (1990), S. 235 (260).

Der Einwand abweichender Praxis in anderen, namentlich europäischen Ländern verfängt demgegenüber nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat im Hinblick auf das Grundrecht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) unmißverständlich betont, daß Ansichten, Erfahrungen sowie abweichende Beurteilungen in anderen Ländern an der Maßstäblichkeit der Grundrechte, so wie das Grundgesetz sie versteht, nichts zu ändern vermag.

Vgl. BVerfGE 39, 1 (67)

Der Hinweis auf die Verhältnisse in anderen Staaten und Gesellschaften entlastet also – verfassungsrechtlich betrachtet – nicht,

*Rüdiger Breuer*, in: Ipsen u.a. (Hrsg.), Verfassungsrecht im Wandel, 1995, S. 25 (64)

was unmittelbar einleuchtet, wenn man sich beispielhaft vor Augen hält, daß die Geltung der Todesstrafe, die in manchen Ländern der Europäischen Union unter bestimmten Voraussetzungen verhängt werden kann,

vgl. Art. 7 Abs. 3 S. 2 Verfassung von Griechenland, Art. 27 Abs. 2 S. 2 Verfassung von Italien, Art. 40 Abs. 4 Nr. 5 Verfassung von Irland, Art. 15 S. 2 Verfassung von Spanien, s. auch Art. 2 Abs. 1 S. 2 Europäische Menschenrechtskonvention

ebenfalls – und zu Recht – nicht als zulässiges Argument für ihre Einführung in Deutschland betrachtet wird. Daß es in Deutschland in vielen Berei-



chen, etwa dem Arbeits- und Sozialrecht, höhere Schutzstandards als in anderen (auch europäischen) Staaten gibt, reicht ebenfalls nicht aus, um eine Angleichung „nach unten“ verfassungsrechtlich zu legitimieren.

Vgl. *Rainer Beckmann*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, *MedR* 2001, S. 169 (175); ebenso *Adolf Laufs*, Präimplantationsdiagnostik - Juristische Überlegungen, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 204 (207)

### 3. Zur rationalisierenden Funktion des Verfassungsrechts

Aufgrund der Unabgeschlossenheit der biowissenschaftlichen Entwicklung und der Offenheit der politischen Debatte bewegt sich die verfassungsrechtliche Betrachtung notgedrungen und noch mehr als sonst auf der Grenze von Recht und (Tages-)Politik. Daß Verfassungsrecht von seinem Gegenstandsbereich her „politisches Recht“ ist (*Heinrich Triepel*), wird besonders augenfällig. Verfassungsrechtliche Expertise muß auch und gerade in dieser Lage das verfassungsrechtlich Gebotene, Zulässige, Vertretbare und Empfehlenswerte gegeneinander absichten und eine rationale Basis für die öffentliche und rechtswissenschaftliche Diskussion erarbeiten, die potentiell für das gesamte unter dem Grundgesetz versammelte Gemeinwesen Plausibilität erzeugen kann, weil sie partikalure Moralansätze.

Vgl. *Höfling/Rixen*, aaO, 1996, S. 76 ff.; *Stephan Rixen*, in: Engels (Hrsg.), *Biologie und Ethik*, 1999, S. 346 (354, 368 f.)

Dies bedeutet indes nicht Beliebigkeit der Argumentation. Mit dem Wortlaut der Grundrechtsbestimmungen ist vieles, aber nicht alles vereinbar.

*Robert Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (1985),  
Ausg. 1986, S. 502 a.E.

Insbesondere Auslegungsvorschläge, die sich bewußt gegen die vom Bundesverfassungsgericht institutionell gesicherte Auslegungstradition wenden, tragen in einer maßgeblich durch das Bundesverfassungsgericht geprägten "Grundrechtsdemokratie" eine höhere Argumentationslast. Sie müssen darlegen, wieso gerade sie zur Fortbildung einer Grundrechtsgarantie nötig erscheinen, warum also argumentative Diskontinuität angezeigt sein soll.

Vgl. *Rixen*, in: Engels, aaO, S. 352

Verfehlen würde die Verfassungsrechtslehre die ihr eigene freiheitswahrende Aufgabe aber auch, wenn sie sich in einem Fatalismus des Unvermeidlichen erginge, etwa dergestalt, „der Fortschritt“, der – normativ betrachtet – womöglich ein Rückschritt ist, könne ohnehin nicht aufgehalten werden.

In diesem Sinne jüngst *Stefan Schnorr/Volker Wis-sing*, Vorfeld der Gesetzgebung, ZRP 2001, S. 143.

Die Frage, ob eine (Bio-)Technik sich durchsetzen darf, ist von der Frage zu unterscheiden, ob man ihre Durchsetzung auch effektiv gestalten bzw. begrenzen kann. Die Instrumente zu schaffen, die Exekutive und Judikative eine real wirksame Durchsetzung verfassungsrechtlich geforderter oder doch zumindest empfehlenswerter Gestaltungen ermöglichen, ist zuvörderst Sache des Primates der Politik, den das Parlament zur Geltung bringen muß.

## **B. Verfassungsrechtliche Aspekte der Verfügung über menschliche Embryonen und "humanbiologisches Material"**

### **1. Abschnitt: Grundlagen und allgemeiner Teil**

Die folgenden Überlegungen sind den verfassungsrechtlichen Grundlagen gewidmet. Sie zielen vor allem auf drei für die weiteren Darlegungen elementare und fundamentale Klärungen:

- Zunächst bedarf es - erneut, aber in spezifischer und stärker dogmatischen Weise - einiger prinzipieller Aussagen zur Maßstabsfunktion und Steuerungskraft des Verfassungsrechts. Diese wird ja zunehmend für zentrale Referenzfelder der Bioethik, namentlich etwa die sog. Embryonenforschung, in Abrede gestellt.

Dazu im folgenden sub I.

- Sodann sind die wichtigsten grundrechtlichen Elemente des grundgesetzlichen Koordinatensystems für biowissenschaftliche Interventionen zu skizzieren.

Dazu nachfolgend sub II.

Zahlreiche Grundannahmen sind hier weitgehend unstrittig. Umstritten aber und für die gegenwärtige Debatte von zentraler Bedeutung ist indes die Frage nach dem verfassungsrechtlichen Status des Embryo (in vitro). Heftig umkämpft ist auch die normative Direktionskraft der Menschenwürdegarantie für die Biomedizin. Beiden Aspekten ist deshalb besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

Dazu unten sub II. 1. und 2.

- Schließlich sind jene Problemfelder zu benennen und zu strukturieren, die im anschließenden zweiten Abschnitt Gegenstand eingehenderer verfassungsrechtlicher Analyse sein werden.

Dazu III.

## **I. Zur Maßstabsfunktion des Verfassungsrechts für die biowissenschaftliche Entwicklung - oder: Verfassungsrechtliche Kritik der bioethischen Personendoktrin**

### 1. Die bioethische Personendoktrin und ihre Bedeutung für die Gutachtenthematik

Zunehmend gewinnt - so der Eindruck - eine Position auch im bioethischen Diskurs in Deutschland an Bedeutung, jedenfalls an Gehör, die in ihrer Konsequenz auf eine weitgehende "Deposiedierung" (*Ernst Forsthoff*) des Verfassungsrechts aus den besonders umstrittenen Problemfeldern der Biowissenschaften hinausläuft. Jüngst ist diese Position durch den neuen Kulturstaatsminister im Bundeskanzleramt, den Philosophen *Julian Nida-Rümelin*, dahingehend formuliert worden: "Die Achtung der Menschenwürde ist dort angebracht, wo die Voraussetzungen erfüllt sind, daß ein menschliches Wesen entwürdigt werde, ihm seine Selbstachtung genommen werden kann. Daher läßt sich das Kriterium der Menschenwürde nicht auf Embryonen ausweiten. Die Selbstachtung eines menschlichen Embryos läßt sich nicht beschädigen".

*Julian Nida-Rümelin*, Wo die Menschenwürde beginnt, in: *Der Tagesspiegel* Nr. 17279 v. 3. Januar 2001, S. 25

Was hier noch gleichsam in prophylaktisch-abwehrendem Impetus gegen Reglementierungen reprogenetischer Forschungsleistung vorgetragen wird, wird bei dem Rechtsphilosophen und Strafrechtler *Reinhard Merkel* zu einer prinzipiellen Verneinung von fundamentalen Rechtspositionen (nicht nur) des Embryos.

Siehe jüngst *Reinhard Merkel*, Rechte für Embryonen, in: Die Zeit Nr. 5 v. 25. Januar 2001, S. 37 f.; eingehend ders., Früheuthanasie, 2001, S. 389 ff, 439 ff.

Die zitierten Stellungnahmen lassen sich einordnen in eine philosophische Konzeption, die man als *Nicht-Äquivalenz-Theorie* bezeichnen kann.

Hierzu *Dieter Birnbacher*, Das Dilemma des Personenbegriffs, in: ARSP 1997, Beiheft 73, S. 9 ff. (13 ff., 20)

Konstitutives Element dieser Doktrin ist die Dissoziation von Menschen und Personen.

Siehe hierzu die Darstellung und Kritik bei *Kathrin Braun*, Menschenwürde und Biomedizin, 2000, S. 108 ff.; vgl. ferner etwa die Überblicksbände: Beginn, Personalität und Würde des Menschen, hrsg. von G. Rager, 2. Aufl. 1998; Personsein aus bioethischer Sicht, ARSP 1997, Beiheft 73, hrsg. v. P. Strasser und E. Starz; *Günther Rager*, Embryo-Mensch-Person: Zur Frage nach dem Beginn des personalen Lebens, in: J. P. Beckmann (Hrsg.), Fragen und Probleme einer medizinischen Ethik, 1996, S. 254 ff.; *Jan P. Beckmann*, Über die Bedeutung des Personen-Begriffs im Hinblick auf aktuelle medizinische Probleme, in: Ebda., S. 279 ff.

Sie thematisiert Fragen, wie: Sind alle menschlichen Wesen Personen oder nur solche, die bestimmte "personale" Merkmale aufweisen? Gibt es einen Unterschied zwischen einem bloßen "menschlichen Wesen" und einem mit besonderen Fähigkeiten ausgestatteten Menschen, zwischen einem "Nur-Menschen" oder einer Person?;

Siehe dazu *Birnbacher*, ARSP, Beiheft 73, 1997, S. 9 ff. (9); ferner etwa *Johannes Rosado*, Kein Mensch, nur Mensch oder Person?, in: J. Bonelli (Hrsg.), *Der Status des Hirntoten*, 1995, S. 221 ff.

und sie gibt hierauf - bei allen Unterschieden im Detail - bejahende Antworten. Danach gibt es durchaus eine Differenz zwischen Menschen und Personen. Von diesem Ansatz aus sind einige menschliche Wesen keine Personen. Manche Nicht-Äquivalenz-Theoretiker leugnen darüber hinaus auch, daß alle Personen Menschen oder menschliche Wesen sind und schreiben den Personenstatus auch bestimmten hochentwickelten Nicht-Menschen zu.

Exemplarisch hierfür etwa *John Harris*, *The Value of Life*, 1985

Die Begriffslücke zwischen Menschen und Personen differiert nun innerhalb der Anhänger der Nicht-Äquivalenz-Theorie durchaus, und zwar in Abhängigkeit von im wesentlichen zwei Faktoren:

- (1) Das Ausmaß der Deckungslücke hängt zum einen davon ab, welche Fähigkeiten für Personalität im einzelnen gefordert werden. Dabei kann es um kognitive Fähigkeiten wie Intentionalität, Zukunftsbewußtsein, Ichbewußtsein, Selbstdistanz usw., aber auch um moralische Fähigkeiten wie Autonomie, Verantwortungsfähigkeit usw. gehen.
- (2) Zum zweiten wird die Differenz zwischen Mensch und Person auch durch die Konkretisierung des Begriffs der Fähigkeit bestimmt. Hier geht es zentral um die Frage, mit welcher Sicherheit und für welche Dauer die je die Personalität konstituierenden Fähigkeiten verlorengegangen sein müssen, um die Personeneigenschaft zu verneinen.

Siehe hierzu *Birnbacher*, ARSP, Beiheft 73, aaO, S. 9 (13 ff.)

Entscheidend bei all den Differenzierungen im einzelnen ist aber der zentrale Ansatz, Rechte interessenorientiert, nicht statusorientiert zuzuschreiben. In einer solchen Problemperspektive werden "Freiheitsrechte ... Personen zugeschrieben, weil sie ein *Interesse an Selbstbestimmung und Freiheit von äußerem Zwang haben*, Anspruchsrechte ..., weil sie *Interesse an Leben, Leidensfreiheit, Wohlbefinden und sinnvoller Tätigkeit haben*. Eine Person hat Freiheitsrechte nicht schon deswegen, weil sie zur Freiheit fähig ist, sondern weil nur, wer zur Freiheit fähig ist, ein Interesse an Freiheit hat".

Ebda., S. 10

Noch finden sich Vertreter einer bioethischen Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik bevorzugt in der angelsächsischen Literatur. Doch auch in Deutschland lassen sich - zunehmend - Beispiele für entsprechende Argumentationsmuster finden. Eine der bekanntesten Nicht-Äquivalenz-Theoretiker ist der Mainzer Rechtsphilosoph *Norbert Hoerster*, der in zahlreichen Veröffentlichungen mit Vehemenz eine Personendoktrin verfochten hat.

Siehe bspw. *Norbert Hoerster*, Abtreibung im säkularen Staat, 2. Aufl. 1995; dens., Neugeborene und das Recht auf Leben, 1995; *ders.*, Sterbehilfe im säkularen Staat, 1998; siehe auch *dens.*, Föten, Menschen und "Speziesismus" - rechtsethisch betrachtet, NJW 1991, 2540 ff.

Die zentrale These des bioethischen Argumentationsmusters, nur Interessen könnten die Zuerkennung subjektiver Rechte rational begründen, stützt sich auf ein begriffliches und ein normatives Argument. Der Begriff des subjektiven Rechts wird analytisch mit dem des Schutzes und dieser mit dem der Verletzbarkeit seines Inhabers verknüpft. Ein Wesen jedoch, das bestimmte Interessen nicht haben kann, kann demnach auch kein subjektives moralisches Recht auf Berücksichtigung bzw. Nichtverletzung solcher Interessen

haben. "Im Hinblick auf ein Nichtverletzungs-(schädigungs-, interessen-)fähiges Wesen kann aber gegenüber anderen eine Pflicht zur Schadensvermeidung (Interessenbeachtung) schon nicht verständlich gemacht und a fortiori nicht legitimiert werden".

In diesem Sinne etwa *Reinhard Merkel*, Extrem unreife Frühgeborene und der Beginn des strafrechtlichen Lebensschutzes, in: *Medizin-Recht-Ethik* (Rechtsphilosophische Hefte, Bd. VIII), 1998, S. 103 (116 f.)

Der skizzierte Zusammenhang von Rechten und Interessen gilt auch für das Lebensrecht. Die kantianische Gegenposition, jedem Menschen stehe "kraft seiner Menschheit" ein angeborenes Grundrecht auf Freiheit zu, wird als logisch verfehlt verworfen. Von dem Umstand, daß der normale Mensch freiheitsfähig in diesem Sinne sei, führe keine logische Brücke zu der Behauptung, also sei es auch etwa der Embryo oder ein nach 18 Gestationswochen frühgeborener und überlebensunfähiger Fötus.

Siehe aaO, S. 120

Inzwischen findet die skizzierte Position auch Anhänger in der Verfassungsrechtslehre. So stellt etwa *Theodor Schilling* auf Lebensinteressen als Voraussetzung für verfassungsrechtlichen Lebensschutz ab.

Siehe *Theodor Schilling*, Die staatliche Pflicht zum Schutz von Grundrechten und Menschenwürde, *KritV* 1999, 452 (455f.) mit Fn. 26; siehe ferner *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *GG-Komm.*, Bd. 1, 1996, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 50, wonach dem Embryo es "an allen Voraussetzungen (Ich-Bewußtsein, Vernunft, Fähigkeit zur Selbstbestimmung)" fehle, "die für die Menschenwürde konstitutiv sind". *Dreier*



will allerdings die Problematik in den Bereich des Lebensgrundrechts verlagern, aaO, Rdnr. 51

Und *Michael Ronellenfitsch* präsentiert sogleich praktische Konsequenzen für die (verbrauchende) Embryonenforschung: "Je wirksamer der Schutz der Menschenwürde ist, desto intensiver wird in die Forschungsfreiheit eingegriffen. Mit der Herstellung praktischer Konkordanz hat eine einseitige Verabsolutierung von Schutzgütern nichts zu tun.

Nur am Rande sei hier darauf hingewiesen, daß nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts und der ganz herrschenden Verfassungsrechtslehre die Garantie der Menschenwürde einer Güterabwägung nicht zugänglich ist und insoweit als Element praktischer Konkordanz ausscheidet; siehe auch noch unten ...

Der Begriff des menschlichen Lebens ist streitig. Das Bundesverfassungsgericht setzt wohl erst bei der Nidation an. Dieses Ergebnis folgt auch aus einer Gesamtbetrachtung der Rechtsordnung. Entscheidend ist nicht der Lebensbegriff, sondern der des menschlichen Lebens. Daß "Jeder" in Art. 2 Abs. 2 GG verlangt einen Rechtsträger. Dieser kann kein anderer sein, als der Rechtsträger nach Art. 2 Abs. 1 GG. Art. 2 Abs. 1 GG stellt auf die Entfaltung "seiner Persönlichkeit ab". Eine Persönlichkeit muß also schon vorliegen. Eine individuelle Persönlichkeit entsteht erst mit der Nidation. Wo noch keine Persönlichkeit vorhanden ist, besteht auch kein Lebensrecht. Die Forschung an Embryonen, die nicht für die Implantation bestimmt sind, berührt somit schon nicht den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 GG. Im übrigen könnte in das Lebensrecht durch Gesetz eingegriffen werden".

So *Michael Ronellenfitsch*, Zur Freiheit der biomedizinischen Forschung, in: Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2000, 91 (104).

Eine ähnliche Position vertritt die (bei *Ronellenfötsch* entstandene) Dissertation von *Daniela Voss*, *Rechtsfragen der Keimbahntherapie*, 2001, S. 211 ff.

Es ist im vorliegenden Zusammenhang nicht näher auf die Fragwürdigkeiten und Inkonsistenzen der dogmatischen Herleitungen

etwa das Postulat praktischer Konkordanz im Blick auf die Menschenwürdegarantie; aber auch die Schlußfolgerung hinsichtlich des Grundrechtsträgers von Art. 2 Abs. 1 auf Art. 2 Abs. 2 GG

und die Unklarheiten der Formulierungen einzugehen, vielmehr ist die Personendoktrin grundsätzlich auf ihre "Verfassungskompatibilität" zu überprüfen.

## 2. Zur Kritik

Die Nicht-Äquivalenz-Theorie ist in der mit zentralen Elemente einer weit hin konsentierten Grundrechtsdogmatik nicht zu vereinbaren.

Zum folgenden siehe *Wolfram Höfling*, *Von Menschen und Personen. Verfassungsrechtliche Überlegungen zu einer bioethischen Schlüsselkategorie*, in: *Festschrift für Schiedermaier*, 2001, S. 363 (371 ff.)

Zu den wichtigsten Bauelementen des Grundrechtssystems gehören die unterschiedlichen Stufen des grundrechtlichen Argumentationsprozesses: Grundrechtstatbestand - Grundrechtsschranken - Grundrechtsschranken-Schranken. Diese freiheitsverstärkende, dogmatische Strukturierung kann heute weitgehend als Gemeingut sowohl der Verfassungsjudikatur des deutschsprachigen Raumes als auch der Spruchpraxis der europäischen Organe bezeichnet werden.

Näher hierzu *Wolfram Höfling*, Bauelemente einer Grundrechtsdogmatik des deutschsprachigen Raumes, in: Festgabe für G. Batliner, 1993, S. 343 ff.

Der Grundrechtstatbestand bietet nun einen prima facie-Schutz. Wenn ein menschliches Verhalten oder eine Eigenschaft vom Tatbestand einer Grundrechtsnorm umfaßt wird, ist es zunächst einmal, das heißt, ohne daß hier schon Grundrechtsbeschränkungen Berücksichtigung fänden, erlaubt bzw. geschützt.

Näher hierzu *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 262 ff.; *Wolfram Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, 1986, S. 172 ff.

Oder aus anderer Perspektive: Nur wenn die tatbestandliche Einschlägigkeit gegeben ist, ist eine Rechtsfrage zugleich eine Grundrechtsfrage. Es liegt auf der Hand, daß die je engere oder weitere Interpretation der Grundrechtstatbestände für die Zahl der (potentiellen) Grundrechtsfälle bedeutsam sind. Wer aufgrund einer engen Tatbestandstheorie zur Verneinung der Einschlägigkeit eines Grundrechtstatbestands kommt, für den ist die verfassungsrechtliche Subsumtion zu Ende. Weitere Fragen und Begründungslasten ergeben sich nicht. Für denjenigen hingegen, der wegen seiner weiten Normbereichskonzeption zu einem grundrechtlichen prima facie-Schutz gelangt, beginnt jetzt erst das - im medizin-ethischen Kontext nicht selten todernde - "Spiel von Grund und Gegengrund" (*Alexy*).

Der grundrechtliche Tatbestand nimmt nun im Regelfall Bezug auf einen Schutzgegenstand bzw. ein Schutzgut, das in der Grundrechtsnorm verfassungsunmittelbar festgelegt ist, beispielsweise: Menschenwürde, Leben, Kunst, Glaube. Doch, wo das Grundgesetz den Schutzgegenstand verfassungsunmittelbar bestimmt, überträgt es die Verantwortung für seine Abgrenzung der Verfassungsinterpretation. Gesetzliche Regelungen zur "Präzisierung" des Schutzgegenstandes sind danach nur Versuche, dem Inhalt der Verfassung gerecht zu werden. Gelingt der Versuch, so bedeutet die ein-

fachgesetzliche Regelung eine deklaratorische Darstellung des ohnehin verfassungsrechtlich Gültigen. Mißlingt der Versuch, erweist er sich als verfassungswidrig und ist ungültig.

Hierzu *Michael Sachs*, in: Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 41.

Dem Schutzgegenstand kommt damit eine zentrale materielle Bedeutung sowohl für die abwehrrechtlichen wie die schutzrechtlichen Dimensionen der Grundrechte zu: "Das Schutzgut bestimmt den Inhalt des Grundrechts", wie das Bundesverfassungsgericht betont hat.

BVerfGE 50, 290 (354).

Das Gericht geht nun mit einem großen Teil der Verfassungsrechtslehre von der Prämisse einer weiten Tatbestandstheorie aus. Die Festlegung des Schutzgegenstandes hat möglichst mit Hilfe von Kriterien zu erfolgen, die ausreichend offen und inhaltsarm sind, daß sie alle Realisierungsmöglichkeiten einschließen können, denen der Grundrechtsschutz gilt.

Siehe auch die Formulierung bei *Sachs*, in: Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S.56.

Bei verschiedenen Grundrechten, nicht zuletzt beim Lebensgrundrecht, hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt sein extensives Verständnis des jeweiligen Schutzgegenstands mit der Maxime begründet, daß "in Zweifelsfällen diejenige Auslegung zu wählen ist, welche die juristische Wirkkraft der Grundrechtsnorm am stärksten entfaltet".

BVerfGE 32, 54 (71); 39, 1 (38); 48, 376 (388); siehe ferner auch BVerfGE 51, 97 (110).

Für eine weite Tatbestandstheorie sprechen in der Tat einige gute Gründe:

(1) Zunächst korrespondiert eine weite Tatbestandstheorie mit dem offenen Freiheitsbegriff und dem offenen Menschenbild des Grundgesetzes.

Dazu näher *Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, S. 104 ff., 116 ff.

(2) Nur eine weite Tatbestandstheorie verhindert eine schutzgutreduzierende Begriffsdogmatik, die zugleich die Disziplinierung und Kontrollierbarkeit des Subsumtionsprozesses beeinträchtigt und das verfassungsstaatliche Regel-Ausnahme-Verhältnis von Freiheitsschutz und staatlicher Eingriffsbezugnis umkehrt.

(3) Nur eine weite Tatbestandstheorie ermöglicht auch eine differenzierende Berücksichtigung unterschiedlicher Rechtspositionen auf unterschiedlichen Argumentationsebenen. Eine restriktive Schutzgegenstandsbestimmung würde nicht nur die differenzierten Schrankenvorbehalte der Grundrechtsnormen unterlaufen, sondern auch zu einer generellen Einbuße an Grundrechtssubstanz führen, die ansonsten im Rahmen der Übermaßprüfung auf den konkreten Fall und seine Gegebenheiten beschränkt bleibt.

Zu diesem Gedanken *Sachs*, in: Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 60.

(4) Die weite Tatbestandstheorie fordert den Gesetzgeber, der aber wiederum der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen ist. Sie gewährleistet damit (zumindest ansatzweise) den öffentlich-demokratischen Diskurs.

Vor diesem Hintergrund drängt sich gerade bei der Interpretation des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG eine Bezugnahme auf die bloße biologische Existenz auf. Schutzgut der Norm ist nicht weniger und nicht mehr als das körperliche Dasein eines Menschen. Auf den Grad der Lebensfähigkeit kommt es ebenso wenig an wie auf kognitiv-psychische oder moralische Fähigkeiten.

Siehe dazu auch *Wolfram Höfling*, Um Leben und Tod, JZ 1995, 26 ff.; näher noch im folgenden sub II. 1.

Schutzgut des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist demnach das "Lebendigsein" eines menschlichen Organismus. Auf diese Weise knüpft die Verfassungsbestimmung zugleich an das "offene Menschenbild" an, wie es der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG zugrundeliegt.

Siehe *Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, aaO, S. 116ff.

Als Kommunikationsbegriff bezieht sich die Menschenwürde auf den Akt der Staatsfundamentierung. Die in der Präambel des Grundgesetzes berufenen Subjekte der verfassungsgebenden Gewalt gründen den Staat um der Würde des Menschen willen auf die gegenseitige Anerkennung als prinzipiell in gleicher Weise würdige Mitglieder des Gemeinwesens. Menschenwürde meint in dieser durch wechselseitiges Versprechen begründeten Solidargemeinschaft gegenseitige Achtung des Lebens, der Unverletzlichkeit und der Freiheit.

Dazu *Hasso Hofmann*, Die versprochene Menschenwürde, AöR 118 (1993), 353 (369 f.).

Dies schließt es aus, daß jemand über die Aberkennung dieses Status zu befinden befugt ist.

AaO, S. 376; ferner *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., Art. 1 Rdnrn. 47 ff.

Erst recht aber, so ist hinzuzufügen, ist die bioethische Redeweise von der "Zuschreibung" bzw. "Zuerkennung" von (Lebens-)Rechten verfassungsrechtlich inadäquat.

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer jüngeren Entscheidung deshalb zu Recht hervorgehoben: "Menschenwürde ... ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern die Würde des Menschen als Gattungswesen. Jeder besitzt sie, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status. Sie ist auch dem eigen, der aufgrund seines körperlichen oder geistigen Zustandes nicht sinnhaft handeln kann. ... Sie kann keinem Menschen genommen werden".

BVerfGE 87, 209 (228).

Mit dieser Position umschreibt das Bundesverfassungsgericht eine Menschenwürdekonzepktion, die geradezu verfassungsnormativer Ausdruck von "*Speziezismus*" ist.

So, gegen *Singer*, *Hoerster* und andere .*"Nichtäquivalenz-Theoretiker"* gewandt: *Höfling*, in: Sachs, GG-Komm., Art. 1 Rdnr. 47; siehe aber auch *Ludger Honnefelder*, Status des Embryos: Ethisch-philosophische Aspekte, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 76 (77)

Hierin liegt zugleich eine Absage an Versuche, Menschenwürde gegen Personenwürde auszuspielen. Es gilt vielmehr auch im Blick auf Art. 1 Abs. 1 GG: "Person ist der Mensch selbst, nicht ein bestimmter Zustand des Menschen".

So zutreffend *Robert Spaemann*, in: J. B. Stössel (Hrsg.), Tüchtig oder tot?, 1991, S. 133 ff.; siehe ferner auch *Winfried Brugger*, Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte, 1997, S. 33: "Personcharakter aller Menschen".

Und es ist nicht einzusehen, warum eine solche Position - wie *Norbert Hoerster* in aufschlußreich-offenherziger Formulierung glaubt hervorheben zu müssen - "geradezu vernichtenden Einwänden unter normativen Aspekten ausgesetzt" ist.

So *Hoerster*, Abtreibung im säkularen Staat, 1991,  
S. 56.

Es bleibt somit festzuhalten: Das Verfassungsrecht ist - allen bioethischen Relativierungsversuchen zum Trotz - Maßstab biowissenschaftlicher Interventionen.

## **II. Das grundgesetzliche Koordinatensystem für die biowissenschaftliche Entwicklung**

### 1. Zum verfassungsrechtlichen Status des Embryonen (in vitro)

In systematischem Zusammenhang mit den vorstehenden Überlegungen befassen sich die folgenden Ausführungen - gleichsam ebenfalls vor die Klammer gezogen - mit dem verfassungsrechtlichen Status des (frühen) Embryo, der ja einen zentralen Streitpunkt in der aktuellen Debatte darstellt.

Zu einem Überblick über die bioethische Diskussion: *Carmen Kaminsky*, Embryonen, Ethik und Verantwortung. Eine kritische Analyse der Statusdiskussion als Problemlösungsansatz angewandter Ethik, 1998; siehe auch *Günther Rager*, Präimplantationsdiagnostik und der Status des Embryo, ZME 46 (2000), 81ff.

#### a) Problemstellung

Die wohl - im eigentlichen Sinne - zentrale verfassungsrechtliche Fragestellung der gegenwärtigen reprogenetischen Diskussion betrifft den sog.



Status des Embryos in vitro. Verfassungsrechtlich gewendet: Ab wann nimmt menschliches Leben teil am Schutz des Grundrechts gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG? Und darüber hinaus: Entfaltet auch - und ab wann? - die Menschenwürdegarantie normative Wirkung? Schließlich kann auch erörtert werden, ob der frühe Embryo selbst Träger der genannten Grundrechte ist oder nur von deren objektiv-rechtlicher Wirkdimension erfaßt wird.

Dieser "Status" (vor allem) des extrauterinen Embryos ist inzwischen (wieder) umstritten. Die noch vor wenigen Jahren getroffene Feststellung, die Grundrechtsträgerschaft des Nasciturus werde "nicht immer bestritten",

so *Paul Heuermann*, Argumentationsschwierigkeiten mit der Menschenwürdegarantie, NJW 1996, 3063

hat sich als überholt erwiesen. Immer häufiger findet sich der Hinweis, das Bundesverfassungsgericht habe sich in den beiden Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch

BVerfGE 39, 1 ff. und 88, 203 ff.

einer expliziten Beurteilung des Vor-Nidations-Stadiums enthalten.

Siehe etwa Bericht der Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz vom 20. Juli 1999, Präimplantationsdiagnostik. Thesen zu den medizinischen, rechtlichen und ethischen Problemstellungen, S. 50.

Zum Teil wird sogar von verfassungsrechtlicher Seite ausdrücklich geschlußfolgert: "Vor der Nidation müssen Embryonen von Grundgesetz wegen nicht geschützt werden, insbesondere nicht vor verbrauchender Forschung".

So *Michael Sachs*, Leserbrief, in: Die Zeit, Nr. 6 vom 1. Februar 2001, S. 18. – Demgegenüber heißt

es beim selben Autor an anderer Stelle: "Klärungsbedürftig ist allerdings die vom Bundesverfassungsgericht problematischerweise offen gelassene Frage, ob menschliches Leben im Sinne des Grundrechtsschutzes **auch bereits vor der Nidation** gegeben ist (BVerfGE 88, 203 [251]). Die Lösung dieser Frage hängt davon ab, inwieweit bzw. ab welchem früheren Zeitpunkt schon die befruchtete menschliche Eizelle als ein unverwechselbarer individueller menschlicher Organismus anzusehen ist, was letztlich auf der Grundlage verfeinerter medizinischer Erkenntnisse festgestellt werden muß. Das Bundesverfassungsgericht nahm immerhin an, daß es "die Erkenntnisse der medizinischen Anthropologie nahelegen, (daß) menschliches Leben bereits mit der Verschmelzung von Ei und Samenzelle entsteht"; so *Michael Sachs*, Verfassungsrecht II, Grundrechte, 2000, S. 204

In die gleiche Richtung weist auch eine rhetorische Frage wie die, ob man denn wirklich Lebensrecht und Würde "einer befruchteten menschlichen Eizelle in gleicher Weise zusprechen (könne) wie etwa einem Bundesverfassungsrichter?"

So *Reinhold Zippelius*, Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Aufl. 1996, S. 331

Bestimmte bioethische Positionen haben hierauf eine klare Antwort: Die Durchtrennung der Nabelschnur sei das geeignetste Kriterium, um den Beginn menschlichen Lebens festzustellen: "Mit ihr fängt die Existenz des Menschen als eigenständiges Individuum, als Subjekt an."

*Birnbacher*, in: Leist (Hrsg.), *Um Leben und Tod*, 1990, S. 266 (270) – bezogen auf die Menschenwürde

In sich folgerichtig heißt es dann, „that living human embryos deserve no less, but also no more respect than human corpses or human organs“.

*Birnbacher*, in: Bayertz (Hrsg.), *Sanctity of Life and Human Dignity*, 1996, S. 107 (117); in diesem Sinne auch *Singer*, *Leben und Tod*, dt. Ausg. 1998, S. 101: „Die Revolution in der Reproduktionsmedizin hat nicht nur die durch die Empfängnis markierte Grenze verwischt, sondern auch den Embryo in einer völlig neuen Weise zu einem Produkt gemacht. Der Anblick von Embryonen in Glasschalen auf Labortischen macht es schwieriger, an dem Glauben festzuhalten, daß alles menschliche Leben vom Augenblick der Empfängnis an gleich kostbar sei.“ Im Ansatz ähnl. *Hoerster*, *Abtreibung im säkularen Staat*, 1991, S. 24 ff., S. 56 ff.; *Hoerster*, *FAZ*, Nr. 47 vom 24. Februar 2001, S. 46; *Merkel*, in: *Die Zeit*, Nr. 5 vom 25. Januar 2001, S. 37

Tote und Leichenteile genießen aber nicht mehr den Schutz des Grundrechts auf Leben.

Vor diesem Hintergrund und im Blick auf die vielfältigen Implikationen, welche die Beantwortung der Status-Frage für etliche Problemaspekte des Gutachtenauftrages hat, ist im folgenden eingehender zu analysieren, ob und inwieweit die Grundrechte, insbesondere Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 1 Abs. 1 GG, für den Embryo (in vitro) normative Maßstabsfunktion entfalten.

b) Überblick über den Diskussionsstand in der verfassungsrechtlichen Judikatur und der Verfassungsrechtslehre

aa) Einschlägige Aussagen des Bundesverfassungsgerichts

Bereits im ersten Abtreibungsurteil hat das Bundesverfassungsgericht 1975 festgestellt, daß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG auch das „sich im Mutterleib entwickelnde Leben als selbständiges Rechtsgut“ schützt.

BVerfGE 39, 1 (36)

Das Gericht führt weiter aus:

„Leben im Sinne der geschichtlichen Existenz eines menschlichen Individuums besteht nach gesicherter biologisch-physiologischer Erkenntnis jedenfalls vom 14. Tage nach der Empfängnis (Nidation, Individuation) an. ... Der damit begonnene Entwicklungsprozeß ist ein kontinuierlicher Vorgang, der keine scharfen Einschnitte aufweist und eine genaue Abgrenzung der verschiedenen Entwicklungsstufen des menschlichen Lebens nicht zuläßt. Er ist auch nicht mit der Geburt beendet; die für die menschliche Persönlichkeit spezifischen Bewußtseinsphänomene z.B. treten erst längere Zeit nach der Geburt auf. Deshalb kann der Schutz des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG weder auf den ‚fertigen‘ Menschen nach der Geburt noch auf den selbständig lebensfähigen nasciturus beschränkt werden. Das Recht auf Leben wird jedem gewährleistet, der ‚lebt‘; zwischen einzelnen Abschnitten des sich entwickelnden Lebens vor der Geburt oder zwischen ungeborenem und geborenem Leben kann hier kein Unterschied gemacht werden. ‚Jeder‘ im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist ‚jeder Lebende‘, anders ausgedrückt: jedes Leben besitzende

menschliche Individuum; ‚jeder‘ ist daher auch das noch ungeborene menschliche Wesen.“

BVerfGE 39, 1 (37)

Der erste Senat hat diese Erstreckung der Auslegung des Lebensbegriffs zunächst mit der Entstehungsgeschichte begründet. Die „ausdrückliche Aufnahme des an sich selbstverständlichen Rechts auf Leben in das Grundgesetz“, womit der Grundgesetzgeber über die Weimarer Reichsverfassung hinausgegangen sei, sieht das Gericht „hauptsächlich als Reaktion auf die ‚Vernichtung lebensunwerten Lebens‘, auf ‚Endlösung‘ und ‚Liquidierung‘, die vom nationalsozialistischen Regime als staatliche Maßnahmen durchgeführt wurden“.

BVerfGE 39, 1 (36); siehe auch BVerfGE 18, 112 (117)

Ferner hat es sein Ergebnis teleologisch im Sinne einer Effektivierung des Grundrechtsschutzes begründet. „Sinn und Zweck dieser Grundgesetzbestimmung“ erforderten es, „den Lebensschutz auch auf das sich entwickelnde Leben auszudehnen. Die Sicherung der menschlichen Existenz gegenüber staatlichen Übergriffen wäre unvollständig, wenn sie nicht auch die Vorstufe des ‚fertigen Lebens‘, das ungeborene Leben, umfaßte.“

BVerfGE 39, 1 (37)

Nicht entschieden zu werden brauchte nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts allerdings, „ob der nasciturus selbst Grundrechtsträger ist oder aber wegen mangelnder Rechts- und Grundrechtsfähigkeit ‚nur‘ von den objektiven Normen der Verfassung in seinem Recht auf Leben geschützt wird.“

BVerfGE 39, 1 (41)

Diese Zurückhaltung des Gerichts spiegelt das Bestreben wieder, seine Aussagen auf die fallrelevanten Aspekte zu konzentrieren. Da in dem Verfahren der abstrakten Normenkontrolle – nach der vom Bundesverfassungsgericht in der nämlichen Entscheidung entwickelten Schutzpflichtenlehre – eine objektive Grundrechtsdimension auf „Schutz und Förderung“ den Beurteilungsmaßstab für das Fünfte Gesetz zur Reform des Strafrechts (5. StrRG) abgab, kam es nicht auf subjektive Rechte an. Deren Existenz mußte der Senat darum nicht feststellen.

Die erste Abtreibungs-Urteil wurde in seinen wesentlichen Aussagen in einer Entscheidung des zweiten Senats aus dem Jahre 1993 zum zwischenzeitlich geänderten Abtreibungsrecht bestätigt. Das Gericht stellte bündig fest: „Das Grundgesetz verpflichtet den Staat, menschliches Leben zu schützen. Zum menschlichen Leben gehört auch das ungeborene. Auch ihm gebührt der Schutz des Staates.“

BVerfGE 88, 203 (251)

Keiner Entscheidung bedurfte es in dem Verfahren jedoch über die Frage des exakten Beginns des grundrechtlichen Lebensschutzes, so daß der Senat es offen ließ „ob, wie es Erkenntnisse der medizinischen Anthropologie nahelegen, menschliches Leben bereits mit der Verschmelzung von Ei und Samenzelle entsteht“. Geschützt sei zumindest der Zeitraum der Schwangerschaft, also der Zeitraum „vom Abschluß der Einnistung des befruchteten Eis in der Gebärmutter (Nidation) ... bis zum Beginn der Geburt“.

BVerfGE 88, 203 (251)

Und weiter: „Jedenfalls in der so bestimmten Zeit der Schwangerschaft handelt es sich bei dem Ungeborenen um individuelles, in seiner genetischen Identität und damit in seiner Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit bereits fest gelegtes, nicht mehr teilbares Leben, das im Prozeß des Wachsens und Sich-Entfaltens sich nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch entwickelt.“

BVerfGE 88, 203 (251 f.)

Zugleich hat das Gericht - was oft übersehen wird - klargestellt: "Liegt die Würde des Menschseins auch für das ungeborene Leben im Dasein um seiner selbst willen, so verbieten sich jegliche Differenzierungen der Schutzverpflichtung im Blick auf Alter und Entwicklungsstand dieses Lebens ...".

BVerfGE 88, 203 (267)

bb) Zum Meinungsstand in der Literatur

Im Blick auf den Zeitpunkt, ab dem das Grundrecht auf Leben gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG seine Abwehr- und Schutzfunktion normativ entfalten kann, werden in der Literatur nahezu alle denkbaren Positionen vertreten, vom völligen Ausschluß aller pränatalen Lebensformen

in diesem Sinne bereits *Horst Ehmke*, Stellungnahme, in: Arndt/Erhardt/Funke (Hrsg.), Der § 218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht, 1979, S. 180 f.; pointiert auch *Norbert Hoerster*, Forum: Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht?, JuS 1989, 172 ff.

bis hin zur Einbeziehung der noch nicht befruchteten Eizelle.

Siehe *Christian Starck*, Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen. 1. Teilgutachten. Verfassungsrechtliche Probleme, in: 56. DJT 1986, A 17

Läßt man diese beiden Extrempositionen einmal beiseite,

die erstgenannte Variante ist verfassungsrechtlich nicht haltbar, was die nachfolgenden Überlegungen noch zeigen werden, und durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch weitgehend in den Bereich des allenfalls rechtsphilosophischen Diskurses verwiesen; zur letztgenannten Position ist hier nicht Stellung zu nehmen; dazu noch unten ...

so lassen sich im wesentlichen folgende Konzeptionen unterscheiden:

- Zum Teil wird Leben erst mit der Individuation, d.h. mit dem Ende der Omnipotenz der Zellen und dem Ende der Möglichkeit von Mehrlingsbildungen, angenommen. Dieser Zeitpunkt liegt etwa 14 Tage nach der Befruchtung der Eizelle.

