



# Das Verbot der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers und seiner Teile

Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen Grades  
eines Doktors der Rechte der Universität Mannheim

vorgelegt von  
Hans Ekkehard Roidis-Schnorrenberg, LL.M.



August 2016  
Die Veröffentlichung beruht auf einer  
Dissertation der Universität Mannheim



Alle Rechte vorbehalten.  
Mannheim University Press  
Verlagskooperation der Universität Mannheim Service und Marketing GmbH  
und der Universitätsbibliothek Mannheim

Umschlaggestaltung: Universität Mannheim Service und Marketing GmbH  
Druck und buchbinderische Verarbeitung: Druckerei Fortmann KG, Speyer

Informationen unter  
[www.service.uni-mannheim.de](http://www.service.uni-mannheim.de)

ISBN: 978-3-939352-25-9

*Das Verbot der Kommerzialisierung  
des menschlichen Körpers  
und seiner Teile*

Inauguraldissertation  
zur Erlangung des akademischen Grades  
eines Doktors der Rechte  
der Universität Mannheim

vorgelegt von  
Hans Ekkehard Roidis-Schnorrenberg, LL.M.

Abteilungssprecher der Abteilung Rechtswissenschaft und  
Prodekan der Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre:  
Prof. Dr. Thomas Fetzer, LL.M. (Vanderbilt)

Erstreferent und Betreuer:

Prof. Dr. Jochen Taupitz

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Internationales Privatrecht und  
Rechtsvergleichung

Meinem Vater und  
meinem Großvater gewidmet

Zweitreferent:

Prof. Dr. Thomas Fetzer, LL.M. (Vanderbilt)

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Regulierungsrecht und Steuerrecht

Vorsitzender des Prüfungsausschusses:

Prof. Dr. Andreas Engert, LL.M. (Univ. Chicago)

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht und  
Unternehmenssteuerrecht

Tag der mündlichen Doktorprüfung:

6. November 2015

## Inhaltsverzeichnis

<b>1. Teil: Einleitung und Gang der Untersuchung</b> .....	<b>1</b>
1. Abschnitt: Einleitung.....	1
2. Abschnitt: Gang der Untersuchung .....	2
<b>2. Teil: Die Verknüpfung finanzieller Interessen mit der Nutzung des menschlichen Körpers und seiner Substanzen</b> .....	<b>5</b>
1. Abschnitt: Die Nutzung menschlicher Körpersubstanzen .....	5
§ 1 Menschliche Körpersubstanzen als Gegenstand von Rechtsgeschäften.....	7
A. Die Voraussetzungen der Entnahme von Körpersubstanzen.....	10
B. Die Grenze zulässiger Substanzentnahmen in § 228 StGB .....	12
C. Die Rechte an menschlichen Körpersubstanzen .....	15
D. Zusammenfassung .....	17
§ 2 Die Zulässigkeit entgeltlicher Rechtsgeschäfte über menschliche Körpersubstanzen.....	18
A. Verbotsgesetze gemäß § 134 BGB .....	18
I. Das Organhandelsverbot des § 17 TPG .....	19
1. Der Anwendungsbereich des Organhandelsverbotes .....	20
a) Organe und Gewebe.....	20
b) Der Begriff des Handelstreibens im TPG .....	20
aa) Übernahme der Definition aus dem BtMG.....	21
bb) Eigenständiges Begriffsverständnis im TPG .....	23
c) Die Beschränkung des Anwendungsbereiches .....	25
aa) Zur Heilbehandlung eines anderen Menschen bestimmt .....	25
bb) Arzneimittel .....	26
cc) Maßnahmen im Rahmen der Heilbehandlung .....	27
2. Ergebnis .....	28
II. Das Unentgeltlichkeitsgebot für Blutspenden in § 10 TFG .....	28
1. Verbotscharakter der Norm .....	29
2. Ergebnis .....	31
III. Der entgeltliche Umgang mit embryonalen Stammzellen.....	31
IV. Vorgaben in der Kosmetikverordnung.....	32
V. Zusammenfassung .....	33
B. Die Vereinbarkeit mit den guten Sitten.....	33
I. Die Generalklausel der Sittenwidrigkeit .....	34
II. Begriffsinhalt der guten Sitten.....	34
III. Anknüpfungspunkte für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit .....	38
IV. Konkretisierung durch typisierbare Fallgestaltungen.....	39
1. Der Kommerzialisierungsbegriff.....	39

### Danksagung:

Danken möchte ich vor allem meiner Frau Stella und Bianca für Ihre Unterstützung und Geduld sowie den Verzicht auf die gemeinsame Zeit, die für die Erstellung dieser Arbeit erforderlich war. Bedanken möchte ich mich zudem bei Dorothee, Marie-Luise und Burkhard für die Hilfe bei der Korrektur der Arbeit.

2. Maßstäbe für eine Missbilligung der Kommerzialisierung .....	42	B. Der Tatbestand des Gewinnerzielungsverbotes.....	87
V. Beurteilung der Vereinbarkeit mit den guten Sitten.....	43	I. Die Teile des menschlichen Körpers im Sinne des Gewinnerzielungsverbotes .....	87
1. Argumente für eine generelle Sittenwidrigkeit .....	43	II. Die gebotene teleologische Reduktion des Tatbestandes.....	89
a) Infragestellung der Subjektqualität des Menschen.....	43	C. Das Gewinnerzielungsverbot und die Patentierung von Erfindungen im Bereich der	
aa) Die Rechtsnatur des menschlichen Körpers.....	44	Biotechnologie.....	92
bb) Das Recht am Körper .....	45	§ 3 Zusammenfassung .....	94
(1) Das Recht am Körper als Eigentumsrecht .....	45	5. Abschnitt: Das Zusatzprotokoll zur Biomedizinkonvention bezüglich der Transplantation von	
(2) Das Recht am Körper als Persönlichkeitsrecht.....	48	Organen und Geweben menschlichen Ursprungs.....	95
(3) Die Unübertragbarkeit des Rechts am Körper.....	48	6. Abschnitt: Empfehlungen des Europarates nach Inkrafttreten der Biomedizinkonvention.....	96
cc) Ergebnis .....	49	7. Abschnitt: Weitere völkerrechtliche Erklärungen zu Gewinnerzielungsverboten.....	97
b) Der Verkauf des Individuums in Einzelteilen.....	50	§ 1 Dokumente des Weltärztebundes .....	98
c) Das Verbot der Selbstverstümmelung und das Gebot des Altruismus.....	51	§ 2 Weltgesundheitsorganisation .....	99
d) Kultur der Gabe.....	53	8. Abschnitt: Zusammenfassung.....	100
e) Die Instrumentalisierung des menschlichen Körpers.....	53	<b>4. Teil: Das Gewinnerzielungsverbot der Europäischen Grundrechtecharta .....</b>	<b>102</b>
f) Die Entwürdigung durch eine Preisfestsetzung.....	56	1. Abschnitt: Vorgaben zur Auslegung des Gewinnerzielungsverbotes.....	102
g) Der Verkauf der eigenen Gesundheit.....	57	§ 1 Deklaratorische Rechtswirkung der Charta.....	103
h) Ergebnis .....	66	§ 2 Die Biomedizinkonvention als Erkenntnisquelle der Gemeinschaftsgrundrechte? .....	106
2. Kriterien für eine Sittenwidrigkeit im Einzelfall.....	66	§ 3 Das Gewinnerzielungsverbot als Konkretisierung bestehender Grundrechte?.....	108
a) Die Verbindung zur Persönlichkeit des Spenders .....	68	A. Das Gewinnerzielungsverbot als Konkretisierung des Rechts auf körperliche	
b) Die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit durch die Entnahme.....	69	Unversehrtheit? .....	108
c) Ergebnis.....	69	I. Das Gemeinschaftsgrundrecht auf körperliche Unversehrtheit.....	108
VI. Zwischenergebnis zur Vereinbarkeit mit den guten Sitten .....	70	II. Eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit durch die Gewinnerzielung? ....	110
2. Abschnitt: Die Nutzung des menschlichen Körpers .....	70	B. Das Gewinnerzielungsverbot als Konkretisierung des Schutzes der Menschenwürde? .....	111
§ 1 Die Teilnahme an wissenschaftlichen Studien als Nutzung des menschlichen Körpers .....	71	§ 4 Zusammenfassung .....	113
§ 2 Die Zulässigkeit von Probandenvergütungen .....	73	2. Abschnitt: Der Tatbestand des Gewinnerzielungsverbotes.....	113
A. Die Probandenvergütung: Aufwandsentschädigung oder Gewinnerzielung?.....	73	§ 1 Die Nutzung von Teilen des menschlichen Körpers zur Gewinnerzielung.....	113
B. Die Vereinbarkeit der Probandenvergütung mit den guten Sitten .....	76	§ 2 Die Zahlung von Probandenhonoraren und das Gewinnerzielungsverbot .....	115
3. Abschnitt: Zusammenfassung.....	77	§ 3 Die Beschränkung auf die Bereiche der Biologie und Medizin .....	117
<b>3. Teil: Völkerrechtliche Gewinnerzielungsverbote .....</b>	<b>80</b>	§ 4 Zusammenfassung .....	118
1. Abschnitt: Das Europäische Übereinkommen über den Austausch therapeutischer Substanzen		3. Abschnitt: Die Adressaten des Gewinnerzielungsverbotes .....	119
menschlichen Ursprungs vom 15. Dezember 1958.....	80	§ 1 Die Union und die Mitgliedstaaten.....	119
2. Abschnitt: Die „Resolution on Harmonisation of Legislations of Member States to Removal,		§ 2 Die Bindung Privater an das Gewinnerzielungsverbot.....	120
Grafting and Transplantation of Human Substances“ vom 11. Mai 1978 .....	81	A. Keine ausdrückliche Anordnung der Verpflichtung nichtstaatlicher Akteure .....	120
3. Abschnitt: Die „Recommendation concerning International Exchange and Transportation of		B. Keine horizontale Wirkung von Gemeinschaftsgrundrechten .....	121
Human Substances“ vom 14. März 1979.....	83	C. Keine Regelungskompetenz in den Bereichen Forschung und Gesundheitswesen .....	123
4. Abschnitt: Das Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin des Europarates vom		D. Ergebnis .....	125
4. April 1997.....	84	4. Abschnitt: Die unmittelbare Anwendbarkeit des Gewinnerzielungsverbotes .....	125
§ 1 Materialien zur Auslegung der Biomedizinkonvention.....	85	§ 1 Die Rechtsnatur des Gewinnerzielungsverbotes .....	126
§ 2 Das Gewinnerzielungsverbot der Konvention .....	86	§ 2 Ergebnis.....	130
A. Die Adressaten des Gewinnerzielungsverbotes .....	86		

5. Abschnitt: Zusammenfassung.....	131	5. Ergebnis .....	158
<b>5. Teil: Bedeutung der Gewinnerzielungsverbote im Völker- und Europarecht für die Sittenwidrigkeit nach deutschem Recht.....</b>	<b>132</b>	II. Der Schutz der Grundlagen der Selbstbestimmung .....	159
<b>6. Teil: Der verfassungsrechtliche Rahmen eines nationalen Gewinnerzielungsverbotes .....</b>	<b>134</b>	III. Ergebnis .....	160
1. Abschnitt: Das Verbot der entgeltlichen Abgabe menschlicher Körpersubstanzen.....	134	B. Die Menschenwürde als Schutzgut .....	161
§ 1 Rechtspositionen des Substanzspenders.....	134	I. Der verfassungsrechtliche Schutz der Menschenwürde.....	161
A. Die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG .....	134	II. Der Verkauf von Körpersubstanzen als Verstoß gegen die Menschenwürde?.....	162
1. Der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG .....	135	III. Die Verfolgung von Gewinninteressen als Verstoß gegen die Menschenwürde? .....	162
2. Die Rechte an Körpersubstanzen als vermögenswerte Rechte.....	135	IV. Die Verhinderung der Kommodifizierung des menschlichen Körpers .....	163
3. Abgrenzung der Eigentumsgarantie zur Berufsfreiheit.....	136	V. Ergebnis .....	165
4. Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung?.....	137	4. Abschnitt: Verfassungsrechtliche Abwägung.....	165
B. Ergebnis.....	138	<b>7. Teil: Zusammenfassung .....</b>	<b>168</b>
§ 2 Rechtspositionen von Dritten .....	139		
A. Die Berufsfreiheit des Art. 12 GG.....	139		
I. Schutzbereich der Berufsfreiheit .....	139		
II. Eingriffsqualität des Gewinnerzielungsverbotes .....	140		
B. Die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.....	140		
I. Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit .....	141		
II. Eingriffsqualität des Gewinnerzielungsverbotes .....	142		
§ 3 Zusammenfassung .....	143		
2. Abschnitt: Das Verbot der Probandenvergütung.....	143		
§ 1 Rechtspositionen des Probanden.....	143		
A. Das Recht auf körperbezogene Selbstbestimmung.....	143		
B. Die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG .....	145		
C. Die Berufsfreiheit des Art. 12 GG .....	146		
D. Das Grundrecht auf wirtschaftliche Betätigungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG .....	147		
§ 2 Rechtspositionen von Dritten: Die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 3 GG .....	147		
A. Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit .....	147		
B. Eingriffsqualität des Gewinnerzielungsverbotes.....	148		
§ 3 Zusammenfassung .....	149		
3. Abschnitt: Aspekte einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.....	149		
§ 1 Legitimer Gesetzeszweck .....	150		
§ 2 Eignung und Erforderlichkeit des Verbotes.....	151		
§ 3 Die Schutzgüter des Gewinnerzielungsverbotes .....	152		
A. Die körperliche Unversehrtheit als Schutzgut .....	152		
I. Der Schutz vor eigenverantwortlichen Selbstgefährdungen.....	153		
1. Formvorschriften im Privatrecht.....	154		
2. Zweifel an der Freiwilligkeit aufgrund struktureller Unterlegenheit.....	155		
3. Gurt- und Sturzhelmpflicht.....	156		
4. § 228 StGB.....	157		

