

Dörte Busch

Eigentum und Verfügungsbefugnisse am menschlichen Körper und seinen Teilen



Eigentum und Verfügungsbefugnisse am menschlichen Körper
und seinen Teilen

Recht und Medizin

Herausgegeben von den Professoren
Dr. Erwin Deutsch, Dr. Bernd-Rüdiger Kern, Dr. Adolf Laufs, Dr. Hans Lilie,
Dr. Andreas Spickhoff, Dr. Hans-Ludwig Schreiber

Bd./Vol.107



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Dörte Busch

**Eigentum und
Verfügungsbefugnisse
am menschlichen Körper
und seinen Teilen**



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Halle-Wittenberg, Univ., Diss., 2010

© Umschlaggestaltung:
Olaf Glöckler, Atelier Platen, Friedberg

3

ISSN 0172-116X

ISBN 978-3-653-01575-1 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-01575-1

ISBN 978-3-631-63042-6 (Print)

© Peter Lang GmbH
Internationaler Verlag der Wissenschaften
Frankfurt am Main 2012
Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Vorwort

Die vorliegende Arbeit lag der Juristischen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im Sommersemester 2010 als Dissertation vor. Das Manuskript wurde im Dezember 2008 abgeschlossen, so dass später erschienene Literatur für die Veröffentlichung nur in Teilen Berücksichtigung finden konnte. Danken möchte ich meinem verehrten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Hans Lilie, der mir mit Rat und Tat zur Seite stand, mir alle wissenschaftliche Freiheiten ließ und durch dessen Anregungen diese Arbeit gedeihen konnte. Mein Dank gilt ferner Frau Prof. Dr. Katja Nebe für die schnelle Zweitkorrektur meiner Arbeit und ihre aufmunternde Unterstützung.

Zu dem Entstehen und Gelingen dieser Arbeit haben viele liebe Menschen beigetragen, denen ich an dieser Stelle von Herzen danken möchte. Zu allererst sind hier meine Eltern zu nennen, die meine Neugier an den Naturwissenschaften geweckt und gefördert und mich bei all meinen Schritten begleitet haben. Was wären die langen Samstage in der Bibliothek und im Institut für Anwaltsrecht an der HU zu Berlin ohne Mareike Schmidt und Karl-Michael Schmidt gewesen. In endlosen Diskussionen durfte ich meine Thesen mit ihnen erörtern und bin ihnen für die vielen wertvollen Anregungen, die sie mir gegeben haben, sehr dankbar. Nicht unerwähnt darf meine Frankfurter Kollegin, Frau Rechtsanwältin Henriette Marcus, bleiben, ohne deren Korrekturlesen und Hinweise diese Arbeit sicherlich sehr viel später eingereicht worden wäre. Last but not least sei meiner Kollegin, Frau Rechtsanwältin Esther Meyer, gedankt, die mir im Büro immer den Rücken freigehalten und mich mit viel Humor unterstützt und fürs Rigorosum gedrillt hat.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
Verlauf der Arbeit	19
Kap. I. – Rechte am menschlichen Körper und seinen Substanzen	21
A. Körperaspekte in anderen Disziplinen	22
I. Der „körpersprachliche“ Ansatz	22
II. Der christlich / biblische Ansatz	24
III. Der philosophische Ansatz	25
B. Rechtsüberblick	27
I. Biomedizinkonvention	27
II. Entwurf eines Zusatzprotokolls „Archivierte menschliche biologische Materialien in der bio-medizinischen Forschung“	31
1. Regelungszweck	32
2. Regelungsumfang	33
3. Anforderungen an die Erlangung biologischer Materialien für Forschungszwecke	34
a) Anforderungen an Aufklärung und Einwilligung	34
b) Regelungen im Falle des Fehlens einer Einwilligung	35
III. Verfassungsrechtliche Vorgaben	37
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben bezüglich der Entnahme von Körpermaterialien	38
a) Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG	38
b) Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	39
2. Verfassungsrechtliche Vorgaben bzgl. der Verwendung von Körpermaterialien zu Sekundärzwecken	41
a) Eigentum, Art. 14 Abs. 1 GG	41
b) Bioinformationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 GG	42
IV. Zivilrechtliche Einordnung	44
1. Der lebende Körper	46
a) Sachenrechtlicher Ansatz	46
aa) Befürworter des Eigentums am Körper	46
bb) Gegner des Eigentums am Körper	47

b) Persönlichkeitsrechtlicher Ansatz	49
c) Stellungnahme und Zusammenfassung	52
2. Körperteile nach ihrer Trennung vom Körper	52
a) Standpunkt des BGH	54
aa) Darstellung	54
bb) Stellungnahme	56
b) Der sachenrechtliche Ansatz	58
aa) Darstellung	58
(1) Direkter Eigentumserwerb des bisherigen Substanzträgers	59
(2) Analogie zu § 953 BGB	59
(3) „Randtheorien“	60
(a) Die Nähe-Theorie	60
(b) Die Natur der Sache	60
(c) Analogie zur „insula in flumine nata“	61
bb) Körperteile als herrenlose Sachen	61
(1) Aneignungsrecht des bisherigen Trägers	61
(2) Eigentum des zuerst Okkupierenden	62
cc) Stellungnahme	63
c) Theorie des Fortbestehens des Persönlichkeitsrechts	64
aa) Darstellung	64
bb) Stellungnahme	68
d) Überlagerungsthese	69
aa) Darstellung	69
bb) Stellungnahme	71
e) Der fortentwickelte sachenrechtliche Ansatz	71
aa) Darstellung	72
bb) Stellungnahme	74
3. Zusammenfassung	75

Kap. II. – Aufklärungserfordernis bei der Beschaffung und Verwendung von Körpermaterialien	77
A. Gewebeentnahme im Rahmen ärztlicher Behandlung	77
I. Substanzentnahme aus therapeutischen oder diagnostischen Motiven und gleichzeitigem Vorliegen von „Drittmotiven“	79
II. Substanzentnahme aus therapeutischen oder diagnostischen Motiven mit nach der Entnahme hinzutretendem „Drittzweck“	84
III. Substanzentnahme aus anderen als therapeutischen oder diagnostischen Motiven	84
B. (Weiter-) Verwendung der Substanzen	85

I.	Situations- und Interessenanalyse	85
II.	Schranken der (Weiter-) Verwendung	89
	1. Eigentum des Patienten	89
	a) Lehre von der Herrenlosigkeit des Untersuchungsmaterials	89
	b) Eigentumsverlust	90
	aa) Dereliktion	90
	bb) Eigentumsübertragung gemäß § 929 BGB	93
	cc) Eigentumsübergang durch die konkrete Nutzung des Körpermaterials	96
	2. Behandlungsvertrag	99
	a) Wesen des Behandlungsvertrages	99
	b) Pflichten aus dem Behandlungsvertrag	100
	c) Auslegung des Behandlungsvertrages	101
	aa) Willenserklärung des Patienten	102
	bb) Auslegung der Willenserklärung	104
	(1) Einfache Auslegung	104
	(a) Begrenzung der Diagnosezwecke	104
	(b) Weitergehende Befugnisse des Arztes	106
	(2) Ergänzende Auslegung	107
	3. Persönlichkeitsrecht des Patienten	107
	4. Patientenwille und –interesse bei der Überlassung entnommener Substanzen	111
	5. Einzelne Verwendungsmöglichkeiten des Arztes	111
	a) Vernichtung der Untersuchungsprobe	112
	b) Laborinterne Kontrolluntersuchungen	113
	c) Konservierung von Körpersubstanzen	117
	d) Missachtung des auf Vernichtung der Untersuchungsprobe gerichteten Patientenwillens und Weiterverwendung für andere Zwecke	118
C.	Zusammenfassung	119
Kap. III – Substanzen, Gewebe und Zellen und ihre besonderen Anwendungsmöglichkeiten		
		121
A.	Blut und Blutprodukte	121
	I. Medizinischer Hintergrund	123
	II. Rechtliche Regelungen	124
	1. Transfusionsgesetz	124
	a) Anwendungs- und Regelungsbereich	125
	b) Aufklärung und Einwilligung	126
	c) „Schicksal“ nicht angewendeter Blutprodukte	128