Vgl. hierzu die Darstellung bei *J. Spiekerkötter*, Verfassungsfragen der Humangenetik, 1989, S. 40 f.

- Mit der Individuation fällt zeitlich in etwa die Nidation zusammen. Die Einnistung der befruchteten Eizelle in die Gebärmutter markiert für einige Stimmen in der Literatur den Beginn des konkret-individuellen Lebens und damit des Lebensschutzes.

*H. Hofmann*, Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation – Wissenschaft im rechtsfreien Raum?, JZ 1986, 253 (258



f.); vgl. a. D. Coester-Waltjen, Befruchtungs- und Gentechnologie bei Menschen – rechtliche Probleme von morgen?, FamRZ 1984, 230 (235).

- Nach der Nidation kommen noch die Ausbildung von wesentlichen Körperfunktionen – wie Herz- und Hirntätigkeit sowie die Ausbildung des Nervensystems – als Lebensbeginn in Betracht. So erwägt Scholz in Umkehrung des Hirntodkriteriums am Lebensende, den Lebensschutz erst mit dem Einsetzen der Gehirntätigkeit, also im dritten Monat der Schwangerschaft, beginnen zu lassen.

R. Scholz, Instrumentelle Beherrschung der Biotechnologie durch die Rechtsordnung, Bitburger Gespräche Jb. 1986/1, S. 59 (80), unter Berufung auf H.-M. Sass, Extrakorporale Fertilisation und Embryotransfer, in: Flöhl (Hrsg.), Genforschung – Fluch oder Segen?, 1985, S. 38 ff.

- In Anlehnung an die Abtreibungsentscheidung des US-amerikanischen Supreme Court

Roe v. Wade, U.S.-Reports Bd. 410, S. 113

ist auch ein Abstellen auf die extra-uterine Lebensfähigkeit vorstellbar.

- Erst ab einem nicht näher spezifizierten Zeitpunkt, der jedenfalls nach dem Zygotenstadium angesiedelt ist, nimmt A. Lübbe den Beginn des Lebensschutzes an, wobei sie als Kriterium zur näheren Bestimmung des Schutzbeginns das Kriterium der „Menschenähnlichkeit“ anbietet, was allerdings auf einen graduellen, abgestuften Beginn des Grundrechtsschutzes hindeuten würde.

Anna Lübbe, Embryonenschutz als Verfassungsfrage, ZfP 1989, 138 (148 f.)

- Als augenfälligste Zäsur wird schließlich insbesondere die Geburt herangezogen, um den Lebensschutz zu begründen, da der Mensch durch die Geburt in die Rechtsgemeinschaft aufgenommen werde.

*Giselher Rüpke*, Persönlichkeitsrecht und Schwangerschaftsunterbrechung, ZRP 1974, 73 (74)

- Auf einen Zeitpunkt noch deutlich nach der Geburt will schließlich eine von *Hoerster* vertretene Ansicht abstellen. Sie billigt grundrechtlichen Lebensschutz nur personalen Wesen zu, die über IChbewußtsein und Rationalität verfügen.

*Norbert Hoerster*, Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht?, JuS 1989, 172 (175 f.)

Die deutliche Mehrheit der Autoren setzt den Schutz hingegen bereits mit der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle an.

Siehe beispielhaft *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, 1. Aufl. 1996, Art. 2 II Rz. 16; *P. Kunig*, in v. Münch/Kunig, GG I, 5. Aufl. 2000, Art. 2 Rz. 49; *Stern*, Staatsrecht III/1, 1057 f.; *W. Graf Vitzthum*, MedR 85, 249 (252); *D. Lorenz*, in: Isensee/Kirchhof HdbStR VI, 1989, § 128 Rz. 10; *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 124 f.; *R. Beckmann*, ZRP 1987, 80 (82 ff.); *H. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 2 Rz. 55. *Wolfram Höfling*, Die Abtreibungsproblematik und das Grundrecht auf Leben, in: Thomas/Kluth (Hrsg.), Das zumutbare Kind, 1993, S. 119 (124); *Udo Steiner*, Schutz des Lebens nach dem Grundgesetz, 1992, S. 11; *D. Murswiek*, in: Sachs, GG, 2. Aufl. 1999, Art. 2 Rz. 146, erstreckt den Schutzbereich jedenfalls auch auf den Em-

bryo ohne eine Spezifizierung oder Einschränkung hinsichtlich eines bestimmten Zeitraums vor der Geburt vorzunehmen

Begründet wird diese frühe Zeitpunkt insbesondere mit der kontinuierlichen Entwicklung menschlichen Lebens, die jede Zäsur zwischen der Verschmelzung und der Geburt willkürlich erscheinen lasse.

*H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, Art. 2 II Rz. 16; *P. Kunig*, in v. Münch/Kunig, GG I, 5. Aufl. 2000, Art. 2 Rz. 49; *D. Lorenz*, in: Isensee/Kirchhof HdbStR VI, 1989, § 128 Rz. 8 f. und 12

Insbesondere durch wissenschaftlichen Fortschritte und die hiermit verbundenen Regelungsdefizite der Gentechnologie ist die pränatale Schutzpflicht des Staates in den Mittelpunkt des Blickfelds gerückt. Im Unterschied zu den Judikaten des Bundesverfassungsgerichts, die sich ausschließlich mit der (ungewollten) Schwangerschaft befaßten, hat gerade die jüngere gentechnologische Entwicklung der Auffassung grundrechtlich geschützter individuell-menschlicher Existenz mit Vereinigung von Ei- und Samenzelle, also noch vor der Nidation Vorschub geleistet.

*J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 125; vgl. auch *Stern*, Staatsrecht III/1, 1988, S. 1057; *W. Graf Vitzthum*, MedR 1985, 249 (252); *R. Beckmann*, ZRP 1987, 80 (82 ff.)

Daher wird in der Literatur überwiegend der Schutz intrakorporal wie extrakorporal erzeugter Foeten und Embryonen vor den Gefahren des gentechnologischen Mißbrauchs als „eines der klassischen Postulate der in Art. 2

Abs. 2 S. 1 GG formulierten verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für das Leben“ angesehen.

Vgl. *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 125; weitere ...

c) Zur Konkretisierung des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

Unter Berücksichtigung der weithin anerkannten Regeln zur Auslegung grundrechtlicher Schutzbereiche gelangt man - wie im folgenden zu zeigen sein wird - zu dem Ergebnis, daß die Position der ganz herrschenden Verfassungsrechtslehre zutreffend ist: (Spätestens) mit der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle ist menschliches Leben entstanden, das von der Grundrechtsgarantie des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG erfaßt wird.

Als allgemeine Direktive für die Grundrechtsauslegung kann gelten: Je höher der Grad normativer Offenheit ist, den eine Verfassungsbestimmung aufweist, desto umfassender ist der Schutzbereich konzipiert. Normative Offenheit eines grundrechtlichen Schutzbereichs wiederum ist umso größer, je weniger dieser rechtlich vorgeprägt ist und je höher die soziale, kulturelle, wissenschaftliche usw. Dynamik des in Bezug genommenen Wirklichkeitsausschnitts ist.

Ausführlich hierzu Höfling, Offene Grundrechtsinterpretation, aaO, S. 37 ff.

Der Grundrechtstatbestand des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG erfüllt geradezu prototypisch beide Voraussetzungen:

- Das Tatbestandselement „Leben“ verweist auf eine natürliche Eigenschaft als Schutzgegenstand, die auf eine Konstituierung durch die Rechtsordnung a priori nicht angewiesen ist. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG statuiert einen ausschließlich sachgeprägten, in keiner Weise rechtserzeugten Normbereich.

- Auch die Dynamik des durch die Norm erfaßten Sachbereichs ist hoch. Dies gilt insbesondere für die Gefährdungspotentiale, welche den rasanten biowissenschaftlichen Entwicklungsprozeß begleiten. Grundrechtsbestimmungen aber sind als normative Antworten auf aktuelle und potentielle Gefährdungen menschlicher Existenz hin konzipiert; hierauf haben sie, soweit der Wortlaut der Norm dem nicht eindeutig entgegensteht, mittels der „Wachstumsfähigkeit“ ihres Schutzbereichs zu reagieren.

Zum ganzen siehe nur *Höfling*, JZ 1995, 26 (31) mit weiteren Nachweisen

Um nun nicht bereits auf Tatbestandsebene zahlreiche Gefährdungen menschlichen Lebens als verfassungsrechtlich irrelevant und zugleich weite Teile des durch die Norm in Bezug genommenen Lebensbereichs als grundrechtlich unbeachtlich zu qualifizieren, drängt sich bei der Konkretisierung des Tatbestandselements "Leben" eine Bezugnahme auf die bloße biologische Existenz auf: Schutzgut der Norm ist nicht weniger und nicht mehr als das körperliche Dasein eines Menschen. Auf den Grad der Lebensfähigkeit kommt es ebensowenig an wie auf kognitiv-psychische oder moralische Fähigkeiten. Bewußtseinsdifferenzen begründen keine Statusdifferenzen. Schutzgut ist demnach das "Lebendigsein" eines menschlichen Organismus. Damit knüpft Art. 2 II 1 GG zugleich an das "offene Menschenbild" an, wie es der Menschenwürdegarantie des Art. 1 I GG zugrundeliegt.

Insofern ist nach einem möglichst manipulationsresistenten, d. h. auf qualitativ-wertende Aspekte weitestgehend verzichtenden Anknüpfungspunkt zu suchen, der zugleich den in Bezug genommene Lebensbereich "sachgerecht" erfaßt. Dabei sind die Erkenntnisse der modernen Biowissenschaft zu berücksichtigen. Insoweit läßt sich wohl der Stand der molekular- und zellbiologischen Forschungen wie folgt skizzieren:

Die Fertilisation ist der entscheidende qualitative Sprung, während die darauf folgende Entwicklung kontinuierlich verläuft. "Es entsteht ein neues,

humanspezifisches und zugleich individuelles Genom, und zwar in einer nicht voraussagbaren Weise. Die Ootide und die aus ihr hervorgehende Zygote können sich zu einem erwachsenen Menschen entwickeln, wenn die für sie nötigen Umgebungsbedingungen erfüllt sind. Die Umgebungsbedingungen sind zwar notwendig für die Entwicklung, aber nicht hinreichend für das Selbstsein des Embryos. Dieser Sachverhalt ist vergleichbar mit der Situation des erwachsenen Menschen, für den Nahrung, Behausung und ein soziales Umfeld zum Überleben nötig, aber für sein Personsein nicht hinreichend sind. Das einzigartige Genom des neuen Menschen liegt spätestens am Ende der zweiten Reifungsteilung fest, wenn auch noch verteilt in den männlichen und weiblichen Vorkernen (Pronuclei). Darauf folgen die Vorbereitungen auf die erste Mitose, welche auch eine räumliche Verlagerung der Chromosomen in die Metaphaseplatte beinhalten. Es ist deshalb nur eine Frage der Definition, ob man schon von diesem Moment des Zusammen von väterlichem und mütterlichem Genom von einer Zygote sprechen will oder erst dann, wenn die Chromosomen nach der S-Phase

in der Synthese- oder S-Phase, die ungefähr sechs Stunden dauert, verdoppeln der männliche und der weibliche Vorkern ihre Chromosomensätze, nähern sich einander und lösen ihre Kernmembranen auf

in der gemeinsamen Metaphaseplatte angeordnet sind. Am Informationsgehalt des Genoms ändert sich nichts mehr. Von der Entstehung der Zygote an ist der Embryo eine funktionelle, sich selbst organisierende und differenzierende Einheit, ein dynamisches und autonomes System. Als ein sich selbst organisierendes dynamisches System erfüllt er alle Bedingungen, die man an ein Individuum im biologischen Sinne ... stellen kann".

So zusammenfassend die Studie von *Ruth Boddend-Heidrich/Thomas Cremer/Karl Decker/Hermann Hepp/Willi Jäger/Günther Rager/Wolfgang Wickler*, *Beginn und Entwicklung des Menschen: Biologisch-medizinische Grundlagen und ärztlich-klinische*

Aspekte, in: Beginn, Personalität und Würde des Menschen, hrsg. von G. Rager, 2. Aufl. 1998, S. 15 (77); ferner aaO, S. 67. - AaO, S. 78 f., wird weiter hervorgehoben: "Die Selbststeuerung des Embryos beginnt nicht erst im Achtzellstadium, in welchem die Aktivierung der embryonalen DNA zur Transkription beobachtet wird

Vor diesem Hintergrund ist - spätestens - ab der Kernverschmelzung in seiner genetischen Identität feststehendes menschliches Leben gegeben,

in diesem Sinne formuliert auch § 8 Abs. 1 1. HS Embryonenschutzgesetz: "Als Embryo im Sinne dieses Gesetzes gilt bereits die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an ..."

auf das sich der Schutz des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG erstreckt.

Mit der Formulierung "spätestens" wird auf den soeben skizzierten Umstand verwiesen, daß die genetische Identität und Einzigartigkeit bereits im Vorkernstadium determiniert ist; in diesem Sinne den Begriff des menschlichen Lebens jetzt auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive schon vor der Kernverschmelzung bestimmend: *Ralf Röger*, Verfassungsrechtliche Probleme medizinischer Einflußnahme, aaO, Habilitationsschrift, S. 122 ff.; vgl. auch *Roland Graf*, Ethik in der medizinischen Forschung rund um den Beginn des menschlichen Lebens, 1999, S. 79 f.

Zu diesem Zeitpunkt wird "ein Prozeß kontinuierlicher biologischer Entwicklung in Gang gesetzt, in dem das von Anfang an in seiner konkreten

Individualität vorhandene menschliche Leben beständige durch allmählich menschliche Gestalt gewinnt".

So *Lorenz*, in: Handbuch des Staatsrechts VI, aaO, §  
128 Rdnr. 10

Dem läßt sich nicht entgegenhalten, daß die embryonalen Zellen in diesem frühen Stadium vor der Einnistung noch totipotent sind, also sich aus jeder dieser Zellen bei Abspaltung, ein eigener vollständiger Embryo entwickeln kann - ein Vorgang, der sich bei der Heranbildung eineiiger Zwilligen auf natürliche Weise vollzieht. Zwar kann vor der Nidation tatsächlich noch nicht ausgeschlossen werden, daß im Ergebnis mehrere Embryonen entstehen; wer dieses aber zum Anlaß nimmt, die Individualität des durch die Verschmelzung von Ei- und Samenzelle entstandenen Embryos zu leugnen, differenziert nicht ausreichend zwischen Individualität und Singularität.

*Röger*, aaO, S. 105

Die Singularität des entstandenen Embryos ist in der Phase der Totipotenz noch offen, da – auch wenn dies die Ausnahme darstellt – theoretisch durch Abtrennung totipotenter Zellen Mehrlinge entstehen können. Die genetische Individualität des einen existierenden Embryos oder auch der theoretisch noch entstehenden weiteren Embryonen ist dagegen - spätestens - durch die Verschmelzung von Eizelle und Samenzelle festgelegt: die elterlichen Chromosomen haben sich anteilig zu einem neuen und einzigartigen Code zusammengefügt und legen damit verbindlich und unabänderlich die Erbsubstanz des neuen Lebewesens fest. Auch wenn sich dieses Lebewesen seinerseits noch vermehrt und zu einem Mehrling entwickeln sollte, so würde dies nichts an der genetischen Identität der Mehrlinge ändern; dies aber ist der entscheidende Grund dafür, daß sich eineiige Zwillinge eben tatsächlich „wie ein Ei dem anderen“ gleichen. Die in der Totipotenzphase noch unsichere Singularität des Embryos ändert also nichts an seiner Individualität und Einzigartigkeit.



So zutr. *Röger*, aaO, S. 105 f.

Diese Deutung ist schließlich auch in vollem Maße kompatibel mit den beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Abtreibungsproblematik, wo ebenfalls entscheidend darauf abgestellt wird, daß es sich um individuelles, in seiner genetischen Identität und Einmaligkeit bereits festgelegtes Leben handelt, "daß im Prozeß des Wachsens und sich -entfaltens sich nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch entwickelt".

Siehe BVerfGE 88, 203 (251 f.); ferner BVerfGE 39, 1 (37). - Deshalb wird in der Literatur zu Recht immer wieder hervorgehoben, daß die Begründung der beiden Abtreibungs-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts deutlich macht, daß "bereits mit der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle menschliches Leben gegeben" ist; so bspw. *Winfried Brohm*, Forum: Humanbiotechnik, Eigentum und Menschenwürde, JuS 1998, 197 (200)

Deshalb kann auch "zwischen einzelnen Abschnitten des sich entwickelnden Lebens ... kein Unterschied gemacht werden".

BVerfGE 39, 1 (37); ähnlich BVerfGE 88, 203 (267) im Blick auf die Menschenwürde, die "jegliche Differenzierungen der Schutzverpflichtung im Blick auf Alter und Entwicklungsstand dieses Lebens" verbiete

Namentlich ein an "Hirnleben" anknüpfender Versuch zur Bestimmung des grundrechtlichen Schutzgutes wäre eine unzulässige qualitative Wertung und begriffsreduktionistische Verkürzung der Grundrechtsgarantie.

Zutreffend *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, aaO, Art. 2 Rdnr. 176:

"Würde man den Begriff des Lebens, das durch Art. 2 Abs. 2 geschützt wird, anreichern mit Bewußtseinsphänomenen oder mit einem bestimmten körperlichen Entwicklungsstand, wäre der Manipulation des Grundrechts auf Leben Tür und Tor geöffnet" (unter Bezugnahme auf *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 2 Rdnrn. 9 ff.). Und weiter: "Nur die rein biologisch-physische Definition des menschlichen Lebens erfüllt demnach den Zweck der Garantie des Rechts auf Leben..."

Nur ergänzend sei im übrigen darauf verwiesen, daß auch die Gleichsetzung des "Hirntodes" mit dem Ende des menschlichen Lebens aus verfassungsrechtlicher Sicht inakzeptabel ist,

dazu vgl. *Wolfram Höfling*, Um Leben und Tod, JZ 1995, 26 ff.; *Stephan Rixen*, Lebensschutz am Lebensende. Das Grundrecht auf Leben und die Hirntodkonzeption, 1999, S. 247 ff.; *Wolfram Höfling/Stephan Rixen*, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, 1996, S. 48 ff. - Die verfassungsrechtliche Kritik an der Hirntodkonzeption ist inzwischen von etlichen Autoren aufgegriffen worden und kann für die Verfassungsrechtslehre inzwischen wohl als herrschend bezeichnet werden

abgesehen hiervon aber die Analogisierung von Hirntod und Hirnleben durchgreifenden sachlichen Bedenken ausgesetzt ist.

Dazu nur *Kaminsky*, Embryonen, Ethik und Verantwortung, aaO, S. 159 ff.; ferner *Nikolaus Knoepffler*, Forschung an menschlichen Embryonen, 1999, S. 115, der im übrigen aaO, S. 116 hervorhebt, "daß ein menschlicher Embryo im Normalfall ab der Ver-

schmelzung der Vorkerne von Ei- und Samenzelle eine aktive Potentialität hat"

d) Zur Grundrechtsträgerschaft des Embryo (in vitro)

Der Embryo in vitro ist nicht nur in objektivrechtlicher Hinsicht vom Schutz des Art. 2 Abs. 2 S 1 GG erfaßt, sondern selbst Träger, Subjekt des Lebensgrundrechts.

In Teilen der Literatur wird die vom Bundesverfassungsgericht offengelassene Frage, ob der nasciturus selbst Grundrechtsträger ist,

BVerfGE 39, 1 (41)

verneint und angenommen, er werde nur von den objektiven Normen der Verfassung in seinem Recht auf Leben geschützt.

*J. Ipsen*, Staatsrecht II, 3. Aufl. 2000, Rz. 233

Die ganz überwiegende Meinung billigt dem Embryo hingegen nicht nur die objektiv-rechtlichen Wirkungen des Lebensschutzes aus Art. 2 Abs. 2 GG, sondern auch eine diesbezügliche Grundrechtsträgerschaft zu.

*G. Dürig*, in: Maunz/ Dürig, GG, Art. 2 Abs. 2 Rz. 21 (Stand 1958); *H. Jarass*, in: Jarass/ Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000; *P. Kunig*, in: v. Münch/ Kunig, GG I, 5. Aufl. 2000, Art. 2 Rz. 47; *D. Lorenz*, in: Isensee/ Kirchhof, Hdb StR VI, 1989, § 128 Rz. 10; *D. Murswiek*, in: Sachs, GG, 2. Aufl. 1999, Art. 2 Rz. 146; *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, 1996, Art. 2 Abs. 2 Rz. 24; *C. Starck*, in: v. Mangoldt/ Klein, GG I, 4. Aufl. 1999, Art. 2 Rz. 187; *K. Stern*, Staatsrecht III/1, 1988, S. 1063

Hierfür spricht einerseits die textliche Fassung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, zum anderen das Interesse an einem effektiven Grundrechtsschutz.

Vgl. *D. Murswiek*, in: Sachs, GG, 2. Aufl. 1999, Art. 2 Rz. 146 sowie *W. Höfling*, in: Sachs, aaO., Art. 1 Rz. 51

Die Grundrechtssubjektivität beschränkt sich nicht auf in vivo befruchtete Eizellen, sondern gerade auch auf das Leben als Produkt der künstlichen in-vitro-Fertilisation.

So ausdrücklich etwa: *H. Jarass*, in: Jarass/ Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000; *D. Lorenz*, in: Isensee/ Kirchhof, Hdb StR VI, 1989, § 128 Rz. 10; *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, 1996, Art. 2 Abs. 2 Rz. 24.

Ob der Embryo (in vitro) auch durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützt wird, dazu vgl. im folgenden

2. Menschenwürdegarantie und biowissenschaftliche Entwicklung - zur normativen Direktionskraft des Art. 1 Abs. 1 GG

Namentlich in Deutschland ist die Regulierung der Reprogenetik von Anfang an entscheidend durch den Rekurs auf das Menschenwürdeargument geprägt gewesen. Die Auseinandersetzung um die biomedizinische Entwicklung ist auch als Kampf um die zutreffende Auslegung des Begriffs der Menschenwürde geführt worden. Angesichts des Verfügbarwerdens der Grundlagen menschlicher Subjektivität liegt der Gedanke an die fundamentale Kategorie menschlicher Würde, den archimedischen Punkt des Verfassungsstaates,

So *Görg Haverkate*, Verfassungslehre, 1992, S. 142; ferner *Wolfram Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., 2. Aufl. 1999, Art. 1 Rn. 43.

durchaus nahe.

Siehe aus jüngster Zeit auch die differenzierenden Überlegungen bei *Ottfried Höffe*, Rechtspflichten

vor Tugendpflichten. Das Prinzip Menschenwürde im Zeitalter der Biomedizin, in: FAZ Nr. 77 vom 31. März 2001, S. 11; *Klaus Tanner*, Menschenwürde im Dauertest, *Zeitschrift für Evangelische Ethik* 45 (2001), 3ff.

Ein wichtiger Grund für diese Form des Diskurses liegt in der spezifischen Normativität der grundgesetzlichen Würdegarantie: Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet die Menschenwürde als "unantastbar" und entzieht sie damit der ansonsten gültigen grundrechtlichen Abwägungsargumentation. Dort, wo sie greift, wirkt sie "absolut ohne die Möglichkeit eines Güterausgleichs".

So BVerfGE 75, 369 (380).

Mit anderen Worten: Immer dann, wenn eine bestimmte humangenetische oder zellbiologische Intervention als Beeinträchtigung der Menschenwürde qualifiziert werden kann, steht fest, daß sie ausnahmslos unzulässig ist. Vor diesem Hintergrund liegt auf der Hand, daß dem Aspekt der normativen Direktionskraft des Art. 1 Abs. 1 GG im Kontext der gutachtlichen Fragestellung besondere Aufmerksamkeit zu widmen ist.

a) Die Garantie der Menschenwürde als Grundrechtsgewährleistung

Zunächst ist mit der heute herrschenden Auffassung festzuhalten, daß Art. 1 Abs. 1 GG eine echte Grundrechtsgewährleistung enthält. Ergänzt man Art. 1 Abs. 1 Satz 1 zu einer auch in rechtssprachlicher Hinsicht "kompletten" Regelung, indem man ihn mit Satz 2 verknüpft, gewinnt man einen aussagekräftigen Rechtssatz. Danach ist aller staatlichen Gewalt die Verpflichtung auferlegt, die Menschenwürde zu achten und zu schützen. An die Staatsgewalt als Verpflichtungsadressaten ergeht damit zugleich das kategorische Verbot, die Würde des Menschen anzutasten.

Vgl. hierzu mit zahlreichen weiteren Nachweisen *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 1 Rdnrn. 3 ff.; zur

Kritik siehe *Christoph Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, S. 377 ff.

Auch das Bundesverfassungsgericht geht zum Teil explizit

siehe BVerfGE 15, 283 (286); 28, 151 (163); 28, 243 (263); 61, 126 (137)

oder - häufiger - implizit im Verfassungsbeschwerdeverfahren vom Grundrechtscharakter des Menschenwürdesatzes aus.

Siehe bspw. BVerfGE 12, 113 (122 f.); 45, 187 (227 f.); 65, 1 (3, 41); 75, 369 (380)

b) Zur besonderen Normstruktur des Art. 1 Abs. 1 GG: Die Menschenwürdegarantie als modale Generalklausel

Allerdings handelt es sich bei Art. 1 Abs. 1 GG um eine Grundrechtsnorm mit spezifischer Tatbestandsstruktur. Diese Einzigartigkeit hat ihren Grund in einer zweifachen Besonderheit: Art. 1 Abs. 1 zeichnet sich zum einen durch eine spezifische Normstruktur als *modal ausgerichtete Generalklausel* aus, formuliert zum anderen aber mit der Unantastbarkeitsklausel seines ersten Satzes einen absoluten Geltungsanspruch, der die Menschenwürde dem gängigen Abwägungsmodell des grundrechtlichen Argumentationsprozesses entzieht.

Näher hierzu *Wolfram Höfling*, Die Unantastbarkeit der Menschenwürde - Annäherungen an einen schwierigen Verfassungsrechtssatz, JuS 1995, 858 ff.

Dies führt geradewegs in ein *Konkretisierungsdilemma*: Entweder man nimmt den Normtext ernst, erkaufte dies aber mit einem relativ weitgehenden Verzicht auf praktische Relevanz des Verfassungssatzes, oder man setzt die

Menschenwürdegarantie für die alltägliche Rechtsarbeit in 'kleine Münze'  
um,

siehe dazu schon die Warnung bei *Günter Dürig*, in:  
Maunz/Dürig, GG-Komm., Art. 1 Rdnr. 29

vermag dies jedoch nur um den Preis einer unzulässigen Aufweichung und  
Relativierung des Normbefehls. Beides zusammen - also: große praktische  
Relevanz und absoluter Unbedingtheitsanspruch - ist nicht zu haben.

Hierzu siehe auch *Hasso Hofmann*, AöR 118 (1993),  
353 (374 FN 106); *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 1  
Rdnr. 9

#### c) Folgerungen für die Konkretisierung der Verfassungsbestimmung

Will man vor diesem Hintergrund den Menschenwürdesatz jenseits seiner  
prekären Funktion als Lehrformel oder Leerformel

dazu schon - Formulierungen von *Häberle* einerseits  
und *Denninger* andererseits aufgreifend - *Höfling*,  
Offene Grundrechtsinterpretation, aaO, S. 108 f.

interpretatorische eine hinreichende Konkretheit des Rechtlichen erschlie-  
ßen, so kann dies nur in einem Konkretisierungsprozeß gelingen, der die  
aufgezeigten Besonderheiten der Normstruktur aufgreift. Eine zwangsläufi-  
ge Folge des modal ausgerichteten Generalklauselcharakters des Art. 1 Abs.  
1 GG ist aber der weitgehend praktizierte Verzicht auf eine positive Be-  
griffsbestimmung. Das Bundesverfassungsgericht formuliert diesen Ansatz  
folgendermaßen: "Was den Grundsatz der Unantastbarkeit der Menschen-  
würde angeht, so hängt alles von der Feststellung ab, unter welchen Um-  
ständen sie verletzt sein kann. Dies läßt sich nicht generell sagen, sondern  
immer nur in Ansehung des konkreten Falles".

So BVerfG, NJW 1993, 3315 unter Bezugnahme auf die entsprechende Formel in BVerfGE 30, 1 (25 f.); eingehend *Christoph Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, S. 10 ff. und S. 20 ff.

Dies bewirkt einen Perspektivenwechsel im interpretatorischen Zugriff auf den sachlichen Gewährleistungsbereich des Art. 1 Abs. 1 GG. Die Konkretisierung erfolgt vom Verletzungsvorgang her und verweist dogmatisch auf den Übergang vom Schutzgut-Tatbestand zum Schutzgut/Eingriff-Tatbestand.

Allgemein hierzu *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, aaO, S. 273 ff.

d) Insbesondere: "Objektformel" und Menschenwürdeinterpretation

In diesem Verweis auf den Perspektivenwechsel liegt auch der bleibende Wert jener im Laufe der Jahrzehnte geradezu kanonisierten *Objektformel*, die wesentlich von *Günther Dürig* geprägt worden ist: "Die Menschenwürde ist betroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird".

*Günther Dürig*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), 117 (127)

Gerade vor dem Hintergrund des nationalsozialistischen Terrors und seiner entmenschlichenden Verobjektivierung offenbart sich die intuitive Einsichtigkeit der Formel besonders eindringlich. Darüber hinaus rezipiert sie geradezu allgemeingültige menschliche Empfindungen. Genau hierin liegt allerdings zugleich die charakteristische Schwäche der Formel. Sie läuft Gefahr, ihrerseits als beliebig einsetzbare Floskel instrumentalisiert zu werden.



Zur Kritik aus neuerer Zeit vor allem *Erik C. Hilgendorf*, Die mißbrauchte Menschenwürde. Probleme des Menschenwürdetopos am Beispiel der bioethischen Diskussion, in: Jahrbuch für Recht und Ethik 7 (1999), 137 ff.

Deshalb ist es wichtig, sich auf die begrenzte Funktion der Formel zu besinnen; sie ermöglicht eine erste Annäherung, sie weist die Auslegungsrichtung.

In diesem Sinne etwa *Klaus Stern*, Staatsrecht III/1, S. 24

Auch das Bundesverfassungsgericht hat dies hervorgehoben: "Allgemeine Formeln wie die, der Mensch dürfe nicht zum bloßen Objekt der Staatshoheit herabgewürdigt werden, können lediglich die Richtung andeuten, in der Fälle der Verletzung der Menschenwürde gefunden werden können".

BVerfGE 30, 1 (25); kritisch hierzu das Sondervotum, aaO, S. 33 ff.

Der Objektbegriff selbst ist einerseits zu weit, andererseits erfaßt das Konzept der Instrumentalisierung gerade solche Verletzungshandlungen nicht, in denen das menschenwürdevidrige Verhalten gerade Zweck an sich ist.

Siehe hierzu *Hilgendorf*, aaO, S. 142 ff.

Insofern ist vom Verfassungsinterpreten Zurückhaltung gefordert, wenn er unter Rekurs auf die Objektformel bestimmte reprogenetische Interventionen als würdeverletzende Instrumentalisierung kennzeichnen will.

e) Zum Verhältnis von Menschenwürdegarantie und speziellen Freiheits- und Gleichheitsgarantien

Die besondere Struktur des Würdesatzes erweist sich auch für die nähere Bestimmung des Konkurrenzverhältnisses von Art. 1 Abs. 1 GG für die übrigen Grundrechte als bedeutsam. Unter dem dogmatischen Aspekt der Grundrechtskonkurrenz kann ein solcher Lösungsansatz als Grundsatz der partiellen Spezialität und Subsidiarität umschrieben werden.

Zum folgenden *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 1  
Rdnrn. 57 ff.

Er beinhaltet folgende Aussagen:

- Wegen ihrer durch den Zuschnitt auf spezifische Wirklichkeitsausschnitte bedingten größeren Konkretisierungsdichte sind die besonderen Freiheitsrechte bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung vorrangig heranzuziehen. Als vorrangige Maßstabnormen fungieren auch die Gleichheitsgarantien.
- Vorrangigkeit im vorgenannten Verständnis bedeutet indes nicht Subsidiarität im strengen Sinne. Art. 1 Abs. 1 GG steht zu den anderen Grundrechten nicht in demselben Konkurrenzverhältnis wie die allgemeine Handlungsfreiheit zu den speziellen Freiheitsrechten. Vielmehr kann in der Verletzung einer nachfolgenden Grundrechtsnorm zugleich ein gesondert festzustellender Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG liegen.

Siehe auch *Philip Kunig*, in: von Münch/Kunig, Art.  
1 Rdnr. 69

Dies gilt dann, wenn die Grundrechtsverletzung eine persönlichkeitskonstituierende, elementare Existenz- und Entfaltungsbedingung betrifft und sich zugleich im Blick auf die Modalitäten und Umstände geradezu als Tabuverletzung erweist.

- Schließlich bietet Art. 1 Abs. 1 GG gleichsam als "letzte Verteidigungslinie"

Formulierung bei *Reinhold Zippelius*, in: Bonner Kommentar, Art. 1 Abs. 1 und 2 Rdnr. 28 (Stand: 1989)

einen Auffangschutz gegenüber solchen schweren Beeinträchtigungen, die von keiner anderen Grundrechtsbestimmung erfaßt werden.

#### f) Menschenwürdegarantie und Würdesubjekt

Der Normtext des Art. 1 Abs. 1 GG benennt als Träger der verfassungsrechtlich geschützten Würde schlicht den Menschen. Nach einem viel zitierten Diktum des Verfassungsgerichts gilt: "Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Würde zu; es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewußt ist und sie selbst zu wahren weiß".

BVerfGE 39, 1 (41); ferner 88, 203 (252)

Da die bioethische Dissoziation von Mensch und Person mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben unvereinbar ist,

dazu bereits vorstehend

ist das Menschsein einzige Bedingung des Würdeschutzes. Damit ist insoweit die Frage nach der sachlichen wie personellen Reichweite des Tatbestandes in Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG identisch. Existiert ein "Schutzobjekt" und Grundrechtsträger im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG - und dies gilt, wie vorstehend entwickelt, auch für den Embryo in vitro - so erstreckt sich hierauf auch die Schutzwirkung des Menschenwürdesatzes. Auch im Blick auf Art. 1 Abs. 1 GG fällt der sachliche mit dem personellen Schutzbereich zusammen.

Zum Vorstehenden *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 1 Rdnr. 46 ff.; siehe ferner etwa *Stern*, Staatsrecht III/1, S: 1063; *Heuermann*, NJW 1996, 3063 f.

### g) Schlußfolgerungen

Festzuhalten bleibt: Zwar darf aus den dargelegten Erwägungen die normative Steuerungskraft der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG für die biowissenschaftliche Entwicklung nicht überschätzt werden. Andererseits behält die Grundrechtsgewährleistung als auch den Gesetzgeber bindendes "unmittelbar geltendes Recht" (Art. 1 Abs. 3 GG) ihre rechtspraktische Bedeutung als Schutzvorschrift vor schweren Tabuverletzungen.

### 3. Die übrigen (potentiell) einschlägigen Verfassungsnormen im Überblick

Im folgenden sind noch die übrigen Verfassungsnormen kurz zu skizzieren, die zusammen mit dem Lebensgrundrecht und der Menschenwürdegarantie das grundgesetzliche Koordinatensystem konstituieren, innerhalb dessen sich jede legislative Ingerenz im Bereich der Biopolitik zu bewegen hat.

Vor dem Hintergrund des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips, wonach nicht die Inanspruchnahme grundrechtlicher Freiheit, sondern deren Beschränkung rechtfertigungsbedürftig ist, scheint es sinnvoll, zunächst kurz die Grundrechtspositionen zu umreißen, auf die sich Forscher, Ärzte sowie mögliche "Verwerter" von humanbiologischem "Material" sowie (potentielle) Eltern und jene berufen können, die sich Heilung oder Linderung erhoffen. Daß hierauf bezogene Grundrechtsausübung der Forscher, Ärzte usw. Schutzgüter anderer beeinträchtigen (können), schließt für jene die tatbestandliche Einschlägigkeit nicht aus.

Siehe dazu *Wolfram Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, S. 172 ff. m. w. N.

Die nachfolgende Skizze beschränkt sich auf einige grobe Striche, da in den unterschiedlichen Konfliktkonstellationen, die noch exemplarisch zu problematisieren sein werden, die je sachspezifischen Grundrechtspositionen in ihren jeweils unterschiedlich ausgeprägten Beziehungsgeflechten und "Spannungsverhältnissen" zur Geltung zu bringen sein werden.

a) Der grundrechtliche Schutz des Heilungswunsches

Von kaum zu überschätzender Wirkung für den öffentlichen Meinungsbildungsprozeß ist das Versprechen bzw. das In-Aussicht-Stellen von Heilung und Linderung, das mit dem Fortschritt biowissenschaftlicher Erkenntnis einhergehen soll. In der Tat ist der Wunsch eines Kranken, etwa eines Parkinson-Kranken, der auf die Behandlung mit embryonalen Stammzellen hofft, nach medizinischer Behandlung im bestimmten Umfange grundrechtlich geschützt. Dabei mag hier offenbleiben, ob insoweit Art. 2 Abs. 1 GG oder Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG einschlägig ist, der auch das Selbstbestimmungsrecht über die körperliche Verfaßtheit und den Gesundheitszustand umfaßt.

*Dazu Wolfram Höfling / Heinrich Lang, Das Selbstbestimmungsrecht. Normativer Bezugspunkt im Arzt-Patienten-Verhältnis, in: Feuerstein / Kuhlmann (Hrsg.), Neopaternalistische Medizin, 1999, S. 19 f.; vgl. ferner BVerfGE 52, 131 (171 ff.) – abweichende Meinung der Richter Hirsch, Niebler, Steinberger; in diesem Sinne auch die vom gesamten Senat getragene Entscheidung BVerfGE 89, 120 (130); außerdem Wolfram Höfling, Forum "Sterbehilfe" zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz, JuS 2000, S. 111 ff.*

Dies beinhaltet indes keinen Leistungsanspruch auf alle medizinisch möglichen Maßnahmen der Fortpflanzung

Insoweit zutreffend Bioethik-Kommission, aaO, S.

47

Allerdings sichert das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) als Abwehrrecht nach Auffassung des Bundesverfas-

sungsgerichts den Einzelnen grundsätzlich auch gegen staatliche Maßnahmen, die lediglich mittelbar zu einer Verletzung des Lebens oder der körperlichen Unversehrtheit führen; die mittelbar hervorgerufene Verletzung muss allerdings das Maß einer als sozialadäquat eingestuften Beeinträchtigung übersteigen und bei einer normativen Betrachtung unter Berücksichtigung der Bedeutung des Schutzgutes von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG als adäquate Folge der staatlichen Tätigkeit dieser normativ zurechenbar sein, darf also weder aus einer selbständig zu verantwortenden Tätigkeit Dritter resultieren, noch auf einer schicksalhaften Fügung beruhen.

BVerfG, NJW 1999, 3399 (3401)

Grundrechtrelevant sind staatliche Regelungen, die dazu führen, daß einem kranken Menschen eine nach dem Stand der medizinischen Forschung prinzipiell zugängliche Therapie, mit der eine Verlängerung des Lebens, mindestens aber eine nicht unwesentliche Minderung des Leidens verbunden ist, versagt bleibt.

So BVerfG, NJW 1999, 3399 (3400)

b) Zum grundrechtlichen Schutz des Fortpflanzungswunsches

Auch der Kindeswunsch eines - nicht notwendigerweise verheirateten - Paares sowie der Wunsch, dazu bestimmte Fortpflanzungstechniken einzusetzen, wird durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützt.

*Hufen*, aaO., These II. 4. S. auch *Matthias Herdegen*, Deutscher Bundestag, Enquete-Kommission „Recht und Ethik der modernen Medizin“, Stellungnahme zu verfassungsrechtlichen Fragen der Präimplantationsdiagnostik anlässlich der nichtöffentlichen Expertenanhörung am 12. Februar 2001 (Az. TG 1 - 14/30), I. 3.: „Darüber hinaus berührt die Entscheidungsfreiheit im Hinblick auf eine Schwangerschaft

wohl auch den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1  
(Schutz von Ehe und Familie).“

Art. 6 Abs. 1 GG bezieht sich auf die „Familie“, Art. 6 Abs. 2 GG spricht von den „Kindern“. Geschützt ist auch die Entscheidung des Paares (Wunscheltern) darüber, wann und wieviele Kinder sie haben wollen, also die Entscheidung zur Familiengründung.

*Bodo Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, aaO, Art. 6 Rn. 3  
m.w.N.

Die Entscheidung zur Familiengründung bezieht sich auch auf die Frage, wie Kinder Teil der Familie werden (biologische Abstammung oder Adoptionsweg). Geht es, wie im Regelfall, um den biologischen Weg, dann erstreckt sich die Freiheit auch auf die Festlegung der Modalitäten, unter denen die Fortpflanzung erfolgt.

Zwar gibt Art. 6 Abs. 1 GG, ebenso wie Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, keinen Leistungsanspruch auf alle medizinisch möglichen Maßnahmen der Fortpflanzung. Jedoch liegt ein Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG vor, wenn staatliche Regelungen dazu führen, daß jemandem eine nach dem Stand der medizinischen Forschung prinzipiell verfügbare Maßnahme versagt bleibt.

Fraglich ist, ob der Wunsch der Eltern, genetisch "unbelasteten" Nachwuchs zu erzeugen, ebenfalls durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützt ist. Dies ist zu bezweifeln. Die Entscheidung zur Familiengründung umfaßt alle Modalitäten der beabsichtigten Erzeugung von Kindern, nicht nur Zeit und Zahl, sondern auch die genetische Ausstattung. Das zeigt sich dann, wenn das Paar vom Recht auf Familiengründung keinen Gebrauch macht, weil sie eine bestimmte genetische Disposition des Kindes vermeiden wollen oder weil sie die verfügbare Technik, die dergleichen diagnostizieren würde, für unzuverlässig halten (negative Grundrechtsfreiheit). Umgekehrt ist der Wunsch der Fortpflanzungswilligen nach Erzeugung genetisch gesunder Kinder un-

ter Zuhilfenahme entsprechender Diagnosetechniken von Art. 6 Abs. 1 GG geschützt.