## Literaturverzeichnis

- Adam, Thomas*, Ethische und rechtliche Probleme der Patentierung genetischer Information, GRURInt 1998, 391–402.
- Abn, Byung Ha*, Der vermögensrechtliche Zuweisungsgehalt des Persönlichkeitsrechts. Eine grundlagenorientierte Studie, Berlin 2009.
- Alvensleben, Ludolf von*, Die Rechtsverhältnisse am toten menschlichen Körper, Greifswald 1909.
- Appel, Bernd*, Der menschliche Körper im Patentrecht, Köln 1995 (zugl. Diss. München 1994).
- Barton, Tanja*, Der „Ordre public“ als Grenze der Biopatentierung. Konkretisierung und Funktion der Vorbehalte zum „ordre public“ und zum menschlichen Körper in der EG-Biopatient-Richtlinie einschließlich der Umsetzung ins deutsche Recht, Berlin 2004 (zugl. Diss. Trier 2004).
- Bartz, Joachim/Stoll, Ulrich/Winkelsdorf, Lars*, Spende oder Ware? Der Blutmarkt und das Rote Kreuz, Frontal, Sendung vom 18.11.2008; Manuskript abrufbar unter <http://frontal21.zdf.de/ZDFde/inhalt/19/0,1872,7411219,00.html> (Stand 31.03.2014).
- Beck'scher Online-Kommentar BGB*, hrsg. v. *Bamberger, Heinz G./Roth, Herbert*, Aufl. 33, München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK-BGB).
- Beck'scher Online-Kommentar StGB*, hrsg. v. *Heintschel-Heinegg, Bernd*, 25. Aufl., München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK-StGB).
- Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften*, Digitales Wörterbuch der Deutschen Sprache basierend auf den digitalen Versionen dreier Akademiewörterbücher: das Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache (eWDG), das Deutsche Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm (1DWB) und seine Neubearbeitung (2DWB) sowie das Etymologische Wörterbuch des Deutschen von Wolfgang Pfeifer. <http://www.dwds.de> (Stand: 05.03.2015).
- Bernat, Erwin R.*, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, Frankfurt am Main 1989.
- Bickenbach, Christian*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Analyse einer Argumentationsfigur in der (Grundrechts-)Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 2014.
- Bleckmann, Albert*, Sittenwidrigkeit wegen Verstoßes gegen den ordre public international, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV), 34 (1974), 112-132.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, Der Staat 42 (2003), 165–192.
- Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, hrsg. v. *Dolzer, Rudolf/Vogel, Klaus/Grafshof, Karin*, Losebl. (Stand: April 2008) Heidelberg (zitiert: *Bearbeiter*, in: BK-GG).
- Braig, Markus*, Finanzielle Anreize bei der Lebendorganspende, in: *Pottbast, Thomas/Herrmann, Beate/Müller, Uta* (Hrsg.), Wem gehört der menschliche Körper? Ethische, rechtliche und soziale Aspekte der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers und seiner Teile, Paderborn 2010, S. 243-252.
- Breve, Manuela*, Embryonenschutz und Stammzellgesetz. Rechtliche Aspekte der Forschung mit embryonalen Stammzellen, Berlin, Heidelberg, New York 2006 (zugl. Diss. Mannheim 2005).
- Breyer, Friedrich/van den Daele, Wolfgang/Engelhard, Margret et. al.* (Hrsg.), Organmangel, Berlin 2006.
- Brunner, Johannes*, Theorie und Praxis im Leichenrecht, NJW 1953, 1173-1176.
- Bühler, Margit*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, Berlin 2005.
- Calame, Thierry*, Öffentliche Ordnung und gute Sitten als Schranken der Patentierbarkeit gentechnologischer Erfindungen. Eine Untersuchung des Europäischen Patentübereinkommens und des Schweizerischen Patentgesetzes unter Berücksichtigung des internationalen Rechtsumfelds, Basel 2001 (zugl. Diss. St. Gallen 2001).
- Callies, Christian*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, EuZW 2001, 261–268.
- Carstens, Thomas*, Das Recht der Organtransplantation. Stand und Tendenzen des deutschen Rechts im Vergleich zu ausländischen Gesetzen, Frankfurt am Main, Bern 1978 (zugl. Diss. Göttingen 1978).
- Deutsch, Erwin*, An der Grenze von Recht und künstlicher Fortpflanzung, VersR 1985, 1002–1004.
- Deutsch, Erwin*, Des Menschen Vater und Mutter. Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, NJW 1987, 1971–1974.
- Deutsch, Erwin*, Das Vertragsrecht des Probanden, VersR 2005, 1609-1614.
- Deutsch, Erwin/Bender, Albrecht W./Eckstein, Reinhold et al.*, Transfusionsrecht. Ein Handbuch für Ärzte und Juristen, Stuttgart 2001.
- Deutsch, Erwin*, Das Internationale Privatrecht und das Internationale Versicherungsrecht der klinischen Forschung, VersR 2006, 577-582.
- Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas*, Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 6. Aufl., Berlin, Heidelberg 2008.

- Deutsche Bischofskonferenz*, Erklärung der Deutschen Bischofskonferenz und des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland, Bonn, Hannover 1990, [http://www.ekd.de/EKD-Texte/organtransplantation\\_1990.html](http://www.ekd.de/EKD-Texte/organtransplantation_1990.html) (Stand: 05.03.2015).
- Dietlein, Johannes*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl., Berlin 2005.
- Dujmovits, Elisabeth*, Die EU-Grundrechtecharta und das Medizinrecht, RdM 2001, 72-85.
- Eastlund, Ted*, Monetary blood donation incentives and the risk of transfusion transmitted infection, Transfusion 1998, 874–882.
- Ehbling, Jan/Vogeler, Marcus*, Der Probandenvertrag, MedR 2008, 273-281.
- Ehrlich, Stella*, Gewinnabschöpfung des Patienten bei kommerzieller Nutzung von Körpersubstanzen durch den Arzt?, Frankfurt am Main 2000.
- Epping, Volker*, Grundrechte, 6. Auflage, Berlin, Heidelberg 2015.
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, hrsg. v. Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid 15. Aufl., München 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: ErfK).
- European Group on Ethics in Sciences and New Technologies*, Opinion Nr. 3 vom 12.03.1993, Products Derived from Human Blood or Human Plasma, [http://ec.europa.eu/archives/bepa/european-group-ethics/docs/opinion3\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/archives/bepa/european-group-ethics/docs/opinion3_en.pdf) (Stand: 05.03.2015).
- European Group on Ethics in Sciences and New Technologies*, Opinion Nr. 8 vom 25.09.1996, Ethical Aspects of Patenting Inventions Involving Elements of Human Origin, [http://ec.europa.eu/archives/bepa/european-group-ethics/docs/avis8\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/archives/bepa/european-group-ethics/docs/avis8_en.pdf) (Stand: 05.03.2015).
- European Group on Ethics in Sciences and New Technologies*, Opinion Nr. 11 vom 21.07.1998, Ethical Aspects of Human Tissue Banking, [http://ec.europa.eu/archives/bepa/european-group-ethics/docs/avis11\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/archives/bepa/european-group-ethics/docs/avis11_en.pdf) (Stand: 05.03.2015).
- European Group on Ethics in Sciences and New Technologies*, Opinion Nr. 15 vom 14.11.2000, Ethical Aspects of Human Stem Cell Research and Use, [http://ec.europa.eu/archives/bepa/european-group-ethics/docs/avis15\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/archives/bepa/european-group-ethics/docs/avis15_en.pdf) (Stand: 05.03.2015).
- European Group on Ethics in Sciences and New Technologies*, Opinion Nr. 16 vom 07.05.2000, Ethical Aspects of Patenting Inventions Involving Human Stem Cells, [http://ec.europa.eu/archives/bepa/european-group-ethics/docs/avis16\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/archives/bepa/european-group-ethics/docs/avis16_en.pdf) (Stand: 05.03.2015).
- Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 62. Aufl., München 2015 (zitiert: *Fischer*, StGB).
- Forkel, Hans*, Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers. Ein Beitrag zur zivilrechtlichen Erfassung von Transplantationen, JZ 1974, 593–599.
- Forkel, Hans*, Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung, GRUR 1988, 491-501.
- Förster, Philipp*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten. Zur Dogmatik des Adressatenkreises von Pflichten aus EG-Grundfreiheiten, Frankfurt am Main 2007.
- Frahm, Katharina/Gebauer, Jochen*, Patente auf Leben? Der Luxemburger Gerichtshof und die Biopatent-Richtlinie, EuR 2002, 78–95.
- Frisch, Wolfgang*, Zum Unrecht der Sittenwidrigen Körperverletzung (§ 228 StGB), in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Berlin 1999, S. 485–505.
- Geddert-Steinacher, Tatjana*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, Berlin 1990.
- Generalsekretariat des Europarates*, 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, Straßburg Mai 1997, [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/DIRJUR%2897%295\\_German.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/DIRJUR%2897%295_German.pdf). (Stand: 05.03.2015) (zitiert: *Generalsekretariat des Europarates*, Erläuternder Bericht)
- Gutmann, Thomas/Schroth, Ulrich/Baur, Daniela*, Organlebenspende in Europa. Rechtliche Regelungsmodelle, ethische Diskussion und praktische Dynamik, Berlin 2002.
- Gutmann, Thomas/Fateh-Moghadam, Bijan*, Rechtsfragen der Organverteilung, in: *Gutmann, Thomas/Fateh-Moghadam, Bijan* (Hrsg.), Grundlagen einer gerechten Organverteilung, Berlin 2003, S. 37-115.
- Halász, Christian*, Das Recht auf bio-materielle Selbstbestimmung. Grenzen und Möglichkeiten der Weiterverwendung von Körpersubstanzen, Berlin 2004.
- Haema AG*, Standpunkt der Haema zum Thema Aufwandsentschädigung, [http://www.haema.de/unternehmen/aufwandsentschaedigung.html?L=0%3Fno\\_cache%3D1](http://www.haema.de/unternehmen/aufwandsentschaedigung.html?L=0%3Fno_cache%3D1) (Stand: 05.03.2015).
- Hamerl, Thomas*, Rechtsschutz des Spenders von Blut und Knochenmark gegen bestimmungswidrigen Gebrauch, in: *Plöchl, Gerhardt* (Hrsg.), Ware Mensch, Rechtsprobleme der medizinischen und kommerziellen Verwertung von Teilen des menschlichen Körpers, Wien 1996, S. 41–74.
- Hassemer, Winfried*, Theorie und Soziologie des Verbrechens – Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Frankfurt am Main 1973.
- Heldrich, Andreas*, Die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht, AcP Jg. 186 (1986), S. 74-114.
- Heselhaus, Sebastian M.*, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Grundrechtsschutzes in der EU, in: *Heselhaus, Sebastian M./Nowak, Carsten/Baldus, Manfred* (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, München 2006, S. 1-141.

- Hillgruber, Christian*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München 1992.
- Hirsch, Hans J.*, Einwilligung und Selbstbestimmung, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, Berlin 1974, S. 775–800.
- Höfling, Wolfram/Esler, Dirk* (Hrsg.), Kommentar zum Transplantationsgesetz (TPG), Berlin 2003 (zitiert.: *Bearbeiter*, in: *Höfling/Esler*, TPG).
- Höfling, Wolfram*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Verfügung über menschliche Embryonen und „humanbiologisches Material“. Gutachten für die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Recht und Ethik der modernen Medizin“ Mai 2001, [http://webarchiv.bundestag.de/archive/2005/0919/parlament/kommissionen/archiv/medi/me-di\\_gut\\_hoe.pdf](http://webarchiv.bundestag.de/archive/2005/0919/parlament/kommissionen/archiv/medi/me-di_gut_hoe.pdf) (Stand: 05.03.2015).
- Höfling, Wolfram*, Menschenwürde und Integritätsschutz vor den Herausforderungen der Biomedizin, in: *Stern, Klaus/Tetinger, Peter* (Hrsg.), Die Europäische Grundrechte-Charta im wertenden Verfassungsvergleich, Berlin 2005, S. 151-163.
- Hubmann, Heinrich*, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., Köln, Graz 1967.
- Jansen, Norbert*, Die Blutspende aus zivilrechtlicher Sicht, Bochum 1978 (zugl. Diss. Bochum 1978).
- Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, hrsg. v. *Stürner, Rolf*, 15. Aufl., München 2014 (zitiert: *Jauernig/Bearbeiter*, BGB).
- Kant, Immanuel*, Werke in zwölf Bänden. Band VII, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Riga 1785 (Nachdruck Frankfurt am Main 1977, S. 11ff).
- Kant, Immanuel*, Werke in zwölf Bänden. Band VIII, Die Metaphysik der Sitten, Königsberg 1797 (Nachdruck Frankfurt am Main 1977, S. 309ff).
- Katechismus der katholischen Kirche*, München u.a. 1993, [http://www.vatican.va/archive/DEU0035/\\_P86.HTM](http://www.vatican.va/archive/DEU0035/_P86.HTM) (Stand: 05.03.2015).
- Kettner, Matthias*, Was sind Kommerzialisierungsprozesse und wie sind sie moralisch zu werten?, in: *Kreide, Regina/Niederberger, Andreas* (Hrsg.), Staatliche Souveränität und transnationales Recht, München 2010, S. 143 – 151.
- Kliemt, Hartmut*, Zur Kommodifizierung menschlicher Organe im freiheitlichen Rechtsstaat, in: *Taupitz, Jochen* (Hrsg.), Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, Berlin, Heidelberg 2007, S. 95 – 108.
- König, Peter*, Strafbarer Organhandel, Frankfurt am Main 1999.
- König, Peter*, Biomedizinkonvention des Europarats, EU und deutsches Organhandelsverbot, MedR 2005, 22 – 26.
- Köttgen, Arnold*, Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität, in: *Neumann, Franz L./Nipperdey, Hans C./Scheuner, Ulrich* (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. II, Die Freiheitsrechte in Deutschland, Berlin 1954, S. 291–329.
- Kohlhaas, Max*, Neue Rechtsprobleme der Organtransplantation, NJW 1971, 1870 -1872.
- Kreff, Alexander R.*, Patente auf human-genomische Erfindungen. Rechtslage in Deutschland, Europa und den USA, Köln 2003.
- Kübler, Heidrun*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Organentnahme zu Transplantationszwecken, Berlin 1977 (zugl. Diss. Heidelberg 1977).
- Lackner, Strafgesetzbuch. Kommentar*, hrsg. v. *Kühl, Kristian*, 27. Aufl., München 2011 (zitiert: *Lackner/Bearbeiter*, StGB).
- Lanz-Zumstein, Monika*, Die Rechtsstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts. Ein Beitrag zu zivilrechtlichen Fragen im Bereich der Reproduktions- und Gentechnologie, München 1990.
- Laufs, Adolf/Uhlenbruck, Wilhelm/Genzel, Herbert*, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., München 2002.
- Leipziger Kommentar*, hrsg. v. *Jähnke, Burkhard/Laufhütte, Heinrich W./Odersky, Walter*, Bd. VI - §§ 223 - 263a, 11. Aufl., Berlin 2005 (zitiert: *Bearbeiter*, in: LK-StGB).
- Lenk, Christian/Hoppe, Nils*, Ein Modell zur Konstruktion von Nutzungsrechten an menschlichem Gewebe und Körpermaterialien, in: *Taupitz, Jochen* (Hrsg.), Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, Berlin, Heidelberg 2007, S. 199–211.
- Lippert, Hans-Dieter*; Die Einwilligung der Teilnahme an klinischer Forschung von Arzneimitteln und Medizinprodukten und ihr Widerruf, VersR 2001, 432-435.
- Lippert, Hans-Dieter/Flegel, Willy A.* (Hrsg.), Kommentar zum Transfusionsgesetz (TFG) und den Hämotherapie-Richtlinien, Berlin u.a. 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Lippert/Flegel*, TFG).
- Lutz, Ralf*, Mein Körper, Ich und seine Vermarktung – Zwischen Personalität und Kommerzialität, Moraltheologische Anmerkungen zur Selbstverfügung über den eigenen Körper, in: *Pothast, Thomas/Herrmann, Beate/Müller, Uta* (Hrsg.), Wem gehört der menschliche Körper? Ethische, rechtliche und soziale Aspekte der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers und seiner Teile, Paderborn 2010, S. 37-60.
- Mahlmann, Matthias*, Die Grundrechtscharta der Europäischen Union, ZEuS 2000, 419.
- Maier, Joachim*, Der Verkauf von Körperorganen, Zur Sittenwidrigkeit von Übertragungsverträgen, Heidelberg 1991.

- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian*, (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I - Präambel, Artikel 1-19, 6. Aufl., München 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG).
- Marckmann, Georg*, Menschliches Blut - altruistische Spende für kommerzielle Zwecke?, in: *Taupitz, Jochen* (Hrsg.), Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, Berlin, Heidelberg 2007, S. 69–81.
- Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Kommentar, hrsg. v. *Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias et al.*, Losebl., Stand: Juli 2014, München (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Maunz/Dürig*, GG).
- Meyer, Jürgen* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl., Baden-Baden 2006 (zitiert: *Meyer/Bearbeiter*, GRC).
- Mietb, Dietmar*, Das Verbot der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers: mehr als Tabu? Ethische Aspekte, in: *Taupitz, Jochen* (Hrsg.), Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, Berlin, Heidelberg 2007, S. 141–151.
- Mugdan, Benno*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, Berlin 1899.
- Müller, Rolf*, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, Berlin 1997.
- Müller-Terpitz, Ralf* (Hrsg.), Das Recht der Biomedizin. Textsammlung mit Einführung, Berlin 2006.
- Münch, Ingo von*, Grundrechtsschutz gegen sich selbst?, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebenzigsten Geburtstag, Tübingen 1977, S. 113 - 128.
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 6. Aufl., München 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *v. Münch/Kunig*, GG).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. v. *Rixecker, Roland/Säcker, Franz J.*, 5. Aufl., München 2006 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Münch-Komm-BGB, 5. Aufl.).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. v. *Rixecker, Roland/ Säcker, Franz J.*, 6. Aufl., München 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Münch-Komm-BGB, 6. Aufl.).
- Nationaler Ethikrat* (Hrsg.), Biobanken für die Forschung. Stellungnahme, Berlin 2004.
- Niedermair, Harald*, Körperverletzung mit Einwilligung und die guten Sitten. Zum Funktionsverlust einer Generalklausel, München 1999.
- Nolte, Martin/Tams, Christian*, Grundfälle zu Art. 12 GG, NJW 2006, 31–34.
- Nomos - Erläuterungen zum Deutschen Bundesrecht*, Kommentar zum Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben, hrsg. v. *Baumann, Hans G./Küngele, Stephan*, Baden-Baden o.J. (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Nomos - TPG*).
- Obly, Ansgar*, Die Einwilligung des Spenders von Körpersubstanzen und ihre Bedeutung für die Patentierung biotechnologischer Erfindungen, in: Materielles Patentrecht, Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag 2003, S. 417–434.
- Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, bearb. v. *Bassenge, Peter/Brudermüller, Gerd/Ellenberger, Jürgen et al.*, 74. Aufl., München 2015 (zitiert: *Palandt/Bearbeiter*, BGB).
- Paul, Carsten*, Zur Auslegung des Begriffes „Handeltreiben“ nach dem Transplantationsgesetz, MedR 1999, 214 – 216.
- Pfeiffer, Alexandra*, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, Frankfurt am Main, u.a. 2004.
- Pons*, Großwörterbuch Deutsch als Fremdsprache, Stuttgart 2004.
- Reich, Kirsten*, Organspendeverträge: Geldzahlungen als Anreiz zur Organspende in den USA und der Bundesrepublik Deutschland, Münster, Hamburg, London 2000 (zugl. Diss. Hamburg 1999).
- Rixen, Stephan*, Die Würde und Integrität des Menschen, in: *Heselhaus, Sebastian/Nowak, Carsten/Baldus, Manfred* (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, München 2006, S. 335-361.
- Roth, Carsten*, Eigentum an Körperteilen. Rechtsfragen der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, Berlin 2009.
- Sachs, Michael/Battis, Ulrich* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl., München 2009 (zitiert: *Sachs/Bearbeiter*, GG).
- Sack, Rolf*, Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten, NJW 1985, 761-769.
- Sasse, Ralf*, Zivil- und strafrechtliche Aspekte der Veräußerung von Organen Verstorbener und Lebender, Frankfurt am Main 1996.
- Schäfer, Paul*, Rechtsfragen der Verpflanzung von Körper- und Leichteilen, Münster 1961 (zugl. Diss. Münster 1961).
- Schneider, Ingrid*, Nicht-Kommerzialisierung des Organtransfers als Gebot einer Global Public Policy: Normative Prinzipien und gesellschaftspolitische Begründungen, in: *Taupitz, Jochen* (Hrsg.), Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, Berlin, Heidelberg 2007, S. 109-127.
- Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, bearb. v. *Eser, Albin/Perron, Walter/Sternberg-Lieben, Detlev*, 29. Aufl., München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Schönke/Schröder*, StGB).
- Schreiber, Stephan M.*, Das Transfusionsgesetz vom 1. Juli 1998. Rechtliche Grundfragen, Frankfurt am Main 2001.

*Schröder, Michael/Taupitz, Jochen*, Menschliches Blut verwendbar nach Belieben des Arztes? Zu den Formen erlaubter Nutzung menschlicher Körpersubstanzen ohne Kenntnis des Betroffenen, Stuttgart 1991.

*Schroth, Ulrich*, Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes. Aporien einer paternalistischen Gesetzgebung, JZ 1997, 1149–1154.

*Schroth, Ulrich*, Stellungnahme zu dem Artikel von Bernhard Seidenath: „Lebenspende von Organen: Zur Auslegung von § 8 Abs. 1 S. 2 TPG“, MedR 1999, 67-68.

*Schroth, Ulrich*, Das strafbewehrte Organhandelsverbot des Transplantationsgesetzes. Ein internationales Problem und seine deutsche Lösung, in: *Gutmann, Thomas/Fateh-Moghadam, Bijan* (Hrsg.), Grundlagen einer gerechten Organverteilung, Berlin 2003, S. 115-142.

*Schroth, Ulrich*, Zur Reichweite und Legitimität eines Organhandelsverbots. Soll ein Anreizsystem ausgeschlossen werden? in: *Becchi, Paolo/Bondolfi, Alberto/Kostka, Ulrike et al.* (Hrsg.), Die Zukunft der Transplantation von Zellen, Geweben und Organen, Basel 2007, S. 109-123.

*Schünemann, Hermann*, Die Rechte am menschlichen Körper, Frankfurt am Main 1985.

*Schulte, Stefanie*, Die Rechtsgüter des strafbewehrten Organhandelsverbotes. Zum Spannungsfeld von Selbstbestimmungsrecht und staatlichem Paternalismus, Frankfurt am Main 2009.

*Schulze, Reiner/Dörner, Heinrich/Ebert, Ina et al* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, 8. Aufl. Baden-Baden 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hk-BGB).

*Schwabe, Jürgen*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1998, 66 – 75.

*Sekretariat des Europäischen Konvents* (Hrsg.), Bericht des Vorsitzenden der Gruppe II - Einbeziehung der Charta/Beitritt zur EMRK, Dokument CONV 354/02 v. 22.10.2002, <http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/de/02/cv00/cv00354.de02.pdf> (Stand: 03.05.2015).

*Singer, Reinhard*, Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, 1133–1141.

*Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. v. *Spickehoff, Andreas*, Bd. X - §§ 823 - 853, ProdHG, UmweltHG, 13. Aufl., Stuttgart 2005 (zitiert: *Soergel/Bearbeiter*).

*Spranger, Tade M.*, Die Rechte des Patienten bei der Entnahme und Nutzung von Körpersubstanzen, NJW 2005, 1084-1090.

*Spranger, Tade M.*, Rechtsprobleme bei der Nutzung von Bestandteilen des menschlichen Körpers, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 2006, 107-121.

*Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. *Habermann, Norbert/Honsell, Heinrich/Roth, Herbert et al.*,

Buch 1 - Allgemeiner Teil,  
 §§ 90-124; §§ 130-133 - (Allgemeiner Teil 3) – Neubearb. 2012, Berlin 2012 (zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*, BGB)

§§ 134-138, ProstG - (Allgemeiner Teil 4a - Gesetzliches Verbot und Sittenwidrigkeit) – Neubearb. 2011, Berlin 2011 (zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*, BGB).

*Steering Committee on Bioethics* (CDBI), Preparatory Work on the Convention, Meeting reports of the plenary Committee (CAHBI/CDBI) and its Working Party responsible for drafting (CDBI-CO-RED), CDBI /INF (2000) 1, Provisional, Strasbourg, 28th June 2000, CDBI 5-7/09/95, [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/CDBI-INF%282000%291PrepConv.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-INF%282000%291PrepConv.pdf) (Stand: 05.03.2015) (zitiert: *Steering Committee on Bioethics*, Meeting reports).

*Steering Committee on Bioethics* (CDBI), Preparatory Work on the Convention, Draft Convention on Human Rights and Biomedicine resulting from the meetings of CDBI-CO-RED an CDBI, ADDENDUM I /INF (2000) 1, Provisional, Strasbourg, 29th February 2000, [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/CDBI-INF%282000%291Add1.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-INF%282000%291Add1.pdf) (Stand: 05.03.2015) (zitiert: *Steering Committee on Bioethics*, Draft Convention).

*Steering Committee on Bioethics* (CDBI), Preparatory Work on the Convention, Official reports of debates by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the draft Convention on Human Rights and Biomedicine, ADDENDUM II CDBI/INF (2000) 1, Provisional, Strasbourg, 21st March 2000, [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/CDBI-INF%282000%291Add2.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-INF%282000%291Add2.pdf) (Stand: 05.03.2015) (zitiert: *Steering Committee on Bioethics*, Official reports of debates).

*Stern, Klaus*, Von der Europäischen Menschenrechtskonvention zur Europäischen Grundrechte-Charta. Perspektiven des Grundrechtsschutzes in Europa, in: *Stern, Klaus/Tetinger, Peter* (Hrsg.), Die Europäische Grundrechte-Charta im wertenden Verfassungsvergleich, Berlin 2005, S. 13–30.

*Szczekalla, Peter*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“, Berlin 2002.

*Szczekalla, Peter/Rengeling, Hans-Werner*, Grundrechte in der Europäischen Union. Charta der Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze, Köln 2004.

*Taupitz, Jochen*, Wem gebührt der Schatz im menschlichen Körper? Zur Beteiligung des Patienten an der kommerziellen Nutzung seiner Körpersubstanzen, AcP 1991, S. 201-246.

*Taupitz, Jochen*, Die Zellen des John Moore vor den amerikanischen Gerichten. Ende der „heimlichen“ Nutzung menschlicher Körpersubstanzen? VersR 1991, 369–375.

*Taupitz, Jochen*, Privatrechtliche Rechtspositionen um die Genomanalyse: Eigentum, Persönlichkeit, Leistung, JZ 1992, 1089–1099.

Taupitz, Jochen, Kommerzialisierung menschlicher Körpersubstanzen, in: *Damm, Reinhard/Hart, Dieter* (Hrsg.), *Rechtliche Regulierung von Gesundheitsrisiken*, Baden-Baden 1993, S. 51 - 92.

Taupitz, Jochen, Menschliche Körpersubstanzen: Nutzbar nach eigenem Belieben des Arztes? *Deutsches Ärzteblatt* 1993, A 1106 - A 1112.

Taupitz, Jochen, Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile, *NJW* 1995, 745–752.

Taupitz, Jochen, Das Recht im Tod: Freie Verfügbarkeit der Leiche? *Rechtliche und ethische Probleme der Nutzung des Körpers Verstorbener*, Dortmund 1996.

Taupitz, Jochen, Rechte an Zellen, Geweben und Körpermaterial, in: *Rittner, Christian/Schneider, Peter M./Schölmerich, Paul* (Hrsg.), *Genomanalyse und Gentherapie*, Stuttgart 1997, S. 173-186.

Taupitz, Jochen, Grenzen der Patientenautonomie, in: *Brugger, Winfried* (Hrsg.), *Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie. Referate der Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 22. bis 23. September 2000 in Heidelberg*, Stuttgart 2002, S. 83–132.

Taupitz, Jochen/Weber-Hassemmer, Kristiane, Zur Verbindlichkeit von Patientenverfügungen, in: *Humaniora, Medizin, Recht, Geschichte; Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag*, Berlin 2006, S. 1107–1121.

Taupitz, Jochen, Zellkulturen aus Verstorbenen, in: *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser*, München 2005, S. 1205-1224.

Taupitz, Jochen/Guttman, Jens, Rechtswissenschaftliche Aspekte, in: *Propping/Aretz/Schumacher et al.* (Hrsg.), *Prädiktive genetische Testverfahren*, München, Freiburg 2006, S. 59-80.

Taupitz, Jochen, Das Verbot der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers und seiner Teile: Lässt es sich rational begründen? in: *Taupitz, Jochen* (Hrsg.), *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, Berlin, Heidelberg 2007.

Tettinger, Peter J./Stern, Klaus (Hrsg.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, München 2006 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Tettinger/Stern*, GRCh).

Tress, Peter, *Die Organtransplantation aus zivilrechtlicher Sicht. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der schuldrechtlichen Problematik bei der Transplantation vom lebenden Spender*, Mainz 1977 (zugl. Diss. Mainz 1977).

Van den Daele, Wolfgang, Gewinnverbot: Die ambivalente Verteidigung einer Kultur der Gabe, in: *Taupitz, Jochen* (Hrsg.), *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, Berlin, Heidelberg 2007, S. 128–140.

Vangerow, Karl A. von, *Lehrbuch der Pandekten*, 6. Aufl., Marburg 1851.

Vitzthum, Wolfgang Graf von, *Gentechnologie und Menschenwürdeargument*, ZRP 1987, 33-37.