2. Hämotherapie-Richtlinien	132
a) Geltungsbereich	132
b) Aufgaben der Richtlinien	132
c) Aufklärung und Einwilligung	133
aa) Spenderblut	133
(1) Spenderblut, welches die Qualitätsanforderungen nicht erfüllt	133
(2) Nicht angewendetes Spenderblut	134
bb) Eigenblut	134
cc) Stellungnahme	135
d) Übertragbarkeit auf andere Maßnahmen	138
3. Straf- und Bußgeldvorschriften	140
a) Spezialgesetzliche Regelungen	140
b) Strafrecht	141
B. Organ- und Gewebespende	141
I. Medizinischer Hintergrund	141
II. Rechtliche Regelungen	141
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben	142
2. Transplantationsgesetz (TPG)	142
a) Historie	142
b) Entnahmevoraussetzungen	144
aa) Entnahme bei toten Spendern	144
(1) Einwilligung	144
(2) Reichweite der Einwilligung	145
(a) Herz – Herzklappe	145
(b) Insel- und Leberzellen	146
(c) Verwendung zu Forschungszwecken	148
bb) Entnahme bei lebenden Spendern	148
C. Operations- und Sektionsreste	150
I. Überblick	150
II. Rechtliche Regelungen	150
1. Verfassungsrecht	151
2. Einfachgesetzliche Bestimmungen	151
a) Zivilrecht	151
aa) Stellungnahme der Zentralen Ethikkommission	151
bb) Literatur	154
(1) Übersicht	155
(2) Stellungnahme	162
cc) Praxis	165
b) Gewebegesetz	166

c) Auswertung	167
D. Tumorgewebe	169
E. Knochenmark	171
I. Medizinischer Hintergrund	171
II. Rechtliche Regelungen	172
1. Transplantationsgesetz	172
2. Richtlinien für die allogene Knochenmarktransplantation mit nichtverwandten Spendern	173
3. Straf- und Bußgeldvorschriften	174
F. Nabelschnurblut	175
I. Medizinischer Hintergrund	175
II. Rechtliche Regelungen	177
1. Originäre Rechte am Nabelschnurblut	177
2. Sekundäre Rechte am Nabelschnurblut	180
a) Nabelschnurblutgewinnung	180
aa) Rechte der Mutter	181
bb) Rechte des Vaters	182
cc) Rechte des Kindes	182
(1) Einwilligungsberechtigte	183
(2) Umsetzung der Einwilligungserfordernisse in der Praxis	184
(a) Kommerzielle Nabelschnurblutbanken	184
(b) Gemeinnützige Nabelschnurblutbanken	185
dd) Spezifische Regelungen	189
(1) Stammzellgesetz	190
(2) Transfusionsgesetz	190
(3) Hämotherapierichtlinien	190
(4) Richtlinien zur Transplantation von Stammzellen aus Nabelschnurblut (CB= Cord Blood)	190
ee) Umfang der Einwilligungsberechtigung	191
(1) Autologe Einlagerung	192
(2) Allogene Einlagerung	193
(a) Gerichtete Spende	193
(b) Ungerichtete Spende	194
b) Weiterverwendung des Nabelschnurblutes zu Drittzwecken	197
3. Straf- und Bußgeldvorschriften	199
G. Plazenta	200
I. Medizinischer Hintergrund	200
II. Rechtliche Regelungen	201
1. Originäre Rechte	201

2. Sekundäre Rechte	203
3. Spezifische gesetzliche Regelungen	204
H. Fetale Zellen und Gewebe	204
I. Medizinischer Hintergrund	205
II. Rechtliche Regelungen	206
1. Abgetriebene Embryonen	206
a) Embryonenschutzgesetz	207
b) Transplantationsgesetz	207
c) Zivilrechtliche Einordnung	209
d) Richtlinien der Bundesärztekammer	210
aa) Zellen und Gewebe lebender Feten	210
bb) Zellen und Gewebe toter Feten	211
(1) Nutzungszwecke	211
(2) Verfügungsbefugte	211
(3) „Schutzmechanismen“	212
(4) Umfang der Verfügungsbefugnisse	213
e) Verfassungsrecht	213
aa) Leben, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 1. Alt. GG	214
(1) Grundrechtsträgerschaft	214
(a) Auslegung nach dem Wortlaut	215
(b) Systematische Auslegung	216
(c) Historische Auslegung	216
(d) Teleologische Auslegung	217
(e) Judikatur	218
(f) Ethikorientierte Argumentationsstrategien	219
(g) Gewährleistungsgehalt	222
(2) Schutzbereich	222
(3) Einschränkungbarkeit	222
bb) Körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2, S. 1 (2. Alt.) GG	224
cc) Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG	224
(1) Gewährleistungsgehalt	224
(2) Embryo als Grundrechtsträger	225
(3) Einschränkungbarkeit	227
dd) Zwischenergebnis	227
f) Strafrecht	228
aa) Schwangerschaftsabbruch, § 218a StGB	228
bb) Störung der Totenruhe, § 168 StGB	229
(1) Tatobjekt „tote Leibesfrucht“	229
(2) Tathandlung	229

(a) Tathandlung gem. § 168 Abs. 1 S. 1 1. Alt StGB	229
(aa) Wegnahme	230
(bb) Berechtigter	230
(cc) Gewahrsam	231
(dd) Ergebnis	233
(b) Tathandlung gem. § 168 Abs. 1 S. 1 2. Alt. StGB	233
(3) Endergebnis	233
cc) Sachbeschädigung, § 303 StGB	234
dd) Eigentumsdelikte	235
ee) Zwischenergebnis	235
ff) Transplantationsgesetz	235
2. Überzählige Embryonen	236
a) Transplantationsgesetz	236
b) BGB	237
c) Richtlinien der Bundesärztekammer	238
aa) Nutzung fetaler Zellen und Gewebe	238
bb) Verfügungsbefugte	238
cc) „Schutzmechanismen“	238
dd) Umfang der Verfügungsbefugnisse	238
d) Verfassungsrecht	239
aa) Leben, Art. 2 Abs. 2 S. 1 1. Alt GG und Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG	239
bb) Embryonenschutz als verfassungsimmanente Schranke der Forschungsfreiheit des Art. 5 Abs. III S. 1 GG	240
(1) Verfassungsimmanente Schranke	240
(2) Ausgleich von Forschungsinteressen und Embryonenschutz	242
cc) Anforderungskatalog zur Embryonenforschung	247
e) Strafrecht	249
aa) Störung der Totenruhe, § 168 StGB	249
bb) Eigentumsdelikte	249
cc) Sachbeschädigung, § 303 StGB	249
dd) Embryonenschutzgesetz	250
3. Nicht transferierbare Embryonen	250
4. Embryonen im Vorkernstadium	251
 Kap. IV – Zusammenfassung	 255
A. Verwendung von Körpermaterialien zu Drittzwecken	255
I. Fazit	255
1. Notwendigkeit der informierten Einwilligung	255

2. Aufklärungs- und Einwilligungsinhalte	257
II. Vorschläge für Aufklärungs- und Einverständniserklärungen	259
1. Patient	260
a) Aufklärungsbogen	260
b) Einwilligungserklärung Patient	261
2. Spender	262
a) Aufklärungsbogen	262
b) Einwilligungserklärung	263
B. Embryonen	263
I. Embryonen in-vivo	263
II. Embryonen in-vitro	266
Epilog	271
Anhangsverzeichnis	273
Anhang 1 – DRK „Taschentücher gibt’s im Supermarkt“	275
Anhang 2 – Aderlass	277
Anhang 3 – Uni Gießen: Aufklärungs- und Einwilligungsbogen	279
Anhang 4 – Charité: Stationärer Behandlungsvertrag	281
Anhang 5 – Thasler, Weiss: Patienteninformation	283
Anhang 6 – Heinrich-Heine-Uni: Einwilligungsbogen	285
Anhang 7 – Klinikum rechts der Isar: Einverständniserklärung	287
Literaturverzeichnis	289

Einleitung

Der menschliche Körper steht im Zentrum des Interesses der verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen. Während die Fortschritte auf den naturwissenschaftlichen Gebieten, der Biologie, Chemie, Physik und Medizin immer neue Erkenntnisse über den menschlichen Körper, seine Funktionen und sein Genom zu Tage bringen und geradezu ein weltweites Tauziehen und Ringen um die Entwicklung neuer Therapieansätze stattfindet, versuchen die anderen Wissenschaften Schritt zu halten – was ihnen jedoch nicht so ganz gelingen will. Die Vertreter der Philosophie, Soziologie, Religionswissenschaft und nicht zuletzt der Rechtswissenschaft sind bemüht, den medizinischen Entwicklungen einen gesellschaftsfähigen Rahmen zu geben, bestimmte Entwicklungen zu fördern und wiederum andere zu reglementieren.