Offenbar a.A. *Herdegen*, aaO, Punkt II. 2.

Selbst wenn man hier nur den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG für angemessen hält,

Vgl. *Röger*, aaO, S. 32 ff.

bzw. - alternativ - den Schutz des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), weil es auch um die Verwirklichung körperlicher Funktionen geht, gilt für die Beschränkung der grundrechtlichen Freiheit zumindest im Ergebnis nichts Abweichendes.

Sowohl aus Art. 2 Abs. 1 als auch aus Art. 2 Abs. 2 GG folgt, daß dieser grundrechtlich geschützte Wunsch durch Gesetz beschnitten werden darf. Entsprechendes gilt für Art. 6 Abs. 1 GG nach Maßgabe der Grundsätze zur Grundrechtsbeschränkung durch kollidierendes Verfassungsrecht. D. h., die betroffenen Eltern haben keinen uneingeschränkten Anspruch auf die Durchsetzung ihres Wunsches, sondern sie müssen unter Umständen damit leben, daß ihnen der Gesetzgeber die Realisierung ihres Wunsches verunmöglicht.

#### c) Der grundrechtliche Schutz der Forscher

Wegen ihrer vorbehaltlosen Gewährleistung spielt für die Frage der legislativen Regulierung der Biowissenschaften die Forschungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG eine besondere Rolle. Beschränkungen der Verfassungsfreiheit lassen sich verfassungsrechtlich nur legitimieren, wenn und soweit sie sich ihrerseits auf Gegengründe von Verfassungsrang stützen können. Die Forschungsfreiheit gilt für Wissenschaftler außerhalb wie innerhalb staatlicher Einrichtungen. Die Freiheit der Forschung ist nicht auf die Tätigkeit an Hochschulen oder durch Hochschullehrer beschränkt.



Siehe BVerfGE 35, 79 (112); 90, 1 (11)

Geschützt sind die auf wissenschaftlichen Eigengesetzlichkeiten beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen bei der Suche nach Erkenntnis, ihrer Deutung und Weitergabe, die Fragestellung, die Grundsätze der Methodik sowie die Bewertung der Ergebnisse und ihrer Verbreitung.

Siehe bspw. BVerfGE 35, 79 (112 f.); 47, 327 (367); 90, 1 (11 ff.); aus der Kommentarliteratur etwa *Rudolf Wendt*, in: von Münch/Kunig, GG-Komm., Bd. I, 5. Aufl. 2000, Art. 5 Rdnr. 103

Fragen der ethischen Verantwortung sind für die Markierung des sachlichen Gewährleistungsbereichs nicht von Bedeutung. Ihre Relevanz ergibt sich bei grundrechtsdogmatisch zutreffender Problemstrukturierung erst auf den Ebenen der Schranken und Schranken-Schranken. Deshalb entspricht es auch durchaus der herrschenden Grundrechtsdogmatik, wenn man davon ausgeht, daß die Regeln des geltenden Embryonenschutzgesetzes sich als Eingriff in die Forschungsfreiheit darstellen können.

Siehe auch *Benedikt Morsey*, Biomedizinische Forschung, in: Wagner (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen für Wissenschaft und Forschung, Bd. III, 2000, S. 13 (78)

#### d) Der Grundrechtsschutz der Berufsfreiheit

Soweit allerdings biomedizinische Praktiken sich bereits als etablierte Methoden darstellen, scheidet ein Grundrechtsschutz nach Maßgabe des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG aus. Hier verbleibt es beim grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG.

Namentlich Heilbehandlungen sind wesentlicher Bestandteil der ärztlichen Berufsausübungsfreiheit.

Siehe etwa BVerfG, NJW 2000, 857 (858)

Aber auch anderweitige medizinische Interventionen können durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt sein. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts kann selbst die Tötung menschlichen Lebens prinzipiell geschützter Akt der Berufsfreiheit sein.

BVerfG, NJW 1999, 841 (842) = BVerfGE 98, 265  
(296 ff.) - in der Entscheidung zum bayerischen  
Schwangerenhilfeergänzungsgesetz

e) Zum grundrechtlichen Schutz des Kommerzialisierungsinteresses im Blick auf humanbiologisches "Material"

Noch wenig erörtert ist die Frage nach der Reichweite des grundrechtlichen Schutzes von Kommerzialisierungsinteressen im Kontext der Verfügung über humanbiologisches "Material". Hier spielt namentlich das Verständnis der Konkretisierung der *Eigentumsgarantie* die zentrale Rolle.

Art. 14 GG schützt u. a. jedes vermögenswerte subjektive Recht. Nach den Anwendung findenden Vorschriften des BGB in der bisher herrschenden Deutung können solche vermögenswerten Rechte auch an Körpersubstanzen entstehen, jedenfalls wenn und soweit sie vom Körper losgelöst wurden. Allerdings bestehen hinsichtlich der Konstruktion im einzelnen noch zahlreiche Unsicherheiten und Inkonsistenzen, da das klassische Zivilrecht auf entsprechende Kommerzialisierungsprozesse des Körpers nicht zugeschnitten ist. Darüber hinaus ergeben sich zahlreiche Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Reichweite von Persönlichkeitsrecht und Eigentumsregie.

Siehe dazu etwa *Hans Forkel*, Das Persönlichkeitsrecht am Körper, gesehen besonders im Lichte des Transplantationsgesetzes, Jura 2001, 73 ff.; *Winfried Brohm*, Forum: Humanbiotechnik, Eigentum und Menschenwürde, JuS 1998, 197 ff.; *Michael Schrö-*

*der/Jochen Taupitz*, Menschliches Blut: Verwendbar nach Belieben des Arztes?, 1991, S. 34 ff., 47 ff., 84 ff.; ferner *Otto Depenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 2, 4. Aufl. 2000, Art. 14 Rdnr. 149

Darüber hinaus kann das Handeln mit Körpersubstanzen seine grundrechtliche Basis auch im Grundrecht der Berufsfreiheit

so *Josef Isensee*, Grundrechtsschutz nach dem Hirntod, in: Firnkorn (Hrsg.), Hirntod als Todeskriterium, 2000, S. 69 (76); siehe auch *dens.*, Das entschlüsselte Genom im Verständnis der Verfassung, ZME 46 (2000), 137 (138)

bzw., soweit es nur um gelegentliches Handeln geht, in der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG finden. Will der Gesetzgeber dem Schranken ziehen, muß er hinreichend gewichtige Gegengründe benennen können. Insoweit ist fraglich, ob ein pauschaler Einwand, er solle die Kommerzialisierung des menschlichen Körpers verhindert werden, ausreicht. Insoweit kann nicht übersehen werden, daß eine Rechtsordnung, die die Biowissenschaften fördert, aber alle wesentlichen Möglichkeitsbedingungen biowissenschaftlicher Innovation, die ökonomische Verwertung, also auch die prinzipielle Handelbarkeit ihrer Produkte, einschränkt, in einen gewissen Selbstwiderspruch gerät.

In diesem Sinne - im Blick auf das Organhandelsverbot des TPG - *Isensee*, in: Firnkorn, aaO, S. 76

Allerdings zeigt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur sog. Lebendspende nach § 8 TPG, daß dem Gesetzgeber jedenfalls dann, wenn er nachvollziehbar Gefahren darzulegen in der Lage ist, hinsichtlich der Ausgestaltung bzw. Beschränkung eines "Körpersubstanzmarktes" ein relativ weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum besteht.

Siehe BVerfG, NJW 1999, 3339 ff.

f) Grundrechtsschutz der Verfügung über den lebenden menschlichen Körper

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts gehört die Bestimmung über die leiblich-seelische Integrität "zum ureigensten Bereich der Persönlichkeit des Menschen. In diesem Bereich ist er aus Sicht des Grundgesetzes frei, seine Maßstäbe zu wählen und nach ihnen zu leben und zu entscheiden".

BVerfGE 52, 171 (175) - abweichende Auffassung

Die grundrechtliche Verortung des Selbstbestimmungsrechts über die körperliche Integrität ist indes bis heute unsicher.

Vgl. dazu *Wolfram Höfling/Heinrich Lang*, Das Selbstbestimmungsrecht. Normativer Bezugspunkt im Arzt-Patienten-Verhältnis, in: *Feuerstein/Kuhlmann* (Hrsg.), *Neopaternalistische Medizin*, 1999, S. 19 f.

In seiner Arzthaftungsentscheidung vom 25. Juli 1979 war der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts insoweit noch gespalten. Während die Mehrheit des Senats insoweit auf das in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte allgemeine Persönlichkeitsrecht rekurrierte,

BVerfGE 52, 131 (168)

kamen die drei dissentierenden Richter auf das in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG garantierte Recht auf körperliche Unversehrtheit als zentrale Maßstabsnorm zurück.

BVerfGE 52, 171 ff.

Inzwischen ist der Zweite Senat zur Gänze auf die letztgenannte Auffassung eingeschwenkt.

Siehe BVerfGE 89, 120 (130)

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schützt in dieser Perspektive "die Unversehrtheit des Menschen nicht lediglich nach Maßgabe seines jeweiligen konkreten Gesundheits- oder Krankheitszustandes; es gewährleistet zuvörderst Freiheitsschutz im Bereich der leiblich-seelischen Integrität des Menschen, nicht aber beschränkt er sich auf den speziellen Gesundheitsschutz".

So BVerfGE 52, 171 (174); ferner BVerfGE 89, 120 (130): "Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit als Freiheitsrecht ..."

Trotz dieser grundrechtlichen Verortung ist aber - und dies wird in den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts auch deutlich - im Auge zu behalten, daß Verfügungen über den lebenden menschlichen Körper sich häufig als in hohem Maße "persönlichkeitsnahe" Aktivitäten erweisen. Der Körper fungiert gleichsam als somatisches Ausdrucksfeld der menschlichen Persönlichkeit.

Der jeweilige Grad an "Persönlichkeitsnähe", der je nach Art des humanbiologischen "Materials", über das verfügt werden soll (Haare oder Keimzellen), unterschiedlich ausfallen kann, ist dabei in den je spezifischen Problemkonstellationen angemessen in Rechnung zu stellen.

g) Das Grundrecht auf (gen-)informationelle Selbstbestimmung

Dieser Aspekt findet eine zusätzliche grundrechtliche Absicherung dann in denjenigen Konstellationen, in denen das den Gegenstand der Verfügung bildende humanbiologische "Material" zugleich oder vor allem auch als "Datenträger" von Bedeutung ist. Hier erfahren die informationellen Per-

sönlichkeitsrechte der Betroffenen eine zusätzliche Absicherung durch Art. 2 Abs. 1 (i.V.m. Art. 1 Abs. 1) GG.

Das Grundrecht auf "geninformationelle Selbstbestimmung"

siehe etwa schon *Detlef Sternberg-Lieben*, "Genetischer Fingerabdruck" und § 81a StPO, NJW 1987, 1242 (1246)

ist wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung generell ein Teilaspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

Vgl. BVerfGE 65, 1 (41) zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung; s. auch *Koppernock*, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997, S. 42 ff., S. 85 ff.,

Es umschreibt die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen er persönliche Lebenssachverhalte mit Bezug zum biowissenschaftlich-medizinischen Bereich offenbart, insbesondere inwieweit er sie anderen eröffnet und die mit ihnen einhergehenden Informationen zur Verfügung überlässt.

Vgl. BVerfGE 65, 1 (42) zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Dementsprechend gehören zur Sicherung des Rechts auf (gen-)informationelle Selbstbestimmung besondere Vorkehrungen für die Durchführung und Organisation der Informationserhebung und Informationsverarbeitung.

Vgl. BVerfGE 65, 1 (49) zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Wer z.B. Blut für eine Blutbank zur Lebensrettung spendet, geht davon aus und darf davon ausgehen, daß es nur um diesen Verwendungszweck geht. Andere Verwendungszwecke, etwa die Verwendung des Blutes zu Forschungszwecken oder die Verwendung von Blut zu Kommerzialisierungszwecken, sind von der Einwilligung in die Blutentnahme zu Zwecken der medizinischen Behandlung nicht gedeckt. Diejenigen, die andere Verwendungszwecke im Blick haben, müssen durch eine entsprechende Aufklärung sich eine entsprechende Einwilligung beschaffen.

Das setzt voraus, daß der Gesetzgeber Aufklärungs- und Beratungs- sowie strenge Dokumentationspflichten schafft, die eine „Umwidmung“ von Körperspenden gegen den Willen dessen, der die Körperspende erbracht hat, verhindert.

Besonders strenge Anforderungen gelten für die Keimzellspende wegen der intergenerationellen Auswirkungen. Hier sind ebenfalls strenge organisatorisch-prozedurale Vorkehrungen zu treffen. Sie müssen u.a. gewährleisten, daß der Wunsch des entstehenden Menschen nach Kenntnis seiner genetischen Abstammung angemessen realisierbar ist.

#### h) Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung

Je mehr sich gleichsam ein "Markt" für reproduktionsmedizinische Dienstleistungen im weiteren Sinne etabliert, umso wichtiger wird eine weitere Dimension des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 Abs. 1 (i.V.m. Art. 1 Abs. 1) GG. Es geht um den vom Bundesverfassungsgericht bereits mehrfach anerkannten Anspruch des Einzelnen auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung:

"Der Bezug zu den Vorfahren kann im Bewußtsein des Einzelnen eine Schlüsselstellung für sein Selbstverständnis und seine Stellung in der Gemeinschaft einnehmen. Die Kenntnis der Herkunft kann wichtige Anknüpfungspunkte für das Verständnis des familiären Zusammenhangs und für die Entwicklung geben. Die Unmöglichkeit,

die eigene Abstammung zu klären, kann den Einzelnen erheblich belasten und verunsichern".

BVerfGE 90, 263 (270 f.); ebenso BVerfGE 79, 256 (268 f.); vgl. auch *Annette Wohn*, Medizinische Reproduktionstechniken und das neue Abstammungsrecht, 2001

Zwar vermittelt das allgemeine Persönlichkeitsrecht keinen Anspruch auf Verschaffung von Kenntnissen über die eigene Abstammung, schützt aber vor der Vorenthaltung erlangbarer Informationen.

BVerfGE 90, 263 (271); 79, 256 (269)

#### i) Das Kindeswohl als verfassungsrechtliche Kategorie

Eng mit dem vorgenannten Aspekt hängt auch der verfassungsrechtliche Schutz des Kindeswohl zusammen. Als expliziter Terminus des Verfassungstextes existiert das Wort "Kindeswohl" nicht; dennoch ist seine Anerkennung als Verfassungsrechtsbegriff unbestritten. Es ist zentraler dogmatischer Bezugspunkt der Grundrechte gemäß Art. 6 Abs. 2 und 3 GG und wird darüber hinaus vom Grundrecht des Kindes auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG umfaßt. Als verfassungsrechtliche Kategorie wirkt es auf das einfache Recht ein; in seinem Lichte sind die einfachrechtlichen Bestimmungen auszulegen und zu handhaben.

Dazu bspw. *Matthias Jestaedt*, in: Bonner Kommentar, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rdnrn. 33 ff. (Stand: Dezember 1995)

Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Schutzbereichs von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG fungiert das Kindeswohl in der Beziehung des Kindes zu



den Eltern als "die oberste Richtschnur der elterlichen Pflege und Erziehung".

So etwa BVerfGE 60, 79 (88); siehe auch BVerfGE 59, 360 (376)

Man kann das Wohl des Kindes sogar als eine spezifische Adaption der Menschenwürde für die besondere Situation des Kindes deuten.

Siehe etwa *Udo Fink*, Selbstbestimmung und Selbsttötung, 1992, S. 172 ff.; *Bernd Jeand'Heur*, Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes, 1993, S. 215; *Jestaedt*, in: Bonner Kommentar, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rdnr. 35; vgl. ferner BVerfGE 24, 119 (144)

Das Kindeswohl ist deshalb grundsätzlich durchaus ein legitimer Argumentationstopos, um bestimmte reproduktionsmedizinische Techniken zu regulieren und Einschränkungen zu Lasten von Fortpflanzungswilligen zu rechtfertigen.

Vgl. auch Österreichischer Verfassungsgerichtshof, MedR 2000, 389 (394)

j) Grundrechtlicher Schutz der Verfügung über den toten menschlichen Körper

Die Verfügung über den toten menschlichen Körper obliegt nach verbreiteter Auffassung dem bzw. den Totensorgeberechtigten. Das Totensorgerecht wird dabei durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet,

so BVerfG, NJW 1994, 783 f.

nach anderer Ansicht jedenfalls dann nach Maßgabe des Art. 6 Abs. 1 GG, wenn es um die Totensorge der Eltern um ihr verstorbenes Kind geht.

Dazu näher *Stephan Rixen*, Die Bestattung fehlgebo-  
rener Kinder als Rechtsproblem, FamRZ 1994, 417  
(420)

Dies gilt auch im Blick auf die Totensorge für die vorgeburtlich verstorbene Leibesfrucht.

Ebda.

Diese ist nicht etwa rechtlich betrachtet ein Teil des Körpers der betroffenen Frau, so daß über die "Zweckverwendung" des toten Embryos bzw. nach der Tod-/Fehlgeburt die Totensorgeberechtigten gemeinsam entscheiden müssen.

k) Zum Grundrechtsschutz auf postmortale Achtung

In diesem Kontext ist indes auch zu berücksichtigen, daß nach ganz herrschender Auffassung jedes menschliche Individuum auch einen grundrechtlich gesicherten Anspruch auf postmortale Achtung hat. Allerdings bestehen auch hier Meinungsverschiedenheiten über die grundrechtsdogmatische Zuordnung der Thematik. Das Bundesverfassungsgericht hat mehr oder weniger lapidar festgestellt, daß "die in Art. 1 Abs. 1 GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, nicht mit dem Tode" endet.

BVerfGE 30, 173 (194); BVerfG, NJW 1994, 783  
(784); zum Problem vgl. auch *Geddert-Steinacher*,  
Menschenwürde, aaO, S. 70 ff.

Demgegenüber soll das allgemeine Persönlichkeitsrecht die Existenz einer wenigstens potentiell oder zukünftig handlungsfähigen Person als unabdingbar voraussetzen.

So BVerfGE 30, 173 (194); zur Diskussion siehe auch mit weiteren Nachweisen *Ralf Gröschner*, *Menschenwürde und Sepulkralkultur in der grundgesetzlichen Ordnung*, 1995

Angesichts der grundrechtsdogmatisch gebotenen engen Auslegung der Menschenwürdegarantie erscheint allerdings zweifelhaft, ob ein in Art. 1 Abs. 1 GG verankerter postmortaler Würdeschutz überhaupt rechtspraktische Wirkung entfalten kann. Deshalb wird verbreitet auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht als einschlägige Grundrechtsnorm vorgezogen.

Fraglich bleibt darüber hinaus auch, ob der Tote selbst Grundrechtssubjekt ist oder ob insoweit nur postmortale Reflexwirkungen der Würde des lebenden Menschen in Betracht kommen.

Dazu mit weiteren Nachweisen *Höfling*, in: *Sachs* (Hrsg.), *GG, Art. 1 Rdnr. 54*

Unabhängig davon bleibt aber festzuhalten, daß das Verfassungsrecht der beliebigen Verfügung über den menschlichen Leichnam Grenzen zieht.

#### 1) Grundrechtlicher Schutz der Gewissensfreiheit

Auch die nach Art. 4 Abs. 1 GG gewährleistete Gewissensfreiheit kann namentlich im Zusammenhang mit der Anwendung reprogenetischer Techniken normative Wirkung entfalten. Die Grundrechtsnorm gewährleistet nämlich grundsätzlich jedem in diesem Bereich Tätigen das Recht, aus Gewissensgründen die Beteiligung an der entsprechenden Maßnahme zu verweigern. Dieser Lage entspricht im übrigen auch das gegenwärtige Embryonen-

schutzgesetz, das in § 10 bestimmt, daß niemand verpflichtet ist, Maßnahmen der in § 9 Embryonenschutzgesetz bezeichneten Art.

gemeint sind: künstliche Befruchtung, Übertragung eines menschlichen Embryos auf eine Frau, Konservierung eines menschlichen Embryos sowie einer menschlichen Eizelle, in die bereits eine menschliche Samenzelle eingedrungen oder künstlich eingebracht worden ist

vorzunehmen oder an ihnen mitzuwirken. Weigerungsrechte sind auch aus anderen Gebieten des Rechts bekannt; man denke an § 12 Schwangerschaftskonfliktgesetz, wonach niemand verpflichtet ist, an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken. Ein Weigerungsrecht wurde auch vor Erlass des Transplantationsgesetzes diskutiert.

§ 12 des bündnisgrünen Gesetzentwurfes, BT-Drs. 13/2926, S. 4: „Niemand ist verpflichtet, an einer Organtransplantation mitzuwirken.“

Allerdings muß die Ausübung der Gewissensfreiheit mit den legitimen grundrechtlich geschützten Interessen von Arbeit- und Dienstgebern koordiniert werden. Dieser Aspekt, aber auch die Schwierigkeit im Einzelfall nach den allgemeinen ungeschriebenen arbeitsrechtlichen Grundsätzen eine Weigerung durchzusetzen, machen eine ausdrückliche gesetzliche Regelung empfehlenswert.

Danach sollte das Grundmodell des jetzigen § 10 Embryonenschutzgesetz beibehalten werden. Problematisch ist freilich u. a., ob das Weigerungsrecht abdingbar sein soll, welche Folgen die Ausübung des Weigerungsrechts mit Blick auf die Zuweisung einer anderen Tätigkeit und die Entlohnung hat und ob das Weigerungsrecht für Arbeits- bzw. Dienstverhältnisse gelten soll, die vor Inkrafttreten entsprechender gesetzlicher Regelungen begründet worden sind. Da die Rechtslehre gegenwärtig mehrheitlich davon ausgeht,

daß das Weigerungsrecht abdingbar ist, läßt sich – nicht zuletzt angesichts der bekannten Arbeitsmarktsituation – die Gefahr nicht von der Hand weisen, daß manche Beschäftigte in der Sorge um den Arbeitsplatz und damit um die Existenzsicherung Gewissensbedenken zurückstellen werden. Das Gewissen ist aber immer schutzwürdig: bei Anbahnung, Abschluß und Vollzug des Arbeits- bzw. Dienstverhältnisses. Das Weigerungsrecht sollte wie bisher unabhängig davon gelten, ob die Beschäftigten in einem arbeits- oder beamtenrechtlichen Verhältnis stehen.

Eine gesetzliche Regelung könnte folgendermaßen aussehen: Niemand ist verpflichtet, an einer fortpflanzungsmedizinischen Maßnahme mitzuwirken. Das Weigerungsrecht ist nicht abdingbar; seine Ausübung darf nicht zur Unzeit erfolgen. Der Bestand des Arbeits- oder Dienstverhältnisses bleiben von der Ausübung des Weigerungsrechts grundsätzlich unberührt.

Vgl. dazu *Wolfram Höfling*, in: Deutscher Bundestag, Ausschuss für Gesundheit, Protokoll Nr. 13/67 der Sitzung am 9. Oktober 1996, S. 44; *Stephan Rixen*, in: Deutscher Bundestag, Ausschuss für Gesundheit, aaO, S. 10 ff.

m) Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung Behinderter gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG

Noch weitgehend ungeklärt ist die Bedeutung, die Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, wonach niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf, im biowissenschaftlichen Kontext zukommt. Behinderung meint dabei nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts eine nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung, die namentlich auf einem regelwidrigen körperlichen Zustand beruht.

BVerfGE 96, 288 (301). - Es mag hier dahinstehen, ob diese sehr traditionelle Vorstellung von Behinderung in der internationalen Diskussion namentlich

dem Selbstverständnis von Behinderten und ihren Organisationen ausreichend Rechnung trägt.

Zwar schließt Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG bewußt an das Diskriminierungsverbot des früheren Art. 3 Abs. 3 (und jetzigen Art. 3 Abs. 3 Satz 1) GG an; darin kommt zum Ausdruck, daß Satz 2 wie Satz 1 dem Schutz des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs.1 GG für bestimmte Personengruppen verstärken soll und der staatlichen Gewalt insoweit engere Grenzen vorgegeben werden, als die Behinderung nicht als Anknüpfungspunkt für eine benachteiligende Ungleichbehandlung dienen darf. Auf der anderen Seite aber hat der verfassungsändernde Gesetzgeber davon abgesehen, die Merkmale des bisherigen Art. 3 Abs. 3 GG lediglich um das der Behinderung zu erweitern. Das läßt erkennen, daß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG eine eigenständige Bedeutung hat.

Siehe auch BVerfGE 96, 288 (302)

Die Vorschrift enthält zwar keine originären Leistungsansprüche, normiert aber über die abwehrrechtliche Dimension hinaus auch Ausstrahlungswirkung bei der Anwendung von Normen des einfachen Rechts. Aufgrund der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

siehe BVerfGE 96, 288 (301); 99, 341 (356 f.)

gewährleistet die Norm primär ein Recht auf ausgleichende Maßnahmen des Staates und stellt sich insoweit zum Teil jedenfalls als Konkretisierung eines sozialstaatlichen Gebotes dar.

So etwa (die Richterin des Bundesverfassungsgerichts) *Lerke Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., 2. Aufl. 1999, Art. 3 Rdnr. 5; ferner *Rupert Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Art. 3 Abs. 3 Rdnr. 173 (Stand: August 2000)

Danach gewährleistet Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG Schutz gegen den Ausschluß von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten, wenn dieser nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Fördermaßnahme hinlänglich kompensiert wird.

BVerfGE 96, 288 (303); *Reinhard Bergmann*, in:  
Seifert/Hömig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6.  
Aufl. 1999, Art. 3 Rn. 20

Eine Benachteiligung stellt demnach nur die rechtliche Ausgrenzung bei unzulänglicher Kompensation dar, wobei diese nur gerechtfertigt ist, wenn zwingende Gründe für sie sprechen; maßgeblich ist insofern eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Vgl. BVerfGE 96, 288, 301 f.; *Osterloh*, aaO, Art. 3  
Rn. 313 f.

Außerdem folgt in verfahrensmäßiger Hinsicht aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG eine gesteigerte Begründungspflicht, mithin ein Anspruch auf sachgerechte Abwägung und Abwägungsbegründung.

*Osterloh*, aaO, Art. 3 Rn. 315, Rn. 317

Aus dem Umstand, daß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG primär den allgemeinen sozialstaatlichen Integrationsauftrag, wie er auch im einfachen Recht (vgl. § 10 SGB I und das jüngst verabschiedete SGB IX) verankert ist, konkretisiert, wird nun z. T. gefolgert, daß eine Geltungserstreckung auch auf ungeborenes Leben abzulehnen sei.

*Osterloh*, aaO, Art. 3 Rn. 308, Fußn. 663; gegen die restriktive Auslegung des Grundrechtsträgerkreises – allerdings im anderen Zusammenhang - : *Tade Matthias Spranger*, Wen schützt Art 3 III 2 GG?, DVBl. 1998, 1058 ff.

Dies wird in der Verfassungsrechtslehre nicht einhellig geteilt. Mit Blick auf die Abtreibungsproblematik, namentlich auf die früher als embryopathische Indikation bekannte Möglichkeit, einen Embryo wegen seiner Behinderung abzutreiben, die im Gewand der z. Zt. geltenden medizinischen Indikation weiterpraktiziert wird, wird zum Teil die Auffassung vertreten, aufgrund des auch dem Embryo zustehenden Lebensgrundrechts sei Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG auch auf ihn anwendbar.

*Wolfgang Riefner*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 85. Lieferung, August 1998, Art. 3 Rn. 880; *Michael Sachs*, Das Grundrecht der Behinderten aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, RdJB 1996, S. 154 (167)

Das habe zur Folge, daß im Lichte dieses spezifischen Diskriminierungsverbotes ein behindertes Kind nicht unter leichteren Voraussetzungen als ein nicht-behindertes Kind abgetrieben werden dürfe. Die einschlägige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, welche eine Differenzierung wegen zu erwartender schwerer Behinderung des Kindes für zulässig hielt,

BVerfGE 39, 1 (49); s. auch BVerfGE 88, 203 (257)

sei durch die Einführung des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG eingetretene Verfassungsänderung überholt.

*Riefner*, aaO, Art. 3 Rn. 880



Eine entsprechend motivierte Abtreibung, die sich im Gewand der sog. medizinischen Indikation vollziehe, sei allenfalls dann gerechtfertigt, wenn nur sie eine „evident schwerwiegende Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes der Schwangeren“ zu verhindern vermöge.

*Scholz*, aaO, Art. 3 Abs. 3 Rn. 177

Folgerichtig wird deshalb auch angenommen, daß eine PID mit dem Schutzgehalt von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht zu vereinbaren sei.

*Röger*, aaO, S. 181

Indes lassen die bisherigen Überlegungen des Bundesverfassungsgerichts eher auf einen relativ eng umgrenzten Bereich der strikt verbindlichen Rechtssatzwirkung des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG schließen.

So auch *Sachs*, RDJB 1996, 154 (165 ff.); siehe hierzu auch *Wolfram Höfling*, Das "Menschenrechtsübereinkommen zur Bio-Medizin" und die Grund- und Menschenrechte, in: Wunder/Neuer-Miebach (Hrsg.), Bio-Ethik und die Zukunft der Medizin, 1998, S. 72 (75 f.)

### **III. Biowissenschaftliche Referenzgebiete und Problemfelder - nochmals zum Gang der Untersuchung**

Vor dem Hintergrund der bisherigen Überlegungen lassen sich nunmehr auch die biowissenschaftlichen Referenzgebiete und Problemfelder für die weitere verfassungsrechtliche Analyse in einer Weise strukturieren, die einerseits die durch die Leistungsbeschreibung des Gutachtens aufgeworfenen Fragen aufgreift, diese andererseits aber in - durch grundrechtsdogmatische Aspekte dirigierte - größere Problemkontexte integriert. Danach lassen sich folgende Thematiken benennen:

(1) Unter der Überschrift "'Humanbiologisches Material', Eigentumsherrschaft und Persönlichkeitsrecht" sind zunächst die grundsätzlichen Konfliktlinien zu skizzieren, die sich bei der Verfügung über Körpersubstanzen ergeben. Dabei sind die fragmentarische Struktur des einschlägigen einfachen Rechts zu erörtern und die verfassungsrechtlichen "Tiefendimensionen" auszuloten.

Dazu 2. Abschnitt, sub I.

Hier wird sich zum ersten Mal die Notwendigkeit gesetzgeberischer Tätigkeit zeigen, die in weiten Teilen nur bedingt zwingenden verfassungsrechtlichen Vorgaben unterworfen ist.

(2) Sodann ist das Konzept des informed consent für den Problemkontext der Verfügung über Körpersubstanzen näher auszuleuchten. Angesichts weitestgehend fehlender gesetzlicher Regelungen und expliziter Aussagegehalte steht hier die grundrechtskonforme bzw. verfassungsorientierte Auslegung allgemeiner medizinrechtlicher Kategorien im Zentrum.

Dazu anschließend sub II.

(3) Ein eigenständiges Kapitel befaßt sich schließlich mit Verfügungen über ganz besonderes humanbiologisches "Material", nämlich Keimzellen und namentlich Embryonen. Da in diesem Zusammenhang durch die entsprechenden biomedizinischen Interventionsmöglichkeiten existentielle Grundrechtspositionen zur Gänze zur Disposition gestellt sind, erweisen sich die verfassungsrechtlichen Direktiven für den Gesetzgeber auch als ergiebiger und engmaschiger. Deshalb müssen hier auch die verfassungsrechtlichen Erwägungen komplexer und ausgreifender erfolgen. Dies wird besonders augenfällig, wenn die zur Zeit besonders eindringlich diskutierten "Verfü-

gungskomplexe" - nämlich die durch die Präimplantationsdiagnostik eröffnete Möglichkeit der Embryonenselektion sowie die Nutzung embryonaler Stammzellen - einer verfassungsrechtlichen Bewertung zu unterziehen sein werden.

Dazu sub III. ...

## 2. Abschnitt

### I. "Humanbiologisches Material", Eigentumsherrschaft und Persönlichkeitsrecht

#### 1. Problemaufriß und Problemstrukturierung

"Dominus membrorum suorum nemo videtur", frei übersetzt: An Körperteilen gibt es kein Eigentum, so heißt es – mit Blick auf den freien Menschen - schon in den Digesten.

Ulpian, D. 9, 2, 13 pr.

So wenig, wie der ganze Leib im Eigentum einer Person stand, gab es Eigentum an Teilen des Leibes. Der Körper gehörte zur Person, war nicht Sache. Das Recht am Körper gewährleistet die Unversehrtheit, zugleich aber auch in bestimmten Grenzen ein Selbstbestimmungsrecht. Insoweit gab es auch kaum ein bedeutsames rechtspraktisches Bedürfnis. Wirklich periphere Bestandteile, wie die Haare, erweckten gelegentlich ein stärkeres Interesse. Insoweit nahm man noch um 1900 die Möglichkeit von Verpflichtungsgeschäften vor der Trennung an, doch verfügen, etwa Eigentum übertragen, konnte man nicht.

Zu alledem *Hans Forkel*, Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers, JZ 1974, 593 ff. (593), der in Fn. 8 auf die damals allgemeine Auffassung verweist, daß eine Frau den Friseur nicht zum Eigentümer ihrer noch nicht abgeschnittenen Haare machen konnte

Auch das medizinische Interesse, vom lebenden Menschen abgetrennte Teile zur Erforschung oder für die Ausbildung zu erhalten, spielte für die Rechtsdogmatik und Rechtspraxis keine nennenswerte Rolle. Überwiegend wurde angenommen, daß nach der Trennung das betreffende Körperteil in

das Eigentum dessen fiel, von dem es stammte, dieser jedoch gemeinhin keinen Wert auf eine solche Position legte.

Siehe aaO

Eine aktuelle Bestandsaufnahme gelangt indes zu einem gänzlich andersartigen Befund. Der menschliche Körper ist in vielfältiger Weise in sich Gegenstand von Verfügungen und Nutzungen, ob es um Substanzen des lebenden menschlichen Organismus geht oder um die Verfügbarkeit der Leiche: Auch diesseits eines kriminellen Marktes hat die moderne Biowissenschaft inzwischen vielfältige Formen der Eigen- und Fremdkommerzialisierung, der Erst- wie der Sekundärverwendung hervorgebracht.

Siehe dazu die Überblicke bei *Michael Schröder/Jochen Taupitz*, *Menschliches Blut: verwendbar nach Belieben des Arztes?*, 1991; *Jochen Taupitz*, *Das Recht im Tod: freie Verfügbarkeit der Leiche*, *Berliner Medizinethische Schriften*, Heft 10, 1996; *Rolf Müller*, *Kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen*, 1997, S. 19 ff.; siehe bspw. auch den Überblick bei *Erwin Deutsch*, *Medizinrecht*, 4. Aufl. 1999, S. 355 ff.

Die Bewältigung der dadurch aufgeworfenen komplexen Rechtsfragen wird durch die 'Sprachlosigkeit des Gesetzgebers'

so *Müller*, *Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen*, aaO, S. 21

nicht gerade erleichtert.

Zu den punktuellen legislatorischen Bemühungen siehe sogleich

Namentlich die zivilrechtliche Dogmatik bietet deshalb etliche konkurrierende Erklärungs- und Lösungsmodelle an, die in je unterschiedlich ausgeprägter Intensität einmal stärker den eigentumsrechtlichen Aspekt betonen, das andere Mal eine eher persönlichkeitsrechtliche Perspektive einnehmen.

Dazu im folgenden.

Der insoweit praktizierte Rückgriff auf die Normen des BGB, namentlich des Sachen- bzw. Deliktsrechts, sieht sich indes mit Normen konfrontiert, die aufgrund ihrer Verwurzelung im römischen bzw. alten deutschen Recht auf Realitätsannahmen beruhen, denen die moderne Biowissenschaft und Biotechnik völlig fremd ist.

Diese einfachrechtliche Ebene ist freilich von der verfassungsrechtlichen zu unterscheiden, die ja im Zentrum der rechtsgutachtlichen Überlegungen steht. Allerdings sind auch hier die Direktiven weitgehend allgemeinerer Natur - sieht man von besonderen Konstellationen einmal ab - und bedürften für ihre rechtspraktische Implementierung dringend der legislatorischen Konkretisierung. Bis dahin entfalten sich die verfassungsrechtlichen Vorgaben im Rahmen der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts.

## 2. Humanbiologisches "Material" als Gegenstand rechtlicher Regelungen

Das geltende (einfache) Recht umfaßt Körpersubstanzen und Verfügungen darüber in expliziter Weise nur fragmentarisch und punktuell.

### a) Umsatzsteuergesetz

Daß humanbiologisches "Material" dabei durchaus Gegenstand wirtschafts- und abgabenrechtlicher Regulierung sein kann, zeigt ein Rechtsgebiet, in dem man einen biowissenschaftlichen Bezug kaum erwartet hätte: Das Umsatzsteuerrecht. Hier bestimmt § 4 Nr. 17 a UStG, daß "die Lieferungen von menschlichen Organen, menschlichem Blut und Frauenmilch" - obwohl es

sich grundsätzlich um steuerpflichtige Lieferungen handelt - umsatzsteuerfrei sind".

#### b) Embryonenschutzgesetz

Eine sachspezifische Regelung hinsichtlich der Verfügung über und der Intervention in besondere Körpersubstanzen enthält das Embryonenschutzgesetz. Es

- pönalisiert in § 1 Abs. 1 Nr. 1 Embryonenschutzgesetz die sog. Eizellspende,
  - stellt in § 3 Satz 1 die geschlechtsspezifische Selektion von Spermazellen grundsätzlich unter Strafe, macht hiervon aber in Satz 2 für besonders schwerwiegende geschlechtsgebundene Erbkrankheiten, wie die Muskeldystrophie Duchenne, eine Ausnahme,
  - untersagt mit Strafandrohung in § 5 die künstliche Veränderung menschlicher Keimbahnzellen
  - und in § 7 die Chimären- und Hybridbildung,
- um die wesentlichen Vorschriften zu nennen.

#### c) Transplantationsgesetz und Transfusionsgesetz

Auch zwei neuere medizinrechtliche Kodifikationen, das Transplantationsgesetz (TPG) vom 5. November 1997

BGBI. I S. 2631

und das Transfusionsgesetz (TFG) vom 1. Juli 1998

BGBI. I S. 1752

enthalten bereits spezifische Regelungen über humanbiologisches "Material". Hier zeigt sich - ähnlich wie schon beim Embryonenschutzgesetz -, daß die Rechtsordnung, soweit sie spezielle Teilregelungen enthält, die je erfaßten Körpersubstanzen nicht als verkehrsfähige und kommerzialisierbare

Gegenstände im üblichen Sinne behandelt. Schon die Redeweise ist aufschlußreich: Fachbegriffe des Schuld- und Sachenrechts sind im Blick auf menschliche Organe tabu. Organe werden nicht verkauft oder geschenkt, sie werden gespendet. Auch der Kranke erwirbt sie nicht, er empfängt sie. "Unausgesprochen klingen hier Urängste der Menschheit an, etwa Antropophagie, Menschenopfer ...".

So *Deutsch*, Medizinrecht, aaO, S. 365 f.  
Daß auch eine andere Perspektive möglich ist, zeigen die Ausführungen von *Gabriele Wolfslast/Henning Rosenau*, Zur Anwendung des Arzneimittelgesetzes auf die Entnahme von Organ- und Gewebetransplantaten, NJW 1993, 2348 ff.; hierzu auch noch unten.

Namentlich die Verfügung über Organe durch einen (Weiter-)Lebenden, die sog. Lebendspende, wird in § 8 TPG nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen erlaubt.

Das Transfusionsgesetz, das nach seinem § 1 dem Zweck dient, nach Maßgabe der Vorschriften zur Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen von Menschen und zur Anwendung von Blutprodukten für eine sichere Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen und für eine gesicherte und sichere Versorgung der Bevölkerung mit Blutprodukten zu sorgen und deshalb die Selbstversorgung mit Blut und Plasma zu fördern, normiert ebenfalls in spezifischer Weise den Umgang mit der Körpersubstanz "Blut". Dies wird etwa daran deutlich, daß nur solche Personen zur Spendeentnahme zugelassen werden, die unter der Verantwortung einer approbierten ärztlichen Person nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik für tauglich befunden worden ist (vgl. § 5 Abs. 1 TFG). § 10 Abs. 1 schreibt vor, daß die Spendeentnahme unentgeltlich erfolgen soll.

Atypisch für einen eigentumsrechtlichen Problemzugriff ist auch die Vorschrift des § 6 Abs. 2, wonach die spendende Person "über die mit der Spendeentnahme verbundene Erhebung, Verarbeitung und Nutzung perso-



nenbezogener Daten aufzuklären" ist, wobei die Aufklärung von der spendenden Person schriftlich zu bestätigen ist.

#### d) Arzneimittelgesetz (AMG)

Menschliche Organe, Organteile, Gewebe und Zellen sind Stoffe im Sinne des § 3 Nr. 3 AMG und als Arzneimittel gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG zu qualifizieren, wenn sie dazu bestimmt sind, durch Anwendung am oder im menschlichen Körper Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden zu heilen oder zu lindern. Diese arzneimittelrechtliche Einordnung steht durchaus im Einklang mit der Richtlinie 65/65/EWG, nach deren Art. 1 Abs. 3 alle Stoffe menschlicher Herkunft als Stoffe im Sinne der Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über Arzneimittel anzusehen sind.

Siehe dazu etwa *Lars Christoph Nickel/Angelika Schmidt-Preisigke/Helmut Sengler*, Transplantationsgesetz, Kommentar mit einer umfassenden Einführung, 2001, § 21 Rdnr. 1.

Allerdings bestimmt der durch § 21 TPG neu eingefügte § 2 Abs. 3 Nr. 8 AMG, daß die in § 9 Satz 1 TPG genannten menschlichen Organe (Herz, Lunge, Leber, Niere, Bauchspeicheldrüse und Darm) sowie die menschliche Augenhornhaut nach dem Arzneimittelbegriff und damit vom Anwendungsbereich des AMG ausgenommen sind.