Weber, Klaus, *Betäubungsmittelgesetz. Verordnungen zum BtMG. Kommentar*, 3. Aufl., München 2009.

Wille, Sophia, *Die Organknappheit im Spannungsverhältnis zwischen Sozialpflicht und Selbstbestimmung*, Hamburg 2006.

Zacharakis, Zacharias, Der Proband der Studie TGN 1412, *Der Stern*, Online-Ausgabe vom 29.11.2006, 22.15 Uhr, <http://www.stern.de/gesundheit/gesundheitsnews/lebensgefahrlicher-test-der-proband-der-studie-tgn-1412-577569.html> (Stand: 05.03.2015).

Zeiler, Thomas/Kretschmer, Volker, Survey of blood donors on the topic of “reimbursement for blood donors”, *Infusionstherapie und Transfusionsmedizin* 1995, 19-24.

Zerr, Christian, *Abgetrennte Körpersubstanzen im Spannungsfeld zwischen Persönlichkeitsrecht und Vermögensrecht, deutsch-französischer Rechtsvergleich über die Zulässigkeit der Kommerzialisierung von Körpersubstanzen = Comparaison juridique sur la commercialisation de substances corporelles en France et en Allemagne*, Frankfurt am Main u.a. 2004 (zugl. Diss. München 2003).

Ziegler, Josef G., *Organübertragung - Medizinische, moraltheologische und juristische Aspekte*, in: *Ziegler, Josef G.* (Hrsg.), *Organverpflanzung- Medizinische, rechtliche und ethische Probleme*, Düsseldorf 1977, S. 52 -127.

Für die in der Arbeit verwendeten Abkürzungen wird auf *Kirchner, Hildebert/Pannier, Dietrich*, *Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache*, 7. Aufl., Berlin 2013 Bezug genommen.

# 1. Teil: Einleitung und Gang der Untersuchung

## 1. Abschnitt: Einleitung

Hat der Mensch einen Körper oder ist der Mensch dieser Körper? Die Einordnung des menschlichen Körpers in Kategorien von Subjekt oder Objekt berührt sowohl philosophische als auch rechtliche Grundfragen. Die Schlussfolgerungen, die sich aus dieser Einordnung ergeben, sind Anlass für rege Diskussionen, sowohl in den Geistes- und Naturwissenschaften als auch in der Politik. Insbesondere Fragen des richtigen Umgangs mit dem menschlichen Körper und seinen Substanzen sind Gegenstand leidenschaftlich geführter Kontroversen.<sup>1</sup> Praktische Bedeutung haben Vorgaben für den Umgang mit dem menschlichen Körper und seinen Substanzen in erster Linie für die Forschung und für Anwendungen in der Medizin. Menschliche Zellen finden im medizinischen Bereich hauptsächlich Verwendung bei der Organ- oder Gewebetransplantation, der Transfusion von Blut- und Blutbestandteilen sowie im Rahmen der künstlichen Herstellung biologischer Gewebe, um damit geschädigte Gewebe zu ersetzen. Darüber hinaus gibt es weitere, vielfältige Verwendungsmöglichkeiten menschlicher Körpersubstanzen, wie beispielsweise die Verwendung von Harnstoff oder Hormonen als Arzneimittel. Neue Erkenntnisse über die Zusammenhänge im menschlichen Körper und die sich daraus ergebenden Verwendungsmöglichkeiten von Körpersubstanzen sind nicht nur für den Fortschritt in der Wissenschaft und Medizin von Bedeutung, sondern können sich auch unter wirtschaftlichen Aspekten als wertvoll herausstellen.<sup>2</sup> Dem Gesetzgeber obliegt die Aufgabe, dieser gesellschaftlich bedeutsamen Entwicklung einen rechtlichen Rahmen zu geben. Ein Aspekt dieser Rahmengestaltung ist die Frage, in welchem Umfang finanzielle Interessen mit der zulässigen Nutzung des menschlichen Körpers und seiner Substanzen verknüpft werden dürfen. In diesem Zusammenhang wird vielfach die Forderung erhoben, den menschlichen Körper und

<sup>1</sup> Vgl. für einen Überblick die Beiträge in den Sammelbänden *Taupitz* (Hrsg.), *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers* und *Pottbast/Herrmann/Müller* (Hrsg.), *Wem gehört der menschliche Körper?*

<sup>2</sup> Vgl. dazu die Beispiele bei *Taupitz*, *VersR* 1991, 369ff.; *ders.*, *AcP* 1991, 201ff.

seine Teile vor einer Kommerzialisierung zu schützen.<sup>3</sup> Die vorliegende Arbeit widmet sich der Diskussion dieser Forderung aus rechtswissenschaftlicher Sicht.

## 2. Abschnitt: Gang der Untersuchung

Die zentrale Fragestellung dieser Arbeit ist, ob eine Verknüpfung von finanziellen Interessen mit der Nutzung des menschlichen Körpers und menschlicher Körpersubstanzen rechtmäßig ist. Diese umfassende Fragestellung ist in mehrere Untersuchungsteile gegliedert.

Der zweite Teil betrifft die Zulässigkeit der Verknüpfung finanzieller Interessen mit der Nutzung des menschlichen Körpers und menschlicher Körpersubstanzen nach deutschem Recht. Da sich bei der Nutzung menschlicher Körpersubstanzen teilweise andere Fragen stellen als bei der Nutzung des menschlichen Körpers sind diesen Fragen eigenständige Abschnitte gewidmet. Zunächst wird die Zulässigkeit entgeltlicher Rechtsgeschäfte über menschliche Körpersubstanzen untersucht. Zu diesem Zweck müssen zunächst einige Vorfragen geklärt werden. Können menschliche Körpersubstanzen Gegenstand von Rechtsgeschäften sein? Unter welchen Voraussetzungen sind menschliche Körpersubstanzen nicht mehr Bestandteile des menschlichen Körpers? Welches sind die Grenzen zulässiger Entnahmen von Körpersubstanzen? Welche Rechte bestehen an Körpersubstanzen, die nicht mehr Bestandteile des menschlichen Körpers sind? Sodann ist die zentrale Fragestellung zu erörtern, ob der Substanzspender für die Abgabe seiner Körpersubstanzen ein Entgelt verlangen darf. Maßgeblich sind insoweit die Grenzen der Vertragsfreiheit in Form von gesetzlichen Verboten und der Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit. Hinsichtlich eines möglichen Verstoßes gegen die guten Sitten werden die maßgeblichen

<sup>3</sup> Verschiedene Stellungnahmen (Opinions) der European Group on Ethics in Sciences and New Technologies der EU-Kommission berufen sich darauf, dass eine weit verbreitete Ansicht bestehe, dass menschliche Körpersubstanzen nicht kommerzialisiert werden dürften: *European Group on Ethics in Sciences and New Technologies*, Opinion Nr. 3 vom 12.03.1993, *Products Derived from Human Blood or Human Plasma*, S. 2f.; Opinion Nr. 8 vom 25.09.1996, *Ethical Aspects of Patenting Inventions Involving Elements of Human Origin*, S. 3; Opinion Nr. 11 vom 21.07.1998, *Ethical Aspects of Human Tissue Banking*, S. 6; Opinion Nr. 15 vom 14.11.2000, *Ethical Aspects of Human Stem Cell Research and Use*, S. 19; Opinion Nr. 16 vom 07.05.2000, *Ethical Aspects of Patenting Inventions Involving Human Stem Cells*; S. 16f.

Beurteilungskriterien herausgearbeitet und die in der Diskussion über ein Kommerzialisierungsverbot vorgebrachten Argumente analysiert. Es ist insoweit zwischen einer generellen Sittenwidrigkeit und einer Sittenwidrigkeit im Einzelfall zu unterscheiden. In einem zweiten Abschnitt dieses Teils der Untersuchung ist die Zulässigkeit der Verknüpfung von finanziellen Interessen mit der Nutzung des gesamten menschlichen Körpers am Beispiel der Zahlung einer Vergütung für die Teilnahme an klinischen Studien zu analysieren. Es wird zunächst dargelegt, dass die vergütete Probandentätigkeit eine Nutzung des menschlichen Körpers darstellt. Da die Zahlung einer Probandenvergütung gesetzlich nicht verboten ist, bleibt zu klären, ob es gegen die guten Sitten verstößt, eine Probandenvergütung zu zahlen.

In den beiden anschließenden Teilen werden Gewinnerzielungsverbote für den Umgang mit dem menschlichen Körper und seinen Teilen im Völkerrecht und im Europarecht untersucht. Es werden jeweils die Reichweite und die Rechtswirkungen dieser Gewinnerzielungsverbote bestimmt. Der dritte Teil behandelt Gewinnerzielungsverbote im regionalen Völkerrecht des Europarates sowie im universellen Völkerrecht. Schwerpunkt ist das Gewinnerzielungsverbot in dem Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin des Europarates vom 4. April 1997. Der vierte Teil betrifft das Gewinnerzielungsverbot der Grundrechtecharta der Europäischen Union. In diesem Teil werden zunächst die Grundlagen des Gewinnerzielungsverbotes erörtert. Maßgeblich für die Rechtswirkung des Gewinnerzielungsverbotes ist, ob die Europäische Grundrechtecharta konstitutiven oder rein deklaratorischen Charakter hat. Darauf aufbauend erfolgt die Bestimmung der Reichweite des Verbotes. Zu untersuchen ist, ob das Verbot jeden Verkauf von Körpersubstanzen und die Zahlung von Probandenvergütungen erfasst. Im Anschluss daran wird geklärt, wer durch das Gewinnerzielungsverbot der Grundrechtecharta verpflichtet wird und in welchen Rechtsbeziehungen das Verbot zu beachten ist. Die Ergebnisse der Analyse der völker- und europarechtlichen Gewinnerzielungsverbote werden in einem weiteren Teil im Hinblick auf eine mögliche Sittenwidrigkeit entgeltlicher Verträge nach deutschem Recht wegen des Verstoßes gegen den *ordre public international* erörtert. Im daran anschließenden sechsten Teil verfassungsrechtliche Probleme eines umfassenden, nationalen Gewinnerzielungsverbotes *de lege ferenda* aufgezeigt. Es wird herausgearbeitet, in welche verfassungsrechtlich garantierte

Rechtspositionen eingegriffen würde und welche Aspekte im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zu erörtern sind. Auch in diesem Teil wird hinsichtlich der Gewinnerzielung mit menschlichen Körpersubstanzen und der Gewinnerzielung mit dem menschlichen Körper unterschieden.

Die wichtigsten Ergebnisse der Arbeit werden im siebten Teil abschließend zusammengefasst.

## 2. Teil: Die Verknüpfung finanzieller Interessen mit der Nutzung des menschlichen Körpers und seiner Substanzen

### 1. Abschnitt: Die Nutzung menschlicher Körpersubstanzen

Die Möglichkeiten der Nutzung menschlicher Körpersubstanzen sind vielfältig. Menschliche Körpersubstanzen können beispielsweise zur Untersuchung der Wirkungsweise bestimmter Produkte (Insektizide, Kosmetika, Arzneimittel etc.) eingesetzt werden. In der Medizin finden Körpersubstanzen häufig Verwendung als Transplantate oder dienen zur Herstellung von Arzneimitteln. Auch in der klinischen Forschung und der wissenschaftlichen Grundlagenforschung werden menschliche Körpersubstanzen verwendet. Neben einer Vielzahl von zulässigen Nutzungen gibt es auch unzulässige Nutzungsmöglichkeiten von Körpersubstanzen. Diese Nutzungen sind entweder deshalb unzulässig, weil diese Nutzungsart verboten ist (z. B. zum Klonen menschlicher Lebewesen) oder weil die grundsätzlich zulässige Art der Nutzung im Widerspruch zum Willen des Berechtigten stehen. In der vorliegenden Arbeit soll nur die Kommerzialisierung zulässiger Nutzungen untersucht werden. Wenn bereits die Nutzung an sich unzulässig ist und damit finanzielle Gewinne erzielt werden, sind andere Erwägungen maßgeblich als bei grundsätzlich zulässigen Nutzungen.<sup>4</sup>

Die Kommerzialisierung zulässiger Nutzungen kann unterteilt werden in Erst-, Folge-, Eigen- und Fremdkommerzialisierungen.<sup>5</sup> Bei der Erstkommerzialisierung werden menschliche Körpersubstanzen erstmalig Gegenstand eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts. Die Erstkommerzialisierung kann sowohl als Eigen- als auch als Fremdkommerzialisierung erfolgen. Eine Erstkommerzialisierung als Fremdkommerzialisierung liegt vor, wenn jemand Körpersubstanzen, die nicht von ihm

stammen, erstmalig zu kommerziellen Zwecken weiterverwendet.<sup>6</sup> Eine Folgekommerzialisierung liegt vor, wenn die Körpersubstanzen bereits zuvor gegen Entgelt übertragen wurden. Schwerpunkt dieser Untersuchung ist die Frage, ob eine Erstkommerzialisierung in Form eines Verkaufes von Körpersubstanzen durch denjenigen, von dem die Körpersubstanzen stammen (Substanzspender), zulässig ist. Die Zulässigkeit des Verkaufes in Form einer Erstkommerzialisierung impliziert auch die Zulässigkeit des Verkaufes in Form einer Folgekommerzialisierung.

Für die Frage der Zulässigkeit des Verkaufes von Körpersubstanzen ist auch auf den Zusammenhang zwischen dem Verkauf und einem Eingriff in den Körper des Substanzspenders einzugehen. Um menschliche Körpersubstanzen zu gewinnen, erfolgt häufig ein Eingriff in den Körper. Hierbei variieren die Eingriffsintensität und die damit verbundenen gesundheitlichen Risiken stark. Die Eingriffe reichen vom gefahrlosen Abschneiden von Haaren über Blutentnahmen bis zu risikobehafteten operativen Organentnahmen. Einige Körpersubstanzen können sogar ohne einen Eingriff in den Körper gewonnen werden, weil sie im Rahmen der normalen Stoffwechselprozesse ausgeschieden oder abgesondert werden (z. B. Urin, Schweiß oder Speichel). Andere Körpersubstanzen sind als „Abfallprodukt“ eines aus anderen Gründen vorgenommenen Eingriffs vorhanden. Hierzu sind sowohl Körpersubstanzen zu zählen, die zu Diagnose- oder Heilungszwecken entnommen wurden als auch Körpersubstanzen, die entgegen der ursprünglichen Absicht nicht mehr in den eigenen Körper eingegliedert werden sollen, wie beispielsweise Eigenblutkonserven und entnommene Ei- oder Samenzellen vor Bestrahlungsbehandlungen. Die zu Diagnose- oder Heilungszwecken entnommenen Körpersubstanzen sind häufig eine wichtige Grundlage für weitere Forschungen, die zu wirtschaftlich verwertbaren Ergebnissen führen können. Ein prominentes Beispiel hat sich in den siebziger Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts in den USA ereignet und ist international bekannt geworden. Im Rahmen einer medizinischen Behandlung wurden dem Patienten John Moore mit dessen Zustimmung Teile der Milz entfernt. Forschern gelang es, aus dem entnommenen Material bestimmte Zellen, die besondere

<sup>4</sup> Vgl. hierzu unzulässige Nutzungen betreffend: *Ebrlich*, Gewinnabschöpfung des Patienten bei kommerzieller Nutzung von Körpersubstanzen durch den Arzt?, S. 124ff.