Was ist nun dieser menschliche Körper – was macht ihn zu einer so wertvollen Ressource, dass die verschiedenen Wissenschaftszweige miteinander um seine Einordnung und die Rechte an ihm ringen und wetteifern?

Der menschliche Körper auch als Sitz der Seele und einzigartige menschliche Hülle bezeichnet, ist quantitativ ausgedrückt nichts anderes als ein Gemisch aus: 40 Kilo Sauerstoff, 20 Kilo Kohlenstoff, 7 Kilo Wasserstoff, 3 Kilo Stickstoff, 2 Kilo Kalzium, 1 Kilo Phosphor und 2 Kilo verschiedener anderer Substanzen.¹ Während dieses Stoffgemisch vor wenigen Jahren bzw. Jahrzehnten nichts bzw. sehr wenig wert war, hat sich auf Grund der rasanten Fortschritte und Entwicklungen auf dem Gebiet der Biomedizin und Biotechnologie ein blühender Markt etabliert,² dessen Nachfrage nach Geweben und Organen kaum befriedigt werden kann. Unsere Körper, Körperteile und Körperprodukte haben einen Wert erhalten, der sich von traditionellen Wertkonzeptionen unseres Körpers vehement unterscheidet.³

Mit eben diesem Spannungsverhältnis von Angebot und Nachfrage menschlicher Gewebe und Organe, den sie begleitenden vielschichtigen Interessen der „Gewebspender“,⁴ den entnehmenden Institutionen, verarbeitenden Ärzten,

1 Dies ist die stoffliche Zusammensetzung eines 75 kg schweren Menschen, so *Bankl*, Im Rücken steckt das Messer, S. 122.

2 *Kimbrell*, Ersatzteillager Mensch, S. 13.

3 *Quigley*, Property and the body: Applying Honoré, *J Med Ethics* 2007; 33: 631-634, S. 631.

4 Unter dem Begriff „Gewebspender“ werden alle Menschen zusammengefasst, denen Gewebe, Körperflüssigkeiten und Organe zu diversen Zwecken entnommen werden, sei es zu therapeutischen oder diagnostischen Zwecken.

Laboren und Industriezweigen wie auch den zukünftigen Empfängern und der rechtlichen Einordnung der einzelnen Schritte der Entnahme- und Verarbeitungskette beschäftigt sich die vorliegende Arbeit. Die rechtliche Verortung der Rechte, Pflichten und Ansprüche der einzelnen Beteiligten kann jedoch nicht im luftleeren Raum erfolgen. Die neue wertvolle Ressource „menschlicher Gewebe und Organe“ erhält ihr Gesicht erst im Zusammenspiel der einzelnen Disziplinen: Medizin, Philosophie, Religion, Biowissenschaften und Ethik. Denn, parallel zum medizinischen Fortschritt haben das allgemeine Verständnis und das Selbstverständnis des menschlichen Körpers in den letzten Jahrhunderten einen stetigen Wandel erfahren.

Ein häufig anzutreffendes Bild ist das des menschlichen Körpers als Maschine. Im Grossen Vollständigen Universal-Lexicon aller Wissenschaften und Künste von 1739 ist der menschliche Körper noch wie folgt erklärt: „Menschliche Maschine, Machina humana, oder der menschliche Körper, ist der andere wesentliche Theil des Menschen, und ist eine sehr künstliche, dabey aber auch der Veränderung und Fäulniß leicht unterworfenen Maschine [...]“.⁵

Der Körper eines Lebendigen wird von Leibniz beschrieben als eine Art göttliche Maschine oder natürlicher Automat, der alle künstlichen Automaten in unendlichem Maße übertrifft.⁶

Der französische Wissenschaftler und Philosoph René Descartes stellt sich in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts vor, „dass der Körper nichts anderes sei als eine Statue oder Maschine aus Erde, die Gott gänzlich in der Absicht formt, sie uns so ähnlich wie möglich zu machen und zwar derart, dass er ihr nicht nur äußerlich die Farbe und die Gestalt all unserer Glieder gibt, sondern auch in ihr Innerstes all jene Teile legt, die notwendig sind, um sie laufen, essen, atmen, kurz all unsere Funktionen nachahmen zu lassen, von denen man sich vorstellen könnte, dass sie aus der Materie ihren Ursprung nehmen [...]“.⁷

Auch in der Medizin kann man sich mitunter des Eindrucks nicht erwehren, dass der Patient im Rahmen der Behandlung auf seinen Körper bzw. den Probleme machenden Körperteil – ähnlich einer defekten und zu reparierenden Maschine – reduziert wird. Wurde in den Anfängen der Medizin der Körper noch als Einheit und zum Individuum gehörend angesehen und der ganze Mensch therapiert, so hat sich im Laufe der medizinischen Entwicklung der Fokus vom Menschen als Gesamtheit von Körper und Seele auf den Körper als Sache verschoben, deren Teile nach Bedarf repariert und ausgetauscht werden können. Nicht selten wer-

5 Zedler, Grosses Vollständiges Universal-Lexicon Aller Wissenschaften und Künste, Bd. 20, Sp. 809.

6 http://www.zum.de/Faecher/D/BW/gym/Buechner/determini_2.htm.

7 Scharlau, Mensch und Maschine, <http://www.uni-bielefeld.de/psychologie/ae/Ae01/hp/scharlau/mum.htm>.

den die entnommenen Körpermaterialien von den Medizinern und Forschern als „Gebrauchsgegenstände“ aufgefasst, denen seitens der Patienten bzw. „Spender“⁸ kein Wert zugemessen werde. Entsprechend wird zu großen Teilen immer noch selbstverständlich davon ausgegangen, dass die Patienten mit dem Zurücklassen ihrer Körpermaterialien, seien sie nun zu Diagnose- oder Therapiezwecken entnommen, jegliche Rechte an ihnen aufgeben⁹, da sie für sie wertlos seien bzw. sie nicht für deren Entsorgung verantwortlich sein wollen¹⁰.

Im Kontrast hierzu steht die – von der Allgemeinheit kaum angezweifelte – These, jeder Mensch gehöre sich selbst und könne über seinen Körper autonom bestimmen.¹¹ Richtig ist diese Annahme für die Frage der Zulässigkeit der Entnahme von Körpersubstanzen und Materialien. Ohne aufgeklärte Einwilligung ist jeder medizinische Eingriff unzulässig und erfüllt den Tatbestand einer Körperverletzung¹². Ob diese Annahme jedoch auch für die Weiterverwendung entnommener Körpermaterialien für weitere Zwecke wie Forschung und Therapie Dritter ohne Kenntnis und Einwilligung ihres ehemaligen Trägers gilt, ist im Rahmen dieser Arbeit zu klären. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Frage, ob die Körpermaterialien angesichts der gestiegenen Nachfrage und immer neuer Einsatzmöglichkeiten nicht bereits zu wertvoll sind, um sie einfach zu entsorgen, sprich, ob nicht vielleicht sogar von einer „Sozialpflichtigkeit“ des Körpers¹³ auszugehen ist, die uns verpflichtet, die Weiterverwendung der uns entnommenen Körpersubstanzen zum Wohle Dritter ungefragt hinzunehmen.

Diese Fragen sind nicht zuletzt das Resultat der rasanten medizinischen Entwicklungen. Neue Organspendepraktiken und die Hingabe von Gewebe und Gameten zu Forschungszwecken haben den menschlichen Körper in eine Ressource von Wert für den Patienten, die Forscher und Ärzte verwandelt.¹⁴

8 Der Begriff des Spenders wird an dieser Stelle lediglich zur terminologischen Vereinfachung benutzt und umfasst auch diejenigen Menschen, die mangels Kenntnis von der Weiterverwendung der ihnen entnommenen Körpermaterialien keinen Spenderwillen im eigentlichen Sinne formen konnten.

9 ZEK BÄK, Stellungnahme zur (Weiter-)Verwendung von menschlichen Körpermaterialien für Zwecke medizinischer Forschung (20.02.2003), E. I. 1., S. 5.

10 Schröder/Taupitz, Menschliches Blut verwendbar nach Belieben des Arztes?, S.85f. Die Autoren argumentieren dahingehend, dass der Patient beim Zurücklassen seiner Materialien eine konkludente Übereignungsofferte abgibt, da er keinesfalls die ihm entnommenen Materialien zurückhaben möchte, noch für deren Entsorgung verantwortlich sein will und somit kein weiteres Interesse an ihnen hat.

11 Herrmann, Self-Ownership, S. 277.

12 Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, A 507 m.w. Rechtssprechungsnachweisen.