#### e) Bestattungs- und Sektionsrecht

Im Blick auf den toten menschlichen Körper enthält die Rechtsordnung auf Landesebene Rechtsvorschriften, die im wesentlichen ebenfalls die spezifische Personengeprägtheit der betroffenen "Gegenstände" berücksichtigt. Namentlich für das Sektionsrecht aber ist die Rechtslage weiterhin zum Großteil unbefriedigend. Hier gilt weiterhin die Feststellung des Berliner Kammergerichts aus dem Jahre 1989: "Der Gesetzgeber sollte nun endlich han-

deln und eine Regelung finden, durch die die Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten beseitigt und ein angemessener Ausgleich zwischen den grundsätzlich Berechtigten, dem allgemeinen Wohl dienenden Interessen der medizinischen Wissenschaft und den in § 168 StGB geschützten Rechtsgütern erzielt wird".

KG, NJW 1990, 782 (783 f.)

3. Grenzziehungen, Grenzverschiebungen, Grenzkonflikte - Körpersubstanzen zwischen Eigentumsherrschaft und Persönlichkeitsrecht

a) Kategorialer Dualismus als Ausgangspunkt

Bestimmungsrechte werden heute gemeinhin entweder sachenrechtlich oder personenrechtlich konstituiert. Dieser Dualismus durchzieht das Zivilrecht, das Strafrecht und das öffentliche Recht einschließlich des Verfassungsrechts, in dem sich die Dichotomie bereits im klassischen rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt für Eingriffe in "Freiheit und Eigentum" wiederfindet.

Dazu siehe schon *Winfried Brohm*, Forum: Humanbiotechnik, Eigentum und Menschenwürde, JuS 1998, 197 (198)

Während an Sachen Eigentum besteht, also sachenrechtliche Herrschaftsbefugnisse begründet werden, sind Personen allenfalls "Gegenstand" von Direktionsbefugnissen. Allerdings werden angesichts der Wandelbarkeit des Eigentumsbegriffs

dazu siehe etwa *Brun-Otto Bryde*, in: von Münch/Kunig, GG-Komm., Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 14 Rdnr. 11 mit weiteren Nachweisen

zahlreiche Übergänge vom einen in den anderen Zuordnungsbereich verständlich. So ist einerseits im Blick auf die Funktion des Eigentums, die materielle Basis für die freie Entfaltung des Einzelnen zu bilden

siehe etwa BVerfGE 24, 367 (389); 50, 290 (339);  
93, 121 (140 f.)

der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff zum Teil in Abweichung von bürgerlich-rechtlichen Konzeptionen vielfach erweitert und ergänzt worden. Andererseits hat sich der Eigentumsbegriff gerade mit Rücksicht auf die verfassungskräftige Anerkennung eines jeden Menschen als eigenständige Persönlichkeit auch verengt; die Abschaffung der Sklaverei ist hierfür ein Beispiel. Insbesondere angesichts der neuen biotechnischen Möglichkeiten und biomedizinischen Interventionen ist die prinzipiell deutliche Trennlinie zwischen Sachgegenstand und menschlicher Person, zwischen Eigentumsherrschaft und persönlichkeitsrechtlichem Rechtsregime immer schwieriger geworden.

Siehe auch *Brohm*, JuS 1998, 198 (199)

b) Das vom menschlichen Körper getrennte "Material" - Lösungsmodelle

Während es weitestgehend unbestrittener Auffassung entspricht, daß der lebende Mensch als solcher keine eigentumsfähige Sache darstellt,

dazu mit zahlreichen Nachweisen nur *Jochen Taupitz*, Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile, NJW 1995, 745 ff. (745)

ist die rechtsdogmatische Qualifikation der vom menschlichen Körper getrennten Substanz namentlich in der Zivilrechtswissenschaft inzwischen eine vieldiskutierte Problematik, für die unterschiedlichste Lösungsmodelle angeboten werden.

aa) Der sachenrechtliche Ansatz

Verbreiteter Auffassung entspricht es, daß menschliche Körpersubstanzen mit ihrer Trennung vom Körper zu Sachen im Sinne des § 90 BGB werden und die Rechtsbeziehung zu den abgetrennten Körperteilen als eigentumsrechtliche zu qualifizieren ist. Die Begründungen für die Umwandlung des ursprünglichen Persönlichkeitsrechts am menschlichen Körper insgesamt in Eigentumsrechte an einzelnen Körpersubstanzen gehen dabei auseinander. Überwiegend wird insoweit auf eine analoge Anwendung von § 953 BGB abgestellt.

§ 953 lautet: "Erzeugnisse und sonstige Bestandteile einer Sache gehören auch nach der Trennung dem Eigentümer der Sache, soweit sich nicht aus den § 954-957 ein anderes ergibt"

Nach anderer Auffassung entstehen zunächst durch die Abtrennung der Körpersubstanzen herrenlose Sachen, an denen Jedermann durch Begründung von Eigenbesitz Eigentum erwerben könne nach Maßgabe des § 998 Abs. 1 BGB. Allerdings stehe dem Substanzträger als Ausfluß seines früheren Persönlichkeitsrechts ein Aneignungsrecht an den abgetrennten Körpersubstanzen zu, welches nach § 958 Abs. 2 BGB einen Eigentumserwerb des nichtberechtigten Eigenbesitzers ausschließt.

Siehe zu diesem Lösungsansatz mit zahlreichen Nachweisen etwa *Müller*, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, aaO, S. 35 ff.; *Schröder/Taupitz*, Menschliches Blut, aaO, S. 35 ff.

bb) Der persönlichkeitsrechtlich fokussierte Lösungsansatz

Aus dem Interesse eines möglichst effektiven Schutzes der Interessen des Substanzinhabers heraus ist der eigentumsrechtlichen Position eine primär

auf das Persönlichkeitsrecht fokussierende Konzeption entgegengesetzt worden.

Siehe dazu vor allem *Forkel*, JZ 1974, 593 (595);  
ferner etwa *Norbert Jansen*, Die Blutspende aus zivilrechtlicher Sicht, Diss. Bochum 1978, S. 82 ff.

Zwar schließt auch diese Meinung nicht prinzipiell Eigentumsrechte an Körpersubstanzen aus, beschränkt diese Konstellationen aber auf Fälle, in denen der Substanzträger sein Persönlichkeitsrecht gleichsam aufgegeben habe. Namentlich bei einer individuellen und persönlichen Zweckbestimmung im Blick auf eine Körpersubstanz sei allerdings allein eine persönlichkeitsrechtliche Deutung angemessen.

Eine ähnliche Argumentation findet sich auch in der bekannten "Sperma"-Entscheidung des Bundesgerichtshofs.

Siehe BGH, NJW 1994, 127 ff.

Hier prüfte der BGH einen Schmerzensgeldanspruch nach schuldhafter Vernichtung einer Eigenspermaspende durch die mit der Konservierung beauftragte Universitätsklinik: Eine Körperverletzung sei zu bejahen, wenn die abgetrennten Körpersubstanzen, wie bei einer Eigenspermaspende, nach dem Willen des (ehemaligen) Substanzträgers zur Erhaltung bestimmter Körperfunktionen bzw. zum Zwecke einer späteren Wiedervereinigung mit dem Körper aufbewahrt würde. Nur endgültig abgetrennte Körpersubstanzen seien eigentumsfähige Sachen, an denen das Persönlichkeitsrecht des Substanzträgers jedoch gleichzeitig fortwirke. Nur vorübergehend abgetrennte Körpersubstanzen, die später wieder in den Körper integriert werden sollen, blieben Teil der Persönlichkeit und nähmen eine Sonderstellung ein;

zur Kritik an dieser Entscheidung siehe etwa *Rohe*, JZ 1994, 463 ff.; *Taupitz*, NJW 1995, 745 ff.

cc) Kombiniert-sachen und persönlichkeitsrechtliche-Konzeptionen

Von Bedeutung für die zivilrechtliche Diskussion im vorliegenden Kontext sind inzwischen allerdings kombiniert sachen- und persönlichkeitsrechtliche Modelle:

(1) Die "Überlagerungsthese" erklärt die Bestimmungsmacht über Körpersubstanzen mit einem Zwei-Ebenen-Modell. Während der Einheit von Person und Körper sei das Eigentum vollständig vom Persönlichkeitsrecht überlagert und entfalte keinerlei Bedeutung. Erst mit der Trennung vom Körper ende die vollständige Überlagerung durch das Persönlichkeitsrecht und die sachenrechtliche Ebene gewinne zunehmend an Bedeutung, was bis zum völligen Erlöschen der persönlichkeitsrechtlichen Bindung führen könne.

Siehe hierzu bspw. *Hermann Schünemann*, Die Rechte am menschlichen Körper, 1985, S. 89 ff.

(2) Für den sog. fortentwickelten sachenrechtlichen Ansatz ist demgegenüber für abgetrennte Körpersubstanzen eine doppelte Rechtsprägung kennzeichnend. Das - ursprüngliche, noch aus der Körperlichkeitsphase vor Abtrennung stammende - Persönlichkeitsrecht bleibt nach der Abtrennung neben dem dann einsetzenden Eigentumsregime bestehen. Dabei kann nach entsprechenden Verfügungen durchaus Eigentumsherrschaft und Persönlichkeitsrecht auseinanderfallen, und die Ausübung der Eigentumsrechte an Körpersubstanzen kann als Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Substanzträgers qualifiziert werden.

Hierzu siehe *Schroeder/Taupitz*, Menschliches Blut, aaO, S. 42 ff.; *Jochen Taupitz*, Privatrechtliche Rechtspositionen um die Genomanalyse: Eigentum, Persönlichkeit, Leistung, JZ 1992, 1089 (1093)

### c) Exemplarische Zweifelsfragen

Trotz der vielfältigen Erklärungsmuster, die inzwischen vor allem in der Zivilrechtsdogmatik entwickelt worden sind, verbleiben gerade in den sensiblen Bereichen zahlreiche Zweifelsfragen. So erörtert *Deutsch* den Fall, daß irrtümlich eine Eigenblutkonserve für jemand anderen verwendet wird. "Für den Fall der nicht rückgängig zu machenden Verwendung fremden Eigentums gewährt § 951 BGB einen schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch nach bereicherungsrechtlichen Regeln. Wird fremdes Blut verwandt, kann diese das Eigentum betreffende Vorschrift allerdings nicht unmittelbar angewendet werden. Man sollte deshalb auf die Grundregel des § 812 BGB zurückgreifen und unter dem Aspekt der Eingriffskondiktion einen Anspruch auf das normale Entgelt als ersparte Aufwendung erheben. Der Empfänger der Blutkonserve ist um das empfangene Blut ungerechtfertigt bereichert und hat insoweit ein Ausgleichsentgelt zu leisten".

So *Erwin Deutsch*, Medizinrecht, 4. Aufl. 1999,  
Rdnr. 493

Die Sphären des Grotesken schon streifend sind jene Erörterungen, die vor wenigen Jahren im Blick auf das umstrittene Problem der Verfügung über Plazenten angestellt worden sind.

*Gropp*, Wem gehört die Plazenta? - Überlegungen zur Vermarktung eines der „Grenzüberschreitung“ dienenden Organs, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Grenzüberschreitungen - Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser, 1995, S. 299 ff.

Diese auf den ersten Blick absonderlich wirkende Frage "Wem gehört die Plazenta?" büßt ihre Eigentümlichkeit ein, wenn man sich die kommerzielle Verwertbarkeit der Plazenta – sei es zu therapeutischen, sei es zu kosmetischen Zwecken – vor Augen hält.

Vgl. *Gropp*, aaO., S. 299 f., S. 303

Da die Plazenta – medizinisch gesehen – ein sog. Doppelorgan ist, also aus einem fetalen Teil (Choriondeckplatte mit den Chorionzotten) und einem mütterlichen Teil (Decidua basalis) besteht,

vgl. *Gropp*, aaO., S. 308

führt dies nach der Ablösung der (gesamten) Plazenta zu der Frage, ob (nur) die Mutter dispositionsbefugte Eigentümerin ist oder ob es sich auch um Eigentum des (neugeborenen) Kindes handelt, über das die Mutter nicht allein, sondern nur zusammen mit einem eventuell vorhandenen sorgeberechtigten Vater verfügen dürfe. Bei der Lösung des Problems werden die verschiedenen bereits erwähnten Auffassungen der juristischen Einordnung des Geschehens angesprochen, das Bestehen von sog. Miteigentum der Mutter und des Kindes gemäß § 947 BGB wird erwogen (und im Ergebnis verneint: Mutter und Kind seien jeweils alleiniger Eigentümer ihres Anteils an der Plazenta), die Vorschrift des § 953 BGB, die den Eigentumserwerb durch sog. Fruchtziehung betrifft und die ansonsten bei der Abtrennung von Körperteilen zur Rechtfertigung der Eigentumsstellung des Spenders analog herangezogen wird, finde, so heißt es weiter, keine Anwendung.

Zum Ganzen eingehend *Gropp*, aaO., S. 305 – 312

Ob damit das Problem der Verfügung über die Plazenta nach derzeit geltendem Recht angemessen gelöst ist, soll hier dahingestellt bleiben. Das Problem verdeutlicht jedenfalls beispielhaft, auf welch tönernen Füßen der Versuch steht, mithilfe der Normen des BGB Verfügungen über Körpergüter hinreichend verlässlich und eindeutig zu beantworten. Das BGB ist ein hölzerner Handschuh, der ein wirkliches Be-Greifen der Thematik nicht zulässt.

Damit aber sind Orientierungsgewißheit und Planungssicherheit als *die* (formalen) Kennzeichen modernen Rechts, die als Aspekte der Rechtssicherheit in das geltende Verfassungsrecht eingeschrieben sind (allgemeines



Bestimmtheitsgebot als Teil des Rechtsstaatsprinzips, Art. 20 Abs. 3 GG), nicht gewährleistet. Bei einer technischen Entwicklung wie der biotechnischen Innovation, die vielfach als Schlüsseltechnologie mit großen ökonomischen Potenzen charakterisiert wird, ist dies um so mißlicher, als deren gesellschaftliche Durchsetzung und Begrenzung gerade zu Anfang genauer normativer „Starthilfen“ bedarf, um unerwünschte „Startschwierigkeiten“ oder unerwünschten normativen „Wildwuchs“ zu vermeiden.

Die Rechtsunsicherheit, die mit der Anwendung der BGB-Vorschriften einhergeht, bezieht sich indes nicht nur auf die zivilrechtliche Erfassung der Probleme, sondern hat auch strafrechtliche Folgen. Die zivilrechtliche Einordnung des Transfers von Körpergütern wirkt präjudizierend auf das Strafrecht ein, insbesondere bei der Frage, ob das fragliche Gut „fremd“ ist, also im (Allein-)Eigentum des Handelnden steht oder nicht. Dies ist etwa für die Frage des Diebstahls (§ 242 StGB) oder der Unterschlagung von Körpergütern (§ 246 StGB) relevant. Die Strafgesetze können die ihnen zugedachte präventive Funktion nur dann angemessen erfüllen, wenn das geforderte rechtliche Verhalten hinreichend bestimmt ist, also außer Frage steht, wer wann wie und wie lange Eigentümer eines Körpergutes (geworden) ist oder nicht; darin liegt die sog. Garantiefunktion des strafgesetzlichen Tatbestands, die durch die zivilrechtlichen Unklarheiten gefährdet wird.

Zur Garantiefunktion und zum Bestimmtheitsgrundsatz vgl. *Roxin*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, Bd. I, 2. Aufl. 1997, § 10 Rdnr. 2; *Köhler*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 1997, S. 86 ff.; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, Kommentar, 26. Aufl. 2001, § 1 Rdnr. 17 ff. – jew. m.w.N.

Die Forderung nach einer klaren gesetzlichen Entscheidung dieser Fragen wird somit durch das strenge, speziell für Straf- und Bußgeldgesetze geltende Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG verstärkt.

Aber auch andere strafrechtliche Vorschriften sind ein Einfallstor für Rechtsunsicherheit: so ist es unter bestimmten Voraussetzungen denkbar, daß eine selbstbestimmte Verfügung über den Körper je nach Modalitäten und Zweck der Verfügung als „sittenwidrig“ und damit rechtswidrig eingestuft werden würde (vgl. § 228 StGB, früher: § 226a StGB).

Dazu statt aller *Tröndle/Fischer*, StGB, 50. Aufl.  
2001, § 228 Rdnr. 1 ff., insb. Rdnr. 10 – u.a. zur  
kommerziellen Organentnahme

Das Parlament hat dafür Sorge zu tragen, daß nicht eine mehr oder weniger fortschrittskritische oder fortschrittsfreundliche Partikulärmoral im Gewand der gesetzlich in Bezug genommenen „Sittenwidrigkeit“ zum Maßstab des Rechts wird. Hier sind klare Entscheidungen des Parlaments gefordert, die einen Rekurs auf die vage Vokabel der Sittenwidrigkeit weitgehend ausschließen und dem Bestimmtheitsgebot des Grundgesetzes gerecht werden.

Sittenwidrigkeit setzt allerdings einen gesellschaftlichen Konsens voraus, der hier gerade nicht besteht

Daß die angemessene Realisierung von Persönlichkeitsschutz in den Humantechnologien eine überaus anspruchsvolle Aufgabe ist, liegt angesichts der Diskussionen zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und sog. wirtschaftlichem Persönlichkeitsrecht, zu Persönlichkeitsrechten als immateriellen, aber zugleich auch Vermögensrechten auf der Hand. "Eigentum" und "Personen" können dabei - auch in historischer Perspektive - als "paradigmatische Zentren rechtlicher Subjektivierung" betrachtet werden. Und angesichts eines neuen Entwicklungsschubs in Richtung Kommerzialisierung der Persönlichkeit und Ökonomisierung der Persönlichkeitsrechte, der anknüpfen kann an die Entstehungsphase des modernen Privatrechts und dessen am Sacheigentum orientierte Ökonomisierung des subjektiven Rechts,

zu dieser Diskussion siehe mit weiteren Nachweisen  
*Reinhard Damm*, Persönlichkeitsschutz und medi-  
zintechnische Entwicklung, JZ 1998, 926 (934)

wäre eine stärkere Positionierung von persönlichkeitsrechtlichen Aspekten bei der legislativen Bewältigung der biowissenschaftlichen Herausforderungen durchaus eine ernsthafte Alternative.

#### 4. Verfassungsrechtliche Wertungen

Die skizzierte zivilrechtsdogmatische Diskussion findet indes auf der Verfassungsebene keine Parallelisierung. Zwar enthält die Verfassung mit Art. 14 Abs. 1 GG die grundrechtliche Garantie des Eigentums und gewährleistet mit Art. 2 Abs. 1 (i.V.m. Art. 1 Abs. 1) GG das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Doch ergibt sich hieraus keine "kleingearbeitete" Antwort auf Zuordnungs-, Verfügungs-, Kommerzialisierungs-, Partizipationsrechte usw. (Relative) Vorgaben für Einzelbereiche lassen sich nur unter Rückgriff auf zusätzliche und ggf. bereichsspezifische Normgehalte des Grundgesetzes gewinnen.

Allerdings lassen sich folgende Aspekte festhalten:

a) Eigentums- bzw. Bestimmungsrechte am eigenen Körper

aa) "Eigentumsrechte" am menschlichen Körper?

Ein "Eigentumsrecht am eigenen Körper im Sinne einer generellen Nutzungs- und Entäußerungsverfügung"

so die Gutachtenfrage a) I. Gliederungspunkt

existiert in verfassungsrechtlichem Sinne nicht. Insoweit entfalten verfassungsrechtliche Maßstabsfunktionen allein diejenigen Grundrechtsbestimmungen, die "personenzentriert" konzipiert sind, nämlich Art. 2 Abs.1 GG, vor allem aber Art. 2 Abs. 2 GG.

Siehe auch *Otto Depenheuer*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 14 Rdnr. 148: "Eigentumsrechte am Körper eines lebenden Menschen gibt es nicht, sondern werden vom *Persönlichkeitsrecht* konsumiert" - Hervorhebung im Original

Diese Feststellung gilt nicht nur im Blick auf den eigenen Körper, sondern - erst recht! - hinsichtlich des Körpers eines Dritten. Weil bereits der frühe Embryo - d. h. im Zeitpunkt des Abschlusses des Befruchtungsvorgangs - selbst Träger der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 2 GG ist,

dazu oben

kommt ihm gegenüber eine eigentumsrechtliche Verfügungsbefugnis für *niemanden* in Betracht.

Siehe auch *Brohm*, JuS 1998, 197 (198): "Als Verfügungsbefugnis über eine Sache kann Eigentum nicht Herrschaftsbefugnis über Menschen bezeichnen"; und aaO, S. 200, weil bereits eine befruchtete Eizelle den Beginn menschlichen Lebens und die personenrechtliche Zuordnung begründe, sei eine eigentumsrechtliche Bestimmungsbefugnis ausgeschlossen

Deshalb ist auch die "Rechtsposition" von "Eizellspenderin und Samenspender gegenüber dem Embryo, wenn dieser für reproduktives Klonen oder für embryonale Stammzellforschung erzeugt würde oder Verwendung für Produktlinien finden würde",

Vgl. Frage c. 4. Gliederungspunkt

jedenfalls keine eigentumsrechtliche im Verfassungssinne.

Entsprechendes gilt für Frage c. 3.: "Welche Rechtsbeziehungen haben Eizellspenderin und Samenspendender bei der IVF gegenüber ihrem Embryo"?

Auch dem Gesetzgeber - und selbst dem Verfassungsgesetzgeber - wäre es von Verfassung wegen verwehrt, einen Menschen, d. h. ein Schutz"objekt" im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG, zum eigentums- und verkehrsfähigen Sachgegenstand zu machen. Hier wäre jene *Tabugrenze* überschritten, die Art. 1 Abs. 1 GG errichtet.

bb) Andersartige "Bestimmungsrechte" - das Grundrecht auf Selbstbestimmung über die leiblich-körperliche Integrität

Die vorstehenden Feststellungen schließen allerdings nicht aus, daß die Verfassung andersartige "Bestimmungsrechte" über den *eigenen* Körper

zu "Bestimmungsrechten" über Dritte siehe sogleich

...

kennt und gewährleistet. Dies gilt namentlich für Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.

Prinzipiell wird hiervon auch die Befugnis umfaßt, über eigenes Körpermaterial "zu verfügen". Insofern bedarf es grundrechtsdogmatisch keiner "rechtfertigenden Gründe", wie es die Gutachtenfrage zu a) 3. Gliederungspunkt anzunehmen scheint. Aus verfassungsrechtlicher Sicht rechtfertigungsbedürftig sind vielmehr Ausschließungsgründe für Nutzungs- und Entäußerungsverfügungen über den eigenen Körper oder über Teile des eigenen Körpers.

Siehe die Gutachtenfrage zu a) 4. Gliederungspunkt

Dies beinhaltet u. a. auch das Recht des Einzelnen, über die Spende von Organen zu entscheiden.

Hierzu näher *Höfling/Rixen*, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, aaO, S. 85 ff.

Das kann, wie bei der sog. Lebendspende, ad personam geschehen, also mit einer subjektiven Bestimmungsbefugnis über die konkrete Verwendung, ist jedoch - etwa beim Fall einer Explantation nach Hirntoddiagnose aufgrund einer zuvor erklärten Spenderentscheidung - auch anonym denkbar. Daß das geltende Recht mit der sog. erweiterten Zustimmungslösung in zahlreichen Fällen die Entscheidungsbefugnisse auf die Angehörigen delegiert, die dabei "einen mutmaßlichen Willen des möglichen Organspenders zu beachten" haben (§ 4 Abs. 1 Satz 3 TPG), ist verfassungsrechtlich nur bei Akzeptanz der Gleichsetzung von "Hirntod" und Tod des Menschen

zur Grundsatzkritik siehe *Wolfram Höfling*, Um Leben und Tod, JZ 1995, 26 ff.

vertretbar.

b) Parallelität von persönlichkeitsgeprägter Bestimmungsmacht und Eigentumsschutz der Verwertungsabsicht?

Das soeben anerkannte Selbstbestimmungsrecht über die leiblich-seelische Integrität gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG setzt sich allerdings nicht fort an dem vom Körper getrennten "Material". Insoweit werden persönlichkeitsrelevante Aspekte des Umgangs mit den Körpersubstanzen nunmehr von Art. 2 Abs. 1 (i.V.m. Art. 1 Abs. 1) GG erfaßt.

Zu weiteren Aspekten im Blick auf die Verfügung über Keimzellen siehe noch unten sub III.

aa) Körpersubstanzen als vermögenswerte Positionen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG?

Hiervon zu trennen ist indes die Frage, ob und inwieweit abgetrennte Körpersubstanzen zugleich als vermögenswerte Positionen im Sinne der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie qualifiziert werden können.

Die bisherige grundrechtsdogmatische Lehre zur Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG ist hierzu weitgehend unergiebig. Die einzige eingehender Erörterung aus der im übrigen umfassenden Kommentarliteratur stammt von *Depenheuer*,

*Otto Depenheuer*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 4. Aufl. 2000, Art. 14 Rdnrn. 147 ff.

der insoweit auf Überlegungen von *Brohm* zurückgreift.

*Winfried Brohm*, Forum: Humanbiotechnik, Eigentum und Menschenwürde, JuS 1998, 197 ff.

*Depenheuer* hebt zunächst nochmals die allgemein konsentiertere Auffassung hervor, daß bewegliche Sachen der Eigentumsgarantie unterliegen. Soweit dabei die Gesetze nichts anderes bestimmen, kann der Eigentümer einer Sache mit dieser nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen, wie es § 903 BGB formuliert. Verfassungsrechtlich geschützt ist dabei sowohl die freie Verfügung über die Sache wie ihre privatnützige Verwendung.

AaO, Art. 14 Rdnr. 147 unter Bezugnahme auf BVerfGE 42, 229 (232)

Während Eigentumsrechte am Körper eines lebenden Menschen vom Persönlichkeitsrecht konsumiert seien, stünden einzelne Teile des Körpers aber

- ungeachtet des fortbestehenden Persönlichkeitsrechts - im Eigentum dessen, von dessen Körper sie stammten.

AaO, Rdnr. 148

Für eine klare Grenzziehung maßgebend sei insoweit "eine *objektiv erkennbare Endzweckbestimmung* durch den Spender, aufgrund derer die Zuordnung von Körperteilen und -substanzen zum Eigentumsregime durch das Persönlichkeitsrecht abgelöst wird. Das ist stets dann der Fall, wenn das Körperteil und die Körpersubstanz mit dem Ziel der Wiedereinfügung abgetrennt bzw. entnommen wurde (z. B. Eigenblutspende vor Operation, Reimplantation von Hautteilen). ... Dies wird auch gelten für die in Zukunft mögliche *Klonierung differenzierter Körperzellen* zur Schaffung neuen Lebens. Hier folgt die persönlichkeitsrechtliche Bestimmungsbefugnis aus der entsprechenden Verwendungsabsicht oder der tatsächlichen Verwendung. Es geht also nicht um den eigentumsrechtlichen Schutz einer isolierten Körperzelle, sondern um den Persönlichkeitsschutz eines lebenden Menschen über seine differenzierten Zellen als Keimgut, d. h. die Verwirklichung seiner Körperfunktionen".

*Deppenheuer*, aaO, Art. 14 Rdnr. 149 - Hervorhebungen im Original

Abgesehen von der Frage, welcher biomedizinische Sachverhalt mit der Klonierung differenzierter Körperzellen zur Schaffung neuen Lebens gemeint ist, werfen die grundrechtsdogmatischen Überlegungen allerdings einige Fragen auf: Soll mit der Ablösung von Körpersubstanzen zunächst - gleichsam für eine logische Sekunde - das Eigentumsregime Geltung beanspruchen (etwa mit der Möglichkeit eines gutgläubigen Dritterwerbs), um sodann wegen einer objektiv erkennbaren Endzweckbestimmung vollständig durch persönlichkeitsrechtliche Aspekte abgelöst zu werden? Was geschieht, wenn eine solche Endzweckbestimmung objektiv nicht erkennbar ist bzw. gar nicht getroffen worden ist? Welche tatsächliche Verwendung soll über die persönlichkeitsrechtliche Bestimmungsbefugnis entscheiden?



Sollen beim Fehlen einer Zweckbestimmung allein eigentumsrechtliche Kategorien entscheiden? Bewirkt - umgekehrt - die Endzweckbestimmung durch den Substanzträger, daß dieser die Körpersubstanz nicht mehr als eine verkehrsfähige und vermögenswerte Sache verwerten kann?

Im Blick auf die hierdurch hervorgerufenen "Grenzkonflikte" liegt eine andere Lösung näher, nämlich das Modell der "Idealkonkurrenz", das auch zur Bestimmung des Verhältnisses von Grundrechtsgarantien zueinander, soweit nicht ein Spezifitätsverhältnis gegeben ist, Anwendung findet: Jedenfalls im Ausgangspunkt ist von einem grundrechtlichen "Doppelregime" auszugehen. Neben die persönlichkeitsrechtlichen Dimensionen des Art. 2 Abs. 1 GG tritt auch das prima facie des Art. 14 Abs. 1 GG

und ggf. auch des Art. 12 Abs. 1 GG

geschützte Verwertungs- und Kommerzialisierungsinteresse.

Mit anderen Worten: Wenn und soweit tatsächlich ein "Markt" für Körpersubstanzen existiert und keine die Eigentumsfähigkeit ausschließenden spezielgesetzlichen Regelungen vorliegen, sind jene auch Schutzobjekte der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG.

Nun könnte man gegenüber solchen Überlegungen den spezifischen Normcharakter der Eigentumsgarantie als kompetenzieller Freiheit

dazu *Wolfram Höfling*, Vertragsfreiheit. Eine grundrechtsdogmatische Studie, 1991, S. 20 ff.

anführen und erwägen, "Eigentum" im verfassungsrechtlichen Sinne an Körpersubstanzen nur nach einfachrechtlicher Konstituierung anzuerkennen. Eine solche einfachgesetzliche Neuschöpfung würde bzw. wird bspw. dann realisiert, wenn der Gesetzgeber die Patentfähigkeit "gentechnischer Entdeckungen am Menschen" vorsieht und somit geistiges Eigentum an Erbinformationen kreiert". In diesem Fall entscheidet der Gesetzgeber "dar-

über, ob ein Immaterialgüterrecht neuer Art entsteht, das unter den grundrechtlichen Schutz der Eigentumsgarantie tritt".

So *Josef Isensee*, Das entschlüsselte Genom im Verständnis der Verfassung, ME 46 (2000), 137 (138), der zugleich hervorhebt, der Gesetzgeber habe insofern "von Verfassungs wegen weitgehend freie Hand"

Von dieser - hier nicht näher zu verfolgenden - Thematik aber abgesehen,

zur Umsetzung der EU-Biopatentrichtlinie in deutsches Recht siehe etwa *Christian Koenig/Eva-Maria Müller*, EG-rechtliche Vorgaben zur Patentierbarkeit gentherapeutischer Verfahren unter Verwendung künstlicher Chromosomen nach der Richtlinie 98/44/EG, GROR international 2000, 295; *dies.*, EG-rechtlicher Schutz biotechnologischer Erfindungen am Beispiel von Klonverfahren an menschlichen Stammzellen, EuZW 1999, 681 ff.; siehe ferner auch *Andreas Fuchs*, Patentrecht und Humangenetik, JZ 1999, 597 ff.

ist aber zu berücksichtigen, daß gleichsam als Auffangmaterie das BGB-Sachenrecht zur Verfügung steht, wenn dieses, wie einleitend bereits hervorgehoben, die bioethischen Aspekte auch nicht sachspezifisch reflektiert.

Siehe auch die Einordnung der Frage, ob Körpersubstanzen dem Eigentumsbegriff des Art. 14 Abs. 1 GG unterfallen, als "Problemfall" bei *Jan-R. Sieckmann*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 14 Rdnrn. 44 und 46 (Stand: Oktober 2000)

Wiederum gegenläufig ist allerdings zu bedenken, daß ein Kernelement der grundgesetzlichen Eigentumsverfassung, das Institut der Enteignung, im Sachbereich "humanbiologisches 'Material'" geradezu deplaziert wirkt. Die Enteignung "ist auf die vollständige und teilweise Entziehung konkreter subjektiver Eigentumspositionen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gerichtet".

Siehe nur BVerfGE 70, 191 (199); 72, 66 (76); 79, 174 (191)

Sachen können in Fällen dringenden öffentlichen Bedarfs enteignet werden (siehe Art. 14 Abs. 3 GG). Ohne das Institut der Enteignung wären die umfassenden Eigentümerbefugnisse nicht zu gewährleisten; "insoweit korrespondieren Eigentum und Enteignung einander".

Siehe *Brohm*, JuS 1998, 197 (201)

#### c) Folgerungen

Vor dem Hintergrund der skizzierten Probleme, welche die Thematik der Verfügung über humanbiologisches "Material" auch für die Grundrechtsdogmatik aufwirft, wird deutlich, daß der Gesetzgeber dringend aufgerufen ist, auch für diejenigen Körpersubstanzen, die noch nicht von bereichsspezifischen Regelungen wie namentlich denen des Embryonenschutzgesetzes, des Transplantationsgesetzes und des Transfusionsgesetzes erfaßt werden, normative Vorgaben zu erarbeiten. Er hat dabei weitreichende Gestaltungsfreiheit, wenn er unter Verweis auf die persönlichkeitsrelevanten Aspekte und - näher zu begründende - negative Auswirkungen der Kommerzialisierung von Körpersubstanzen die Verkehrsfähigkeit weitgehend zurückdrängt oder unter Umständen gar ausschließt.

Letzteres kommt insbesondere im Blick auf Keimzellen in Betracht; siehe dazu unten sub III.

Auf eine Einschränkung der "Körperkommerzialisierung" zielt im übrigen auch Art. 21 der Biomedizin-Konvention des Europarates, der im Interesse des Menschenwürdeschutzes verbietet, daß der menschliche Körper oder Körperteile als solche zur Erzielung eines finanziellen Gewinns verwendet werden, wobei dieses Verbot allerdings erheblich relativiert wird.

In der Schweiz ist sogar auf Verfassungsebene (Art. 24 decies Abs. 3 BV) (BBl. 1998, 3473) festgeschrieben, daß die Spende von menschlichen Organen, Geweben und Zellen unentgeltlich sein muß; siehe hierzu auch Vernehmlassungsbericht zur Biomedizin-Konvention und zum Zusatzprotokoll über das Verbot des Klonens menschlicher Lebewesen, September 1998, S. 33 f.

Bis dahin allerdings ist die Rechtspraxis darauf verwiesen, die weitgehend vagen verfassungsrechtlichen Wertungen in ihre Konkretisierungsarbeit am einfachen Recht aufzunehmen. Dabei ist dann im je einzelnen Falle zu erwägen, ob nicht das dingliche Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, weil gerade der Vollzug der Leistung die Unsittlichkeit begründet.

Siehe dazu mit Nachweisen *R. Müller*, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, aaO, S. 147

Darüber hinaus bedarf aber auch das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft einer - verfassungsorientierten - Beurteilung hinsichtlich seiner Wirksamkeit. Als denkbare Parameter zur Entscheidungsfindung im Einzelfall werden dabei genannt die Positionen im Körper, die Art der Trennung vom Körper, die Reproduzierbarkeit der Körpersubstanz, die Funktion für den Körper, die Bindung der Körpersubstanz an die Persönlichkeit, die Höhe des Entgelts, der Zweck der Veräußerung und anderes mehr.

Siehe dazu jeweils mit Nachweisen *R. Müller*, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, aaO, S. 111 ff.

Auch wenn man unter Umständen mit diesen Kriterien und unter Rückgriff auf die zivilrechtlichen Generalklauseln bestimmte Extremkonstellationen - Beispiel: Verfügung über adulte Stammzellen mit einer adressatenbezogenen Zweckbestimmung ("nur Deutsche" oder "nur Frauen"), welche den Wertungen der Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zuwiderläuft - mit Hilfe grundrechtlicher Vorgaben auffangen kann, ein problemadäquates Entscheidungsraster ist vom Gesetzgeber erst zu schaffen.

Dieser hat dann die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu konkretisieren und "kleinzuarbeiten". Hier ist sein Gestaltungsspielraum relativ groß, wenn und soweit nicht weitere spezifische Aspekte hinzutreten. Solche besonderen Gesichtspunkte können sich ergeben unter anderem  
- im Blick auf Rechte zukünftiger Grundrechtsträger,

dazu unten ...

- bei der Verfügung über Körpersubstanzen von abgetriebenen Embryonen/Feten.

Hierzu unten ...

Daneben aber ist ein weiterer wichtiger Gesichtspunkt zu berücksichtigen, der bislang noch unerörtert geblieben ist. Er betrifft die in der Leistungsbeschreibung zum Gutachtauftrag genannte "Reichweite und Zweckbindung der persönlichen Einwilligung".

Hierzu sogleich sub II.

## **II. Zur Bedeutung des Informed Consent im Kontext der Verfügung über humanbiologisches "Material"**

Während das vorstehende Kapitel sich im wesentlichen mit den elementaren Konfliktlinien befaßte, die sich aus der Problematik der Verfügung über Körpersubstanzen ergeben, gehen die folgenden Überlegungen der Frage nach, ob und inwieweit die "spenderbezogenen" Umstände bei der Gewinnung des "Materials" rechtlich relevante Auswirkungen auf die weitere 'Verwertungskette'

Begriff bei *Matthias Herdegen*, die Erforschung des Humangenoms als Herausforderung für das Recht, JZ 2000, 633 (634)

haben. Oder in den Worten der Gutachtenfrage "b. Erster Gliederungspunkt": "Ist mit dem 'informed consent' zu einer diagnostischen oder therapeutischen medizinischen Maßnahme bereits eine implizite Verfügung über den Umgang mit dem hierbei gewonnenen 'humanbiologischen Material' getroffen?"

1. Bioinformationelle Selbstbestimmung als Zentralelement einer Verfassung der Lebenswissenschaften - Grundlagen

a) Das Grundrecht auf bioinformationelle Selbstbestimmung als Teilaspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Zu den verfassungsrechtlich erörterungsbedürftigen Fragen gehören auch die Aspekte der persönlichen Einwilligung bzw. der informationellen Selbstbestimmung. Soweit es um die Fragen der Verfügung über den menschlichen Körper geht, ergeben sich hier Überschneidungen zu den persönlichkeitsrechtlichen Aspekten, die unter der Rubrik „Eigentumsrechte am Körper“ dargestellt sind.

Während dort eher die prinzipiellen grundrechtlichen Weichenstellungen zu erörtern waren, geht es hier um die Konkretisierung körpertgutbezogener Verfügungen unter informationellem Aspekt: es geht um die Informiertheit des Körpertgut-Inhabers über die Voraussetzungen, Zwecke, Folgen und Grenzen seiner geplanten oder ins Werk gesetzten Verfügungen über Teile seines Körpers.

Man kann (vgl. die Leistungsbeschreibung der Enquete-Kommission) in Anlehnung an das Arzt-Patienten-Verhältnis von „persönlichen Einwilligungen“ sprechen, sollte jedoch nicht vergessen, daß es vorliegend nicht nur, vielleicht nicht einmal in der Hauptsache, um dieses Verhältnis geht

Da es im biowissenschaftlichen Kontext um Sachverhalte geht, die häufig Informationen von genetischer Relevanz implizieren, liegt es nahe, sich auf das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung als eine der prominentesten Konkretisierungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu konzentrieren. Gerade mit Blick auf die genetischen Informationen, die im reprogenetischen Kontext erhoben, weitergegeben und sonst verwertet werden, könnte man – spezifischer – von einem Grundrecht auf geninformationelle Selbstbestimmung sprechen. Allerdings ist zu bedenken, daß nicht jede Verwertung im biowissenschaftlichen Kontext bzw. jede Verwertung somatischer Stoffe (man denke an embryonal-fötale Gewebe) Implikationen auf der Ebene der genetischen Individualität hat. Umfassender und vorzugswürdiger ist daher die Bezeichnung „Grundrecht auf bioinformationelle Selbstbestimmung“, wobei diese Bezeichnung freilich das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung für die Zusammenhänge der Biowissenschaften ohne sachliche Konsequenzen nur umetikettiert.

Abzulehnen ist hingegen die Bezeichnung „Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung“ - dazu *Koppernack*, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997 -, weil sie sich ohne Not

auf den ebenso umstrittenen wie diffusen Begriff der Bioethik bezieht.

b) Grundrechtsgefährdungspotentiale der Verschränkung von Lebenswissenschaften und Informationsgesellschaft

Information ist ein Produktionsfaktor geworden, dem in staatlichen und gesellschaftlichen Zusammenhängen eine kaum zu überschätzende Bedeutung zukommt und den bisherigen Erfahrungen nach noch verstärkt zukommen wird.

So der Beirat der Bundesregierung für Forschung, Technologie und Innovation, Informationsgesellschaft, Bericht „Chancen, Innovation und Herausforderungen (Feststellungen und Empfehlungen)“, 1995, S. 24

Daten, verstanden als Voraussetzung von Information,

dazu *Kloepfer*, Geben moderne Technologien und die europäische Integration Anlaß, Notwendigkeit und Grenzen des Schutzes personenbezogener Informationen neu zu bestimmen?, Gutachten für den 62. Deutschen Juristentag, in: 62. DJT, Bd. I, 1998, D 11 Fußn. 1

sind in einem bislang unbekanntem Ausmaß zu einer Handlungsvoraussetzung der Individuen, und zur Funktionsbedingung nahezu aller gesellschaftlichen Subsysteme, namentlich der Systeme Wirtschaft und Wissenschaft, geworden.

Vgl. mit prinzipiellen Erwägungen *Schoch*, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57 (1998), S. 158 (179)



Das – vielfach postulierte – politische wie wirtschaftliche Ziel einer Vernetzung der Welt markiert den bereits vollzogenen Übergang von der Industriegesellschaft in die sog. Informationsgesellschaft.

Zum Begriff der Informationsgesellschaft und seinem Mythos s. die umfangreichen Nachw. bei *Trute*, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57 (1998), S. 216 (218 mit Fußn. 1); ferner *Kloepfer*, aaO., D 11 f.