<sup>5</sup> Vgl. *Müller*, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, S. 23f., 78, 164, 233; *Taupitz*, in: *Damm/Hart* (Hrsg.), Rechtliche Regulierung von Gesundheitsrisiken, S. 53.

<sup>6</sup> Dieser Begriff der Fremdkommerzialisierung unterscheidet sich von demjenigen bei *Müller*, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, S. 23, 164, der unter einer Fremdkommerzialisierung Rechtsgeschäfte von Nichtberechtigten über abgetrennte Körpersubstanzen versteht.

Eigenschaften aufwiesen, zu isolieren und in Kulturen zu züchten. Die aus der Untersuchung der Zellen erworbenen Erkenntnisse führten zu sehr gewinnträchtigen Patentanmeldungen.<sup>7</sup>

Auch Körpersubstanzen, die für zukünftige Behandlungszwecke aufbewahrt und entgegen der ursprünglichen Erwartung nicht mehr benötigt werden, eignen sich für die Nutzung durch die Forschung. Als Beispiel mag die Aufbewahrung von Nabelschnurblut nach der Geburt dienen. Die Aufbewahrung des Nabelschnurblutes erfolgt in der Hoffnung, zukünftige Krankheiten des Kindes unter Rückgriff auf die im Nabelschnurblut enthaltenen Stammzellen behandeln zu können. Die Aufbewahrung wird häufig gegen ein Entgelt angeboten. Alternativ kann das Nabelschnurblut auch an ein Stammzellregister für die Fremdtransplantation gespendet werden. Es ist möglich, dass entgegen der ursprünglichen Erwartung das Interesse an der weiteren Aufbewahrung entfällt. Darf ein Forscher, der dieses Nabelschnurblut verwenden möchte, dem Eigentümer für die Überlassung einen Geldbetrag anbieten, der über den bisherigen Kosten der Aufbewahrung liegt?

Die Beispiele zeigen, dass der Verkauf menschlicher Körpersubstanzen nicht immer mit einem Eingriff in den Körper verbunden ist bzw. der Verkauf nicht Anlass oder Zweck des Eingriffes sein muss. Dieser Umstand wird bei der nunmehr zu untersuchenden Frage der Zulässigkeit des Verkaufes von Körpersubstanzen zu berücksichtigen sein.

### § 1 Menschliche Körpersubstanzen als Gegenstand von Rechtsgeschäften

Voraussetzung für einen Verkauf menschlicher Körpersubstanzen ist zunächst, dass menschliche Körpersubstanzen grundsätzlich Gegenstand von Rechtsgeschäften sein können. Sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung werden Körpersubstanzen, die nicht mehr mit dem Körper verbunden sind, als körperliche Gegenstände im Rechtssinne qualifiziert, denen keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt.<sup>8</sup> Der Rechtsgegenstand (die Körpersubstanzen) und das Rechtssubjekt (der

<sup>7</sup> vgl. *Taupitz*, VersR 1991, 369ff. mit weiteren Einzelheiten zu diesem Fall.

<sup>8</sup> *BGH*, Urt. v. 09.11.1993 - VI ZR 62/93, NJW 1994, 127 = *BGHZ* 124, 52; *BFH*, Beschl. v. 01.04.2009 - XI R 52/07, Rn. 38, zitiert nach *juris*; *Palandt/Heinrichs*, BGB § 90 Rn. 3; *Staudinger/Jickeli/Stieper*, BGB, § 90 Rn. 29; *Taupitz*, JZ 1992, 1089, 1092 m.w.N.

Mensch als Rechtsinhaber) sind voneinander verschieden und können unproblematisch in einem Rechtsverhältnis zueinander stehen. Nur solange die Körpersubstanzen Bestandteil des menschlichen Körpers sind, stellen sie keinen eigenständigen Rechtsgegenstand dar. Es besteht daher ein qualitativer Unterschied zwischen den Körpersubstanzen, die noch Bestandteil des menschlichen Körpers sind, und denjenigen Körpersubstanzen, denen diese Bestandteileigenschaft nicht mehr zukommt. Menschliche Körpersubstanzen, die nicht mehr Bestandteil des menschlichen Körpers sind, können Gegenstand von Rechtsgeschäften sein. Fraglich ist daher, unter welchen Voraussetzungen menschliche Körpersubstanzen ihre Bestandteileigenschaft verlieren.

Einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen zufolge ist für die Bestandteileigenschaft ausreichend, wenn die Körpersubstanzen weiterhin eine *funktionale Einheit* mit dem Körper bilden.<sup>9</sup> Eine *funktionale Einheit* sei immer dann gegeben, wenn eine Wiedereingliederung der Substanzen in den Körper beabsichtigt ist.<sup>10</sup>

Nach anderer Ansicht sind Körpersubstanzen nur solange Bestandteile des menschlichen Körpers, solange sie fest mit dem Körper verbunden sind.<sup>11</sup> Zu einem unterschiedlichen Ergebnis gelangen die Auffassungen, wenn die abgetrennten Körpersubstanzen zur Wiedereingliederung bestimmt sind. Nach der Ansicht des Bundesgerichtshofes sind die Körpersubstanzen weiterhin Bestandteile des menschlichen Körpers, während es sich nach der Gegenansicht<sup>12</sup> bereits um eigenständige Rechtsgegenstände handelt. Entnommene menschliche Eizellen gelten nach der Ansicht des Bundesgerichtshofes noch als Bestandteil des menschlichen Körpers, so dass die Vernichtung der Zellen – zumindest zivilrechtlich – eine Körperverletzung darstellt. Die Rechtsfigur der *funktionalen Einheit* begründet der Bundesgerichtshof mit der folgenden Argumentation: Die Möglichkeiten der Wiedereingliederung menschlicher Körpersubstanzen und die wachsende Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts machten es erforderlich, unter dem menschlichen Körper nicht nur eine Einheit im physischen Sinne zu verstehen, sondern aufgrund wertender Betrachtung alles darunter zu fassen,

<sup>9</sup> *BGH*, Urt. v. 09.11.1993 - VI ZR 62/93, NJW 1994, 127.

<sup>10</sup> *BGH*, a.a.O.

<sup>11</sup> *Taupitz*, NJW 1995, 745 m.w.N.

<sup>12</sup> *Taupitz*, a.a.O., m.w.N.

was mit dem Körper eine *funktionale Einheit* bilde.<sup>13</sup> Der Schutzzweck des § 823 Abs. 1 BGB gebiete es, dass Bestandteile auch während ihrer Trennung vom Körper eine *funktionale Einheit* bilden, wenn diese zur Wiedereingliederung in den Körper entnommen worden seien. Das Recht am eigenen Körper sei als gesetzlich ausgeformter Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu verstehen. Schutzgut des § 823 Abs. 1 BGB sei nicht die Materie, sondern das Seins- und Bestimmungsfeld der Persönlichkeit, das in der körperlichen Befindlichkeit materialisiert werde. Wenn die ausgegliederten Körperbestandteile nach dem Willen des Rechtsträgers jedoch nicht zur Wiedereingliederung bestimmt seien, verbleibe es dabei, dass die abgetrennten Körperbestandteile mit der Abtrennung ihre Zuordnung zum Schutzgut Körper verlieren und zu Sachen im Rechtssinn werden. Dann komme der Gedanke, nach dem das Selbstbestimmungsrecht des Rechtsträgers den Körper und seine ausgegliederten Bestandteile weiterhin als eine *funktionale Einheit* erscheinen lasse, nicht zum Tragen.<sup>14</sup>

Gegen diese Annahme einer *funktionalen Einheit* als maßgebliches Merkmal der Bestandteileigenschaft wird eingewandt, dass es dann für eine Körperverletzung nicht mehr auf eine tatsächliche Ein- und Auswirkung auf den Gesamtkörper ankäme und der Schutz der körperlichen Unversehrtheit auf einen Schutz subjektiver Verwendungsinteressen ausgedehnt würde.<sup>15</sup> Da die *funktionale Einheit* vom subjektiven Willen des Körperinhabers abhängig sei, führe diese Ansicht mangels objektiver Kriterien zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit.<sup>16</sup> Zudem fehle es an Anhaltspunkten dafür, innerhalb welcher Zeitspanne die Wiedereingliederung beabsichtigt sein müsse und welche Folgen eine Änderung der Wiedereingliederungsabsicht hätte.<sup>17</sup> Des Weiteren bedürfe es keiner Ausdehnung des Schutzes der körperlichen Unversehrtheit auf Körpersubstanzen, die zur Wiedereingliederung bestimmt sind. Denn bei einer Beeinträchtigung ausgegliederter Körpersubstanzen ergebe sich eine Körperverletzung gegebenenfalls aus der nicht mehr möglichen Wiedereingliederung, wenn sich diese auf

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 09.11.1993 - VI ZR 62/93, NJW 1994, 127.

<sup>14</sup> BGH, a.a.O.

<sup>15</sup> Taupitz, NJW 1995, 745, 746.

<sup>16</sup> Taupitz, a.a.O., S. 750ff.

<sup>17</sup> Taupitz, a.a.O., S. 751f.

den Gesamtorganismus auswirkt.<sup>18</sup> Zudem sei auch die dogmatische Herleitung dieser Auffassung nicht überzeugend. Die These, dass das Recht am eigenen Körper als gesetzlich ausgeformter Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu verstehen sei, fände verfassungsrechtlich keine Stütze.<sup>19</sup> Das Recht am eigenen Körper umfasse nicht nur das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht, sondern auch das Recht auf körperliche Unversehrtheit. Eine Verortung des Rechts am eigenen Körper im allgemeinen Persönlichkeitsrecht sei daher unzutreffend.<sup>20</sup>

Tatsächlich wird weder in der verfassungsrechtlichen Literatur noch in der Rechtsprechung vertreten, dass der Schutz der körperlichen Unversehrtheit des Art. 2 Abs. 2 GG eine Ausformung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellt, welches in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verortet wird. Die Ansicht des Bundesgerichtshofes ist daher dogmatisch nicht überzeugend. Zudem führt das Kriterium der *funktionalen Einheit* zu erheblichen Unsicherheiten in der praktischen Anwendung. Bislang wurde das Kriterium der *funktionalen Einheit* auch nicht in anderen Entscheidungen aufgegriffen und fortentwickelt, so dass fraglich ist, ob der Bundesgerichtshof in Zukunft daran festhalten wird. Überzeugender ist es vielmehr, nur gegenständlich mit dem Körper verbundene Körpersubstanzen als Bestandteile des menschlichen Körpers anzusehen.

#### A. Die Voraussetzungen der Entnahme von Körpersubstanzen

Da Körpersubstanzen ihre Bestandteileigenschaft verlieren, wenn sie vom Körper abgetrennt werden, sind die Voraussetzungen der rechtmäßigen Entnahme von Körpersubstanzen zu klären. Voraussetzung für eine rechtmäßige Entnahme ist die Einwilligung des Rechtsgutsinhabers. Die Einwilligung ist zwar keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung;<sup>21</sup> einzelne Regelungen über Rechtsgeschäfte sind jedoch auf sie analog anwendbar.<sup>22</sup> Hiervon ausgenommen ist die Rückwirkung der Anfechtung.<sup>23</sup> Eine durch

<sup>18</sup> Taupitz, a.a.O., S. 747.

<sup>19</sup> Taupitz, a.a.O.

<sup>20</sup> Taupitz, a.a.O.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 05.12.1958 - VI ZR 266/57, BGHZ 29, 33; BGH, Urt. v. 16.11.1971 - VI ZR 76/70, NJW 1972, 335; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 789; Schönemann, Die Rechte am menschlichen Körper, S. 53.

<sup>22</sup> BGH, a.a.O.; Deutsch/Spickhoff, a.a.O.; Schönemann, a.a.O.

<sup>23</sup> Vgl. Deutsch/Spickhoff, a.a.O., Rn. 255.

Täuschung oder Zwang bewirkte Einwilligung ist vielmehr von Anbeginn unwirksam, ohne dass es einer rückwirkenden Anfechtung bedarf. Eine bereits erteilte Einwilligung kann jederzeit mit Wirkung ex nunc widerrufen werden.<sup>24</sup>

Für die Wirksamkeit einer Einwilligung ist keine Geschäftsfähigkeit des Betroffenen erforderlich. Eine Einwilligung setzt nur voraus, dass im Hinblick auf die konkrete Sachlage eine Einwilligungsfähigkeit besteht und die Einwilligung ernstlich in Kenntnis ihrer Tragweite abgegeben wurde.<sup>25</sup> Unter der Einwilligungsfähigkeit ist die für die konkrete Situation natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu verstehen.<sup>26</sup> Maßgeblich ist, ob der Betroffene in der Lage ist, die Art, die Bedeutung und die Risiken der Entnahme zu erfassen und auf dieser Grundlage zu urteilen.<sup>27</sup> Abhängig von den konkreten Umständen der Entnahme und der Kenntnisse der Beteiligten ist es daher erforderlich, den Einwilligenden vorab über Art, Bedeutung und Risiken der Entnahme aufzuklären, um ihn in die Lage zu versetzen, eine entsprechend informierte Entscheidung zu treffen. Praktisch bedeutsam ist dies bei Einwilligungen in ärztliche Heileingriffe, bei denen der Patient aufklärungsbedürftig ist. Im Bereich der ärztlichen Behandlung wird daher eine informierte Einwilligung verlangt.<sup>28</sup> Hat der Patient hingegen hinreichende Kenntnis von der Maßnahme, ihren Risiken und möglichen Folgen, so ist eine besondere Aufklärung über diese Umstände nicht erforderlich.<sup>29</sup>

Durch die Einwilligung in die Entnahme erfolgt die Ausübung der Bestimmungsmacht über die eigene körperliche Unversehrtheit. Wenn die Entnahme von Körpersubstanzen durch eine Einwilligung ermöglicht wird, liegt darin jedoch keine Verfügung über das Recht am Körper bzw. dem Recht auf körperliche Unversehrtheit. Eine Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, welches auf die Aufhebung, Übertragung oder inhaltliche Änderung eines Rechts gerichtet ist. Die Einwilligung in die Entnahme von Körpersubstanzen stellt jedoch keine rechtsgeschäftliche Verfügung über ein Recht dar. Ein Rechtsgeschäft setzt zudem immer eine Willenserklärung voraus, während die Einwilligung gerade keine

<sup>24</sup> Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, a.a.O.