13 Herrmann, Self-Ownership, S. 277.

14 Campbell, Body, Self and the Property Paradigm, Hastings Center Report, Vol. 22 No 5, 34-42, S. 35.

Dieses Netz an unterschiedlichen, zum Teil widerstreitenden Interessen gilt es aufzulösen, die Rechte und Pflichten der Beteiligten zu definieren. Hinter der biomedizinischen Entwicklung kann und darf die rechtliche Bewertung und Einordnung des menschlichen Körpers nicht unreflektiert zurückbleiben. Mit den immer neuen Möglichkeiten des Einsatzes von Körpermaterialien gewinnt die Frage der rechtlichen Einordnung dieser Materialien und der damit einhergehenden Rechte und Pflichten der Beteiligten an Brisanz.

Dreh- und Angelpunkt dieser Arbeit ist die Frage, inwiefern die bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen den heutigen Bedürfnissen und Erwartungen in Bezug auf die eigenen und abgeleiteten Verfügungsrechte über den menschlichen Körper und seine Teile noch gerecht werden. In einem zweiten Schritt werden die aufgezeigten Systemfehler und Rechtslücken daraufhin überprüft, welche Regelungen geschaffen werden müssen, um die Rechtslage den veränderten Gegebenheiten anzupassen.

Verlauf der Arbeit

Angesichts der heutigen medizinischen und biotechnischen Möglichkeiten wie der Blut-, Plasma- oder Organspende steht nicht mehr außer Frage, dass der Mensch Verfügungen über seinen Körper und dessen Teile treffen kann und auch trifft. Fraglich ist allerdings, welches Ausmaß diese Verfügungsmacht einnehmen soll und inwieweit die Annahme der Sacheigenschaft und Eigentumsfähigkeit des Körpers und seiner Organe denknötwendige Voraussetzung für die Ausübung der Verfügungsmacht sind. Eines ist den in Rechtsprechung und Literatur erörterten und vertretenen, zum Teil sehr verschiedenen, Erklärungsmodellen zum rechtlichen Status des menschlichen Körpers und seiner Materialien gemeinsam, nämlich das Bestreben dem Körperinhaber umfassende Verfügungsrechte wo möglich und umfassenden Schutz wo nötig, zukommen zu lassen. Inwiefern dieses gelingt und an welchen Stellen noch Nachbesserungsbedarf besteht, soll in den folgenden Kapiteln untersucht und dargestellt werden.

1. Kapitel

Zu Beginn wird ein kurzer Überblick über den Status des menschlichen Körpers und der von ihm getrennten Teile in Sprache, Religion, Philosophie und Medizin gegeben. Im Anschluss werden die in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Konzepte zum Status des menschlichen Körpers und seiner Materialien in ihren Details dargelegt. Hierzu werden in Bezug auf den menschlichen Körper der sachen- und der personenrechtliche Ansatz und in Bezug auf die Körpermaterialien der sachen- und persönlichkeitsrechtliche Standpunkt, die Überlagerungsthese und der fortentwickelte sachenrechtliche Ansatz erörtert und einander gegenübergestellt.

2. Kapitel

Nachdem der rechtliche Status vom Körper getrennter Materialien geklärt ist, werden an dieser Stelle in einem ersten Schritt die Voraussetzungen an die Ent-

nahme von Körpermaterialien im Hinblick auf Aufklärung und Einwilligung des Patienten erörtert. In einem zweiten Schritt wird nachfolgend geprüft, inwiefern eine über den ursprünglichen Entnahmezweck hinausgehende Verwendung der entnommenen Körpermaterialien von der Einwilligung zur Entnahme gedeckt ist. Erörtert werden insbesondere die Szenarien, in denen dem Patienten im Rahmen medizinischer Eingriffe zum Beispiel Blut oder Gewebe zu Diagnose oder Therapie Zwecken entnommen wird, dieses nach Gebrauch aber nicht vernichtet, sondern vielmehr aufbewahrt und der Forschung zugänglich gemacht wird. So soll geklärt werden, inwiefern die Einwilligung zur Entnahme der Körpermaterialien auch die Einwilligung zu deren Vernichtung nach Erreichen des Entnahmezwecks umfasst oder auch darüber hinausgehende Verwendungen wie zum Beispiel die Verwendung zu laborinternen Kontrolluntersuchungen und nicht zuletzt deren Einsatz in Forschungsvorhaben.

3. Kapitel

Im dritten Kapitel werden mögliche Einsatzfelder für die Nutzung menschlicher Materialien in Medizin und Biotechnik aufgezeigt und anhand der einzelnen Verwendungsformen die Interessen der beteiligten Parteien wie „Körpermaterialspender“, Arzt, Forscher und Allgemeinheit an diesen Materialien erarbeitet und in Beziehung gesetzt.

Aufgrund der Häufigkeit ihrer Verwendung werden Blut, Knochenmark, Organe und Gewebe näher auf ihre medizinischen Einsatzmöglichkeiten und den rechtlichen Schutz der Spender bzw. Patienten vor deren Weiterverwendung untersucht. Wegen ihres besonderen Stellenwertes und Ansehens in der Gesellschaft werden ferner Nabelschnurblut, die Plazenta und Embryonen in-vivo als auch in-vitro in die Betrachtungen mit aufgenommen. Für diese Materialien wird das bestehende rechtliche Regelwerk vorgestellt und darauf überprüft, inwiefern es die Interessen und Rechte der Beteiligten korrekt abbildet bzw. an welchen Stellen es weiterer Regelungen zum Schutz der ehemaligen Körpermaterialträger bedarf.

4. Kapitel

Im abschließenden Kapitel werden die Ergebnisse der Arbeit vorgestellt und Lösungsvorschläge bezüglich der Umsetzung der Informationserfordernisse bezüglich der Weiterverwendung entnommener Körpermaterialien in Aufklärungsbögen und Einverständniserklärungen unterbreitet.

Kap. I – Rechte am menschlichen Körper und seinen Substanzen

Zur Bestimmung der möglichen Rechtsinhaber und der sie flankierenden Rechte am menschlichen Körper und seinen Teilen ist auf das allgemein zivilrechtliche System zurückzugreifen. Danach werden heute Bestimmungsrechte entweder sachenrechtlich oder personenrechtlich begründet.¹⁵

Die sachenrechtlichen Herrschaftsbefugnisse gewähren dem Eigentümer mit Einschränkungen¹⁶ das Recht, nach Belieben mit seinem Eigentum zu verfahren,¹⁷ es zu nutzen, zu verwerten oder auch zu zerstören.

Den sachenrechtlichen Herrschaftsbefugnissen stehen die personenrechtlichen Direktionsbefugnisse gegenüber. Von den antiken Philosophen ausgehend, bis zu den Vertretern der Aufklärung, August Friedrich Müller und insbesondere Immanuel Kant, hat das Recht der Selbstbestimmung des Individuums immer mehr an Bedeutung gewonnen und den Menschen und seine Bestimmung als Selbstzweck anerkannt.¹⁸ Nicht zuletzt die Erfahrungen der Antike, in der Sklaven als „Sache“ der fast uneingeschränkten Verfügungsgewalt des Eigentümers ausgesetzt waren, haben den Gesetzgeber dazu bewogen, sich im Grundgesetz mit verfassungsrechtlicher Verbindlichkeit zur Unantastbarkeit der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG zu bekennen.¹⁹ Dieser grundlegenden Wertentscheidung kommt insofern besondere Bedeutung zu, als sie bei der Anwendung aller Rechtsnormen zu beachten ist.²⁰ Unter dem Begriff der Menschenwürde ist der Eigenwert zu verstehen, der dem Menschen um seiner selbst und nicht um anderer Güter und Zwecke willen zukommt. Auf den Punkt gebracht wird der Menschenwürdebegriff in der „Formel“: Der Mensch dürfe nicht zum Objekt, zum bloßen Mittel und damit zur vertretbaren Größe herabgewürdigt werden.²¹

15 *Brohm*, Forum: Humanbiotechnik, Eigentum und Menschenwürde, JuS 1998, 197-205, S.197.

16 Mögliche Einschränkungen können sich aus Gesetz und den berechtigten Interessen Dritter ergeben.

17 Siehe die Regelungen des § 903 BGB.

18 *Brohm*, Forum: Humanbiotechnik, Eigentum und Menschenwürde, JuS 1998, 197-205, S.198.

19 *Dreier/Dreier*, Vorb. zur Art. 1 Rdnr. 2, Art. 1 I Rdnr. 139.