Der Prozeß eines fundamentalen Technikumbruchs ist zu Recht verglichen worden mit der Einführung des Buchdrucks oder der Erfindung des Automobils und wird im wesentlichen als ökonomisch-technologischer Wandel begriffen, dessen bedeutsamste Konsequenzen sich auf dem Gebiet der Wirtschaft und der ihr nahestehenden gesellschaftlichen Subsysteme, namentlich dem Bereich der Wissenschaft, abspielen werden.

Vgl. hierzu auch *Kloepfer*, aaO., D 11

Nicht zuletzt die Biowissenschaften sind eingebunden in dieses immer komplexere und engmaschigere Informations- und Kommunikationsnetz, dessen Schaltstellen und Verbindungswege immer schneller funktionieren. Ohne die Leistungen der modernen IT-Technik ist Biowissenschaft nicht denkbar, wie die Anstrengungen und Erfolge bei der Entschlüsselung des menschlichen Genoms belegen. Gerade in der Rasanz des Datenzugriffs, der jederzeitigen Verfügbarkeit, der mehr oder weniger beliebigen Transferierbarkeit und der fast grenzenlos erscheinenden (Re-)Kombinierbarkeit gewonnener Daten liegen spezifische Gefahrenpotentiale nicht nur des IT-Bereichs, sondern auch der Biowissenschaft, die gesetzlicher Begrenzung bedürfen.

Vgl. – unabh. von den Biowissenschaften – *Dreier*,  
in: ders. (Hrsg.), GG, Komm., Bd. I, 1996, Art. 2 I  
Rdnr. 52

Dadurch, daß die Forschungslandschaft häufig mit der Patientenversorgung im engen Zusammenhang steht, entstehen neue Gefahrenpotentiale der Zweckentfremdung von Daten. Patientendatenschutz muß hier durch Forschungsdatenschutz ergänzt bzw. mit ihm kompatibel ausgestaltet werden. Weil Forschung und Medizin nicht nur im staatlichen Bereich stattfinden, sondern auch durch Private, ist es geboten, das Schutzniveau einheitlich ausfallen zu lassen. Nur dies wird den realen Verschränkungen zwischen staatlichem und privatem Forschen und Heilen gerecht.

Dies gilt umso mehr, als die genetische Information eine Sonderstellung in der Medizin einnimmt. Sie "behält ihre Voraussagekraft über lange Zeiträume; sie ist von großer Bedeutung für reproduktive Entscheidungen; stellt Verbindungen zu Rasse und Ethnizität her und birgt damit das Potential sozialer Diskriminierung; hat Implikationen über das getestete Individuum hinaus; ist oft mit prognostischer Unsicherheit behaftet; kann einen Vorwand für soziale Stigmatisierung schaffen ...; kann zu erheblicher psychischer Verunsicherung des Trägers führen".

So (der Humangenetiker) *Georg Schmidtke*, *Vererbung und Ererbtes*, 1997, S. 96; hierzu auch *Wolfram Höfling*, *Persönlichkeitsrechte in der humangenetischen Intervention*, in: Dörner/Spielmann (Hrsg.), *Geistige Behinderung, Humangenetik und Ethik*, 2001, S. 54 (56 ff.)

c) Die verfassungsrechtliche Basis des Grundrechts auf (bio-)informationelle Selbstbestimmung

Zentraler Bezugspunkt und Maßstab für die Koordination informationeller Kommunikationen ist das sog. Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

In seiner Grundsatzentscheidung vom 15. Dezember 1983 zum Volkszählungsgesetz 1983

BVerfGE 65, 1 ff.

hat das Bundesverfassungsgericht eine entsprechende grundrechtliche Gewährleistung als Teilkonkretisierung des durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleisteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts anerkannt.

Ähnlich auch der Bayerische Verfassungsgerichtshof im Blick auf Art. 100 und 101 der Bayerischen Verfassung, siehe DÖV 1986, 69 (70). – Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat im Fall „Malone“ das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ in zentralen Punkten anerkannt; siehe dazu *Reinhard Riedel*, Probleme des Datenschutzes bei internationaler Rechtshilfe und informationeller Zusammenarbeit der Polizeibehörden, BayVBl. 1985, 135 (140).

In seiner vieldiskutierten Entscheidung

S. etwa *Simitis*, Die informationelle Selbstbestimmung – Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, 398 ff.; *Scholz/Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, 1984, passim; *Denninger*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Innere Sicherheit, KJ 1985, 215 ff.; *Schlink*, Das Recht der informationellen Selbstbestimmung, Der Staat 25 (1986), 233 (235 ff.); kritisch etwa *Vogelgesang*, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, 1987, passim

hat das Bundesverfassungsgericht die „Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“, besonders hervorgehoben. Die individuelle Selbstbestimmung setzt nämlich voraus, daß dem Einzelnen die Entscheidungsfreiheit über seine – potentiellen – Handlungen einschließlich der Möglichkeit gegeben sei, sich auch entsprechend dieser Entscheidung zu verhalten. In einer vielzitierten Passage heißt es sodann:

„Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt sein, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß“.

BVerfGE 65, 1 (42 f.)

Weder terminologisch noch materiell-inhaltlich ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eine Neuschöpfung des Bundesverfassungsgerichts. Seine wesentlichen Ausprägungen hat es bereits 1971 in einem im Auftrag des Bundesministers des Inneren von Steinmüller u. a. verfaßten Gutachten über „Grundfragen des Datenschutzes“ erfahren.

*Steinmüller/Lutterbeck/Mallmann/Harborth*  
*/Kolb/Schneider, Grundfragen des Datenschutzes,*  
BT-Drs. VI/3826, Anlage 1, insb. S. 84 ff.

Auf der Grundlage kybernetischer Prämissen wurden darin die Interdependenzen zwischen Handelndem, Handlung und Folgen der Handlung herausgestellt. Hieraus wurde geschlußfolgert, daß auch die Handlungsfolgen in

gewissem Umfange am grundrechtlichen Schutz teilhaben müßten. Zur Freiheit der Entfaltung der Persönlichkeit gehöre deshalb das „informationelle Selbstbestimmungsrecht über das eigene Personen- bzw. Gruppenbild“.

*S. Steinmüller u. a.*, Grundfragen des Datenschutzes, aaO., S. 93

Diese Problemperspektive hat sich in der Folgezeit insbesondere in der datenschutzrechtlichen Diskussion rasch verbreitet.

Vgl. etwa *Mallmann*, Datenschutz in Verwaltungsinformationssystemen, 1976, S. 47 ff.; *Podlech*, Das Recht auf Privatheit, in: Perels (Hrsg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie, 1979, S. 50 (55)

Aber auch das Bundesverfassungsgericht hatte bereits sehr früh seine zunächst weitgehend statische Konzeption von Privatheit zugunsten eines dynamischeren Verständnisses modifiziert. Bereits im sog. ersten Ehescheidungsakten-Beschluß vom 15. Januar 1970

BVerfGE 27, 344 ff.

wird das Recht des Betroffenen, selbst zu entscheiden, ob und an wen Informationen über ihn nach außen dringen, prinzipiell anerkannt.

BVerfGE 27, 344 (352); siehe auch *Kamlah*, Datenüberwachung und Bundesverfassungsgericht, DÖV 1970, S. 61 ff.

Dieser Ansatz ist nachfolgend in verschiedenen bereichsspezifischen Zusammenhängen fortentwickelt worden. Das Gericht hat beispielsweise den Schutz von Patientenakten und ärztlichen Gutachten garantiert

BVerfGE 32, 373 (378 ff.); 89, 69 (82 f.); zur Bedeutung des Datenschutzes im Gesundheitsbereich s. auch *Wellbrock*, Datenschutz, in: Lexikon der Bioethik, Bd. 1, 1998, S. 455 ff.; *Leuze*, Datenschutz, in: Eser u.a., Lexikon Medizin-Ethik-Recht, Ausg. 1992, Sp. 249 ff.; zu Datenschutz und Genomanalyse s. die Entschließung der 60. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder v. 12./13. Oktober 2000, abrufbar unter <http://www.bfd.bund.de/information/DS-Konferenzen>; s. auch den Landesbeauftragten für Datenschutz Niedersachsen, XV. Tätigkeitsbericht, Nr. 5.3, abrufbar unter <http://www.lfd.niedersachsen.de>

und diese Rechtsprechung auf medizinische, psychologische und pädagogische Beratungsstellen ausgedehnt.

BVerfGE 44, 353 (372); siehe etwa auch *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 2 Rdnr. 95

In einer Weiterentwicklung und Zusammenfassung dieser und weiterer Schutzgüter – wie das Recht am eigenen Bild und das Recht am nicht-öffentlich gesprochenen Wort –

dazu BVerfGE 35, 202 (220) und 34, 238 (246 ff.)

hat sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht inzwischen ein umfassendes Grundrecht auf Geheimheit oder Integrität personenbezogener Daten entwickelt.

S. nur *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, aaO., Art. 2 Rdnr. 180; ferner auch *Kloepfer*, aaO., D 47 f.

Die Befugnis des Einzelnen, „grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten (...) bestimmen“ zu können,

BVerfGE 65, 1 (45); 78, 77 (84); 80, 367 (373)

ist allerdings in seiner grundrechtlichen Gewährleistung als umfassender Schutz der Integrität personenbezogener Daten nicht auf den Bereich automatisierter Datenverarbeitung beschränkt. Deren Gefährdungspotential hat zwar die Notwendigkeit eines Schutzes personenbezogener Daten deutlicher hervortreten lassen, ist aber „nicht Grund und Ursache ihrer Schutzbedürftigkeit“.

So BVerfGE 78, 77 (84)

Insoweit steht der verfassungsrechtliche Datenschutz, namentlich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gleichsam in Reserve, wenn die einfachrechtliche Datenschutzordnung sich als lückenhaft oder unzureichend erweisen sollte. Wenn das Bundesverfassungsgericht aber darauf hinweist, daß das Recht auf informationelle Selbstbestimmung „nicht auf den jeweiligen Anwendungsbereich der Datenschutzgesetze des Bundes und der Länder oder datenschutzrelevanter gesetzlicher Sonderregelungen beschränkt“ ist,

BVerfGE 78, 77 (84)

zielt diese Formulierung auf die hoheitliche Zwangsbekanntgabe persönlicher Daten diesseits automatisierter Datenverarbeitung.

Auch wenn das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts eine staatlich angeordnete und damit zwingende Auskunftserteilung zum Gegenstand hatte, bedeutet dies nicht, daß nur die zwangsweise Erhebung von Daten den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung tangiert. Das Gericht hat auf die Notwendigkeit des Schutzes „unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung“ verwiesen.

BVerfGE 65, 1 (42, 45); ebenso das Schrifttum, vgl. nur *Holznagel*, in: Pieroth (Hrsg.), *Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung*, 2000, S. 29 (37 f.)

Das gilt auch für das Verhältnis der Bürger untereinander. Dies spricht das Bundesverfassungsgericht bereits im Volkszählungs-Urteil an, wo es von einer „Gesellschaftsordnung und eine(r) diese ermöglichende(n) Rechtsordnung“ spricht,

BVerfGE 65, 1 (43)

also den Blick über die staatliche Ordnung im engeren Sinn hinaus weitet. Bezogen auf gesellschaftliche Kommunikationen wird der schutzpflichtrechtliche Aspekt des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung aktiv, wonach der Gesetzgeber dafür sorgen muß, daß die Ausübung informationeller Selbstbestimmung nicht durch ein strukturelles Ungleichgewicht der kommunizierenden Partner für einen der Kommunikationspartner von vornherein illusorisch wird.

Dazu – unter dem Aspekt der Vertragsfreiheit –  
BVerfGE 89, 214 (232); 81, 242 (254 f.)

Eine solche Ungleichgewichtslage wird man beispielsweise annehmen können, wenn dem einzelnen Großeinrichtungen gegenüber treten, wie sie etwa im Gesundheitsbereich oder im Forschungsbetrieb existieren. Hier müssen Rahmenbedingungen geschaffen werden, die einer informationellen Übervorteilung des einzelnen entgegenwirken.

Ausübung informationeller Selbstbestimmung bedeutet dabei zweierlei: Informationen preisgeben zu dürfen und verweigern zu dürfen. Die aufgeklärte und freiwillige Preisgabe eines personenbezogenen Datums ist ein



Akt der Selbstbestimmung; insoweit verzichtet der einzelne auf den Schutz vor Informationseingriffen vonseiten des Staates oder Privater.

Zur problematischen Figur des Grundrechtsverzichts und der grundrechtsdogmatischen Einordnung des Problems s. etwa *Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, S.125 ff.; s. außerdem *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 1999, vor Art. 1 Rdnr. 53 m.w. Nachw.; vgl. ferner – differenzierend – *Pietzcker*, Der Staat Bd. 17 (1978), S. 527 (531)

Wenn und soweit der einzelne – in Realisierung seiner grundrechtlichen Freiheit – Daten offenbart und Informationen anbietet, wird damit grundsätzlich die Maßstabsrelevanz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in dem Umfange ausgeschlossen, wie seine Einwilligung reicht.

Dies greift auf einfachrechtlicher Basis § 4 Abs. 1 Bundesdatenschutz-gesetz (BDSG) auf (sog. Einwilligungsprinzip).

Die Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts im Volkszählungsurteil decken beide Funktionen grundrechtlichen Schutzes ab: Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung umfaßt die Befugnis, „selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen“.

BVerfGE 65, 1 (43); 78, 77 (84); 84, 192 (194); 100

Es umfaßt auch die „Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden“,

BVerfGE 65, 1 (41 f.); 80, 367 (373)

## 2. Ausgestaltung und prozedurale Absicherung des Rechts auf bioinformati- onelle Selbstbestimmung - zum Konzept des informed consent

### a) Allgemeine Anforderungen

Zur Sicherung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gehören besondere Vorkehrungen für die Durchführung und Organisation der Informationserhebung und Informationsverarbeitung, „welche der Gefahr einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenwirken.“

BVerfGE 65, 1 (LS 1, s. auch 49)

Insbesondere sind Vorkehrungen gegen Zweckentfremdungen, namentlich durch Weitergabe- und Verwertungsverbote, vorzusehen,

Vgl. BVerfGE 65, 1 (46)

zudem Aufklärungs-, Auskunfts- und Datenvernichtungsansprüche zu normieren.

*Starck*, in: ders., Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 108 (S. 239) m.w.N.

D.h. insbesondere, daß Aufklärungsmaßnahmen vorzusehen sind, die die Freiwilligkeit der Verfügung, also vor allem die hinreichende Informiertheit des Verfügenden sicherstellen und das Verfugte verlässlich feststellbar machen, womit Formerfordernisse angesprochen sind.

Unverzichtbares Wirksamkeitsmerkmal der Verfügung, namentlich der Einwilligung in eine bestimmte Datenverwertung, ist ihre Freiwilligkeit.

S. auch Art. 2 Buchst. h EG-Datenschutzrichtlinie:  
„Ohne Zwang“

Der Betroffene kann dabei entscheiden, ob er in die Datenverarbeitung einwilligt oder nicht und er braucht eine Verweigerung der Einwilligung auch nicht zu begründen.

*Schaffland/Wiltfang*, BDSG, 1995, § 4 Rdnr. 14

Dabei ist im Auge zu behalten, daß die Einwilligung drei Wirkrichtungen aufweist:

- *Einwilligung in den Eingriff*: Sie bedeutet die Zustimmungserklärung, die eine bestimmte medizinische Behandlungsmaßnahme rechtfertigt.
- *Einwilligung in die Gefahr*: Zum zweiten wird mit der Einwilligung zum Ausdruck gebracht, daß der Betroffene für den Fall der Realisierung einer Gefahr auf Ersatz verzichtet.
- *Einwilligung in die Ausforschung*: Der Patient entscheidet selbst darüber, ob und welche Daten bei ihm erhoben werden. Hier geht es im wesentlichen um den Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten/Klienten/"Kunden".

Zu diesen Dimensionen der Einwilligung siehe  
*Deutsch*, Medizinrecht, aaO, Rdnr. 104

Die in diesem dreifachen Sinne "rechtfertigende" Wirkung einer Einwilligung ist nun gekoppelt an ein bestimmtes Verständnis von Einwilligung, das sich mit dem Prinzip des informed consent umschreiben läßt. Einwilligung ohne vorherige Information und Aufklärung bliebe ein bloßer Formalismus.

S. auch die Formulierung bei BGH, NJW 1986, 46 (47), wo von der Gefahr die Rede ist, daß die „Einwilligung zu einer reinen Formalität absinkt“

Dieses Konzept der informierten Einwilligung hat als Konkretisierung verfassungsrechtlicher Vorgaben und *vorbildhaft für künftige Gesetzgebungsarbeiten* Ausdruck im derzeit geltenden Datenschutzrecht gefunden.

S. aus jüngster Zeit sowohl in grundsätzlicher als auch in bereichsspezifischer (unter anderem datenschutzrechtlicher) Hinsicht: *Körner*, Informierte Einwilligung als Schutzkonzept, in: Simon/Weiss (Hrsg.), *Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis*, 2000, S. 131 (132 ff., 139 ff.)

Im geltenden Datenschutzrecht findet der Gedanke Ausdruck etwa in der Hinweispflicht des § 4 Abs. 2 BDSG sowie in Art. 2 Buchst. h der EG-Datenschutzrichtlinie. Letztere Norm definiert die Einwilligung als „Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt ...“.

Art. 10 und 11 der EG-Datenschutzrichtlinie enthalten darüber hinaus weitere Vorgaben über die erforderlichen Informationen. Aufgegriffen wird dies auch im Referentenentwurf für eine Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes. Danach sieht § 4a Abs. 1 Satz 2 vor, daß der Betroffene „auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung sowie, soweit nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich oder auf Verlangen, auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen“ ist.

Auf der Grundlage des (noch) geltenden Datenschutzrechts wird deshalb grundsätzlich eine Konkretisierung der Einwilligung gefordert. Eine Erklärung des Betroffenen, er sei mit jeder weitere Form der Verarbeitung seiner Daten einverstanden, wird in aller Regel nicht ausreichend sein.

*Gola/Schomerus*, BDSG, 6. Aufl. 1997, § 4 Anm. 5.6.; *Schaffland/Wiltfang*, BDSG, § 4 Rdnr. 12

Für die Konkretisierung kann es erforderlich sein, daß die speichernde Stelle vorher dem Betroffenen darlegt, welche zusätzliche Nutzungen, die eine bisherige Einwilligung oder eine Rechtsvorschrift nicht abdeckt, beabsich-

tigt sind. Der Betroffene muß übersehen können, auf welche Daten sich seine Einwilligung erstreckt.

*Schaffland/Wiltfang*, ebda.; ferner etwa Auernhammer, BDSG, § 4 Rdnr. 12 f.

Gefordert wird, daß die Konkretisierung im einzelnen hinsichtlich der mit der Datenverwendung verfolgten Zwecke, der geplanten Datenverarbeitungsphasen (Speichern, Verändern, Nutzen) sowie der Art und dem Umfang der verwendeten Datenarten erfolgt.

*Schaffland/Wiltfang*, aaO., Rdnr. 13; *Golla/Schomerus*, aaO., § 4 Anm. 5.6.; eingehend zum Ganzen *Simitis*, in: *Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz*, BDSG, § 4 Rdnr. 55

Voraussetzung einer dergestalt konkretisierten Einwilligung ist eine entsprechende Information des Verfügenden bzw. Verfügungswilligen. Die speichernde Stelle trifft insoweit eine Hinweispflicht, die in § 4 Abs. 2 Satz 1 BDSG gesetzlich festgeschrieben ist; sie gehört zu den Mindeststandards im Sinne des prozeduralen Vorgaben des Volkszählungs-Urteils.

Das Bundesdatenschutzgesetz als Vorbild aller Normierung im Bereich des Datenschutzes gibt sich indes mit der bloßen Erklärung der Einwilligung nicht zufrieden.

S. auch *Simitis*, in: *Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz*, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, aaO., § 4 Rdnr. 37

§ 4 Abs. 2 Satz 2 BDSG verlangt vielmehr grundsätzlich die „Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist“.

Demgegenüber verlangt § 2 Buchst. h EG-Datenschutzrichtlinie keine schriftliche Einwilligungserklärung. Die noch im ersten Richtlinienentwurf vorgesehene Ausdrücklichkeit der Einwilligung ist – abgesehen von der Sonderregelung über sog. sensitive Daten in Art. 8 Abs. 2a EG-Datenschutzrichtlinie – nicht mehr Wirksamkeitsvoraussetzung. Die Einwilligung kann damit grundsätzlich auch konkludent erfolgen.

S. dazu etwa *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtliche, Kommentar, 1997, Art. 2 Erl. 22; *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Kommentar, 1999, Art. 2 Rdnr. 67 ff.

Der Referentenentwurf und seine Novellierung des BDSG hat in § 4a n.F. die geltende Vorschrift des § 4 Abs. 2 Satz 2 BDSG wörtlich übernommen.

Nach der Konzeption des BDSG können mündliche Einwilligungen oder gar stillschweigende Zustimmung durch schlüssiges Handeln nur ausnahmsweise – aufgrund besonderer Umstände – genügen.

Die Möglichkeit einer stillschweigenden Einwilligung durch Auskunfterteilung verneinen LG Stuttgart, RDV 1998, 168 und *Gola*, NJW 1998, 3750 (3755), selbst bei einer Befragung, anlässlich derer ein Informationsblatt über Zweck und Freiwilligkeit der Erhebung mitüberreicht wird.

Des weiteren bestimmt § 4 Abs. 2 Satz 3 BDSG, daß „die Einwilligungserklärung im äußeren Erscheinungsbild der Erklärung hervorzuheben“ ist, sofern sie gemeinsam mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt wird. Die Vorschrift will verhindern, daß die speichernde Stelle die Einwilligungserklärung „versteckt“ und der Betroffene sie übersieht. Die Einwilligungserklärung ist daher an deutlich sichtbarer Stelle und etwa drucktechnisch vom übrigen Text abgesetzt darzustellen.

*Schaffland/Wiltfang*, BDSG, § 4 Rdnr. 23; *Golla/Schomerus*, BDSG, § 4 Anm. 6.2

Alternativ zu einer Platzierung der Einwilligungserklärung an deutlich sichtbarer Stelle bzw. zu ihrer drucktechnischen Hervorhebung kann auch unmittelbar benachbart zu dem für die Unterschrift des Betroffenen vorgesehenen Feld ein Hinweis angebracht werden, der auf die Einwilligungserklärung zur Verarbeitung personenbezogener Daten und den Standort der Erklärung in dem Gesamtdokument hinweist.

*Schaffland/Wiltfang*, BDSG, § 4 Rdnr. 23; vgl. Aufsichtsbehörde Baden-Württemberg, Hinweis zum BDSG Nr. 3, Staatsanzeiger Baden-Württemberg, 1978 Nr. 52, S. 4.

Der Schutz, auch der organisatorisch-prozedurale Schutz, ist um so intensiver, je näher die Daten der Intimsphäre des Betroffenen stehen.

BVerfGE 89, 69 (82 f.)

M.a.W.: Je tiefer die Daten in den Persönlichkeitsbereich eindringen und je umfassender nutzbar sie sind, umso strengere Anforderungen zu stellen an den Zweck und dessen Bestimmtheit sind.

*Starck*, aaO., Rdnr. 109

Daten, die die Erbinformationen betreffen (codierender Bereich der DNA), gehören zu diesem Bereich.

Vgl. BVerfG, NJW 1996, 771 (772); NJW 1996, 3071 (3072); NJW 2001, 879 (880)

## b) Informed Consent, Biomedizin und legislatorischer Handlungsauftrag

Vor diesem Hintergrund wird der bedeutende legislatorische Handlungsauftrag sichtbar, im Blick auf die Biowissenschaften bereichsspezifisch aus dem Grundrecht auf bioinformationelle Selbstbestimmung ergibt. Zunehmend setzt sich in jüngerer Zeit die Auffassung durch, daß "der 'informed consent' - insbesondere im Bereich der Biopatente - nicht nur ... Voraussetzung der medizinischen Maßnahme, sondern auch ... Bedingung für die Verwertung des erlangten Wissens" ist.

So *Herdegen*, JZ 2000, 633 (634), der fortführt: "Hat eine Erfindung biologisches Material menschlichen Ursprungs - also etwa Sequenzen oder Teilsequenzen eines menschlichen Gens - zum Gegenstand und wird dabei derartiges Material verwendet, so muß bei einer Patentanmeldung die Person, bei der Entnahmen vorgenommen wurden, die Gelegenheit erhalten haben, gemäß den innerstaatlichen Rechtsvorschriften nach Inkennzeichnung und freiwillig der Entnahme zuzustimmen, unter Bezugnahme auf die Begründungserwägung Nr. 26 der Biopatent-Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 1998

Allerdings fehlt es bislang an klaren gesetzlichen Vorgaben gerade für diejenigen Fälle, in denen genetische Daten an Dritte, etwa Forschungseinrichtungen oder Unternehmen, für Forschungs- und Entwicklungszwecke weitergegeben werden.

So zu Recht *Herdegen*, JZ 2000, 633 (634)

Doch führt gerade hier die überkommene medizinrechtliche Perspektive zu weitgehenden Relativierungen der "Zustimmungsbindung" im Blick auf die Verwendung von Körpersubstanzen: Gab es bspw. für eine Blutentnahme



eine gendiagnostische oder anderweitig motivierte Indikation und war sie von einer je hierauf bezogenen Einwilligung gedeckt, stellt sich die Frage, ob die Rechtmäßigkeit der Entnahme "durchschlägt" auf die Forschung an bzw. mit der Körpersubstanz bzw. auf deren kommerzielle Verwertung, auch wenn *hierüber* der Betroffene nicht in Kenntnis gesetzt worden ist. An dieser Stelle wird nun nicht problematisiert, ob die Nichtaufklärung über die beabsichtigte Forschung bzw. Verwertung und der Umstand, daß deshalb die Einwilligung sich hierauf nicht beziehen konnte, nicht bereits die Rechtmäßigkeit der Entnahme der Körpersubstanz ausschließt. Vielmehr wird die Auffassung vertreten, prinzipiell seien nur sog. rechtsgutbezogene Umstände zum notwendigen Inhalt der Aufklärung und Einwilligung zu zählen. Deshalb gehe es nur darum, dem Patienten/Klienten ein Abwägen zwischen den Gefahren und Risiken für seinen Körper einerseits und dem Nutzen für eben diesen seinen Körper andererseits zu ermöglichen. Finanzielle Interessen gehörten jedenfalls nicht hierzu.

So *Jochen Taupitz*, Wem gebührt der Schatz im menschlichen Körper?, AcP 191 (1991), 201 (207 f.) mit weiteren Nachweisen

Allenfalls in solchen Konstellationen, in denen "eigene Motivationen des Arztes bei weitem überwiegen, in denen patientenbezogene Argumente 'vorgeschoben' werden, ist es denkbar, schon die Einwilligung zur Entnahme der Körpersubstanz als täuschungsbedingt unwirksam anzusehen".

AaO, S. 208

Allerdings wird in diesen Fällen eine Interessenabwägung gefordert, die zu einer Feststellung einer Persönlichkeitsverletzung führen könne. Dies dürfte von diesem Ansatz her jedoch zu verneinen sein, wenn und soweit etwa eine wirksame Einwilligung in eine Blutentnahme vorgelegen hat und lediglich mit dem "Restblut" geforscht worden ist.

Siehe auch *Taupitz*, AcP 191 (1991), S. 201 (210)

Aus einer spezifisch geninformationellen, d. h. auf die datenschutz(verfassungs)rechtlichen Aspekte fokussierenden Perspektive ist dem jedoch deutlich zu widersprechen. Insoweit hat *Spiros Simitis*, einer der führenden Datenschutzrechtler nicht nur in Deutschland, folgende normativen Grundsätze zum Schutz von und für den Umgang mit genetischen Daten formuliert: "Genetische Daten müssen wie alle anderen personenbezogenen Angaben beim Betroffenen und mit dessen Einverständnis erhoben werden. Das besondere der Daten besteht darin, daß sie bis zum Lebensende praktisch unveränderbar und von höchst sensibler Aussagekraft sind. Nur solange der Weg zu den Daten über die Betroffenen führt, haben sie auch eine Chance, selbst darüber zu entscheiden, ob es zu einer Verarbeitung kommen darf. Deshalb ist es wichtig, allen Versuchen zuvorzukommen, die Betroffenen doch noch auszuschalten. Die Funktion, ein von den Betroffenen gebilligtes und kontrolliertes Verarbeitungsverfahren sicherzustellen, kann indes nur erfüllt werden, "wenn sich die Verwendung streng nach den mit ihnen besprochenen oder abgemachten Bedingungen richtet. Sie grenzen den Verarbeitungsspielraum ein und nehmen damit der jeweils an den Daten interessierten Stelle jede Möglichkeit, den Informationsprozeß in andere Bahnen zu lenken. Eine Dereliktion gibt es unter diesen Umständen nicht, was nicht um der vereinbarten Verarbeitung willen gebraucht wird, ist zu vernichten, ganz gleich im übrigen, ob es um die Daten selbst oder das ihnen zugrundeliegende Material geht. Wer trotzdem "Restmaterial" verwenden möchte, muß sich an auch ansonsten geltende Regeln halten, sich also an die Betroffenen wenden und deren Entscheidung abwarten".

Siehe *Spiros Simitis*, Aspekte des Schutzes genetischer Daten, in: Genanalyse und Persönlichkeitsschutz, Internationales Colloquium, Lausanne, 14. April 1994, S. 107 (117 f.); vgl. auch *Thilo Weichert* (Stellvertretender Landesdatenschutzbeauftragter von Schleswig-Holstein), Wem gehören die Gen-Daten?, Datenschutz-Nachrichten 2/2000, 7 (8 f.)

Zu Recht hebt *Simitis* darüber hinaus den datenschutzrechtlichen Grundsatz strikter Zweckbindung hervor, der "mehr noch als in nahezu jedem anderen Fall" hier, der Verarbeitung genetischer Daten, über die Zulässigkeit der Datenerhebung und – verwendung zu entscheiden habe. Die Zweckbindung müsse sowohl die Auswahl der Daten als auch die Art und Weise der Verarbeitung begrenzen. In Betracht kämen lediglich Angaben und Verfahren, die nur das für den konkreten Zweck erforderliche Maß an Information vermittelten.

*Simitis*, aaO, S. 119 f.; zur strengen Zweckbindung genetischer Informationen siehe auch *Marie-Theres Tinnefeld*, Menschenrechtspolitik in Europa am Beispiel der Biomedizin-Konvention des Europarates, *Datenschutz und Datensicherheit (DUD) 1999*, 317 (320 f.) unter Bezugnahme auf die gesundheitspolitisch relevanten Bestimmungen der EG-Datenschutzrichtlinie

Wie wichtig eine normativ abgesicherte Konzeption des informed consent ist, zeigen die negativen Erfahrungen mit der Einführung des sog. Triple-Tests in die Pränataldiagnostik. Hier haben empirische Untersuchungen ergeben, daß in den meisten Fällen die Frauen weder gefragt wurden, ob sie den Test überhaupt wollten, noch wurden sie ausreichend über die Implikationen des Tests vor dem Test und nach dem Vorliegen des Testergebnisses aufgeklärt. Die damit zusammenhängende dramatische Beunruhigung und Verunsicherung von Frauen nach positivem Befund hatte zur Folge, daß verstärkt auch die von den Frauen primär nicht gewollte Amniozentese in Anspruch genommen wurde.

Vgl. hierzu *Irmgard Nippert/Horst*, Die Anwendungsproblematik der pränatalen Diagnose aus der Sicht von Beratenen und Beratern - unter besonderer Berücksichtigung der derzeitigen und zukünftig möglichen Nutzung der Genomanalyse. Gutachten

im Auftrag des Büros für Technikfolgen-  
Abschätzung beim Deutschen Bundestag, TAB-  
Hintergrundpapier Nr. 2, 1994

"An der schnellen Diffundierung des Triple-Tests in die Praxis ohne irgend eine vorhergehende klinische Prüfung der Zuverlässigkeit und Validität und gegen die Empfehlung der wissenschaftlichen Fachgesellschaften zeigt sich, wie stark Interessenlagen der Anbieter die Durchsetzung von Tests ohne die Berücksichtigung des 'informed consent' oder der Entscheidungsautonomie der Patienten beeinflussen können".

So zu Recht *Irmgard Nippert/Dorothy Wertz*,  
Grundprinzipien bei der Anwendung gentechnischer  
Testverfahren, in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.),  
Genmedizin und Recht, 2001, S. 371 (379 f.)

Indes gilt das Vorstehende über den besonderen Daten-Bereich hinaus grundsätzlich für alle Verfügungen über Körpersubstanzen. "Wenn jede kernhaltige Zelle potentiell 'totipotent' ist, ... dann verschwimmt der Unterschied zwischen den Teilen und dem Ganzen".

So *Jens Reich*, Grenzziehungen der forschenden  
Biomedizin, in: Bundesministerium für Gesundheit  
(Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland,  
2001, S. 27 (30)

Aber auch diesseits solcher Konstellationen bleiben die persönlichkeitsrechtlichen Bindungen zwischen Spende und Spender aus dessen Funktion als Urheber der Spende bestehen. "und zwar aufgrund der Tatsache, daß die Materie einmal Teil seines Körpers und seiner Persönlichkeit war, Teilabbild seiner Individualität ist ...".

So zu Recht *Wolfgang Nixdorf*, Zur ärztlichen Haftung hinsichtlich entnommener Körpersubstanzen:

Körper, Persönlichkeit, Totenfürsorge, Versicherungsrecht 1995, 740 (742)

Deshalb ist im Blick auf die verfassungsrechtlichen Wertungen, die der einfachrechtlichen Konkretisierungsarbeit zugrunde zu legen sind, prinzipiell von einer *persönlichkeitsrechtlichen Tiefendimension jeder menschlichen Körpersubstanz* auszugehen.

Insoweit erscheint es aus verfassungsrechtlicher Perspektive nicht einsichtig, hier zum Beispiel nach der Art des sich anschließenden Verwertungsprozesses zu differenzieren: Warum etwa die Verarbeitung von humanbiologischem "Material" zu Schönheitspräparaten, in denen sich dann menschliche Körpersubstanzen physisch fortsetzen, "große Vorbehalte" weckt,

so *Jochen Taupitz*, Das Recht im Tod: Freie Verfügbarkeit der Leiche?, 1996, S. 17

eine Persönlichkeitsverletzung aber zu verneinen sein soll, wenn die einem Patienten entnommenen Zellen ohne dessen Wissen zu Zellkulturen verarbeitet und anschließend mit hohem Gewinn verwertet worden sind,

das ist der berühmte Fall *John Moore*: Dazu Moore vs. Regents of the University of California (1988), 249 Cal. RpTr. 494 (508); hierzu auch *Taupitz*, AcP 191 (1991), 201 ff.

läßt sich auch bei "wertender Betrachtung"

diese fordernd etwa *Taupitz*, Das Recht im Tod, aaO, S. 17

jedenfalls mit gleichzeitigem Anspruch auf Grundrechtskompatibilität schwerlich begründen.

Für den Bereich der Transplantationsmedizin ist beispielsweise anerkannt, daß die umfassenden Voraussetzungen des informed consent auch dann vorliegen müssen, wenn bei einem (Weiter)lebenden die Entnahme eines Körperteils medizinisch indiziert ist und dieses anschließend erneut zu therapeutischen Zwecken verwendet werden soll. Eine bekannte Situation ist die sog. "Domino-Transplantation": Bei einer Person, bei der eine Lungentransplantation durchgeführt wird, kann es technisch leichter sein, Herz und Lunge zusammen zu entnehmen und sie durch eine kombinierte Einheit Herz/Lunge des Spenders zu ersetzen. Das bei dem ersten Patienten entnommene Herz oder zumindest dessen Herzklappen können sich allerdings wiederum als Transplantat für einen anderen Empfänger eignen. Ein anderes Beispiel betrifft eine Organentnahme zu anderen Zwecken als zur Übertragung, etwa die Entnahme einer gesunden Niere wegen einer Harnwegserkrankung. Kommt eine Wiedereinpflanzung der entnommenen Niere nicht in Betracht, kann sie einer anderen Person übertragen werden. Für diese Konstellationen wird die Einschlägigkeit der Normen über die sog. Lebendspende (§ 8 TPG) mit ihren äußerst anspruchsvollen Aufklärungs- und Zustimmungsanforderungen zwar verneint. Zugleich aber wird zu Recht hervorgehoben, daß das Organ, Organteile oder Gewebe "nur dann für eine Transplantation verwendet werden (darf), wenn die Person, der es entnommen worden ist, in diese Verwendung nach vorangegangener Aufklärung eingewilligt hat. Ist die ins Auge gefaßte (auch spätere) Verwendung eines zu entnehmenden Organs zu Transplantationszwecken für den Patienten im Verlauf der Entnahmeoperation mit Risiken verbunden (etwa, weil eine im Hinblick darauf erforderliche besonders sorgfältige Entnahme des Organs die Operationsdauer verlängert), so ist die Einwilligung nach vorangegangener entsprechender Aufklärung - auch über mögliche solche Risiken - vor Beginn der Operation einzuholen".

So *Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler*, TPG-Kommentar, aaO, Vor § 8 Rdnr. 6

Für anderes humanbiologisches "Material" gilt aus verfassungsrechtlicher Sicht entsprechendes. Deshalb verdient auch die Feststellung von *Adolf*

*Laufs*, einem der renommiertesten Medizinrechtler in Deutschland, volle Zustimmung: "Teile des menschlichen Körpers, auch Gewebe und Körpersäfte von geringerer Menge, selbst wenn sie zur Verwerfung bestimmt sind, darf der Arzt zu medizinischen oder sonstigen wissenschaftlichen Zwecken nur weitergeben oder selbst nutzen, wenn die dokumentierte Einwilligung dessen vorliegt, von dem sie herrühren. ... Jeder Einwilligung hat eine umfassende und angemessene Aufklärung vorauszugehen, die auch wirtschaftliche Gesichtspunkte einzuschließen hat, sofern solche gegeben sind".

So *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts*, 2. Aufl. 1999, § 130 Rdnr. 43 (S. 1034 f.)

### 3. Biomedizinische Interventionen als "fremdnützige" Interventionen

Für zahlreiche Konfliktkonstellationen aus dem vom Gutachtenauftrag in Bezug genommenen Lebensbereich gewinnt ein weiterer wichtiger Aspekt Bedeutung: Körpersubstanzen werden oft nicht gewonnen als Folge einer medizinisch subjektiv indizierten Behandlung, also als Ergebnis diagnostischer und/oder therapeutischer Interventionen im Interesse des Substanzträgers, sondern sind Gegenstand "fremdnütziger" Entnahme und Verfügung. Das gilt bei Blutspende ebenso wie bei der sog. Lebendspende von Organen, aber auch bei der Samen- und Eizellspende.

Zu letzterem unter dem Aspekt, daß die Eizellspenderin "ihre Zustimmung zu einer Reihe fremdnütziger invasiver Eingriffe in ihren Körper" geben muß: *Gabriele Pichelhofer/Jessica Groß/Christiane Henke*, Medizinische, rechtliche und soziokulturelle Aspekte der Eizellspende, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit, März 2000, S. 41 ff.

Hier gelten deshalb besonders strenge Anforderungen an Umfang und Intensität der Aufklärung als Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung und Verfügung.

#### 4. Folgerungen für die gutachtlichen Fragestellungen

Vor dem Hintergrund der skizzierten Überlegungen ergeben sich damit folgende Schlußfolgerungen im Blick auf die gutachtlichen Fragestellungen:

a) Der Grundsatz: Verfügung über Körpersubstanzen nur auf der Grundlage einer spezifischen und informierten Einwilligung des (ehemaligen) Substanzträgers

Wegen der persönlichkeitsrechtlichen "Tiefendimension" jeder menschlichen Körpersubstanz bedarf jeder der Entnahme/Gewinnung folgende Akt der Verwendung/Verwertung einer hierauf bezogenen informierten Einwilligung des Substanzträgers. Mit dem 'informed consent' zu einer diagnostischen oder therapeutischen medizinischen Maßnahme ist deshalb nicht bereits eine implizite Verfügung über den Umgang mit dem hierbei gewonnenen 'humanbiologischen Material' getroffen.

#### Zu Gutachtenfrage b. Erster Gliederungspunkt

b) Die Regelung von Einzelheiten als legislatorische Pflichtaufgabe

Wegen des umfassend konzipierten Bestimmungsrechts des (ehemaligen) Substanzträgers des humanbiologischen "Materials" kann dieser nach entsprechender zweckspezifischer Aufklärung grundsätzlich

läßt man die Keimzellen vorerst außer Betracht - dazu noch unten sub III.

über "die Abgabe, Verwendung und Zweckbindung, sowie die Speicherung dabei anfallender Daten für das jeweils gewonnene 'Material'" entscheiden.



Siehe Gutachtenfrage b. Zweiter Gliederungspunkt

Wenn und soweit Verwendungszweckbestimmungen sich etwa als Diskriminierungsentscheidungen erweisen, die den verfassungsrechtlichen Wertungen des Art. 3 Abs. 3 GG offenkundig zuwiderlaufen, kann ihnen im Rahmen des je einschlägigen einfachen Rechts - beispielsweise mit Hilfe der Generalklausel des § 138 BGB - die Wirksamkeit versagt werden.

Indes bleibt der Gesetzgeber aufgerufen, die Voraussetzung, den Umfang und die Reichweite von Verfügungen über humanbiologisches "Material" bereichsspezifisch zu regeln:

(1) Bereichsspezifität bedeutet zum einen problemadäquate Differenzierung nach Art der betroffenen Körpersubstanzen, zum anderen Unterscheidung nach Art und Weise der weiteren Verwertung: wissenschaftliche oder kommerzielle Motivation; Eigen- oder Fremdkommerzialisierung; Erst- oder Folgeverwertung usw.

Siehe dazu auch *R. Müller*, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, aaO, S. 78 ff., 144 ff., 164 ff., 233 ff., 242 ff.