<sup>25</sup> *Lackner/Kühl*, StGB, § 228 Rn. 5.

<sup>26</sup> *Fischer*, StGB, § 228, Rn. 5.

<sup>27</sup> Vgl. für den ärztlichen Heileingriff: *BGH*, Urt. v. 16.11.1971 – VI ZR 76/70, NJW 1972, 335; *OLG Hamm*, Beschl. v. 08.01.1997 – 15 W 398/96, FGPrax 1997, 64.

<sup>28</sup> Vgl. zu den Anforderungen des informed consent *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 243ff.

<sup>29</sup> *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 265 m.w.N.

Willenserklärung ist. In der Einwilligung liegt lediglich ein Verzicht auf den Schutz der körperlichen Unversehrtheit im Einzelfall, nicht aber ein Verzicht auf das Recht auf körperliche Unversehrtheit. Das Recht am Körper besteht unabhängig von der Einwilligung zum Eingriff in den Körper fort.

Die Einwilligung muss zum Zeitpunkt des Eingriffs in den Körper vorliegen. Eine vorangegangene Verpflichtung zur Einwilligung ist, ebenso wie die bereits erteilte Einwilligung, jederzeit frei widerruflich. Diese freie Widerruflichkeit kann vertraglich nicht eingeschränkt werden.<sup>30</sup> Schadenersatzforderungen wegen Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung sind ausgeschlossen, da entsprechende Schadenersatzforderungen der freien Widerruflichkeit und damit der Freiwilligkeit der Einwilligung entgegenstehen.<sup>31</sup> Die zwangsweise Durchsetzung eines vertraglichen Versprechens, in die Entnahme einzuwilligen, ist daher nicht möglich. Rechtsdogmatisch lässt sich dieses Ergebnis entweder damit begründen, dass die Verpflichtung ohne Erfüllungszwang als Naturalobligation angesehen wird<sup>32</sup> oder dass die Zwangsvollstreckung an § 888 II ZPO scheitert.<sup>33</sup>

## B. Die Grenze zulässiger Substanzentnahmen in § 228 StGB

Die Entnahme von Körpersubstanzen kann trotz wirksamer Einwilligung unzulässig und strafbar sein, wenn die Tat gegen die guten Sitten verstößt, § 228 StGB. Umstritten ist, welche Kriterien für eine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 228 StGB maßgeblich sein sollen.

Nach einer in der älteren Rechtsprechung verbreiteten Ansicht sollen der Zweck sowie die der Tat zu Grunde liegenden Ziele und Beweggründe der Beteiligten maßgeblich sein.<sup>34</sup> Nach anderer, in der jüngeren Rechtsprechung verbreiteten Ansicht ist für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit auf Art und Gewicht des Körperverletzungserfolgs und

<sup>30</sup> *Jansen*, Die Blutspende aus zivilrechtlicher Sicht, S. 44f.; *Schünemann*, Die Rechte am menschlichen Körper, S. 182.

<sup>31</sup> Vgl. *Müller*, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, S. 85 m.w.N.

<sup>32</sup> *v. Ahvenleben*, Die Rechtsverhältnisse am toten menschlichen Körper, S. 41; *Müller*, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, S. 83ff.

<sup>33</sup> *Schünemann*, Die Rechte am menschlichen Körper, S. 86.

<sup>34</sup> *BGH*, Urt. v. 29.01.1953 - 5 StR 408/52, NJW 1953, 473; *BayObLG*, Beschl. v. 07.09.1998 – 5 St RR 153-98, NJW 1998, 372, 373.

den Grad der möglichen Lebensgefahr abzustellen (Rechtsgutslösung).<sup>35</sup> Einer weiteren Ansicht zufolge erfasst § 228 StGB solche Situationen, in denen das Vorliegen einer autonomen Entscheidung in Frage gestellt sei, weil eine vernünftige Person eine solche Einwilligung nicht geben würde.<sup>36</sup>

Gegen die letztgenannte Ansicht - das Abstellen auf die Entscheidung einer „vernünftigen Person“ - spricht, dass dadurch ein körperbezogenes Selbstbestimmungsrecht negiert würde. Denn Selbstbestimmung bedeutet das freie Handeln nach selbstgewählten Motiven und Grundsätzen. Wenn aber an die Stelle der selbstgewählten Motive eine vermeintlich „vernünftige“ Entscheidung gesetzt wird, erfolgt eine unzulässige Bevormundung. Da der Sittenverstoß trotz einer wirksamen Einwilligung angenommen wird, müssen zumindest die Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung vorliegen. Dies setzt voraus, dass die Einwilligungsfähigkeit gegeben ist, weil die für die konkrete Situation natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit<sup>37</sup> eine notwendige Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung ist. Ist aber diese Einwilligungsfähigkeit gegeben, ist keine Begründung dafür ersichtlich, aus welchen Gründen eine vermeintlich vernünftige Entscheidung an die Stelle einer mit natürlicher Einsichts- und Urteilsfähigkeit getroffenen Entscheidung gesetzt werden darf. Auch kann nicht angenommen werden, dass jede, einem anderen unvernünftig erscheinende Entscheidung sittenwidrig wäre. So mag es unvernünftig sein, einen weit überlegenen Gegner in einem regulären Sportboxkampf herauszufordern. Es besteht jedoch Einigkeit, dass die bei regelrechtem Verhalten infolge körperlicher Überlegenheit zugefügten Körperverletzungen aufgrund der vorherigen Einwilligung nicht strafbar sind. Auch aufgrund der Konturlosigkeit dessen, was als „vernünftig“ angesehen werden kann, würde ein solches Verständnis der guten Sitten im Rahmen des § 228 StGB nicht der erforderlichen Vorausschbarkeit des staatlichen Strafens genügen.

Gegen die Annahme, dass der Zweck sowie die der Tat zu Grunde liegenden Ziele und Beweggründe der Beteiligten für den Sittenverstoß maßgeblich sein sollen, spricht, dass dann Gesichtspunkte in die Entscheidung einbezogen würden, die in keinem Bezug zum

<sup>35</sup> *BGH*, Urt. v. 26.05.2004 – 2 StR 505/03, Rn. 25, zitiert nach juris; *Hirsch*, in: FS Hans Welzel, S. 799; *Hirsch*, in: LK-StGB, § 228 Rn. 9; *Fischer*, StGB, § 228 Rn. 9.

<sup>36</sup> *Frisch*, in: FS Hans Joachim Hirsch, S. 485, 495ff.

<sup>37</sup> *Fischer*, StGB, § 228 Rn. 5; *BGH*, Urt. v. 27.03.1953 – 1 StR 689/52, BGHSt 4, 113, 118.

Rechtsgutsschutz stehen.<sup>38</sup> Wäre für die Sittenwidrigkeit der Tat der verfolgte Tatzweck maßgeblich, hätte dies zur Folge, dass die Bestrafung nicht im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut erfolgen würde. Die Bestrafung würde aufgrund der Missbilligung des verfolgten Tatzwecks erfolgen und nicht zum Schutz des Rechtsgutes.<sup>39</sup> Zur Verdeutlichung dieses Gedankens kann die Rechtsprechung des Reichsgerichts herangezogen werden. Das Reichsgericht hat die Sittenwidrigkeit einer Körperverletzung bei einvernehmlichen sadomasochistischen Praktiken im Hinblick auf die Verletzung „zu Unzuchtswirken“ festgestellt.<sup>40</sup> Die Bestrafung erfolgte somit zum Schutz von bestimmten Sittlichkeitsvorstellungen und nicht zum Schutz des Rechtsgutes der körperlichen Unversehrtheit. Wenn jedoch bestimmte Sittlichkeitsvorstellungen für die Bestrafung maßgeblich sein würden, hätte dies zur Folge, dass gesetzgeberische Entscheidungen, wie die Aufhebung der Strafbarkeit von „Sittlichkeitsdelikten“ und die Beschränkung der Strafbarkeit auf „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“, unterlaufen würden.<sup>41</sup>

Richtigerweise ist daher für die Frage der Sittenwidrigkeit auf die Art und das Gewicht des Körperverletzungserfolgs sowie den Grad einer möglichen Lebensgefahr abzustellen.<sup>42</sup> Als Maßstab können die in § 226 StGB geregelten erheblichen Beeinträchtigungen dienen.<sup>43</sup> Die erhebliche Beeinträchtigung muss im Schweregrad vergleichbar sein mit dem Verlust des Sehvermögens auf zumindest einem Auge, dem Verlust des Gehörs, des Sprechvermögens, der Fortpflanzungsfähigkeit oder eines wichtigen Gliedes des Körpers. Sittenwidrig ist daher auch ein körperlicher Eingriff zur Substanzentnahme, der dazu führt, dass ein wichtiges Glied des Körpers dauernd nicht mehr gebraucht werden kann, dass eine dauernde Entstellung in erheblicher Weise erfolgt oder dass der Betroffene in Siechtum, Lähmung, geistige Krankheit oder Behinderung

<sup>38</sup> *BGH*, Urt. v. 26.05.2004 – 2 StR 505/03, Rn. 18 m.w.N., zitiert nach juris.

<sup>39</sup> *Stree/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 228 Rn. 18.

<sup>40</sup> Vgl. *RG*, JW 1928, 2229, zitiert nach *BGH*, Urt. v. 26.05.2004 – 2 StR 505/03, Rn. 23, zitiert nach juris.

<sup>41</sup> *BGH*, Urt. v. 26.05.2004 – 2 StR 505/03, Rn. 24, zitiert nach juris.

<sup>42</sup> so auch *BGH*, Urt. v. 26.05.2004 – 2 StR 505/03, Rn. 19, zitiert nach juris; *Hirsch*, in: FS Hans Welzel, S. 799; *Hirsch*, in: LK-StGB, § 228 Rn. 9; *Fischer*, StGB, § 228 Rn. 9.

<sup>43</sup> *BGH*, a.a.O., m.w.N.

verfällt. Die Beurteilung des Ausmaßes oder des Gewichtes der drohenden Rechtsgutverletzung ist aus einer „ex-ante“ Perspektive vorzunehmen.<sup>44</sup>

Allerdings ist auch nach dieser Ansicht der mit der Tat verfolgte Zweck nicht völlig außer Acht zu lassen. Der Tatzweck soll zwar die Sittenwidrigkeit nicht begründen, sie jedoch ausschließen können.<sup>45</sup> Demzufolge besteht bei lebensgefährlichen ärztlichen Eingriffen, die zum Zwecke der Lebenserhaltung vorgenommen werden trotz möglicher schwerwiegender Beeinträchtigungen keine Sittenwidrigkeit des Eingriffs.<sup>46</sup> Selbst bei schwerwiegenden Gefahren für das Rechtsgut ist danach der Bereich der freien Disposition des Rechtsgutininhabers nicht überschritten, wenn ein positiv kompensierender Zweck hinzutritt. Als kompensierender Tatzweck kommen sämtliche positiven oder jedenfalls einsehbaren Zwecke in Betracht.<sup>47</sup> Der Tatzweck ist daher ein Korrektiv zugunsten der Entscheidungsfreiheit des Rechtsgutininhabers. Zusammengefasst ist daher eine Körpersubstanzentnahme trotz wirksamer Einwilligung unzulässig und strafbar, wenn die voraussichtlich resultierende Beeinträchtigung mit den in § 226 StGB genannten Folgen vergleichbar ist und die Entnahme nicht durch einen mit der Tat verfolgten Zweck zur Erhaltung des Rechtsguts Leben oder Gesundheit kompensiert wird.

### C. Die Rechte an menschlichen Körpersubstanzen

Für die Frage, ob menschliche Körpersubstanzen Gegenstand von Rechtsgeschäften sein können, ist zudem zu klären, welche Rechte an menschlichen Körpersubstanzen bestehen.

Nach fast einhelliger Meinung kann an Körpersubstanzen, die nicht mehr Bestandteil des menschlichen Körpers sind, übertragbares Eigentum entstehen.<sup>48</sup> Unterschiedliche Ansichten existieren bezüglich der Entstehungsvoraussetzungen des Eigentums sowie hinsichtlich der Frage, ob neben dem sachenrechtlichen Eigentum weiterhin eine persönlichkeitsrechtliche Bindung der Körpersubstanzen bestehen bleibt.

<sup>44</sup> BGH, a.a.O.

<sup>45</sup> Fischer, StGB, § 228 Rn. 10.

<sup>46</sup> Hirsch, in: LK-StGB, § 228, Rn. 9.

<sup>47</sup> BGH, Urt. v. 26.05.2004 – 2 StR 505/03, Rn. 19, zitiert nach juris.

<sup>48</sup> BGH, Urt. v. 09.11.1993, VI ZR 62/93, NJW 1994, 127 = BGHZ 124, 52; Palandt/Heinrichs, BGB, § 90 Rn. 3; Staudinger/Jickeli/Stieper, BGB, § 90 Rn. 29; Taupitz, JZ 1992, 1089, 1092 m.w.N.

Einer Ansicht zufolge entsteht das Eigentum des Substanzspenders entweder sofort, dem Rechtsgedanken des § 953 BGB entsprechend,<sup>49</sup> oder durch Aneignung aufgrund einer Aneignungsbefugnis des Substanzspenders gemäß § 958 Abs. 2 BGB.<sup>50</sup> Das Persönlichkeitsrecht setze sich neben dem Eigentumsrecht an den Substanzen fort, da eine rein sachenrechtliche Betrachtung von Körpersubstanzen nicht der besonderen persönlichen und emotionalen Beziehung zwischen Körperinhaber und seinen Substanzen gerecht werde. Das Persönlichkeitsrecht des Körperinhabers überlagere und beschränke die Befugnisse des neuen Eigentümers.<sup>51</sup> Verwendungen, die das Persönlichkeitsrecht des ursprünglichen Substanzträgers verletzen, seien daher auch dem neuen Eigentümer nicht gestattet.<sup>52</sup> Das Persönlichkeitsrecht stehe jedoch einer Übertragung des Eigentums an den Körpersubstanzen nicht entgegen.<sup>53</sup>

Einer anderen Ansicht nach besteht mit der Abtrennung der Körpersubstanzen zunächst nur das Persönlichkeitsrecht an den Körpersubstanzen fort. Erst wenn dieses Persönlichkeitsrecht aufgegeben werde, sei von übertragbarem Eigentum an den Körpersubstanzen auszugehen.<sup>54</sup> Die Preisgabe des Persönlichkeitsrechts sei nur statthaft, „soweit dies um wichtiger, rechtlich anzuerkennender Belange willen“ geschehe und die Einbuße nicht übermäßig schwer wiege.<sup>55</sup> So soll die Preisgabe des Persönlichkeitsrechts zulässig sein, um eine für Heilzwecke nötige Lagerung von Organen und eine Weitergabe der Körpersubstanzen zu ermöglichen. Denn in diesem Fall sei eine Wahrung

<sup>49</sup> Schäfer, Rechtsfragen der Verpflanzung von Körper- und Leichteilen, S. 49 ff.