20 *BK/Zippelius*, Artt. 1 u. 2 GG, Rdnr. 30.

21 BVerfGE 45, S. 187 (228); *Starck* in v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 1, Rdnr. 17; *Dreier/Dreier*, (die Objektformel kritisch betrachtend) Art. 1 I, Rdnr. 53; *Sachs/Höfling*, Art. 1, Rdnr. 15; *Hofmann* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Art. 1, Rdnr. 7; *Maunz/Dürig/Herdegen*, Art. 1, Abs. 1, Rdnr. 33; *Kunig* in v. Münch/Kunig, Art. 1, Rdnr. 22; *Jarass* in Jarass/Pieroth, Art. 1 Rdnr. 6.

Folgerichtig kommt Brohm zu dem Schluss, dass die Wertentscheidung des Art. 1 Abs. 1 GG es verbiete, den Menschen zum Gegenstand des Eigentumsrechts zu machen.²² Dies lässt die Problematik der Grenzziehung erahnen, nach welchen Kriterien und Gesichtspunkten von einer „Vergegenständlichung“ des Menschen gesprochen werden kann und wann nicht. Hinzu kommt der stetige Wandel des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs der sich in der Vergangenheit, bedingt durch den Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse, mehrfach von der Begrenzung auf den gegenständlichen Sachbegriff gelöst und durch die Hinzunahme neuer Erscheinungsformen erweitert hat.²³ In Zeiten neuester biotechnischer Entwicklungsmöglichkeiten rückt die Debatte um die Einordnung des menschlichen Körpers und seiner Teile wieder in den Vordergrund und es stellt sich die Frage, ob im Hinblick auf diese Techniken und Möglichkeiten der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff erweitert oder eingeschränkt werden sollte und ob es einer Grenze zwischen den beiden Zuordnungsbereichen bedarf bzw. wo diese letztlich zu ziehen ist.

A. Körperaspekte in anderen Disziplinen

Da Rechtsfindung und Rechtsprechung und damit die Normierung der Rechte und Pflichten im Hinblick auf den Umgang mit Körperteilen nicht zuletzt Ausfluss aktueller gesellschaftlicher Gegebenheiten, Möglichkeiten und Ängste sind, sollen im Folgenden der menschliche Körper und seine Teile unter verschiedenen Gesichtspunkten betrachtet werden.

I. Der „körpersprachliche“ Ansatz

Der Begriff des „Körpers“ stammt von dem lateinischen Wort „corpus“, was so viel wie Körper, Leib bedeutet. Des Weiteren ist unter einem Körper ein Rumpf oder auch ein von ebenen oder gekrümmten Flächen begrenzter Teil eines dreidimensionalen Raumes zu verstehen.²⁴ Gemein ist diesen Definitionen, dass ein Körper eine gegenständliche Materie ist, der von anderen Dingen durch die eigene Räumlichkeit präzise abgrenzbar ist. Diese Auslegung des Körperbegriffs könnte ein Indiz für das Verständnis der Menschen von ihren eigenen und anderen Körpern bilden, wonach sie als Sache, als Gegenstand bzw. Objekt angesehen

22 *Brohm*, Forum: Humanbiotechnik, Eigentum und Menschenwürde, JuS 1998, 197-205, S.199.

23 *Brohm*, Forum: Humanbiotechnik, Eigentum und Menschenwürde, JuS 1998, 197-205, S. 199.

24 *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch „Körper“, S. 782.

werden. Das dem zumindest in der Sprachwahl so ist, lässt sich anhand unserer Umgangssprache nachvollziehen. So sagen wir zum Beispiel „Du hast mir weh getan“, aber „Mein Bein schmerzt“. Dies impliziert die Ansicht, dass wir unseren Körper und seine Teile als etwas von „uns“ verschiedenes ansehen. Der Körper ist nicht nur die Widerspiegelung meiner selbst, sondern wird auch begriffen als das, was ich bin und was ich habe und besitze.²⁵ Sprachlich betrachtet sind wir sowohl Subjekt als auch Objekt, der Betrachter und der Betrachtete.²⁶ Die Benutzung von Possessivpronomen im Hinblick auf unseren Körper ist Ausdruck seines besonderen Wertes für uns, seiner Exklusivität und Unteilbarkeit, unseres „territorialen“ Anspruchs auf körperliche Integrität und des Wunsches, dass andere diese Integrität respektieren mögen. Die Menschen wünschen sicherzustellen, dass in Bezug auf ihren Körper sie selbst das „beste“ Recht haben, darüber zu bestimmen, was mit ihrem Körper geschehen soll. Diese Ansicht brachte Leon Kass treffend auf den Punkt mit seinem Ausspruch: „Mein Körper mag zwar nicht meiner oder Gottes sein, aber zwischen Dir und mir ist es ganz sicher meiner.“²⁷ So ist es auch nicht verwunderlich, dass das Credo des modernen Menschen lautet: „Der Mensch gehört sich selber“, denn wem sonst könnte er gehören, wenn nicht sich selbst?²⁸

Nichtsdestotrotz gibt der Gebrauch von Possessivpronomen in Bezug auf den menschlichen Körper für sich selbst keinen Anhaltspunkt für die Annahme eines „Eigentümergehörnis“ zwischen dem Individuum und seinem Körper. Als Ausfluss der gesellschaftlichen Ansicht über die universelle individuelle Freiheit wird häufig das „Körperbenutzungs-Freiheits-Prinzip“ angewendet, wenn es um die Auslegung des Status des eigenen Körpers geht. Nach diesem Prinzip ist eine Person frei, ihren Körper zu benutzen wie sie mag und körperlichen Kontakt zu bzw. mit anderen zu erlauben oder zu verbieten. So erscheint es nur allzu verständlich, dass der Körper als dem Individuum gehörend aufgefasst wird. Trotzdem geht es nicht so weit, dass unser „Eigentumsrecht“ am eigenen Körper dahingehend interpretiert wird, dass dieselben Nutzungsbefugnisse und Rechte an ihm bestehen, wie an anderen Dingen, die wir besitzen. Der Rahmen, in dem wir die Freiheit haben, mit unserem Körper nach Belieben zu verfahren, wird nicht nur kontrovers diskutiert, sondern ist auch sehr schwierig zu ziehen. Hier müssen alle Interessen bedacht und gegeneinander abgewogen werden.

Konsequenterweise muss man zu dem Resultat kommen, dass die Besitzer- und Eigentümergehörnisrhetorik weder dazu gedacht noch geeignet ist, wörtlich genom-

25 Campbell, *Body, Self, and the Property Paradigm*, Hastings Center Report, Vol. 22 No 5, 34-42, S. 34.

26 Kass, *Thinking about the Body*, Hastings Center Report, Vol. 15, No 1, 20-30, S.23.

27 Kass, *Thinking about the Body*, Hastings Center Report, Vol. 15, No 1, 20-30, S.23.

28 Illhardt, *Wem gehört der Mensch?*, S. 5.

men zu werden. Wie Harris sagte: „Eigentumsrhetorik ist in diesem Kontext unnötig, normalerweise harmlos, aber beweist immer potentiell zu viel.“²⁹ Allein vom allgemeinen Sprachgebrauch kann folglich nicht darauf geschlossen werden, dass der Mensch Eigentum an seinem Körper hat oder haben sollte.