(2) Die Einwilligungstatbestände sind auf genau bestimmte Verwendungen (Zweckbindungen) zu beschränken. Eine Blankett- bzw. Vorratseinwilligung für unbeschränkte (Weiter-)Verwendungen sollte ausgeschlossen werden, weil nur die präzise Angabe der in Aussicht genommenen Verwendungszwecke garantiert, daß die Folgen vom Verfügenden sehr konkret bedacht und erwogen werden; nur so ist Selbstbestimmung gewährleistet. Das gilt auch für die Datenübermittlung aus dem medizinischen in den Forschungsbereich und umgekehrt; auch sie sollte nur nach ausdrücklicher Einwilligung zulässig sein.

(3) Formvorschriften (Schriftlichkeit) sollten die Verlässlichkeit der Genese der Verfügung sichern.

Je nach in Rede stehendem Körpergut sind Auskunfts-, Berichtigungs-, Sperrungs-, Löschungs- und Dokumentationspflichten zu schaffen.

Angesichts der spezifischen „Undurchsichtigkeit“ der biowissenschaftlichen Verhältnisse, die nicht anders als bei den Verhältnisse hinsichtlich der automatischen EDV zu beobachten ist,

BVerfGE 65, 1 (46) weist auf die „Undurchsichtigkeit“ der automatisierten EDV hin und empfiehlt „im Interesse eines vorgezogenen Rechtsschutzes“ die Institution des unabhängigen Datenschutzbeauftragten

ist zu erwägen, daß der Bundesdatenschutzbeauftragte eine umfassende Kontrollzuständigkeit erhält; selbst wenn man die Kontrollzuständigkeit bei den Ländern belassen will, dann sollte sie beim Landesdatenschutzbeauftragten zentriert und nicht auf eigene Datenschutzaufsichtsbehörden übertragen werden.

c) "Einwilligungslose" Weiterverwendung?

Die Notwendigkeit der soeben angemahnten gesetzgeberischen Aktivitäten erweist sich nicht zuletzt im Blick auf die Gutachtenfragen "b. Dritter bis Fünfter Gliederungspunkt".

Fehlt es an einer spezifischen "Weiterverwertungsentscheidung" des ehemaligen Substanzträgers, ist grundsätzlich von einem Verarbeitungs- und Verwertungsverbot auszugehen. Die verfassungsrechtlichen Wertungen,

die allerdings, wie nochmals hervorgehoben sei, der einfachgesetzlichen Konkretisierung dringend bedürfe

begründen durchgreifende Zweifel an der von *Herdegen* vertretenen Auffassung, die Anforderungen an die Einverständniserklärung dürften nicht überspannt werden. Und wörtlich weiter: "So dürfte es keines besonderen Ein-

verständnis für die materielle Nutzung der Daten (etwa für einen Patienten) bedürfen. Allerdings dürfte ein Hinweis auf die potentielle materielle Verwertung einer 'guten' medizinischen Praxis entsprechen".

So *Herdegen*, JZ 2000, 633 (635)

Auch der genannte Autor geht freilich davon aus, daß "das Fehlen des 'informed consent' ein striktes Erhebungs- und Verwertungsverbot" auslöst.

AaO, S. 635

Hier wird deutlich, daß die nähere Implementierung des Konzepts des informed consent auch für die Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit jedes weiteren Schritts bei der Verwertung humanbiologischen "Materials" präjudiziell ist. Zugleich wird die Wichtigkeit bereichsspezifischer Einwilligungstatbestände - vor allem aber: die Vermeidung von Blanketteinwilligungen - erneut unterstrichen.

Dem Verfassungsrecht unmittelbar sind indes keine präzisen Vorgaben für die "Rechtsfolgenseite" des Tatbestandes unkonsentierter Weiterverwendung und -verwertung von Körpersubstanzen zu entnehmen. Einfachrechtlich kann das fehlende Einverständnis des Betroffenen Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche etwa unter dem Aspekt der Eingriffskondition auslösen. Verlängerte eigentumsrechtliche Ansprüche werden allerdings durch einen Verstoß gegen ein Verwertungsverbot nicht begründet. Auch Teilhaberansprüche auf ein unter Verstoß gegen Verwertungsverbote erlangtes Patent scheiden nach geltendem Recht wohl aus.

Siehe auch *Herdegen*, JZ 2000, 633 (635) unter Bezugnahme auf *Taupitz*, JZ 1992, 1089 ff.

#### d) Zur Problematik zeitlicher Befristung

Die nur mangelhafte Aussagekraft des Verfassungsrechts ist auch zu konstatieren für die Frage, ob und inwieweit persönliche Verfügungen über humanbiologisches "Material" zeitlich befristet sind bzw. den Tod des ehemaligen Substanzträgers überdauern können.

Siehe dazu Gutachtenfrage b. Sechster Gliederungspunkt

Einfachrechtlich ist grundsätzlich festzuhalten, daß sich Verfügungen grundsätzlich nicht durch Zeitablauf erledigen. Grundrechtlich gilt, daß auch die Selbstfestlegung über den Tod hinaus - wie sie aus dem in Art. 14 Abs. 1 GG anerkannten Erbrecht bekannt ist - garantiert ist. Hier besteht für eine nähere gesetzliche Regelung ein erheblicher Gestaltungsspielraum für den Gesetzgeber.

Die vorstehenden Feststellungen erstrecken sich nicht automatisch auf Verfügungen über Keimzellen, die an anderer Stelle noch eingehender erörtert werden.

#### Unten III.

#### 5. Eine Sonderkonstellation: Humanbiologisches "Material" von Nichteinwilligungsfähigen

Bislang noch nicht erörtert ist die durch die Gutachtenfrage "b. Siebter Gliederungspunkt" thematisierte Problematik "der Einwilligung in die Entnahme, Abgabe, Verwendung und Zweckbindung 'humanbiologischen Materials' für nichteinwilligungsfähige Menschen" und die Frage, ob "diese vor solchen Eingriffen geschützt (sind) oder ... hier gesetzliche Betreuer eine Ersatzeinwilligung geben" können.

Ein Teilaspekt der Problematik ist in den letzten Jahren im Blick auf die Forschung an bzw. mit Nichteinwilligungsfähigen intensiv- und namentlich

vor dem Hintergrund des Art. 17 der Biomedizin-Konvention des Europarates - zum Teil mit Schärfe geführt worden.

Zur Diskussion vgl. mit weiteren Nachweisen etwa *Wolfram Höfling/Michael Demel*, Zur Forschung an Nichteinwilligungsfähigen, *MedR* 1999, 540 ff.; *Uwe Fröhlich*, Forschung wider Willen?, 1999; *Eduard Picker*, Menschenrettung durch Menschennutzung?, *JZ* 2000, 693 ff.

Daß in diesem Zusammenhang auch die Weiterverwertung von entnommenem humanbiologischen "Material" durchaus eine wichtige Rolle spielen kann, hat jüngst der sog. Würzburg-Eisinger Fall offenbart,

dazu *Klaus Dörner/Ulrich Spielmann* (Hrsg.), Geistige Behinderung, Humangentik und Ethik. Der Würzburg-Eisinger Fall, 2001

in dem mit Hilfe überwiegend rechtswidrig entnommener Blutproben von Bewohnern einer Behinderteneinrichtung u. a. auch ein humangenetisches Testverfahren etabliert worden ist.

Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Bewertung hat die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts zu sein, daß "auch der Kranke oder Versehrte ... das volle Selbstbestimmungsrecht über seine leiblich-seelische Integrität" hat.

So BVerfGE 52, 171 (174); vgl. ferner BVerfGE 89, 120 (130)

Diese Grundrechtsposition manifestiert sich als prinzipielle Integritätsgarantie gegenüber hoheitlichen Eingriffen bzw. privaten Übergriffen. Deshalb kennt das geltende Recht auch nur ganz eingeschränkte Möglichkeiten zur nicht subjektiv indizierten Intervention bei Nichteinwilligungsfähigen.

Siehe dazu etwa *Höfling/Demel*, MedR 1999, 540  
(541 ff.)

Andererseits ergeben sich aber gerade aus der nur punktuellen legislatorischen Regelung auch zahlreiche Zweifelsfragen. Aus methodischen Gründen bestehen bspw. Bedenken dagegen, die - im übrigen nicht immer dek-  
kungsgleichen - spezialgesetzlichen Regelungen in ihren Detailnormierungen als allgemeingültiges Rechtsregime auch außerhalb ihres expliziten Anwendungsbereichs zu begreifen. Deshalb wird in der medizinrechtlichen Literatur auch zum Teil bestritten, daß die bspw. in § 40 Abs. 2 AMG und § 17 Abs. 2 MPG statuierte *Höchstpersönlichkeit* der Einwilligung auf andere biomedizinische Interventionen an Einwilligungsunfähigen Personen außerhalb des Anwendungsbereichs der spezialgesetzlichen Regelung erstreckt werden kann.

Zum Problem siehe etwa *Jochen Taupitz*, Schutzmechanismen zugunsten des Probanden und Patienten in der klinischen Forschung, in: Lippert/Eisenmenger (Hrsg.), *Forschung am Menschen*, 1999, S. 13 (15 f.); ferner *Hans Lilie*, *Forschung an Menschen in Deutschland - Rechtsgrundlagen und Rechtsentwicklung*, in: Lippert/Eisenmenger (Hrsg.), aaO, S. 1 ff.; *Volker Lipp*, *Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson*, 2000, S. 171, der es bspw. für möglich hält, daß ein Betreuer stellvertretend seine Zustimmung erteilt, sofern dies dem aktuellen Wunsch oder mutmaßlichen Willen des Betroffenen entspricht

Erneut ist hier deshalb ein dringender Handlungsbedarf an gesetzgeberischer Klärung zu konstatieren. Dies könnte beispielsweise in einem "Forschungskontrollgesetz" geschehen. Im übrigen empfiehlt sich auch eine Präzisierung des Betreuungsrechts: Hier ist zu empfehlen, die restriktiven Re-

geln, die etwa für das Transplantationsrecht gelten, zu übernehmen. Danach darf der Betreuer nicht in eine Lebendspende einwilligen; ebenso wenig kann er eine Verfügung auf den Tod treffen, weil sich darauf die Betreuung nicht erstreckt. Überhaupt könnte nach geltendem Recht ein für den Gesundheitsbereich bestellter Betreuer nur schwer begründen, daß die Abgabe bestimmter Körpersubstanzen dem (gesundheitlichen) Wohl des Betreuten entspricht.

Auf der Grundlage des geltenden fragmentarischen Rechts ist davon auszugehen, daß die Nichteinwilligungsfähigkeit in die Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts als "Schranke" für nicht subjektiv indizierte Verfügungen über Körpersubstanzen wirkt, die bei der Auslegung des einfachen Rechts angesichts der grundrechtlichen Verortung kaum überwunden werden können dürfte.

### **III. Spezifische Fragen zu Keimzellspenden und Embryonen**

Das abschließende Kapitel wendet sich nunmehr den spezifischen verfassungsrechtlichen Fragen der "Verfügung" über Keimzellen und Embryonen zu:

- Dabei sind zunächst die vorstehend entwickelten Überlegungen im Blick auf Keimzellen zu überprüfen bzw. problemspezifisch zu akzentuieren,

dazu sub 1.

- bevor sodann besondere Aspekte der Eizellspende aus verfassungsrechtlicher Sicht thematisiert werden.

Dazu sub 2.

- Anschließend rücken sodann Embryonen ins Zentrum der Betrachtungen, die sich nach der Vorklärung ihres verfassungsrechtlichen Status - im "Allgemeinen Teil" -

dazu oben ...

zum einen generell den "Rechtsbeziehungen" von Eizellspenderin bzw. Spermenspender gegenüber "ihrem" Embryo,

siehe dazu die Gutachtenfragen c. Dritter und Vierter Gliederungspunkt; zu diesen Fragen unten sub 3.

zum weiteren der besonderen "Verfügungsproblematik" im Zusammenhang mit der Präimplantationsdiagnostik

dazu sub 4.

und schließlich der Forschung an und mit embryonalen Stammzellen

dazu unten 5.

zuwenden werden.

## 1. Verfügungen über Keimzellen

### a) Zum Grundrechtsschutz der Verfügung über Keimzellen

#### aa) Keimzellen, Persönlichkeitsrecht und Eigentumsrecht

Keimzellen werden in der rechtswissenschaftlichen, vor allem zivilrechtlichen Literatur überwiegend als ganz spezifisches humanbiologisches "Material" qualifiziert. Zwar finden sich gelegentlich auch Stellungnahmen, wonach die entgeltliche Abgabe von Sperma der Blutspende vergleichbar sei.

Siehe etwa *Schünemann*, Recht am menschlichen Körper, S. 196; *R. Müller*, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, aaO, S. 107



Doch erkennt demgegenüber die herrschende Meinung einen prinzipiellen Unterschied gegenüber allen anderen Körpersubstanzen. So heißt es etwa im Blick auf die Samenzelle, diese besitze die besondere Qualität, Träger künftigen Lebens, der Erbsubstanz und des genetischen Codes des Keimzellenträgers zu sein".

So *Brohm*, JuS 1998, 197 (201)

Die Verwendung menschlicher Keimzellen zur Zeugen menschlichen Lebens soll nach verbreiteter zivilrechtlicher Auffassung nicht zum Gegenstand eines entgeltlichen Vertrages gemacht werden können.

Siehe auch OLG Hamm, NJW 1986, 781; *Werner Lauff/Matthias Arnold*, Der Gesetzgeber und das "Retortenbaby", ZRP 1984, 279 (282); siehe ferner *Erwin R. Bernat*, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, 1989, S. 112 mit weiteren Nachweisen; aus verfassungsrechtlicher Sicht vgl. ferner *Röger*, Verfassungsrechtliche Probleme medizinischer Einflußnahme auf das ungeborene menschliche Leben, aaO, S. 272

Hier wird der Aspekt der Fortpflanzung gleichsam als Ausdruck sich perpetuierender Persönlichkeit hervorgehoben - ein Gedanke, der sich in der Konzeption von Fortpflanzungsfreiheit als Realisierung des Persönlichkeitsrechts wiederfindet.

Siehe auch *Dagmar Coester-Waltjen*, Elternschaft außerhalb der Ehe - sechs juristische Prämissen und Folgerungen für die künstliche Befruchtung, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 158 (160)

In den skizzierten Überlegungen kommt deutlich die Prädominanz des Persönlichkeitsrechtlichen zum Ausdruck; eigentumsrechtliche Gesichtspunkte spielen ersichtlich keine Rolle. Dabei wird darauf verwiesen, daß das Persönlichkeitsrecht des Keimzellenträgers diesem zwar eine umfassende Bestimmungsbefugnis über das Sperma "von der Verwendung zur Befruchtung in bestimmter Weise bis zur Vernichtung" gebe. Als "höchstpersönliches Bestimmungsrecht ist es jedoch nicht 'verkehrsfähig'; es kann nicht 'verkauft' oder durch Verfügungsgeschäfte auf Dritte übertragen werden. Daher ist eine Entscheidung oder Einwilligung des Keimzellenträgers bis zur Verwendung des Spermas aus persönlichen Gründen widerruflich. Das muß auch gelten, wenn er sein Keimgut einer Samenbank überlassen hat".

So *Brohm*, JuS 1998, 197 (201), der allerdings die Anschlußfrage offen läßt, "ob die vertragliche Überlassung rechtsgültig ist und ob bei einem Widerruf daraus Schadensersatzansprüche gegen den Keimzellenträger erwachsen können"

#### bb) Zeitliche Befristung der Bestimmungsmacht?

Und auch im Blick auf die Zeitdimension der Bestimmungsmacht des Keimzellenträgers wird die Spezifität der Keimzellen hervorgehoben: Das Persönlichkeitsrecht und die daraus folgende Bestimmungsmacht soll mit dem Tode des Keimzellenträgers erlöschen, und es könne grundsätzlich nicht auf Erben oder sonstige Dritte übergehen. Da eine Bestimmung oder Einwilligung über die Verwendung der Spermien jederzeit widerrufbar sei, könne ein einmal gegebenes Einverständnis angesichts der sich ständig ändernden Umstände über den Tod hinaus nicht unterstellt werden. "Eine postmortale Insemination scheitert also schon daran und wohl nicht deswegen, weil die Geschichtlichkeit der Menschheit sonst gefährdet oder die Verwendung von Sperma zur postmortalen Zeugung eines Kindes sittenwidrig wäre".

So *Brohm*, JuS 1998, 197 (201) unter Bezugnahme auf *Dagmar Coester-Waltjen*, Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen. Zweites Teilgutachten: Zivilrechtliche Probleme, Gutachten B zum 56. DJT, 1986, B 37 F

Auch für *Coester-Waltjen* steht fest, daß das Bestimmungsrecht nicht über den eigenen Tod hinauswirken könne, weil Fortpflanzung eine Anknüpfung an den lebenden Menschen voraussetzt. Für die künstliche Insemination sei dies niemals bezweifelt worden, und für eine andere Behandlung der Eizellenspende fehle jegliche Legitimation.

Siehe *Coester-Waltjen*, in: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, aaO, S. 155 (160)

cc) Nochmals: Persönlichkeitsrecht und Eigentumsrecht

Folgt man dieser Konzeption, so ist das Eigentumsrecht an Keimzellen nicht nur "überlagert", sondern gänzlich verdrängt vom Persönlichkeitsrecht. Dies wird man jedenfalls partiell annehmen können im Blick auf Eizellen. Hier hat die Rechtsordnung mit den Regelungen des Embryonenschutzgesetzes zu erkennen gegeben, daß dieses humanbiologische "Material" im fortpflanzungsmedizinischen Kontext keine verkehrsfähige Sache sein soll. Und diese einfachgesetzlichen Entscheidungen sind ihrerseits von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden.

Ob dies aber auch für die Samenspende, für die ja vergleichbare Regelungen gerade nicht existieren, für die aber eine Art "Markt" besteht, gelten kann, ist nicht mit gleicher Sicherheit festzustellen. Jedenfalls erscheint eine *Ableitung unmittelbar qua constitucione* durchaus zweifelhaft. Dies bedeutet nicht, daß das Ergebnis einer mangelnden Verkehrs- und Kommerzialisierbarkeit nicht als Resultat der einfachrechtlichen Konkretisierungsarbeit begründet werden kann. Dabei aber, erneut etwa bei der Auslegung der zivilrechtlichen Generalklauseln, wird es dann maßgeblich um kollidierende

Verfassungsrechtspositionen gehen, mit denen die Bestimmungsmacht über Keimzellen in Ausgleich zu bringen und damit zu beschränken sind. Den damit aufgeworfenen Fragen ist im folgenden nachzugehen.

b) Kollidierende Verfassungsrechtspositionen

aa) Originärer Grundrechtsschutz für Keimzellen?

Anders als Embryonen kommt den Keimzellen je für sich eine eigenständige Verfassungsrechtsposition zu. Weder die Samenzelle als solche noch die Eizelle als solche sind Schutzgut des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.

Wohl einhellige Auffassung, siehe auch *Röger*, Verfassungsrechtliche Probleme, aaO, S. 196: Die Gameten stehen nicht unter Grundrechtsschutz

Allerdings hat *Christian Starck* in seinem Gutachten zum 56. DJT für eine Ausdehnung des Menschenwürdeschutzes auch auf den Zeitpunkt vor Verschmelzung der beiden Keimzellen plädiert. Nur so könnten mögliche Manipulationen an den Keimzellen angemessen erfaßt werden.

Siehe *Starck*, 56. DJT, aaO, A 17

Damit scheint der Autor den Schutz der Menschenwürdegarantie bereits auf die einzelne Keimzelle erstrecken zu wollen. Man kann die Formulierung aber auch im Sinne eines vorwirkenden Würdeschutzes deuten, der in Anknüpfung an den späteren - genmanipulierten - Menschen dessen Würde und ihren Schutz objektiv rechtlich vorverlagert.

Ob und inwieweit dies eine tragfähige Begründung ist, soll im folgenden kurz beleuchtet werden. Hier kann jedoch festgehalten werden, daß ein originärer verfassungsrechtlicher Schutz für die Keimzellen nicht zu begründen ist.

bb) Würdeschutz des zukünftigen Kindes als mittelbarer Grundrechtsschutz für die Gameten?

Die von *Starck* nur angedeutete Wirkkraft der Menschenwürdegarantie für die Keimzellen wird von *Röger* explizit ausgedeutet: Die durch eine Kommerzialisierung bei der Keimzellspende bewirkte 'Verdinglichung' der Erzeugung menschlichen Lebens, "welche aus der Sicht des Samenspenders nicht um der Person des Kindes willen Platz greift, sondern um seines wirtschaftlichen Verdienstes willen, verletzt die vorgelagert zu schützende Würde des so erzeugten Kindes. Anders formuliert: Wenn die Erzeugung des Kindes zu einem 'Handelsgeschäft' wird und die daran beteiligten Gameten zu einer 'Handelsware', so schlägt dies auf das Kind als das 'Produkt' dieses Geschäftes durch und führt zu dessen menschenwürdeverletzender Degradierung".

So *Röger*, Verfassungsrechtliche Probleme medizinischer Einflußnahme auf das ungeborene menschliche Leben im Lichte des technischen Fortschritts, Habilitationsschrift, aaO, S. 272 f.; siehe auch S. 278

Nach der hier zugrundegelegten und begründeten restriktiven Konkretisierung des Art. 1 Abs. 1 GG

dazu oben ...

begegnet der Vorschlag indes Bedenken. Zwar mag im Blick auf das Persönlichkeitsrecht des zukünftigen Kindes dessen identitätsprägendes Selbstverständnis der Gesetzgeber die Kommerzialisierung seiner "Entstehung" als beeinträchtigend qualifizieren

siehe auch Stichwort "Kindeswohlpflicht", dazu im folgenden ...

und dies in normativen Beschränkungs- bzw. Verbotsregeln zur Geltung bringen. Von Art. 1 Abs. 1 GG gefordert ist dies nicht. Ein zusätzlicher Einwand resultiert aus dem Zeitaspekt: Die - vorgeblich - würdeverletzende Handlung erfolgt zu einem Zeitpunkt, in dem das Würdesubjekt noch nicht existiert.

cc) Das Kindeswohl als Schranke der Bestimmungsmacht des Keimzellspenders/der Keimzellspenderin

Wegen der fortpflanzungsmedizinischen Bezüge ist es durchaus naheliegend, im Blick auf Keimzellverfügungen in größerem Umfange verfassungsrechtlich legitime Begrenzungsmöglichkeiten anzuerkennen als im Blick auf humanbiologisches "Material". Dieser Gedanke wird besonders deutlich in den Erwägungen über das von Keimzellspenden betroffene *Kindeswohl* der (späteren) Kinder. Auf diesen Gesichtspunkt hat auch der österreichische Verfassungsgerichtshof in seiner Erkenntnis vom 14.10.1999 entscheidend abgehoben.

Siehe österreichischer Verfassungsgerichtshof, MedR 2000, 389 (392); siehe auch aaO, S. 393: "Soweit die Antragstellerinnen aus der Zulassung homologer Formen medizinischer Unterstützung die Unsachlichkeit der Beschränkung heterologer Formen abzuleiten suchen, ergibt sich schon aus den bisherigen Überlegungen, daß diese beiden Arten medizinischer Methoden aufgrund der ganz verschiedenen Arten von Bedenken, diese in gesundheitlicher und ethischer Hinsicht, aber auch unter dem Gesichtspunkt des Wohles der solcherart gezeugten und zur Welt gebrachten Kinder aufwerfen, vom Gesetzgeber nicht schematisch gleich behandelt werden müssen"

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive verweist das Kindeswohl auf "die grundrechtsdogmatische Mitte des Eltern-Kind-Verhältnisses,

*Jaestedt*, in: Bonner Kommentar, Art. 6 Abs. 2 und 3  
Rdnr. 34

auf "die zentrale Leitidee des Art. 6 Abs. 2 GG".

So *Robbers*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das  
Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 6  
Rdnr. 145

Obwohl damit rechtstechnisch in Art. 6 Abs. 2 GG verortet, ist die verfassungsrechtliche Kategorie des Kindeswohls inhaltlich durch die grundrechtlichen Garantien der Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG geformt. Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich hervorgehoben, daß die staatliche Verantwortung für das Kindeswohl es gebiete, "das Kind als ein Wesen mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit anzuerkennen und diese Rechtsgüter ggf. auch gegenüber den Eltern zu schützen.

Siehe BVerfGE 55, 171 (179)

Es ist allerdings zu bedenken, daß die Konkretisierung des Kindeswohls nach der Konzeption des Art. 6 Abs. 2 GG auf bereits existierende Kinder bezogen ist. Überlegungen, unter Rekurs auf das Kindeswohl bereits die Verfügungsbefugnis von Samenspendern bzw. Eizellspenderinnen zu beschränken, antizipieren indes die Existenz des zukünftigen Kindes und drücken dessen zukünftiges Kindeswohl in den Vordergrund. In der Tat wird unter Hinweis darauf, daß die biologischen Zusammenhänge, an die Art. 6 Abs. 2 GG anknüpft, durch die fortpflanzungsmedizinischen Interventionsmöglichkeiten zunehmend aufgelöst würden, die Auffassung vertreten, Art. 6 Abs. 2 GG statuiere "die staatliche Verpflichtung ..., den Kindern nach Möglichkeit Familie und verantwortliche Eltern zu vermitteln".

So *Robbers*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6  
Rdnr. 181

Ausdrücklich wird auch eine im Lichte moderner Fortpflanzungsmedizin gebotene und zulässige Vorverlagerung elterlicher Verantwortung und entsprechender kindlicher Schutzwürdigkeit auf den Zeitpunkt vor Erzeugung behauptet.

So *Röger*, Verfassungsrechtliche Probleme, aaO, S. 54 f.; nicht ganz eindeutig *Rolf Kelle*, Das Kindeswohl, in: FS für Trondle, 1989, 705 (714 f.)

Indes ist gegenüber einem solchen Begründungsansatz schon früh Kritik geübt worden, so namentlich von *Dagmar Coester-Waltjen* auf dem 56. DJT 1986: "Das Wohl welchen Kindes soll hier verletzt sein? Im Mittelpunkt der Argumentation steht ein Kind, welches ohne die fragliche Vereinbarung nicht geboren worden wäre. Wie aber kann das Wohl eines Kindes verletzt sein, welches ohne diese Verletzung nicht existierte? Wenn man davon ausgeht, daß jedes menschliche Leben grundsätzlich als Wert zu verstehen ist, dann muß es zwangsläufig dem Wohle des Kindes eher entsprechen, geboren zu werden als nicht zu existieren.

Siehe in diesem Zusammenhang auch *Erwin Bernat*, Urteilsanmerkung, MedR 2000, 394 (396), der das Kindeswohl-Argument eher für als gegen die Legitimität eines Zeugungsverbots ins Treffen geführt wissen will

Es gibt kein - und schon gar nicht ein verfassungsmäßig geschütztes - Recht, nicht zu leben oder nicht geboren zu werden ..."

So *Coester-Waltjen*, 56. DJT, aaO, B 46. Auch *Starck* lehnt in seinem verfassungsrechtlichen Gut-



achten für den 56. DJT den Rückgriff auf das Kindeswohl ab, hält aber, namentlich durch das Sittengesetz als Schranke der freien Entfaltung der Persönlichkeit legitimiert, die gesetzliche Geltendmachung von Verantwortung für zulässig

In der Tat bestehen dogmatische Zweifel, das Kindeswohl im Sinne einer konkreten kollidierenden Grundrechtsposition bereits antezipativ zur Geltung zu bringen. Denkbar ist aber, daß der Gesetzgeber in Konkretisierung „seines“ familienverfassungsrechtlichen Leitbildes (Art. 6 Abs. 1 und 6 Abs. 2 GG) unter Wahrung entsprechender Pluralität der Lebensentwürfe bestimmte Verantwortungszusammenhänge normativ vorgibt. Dies kann er allerdings auch im Blick auf den bereits existierenden Embryo (in vitro) und dessen Kindeswohl.

- s. unten -

Davon können dann – beabsichtigte – Rückkoppelungswirkungen auf Keimzellenverfügungen ausgehen.

#### c) Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung

Als eigenständiger verfassungsrechtlicher Gesichtspunkt, auf den gesetzgeberische Beschränkungen der Verfügung über Keimzellen rekurrieren kann, verdient das *Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung* nähere Beachtung. Diese Grundrechtsposition kann durchaus als eine spezielle Kindeswohldimension gedeutet werden.

In der fortpflanzungsmedizinischen und medizinethischen Diskussion der Gametenspende spielt die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Anonymisierung eine bedeutende Rolle.

Vgl. zum Problem "Privacy vs. Disclosure" das entsprechende Schwerpunktheft des Journal of Assisted Reproduction and Genetics, 1997, S. 369 ff.

In Deutschland hatte der Bundesgerichtshof schon 1981 betont, die Feststellung der Vaterschaft betreffe auch das Recht des Kindes "auf Feststel-

lung seiner blutsmäßigen Abstammung, das als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts jedes Menschen durch Art. 1 und 2 GG geschützt ist. Nicht zuletzt ist in Betracht zu ziehen, daß die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes durch die Ungewißheit über den Vater gehemmt werden kann".

BGH, NJW 1982, 381 (382)

Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Ansatz in seiner Grundsatzentscheidung vom 31. Januar 1989 zur Verfassungsmäßigkeit der damaligen zivilrechtlichen Regelungen des Rechtes eines Kindes auf Anfechtung seiner Ehelichkeit aufgegriffen. Gegenstand der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung war zwar nicht die Methode heterologer Fortpflanzung, doch war dieser Aspekt dem Gericht offenbar wohl bewußt.

*Dieter Giesen*, Genetische Abstammung und Recht, JZ 1989, 364 (368) weist darauf hin, daß das Bundesverfassungsgericht in einem für die mündliche Verhandlung des Rechtsstreits erarbeiteten Fragenkatalog ausdrücklich auf die Problematik der heterologen Insemination eingegangen ist.

Das Gericht führte damals aus:

"Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde sichern jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann (vgl. BVerfGE 35, 202 [220]). Verständnis und Entfaltung der Individualität sind aber mit der Kenntnis der für sie konstitutiven Faktoren eng verbunden. Zu diesen zählt neben anderen die Abstammung. Sie legt nicht nur die genetische Ausstattung des Einzelnen fest und prägt so seine Persönlichkeit mit. Unabhängig davon nimmt sie auch im Bewußtsein des Einzelnen eine Schlüsselstellung für Individualitätsfindung und Selbstverständnis ein. ... Als Individualisierungsmerkmal gehört die Abstammung zur Persönlichkeit, und die Kenntnis der Herkunft bietet dem Einzelnen unabhän-

gig vom Ausmaß wissenschaftlicher Ergebnisse wichtige Anknüpfungspunkte für das Verständnis und die Entfaltung der eigenen Individualität. Daher umfaßt das Persönlichkeitsrecht auch die Kenntnis der eigenen Abstammung".

BVerfGE 79, 256 (268 f.); siehe ferner BVerfGE 90, 263 ff. und 96, 56 ff.

Das Gericht hebt dabei hervor, daß aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eine Schutzpflicht der staatlichen Organe folgt, die sich auch auf die Gewährleistung der für die Persönlichkeitsentfaltung konstitutiven Bedingungen bezieht.

BVerfGE 96, 56 (64) unter Bezugnahme auf BVerfGE 54, 148 (153); 79, 256 (268)

Dabei hat der Gesetzgeber aber bei der Aufstellung und normativen Umsetzung eines Schutzkonzepts grundsätzlich auch dann einen Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum, wenn er prinzipiell zu Schutzmaßnahmen verpflichtet ist. Wenn der Gesetzgeber (noch) keine Maßnahmen ergriffen hat, nehmen die Gerichte im Wege der Rechtsfortbildung oder Auslegung bestimmter Rechtsbegriffe die Schutzpflicht wahr.

Siehe BVerfGE 96, 56 (63, 64)

Auf der anderen Seite ist aber auch das durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Interesse an Anonymität von "Spenderfamilie" und "Empfängerfamilie" zu berücksichtigen

Siehe dazu näher *Röger*, Verfassungsrechtliche Probleme, aaO, S. 264 ff. mit weiteren Nachweisen

Indes kann durch normativ geregelte Dokumentationspflichten

siehe dazu etwa als Orientierungsbeispiel § 15 des österreichischen Fortpflanzungsmedizingesetzes

einerseits das grundrechtlich geschützte Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung gesichert, andererseits aber eine zwangsweise Konfrontation der Betroffenen Familien ausgeschlossen wurde.

Nach *Röger*, aaO, S. 269, gibt es sogar ein Mitteilungsverbot selbst bei einem Kenntniswillen der betroffenen Eheleute

Ob der Gesetzgeber bei Schaffung entsprechender grundrechtssichernder Verfahrensregelungen im Blick auf den inzwischen entstandenen "Internet-Keimzellen-Markt" etwa in Anlehnung an das schwedische Inseminationsgesetz die Festschreibung eines gesetzlichen Importverbots an Keimzellen vorsieht,

dies schlägt vor *Dirk Naumann*, Vereitelung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung bei künstlicher Insemination, ZRP 1999, 142 (144)

fällt in die Gestaltungs- und Entscheidungsfreiheit des Parlaments.

#### c) Folgerungen

Abgesehen vom spezifischen Aspekt des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung bedürfen andere Überlegungen zur Rechtfertigung zur Beschränkung von Keimzellspenden nähere Darlegungen durch den Gesetzgeber. Angesichts der ggf. betroffenen Grundrechte von Wissenschaftlern müssen aber die ins Feld geführten Gegenstände ihrerseits Verfassungsrang besitzen; die Wissenschaftsfreiheit als vorbehaltlos gewährleitetes Grundrecht (Art. 5 Abs. 3 S 1 GG) kann nämlich nur durch kollidierendes Verfassungsrecht eingeschränkt werden. Insofern dürfte einbloß allgemeiner Hinweis auf bedenkliche Kommerzialisierungstendenzen, denen vorgebeugt bzw.

Einhalt geboten werden müsse, wohl kaum den drundrechtsdogmatischen Anforderungen genügen.

- zur Eizellspende s. aber sogleich –

Der Gesetzgeber wird sich auch mit der Problematik der Keimzelltransplantation befassen müssen, die jedenfalls zum Teil im "rechtlich noch unregelmäßigem Graubereich zwischen dem Transplantationsgesetz und dem Embryonenschutzgesetz"

*So Eberhard Nieschlag/Andrea Wagenfeld/Viktoria von Schönfeldt/Stefan Schlatt, Keimzellspende: Möglichkeiten und Entwicklungen, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 109 (114)*

angesiedelt ist. Wenn das Transplantat heterolog übertragen wird, um den Empfänger mit den Keimzellen des Spenders zu refertilisieren, ist dies mit einer "lebenslang andauernden Möglichkeit zur heterologen Insemination oder Eizellspende vergleichbar und hat demnach weitreichende Konsequenzen, da der Keimzelltransfer nicht mehr als einmalige Akt der Kontrolle eines Arztes unterliegt, sondern permanent erfolgen kann und somit eine Kontrolle über die Verwendung der transplantierten Keimzellen kaum möglich ist".

*So Nieschlag u. a., aaO, S. 115*

## 2. Verfassungsfragen der Eizellspende

### a) Einfachrechtliche Regelung und Problemaufriß

Seit im Jahre 1984 in der Literatur zum ersten Mal über eine Geburt nach einer Eizellspende

die Begrifflichkeit ist nicht unproblematisch, assoziiert man gemeinhin doch mit dem Begriff der Spende eine freiwillige, altruistische Handlung. Angesichts der zunehmenden Kommerzialisierung der Eizellspende und der "Marktverhältnisse" ist diese Vorstellung allerdings jedenfalls partiell irrig.

berichtet wurde, wird das Verfahren der Eizellspende in zahlreichen europäischen und außereuropäischen Ländern angewandt, wobei allerdings in den wenigsten Staaten sachspezifische Normen existieren.

Anders als die risikolose Spermaspende ist die Gewinnung von Eizellen ein durchaus komplizierter Prozeß mit erheblicher Eingriffstiefe, der physisch wie psychisch belastend und mit Risiken verbunden ist.

So *Gabriele Pichlhofer* in dem im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit erstellten Gutachten von *Gabriele Pichlhofer/Jessica Groß/Christiane Henke*, Medizinische, rechtliche und soziokulturelle Aspekte der Eizellspende, März 2000, S. 2; auf diese eingehende Bestandsaufnahme der Diskussion wird im folgenden, wie ausgewiesen, mehrfach Bezug genommen; eine kritische Analyse findet sich auch bei *Giselind Berg*, Eizellspende - eine notwendige Alternative?, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 143 ff.

Das größte medizinische Risiko ergibt sich für die Spenderin durch die Hormonstimulation, das in Gestalt des sog. Überstimulationssyndroms auch lebensbedrohliche Formen annehmen kann. Diese Komplikationen sind zwar selten, doch sind sie angesichts der (außerhalb Deutschlands) vielfach fremdnützigen Motivation der Eizellentnahme durchaus von medizinrechtlicher Relevanz.

Das deutsche Embryonenschutzgesetz verbietet unter Androhung einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren die Übertragung einer fremden unbefruchteten Eizelle, also einer Eizelle, die nicht von der Frau stammt, auf die sie übertragen wird, auf eine andere Frau (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG). Darüber hinaus sanktioniert § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG im Blick auf eine mögliche Embryonenspende - also die Spende einer befruchteten Eizelle - schon die 'Vorfeld-Tat', indem er den Arzt mit Strafe bedroht, der es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Der Gesetzgeber berücksichtigt hier, daß ein erst nach der Befruchtung ansetzendes Verbot einer Embryonenspende mit der staatlichen Pflicht zum Schutz des embryonalen Lebens in Konflikt geraten könnte.

Siehe auch *Röger*, Verfassungsrechtliche Probleme, aaO, S. 282

In Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben ordnet Ziffer 3.2.3 der "Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion"

Deutsches Ärzteblatt 1998, S. A-3166

an: "Beim Einsatz der genannten Methoden dürfen nur Eizellen der Frau befruchtet werden, bei der die Schwangerschaft herbeigeführt werden soll". § 1 Abs. 3 Nr. 1 ESchG gewährt den beteiligten Frauen, die Eizellen zur Verfügung stellen, empfangen oder den Embryo austragen sollen, einen persönlichen Strafausschließungsgrund. Damit sieht das Gesetz zwar davon ab, die beteiligten Frauen zu bestrafen, geht aber von schuldhaft verübtem Teilnahmeunrecht aus.

Dazu *Günther*, in: Keller/Günther/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, aaO, § 1 Abs. 1 Nr. 2 Rdnr. 21, der auf die problematisch-kompromißhaften Züge der Lösung verweist

Der Schutzhorizont des ESchG ist der Embryo bzw. das später geborene Kind. Im Interesse des Kindeswohls soll eine gespaltene Mutterschaft, d. h. das Auseinanderfallen von genetischer und austragender/biologischer Mutter

der österreichische Verfassungsgerichtshof, MedR 2000, 389 (393 f.) spricht davon, daß mittels Eizellspende gezeugte Kind verfüge "über zwei biologische Mütter ..., nämlich über eine genetische und eine 'plazentare'"

verhindert werden. In der Preisgabe der Eindeutigkeit der Mutter sah der Gesetzgeber eine Gefahr für die Identitätsfindung des gezeugten Kindes; darüber hinaus befürchtete man Konflikte im Falle einer Krankheit oder Behinderung des gezeugten Kindes zwischen genetischer Mutter und "biologischer"/austragender Mutter.

Hierzu und zu weiteren Überlegungen siehe BT-Drs. 11/5460, S. 7 f.; zur gesellschaftlichen Problematik der Eizellspende siehe auch *Thomas Katzorke*, Keimzellspende - medizinische, soziale und juristische Aspekte aus ärztlicher Sicht, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 122 (129 f.)

b) Zur Verfassungskonformität des gesetzlichen Verbots der Eizellspende

Die (heterologe) Eizellspende ist damit in Deutschland im fortpflanzungsmedizinischen Kontext verboten, während die Samenspende im heterologen System durch das ESchG nur einigen wenigen Einschränkungen unterworfen ist.

So das Verbot der Auswahl des Samens (nur) nach seinem Geschlechtschromosom (§ 3 Satz 1; siehe



aber auch Satz 2); Pönalisierung jeder postmortalen künstlichen Befruchtung einer Eizelle, also auch diejenige mittels Samenspende (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG); siehe näher *Günther*, in: Keller/Günther/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, aaO, Einführung B V Rdnrn. 13 ff.

Die Differenzierung des Embryonenschutzgesetzes im Blick auf männliche und weibliche Keimzellen findet in anderen europäischen Gesetzen keine Parallele. Nicht zuletzt deshalb ist immer wieder die Verfassungskonformität der deutschen Regelung bezweifelt worden.

Siehe etwa *Laufs*, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 2. Aufl. 1999, § 129 Rdnr. 40; dezidiert auch *Monika Zumstein*, Keimzellspende - Juristische Thesen, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 134 (137 f.)

In der Tat ist zu klären, ob die unterschiedliche gesetzliche Regelung der Eizellspende einerseits und Samenspende andererseits mit dem geschlechtsspezifischen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 2 GG

siehe auch Art. 3 Abs. 3 Satz 1 und das dort genannte Merkmal des Geschlechts

vereinbar ist. Grundsätzlich darf der Gesetzgeber an ein bestimmtes Geschlecht keine rechtlichen Differenzierungen knüpfen. Dies geschieht hier aber: Einerseits wird die Keimzellspende einer Eizellspenderin strafrechtlich anders bewertet als die Keimzellspende des männlichen Samenspenders; zum anderen sind Frauen, die über keine eigenen reproduktionsfähigen Eizellen verfügen, in ihrer Fortpflanzungsmöglichkeit anders eingeschränkt als Männer, die über keine eigenen reproduktionsfähigen Samenzellen verfügen.

Siehe hierzu nur *Henke*, in: Medizinische, rechtliche und soziokulturelle Aspekte der Eizellspende, aaO, S. 30 f.

Allerdings können differenzierende Regeln zulässig sein, "soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind".

So BVerfGE 85, 191 (207); ferner 92, 91 (109); zu den Rechtmäßigkeitsanforderungen an Ungleichbehandlungen siehe etwa *Lerke Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., 2. Aufl. 1999, Art. 3 Rdnr. 272 ff.