<sup>50</sup> Schröder/Taupitz, Menschliches Blut verwendbar nach Belieben des Arztes?, S. 38.

<sup>51</sup> Taupitz, JZ 1992, 1089, 1092; BGH, Urt. v. 09.11.1993 - VI ZR 62/93, NJW 1994, 127 m.w.N.; Palandt/Heinrichs, BGB, § 90 Rn. 3; Halász, Das Recht auf bio-materielle Selbstbestimmung, S. 56f. Der anderen Ansicht nach entsteht ein Eigentumsrecht erst nach Aufgabe des Persönlichkeitsrechts, Forkel, JZ 1974, 593, 596; Jansen, Die Blutspende aus zivilrechtlicher Sicht, S. 82 ff.

<sup>52</sup> Als Beispiel sei eine Genomanalyse gegen oder ohne den Willen des ursprünglichen Substanzspenders genannt.

<sup>53</sup> Vgl. Taupitz, JZ 1992, 1089, 1091. Für eine Überlagerung des Eigentumsrechts durch das Persönlichkeitsrecht: Schönemann, Die Rechte am menschlichen Körper, S. 92; Deutsch, VersR 1985, 1002, 1004; ders., NJW 1987, 1971, 1974. Für ein Nebeneinander von Eigentum und Persönlichkeitsrecht: Lanz-Zumstein, Die Rechtsstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts, S. 222 ff. (mit Ausnahme menschlicher Keimzellen); Schröder/Taupitz, Menschliches Blut verwendbar nach Belieben des Arztes? S. 42 ff. m.w.N.

<sup>54</sup> Forkel, JZ 1974, 593, 596; Jansen, Die Blutspende aus zivilrechtlicher Sicht, S. 82 ff.; Bernat, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 115.

<sup>55</sup> Forkel, a.a.O.

individueller Interessen des Spenders nicht möglich oder erfordere einen unverhältnismäßigen Aufwand. Der Verzicht könne umso eher zugelassen werden, je leichter der unwiderrufliche Verlust der Körpersubstanz verschmerzt oder durch Substanzspenden anderer Personen aus einer Organbank ausgeglichen werden könne. Dem Verlust des Persönlichkeitsschutzes stünde auch nicht entgegen, dass die Körpersubstanz aufgrund des in der Zelle vorhandenen Erbgutes biologisch dem Substanzspender zugeordnet bleibt.<sup>56</sup>

Gegen diese Ansicht kann eingewandt werden, dass nicht ersichtlich ist, warum die persönlichkeitsrechtliche Bindung der Körpersubstanzen aufgegeben werden muss, damit übertragbares Eigentum an ihnen entsteht. Es fehlen zudem objektive Kriterien dafür, wann wichtige und rechtlich anzuerkennende Belange gegeben sind, um deren willen das Persönlichkeitsrecht preisgegeben werden darf. Eine klare Abgrenzung, die aus Gründen der Rechtssicherheit geboten wäre, lässt sich nach dieser Ansicht nicht finden. Vorzugswürdig ist daher die zuerst genannte Ansicht, die unmittelbar mit Aufhebung der Bestandteileigenschaft ein Eigentumsrecht annimmt, welches neben dem Persönlichkeitsrecht fortbesteht.

#### D. Zusammenfassung

Menschliche Körpersubstanzen können somit grundsätzlich Gegenstand von Rechtsgeschäften sein. Bei abgetrennten Körpersubstanzen handelt es sich um vom Rechtssubjekt Mensch verschiedene Rechtsobjekte. Vor der Abtrennung vom menschlichen Körper können Körpersubstanzen hingegen noch nicht Gegenstand von Rechtsgeschäften sein. Sie sind als Bestandteile des menschlichen Körpers kein eigenständiges Rechtsobjekt. Eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung zur Einwilligung in eine zukünftige Substanzentnahme ist jederzeit frei widerruflich. Nach ihrer Trennung vom Körper sind menschliche Körpersubstanzen Sachen im Rechtssinne.<sup>57</sup> An den

<sup>56</sup> *Forkel*, a.a.O.

<sup>57</sup> *BGH*, Urt. v. 09.11.1993 - VI ZR 62/93, NJW 1994, 127; *BFH*, Beschl. v. 01.04.2009 - XI R 52/07, Rn. 38, zitiert nach *juris*; *Palandt/Heinrichs*, BGB, § 90 Rn. 3; *Staudinger/Jickeli/Stieper*, BGB, § 90 Rn. 29; *Taupitz*, JZ 1992, 1089, 1092 m.w.N.

Körpersubstanzen entsteht ein vom Persönlichkeitsrecht überlagertes Sacheigentum.<sup>58</sup> Das Persönlichkeitsrecht steht einer Übertragung des Eigentums an Körpersubstanzen nicht entgegen. Denn das Persönlichkeitsrecht des Substanzspenders wird durch die Eigentumsübertragung nicht berührt. Es überlagert das Eigentum und beschränkt die Befugnisse des neuen Eigentümers.<sup>59</sup>

## § 2 Die Zulässigkeit entgeltlicher Rechtsgeschäfte über menschliche Körpersubstanzen

Für die Frage, ob entgeltliche Rechtsgeschäfte über menschliche Körpersubstanzen zulässig sind, ist vom Grundsatz der Vertragsfreiheit auszugehen. Die Vertragsfreiheit ist Ausfluss der verfassungsrechtlich geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit. Aus der Vertragsfreiheit folgt, dass grundsätzlich Verträge mit beliebigem Inhalt geschlossen werden können. Ihre Grenze findet die Vertragsfreiheit in den gesetzlichen Verböten des § 134 BGB und der Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB.

### A. Verbotsgesetze gemäß § 134 BGB

Gesetzliche Verböte im Sinne des § 134 BGB sind Bestimmungen, die entweder ausdrücklich oder nach ihrem Sinn und Zweck die Nichtigkeit eines Geschäftes vorsehen.<sup>60</sup> Die Verböte müssen daher darauf zielen, dass das Geschäft überhaupt nicht vorgenommen werden soll. Ein Indiz hierfür ist, wenn sich das Verbot an alle an dem Rechtsgeschäft Beteiligten richtet. Auch der strafrechtliche Charakter einer Norm kann Indizwirkung für die Qualifizierung als Verbotsgesetz haben.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Vgl. *Taupitz*, a.a.O., 1091. Für eine Überlagerung des Eigentumsrechts durch das Persönlichkeitsrecht: *Schünemann*, Die Rechte am menschlichen Körper, S. 92; *Deutsch*, VersR 1985, 1002, 1004; *ders.*, NJW 1987, 1971, 1974. Für ein Nebeneinander von Eigentum und Persönlichkeitsrecht: *Lanz/Zumstein*, Die Rechtsstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts, S. 222 ff. (mit Ausnahme menschlicher Keimzellen); *Schröder/Taupitz*, Menschliches Blut verwendbar nach Belieben des Arztes? S. 42 ff. m.w.N.; a.A.: Eigentumsrecht erst nach Aufgabe des Persönlichkeitsrechts, *Forkel*, JZ 1974, 593, 596; *Jansen*, Die Blutspende aus zivilrechtlicher Sicht, S. 82 ff.

<sup>59</sup> *Taupitz*, a.a.O., 1092; *BGH*, Urt. v. 09.11.1993 - VI ZR 62/93, NJW 1994, 127 m.w.N.; *Palandt/Heinrichs*, BGB, § 90 Rn. 3; *Halasz*, Das Recht auf bio-materielle Selbstbestimmung, S. 56f.

<sup>60</sup> *Palandt/Heinrichs*, BGB, § 134 Rn. 6ff.

<sup>61</sup> *Armbrüster*, in: Münch-Komm-BGB, 6. Aufl., § 134 Rn. 50.

Rechtliche Vorgaben für den Umgang mit menschlichen Körpersubstanzen sind nicht einheitlich, sondern abhängig vom Verwendungszweck der Substanzen geregelt. Wenn die Körpersubstanzen zur Transplantation verwendet werden, ist das Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben - Transplantationsgesetz (TPG) einschlägig. Die Verwendung von Blut- und Blutbestandteilen zur Übertragung auf Menschen ist im Gesetz zur Regelung des Transfusionswesens - Transfusionsgesetz (TFG) geregelt. Für die Verwendung von menschlichen Körpersubstanzen zur Herstellung von Arzneimitteln finden sich Vorgaben im Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln - Arzneimittelgesetz (AMG). Für den Umgang mit embryonalen Stammzellen ist das Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (StZG) und das Embryonenschutzgesetz (ESchG) maßgeblich. Auch andere Gesetze oder Rechtsverordnungen enthalten – wenn auch nur beiläufig - Regelungen für den Umgang mit menschlichen Körpersubstanzen, wie beispielsweise die Kosmetikverordnung. Fraglich ist, ob diese Gesetze Verbote im Sinne des § 134 BGB für entgeltliche Rechtsgeschäfte über Körpersubstanzen enthalten.

### **I. Das Organhandelsverbot des § 17 TPG**

§ 17 Abs. 1 S. 1 TPG verbietet, mit Geweben oder Organen, die zur Heilbehandlung eines anderen Menschen bestimmt sind, Handel zu treiben. Gemäß § 17 Abs. 2 TPG ist es zudem verboten, Organe oder Gewebe, die Gegenstand verbotenen Handelstreibens sind, zu entnehmen, auf einen anderen Menschen zu übertragen oder sich übertragen zu lassen. Das Verbot richtet sich somit an alle Beteiligten eines Rechtsgeschäfts, das als Organhandel qualifiziert wird. Entsprechende Rechtsgeschäfte sollen nach dem Willen des Gesetzgebers nicht zustande kommen. Für die zivilrechtliche Nichtigkeitfolge des § 134 BGB spricht auch die Strafbewehrung des Verbotes gemäß § 18 TPG, die auch gegenüber dem Organspender und dem Organempfänger gilt. Insoweit besteht gemäß § 18 Abs. 4 TPG lediglich die Möglichkeit, dass das Gericht die Strafe mildert oder von einer Bestrafung absieht. Es handelt sich daher bei § 17 TPG um ein Verbot im Sinne des § 134 BGB, welches das Handeltreiben mit Organen und Geweben innerhalb seines Anwendungsbereiches umfassend verbietet. Daher ist zu untersuchen, ob jede Entgeltzahlung für eine Körpersubstanz als Organhandel im Sinne des § 17 Abs. 1 S. 1 TPG zu qualifizieren ist.

#### *1. Der Anwendungsbereich des Organhandelsverbotes*

Das Organhandelsverbot gilt nicht für sämtliche menschliche Körpersubstanzen, sondern nur für Organe und Gewebe im Sinne des TPG.

##### *a) Organe und Gewebe*

Organe sind gemäß § 1a Nr. 1 TPG alle aus verschiedenen Geweben bestehenden Teile des menschlichen Körpers, die in Bezug auf Struktur, Blutgefäßversorgung und Fähigkeit zum Vollzug physiologischer Funktionen eine funktionale Einheit bilden, einschließlich der Organteile und einzelnen Gewebe oder Zellen eines Organs, die zum gleichen Zweck wie das ganze Organ im menschlichen Körper verwendet werden können. Diese Definition erscheint zunächst sehr umfassend. Ausgenommen werden jedoch ausdrücklich sowohl die menschliche Haut als auch Gewebe, die zur Herstellung von Arzneimitteln für neuartige Therapien im Sinne des § 4 Abs. 9 des Arzneimittelgesetzes bestimmt sind, § 1a Nr. 1 TPG. Gewebe sind gemäß § 1a Nr. 4 TPG alle aus Zellen bestehenden Bestandteile des menschlichen Körpers, die keine Organe nach § 1a Nr. 1 TPG sind, einschließlich einzelner menschlicher Zellen. Vor der Änderung des Transplantationsgesetzes durch das Gewebegesetz waren einzelne Zellen, wie die weibliche Eizelle und die männliche Samenzelle, nicht vom Organhandelsverbot betroffen. Denn das Verbot galt ursprünglich nur für Organe. Da einzelne Zellen keine Organe sind, waren diese nicht vom Verbot erfasst. Nach der Änderung durch das Gewebegesetz werden sämtliche menschliche Zellen erfasst, wenn diese zur Heilbehandlung eines anderen Menschen bestimmt sind.<sup>62</sup> Lediglich Blut und Blutbestandteile sind gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 TPG ausgenommen.

##### *b) Der Begriff des Handelstreibens im TPG*

Fraglich ist, ob jeder entgeltliche Vertrag ein Handeltreiben im Sinne des § 17 Abs. 1 TPG darstellt. Zur Auslegung des Handelstreibens werden zwei Ansichten vertreten. Einer an der Gesetzesbegründung orientierten Ansicht zufolge soll das Handeltreiben unter Übernahme der Definition aus dem Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln

<sup>62</sup> Zum Kriterium der "Heilbehandlung eines anderen Menschen" siehe S. 25f; Zur Definition des Organs im Sinne des TPG vor der Gesetzesänderung vgl. *König*, Strafbare Organhandel, S. 23.

(BtMG) bestimmt werden, während die Gegenansicht<sup>63</sup> eine teleologische Reduktion dieses Begriffes für § 17 TPG verlangt.

aa) *Übernahme der Definition aus dem BtMG*

Die Begründung des Gesetzentwurfes verwies zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals auf die umfangreiche Rechtsprechung<sup>64</sup> zum Begriff des Handeltreibens in § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG. Demnach wäre unter „Handeltreiben“ jedes eigennützige Bemühen zu verstehen, das darauf gerichtet ist, den Umsatz von Organen oder Geweben zu ermöglichen oder zu fördern, selbst wenn es sich um eine einmalige, gelegentliche oder vermittelnde Tätigkeit handelt.<sup>65</sup> Maßgeblich für den Tatbestand des Handeltreibens in § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG sind die aufeinander bezogenen Elemente der Umsatzermöglichung oder Umsatzförderung und der Eigennützigkeit. Umsatz ist der Oberbegriff für Veräußerung, Weiterveräußerung, Erwerb und Besitz als Folge des Erwerbs.<sup>66</sup> Das Begriffsmerkmal Umsatz ist zu bejahen, wenn einvernehmlich Dinge übertragen werden sollen. Es ist nicht erforderlich, dass Leistung und Gegenleistung den Handeltreibenden zufließen.<sup>67</sup> Auch ist für die Förderung nicht erforderlich, dass es sich um ein eigenes Geschäft oder einen selbst betriebenen Absatz handelt.<sup>68</sup> Selbst die Finanzierung fremder Ankaufsbemühungen durch eine Darlehensgewährung ist ein Handeltreiben.<sup>69</sup>

Ein weiteres Element dieser Begriffsdefinition ist die Eigennützigkeit der Handlung.<sup>70</sup> Für die Bejahung des Merkmals der Eigennützigkeit reicht jeder materielle oder immaterielle Vorteil, solange dieser einen objektiv messbaren Inhalt hat und den

<sup>63</sup> *Schroth*, JZ 1997, 1149; *Paul*, MedR 1999, 214, 215; *BSG*, Urt. v. 10.12.2003 – B 9 VS 1/01 R, unter II. 2. a), zitiert nach *juris*; *LSG Nordrhein-Westfalen*, Urt. v. 31.01.2001 – L 10 VS 28/00, NWVB1 2001, S. 401.