II. Der christlich / biblische Ansatz

Oder wisset Ihr nicht, dass euer Leib ein Tempel des heiligen Geistes ist,
der in euch ist, welchen ihr habt von Gott,
und seid nicht eurer selbst?
Denn Ihr seid teuer erkaufte;
darum so preiset Gott an Eurem Leibe und in Eurem Geiste,
welche sind Gottes.
(1 Korinther 6: 19, 20)

Während der Körperstatus kontrovers betrachtet und interpretiert wird, ist die Analogie zum Eigentum eine häufig vorzufindende Thematik in der religiösen Betrachtung.³⁰

Vergleichbar mit unserer Umgangssprache, die den Wunsch nach Anerkennung der körperlichen Integrität widerspiegelt, wird der Körper in der religiösen Sprache als „Gefängnis“, „Grab“, „Tempel“ oder heiliger Ort bezeichnet, seinen Wert und seine Einzigartigkeit reflektierend. Diese Beschreibungen des Körpers legen den Schluss nahe, dass auch in der Bibel ein Recht auf körperliche Integrität anerkannt wird, welches bestimmten Schranken hinsichtlich der Einwirkungsmöglichkeiten auf den Körper unterlegen ist. Die Menschen haben ihren Körper mit all seinen Charakteristika und Talenten als ein Geschenk von Gott erhalten, was allerdings der Möglichkeit den menschlichen Körper als Eigentum zu betrachten nicht im Wege steht. Trotzdem drängt sich die Frage auf, welche Art von Eigentum am Körper besteht und vor allem welche Rechte und Pflichten damit verbunden sind. Paulus bringt zum Ausdruck, dass die Menschen Gott gehören und nicht sich selbst und dass Gott es ist, der die Restriktionen und Verantwortlichkeiten in Bezug auf die „Körpernutzung“ vorgibt.³¹ Jedoch bedeutet der Umstand, dass die Menschen Gott gehören nicht, dass sie ihrer moralischen Rechtfertigung für ihre Taten und Unterlassungen im Hinblick auf ihren Körper im Verhältnis zu Gott enthoben wären. So geht Campbell davon aus, dass die Beziehung zwischen Mensch und Gott als Eigentumsberechtigung beschrieben

29 Harris, J.W., Who owns my body?, OJLS 1996, 65-70, S. 65.

30 Campbell, Body, Self, and the Property Paradigm, Hastings Center Report, Vol. 22 No 5, 34-42, S. 38.

31 Bibel, 1 Korinther 6:19 (20).

werden kann, in der Hinsicht, dass die Menschen Treuhänder für Gottes Eigentum, nämlich ihren Körper sind.³² Diese Treuhänderschaft umfasst einerseits die Berechtigung den Körper zu nutzen und andererseits die Rechtfertigungspflicht bei Missbrauch des Körpers.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass nach biblischen Ansätzen der menschliche Körper eigentumsfähig ist, aber nicht wir selbst Eigentum an ihm haben, sondern Gott. Trotz dessen sind wir Menschen befugt unseren Körper zu „benutzen“, allerdings im Rahmen von Einschränkungen. Problematisch ist hierbei jedoch die Frage, wo genau diese Grenzen im Hinblick auf die voranschreitende biotechnische Entwicklung und die gesteigerte Erwartungshaltung der Bevölkerung gezogen werden sollen.

III. Der philosophische Ansatz

Hervorzuheben ist hier insbesondere, dass die Auseinandersetzungen mit dem Menschen, sich hauptsächlich mit der Seele und nicht dem Körper als solchem befasst haben. Traditionell wurde davon ausgegangen, dass Körper und Seele unterschiedliche Realitäten sind, wovon die Lebensnotwendige die Seele und nicht der Körper gewesen ist.³³ Über die Jahrhunderte hinweg haben Philosophen die verschiedensten Meinungen zum Status des menschlichen Körpers vertreten, vom generellen Eigentumskonzept, über das Eigentum an sich selbst bis hin zur vehementen Verneinung eines Eigentumsstatus.

Der wohl bekannteste Philosoph, der als Vertreter der „Eigentum an sich selbst Theorie“ zitiert wird, ist John Locke. Ihm zufolge hat jedermann Eigentum an der eigenen Person.³⁴ Dieses Prinzip wurde von Richard Arneson mit den Worten beschrieben: „Sich selbst besitzend, ist jede Person frei mit ihrem Körper zu machen was sie will, solange sie damit nicht andere, nicht konsentierende Personen schädigt oder zu schädigen beabsichtigt“.³⁵ Hier zeigt sich wieder die Bedeutung die dem Recht auf körperliche Integrität zugeschrieben wird, der Wunsch, dass niemand die eigenen Entscheidungen über den Körper beeinflusse und letztlich, die Exklusivität unseres Körpers. Auch wenn es für möglich gehalten wird, dass

32 Campbell, *Body, Self, and the Property Paradigm*, Hastings Center Report, Vol. 22 No 5, 34-42, S. 38.

33 Reich, *Encyclopedia of Bioethics*, S. 294.

34 Originalzitat: „Every Man has a Property in his own Person. This no Body has any Rights to but himself.“ In *Locke, Two Treatises of Government*, S. 305, 306.

35 Originalzitat: „Owning himself, each person is free to do with his body whatever he chooses so long as he does not cause or threaten any harm to non-consenting others.“ *Arneson, Lockenian Self-Ownership: Towards a demolition*, *Political Studies* 39 (1991), 36-42, S. 40.

am menschlichen Körper Eigentum bestehen kann, so haben die Menschen doch nicht das unbeschränkte Recht nach Belieben über ihren Körper zu verfügen, auch sie unterliegen gewissen Limitationen. Die Ansicht, dass der menschliche Körper nicht nur eigentumsfähig sei, sondern auch im Eigentum des jeweiligen Individuums stehe, wurde unter anderem von den Levellern vertreten, die davon ausgingen, dass jeder Mensch ein Eigentumsinteresse am eigenen Körper haben solle.³⁶

Gegen das Konzept des Eigentums an sich selbst haben sich unter anderem Hobbes und Kant ausgesprochen. Im Leviathan beschrieb Hobbes, dass im Naturzustand jeder Mensch ein Recht an jeder Sache habe; selbst am Körper des anderen.³⁷ Im Gegensatz zu Locke geht er nicht von einem exklusiven Recht am eigenen Körper aus.

Kant hingegen legt dar, dass der Mensch nicht berechtigt sei, seine Gliedmaßen für Geld zu verkaufen³⁸ und führt drei Gründe an, warum dem so sei.

Erstes Argument ist die Freiheit, das Frei sein des Menschen, womit die Freiheit des Menschen gemeint war, sich einen eigenen Willen zu bilden. Er führt aus, dass wenn Menschen tatsächlich Eigentumsrechte an ihren Körperteilen hätten und diese auch ausüben würden, dass sie dann ihre Freiheit verlieren würden. Außerdem argumentiert Kant, dass jemand der Würde besitzt sich von einer Sache unterscheidet, die einen Marktpreis hat. Folglich führe die Annahme, dass Menschen Eigentum an ihrem Körper und seinen Teilen hätten und diese Rechte auch ausübten, dazu, dass sie ihren Körper, bzw. seine Teile in einer Art und Weise behandelten, die den Prinzipien der Menschlichkeit und Würde widerspräche.³⁹ Abschließend begründet er seinen Standpunkt damit, dass der Anspruch auf Selbstachtung inkompatibel mit dem Ansatz sei, Menschen könnten ihre Körper wie Eigentum behandeln, denn dann würden sie jegliche Selbstachtung verlieren und auch bloße Sachen und Gegenstände sein.⁴⁰

Kants Aussage, Menschen seien nicht berechtigt, ihre Gliedmaßen zu verkaufen führt nicht denkbare zu der Annahme, dass sie auch kein Eigentum an ihrem Körper und seinen Teilen haben sollen. Viele Eigentumsgegenstände unterliegen Restriktionen hinsichtlich ihrer Verfügungs- und Benutzungsmöglichkeiten. Auch wenn Kant nicht explizit die Eigentumsfähigkeit des menschlichen Körpers und seiner Teile verneint, so ist doch aus seinen Verweisungen auf die Konzepte der Menschenwürde, der Menschlichkeit und der Selbstachtung zu

36 *Macpherson*, The political theory of possessive individualism, S. 142.

37 *Hobbes*, Leviathan (1909), Kapitel 14, S. 99: „Every man has a right to everything; even to one anothers body“.

38 *Kant*, Lectures on Ethics, S. 124.

39 *Kant*, Lectures on Ethics, S. 124.

40 *Kant*, Lectures on Ethics, S. 124.

schließen, dass er diese ablehnt. Kants Bedenken und Einwände gegen die Annahme eines Eigentumsrechts spiegeln sich weiterhin in den heutigen Debatten wieder. Es wird häufig argumentiert, dass die Menschenwürde es den Menschen verbiete, sich selbst als Waren zu behandeln.

B. Rechtsüberblick

Über viele Jahrhunderte der Rechtsentwicklung stellte sich die Frage nach der rechtlichen Stellung des menschlichen Körpers mangels Klärungsbedürftigkeit erst gar nicht, da der Körper über seinen Selbstwert für die betreffende Person hinaus keinen besonderen Wert zu besitzen schien.