Als solchermaßen biologische Unterschiede kommen insbesondere zwei Aspekte in Betracht:

- Zum einen kann die unterschiedliche rechtliche Behandlung von Samen- und Eizellspende an die unterschiedliche Eingriffstiefe bei der Gewinnung der Keimzellen anknüpfen. Anders als Samenzellen lassen sich Eizellen nur durch einen invasiven, risikobehafteten Eingriff in den Körper der Frau gewinnen.

Es sei allerdings nochmals darauf hingewiesen, daß der Normzweck des Eizellspende-Verbots durch das ESchG nicht der Schutz der Eizellspenderin war, sondern das Kindeswohl

- Im übrigen gibt es einen eindeutigen biologischen Unterschied zwischen gespaltener Vaterschaft einerseits und gespaltener Mutterschaft andererseits. Eine Spaltung der Vaterschaft in eine genetische und eine biologische Vaterschaft gibt es nicht.

Zu diesen Unterschieden siehe *Henke*, in: Medizinische, rechtliche und soziokulturelle Aspekte der Eizellspende, aaO, S. 32 f.

Diese Unterschiede dürfte der Gesetzgeber zum Anlaß einer geschlechtsspezifischen Differenzierung machen. Gegen die Ungleichbehandlung von Samen- und Eizellspenden bestehen somit keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

Im Ergebnis ebenso *Henke*, aaO, S. 35 f.

#### c) Verfassungsrechtliche Pflicht zum Verbot der Eizellspende?

Abschließend ist der Frage nachzugehen, ob von Verfassungs wegen der Gesetzgeber verpflichtet ist, die Eizellspende - zu anderen Zwecken als der Herbeiführung einer eigenen Schwangerschaft - zu verbieten, wobei erneut aus verfassungsrechtlicher Sicht darauf hinzuweisen ist, daß die Gutachtenfrage c. Zweiter Gliederungspunkt "Ist die Eizellspende ... mit Verfassungsnormen zu vereinbaren?", eine Umkehrung des rechtstaatlichen Verteilungsprinzips anzudeuten scheint.

Mit der Feststellung der Verfassungskonformität des gesetzlichen Verbots der Eizellspende ist nicht bereits darüber entschieden, ob die restriktive Regelung des ESchG auch von Verfassungs wegen geboten ist.

Zunächst ist im Blick auf die einfachgesetzliche Rechtslage festzuhalten, daß eine Eizellspende *zu Forschungszwecken* nicht verboten ist, sofern die Keimzelle anschließend nicht zur Fortpflanzung verwandt oder zu weiteren Forschungszwecken befruchtet wird.

Siehe auch *Henke*, in: Medizinische, rechtliche und soziokulturelle Aspekte der Eizellspende, aaO, S. 26

Dies gilt sogar für die imprägnierte Eizelle.

Dabei handelt es sich um eine Eizelle, in die eine Samenzelle bereits eingedrungen bzw. verbracht worden ist, bei der sich die beiden Vorkerne mit ihren nur haploiden (einfachen) Chromosomensätzen aber noch nicht vereinigt haben

Zwar untersagt § 1 Abs. 2 ESchG die Erzeugung solcher Vorkernstadien zu fremdnützigen Zwecken. Doch erfaßt § 2, der die mißbräuchliche Verwendung von Embryonen regelt, die verbrauchende Forschung an "überzähligen" Eizellen im Vorkernstadium nicht.

Dazu *Günther*, in: Keller/Günther/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, § 2 Rdnr. 10

Auch wenn diese Regelungskonzeption des ESchG im Blick auf die neueren Erkenntnisse über die Festlegung der genetischen Identität - und die Frage, ob damit nicht der Zeitpunkt für die Entstehung grundrechtsgeschützten menschlichen Lebens vor der Kernverschmelzung liegt - in hohem Maße überdenkenswert erscheint, zeigt das einfache Recht aber, daß in der Vorstellung des (damaligen) Gesetzgebers Verfügungen über Eizellen nicht als schlechterdings verfassungsincompatibel eingestuft wurden.

Insoweit kann auch keine verfassungsrechtliche Pflicht zu einem gänzlichen Verbot begründet werden. Andererseits aber ist der Gesetzgeber durchaus berechtigt, die Eizellspende als fremdnützigen Eingriff einzuschränken. In Parallele zur sog. Lebendspende (siehe § 8 TPG) kann der Gesetzgeber restriktive Zulässigkeitsvoraussetzungen formulieren und ein engmaschiges Kontrollnetz zur Sicherstellung von Freiwilligkeit und informierter Entscheidung knüpfen. Ebenso wie die Lebendspende ist die Eizellspende zu Forschungszwecken nicht subjektiv indiziert, sondern fremdnützig. Zwar ist die Entnahme einer Niere mit größeren Risiken (einschließlich der Folgerisiken) behaftet als die Entnahme von Eizellen. Aber: Anders als die Lebendspende dient die Eizellspende auch nicht der Abwehr einer konkret drohenden Lebensgefahr. Diese Umstände legitimieren den Gesetzgeber

zweifelsohne zu restriktiven Reglementierungen. Entschließt er sich zu einer expliziten Normierung,

und dies ist der gegenwärtigen "Duldungs"-Situation  
allemaal vorzuziehen

ist im Interesse der Integrität der Frauen die Realisierung des informed consent-Konzepts prozedural und organisatorisch möglichst sicherzustellen. Denkbar ist insoweit auch eine Pflichtberatung durch fachkundige Personen, die keine eigenen Interessen mit der Eizellspende verbinden.

3. "Rechtsbeziehungen" von Eizellspenderinnen und/oder Samenspendern "an" bzw. "gegenüber" ihrem Embryo - "Bestimmungsrechte" über Embryonen?

a) Problemstellung

Der Gutachtenauftrag wirft unter c. Dritter und Vierter Gliederungspunkt die Frage nach Rechtspositionen von Eizellspenderinnen bzw. Samenspendern im Blick auf "ihren" Embryo auf. Es geht also erneut um "Bestimmungsrechte" - diesmal aber um solche, die Embryonen, d. h. eigenständige Grundrechtsträger betreffen. Mit dieser Feststellung eigenständiger Grundrechtsträgerschaft ist zugleich entschieden, daß die Problematik nicht mit der Kategorie von Eigentumsherrschaft bewältigt werden kann.

Siehe dazu schon oben sub I. 4. a) aa)

Aber auch die persönlichkeitsrechtliche Perspektive im bislang erörterten Sinne erfaßt die Problematik nicht mehr. Zu erörtern bleibt aber die besondere Verfassungsnorm des Art. 6 Abs. 2 GG.

## b) Das Elternrecht als grundrechtliche "Anomalie"

Nochmals: Die grundgesetzliche Ordnung kennt prinzipiell kein Bestimmungsrecht eines Menschen über einen anderen Menschen. Vor diesem Hintergrund wirkt das in Art. 6 Abs. 2 GG statuierte "natürliche Recht der Eltern" zur Pflege und Erziehung ihrer Kinder wie eine "grundrechtliche Anomalie".

So zutreffend *Jaestedt*, in: Bonner Kommentar, Art.  
6 Abs. 2 und 3 Rdnr. 25

Hier läßt es die Verfassung ausnahmsweise zu, daß Menschen - die Eltern - über andere Menschen - die Kinder - Bestimmungsmacht ausüben. Allerdings wird diese Befugnis in doppelter Weise relativiert:

- einmal durch die sachlich-gegenständliche Beschränkung auf die "Pflege und Erziehung";
- zum anderen und vor allem aber durch die dienende, treuhänderische Funktion des Elternrechts sowie die damit korrespondierende Elternpflicht ("... und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht").

Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Elternrechts gilt in erster Linie dem Schutz des Kindes.

BVerfGE 61, 358 (371)

Das Elternrecht unterscheidet sich von den anderen Freiheitsrechten des Grundrechtskatalogs "wesentlich dadurch, daß es keine Freiheit im Sinne einer Selbstbestimmung der Eltern, sondern zum Schutze des Kindes gewährt".

BVerfGE 59, 360 (376), siehe auch S. 377, wo aus der Literatur - durchaus zustimmend - weitere Charakterisierungen genannt werden: "ein fiduziarisches Recht, ein dienendes Grundrecht, eine im echten Sinne anvertraute treuhänderische Freiheit"

Auch wenn das Elternrecht im Verhältnis zum Staat im verbleibenden Bereich verantwortlicher Elternschaft Bestimmungsrechte gegenüber dem Kind einschließt, begründen diese *kein Recht der Eltern an der Person des Kindes*.

So zu Recht auch *Jaestedt*, in: Bonner Kommentar,  
Art. 6 Abs. 2 und 3 Rdnr. 25 mit FN 73

Nachdrücklich unterstrichen wird diese Feststellung durch die grundrechtsdogmatische Figur des Kindeswohls und dessen Fundierung in der kindlichen Menschenwürde.

c) Zu den "Rechtsbeziehungen" zwischen Eizellspenderin und Samenspendender gegenüber "ihren" Embryonen

aa) Art. 6 Abs. 2 GG und extrauteriner Embryo

Zunächst bedarf es allerdings der Feststellung, daß die verfassungsrechtliche Vorschrift des Art. 6 Abs. 2 GG auch auf die "vorgeburtliche" bzw. extrauterine Elternschaft Anwendung findet.

Hierzu nur die Frage aufwerfend *Hans F. Zacher*,  
Elternrecht, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch  
des Staatsrechts, VI, 1989, § 134 Rdnr. 59

Insoweit kann man feststellen: Ist der Faktor Alter für das Tatbestandsmerkmal "Kind" unerheblich und bestimmt sich die Elternschaft (u. a.) durch die Herkunft der Gameten, ist schließlich aus verfassungsrechtlicher Sicht eigenständiges menschliches Leben (spätestens) mit der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle gegeben, so ist in der Tat kein Grund ersichtlich, wie und warum dem Embryo (auch in vitro) die Kindeseigenschaft und entsprechend den (werdenden) Eltern die Elterneigenschaft versagt werden könnte.

Zu Recht *Jaestedt*, in: Bonner Kommentar, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rdnr. 101; aus zivilrechtlicher Sicht siehe auch *Ingo Mittenzwei*, Zum ungeborenen Kind, AcP 187 (1987), 247 (274 ff.)

Mit dem Zeitpunkt der Verschmelzung der Keimzellen tritt somit "an die Stelle des aus dem Persönlichkeitsrecht folgenden Bestimmungsrecht über die Keimzellen das 'Elternrecht' der Erzeuger (vgl. Art. 6 Abs. 2 GG)".

So auch *Brohm*, JuS 1998, 197 (201); anderer Ansicht, aber ohne Begründung, *Coester-Waltjen*, in: von Münch/Kunig, GG-Komm., aaO, Art. 6 Rdnr. 68

Als treuhänderische Bestimmungsmacht ist das Elternrecht allerdings inhaltlich ausgerichtet auf die "Pflege und Erziehung" des Kindes, also auf das Kindeswohl. Über seine Betätigung wacht, wie Art. 6 Abs. 2 Satz 2 formuliert, die staatliche Gemeinschaft. Wird durch die Eizellspenderin bzw. den Samenspender bei einer In vitro-Fertilisation die Elternverantwortung nicht wahrgenommen oder gar mißbräuchlich ausgeübt, so ist der Staat im Interesse des Kindes zum Einschreiten nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet.

bb) Folgerungen im einzelnen

(1) Präimplantation-Adoption

Sind die "Präimplantations-Eltern" - aus welchen Gründen auch immer - an einer Implantation nicht mehr interessiert, wollen oder können sie also ihrer Elternverantwortung nicht mehr gerecht werden, so ist der Staat verpflichtet, eine das Weiterleben des Embryos ermöglichende Alternative zur Verfügung zu stellen. Insofern ist die Kryokonservierung der "überzähligen" Embryonen - die, wie § 9 Nr. 3 ESchG zeigt, als solche nicht verboten ist - al-



lenfalls dilatorische "Lösung". Darüber hinausgehend ist die Möglichkeit einer *Präimplantations-Adoption*

von "präimplantativer Adoption" spricht auch *Röger*, Verfassungsrechtliche Probleme, aaO, S. 117, der diese auch für verfassungsrechtlich geboten hält, siehe näher S. 119 ff.

zu eröffnen. Eine solche pränatale Adoption wird durch das Embryonenschutzgesetz nicht untersagt. Zwar stellt § 1 Satz 1 Nr. 7 ESchG die künstliche Befruchtung bei einer Frau unter Strafe, "welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter)". Dieses Verbot bezieht sich indes nur auf die Fälle, in denen die Bereitschaft zur Weggabe des Kindes schon im Zeitpunkt der künstlichen Befruchtung bestand.

Siehe auch *Rolf Keller*, in: Keller/Günther/Kaiser, Embryonenschutzgesetz. Kommentar, 1992, § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rdnr. 20

Allerdings müßten die Einzelheiten, etwa durch eine Anpassung der adoptionsrechtlichen Regelungen der §§ 1741 ff. BGB, durch den Gesetzgeber noch geschaffen werden.

In diesem Kontext wäre auch eine normative Festlegung über den nur vorläufigen Charakter der Kryokonservierung von Embryonen und ggf. auch eine Befristung festzulegen.

Siehe auch schon die sog. Benda-Kommission: Arbeitsgruppe des Bundesministers für Forschung und Technologie und des Bundesministers der Justiz, in-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie, 1985, S. 32 (2 Jahre); ferner *Röger*, Verfassungsrechtliche Probleme, aaO, S. 121

## (2) Staatliches Wächteramt hinsichtlich des Verbleibs von IVF-Embryonen

Die jüngste Ungewißheit über die Anzahl der in Deutschland existierenden "überzähligen" Embryonen hat deutlich werden lassen, daß das staatliche Wächteramt (Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG) im Blick auf die "Präimplantations-Embryonen" defizitär ausgestaltet ist. Der Gesetzgeber hat deshalb eine "*Meldepflicht*" für alle in vitro erzeugten Embryonen einzuführen. Diese ist zu koppeln mit einem sich anschließenden adoptionsanalogen Verfahren für den Fall, daß Keimzellen nicht zur Herbeiführung einer eigenen Schwangerschaft

sollte die Möglichkeit zur Eizellspende erweitert werden

bzw. Elternschaft verwandt worden sind.

Siehe auch *Peter Derleder*, Die Grenzen einer Elternschaft aufgrund medizinisch unterstützter Fortpflanzung, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 154 (156)

An *dieser* Stelle, im Blick auf ein eigenständiges Grundrechtssubjekt, kann jetzt das Kindeswohl zur Geltung gebracht werden, das im "Keimzell-Stadium" nur als fragwürdige Antizipations-Kategorie Wirkung entfalten könnte.

So bereits oben. - Diesen Weg will aber wohl gehen *Brohm*, JuS 1998, 197 (202): "Sowohl die Überlassung von Keimzellen an Samenbanken als auch ihre Bestellung, etwa anhand eines Katalogs, betrifft nicht die das Sexualverhalten schützende Komponente und damit den Kern freier Persönlichkeitsentfaltung. Das Persönlichkeitsrecht, über seine Game-

ten zu bestimmen, wird nicht verletzt, wenn der Spender seinen Samen 'in alle Winde' streut und der Staat dann in einer Art vorgelagerter Amtsvormundschaft die Sorge um das zukünftige Menschenleben übernimmt. Die liefernde Keimzellenbank mag sich ihrerseits schon gar nicht auf ein Persönlichkeitsrecht für ihre Verfügung über die Keimzellen berufen"

Der privatautonom-rechtsgeschäftlichen "Verfügung" über Embryonen, die vom Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 GG nicht gedeckt ist, könnte auf diese Weise gegengesteuert werden.

(3) Kein Weigerungsrecht von Samenspender bzw. Eizellspenderin im Blick auf eine "Präimplantations-Adoption"

Kommt aufgrund einer Überprüfung im Rahmen eines - vom Gesetzgeber noch zu entwickelnden - adoptionsähnlichen Verfahrens die vom Keimzellspender avisierte Lösung nicht in Betracht und wird auch die eigene "Elternschaft" verweigert, so ist der Embryo - spätestens nach einer mittels Kryokonservierung überbrückten "Bedenkzeit" - zur Präimplantations-Adoption freizugeben.

Eine Weigerung der genetischen Eltern kommt von Verfassungs wegen nicht in Betracht.

Anders, aber nicht überzeugend, der Vorschlag der sog. Benda-Kommission, der dem Bestimmungsrecht der potentiellen Eltern über ihr Erbgut gegenüber der Pflicht zur Lebenserhaltung Vorrang einräumen will; siehe Arbeitsgruppe "in vitro-Fertilisation", aaO, unter 2.1.2.1.2.2.

Zu Recht hat demgegenüber *Dagmar Coester-Waltjen* schon vor 15 Jahren auf dem 56. DJT eingewandt: "Nach der Geburt eines Kindes haben die El-

tern für den Fall, daß ein 'Kind mit ihren Erbanlagen einen ihren Vorstellungen widersprechenden Weg nimmt', kein Recht, das Leben dieses Kindes zu beenden. Auch hier verlangt das Recht von den genetischen Eltern, notfalls eine Aufspaltung der leiblichen (natürlichen?) und der rechtlichen Eltern-Kind-Beziehung durch Adoption zu dulden. Es ist nicht ersichtlich, warum der Schutz des ungeborenen Lebens hier zurücktreten soll; die pränatale Situation bringt keine Besonderheiten, die die Geburt des Kindes (durch andere) für die leiblichen Eltern unzumutbar macht. Im Interesse 'des Kindes' ist das 'Geborenwerden' gegenüber der Vernichtung die bessere Alternative".

So *Coester-Waltjen*, Gutachten B zum 56. DJT, aaO,  
B 107

Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben - nämlich: Lebensrecht des Embryo, zu aktualisierendes staatliches Wächteramt im Interesse des Kindeswohls - ist es geradezu abwegig, in einer solchen Konstellation anzunehmen, in der Implantation des Embryos in eine andere Frau liege eine "Verletzung des Persönlichkeitsrechts der genetischen Eltern", die dazu führe, "daß diesen ein deliktischer Schadensersatz- und Schmerzensgeldanspruch gegen den Arzt und die 'neuen' Eltern zusteht".

So aber *Stephan Ebeling/Uwe Zimmermann*, Die  
'künstliche' Fortpflanzung, DEuFamR 1999, 25 (38)  
(unter im übrigen unzutreffender Berufung auf  
*Brohm*, JuS 1998, 107 (203))

(4) "Forschungsdienlichkeit" des Embryos nach Maßgabe des "Bestimmungsrechts" des Keimzellspenders?

Auch für den - angesichts der (angeblich?) geringen Zahl "überzähliger" Embryonen in Deutschland wohl nur theoretischen - Fall, daß weder die genetischen Eltern noch "Präimplantations-Eltern" zur Verfügung stehen, scheidet ein auf Art. 6 Abs. 2 GG gestütztes Bestimmungsrecht von Eizell-

spenderin bzw. Samenspender dergestalt, daß "ihr" Embryo zu Forschungszwecken, etwa zur Gewinnung von ES-Zellen, verwandt wird, aus.

Anderer Ansicht wohl *Coester-Waltjen*, aaO, B 197  
F; nicht ganz eindeutig, aber eher im Sinne der hier  
vertretenen Auffassung: *Brohm*, JuS 1998, 197 (203)

(5) Exkurs: Zur Regelung des § 6 Abs. 2 ESchG

Nur am Rande sei auf die aus verfassungsrechtlicher Sicht geradezu absurde Vorschrift des § 6 Abs. 2 ESchG verwiesen, wonach bestraft wird, wer einen verbotswidrig geklonten Embryo auf eine Frau überträgt. Die Vorschrift unterbindet strafbewehrt, daß dieser Embryo die Chance erhält, geboren zu werden. § 6 Abs. 2 statuiert mit anderen Worten eine strafbewehrte Tötungspflicht!

So *Günther*, in: Keller/Günther/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, aaO, § 6 Rdnr. 11

Die Vorschrift läßt sich auch nicht mit dem Argument halten, "der Schutz der Würde des Menschen (in allen seinen Entwicklungsstadien) ..., dessen Identität kopiert wird", dominiere im Konflikt das Lebensrecht des 'Klons'.

So aber *Günther*, aaO

Das Lebensrecht des "Klons" darf von Verfassungs wegen nicht einer Menschenwürdekonzepktion geopfert werden, die jedenfalls nicht dem restriktiv zu konkretisierenden Rechtsgut des Art. 1 Abs. 1 GG entspricht.

Verfassungswidrigkeit des § 6 Abs. 2 ESchG nimmt  
jüngst auch an: *Eric Hilgendorf*, Klonverbot und  
Menschenwürde - vom Homo sapiens zum Homo

xerox? Überlegungen zu § 6 ESchG, in: Festschrift  
für H. Maurer, 2001, S. 1147 (1161 f.)

(6) Der abgetriebene Fetus

Ob eine solche Feststellung auch im Blick auf abgetriebene Föten gilt,

siehe Gutachtenfrage c. Vierter Gliederungspunkt, 2.  
Teil

ist allerdings zweifelhaft. Angesichts des hier fehlenden Lebensrechts des Embryos könnte der Gesetzgeber ein entsprechendes "Bestimmungsrecht" der Keimzellspender anerkennen, wenn er zugleich flankierende Sicherungsvorkehrungen gegen das postmortale Persönlichkeitsrecht des Embryos verletzende Interventionen trifft.

Dazu eingehend, und den postnatalen Würdeschutz des abgetriebenen Fötus stark betonend: *Röger*, Verfassungsrechtliche Probleme, aaO, S. 478 ff., S. 482 ff. zur "Unwürdigkeit einer Kommerzialisierung des Fötus"

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber allerdings sicherzustellen, daß von der Verwendungsmöglichkeit an Geweben und Zellen abgetriebener Föten keine "lebenschutzschmälernde Rückwirkung" auf die Abtreibungsentscheidung ausgeht. Insofern ist u. a. das Beratungsverfahren so auszugestalten, daß die Gewebeentscheidung zeitlich nachrangig zur Abtreibungsentscheidung erfolgt.

Auch hierzu eingehend *Röger*, aaO, S. 379 f.

#### 4. Verfassungsfragen der Präimplantationsdiagnostik

Ganz besondere "Verfügungen" über humanbiologisches "Material" bzw. Embryonen sind zu beurteilen bei der sog. Präimplantationsdiagnostik (PED bzw. PID). Vor dem Hintergrund der hierüber in jüngster Zeit besonders heftig entbrannten Diskussion sollen dazu im folgenden die relevanten verfassungsrechtlichen Maßstabskriterien eingehender dargelegt werden. Zuvor jedoch scheint ein Blick auf die einfachrechtliche Regulierung der PID sinnvoll.

##### a) PID und das Embryonenschutzgesetz

Im Blick auf die einfachgesetzliche Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der PID kann - grob - unterschieden werden zwischen Mittel und dem Zweck. Genauer: Einmal geht es um die rechtlichen Probleme, welche die PID im Blick auf das untersuchte und damit zugleich verbrauchte Zellmaterial aufwirft, zum anderen um die Fragen, die durch die diagnoseabhängigen Folgeentscheidungen - Implantation oder Nichtimplantation des Embryos - aufgeworfen werden. Aus normativer Perspektive relativ einfach zu beantworten sind die Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Diagnoseverfahren. Handelt es sich bei den untersuchten Zellen um sog. totipotente Zellen, so steht dem diagnostischen Verbrauch das geltende Embryonenschutzgesetz in doppelter Weise entgegen:

- Zum einen verstößt eine solche PID gegen § 2 Abs. 1 Embryonenschutzgesetz, wonach unter anderem bestraft wird, wer einen extrakorporal erzeugten Embryo zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck verwendet. Als Embryo im Sinne dieser Vorschrift gilt nach der Legaldefinition des § 8 Abs. 1 2. HS Embryonenschutzgesetz nämlich auch "jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle". Ihre zwangsläufig zum Absterben führende genetische Untersuchung wird somit vom Gesetz als unzulässige verbrauchende Embryonenforschung qualifiziert.

- Zum zweiten ist die PID an totipotenten Zellen durch § 6 Abs. 1 Embryonenschutzgesetz (ESchG) unter Strafe gestellt. Das hierin statuierte Klonungsverbot bedroht mit Strafe, wer künstlich bewirkt, daß ein menschlicher

Embryo mit der gleichen Erbinformation wie ein anderer Embryo entsteht. Wegen der einfachgesetzlichen Gleichstellung von Embryo und einem Embryo entnommener totipotenter Zelle erfolgt eine solche Klonierung aber gerade bei der Abspaltung aus dem Zellverband.

So unbestreitbar und unbestritten die PID an totipotenten Zellen durch das ESchG untersagt ist, wird die Methode der Untersuchung sog. pluripotenter Zellen im Blick auf das verbrauchte Zellmaterial nicht erfaßt.

Vgl. hierzu auch *Röger*, Verfassungsrechtliche Probleme, aaO, 160 ff.

Allerdings liegt das eigentliche Problem in der hinreichend sicheren Bestimmung der Grenze von Totipotenz und Pluripotenz.

Wobei hier ausgeklammert ist das experimentelle Phänomen der "Totipotenz" eines Zellkerns; siehe auch *Henning M. Beier*, Zum Status des menschlichen Embryos *in vitro* und *in vivo* vor der Implantation, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 52 (57 f.)

Dem ist an dieser Stelle nicht näher nachzugehen. Allerdings sind die staatlichen Organe - vom Gesetzgeber bis hin zu den Gerichten - wegen des besonderen rechtlichen Status totipotenter Zellen verpflichtet, in Konfliktkonstellationen sich genauer mit der Frage auseinanderzusetzen. Eine (scheinbar?) herrschende Meinung, wonach mit dem 8-Zell-Stadium die Totipotenz der Zellen endet, sieht sich inzwischen mit ernsthaften Einwänden konfrontiert.

Siehe hierzu insbesondere die Stellungnahme von *H.-W. Dencker*, für die Sachverständigenanhörung zum Thema "Präimplantationsdiagnostik" am



13.11.2000, Enquete-Kommission "Recht und Ethik der modernen Medizin", Arbeitsunterlage 14/26, S. 9f.; siehe auch *Jens Reich*, Grenzziehungen der forschenden Biomedizin, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, Bd. 132 der Schriftenreihe des Bundesministeriums für Gesundheit, 2001, S. 27 (30f.); ferner *Kollek*, Präimplantationsdiagnostik, S. 238

Schwieriger als die "Materialfrage" ist indes die verbleibende Frage zu beantworten, ob ganz generell die gleichsam probeweise Erzeugung von Embryonen mit der Absicht, sie erst nach einem negativen Diagnosebefund zu implantieren, gegen das in § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG verankerte Verbot mißbräuchlicher Anwendung von Fortpflanzungstechniken verstößt. Dies ist zunächst so gedeutet worden, wird aber insbesondere seit den Diskussionen zum sog. Lübecker Fall teilweise einer Neubewertung unterzogen. So ist beispielsweise die Bioethikkommission des Landes Rheinland-Pfalz vor einiger Zeit zu dem Ergebnis gekommen, die PID an pluripotenten Zellen sei - einfachgesetzlich - zulässig.

Siehe Präimplantationsdiagnostik. Thesen zu den medizinischen, rechtlichen und ethischen Problemstellungen. Bericht der Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz vom 20. Juni 1999, Manuskript, S. 17 (These II, 10)

Eine zentral auf den generellen Schutzzweck des ESchG abstellende Position hält dem allerdings entgegen, das Gesetz beabsichtige den Schutz jedes einzelnen Embryos. Es reiche deshalb nicht aus, daß die Befruchtung mit irgend einem gesunden selektierten Embryo gewünscht werde, wenn gleichzeitig das Leben einzelner Embryonen unter Selektionsvorbehalt stehe.

So bspw. *Rainer Beckmann*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, MedR 2001, 169 (170)

Eine entstehungsgeschichtlich und die Teleologie des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ZESchG betonende Gegenauffassung kommt indes zu einem anderen Ergebnis. Nach § 1 Abs. 1 Nr. ESchG wird bestraft, wer es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt, die Norm, so läßt sich zeigen, zielt auf zwei Fallgestaltungen: einmal die Herstellung von Embryonen zu Forschungszwecken, andererseits die Eizellspende. Beide Konstellationen würden jedoch - so die Argumentation - durch die PID an pluripotenten Zellen nicht erfüllt.

Siehe zu dieser Argumentation etwa *Elisabeth Gier*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, Diss. jur. Köln, 2000, S. 35 ff.; jüngst auch *Margot von Renesse*, Zur Vereinbarkeit der Präimplantationsdiagnostik mit dem Embryonenschutzgesetz, ZFL 2001, 10 ff.; dagegen *Rainer Beckmann*, Zur Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik nach dem Embryonenschutzgesetz, ZFL 2001, 12 ff.

Die zuletzt genannte Position wird noch durch die Überlegung untermauert, daß das ESchG als Strafgesetz konzipiert ist, das wegen des strafrechtsspezifischen Bestimmtheitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG einer "erweiternden Auslegung"

siehe BVerfGE 92, 1 (14 ff.)

nicht zugänglich ist.

Auch dies ist im Rahmen des zu erstellenden verfassungsrechtlichen Gutachtens nicht im einzelnen zu analysieren. Setzt sich aber die neuere Auffassung durch, so droht in der Tat der vom Embryonenschutzgesetz zweifelsohne intendierte Lebensschutz zum Teil leerzulaufen.

Dazu auch *Giwer*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, aaO, S. 48.

Bereits diese Unsicherheit über das geltende Recht läßt ein legislatives Tätigwerden des Gesetzgebers als geboten erscheinen.

Dies gilt um so mehr, als der Richtlinienentwurf der Bundesärztekammer ebenfalls davon ausgeht, eine PID sei nach Abschluß des Acht-Zell-Stadiums nicht verboten; darauf verweist im Blick auf die Regulationsbedürftigkeit auch *Elke H. Mildemberger*, Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung der Enquete-Kommission "Recht und Ethik in der modernen Medizin" am 13. November 2000 - Präimplantationsdiagnostik - Arbeitsunterlage 14/37, S. 43 (These 5).

Die eindeutige "*Grundrechtswesentlichkeit*" der PID verbietet es, die Entscheidung über Zulässigkeit und Grenzen präimplantationsdiagnostischer Intervention etwa im ärztlichen Standesrecht, gar der Richtlinienfähigkeit der Bundesärztekammer zu überlassen.

Ebenso etwa *Friedhelm Hufen*, Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Präimplantationsdiagnostik, Thesen zur öffentlichen Anhörung der Enquete-Kommission "Recht und Ethik der modernen Medizin" am 13. November 2000, Arbeitsunterlage 14/35, Ziff. 11; *Ralf Röger*, Verfassungsrechtliche Fragen in der Präimplantationsdiagnostik, Stellungnahme zur Vorbereitung der nichtöffentlichen Expertenanhörung am 12. Februar 2001 vor der Enquete-Kommission "Recht und Ethik der modernen Medizin", Manuskript, S. 1.

Auch vor dem Hintergrund der biowissenschaftlichen Kontroversen darüber, ab wann mit hinreichender Sicherheit vom Verlust der Totipotenz ausgegangen werden kann, besteht Klärungsbedarf.

#### b) Legislative Regelungsoptionen

Die nachfolgenden Überlegungen beschränken sich auf die verfassungsrechtliche Beurteilung präimplantationsdiagnostischer Maßnahmen *ohne hieran anknüpfende therapeutische Interventionen*. Wenn und soweit sicher beherrschbare "Anschlußheilbehandlungen" nach erfolgter PID zur Verfügung stehen sollten, stellt sich insoweit die Frage nach ihrer Reglementierung auch aus verfassungsrechtlicher Sicht neu.

##### aa) Zur Zulässigkeit eines Verbots in der Präimplantationsdiagnostik

Entgegen einigen neueren Stellungnahmen ist ein prinzipielles Verbot der PID eine verfassungsrechtlich legitime

ob auch gebotene, dazu sogleich

legislative Konzeption. Ein solches Verbot ist zwar in mehrfacher Hinsicht als Grundrechtseingriff zu qualifizieren, kann jedoch durch bedeutsame verfassungsrechtliche Gegengründe und nach Maßgabe der grundrechtsdogmatischen Abwägungslehre gerechtfertigt werden.

Anders etwa *Monika Frommel*, Status des Embryos: Juristische Aspekte, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 67 (71 ff.)

##### (1) Betroffene Grundrechte

Von einem Verbot der PID sind sowohl die Frau bzw. die (potentiellen) Eltern als auch Ärzte bzw. (andere) Wissenschaftler betroffen:

Hierzu näher *Tade Matthias Spranger*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Präimplantationsdiagnostik, ZFSH/ SGB 2001, 266 ff.

Unter den Befürwortern einer (begrenzten) PID besteht allerdings Uneinigkeit darüber, wessen Grundrechtssphären vorrangig beeinträchtigt werden. Während für *Hufen* "primärer Adressat" eines Verbots der PID der behandelnde Arzt ist,

Siehe Stellungnahme für die Enquete-Kommission, aaO, Ziff. 9.

ist *Herdegen* der Auffassung, bei der verfassungsrechtlichen Güterabwägung sei "nur am Rande Grundrechtsposition der Ärzte (Art. 12 Abs. 1 GG) und von Wissenschaftlern (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) zu beachten".

*Herdegen*, Stellungnahme zu verfassungsrechtlichen Fragen der Präimplantationsdiagnostik, aaO, S. 5.

In der Tat spricht einiges dafür, die Rechtsgüter der betroffenen Frauen bzw. Eltern von ihrem (Abwägungs-) Gewicht höher zu bewerten als diejenigen der beteiligten Mediziner. Doch mag dies hier dahinstehen. Auch alle (unter Umständen) von einem Verbot der PID betroffenen Grundrechtsgüter zusammengenommen zwingen den Gesetzgeber *nicht* zu einer (partiellen) "Zulassung" der PID.

## (2) Kollidierende Grundrechtsgüter

Im Rahmen des dem Gesetzgeber angesichts der hohen Komplexität der Problemkonstellation zustehenden Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums können nämlich so gewichtige kollidierende Grundrechtsgüter geltend gemacht werden, daß ein Verbot der PID den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen Grundrechtseingriff genügt.

Daß auch der frühe Embryo dem sachlichen Gewährleistungsbereich des Lebensgrundrechts gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG unterfällt, ist bereits an anderer Stelle dargelegt worden. Auf diese Überlegungen kann hier verwiesen werden. Zwar steht das Grundrecht auf Leben nach Maßgabe des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt; die Verfassungsbestimmung bringt damit zum Ausdruck, daß Begrenzungen des grundrechtlichen Schutzgutes in der abwehrrechtlichen Dimension, aber auch eine gewisse Zurücknahme des Schutzes mit Blick auf die Schutzdimension grundsätzlich möglich sind. Doch ist andererseits zu berücksichtigen, daß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ein "Alles-oder-nichts-Grundrecht" ist.

So (der Richter des BVerfG) *Udo Steiner*, Schutz des Lebens durch das Grundgesetz, 1992, S. 14; siehe auch *Höfling/Rixen*, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, aaO, S. 91.

Oder in den Worten des Bundesverfassungsgerichts: "Um dabei das Untermaßverbot nicht zu verletzen, muß (der Gesetzgeber) allerdings in Rechnung stellen, daß die miteinander kollidierenden Rechtsgüter hier nicht zu einem verhältnismäßigen Ausgleich gebracht werden können, weil auf der Seite des ungeborenen Lebens in jedem Fall nicht ein mehr oder weniger an Rechten, die Hinnahme von Nachteilen oder Einschränkungen, sondern alles, nämlich das Leben selbst, in Frage steht".

So im Blick auf die Abtreibungsproblematik BVerfGE 88, 203 (255).

Schon dies besondere "Abwägungsgewicht" eröffnet dem Gesetzgeber weitreichende Eingriffsmöglichkeiten zu Lasten von (potentiellen) Eltern, Ärzten und Wissenschaftlern.

Darüber hinaus kann der Gesetzgeber zusätzlich die Verfassungsnorm des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG in das grundrechtsdogmatische (hier: toderne) "Spiel von Grund und Gegengrund" (Alexy) einstellen. Zwar ist, wie bereits

dargelegt, noch wenig geklärt, welche normative Direktionskraft das Verbot der Benachteiligung Behinderter gerade im Kontext (pränataler) biomedizinischer Intervention entfaltet. Aber auch dann, wenn der Gesetzgeber sich nicht die Position, in der Tötung menschlichen Lebens wegen einer zuvor festgestellten genetischen "Abweichung" liege "die wohl schwerste vorstellbare 'Benachteiligung' im Sinne der Vorschrift" des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG,

So *Röger*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Präimplantationsdiagnostik, aaO S. 55 (68).

sich vielmehr eine zurückhaltendere, eher prozedurale Deutung der Verfassungsbestimmung zu eigen macht: Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden wäre die "Aktivierung" der Grundrechtsnorm im Sinne eines vor allem objektiv-rechtlichen Schutzkonzepts, das durch das Verbot der PID (auch mittelbaren) Beeinträchtigungen des gesellschaftlichen Status Behinderter entgegenzuwirken versucht.

Zu diesem Gehalt der Vorschrift siehe auch *Wolfram Höfling*, Das "Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin" und die Grund- und Menschenrechte, in: M. Wunder/Th. Neuer-Miebach (Hrsg.), Bio-Ethik und die Zukunft der Medizin, 1989, S. 72 (76); siehe auch *dens.*, KritV 1998, S. 99 (103 f.) Darüber hinaus ist folgendes zu bedenken: Durch die Technik der In-vitro-Fertilisation steht eine vergleichsweise große Zahl von Embryonen grundsätzlich zur Präimplantationsdiagnostik zur Verfügung - zumindest hochgerechnet über einen längeren Zeitraum, d.h. über mehrere Zyklen hinweg. Daher können unter mehreren Embryonen diejenigen Embryonen, die am geeignetsten erscheinen, ausgewählt werden. Dies eröffnet Selektionsmöglichkeiten bislang nicht dagewesenen Ausmaßes. Hierdurch dürfte auch die Bedeutung zunehmen, die in ihren Auswirkungen

weniger gravierenden genetischen "Abnormalitäten" zugemessen wird. Angesichts der Verfügbarkeit qualitativ (scheinbar) "besserer" Embryonen ist in der Tat die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß die Existenz solcher geringfügiger Abweichungen (wie z. B. der Heterozygotenstatus für rezessive Merkmale) unter Umständen zum Ausschlußkriterium wird; hierauf hat insbesondere *Jaques Testart*, *The new genetic and medicalized reproduction*, *Cambridge Quarterly of Health Care Ethics* 4 (1995), 304 ff. hingewiesen; siehe ferner auch *Elisabeth Hildt*, *Präimplantationsdiagnostik - vom Angebot zur Nachfrage?*, in: Knoepffler/Haniel (Hrsg.), *Menschenwürde und medizinethische Konfliktfälle*, 2000, S. 67 (76 f.).

### (3) Weitere Abwägungsaspekte

Nun wird allerdings in der jüngeren Diskussion gelegentlich geltend gemacht, das Grundrecht auf Leben und Gesundheit der Mutter gebiete es, "diese im Rahmen des medizinisch und rechtlich Möglichen vor schwerwiegenden physischen und psychischen Gefahren im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Geburt zu schützen. Ein Verbot der PID, das auch solche Fälle erfasse, in denen bei einer Implantation eine Gefährdung des Lebens oder der physischen oder psychischen Gesundheit der Mutter drohe, sei unverhältnismäßig.

In diesem Sinne etwa *Friedhelm Hufen*, *Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Präimplantationsdiagnostik*, *Thesen zur öffentlichen Anhörung der Enquete-Kommission*, Ziff. 6, 19; im Ergebnis ebenso *Herdegen*, *Stellungnahme zu verfassungsrechtlichen Fragen der Präimplantationsdiagnostik*, aaO, S. 6.



Nun ist zwar in der Tat festzuhalten, daß eine gesetzliche Verpflichtung zur Duldung der Implantation verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen wäre - wobei hier dahinstehen kann, ob dies aus Art. 1 Abs. 1 GG oder dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 (i. V. mit Art. 1 Abs. 1) GG folgt.

Zum Problem schon, im Blick auf die Pflicht zur Fortsetzung einer Schwangerschaft, *Wolfram Höfling*, Die Abtreibungsproblematik und das Grundrecht auf Leben, in: Thomas/Kluth (Hrsg.), Das zumutbare Kind.

Doch folgt hieraus keineswegs eine verfassungsrechtlich geforderte legislative Pflicht, die PID partiell "zuzulassen".

Abgesehen davon, daß mit der sogenannten Polkörperbiopsie

Näher hierzu *Röger*, Verfassungsrechtliche Probleme medizinischer Einflußnahme auf das ungeborene menschliche Leben, Habil., aaO, S. 159

eine verfassungsrechtlich weniger problematische Diagnosemöglichkeit zur Verfügung steht, die jedenfalls teilweise, im Hinblick auf das mütterliche Genom, eine Alternative zur PID

auf denkbare Alternativen zur PID verweist auch *Renate Kollek*, Präimplantationsdiagnostik: Juristische und gesellschaftliche Aspekte, in: 4. Reihe der Juristen-Vereinigung Lebensrecht e.V., Nummer 17, S. 39 (50f.)

darstellt, darf der Gesetzgeber es der betroffenen Frau bzw. den potentiellen Eltern zumuten, auf ein genetisch eigenes Kind

denkbare Alternative, z. B. Samenspende (dazu noch unten).

zu verzichten.

Noch weitergehend *Sigrid Graumann*, Die 'Präimplantationsdiagnostik' - ein wünschenswertes und moralisch legitimes Ziel in der vorgeburtlichen Medizin?, in: Düwell/Mieth (Hrsg.), Ethik in der Humangenetik, 2. (unveränderte) Aufl. 2000, S. 383 (409): "Der Grund für die Inanspruchnahme der Präimplantationsdiagnostik ist der Wunsch, trotz eines hohen 'genetischen Risikos' ein eigenes gesundes Kind zu bekommen; Indikation und moralische Legitimation wäre hier allein das Leiden an der ungewollten Kinderlosigkeit. Ein auch noch so starker und verständlicher Kinderwunsch kann allerdings kein positives Recht auf Erfüllung des Kindeswunschs begründen (wie es der Begriff der *reproduktiven Autonomie* suggeriert), das den 'Verbrauch' von Embryonen durch Selektion rechtfertigen könnte, wenn diesen ein (unter Umständen auch gradueller) moralischer Schutzanspruch zugestanden wird."; ähnlich *Ulrike Riedel*, Wer die Ethik nicht fühlen will, muß das Recht hören, in: FAZ Nr. 105, 7. Mai 2001, S. 50.