Aber schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts erklärte Gareis, dass es keineswegs lächerlich sei, die Frage aufzuwerfen, „wie wir juristisch zu unserm Körper und seinen einzelnen Teilen stehen“.⁴¹ Allerdings wandten sich nur wenige Juristen dieser Fragestellung zu, was angesichts der mangelnden Bedeutung für die tägliche juristische Praxis nicht weiter verwundern darf. So führt Schäfer noch 1961 aus, dass die Frage nach der Stellung des menschlichen Körpers und Leichnams im Rechtssystem lediglich ein drittrangiges Problem darstelle.⁴²

Im Folgenden sollen deshalb die Rahmenbedingungen für die rechtliche Einordnung von Körpermaterialien, deren Entnahme und Verwendung, beginnend bei den völkerrechtlichen Vorschriften, über das Verfassungsrecht hin zum Zivilrecht dargelegt werden.

I. Biomedizinkonvention

Hierbei handelt es sich um den weltweit ersten völkerrechtlich verbindlichen Vertrag zum Schutz der Menschenrechte im Bereich der Biomedizin.⁴³ Das Übereinkommen ist rechtlich als völkerrechtliche Rahmenkonvention einzuordnen, die sich dadurch auszeichnet, dass sie zwar verbindliche Normen enthält, die aber eher weit formuliert sind und somit keine weit reichenden Pflichten für die Staaten enthalten.⁴⁴ Die Konvention verpflichtet gemäß Art. 1 Abs. 2 die Staaten in

41 *Gareis*, Das Recht am menschlichen Körper in: FS Schirmer, S. 61.

42 *Schäfer*, Rechtsfragen zur Verpflanzung von Körper- und Leichteilen, S. 1.

43 *Taupitz*, Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin der Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung?, S. 2.

44 *Riedel*, Die Rahmenkonvention – Eine geeignete Regelungstechnik für ein Übereinkommen zur Biomedizin?, S. 34.

ihrem nationalen Recht Maßnahmen zu ergreifen, um den Bestimmungen des Übereinkommens Wirksamkeit zu verleihen. Neben weiteren Staaten hat auch Deutschland die Konvention bisher nicht unterzeichnet. Das Übereinkommen ist vielfach kritisiert worden. Vor allem die Schutzstandards seien auf zu niedrigem Niveau und den Interessen von Forschung und Wirtschaft werde implizit der Vorrang vor dem Schutz der Menschenwürde eingeräumt.⁴⁵

Obwohl das Übereinkommen u.a. deshalb kritisiert wird, weil es nur sehr weit gefasste Rahmenbedingungen enthält und den Einzelnen nicht ausreichend schützt, ist erstaunlich, dass es im Gegensatz zum deutschen kodifizierten Recht, das sich mit der Entnahme und Verwendung von Körpersubstanzen befasst als einziges Normwerk Regelungen betreffend die Weiterverwendung entnommenen Körpermaterials enthält. So ist in Art. 22 des Übereinkommens kodifiziert, dass Teile des menschlichen Körpers, die im Verlauf eines Eingriffs entnommen werden, nur dann zu einem anderen Zweck als jenem, der bei der Entnahme vorgesehen war, aufbewahrt und verwendet werden dürfen, wenn dies in Übereinstimmung mit angemessenen Aufklärungs- und Einwilligungsverfahren geschieht. In dem erläuternden Bericht zu dem Übereinkommen wird das Ziel dieses Artikels darin gesehen, den Menschen im Hinblick auf im Verlauf von Interventionen entnommenen Körperteilen, deren Konservierung oder Verwendung für einen anderen Zweck als den ursprünglich vorgesehenen, zu schützen.⁴⁶ Dies sei deshalb erforderlich, weil aus jedem Körperbestandteil und sei er noch so klein eine Vielzahl von Informationen abgeleitet werden könnten, u.a. zur Identität des Betroffenen – selbst wenn es sich um anonymisierte Proben handle.⁴⁷ Die Argumentation ist mithin auf den ersten Blick vergleichbar mit der von Höfling, welcher aus verfassungsrechtlicher Sicht ebenfalls ein Aufklärungs- und Einwilligungserfordernis bezüglich der Weiterverwendung entnommener Substanzen fordert.⁴⁸ Allerdings wird das Aufklärungs- und Einwilligungserfordernis in dem erläuternden Bericht wieder verwässert. Mitnichten wird von einem umfassenden Aufklärungs- und Einwilligungserfordernis ausgegangen, sondern vielmehr Einschränkungen

45 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Zur Vereinbarkeit der „Bioethik-Konvention“ des Europarates mit den Grundrechten, Bearbeiter: Kathmann, WF III-206/94, 24.1.1995; Deutscher Richterbund, DRB lehnt Beitritt zur Bioethik-Konvention ab, DRiZ 1998, S. 316.

46 *Europarat*, Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, DIR/JUR (97) 5, S. 40.

47 *Europarat*, Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, DIR/JUR (97) 5, S. 40.

48 *Höfling*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Verfügung über menschliche Embryonen und „humanbiologisches Material“, Gutachten, S. 141. Siehe hierzu Ausführungen unter Kap. I. B. III. 2., S. 41ff.

im Hinblick auf die Erreichbarkeit des Substanzspenders und der Art der Körperteile bzw. deren Verwendungszweck vorgenommen. Es müsse Spielraum für Flexibilität geschaffen werden, da nicht „grundsätzlich die explizite Einwilligung einer Person zur Verwendung von Teilen ihres Körpers gefordert werde“.⁴⁹ Leider wird darauf verzichtet, diese These zu untermauern zumal der Wortlaut des Art. 22 Biomedizinkonvention⁵⁰ im Widerspruch zu dieser Auslegung steht. In Art. 22 Biomedizinkonvention wird nicht hinsichtlich der Art der Körperteile differenziert – es bedarf vielmehr unabhängig von der Art der Körperteile eines angemessenen Aufklärungs- und Einwilligungsverfahrens. Dies wirft die Frage auf, was unter einem angemessenen Aufklärungs- und Einwilligungsverfahren zu verstehen ist, insbesondere von welchen Faktoren die Angemessenheit abhängig gemacht werden soll. In dem erläuternden Bericht wird hierzu zunächst grob differenziert zwischen Patienten die nicht oder nur äußerst schwierig zu erreichen sind, damit ihre Einwilligung erbeten werden kann und denen die erreichbar sind.⁵¹ Logischerweise könne bei Patienten die nicht erreichbar seien, bzw. bei denen ein ungerechtfertigt großer Aufwand betrieben werden müsste um sie zu erreichen, keine Einwilligung eingeholt werden.⁵² Dementsprechend scheint die Schlussfolgerung zu lauten, dass in diesen Fällen die entnommenen Substanzen weiterverwendet werden dürfen, sofern kein Widerspruch durch den Betroffenen bzw. dessen gesetzlichen Vertreter vorliegt. Die Widerspruchslösung ist allerdings nur auf die Fälle anwendbar, in denen die Patienten bereits vor Entnahme der Körperteile über mögliche Weiterverwendungsmöglichkeiten und ihr Recht, diesen zu widersprechen aufgeklärt wurden. Im Umkehrschluss würde dies bedeuten, dass in den Fällen in denen Körpersubstanzen ohne vorherige Aufklärung über mögliche Weiterverwendungsformen bereits entnommen wurden und zu einem anderen Zeitpunkt weiterverwendet werden sollen, mangels Widerspruchs und fehlender Erreichbarkeit des ehemaligen Substanzträgers jegliche Form der Weiterverwendung zulässig ist. Geschützt wäre der Betroffene hier lediglich wieder im Rahmen seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Pauschal wird geäußert, dass es in einer

49 *Europarat*, Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, DIR/JUR (97) 5, Pkt. 136, S. 41.

50 **Art. 22 Verwendung eines dem menschlichen Körper entnommenen Teils:** Wird bei einer Intervention ein Teil des menschlichen Körpers entnommen, so darf er nur zu dem Zweck aufbewahrt werden, zu dem er entnommen worden ist; jede andere Verwendung setzt angemessene Informations- und Einwilligungsverfahren voraus.

51 *Europarat*, Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, DIR/JUR (97) 5, Pkt. 137, S. 41.

52 *Europarat*, Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, DIR/JUR (97) 5, Pkt. 137, S. 41.

Reihe von Fällen ausreichend sei, wenn der Betroffene bzw. dessen gesetzlicher Vertreter nach gebührender Aufklärung keinen Widerspruch geäußert habe.⁵³ Dies wirft gleich zwei Fragen auf: Erstens wodurch zeichnet sich diese Reihe von Fällen aus und zweitens was ist eine gebührende Aufklärung. Die erste Frage soll im Hinblick auf die Ausführungen zu den „anderen Fällen“ Beantwortung finden. So soll in anderen Fällen, in Abhängigkeit von der Art und Weise der Verwendung, der die entfernten Körperteile zugeführt werden sollen, eine explizite und spezielle Einwilligung erforderlich sein, vor allem in Fällen, in denen sensible Daten über identifizierbare Personen gesammelt werden.⁵⁴ Bezogen sowohl auf die Art und Weiterverwendung der Körperteile als auch die Sensibilität möglicher erhobener bzw. zu erhebender Daten werden die Einwilligungserfordernisse qualitativ abgestuft. Auf den ersten Blick müsste beispielsweise die Weiterverwendung von entnommenem Blut zu Eichzwecken diagnostischer Laborgeräte zulässig sein, sofern ihr nicht vom Spender widersprochen wurde. Andererseits können aus einem Tropfen Blut bereits vielfältige sensible Daten über den ehemaligen Substanzträger gewonnen werden, was wiederum für ein Einwilligungserfordernis spräche, zumal unter dem Aspekt, dass die zu Diagnosen entnommenen Proben nicht anonymisiert sind, damit die Ergebnisse dem Patienten zugeordnet werden können. Dieses an sich harmlose Beispiel der Weiterverwendung entnommener Substanzen illustriert die Problematik der Abgrenzung zwischen denjenigen Körpersubstanzen, die abhängig von der konkreten Art der Weiterverwendung einer speziellen Einwilligung bedürfen und jenen, bei denen es eines Widerspruchs bedarf. Eine solche Differenzierung ist weder interessengerecht, noch praktikabel. Eine Differenzierung widerspricht bereits dem Zweck und Ziel der Regelung, den Betroffenen vor einer unkonsentierten Weiterverwendung seiner Materialien zu schützen, weil – wie in der Erläuterung selbst explizit ausgeführt – aus jedem Körperbestandteil und sei er noch so klein eine Vielzahl von Informationen abgeleitet werden kann.⁵⁵ Um dem besonderen Stellenwert und der hohen Aussagekraft menschlicher Körpersubstanzen gerecht zu werden, muss deshalb für die Weiterverwendung aller Substanzen die vorherige spezifische Einwilligung gefordert werden. Der Patient muss zumindest in groben Zügen auf mögliche Verwendungsarten seiner Substanzen hingewiesen werden und bei Forschungsvorhaben, die sensible Daten berühren über den genauen Inhalt und Umfang dieser Vorhaben informiert werden, damit er eine informierte Entscheidung treffen kann.

53 *Europarat*, Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, DIR/JUR (97) 5, Pkt. 137, S. 41.

54 *Europarat*, Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, DIR/JUR (97) 5, Pkt. 137, S. 41.

55 *Ibid.*, S. 45.

Die Diskussionen um die Unterzeichnung und Ratifizierung der Konvention gehen in Deutschland weiter. So äußerte sich Herta Däubler-Gmelin dahingehend, dass Deutschland seine Standards in die internationale Diskussion einbringen müsse, d.h. „Ja zur Wissenschaft, Innovation, Forschung und Medizin bei gleichzeitiger Berücksichtigung von Menschenwürde und Menschenrechten.“⁵⁶ Sie fordert außerdem angesichts der Tatsache, dass es weite Bereiche der deutschen Regelungen gebe, die die fortschrittlichen Mindeststandards der Biomedizinkonvention noch nicht erfüllten, dass diese Teile jetzt endlich vernünftig verbessert und insoweit der Biomedizinkonvention angeglichen werden sollen.⁵⁷

Solange die Biomedizinkonvention von Deutschland noch nicht unterzeichnet ist, sind die Regelungen des Übereinkommens für Deutschland nicht verpflichtend. Sie können jedoch als „Kompass“ fungieren und die Richtung zeigen, in welche sich die Entwicklung nationaler rechtlicher Regelungen bewegen muss, um nicht hinter den völkerrechtlichen Vorgaben zurückzubleiben. Für den Fall der Ratifizierung der Biomedizinkonvention muss Deutschland die Vorgaben des Art. 22 „Verwendung eines dem menschlichen Körper entnommenen Teils“ Biomedizinkonvention im nationalen Recht umsetzen.

II. Entwurf eines Zusatzprotokolls „Archivierte menschliche biologische Materialien in der bio-medizinischen Forschung“

In Ergänzung der Biomedizinkonvention wurde im Oktober 2002 der Entwurf eines Zusatzprotokolls zum Umgang mit biologischen Materialien in der bio-medizinischen Forschung vom Europarat zur Öffentlichen Stellungnahme freigegeben.⁵⁸ Der Entwurf ist das Ergebnis der Plenarsitzung des CDBI⁵⁹ im Dezember 2000 und der daraus entwickelten Vorschläge.⁶⁰ Umgesetzt wurde der Entwurf zunächst in einer Empfehlung des Europäischen Ministerrats an die Mitgliedsstaaten im März 2006.⁶¹

56 *Enquete-Kommission Ethik und Recht in der modernen Medizin*, Wortprotokoll der 41. Sitzung am 04. Juli 2005, Protokoll 15/41, S. 13.

57 *Enquete-Kommission Ethik und Recht in der modernen Medizin*, Wortprotokoll der 41. Sitzung am 04. Juli 2005, Protokoll 15/41, S. 13.

58 *Trouet*, New European guidelines for the use of stored human biological materials in biomedical research, 2003, www.jmedethics.com, S. 99.

59 *Comité Directeur de Bioéthique*.

60 *Trouet*, New European guidelines for the use of stored human biological materials in biomedical research, 2003, www.jmedethics.com, S. 99.

61 *Council of Europe, Committee of Ministers*, Recommendation Rec (2006) 4 of the Committee of Ministers to member states on research on biological materials of human origin.

Ziel dieser Empfehlung war es, die bestehende Regelungslücke für den Umgang mit biologischen Materialien in der Forschung innerhalb der EU zu schließen.⁶² Während die Biomedizinkonvention und die Menschenrechtskonvention zumindest Rahmenbedingungen für die Forschung am Menschen schaffen, gibt es bislang weder internationale noch nationale Regelungen den Umgang mit archivierten menschlichen Körpersubstanzen zu Forschungszwecken betreffend.⁶³

Sorgen über den Zugang zu und den Schutz von Daten als auch öffentliche Skandale über die Weiterverwendung menschlicher Körpermaterialien zu Forschungszwecken ohne das Wissen der ehemaligen Substanzträger haben die Notwendigkeit der Schaffung einheitlicher internationaler Regelungen erhöht. Oberstes Ziel hierbei war der Schutz der Rechte und fundamentalen Freiheiten derjenigen, deren biologische Materialien Objekt von Forschungsvorhaben werden könnten.⁶⁴ Darüber hinaus wurde die Notwendigkeit erkannt, das Vertrauen in die medizinischen Berufsträger und damit die Basis der Patienten-Arzt-Beziehung wieder herzustellen.⁶⁵ Der Zweck der Regelung ist folglich, den steigenden Bedürfnissen und Gefahren der Forschung mit menschlichen Körpermaterialien Rechnung zu tragen.

Archiviertes menschliches Körpermaterial ist in der Vergangenheit häufig für Zwecke benutzt worden, die zum Zeitpunkt der Archivierung weder von den Ärzten und Forschern noch von den Substanzspendern vorhersehbar waren, so dass in vielen Fällen zum Zeitpunkt der Entnahme weder über diese Verwendungsmöglichkeiten aufgeklärt werden, noch die Einwilligung hierzu eingeholt werden konnte.

1. Regelungszweck

Die Intention und der Regelungszweck der Empfehlungen sind in Art. 1 der Empfehlungen niedergelegt. Danach sollen sie dem Schutz Betroffener vor einer For-

62 *Council of Europe, Steering Committee on Bioethics*, Draft Explanatory Report to the proposal for an instrument on the use of archived human biological materials in biomedical research, CDBI/INF (2002) 6, S. 2; *Council of Europe, Steering Committee on Bioethics*, Draft explanatory memorandum to the draft recommendation on research on biological materials of human origin, CDBI (2005) 5 REV 2, S. 2.

63 *Council of Europe, Steering Committee on Bioethics*, Draft Explanatory Report to the proposal for an instrument on the use of archived human biological materials in biomedical research, CDBI/INF (2002) 6, S. 2.

64 *Council of Europe, Steering Committee on Bioethics*, Draft explanatory memorandum to the draft recommendation on research on biological materials of human origin, CDBI (2005) 5 REV 2, S. 2.

65 *Council of Europe, Steering Committee on Bioethics*, Draft explanatory memorandum to the draft recommendation on research on biological materials of human origin, CDBI (2005) 5 REV 2, S. 2.