Warum ein solcher angesonnener Verzicht auf eine Schwangerschaft "kein angemessenes Mittel des Interessenausgleichs" sein soll,

So - ohne Begründung - *Herdegen*, Stellungnahme zu verfassungsrechtlichen Fragen der PID, aaO, S. 6.

erschließt sich angesichts des Lebensrechts des Embryos jedenfalls nicht automatisch.

Vereinzelt wird im vorliegenden Zusammenhang auch noch der Gedanke eines Schutzes des Kindes vor sich selbst ins Spiel gebracht. So sind nach *Hufen* Konstellationen denkbar, "in denen gerade die PID den Schutz des Embryos und späteren Kindes vor schwersten körperlichen Leiden während einer kurzen Lebensphase ermöglicht, der Embryo selbst also durch ein völliges Verbot zumindest mittelbar betroffen wäre".

So *Hufen*, Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Präimplantationsdiagnostik, aaO, Ziff. 8.

Vgl. auch *Klaus Steigleder*, Müssen wir, dürfen wir schwere (nicht-therapierbare) genetisch bedingte Krankheiten vermeiden?, in: Düwell/Mieth (Hrsg.), Ethik in der Humangenetik, 2. Aufl. 2000, S. 91 (99ff.), der die Frage erörtert, ob gegenüber "möglichen Kindern die Pflicht (besteht), keine Nachkommen zu zeugen, wenn man weiß, daß erhöhte Risiken bestehen, schwere genetisch bedingte Krankheiten weiterzugeben".

Indes widerspricht ein solcher Ansatz fundamental grundrechtlichen Grundkategorien: Grundrechtsnormen schützen bestimmte Schutzgüter und gewährleisten dazu flankierend Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche. Sie gleichsam in einen Anspruch auf Beseitigung des garantierten Schutzgutes zu interpretieren, sprengt den grundrechtlichen Ordnungsrahmen.

Kritisch auch *Herdegen*, Stellungnahme zu verfassungsrechtlichen Fragen der Präimplantationsdiagnostik, aaO, S. 4: "Ein subjektives Recht des Embryos vor einem Heranwachsen zu einem mit schwe-

ren Krankheiten (oder Behinderungen) belasteten Individuum scheitert schon daran, daß ein solcher Schutz die Existenz des Individuums transzendieren würde, also auf einen Schutz vor der eigenen Existenz gerichtet wäre"; allerdings erwägt *Herdegen*, aaO, S. 4f., ob der Staat nicht der Frau bzw. den Eltern Entscheidungsspielräume einräumen müsse, ihres Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG 'treuhänderisch' bzw. 'fremdnützig(e) Abwägungen' entsprechende Dispositionen zu Lasten des Embryos vorzunehmen.

(4) "Wertungswidersprüche" mit dem geltenden Abtreibungsrecht?

Ein inzwischen gängiger Argumentationstopos, der von Befürwortern einer PID ins Feld geführt wird, verweist immer wieder auf Recht und Praxis der Abtreibung in Deutschland.

Hinzu komme die völlige Straflosigkeit nidationshemmender Interventionen (Spirale).

Siehe dazu etwa *Henning M. Beier*, Zum Status des menschlichen Embryos *in vitro* und zu ihrem *in vivo* vor der Implantation, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 52 (59)

Solche und ähnliche Argumentationen gehen indes fehl,

siehe dazu auch *Röger*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Präimplantationsdiagnostik, aaO, S. 55 (70 ff.)

und zwar aus mehreren Gründen:

- Aus (verfassungs)rechtlicher Perspektive erschließt sich zunächst schon nicht, was denn die "Rechtsfolge" der behaupteten Ungleichbehandlung sein soll. Der Gedanke der Folgerichtigkeit oder Systemgerechtigkeit

dazu etwa *Christoph Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungsproblem, 1976; *Franz-Josef Peine*, Systemgerechtigkeit, 1984; aus der Rechtsprechung vgl. etwa BVerfGE 36, 383 (393 f.); 81, 156 (207); auch 84, 239 (274, 283)

verweist zum einen schon nicht auf ein eigenständiges Verfassungsprinzip,

siehe nur *Peine*, aaO, S. 180 ff.

und gibt zum anderen auch in Gestalt des bloßen Willkürverbotes gemäß Art. 3 Abs. 1 GG nicht die Richtung einer möglichen Angleichung vor. Zumal die ethisch wie rechtlich hochproblematische Praxis der (Spät-)Abtreibung aus embyopathischen Gründen im Gewande der medizinischen Indikation sicherlich nicht als allgemeingültiges Modell umfassender reprogenetischer Selektion dienen könnte.

Zu Recht hat aus ethischer Perspektive *Dietmar Mieth* darauf hingewiesen, daß das Argument, "weil etwas gesellschaftlich akzeptiert wird, das weiterhin ethisch problematisch bleibt, ... etwas Struktur analoges auch akzeptiert werden (muß), das ebenfalls problematisch ist, ... kein ethisches Argument (ist). Die Logik, daß, wer A sagt, auch B sagen muß, ethisch gesehen nur stimmig ist, wenn A vorbehaltlos akzeptabel ist. Sonst verliert man die Vorbehalte gegenüber A aus dem Blick"; so *Dietmar Mieth*, Präimplantationsdiagnostik im gesellschaftlichen

Dies läßt sich auf die verfassungsrechtliche Argumentationsebene jedenfalls insoweit übertragen, als der Einwand eines (angeblichen) Wertungswiderspruchs den Gesetzgeber jedenfalls nicht zur "Freigabe" der Präimplantationsdiagnostik zwingt.

- Abgesehen hiervon erweist sich jedoch auch die Behauptung eines Wertungswiderspruchs schon bei flüchtigem Blick auf die vergleichbaren Sachverhalte als Fehlbewertung:

Während sich die Eltern im Falle eines positiven pränatalen Befundes während einer Schwangerschaft oftmals noch mit der Frage befassen, ob sie die Schwangerschaft wirklich abbrechen wollen, ist diese Entscheidung der Präimplantationsdiagnostik in der Regel bereits vor der Befruchtung in vitro gefallen.

Siehe auch *Dietmar Mieth/Katja Ruppel*, Ethische Probleme der Präimplantationsdiagnostik, in: Düwel/Mieth (Hrsg.), Ethik in der Humangenetik, 2. Aufl. 2000, S. 358 (375 f.)

Auch wenn die schwierige Situation der Frauen bzw. Eltern in der PID-Konstellation hier keineswegs relativiert werden soll, erzeugt doch die Technizität des Laborvorgangs eine andere Distanz als die Situation in der Schwangerschaft.

Auf die exzeptionelle Konfliktkonstellation der Schwangerschaft, die sich der Parallelisierung mit allen anderen Situationen entzieht, hat auch das Bundesverfassungsgericht in aller Deutlichkeit in seiner zweiten Abtreibungsentscheidung hingewiesen: Am Verbot des Schwangerschaftsabbruchs erschöpfe sich nämlich "angesichts der einzigartigen Verbindung von Mutter und Kind nicht in einer Pflicht der Frau ..., den Rechtskreis eines anderen nicht zu verletzen, sondern (enthalte) zugleich eine intensive, die Frau existenziell betreffende Pflicht zum Austragen und Gebären des Kindes ...".

BVerfGE 88, 203 (256) unter Bezugnahme auf *Margot von Renesse*, §§ 218 f. StGB – eine unvollkommene Antwort auf ein unlösbares Problem, ZRP 1991, 321 (322 f.)

- Sodann: Bei der normalen Pränataldiagnostik und anschließendem Schwangerschaftsabbruch geht es "nur" um eine negative Auswahl von Embryonen bzw. Feten, während PID zusätzlich die Möglichkeit "positiver" Selektion unter mehreren Embryonen nach "Qualitätsmerkmalen" ermöglicht. Nicht nur das "Da-Sein", sondern das "So-Sein" (*Mieth*) steht zur Disposition.
- Schließlich: Im Rahmen der pränatalen Diagnostik reagieren Ärzte auf einen vorfindlichen Zustand und auf eine Notlage; im Rahmen einer PID agieren sie. Ohne das medizinische Vorverhalten gäbe es keinen Entscheidungskonflikt. Welche Rückwirkungen dies auf die arztethischen Standards haben wird, ist bislang noch kaum erörtert.

Siehe auch *Kolleck*, Präimplantationsdiagnostik, aaO, S. 232

Im übrigen ist auch die Annahme unzutreffend, in vitro sei der Embryo umfassend in seiner Integrität geschützt, während er in vivo dem nahezu beliebigen Übergriff anderer ausgesetzt sei. Verweigert die Frau nämlich den Transfer einer befruchteten Eizelle, so ist der Embryo nach geltendem Recht ohne realistische Überlebensalternative.

Siehe auch *Riedel*, in: FAZ Nr. 105 v. 7. Mai 2001, S. 50; zum keineswegs umfassenden extrauterinen Lebensschutz siehe auch Walter Gropp, Der Embryo als Mensch: Überlegungen zum pränatalen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, GA 2000, 1 (4). Zur Frage einer Präimplantationsadoption siehe aber bereits oben

## bb) Verfassungsrechtlich zwingendes Verbot der PID?

Bei den vorstehenden Ausführungen ist allerdings noch nicht die weitergehende Frage beantwortet, ob nicht der Gesetzgeber sogar von Verfassung wegen *verpflichtet* ist, die PID strikt zu untersagen. In dieser Fragestellung manifestiert sich eine für die Grundrechtsdogmatik eher ungewöhnliche Perspektive: Ist es denkbar, daß die Verfassung es dem Gesetzgeber gebietet, bestimmte Freiheitsausübungen - hier: die oben skizzierten Positionen von Eltern und Ärzten im Zusammenhang mit der PID - zu verbieten?

### (1) PID und Menschenwürdeschutz

Dies ist in der Tat denkbar, jedenfalls dann, wenn das - nicht notwendig strafbewehrte - Verbot zum Schutze der Menschenwürde der betroffenen Embryonen

dazu, und daß auch das frühe menschliche Leben der Schutzgarantie des Art. 1 Abs. 1 GG unterfällt, siehe bereits oben ...

erforderlich ist.

Damit ist jetzt konkret die schwierige Frage nach dem Verhältnis von Menschenwürde und Lebensschutz, nach der Grundrechtskonkurrenz zwischen Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG aufgeworfen. Der Grundsatz partieller Spezialität und Subsidiarität des Menschenwürdesatzes

dazu *Wolfram Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 1 Rdnr. 57; ähnlich *Hans D. Jarass*, in: Jarass/Piero, Art. 1 Rdnr. 4; ausdrücklich diesen Ansatz aufgreifend: *Röger*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Präimplantationsdiagnostik, aaO, S. 55 (64 f.)

gilt namentlich auch im Blick auf das Lebensgrundrecht: Bereits der einfache Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG macht in verfassungssy-



stematischer Perspektive deutlich, daß die Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 2 GG nicht als "Tandem" wechselseitig sich ergänzender und verstärkender Grundrechtspositionen stets nebeneinander ihre normative Direktionskraft entfalten. Es gilt vielmehr der *Vorrang der Maßstabsfunktion des Lebensgrundrechts*.

Hierzu schon *Höfling*, Die Abtreibungsproblematik und das Grundrecht auf Leben, in: Das zumutbare Kind, aaO, S. 119 (125 f.); der Konzeption zustimmend etwa BSGE 86, 174 (180); siehe auch die Formulierung bei *Klaus Stern*, Menschenwürde als Wurzel der Menschen- und Grundrechte, in: Festschrift für Scupin zum 80. Geburtstag, 1983, S. 627 (633): "Das Leben darf nur nicht menschenunwürdig angetastet werden".

Die hier skizzierte Konzeption liegt der Sache nach ersichtlich auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Abtreibungsproblematik zugrunde, wenn sie zwar einerseits auf das ungeborene Leben den Menschenwürdesatz reklamiert, andererseits aber hervorhebt, der Schutz des Lebens sei "nicht in dem Sinn absolut geboten, daß dieses gegenüber jedem anderen Rechtsgut ausnahmslos Vorrang genösse ...".

BVerfGE 88, 203 (252, 253)

Der zum Handeln aufgerufene Gesetzgeber hat deshalb im Blick auf Art. 1 Abs. 1 GG zu prüfen, ob eine präimplantationsdiagnostisch gestützte Selektion von Embryonen einen den Übergriff auf das Lebensgrundrecht noch in qualitativ besonderer Weise überschreitende Tabuverletzung darstellt oder ob dies - jedenfalls bei einer auf eng begrenzte Konstellationen zugeschnittenen gesetzlichen Regelung - verneint werden kann.

Daß einer solchen Entscheidung notwendig ein gewisses Maß an Dezisionismus anhaftet, liegt auf der Hand. Vor diesem Hintergrund erscheint eine gesetzgeberische Bewertung, die nicht in jeder präimplantationsdiagnosti-

schen Intervention eine Menschenwürdeverletzung sieht, aus einer - hier hypothetisch angenommen - verfassungsgerichtlichen Kontrollperspektive nicht unvertretbar.

Anders Röger, Verfassungsrechtliche Grenzen der Präimplantationsdiagnostik, Schriftenreihe der Juristen-Vereinigung Lebensrecht, Nr. 17, aaO, S. 55 (65 ff.); wohl auch *Rainer Beckmann*, Der Embryo ist kein Rechnungsposten, in: FAZ Nr. 108 v. 10. Mai 2001, S. 52

Nicht zuletzt der sog. Lübecker Fall zeigt die (jedenfalls zum Teil) tragischen Konfliktlagen, in denen (potentielle) Eltern stehen können. Die Durchführung einer PID und die sich ggf. anschließende "Verwerfung" des Embryos in einer solchen Situation nicht als Verletzung der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG zu qualifizieren, dürfte wohl nicht als verfassungswidrige legislatorische Einschätzung qualifiziert werden können.

Andere Wertung bei *Beckmann*, MedR 2001, 169 (171 f.)

(2) Verstoß gegen das Untermaßverbot durch partielle "Zulassung" der PID?

Durch diese Feststellung ist indes noch immer nicht abschließend geklärt, ob der Gesetzgeber nicht doch von Verfassungs wegen verpflichtet ist, die PID ausnahmslos zu verbieten.

Konfliktkonstellationen, wie die soeben mit dem "Lübecker Fall" beispielhaft angesprochenen, werden nun von Befürwortern der PID angeführt,

als ein anderes Beispiel, auf das legitimierend für eine begrenzte "Freigabe" der PID verwiesen wird, nennt *Volker von Loewenich* die spinale Muskeldystrophie *Werdnig-Hoffmann*, eine Erkrankung, bei

der die motorischen Vorderhorn-Zellen des Rückenmarks unaufhaltsam degenerieren und der Tod schließlich durch langsames Ersticken eintritt; die Wiederholungswahrscheinlichkeit beim nächsten Kind beträgt 25 %; siehe *Volker von Loewenich*, Soll eine Präimplantationsdiagnostik ein Gesetz werden dürfen? Die Sicht eines Neonatologen, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 196 (199); kritisch hierzu *Lauffs*, aaO, S. 207

um die moralische wie rechtliche Legitimität einer (eng) begrenzten gesetzlichen Regelung der PID zu begründen. Allenfalls zwischen 50 und 100 Paare kämen danach für eine PID in Deutschland in Betracht.

Die Zahl 50 wird genannt bei *Frank Nawroth/Michael Ludwig/Peter Mallmann/Klaus Diederich*, Naturwissenschaftliche und (arzt-) rechtliche Grundlagen der Präimplantationsdiagnostik, ZME 46 (2000), 63 (76). Allerdings sind auch folgende Zahlen von Interesse: *Hille Haker*, Präimplantationsdiagnostik als Vorbereitung von Screening-Programmen, EthikMed 1999, Suppl. 1, S. 104 (110) verweist auf einen Fall, bei dem bei acht an Muskeldystrophie, einer rezessiven x-chromosomal vererbten Erkrankung, leidenden Frauen 147 Embryonen extrakorporal erzeugt wurden, um letztlich zwei Schwangerschaften mit (insoweit) gesunden Kindern zu etablieren (wobei nicht mitgeteilt wird, ob aus diesen beiden Schwangerschaften eine Geburt hervorging. *Regine Kollek/Carsten Held*, Voraussetzungen und Implikationen der Präimplantationsdiagnostik, 1997, S. 80 nennen einen Fall, bei dem bei 12 Mukoviszidose-Trägerinnen 137 Embryonen ex-

trakorporal erzeugt wurden, woraus letztlich fünf Geburten resultierten; zu weiteren "Rechenbeispielen" siehe *Röger*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Präimplantationsdiagnostik, aaO, S. 55 (77 ff.)

Verletzt der Gesetzgeber tatsächlich, so ist demnach zu fragen, seine verfassungsrechtliche Schutzpflicht gegenüber den bei der PID getöteten Embryonen, wenn er in Rücksichtnahme auf die Grundrechtsposition der Frau bzw. der Eltern

nachrangig auch der Ärzte (und Wissenschaftler);  
dazu siehe oben ...

diesen im Rahmen des geltenden "IVF-Rechts" eine PID ermöglicht? Nun gibt es durchaus Stimmen, die diese Frage verneinen und das skizzierte Spannungsfeld im Sinne "praktischer Konkordanz" (*Hesse*) aufzulösen versuchen. So hat etwa die rheinland-pfälzische Bioethik-Kommission ein Regelungsmodell vorgeschlagen, das die PID an folgende Voraussetzungen knüpft:

- (1) Bei dem betreffenden Paar muß ein hohes genetisches bzw. chromosomales Risiko für betroffene Nachkommen nachgewiesen sein, wobei sich die Höhe nicht nach der Quantität, sondern nach der Qualität des Risikos (z. B. Krankheitswert, Behandlungsmöglichkeit, Verlauf der Krankheit) bemißt. Von einer gesetzlichen Fixierung eines Katalogs indizierter Erkrankungen soll allerdings abgesehen werden.
- (2) Nach Beratung muß feststehen, daß die Nichtanwendung der Präimplantationsdiagnostik den "größeren Schaden" einer 'Schwangerschaft auf Probe' mit großer Wahrscheinlichkeit zur Folge hat.
- (3) Grundsätzlich ist die Einwilligung der Frau und des Mannes für die Durchführung der Präimplantationsdiagnostik und den anschließenden Transfer erforderlich.

So Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz, Präimplantationsdiagnostik, aaO, IV. 3.

Ob das Bundesverfassungsgericht eine entsprechende parlamentsgesetzliche Regelung akzeptieren würde, erscheint indes unsicher. Zu bedenken ist nämlich, daß für die PID-Situation ein nach beiden Seiten "schonender Ausgleich" praktisch unmöglich ist. Insofern ergibt sich dann in der Tat eine Parallelisierung mit der Abtreibungsproblematik. Im Blick auf diese hat das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben: Der Gesetzgeber müsse, um das Untermaßverbot nicht zu verletzen, "in Rechnung stellen, daß die miteinander kollidierenden Rechtsgüter hier nicht zu einem verhältnismäßigen Ausgleich gebracht werden können, weil auf der Seite des ungeborenen Lebens in jedem Fall nicht ein Mehr oder Weniger an Rechten, die Hinnahme von Nachteilen oder Einschränkungen, sondern alles, nämlich das Leben selbst, in Frage steht".

So BVerfGE 88, 203 (255)

Insofern ist im Blick auf das "Ob" und das "Wie" der staatlichen Schutzpflichtwahrnehmung nicht allein die Qualität des betroffenen Rechtsgutes zu beachten, sondern auch zu bedenken, daß der Staat die Hinnahme von Risiken und Beeinträchtigungen nur umgekehrt proportional zur Irreparabilität des eintretenden Schadens zumuten darf.

Allgemein zu den Parametern, die über die Auslösung und die Art der staatlichen Schutzpflicht entscheiden: *Josef Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit - Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, 1983, S. 37 f.

Mit der Abtreibungsproblematik wäre eine gesetzliche Regelung zur PID dadurch verknüpft, daß deren Zulässigkeit von folgender, bereits angesprochener Voraussetzung abhängig gemacht wird:

Als Resultat der eingehenden und sachkundigen Beratung der Frau bzw. der (potentiellen) Eltern muß zur Überzeugung des Beraters/der Beraterin feststehen, daß die Frau/das Paar ohne die Möglichkeit zur PID zu einer

"Schwangerschaft auf Probe" mit anschließender Beendigung der Schwangerschaft bei positiver Pränataldiagnostik entschlossen ist.

Eine derartige "Lösung" erscheint im Blick auf die gesetzgeberische Gestaltungs- und Verantwortungsprärogative nicht schlechthin ausgeschlossen.

Siehe allgemein auch *Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, S. 72 ff.

### c) Fazit

Dennoch: Auch insoweit verbleibt ein nicht zu unterschätzendes verfassungsrechtliches Risiko. Der Gesetzgeber ist deshalb bei Würdigung aller Umstände, insbesondere

- der Grundrechtspositionen der beteiligten Frauen bzw. Eltern ebenso wie der beteiligten Mediziner,
- des (nicht kompensierbaren) Lebensrecht der betroffenen Embryonen,
- der möglichen Auswirkungen auf den gesellschaftlichen Status Behinderter und das Berufsethos der Ärzte

besser beraten, beispielsweise durch eine (klarstellende) Ergänzung des Embryonenschutzgesetzes bzw. im Rahmen eines neuen Fortpflanzungsmedizinergesetzes die Möglichkeit einer PID auszuschließen.

### 5. Verfassungsfragen der Forschung an und mit (embryonalen) Stammzellen

Die Forschung an und mit embryonalen Stammzellen gehört derzeit zu den meistdiskutierten Feldern der Biowissenschaften. In der Debatte wird paradigmatisch über die "Legitimität der Selbstinstrumentalisierung und Selbstoptimierung der menschlichen Gattung"

siehe *Andreas Kuhlmann*, Politik des Lebens, Politik des Sterbens, 2001, S. 62

gestritten. Die mit ihr aufgeworfenen Fragen erweisen sich zugleich als ganz besondere Herausforderungen der (Verfassungs-)Rechtsordnung.

Obwohl den unterschiedlichen Zugriffsoptionen, derer sich die Forschung bedient bzw. bedienen kann, auch aus (verfassungs-)normativer Perspektive durchaus verschiedene Probleme korespondieren, rechtfertigen die übergreifenden biologischen Zusammenhänge dennoch die Erörterung in einem eigenen, gemeinsamen Abschnitt.

#### a) Grundlagen und Problemkontext

##### aa) Biowissenschaftliche Realien

Embryonale Stammzellen stammen aus einem frühembryonalen Entwicklungsstadium oder aus den Ur-Keimzellen des (in der Regel) abgetriebenen frühen Embryos. Damit Zellen der Kategorie embryonaler Stammzellen zugeordnet werden können, müssen sie folgende Voraussetzungen erfüllen bzw. Eigenschaften besitzen:

- Unbegrenzttes Wachstum,
- stabile, unveränderte Chromosomensätze,
- die Fähigkeit zu fortgesetzten asymmetrischen Teilungen, d. h. zur Selbsterneuerung,
- die Fähigkeit zur Differenzierung in alle Zell-Typen der drei Keimblätter (Endoderm, Mesoderm und Ekdoderm), aus denen der gesamte Organismus des ausgewachsenen Individuums gebildet wird (Pluripotenz).

Dazu etwa *Traute Schroeder-Kurth*, Medizinisch-ethische Aspekte bei der Gewinnung und Verwendung embryonaler Stammzellen, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 228 ff. (228) unter Bezugnahme u. a. auf *J. A. Thomson/J. S. Odorica*, Human embryonic stem cell and embryonic germ cell lines, *Trends Biotechnik*, 18 (2000), 53 ff.

Je nach der Herkunft der Stammzellen lassen sich unterscheiden:

- (1) Embryonale Stammzellen (ES-Zellen),
- (2) embryonale Keimzellen (EG-Zellen) und
- (3) gewebespezifische (adulte) Stammzellen.

Die Entwicklung der biologischen Potentiale sind in den embryonalen, fötalen und adulten Stammzellen in unterschiedlichem Maße ausgeprägt. Insgesamt aber wird der Stammzellforschung ein großes Anwendungspotential in der Medizin zugewiesen. Namentlich die beteiligten Forscher verweisen darauf, daß die bislang in Tierversuchen gewonnenen Ergebnisse neue Therapiestrategien für bisher kaum oder nur begrenzt behandelbare Krankheiten als nicht mehr unrealistisch erscheinen lassen. Danach ist es denkbar, in einer (mehr oder weniger) fernerer Zukunft Spenderzellen für die Transplantationen verschiedenster Organsysteme durch Zellkulturverfahren herzustellen.

Siehe auch DFG, Empfehlung der Deutschen Forschungsgemeinschaft zur Forschung mit menschlichen Stammzellen vom 3. Mai 2001, S. 2; siehe auch *Oliver Brüstle*, Embryonale Stammzellen: Neue Perspektiven für die Transplantationsmedizin, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, aaO, S. 222 ff.

#### bb) Problemaufriß und Problemkontext

Die Techniken der (embryonalen) Stammzellenforschung werfen zahlreiche ethische wie rechtliche Fragen auf:

- Ein wesentlicher Aspekt betrifft den Paradigmenwechsel, den (die Herstellung und) der Verbrauch von Embryonen für die Praxis der in vitro-Fertilisation bedeutet. Hier ist zum einen zu bedenken, daß der inzwischen zunehmend diskutierte Zugriff auf sog. überzählige Embryonen der Schutzkonzeption des Embryonenschutzgesetzes deutlich widerspricht. Es dürfte



im übrigen auch kein Zufall sein, daß in Großbritannien durchschnittlich sechs Eizellen befruchtet werden, also doppelt so viele wie in Deutschland (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 3 und 5 Embryonenschutzgesetz).

Siehe dazu auch *Ingrid Schneider*, Embryonale Stammzellforschung, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 248 (249)

Damit wächst bzw. realisiert sich die Gefahr, daß die Zeugung, nachdem sie sich mit der IVF bereits von der Sexualität gelöst hat, nunmehr auch von der Fortpflanzung abgekoppelt wird.

- Die mit der geschilderten Praxis einhergehende "Verdinglichung" von Embryonen erweist sich aus verfassungsrechtlicher Sicht als das zentrale Problem. Dieses spitzt sich im Blick auf die Technik des sog. therapeutischen Klonens noch einmal zu.

- Nicht aus dem Blickfeld geraten dürfen auch die (denkbaren) Zusammenhänge zwischen den verstärkt erhobenen Forderungen nach einer Zulässigkeit der Eizellspende und der embryonalen Stammzellforschung, bei der die medizinischen Interventionen namentlich bei den beteiligten Frauen ein deutlich fremdnütziges Gepräge besitzen.

Siehe auch *Schneider*, Embryonale Stammzellforschung, aaO, S. 248 (250)

b) Forschung an und mit ES-Zellen

aa) Gewinnung und Eigenschaften

ES-Zellen werden aus unausgereiften (undifferenzierten) Zellen früher Embryonalstadien nach künstlicher Befruchtung gewonnen.

Vgl. die Beschreibung bei *James A. Thomson u.a.*,  
Embryonic Stem Cell Lines Derived from Human  
Blastocysts, *Science* 282 (1998), 1145 ff.

Sie werden aus einem bestimmten Zelltyp im Inneren der ca. vier Tage nach der Befruchtung entstandenen Blastozyste entnommen. Allerdings hat dies mit den bisher angewandten Methoden die Zerstörung des Embryos zur Folge.

So ausdrücklich jüngst noch DFG, Empfehlungen vom 3. Mai 2001, aaO, S. 3. - Vor diesem Hintergrund mutet es etwas befremdlich an, wenn *Rüdiger Wolfrum*, Welche Möglichkeiten und Grenzen bestehen für die Gewinnung und Verwendung humaner embryonaler Stammzellen aus juristischer Sicht?, in: Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 235 ff. (235), "im Folgenden - hypothetisch - davon (ausgeht), daß dies der Entwicklung der Blastozyste nicht schadet. Dies ist allerdings nicht unstrittig".

Zwar scheinen sich bei Forschung an Mäusen Entwicklungen abzuzeichnen, die das Anlegen solcher Zellkulturen aus nur einzelnen Zellen erlauben, und damit den Embryo intakt lassen, doch hält es die DFG "angichts des unbekanntem Verletzungsrisikos" für "unvertretbar, menschliche Blastozysten nach einer derartigen Zellentnahme für die Einleitung einer Schwangerschaft zu verwenden".

So DFG, aaO, S. 3 f.

Die Forschung an embryonalen Stammzellen kann sich einmal auf die Frage konzentrieren, wie und unter welchen Bedingungen sich derartige Zellen zu bestimmten Zelltypen hin entwickeln lassen und was bei diesen Entwick-

lungsprozessen spezifisch für die frühe menschliche Embryonalentwicklung ist.

Siehe DFG, aaO, S. 6

Der mögliche therapeutische Einsatz von ES-Zellen betrifft ihre Zellersatzfunktion. Insofern erscheint der Einsatz aussichtsreich vor allem bei solchen Geweben, die bei erwachsenen Menschen sich nur sehr eingeschränkt oder gar nicht regenerieren, wie es beispielsweise für das Nervensystem zutrifft. Auch über erste Tierversuche zum Ersatz von Herzgewebe wird berichtet; weitere therapeutische Einsatzmöglichkeiten beziehen sich auf die In-vitro-Differenzierung insulinbildender Zellen zur Behandlung des Diabetes mellitus.

Siehe mit Nachweisen DFG, aaO, S. 6 f.

Eine weitere Möglichkeit der Gewinnung von ES-Stammzellen ergibt sich aus der Reprogrammierung somatischer Zellen durch Zellkerntransplantation. Durch diesen Prozeß entstehen Embryonen, die wie natürlich befruchtete Eizellen in Kulturen zu Blastocysten herangezogen werden können. Die hieraus gewonnenen ES-Zellen wären nicht nur in Bezug auf das Kerngenom mit dem Erbgut des Patienten identisch; durch entsprechende Behandlung könnte vermutlich auch bei Übertragung auf den Patienten eine immunologische Abstoßungsreaktion vermieden werden.

Siehe hierzu DFG, aaO, S. 11-13

Diese Technik wird - durchaus irreführend - als therapeutisches Klonen bezeichnet. Wegen zahlreicher Unklarheiten und schweren Entwicklungsstörungen, die in tierischen Systemen beobachtet worden sind, befürwortet die DFG die Umsetzung des Verfahrens auf Menschen (zur Zeit) nicht.

AaO, S. 14

bb) Forschung an und mit ES-Zellen und Embryonenschutzgesetz (sowie Transplantationsgesetz)

Das Embryonenschutzgesetz erfaßt die Forschung an und mit embryonalen Stammzellen nur zum Teil:

- Nicht erfaßt ist die Entnahme von EG-Zellen, da das ESchG nur den Zeitraum bis zur Einnistung des Embryos in den Uterus regelt. Auch das Transplantationsgesetz entfaltet insoweit keine normativen Wirkungen (siehe § 1 Abs. 2 TPG). Allerdings ist die Erzeugung von Keimzellen aus pluripotenten Stammzellen verboten, sofern die Erbinformation der Keimzelle zuvor künstlich verändert wurde (siehe § 5 Abs. 1 und Abs. 4 Nr. 2b ESchG).

Siehe auch DFG, aaO, S. 17 f.

- Verboten ist durch das ESchG die fremdnützige Verwendung menschlicher Embryonen, d. h. jede Nutzung, die nicht der Erhaltung des Embryos dient (siehe §§ 1 und 2 ESchG). Verboten ist nach § 6 Abs. 1 auch das Klonen menschlicher Embryonen, wobei als Embryo gemäß § 8 Abs. 1 ESchG auch jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle ist. Da die Entnahme von embryonalen Stammzellen aus Blastocysten zu einem der Nichterhaltung des Embryos dienenden Zweck erfolgt, ist sie mit dem ESchG nicht vereinbar.

So auch DFG, aaO, S. 17

- Weniger eindeutig stellt sich dagegen die normative Situation im Blick auf das sog. therapeutische Klonen dar. Hier ergeben sich Zweifel an der Anwendbarkeit des Klonungsverbots des § 6 Abs. 1 ESchG daraus, daß bei der Zellkerntransplantation keine vom Gesetz verlangte Befruchtung der Eizelle stattfindet. Auch im Blick auf den Tatbestand des § 2 Abs. 1 ESchG ist festzustellen, daß geschütztes "Tatobjekt" der Embryo ist, der nach der Legaldefinition des § 8 Abs. 1 "die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an" bzw. jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle ist. Ob die genannte Bestimmungen tatsäch-

lich den Sachverhalt des sog. therapeutischen Klonens erfassen, ist im Blick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG durchaus fraglich.

cc) Zur verfassungsrechtlichen Bewertung

Die nachfolgenden verfassungsrechtlichen Überlegungen gehen in Übereinstimmung mit der jüngsten Stellungnahme der Deutschen Forschungsgemeinschaft davon aus, daß die zur Anwendung gelangenden Praktiken der Gewinnung von ES-Zellen "die Zerstörung des Embryos zur Folge" haben.

So DFG, Empfehlungen zur Forschung mit menschlichen Stammzellen vom 3. Mai 2001, aaO, S. 3

Da der Embryo auch in diesem frühen Stadium ("Präimplantationsembryo") dem Grundrechtsschutz des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und prinzipiell auch des Art. 1 Abs. 1 GG unterfällt,

dazu bereits oben

liegen die verfassungsrechtlichen Probleme auf der Hand. Ihre Erörterung differenziert im folgenden zwischen zwei Konstellationen:

- Einmal geht es um die verfassungsrechtliche Problematik der Erzeugung von Embryonen allein zu dem Zweck, aus ihnen später ES-Zellen zu gewinnen,
- zum anderen um die Situation der Gewinnung von ES-Zellen aus sog. überzähligen Embryonen.

dd) Erzeugung von Embryonen zwecks embryonenverbrauchender Gewinnung von ES-Zellen

Die denkbaren Regelungsoptionen des Gesetzgebers sind von vornherein auf Null reduziert, wenn für diese Praxis die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG ihre normative Direktionskraft entfalten würde. Und in der Tat: Die Erzeugung und der anschließende "Verbrauch" von Embryonen

scheint auf eine Konstellation zu verweisen, in der die Gewährleistung des Art. 1 Abs. 1 GG in ihrer geläufigen Instrumentalisierungsdimension den schutzverpflichteten Staat zum strikten Verbot zwingt.

In der deutschen Diskussion ist schon (ab) Mitte der 80er Jahre ist die Auffassung vertreten worden, menschliches Leben, das zu anderen Zwecken als zur Einpflanzung in einen weiblichen Körper erzeugt werde, diene ausschließlich einem Zweck außerhalb seiner selbst, was mit der Menschenwürde nicht im Einklang stehe.

So *Ernst Benda*, Zur Erprobung der Menschenwürde am Beispiel der Humangenetik, Beilage zu "das Parlament" B 3/85, S. 18 (28); *Christian Starck*, Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen. Erstes Teilgutachten, 56. DJT, Bd. I, A 1 (33); dezidiert auch *Paul Heusermann/Detlef Kröger*, Die Menschenwürde und die Forschung am Embryo, MedR 1989, 168 ff.; a. A. bspw. *Hasso Hofmann*, JZ 1986, 253 (258)

Nun bedeutet die Beendigung menschlichen Lebens als solche, wie an anderer Stelle bereits näher dargelegt,

vgl. oben

noch nicht automatisch die Verletzung menschlicher Würde. Dies ergibt sich aus dem Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG und - darauf fußend - dem spezifischen Subsidiaritätsverhältnis, in dem die Menschenwürdegarantie zu den anderen Grundrechtsgewährleistungen steht.

Auch der Umstand, daß menschliches Leben zum "Objekt" gemacht wird, vermag nur eine gewisse Indizfunktion zu übernehmen. Allerdings weist die hier zu beurteilende Konstellation ein solches Maß an "Verdinglichung" und Instrumentalisierung auf, daß die Annahme einer schweren Tabuverletzung naheliegt. Es sind keine Risiken abzuwägen oder konkrete Rechtsgüterkonflikte auszutarieren: Das "Monströse"

siehe *Jan Ross*, Das Monströse, in: Die Zeit Nr. 35  
vom 24.8.2000, S. 1

liegt schlicht in der funktionalistisch reduzierten Erzeugung von menschlichen Embryonen - und das heißt: von Trägern des Grundrechts gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG! -, um sie sogleich als Forschungsmaterial zu "verbrauchen" und zu töten.

Ein striktes Verbot, wie es auch § 2 Embryonenschutzgesetz formuliert, ist insoweit die einzige Möglichkeit der Erfüllung der legislatorischen Schutzpflicht.

Damit ist nicht entschieden, daß ein solches Verbot,  
je nach geltendem Recht, strafbewehrt sein muß

Auch die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat in ihren jüngsten Empfehlungen zur Forschung mit menschlichen Stammzellen tendenziell die Auffassung erkennen lassen, die gezielte Herstellung von Embryonen zum Zwecke der Gewinnung von ES-Zellen sei forschungsethisch nicht zu rechtfertigen.

Siehe DFG, aaO, S. 42 f.; allerdings sind die Ausführungen zum ethischen Hintergrund der Stammzellforschung (S. 31 ff.) dadurch relativiert, daß die Stellungnahme zwischen zwei ethischen Grundpositionen unterscheidet und an etlichen Stellen auf eine klare Aussage verzichtet.

Nicht aus kategorialen Gründen, sondern eher im Sinne eines Dammbrech-Arguments hat im übrigen bereits der sog. Warnock-Report sich gegen eine Erzeugung von Embryonen primär zu Forschungszwecken ausgesprochen; siehe Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, London, July 1984, Ch. 11 § 27

ee) Zum sog. therapeutischen Klonen

Die vorstehenden Überlegungen gelten auch für das sog. therapeutische Klonen.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht betrifft das entscheidende Problem die Frage, ob das "Produkt" des therapeutischen Klonens als menschliches Leben qualifiziert werden muß. Vor dem Hintergrund der an anderer Stelle näher dargelegten Erwägungen zur Konkretisierung des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist von einer *normativen Äquivalenz* von totipotenten menschlichen Zellen, die einmal auf dem Befruchtungswege, das andere Mal als Resultat eines Zellkerntransfers entstanden sind, auszugehen. Daß der sich anschließende zellbiologische Differenzierungsprozeß sich je einer anderen "Initialzündung" verdankt, fällt nicht entscheidend ins Gewicht. In beiden Fällen ist die Entwicklungspotenz zu einem "vollständigen" Menschen grundsätzlich gleichermaßen vorhanden.

Im Ergebnis übereinstimmend *Röger*, Verfassungsrechtliche Probleme, Habilschrift, aaO, S. 214

ff) Gewinnung von ES-Zellen aus sog. überzähligen Embryonen

Die vorstehend skizzierte Position läßt sich allerdings nach z. T. vertretener Auffassung nicht ohne weiteres auf die Gewinnung von ES-Zellen von sog. überzähligen Embryonen übertragen, die ja nicht eigens als humanbiologisches "Material" geschaffen wurden.

S. dazu auch DFG Stellungnahme vom 3. Mai 2001, S. 40 ff.

Solche "überzähligen" Embryonen sollen auch in Deutschland in gewisser Anzahl existieren.

*Christian Starck*, der dezidiert für die Erstreckung des Lebens- und Würdeschutzes auf den Embryo in vitro plädiert, hat allerdings jüngst im Blick auf



die sog. überzähligen Embryonen die These vertreten, insofern könne embryonale Stammzellforschung erlaubt werden. Die aus seiner Sicht verfassungsrechtlich geforderte Konnexität zwischen In-vitro-Fertilisation und (geplanter) Einpflanzung der Embryonen in die Gebärmutter der Frau sei hier gewahrt. Wenn sich nun nachträglich erweise, daß ein Transfer unmöglich sei, dann seien diese sog. überzähligen Embryonen "ohne jede Entwicklungschance und mit abgegangenen, nicht überlebensfähigen Föten oder menschlichen Leichnamen (!) vergleichbar".

So *Christian Starck*, Hört auf, unser Grundgesetz  
zerreden zu wollen, in: FAZ Nr. 124 vom 30. Mai  
2001, S. 55 - Hervorhebung hinzugefügt

Dieser Auffassung ist indes zu widersprechen. Unzutreffend und grundrechtsdogmatisch inkonsistent ist es bereits, "überzählige" Embryonen, die ja - so *Starck* - von den Grundrechtsgarantien des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG erfaßt sind, als "Leichname" zu qualifizieren mit dem Argument, sie stürben ja ohnehin. Auch jeder Schwerstkranke im absoluten Terminalstadium genießt den Schutz des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und kann von Verfassungs wegen nicht als Toter behandelt werden. "Überzählige" Embryonen aber lassen sich mit Hilfe der Kryokonservierung durchaus noch über einen längeren Zeitraum erhalten. Für sie hat der Staat - wie bereits an anderer Stelle ausgeführt - im übrigen die Möglichkeit der "Präimplantations-Adoption" zu ermöglichen. Achtet der Staat mit Hilfe eines Meldepflicht- und Kontrollsystems darauf, daß im Rahmen der IVF möglichst wenig "überzählige" Embryonen entstehen, so dürfte die Variante der Gewinnung von ES-Zellen aus sog. überzähligen Embryonen bereits vom tatsächlichen her kaum in Betracht kommen.

Abgesehen aber von diesen Überlegungen gilt auch im Blick auf die Gewinnung von ES-Zellen von "überzähligen" Embryonen: Der - nicht in eine konkrete Konfliktkonstellation eingebundene - experimentelle Verbrauch menschlichen Lebens überschreitet eine Tabugrenze und ist deshalb als Verletzung der Menschenwürde einzustufen. Der Gesetzgeber hat von Verfassungen wegen die Pflicht, diese Möglichkeit zu unterbinden.

(Prof. Dr. Wolfram Höfling, M. A.)