<sup>64</sup> Vgl. die Nachweise aus der Rechtsprechung bei *Weber*, Betäubungsmittelgesetz, § 29 Rn. 152ff.

<sup>65</sup> Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (TPG), Begründung zu § 16 (Verbot des Organhandels), BT-Drs. 13/4355, S. 29.

<sup>66</sup> *Rixen*, in: *Höfling/Esser*, TPG, § 17 Rn. 18 m.w.N. aus Literatur und Rechtsprechung zum BtMG.

<sup>67</sup> *LSG Nordrhein-Westfalen*, Urt. v. 31.01.2001 – L 10 VS 28/00, zitiert nach *juris*, unter Bezugnahme auf *Schroth*, MedR 1999, 67.

<sup>68</sup> *Rixen*, in: *Höfling/Esser*, TPG, § 17 Rn. 18 m.w.N. aus Literatur und Rechtsprechung zum BtMG.

<sup>69</sup> *Rixen*, a.a.O.

<sup>70</sup> *Rixen*, a.a.O., § 17 Rn. 21.

Empfänger in irgendeiner Weise tatsächlich besser stellt.<sup>71</sup> Ein eigennütziges Handeln in diesem Sinn liegt nicht nur vor, wenn ein Gewinn erzielt werden soll, sondern auch wenn sonstige Vorteile erstrebt werden.<sup>72</sup> Dieser Vorteil muss auch nicht unmittelbar dem Handeltreibenden zufließen.<sup>73</sup> Bei Übernahme der Begriffsdefinition aus dem Betäubungsmittelrecht wäre das Element der Eigennützigkeit auch bei einer Überkreuz-Lebensspende<sup>74</sup> erfüllt.<sup>75</sup>

Lediglich der Erwerb zum eigenen Bedarf ohne Weiterveräußerungsabsicht ist nach dieser Ansicht nicht eigennützig, da die Wiederherstellung der Gesundheit keine materielle Besserstellung, sondern die Herstellung des Normalzustandes ist.<sup>76</sup> Der Organempfänger würde daher beim Ankauf des Organs keinen Handel treiben.<sup>77</sup> Allerdings verbietet § 17 Abs. 2 TPG sich Organe übertragen zu lassen, die nach § 17 Abs. 1 S. 1 TPG Gegenstand verbotenen Handeltreibens sind, so dass sich der Empfänger nach dieser Norm strafbar machen würde. Bei einer Übernahme der Definition des Handeltreibens aus dem Betäubungsmittelstrafrecht wäre jegliche Entgeltzahlung für die Abgabe eines Organs oder Gewebes zu Transplantationszwecken verboten. Verboten wäre sowohl die Eigenkommerzialisierung als auch die Fremdkommerzialisierung.

<sup>71</sup> *Rixen*, a.a.O., § 17 Rn. 22 mit Verweis auf die Rechtsprechung des BGH zu § 29 BtMG in *BGH*, Beschl. v. 26.08.1992 – 3 StR 299/92, NJW 1993, 76 und zur objektiven Messbarkeit oder Darstellbarkeit des Vorteils in *BGH*, Urt. v. 23.05.2002 – 1 StR 372/01, NJW 2002, 2801, 2804.

<sup>72</sup> *BGH*, Urt. v. 09.09.1987 – 3 StR 254/87, NJW 1988, 1333; Urt. v. 24.06.1986 – 5 StR 153/86, NJW 1986, 2584, 2585; einschränkend: *BGH*, Beschl. v. 26.08.1992 – 3 StR 299/92, NJW 1993, 76.

<sup>73</sup> *LSG Nordrhein-Westfalen*, Urt. v. 31.01.2001 – L 10 VS 28/00, zitiert nach *juris*, *Schroth*, MedR 1999, 67.

<sup>74</sup> Bei der Überkreuz-Lebensspende spendet eine Person ihr Organ damit eine nahestehende Person des Organempfängers ihrerseits ein Organ für eine dem Organspender nahestehende Person spendet.

<sup>75</sup> Vgl. *LSG Nordrhein-Westfalen*, Urt. v. 31.01.2001 – L 10 VS 28/00, Rn. 80 zitiert nach *juris*; sowie nachgehend *BSG*, Urt. v. 10.12.2003 – B 9 VS 1/01 R, Rn. 23 zitiert nach *juris*. Im Ergebnis kommen jedoch beide Entscheidungen zu dem Ergebnis, dass die Überkreuz-Lebensspende aufgrund einer teleologischen Reduktion nicht vom Handelsverbot erfasst ist.

<sup>76</sup> *Rixen*, in: *Höfling/Esser*, TPG, § 17 Rn. 23.

<sup>77</sup> *Rixen*, a.a.O.; ebenso Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (TPG), Begründung zu § 16 (Verbot des Organhandels), BT-Drs. 13/4355, S. 30.

bb) *Eigenständiges Begriffsverständnis im TPG*

Der uneingeschränkten Übernahme der Begriffskonturen aus dem Betäubungsmittelstrafrecht wird in Teilen der Rechtsprechung<sup>78</sup> und in Teilen der Literatur entgegengetreten.<sup>79</sup> Der weite Begriffsumfang des Handeltreibens aus dem Betäubungsmittelrecht sei dahingehend zu reduzieren, dass nur solche Tätigkeiten erfasst würden, die die Gefahr der Ausbeutung im weitesten Sinne in sich trügen.<sup>80</sup> Am Beispiel der Überkreuz-Lebendspende zeige sich, dass der Gesetzgeber den Umfang des betäubungsmittelrechtlichen Begriffs des "Handeltreibens" nicht vollends erkannt habe.<sup>81</sup> Dass der Gesetzgeber die Überkreuz-Lebendspende nicht als Handeltreiben habe verbieten wollen, ergebe sich unter Berücksichtigung der Äußerungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen und Institutionen.<sup>82</sup>

Die Erforderlichkeit einer teleologischen Reduktion wurde bislang von der Rechtsprechung nur im Zusammenhang mit der Überkreuz-Lebendspende vertreten.<sup>83</sup> Im Prinzip müsste aber für jede Entgeltzahlung geltend, dass sie nur dann als ein Handeltreiben qualifiziert werden kann, wenn zusätzlich der Umstand einer Ausbeutung im weitesten Sinne durch diese Entgeltzahlung erfüllt wird.

Dies steht jedoch im Widerspruch zu der unmissverständlich formulierten Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers. Denn nach der Gesetzesbegründung sollte jede Entgeltzahlung durch das Organhandelsverbot erfasst werden.<sup>84</sup> Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass „sowohl der Verkauf von Organen als auch Organspenden gegen Entgelt [...] mit der Schutzgarantie des Artikels 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar“ sei.<sup>85</sup> Ein Entgelt für ein Organ, Organteil oder Gewebe selbst sei

<sup>78</sup> Vgl. BSG, Urt. v. 10.12.2003 – B 9 VS 1/01 R, Rn. 25, zitiert nach juris; LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 31.01.2001 – L 10 VS 28/00, zitiert nach juris = NWVBl 2001, 401.

<sup>79</sup> Vgl. *Schroth*, JZ 1997, 1149; *Paul*, MedR 1999, 214, 215.

<sup>80</sup> BSG, Urt. v. 10.12.2003 – B 9 VS 1/01 R, Rn. 25 zitiert nach juris; *Schroth*, JZ 1997, 1149, 1150f.

<sup>81</sup> LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 31.01.2001 – L 10 VS 28/00, Rn. 84, zitiert nach juris = NWVBl 2001, 401, 402 unter II. 4. a).

<sup>82</sup> LSG, a.a.O.

<sup>83</sup> BSG, Urt. v. 10.12.2003 – B 9 VS 1/01 R, Rn. 25, zitiert nach juris.

<sup>84</sup> Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (TPG), BT-Drs. 13/4355, S. 30; im Ergebnis so auch *Rixen*, in: *Höfling/Esser*, TPG, § 17 Rn. 16 und Fn. 33.

<sup>85</sup> Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (TPG), a.a.O., S. 29.

ausgeschlossen.<sup>86</sup> Zwar kann dagegen eingewandt werden, dass weder die bloße Behauptung der Menschenwürdedirigkeit eine nachvollziehbare Begründung ersetzt noch dass die Richtigkeit der Behauptung evident wäre.<sup>87</sup> Anders als im Fall der Überkreuz-Lebendspende kann aber nicht geltend gemacht werden, dass ein Verbot von Entgeltzahlungen nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen wäre. Die Regelungsabsicht ist klar zu Ausdruck gekommen. Lediglich gegen die Motive der Regelung können Einwendungen erhoben werden.<sup>88</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen über die Organentnahme bei lebenden Personen darauf hingewiesen, dass das Ziel des Gesetzgebers, jeder Form des Organhandels vorzubeugen, auf vernünftigen Gründen des Allgemeinwohls beruhe, die den Gesetzgeber grundsätzlich zu einem Grundrechtseingriff berechtigten.<sup>89</sup> Es müsse sowohl der Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers bei der Gefahrenprognose als Grundlage für ein gesetzgeberisches Tätigwerden, als auch der Gestaltungsspielraum bei der Wahl der Mittel zur Gefahrenabwehr berücksichtigt werden.<sup>90</sup> Ob die mit dem Organhandelsverbot verbundenen Grundrechtseingriffe im Einzelfall gerechtfertigt sind, soll an dieser Stelle nicht untersucht werden. Denn es geht hier nicht um die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Organhandelsverbotes, sondern um die Frage, ob sämtliche Entgeltzahlungen von ihm erfasst sind. Die verfassungsrechtlichen Positionen, die durch ein generelles Entgeltverbot für menschliche Körpersubstanzen berührt werden, sind Gegenstand des sechsten Teils dieser Untersuchung. An dieser Stelle kann daher nur festgestellt werden, dass eine teleologische Reduktion in Anlehnung an die Rechtsprechung zur Überkreuz-Lebendspende<sup>91</sup> bei Entgeltzahlungen wegen der ausdrücklich formulierten Regelungsabsicht des Gesetzgebers nicht in Betracht kommt. Demzufolge ist jedes entgeltliche Rechtsgeschäft im Anwendungsbereich des Organhandelsverbotes als

<sup>86</sup> Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (TPG), a.a.O., S. 30.

<sup>87</sup> *Rixen*, in: *Höfling/Esser*, TPG, § 17 Rn. 13; vgl. auch *Schroth*, JZ 1997, 1149, 1150.

<sup>88</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen *Schroth*, JZ 1997, 1149, 1150.

<sup>89</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 11.08.1999 – 1 BvR 2181/98, NJW 1999, 3399, 3401.

<sup>90</sup> *BVerfG*, a.a.O., S. 3402.

<sup>91</sup> BSG, Urt. v. 10.12.2003 – B 9 VS 1/01 R, Rn. 25, zitiert nach juris; LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 31.01.2001 – L 10 VS 28/00, Rn. 84, zitiert nach juris.

Handeltreiben zu qualifizieren, auch wenn es nicht das Element der Ausbeutung in sich trägt.

*c) Die Beschränkung des Anwendungsbereiches*

Der Anwendungsbereich des Organhandelsverbotes ist in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt.

*aa) Zur Heilbehandlung eines anderen Menschen bestimmt*

Das Verbot besteht nur für Körpersubstanzen, die zur Heilbehandlung eines anderen Menschen bestimmt sind. Daraus folgt, dass der Umsatz von Zellen und Geweben, die für andere Zwecke, z. B. für die Forschung oder die Ausbildung bestimmt sind, nicht vom Verbot erfasst wird. Dieser Umstand wird in der Gesetzesbegründung zum Transplantationsgesetz ausdrücklich hervorgehoben.<sup>92</sup> Eine Verbotsregelung anderweitiger Abgaben solle dem Landesrecht vorbehalten bleiben,<sup>93</sup> da für das öffentliche Gesundheitsrecht und das Leichen- und Bestattungswesen eine Gesetzgebungskompetenz der Länder besteht.<sup>94</sup> Entsprechende Vorschriften wurden auf landesgesetzlicher Ebene nicht eingeführt. Auch anlässlich der Umsetzung der europäischen Geweberichtlinie<sup>95</sup> wurde an diesem Rechtszustand nichts geändert. Eine Änderung war zur Umsetzung der Richtlinie nicht erforderlich. Denn Körpersubstanzen, die nicht zur Verwendung beim Menschen bestimmt sind, sind auch nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst. Regelungsgegenstand der Richtlinie sind nur die zur Verwendung beim Menschen bestimmten menschlichen Gewebe und Zellen, sowie Produkte, die auf der Basis solcher Gewebe und Zellen hergestellt werden. Darüber hinaus enthält die Richtlinie kein Entgeltverbot für diese Substanzen. Art. 12 der

<sup>92</sup> Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (TPG), BT-Drs. 13/4355, S. 29.

<sup>93</sup> Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (TPG), a.a.O.

<sup>94</sup> So auch *Rixen*, in: *Höfling/Esner*, TPG, § 17 Rn. 7.

<sup>95</sup> Richtlinie 2004/23/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Spende, Beschaffung, Testung, Verarbeitung, Konservierung, Lagerung und Verteilung von menschlichen Geweben und Zellen, ABl. EU Nr. L 102 v. 07.04.2004, S. 48 - 58. Sie hat zwar zu Änderungen des Transplantationsgesetzes und des Arzneimittelgesetzes geführt, aber aus ihr ergibt sich kein weitergehendes Entgeltverbot.

Geweberichtlinie 2004/23/EG bestimmt lediglich, dass es das „gemeinsame Ziel“ der Mitgliedstaaten sei, freiwillige und unentgeltliche Spenden von Geweben und Zellen sicherzustellen.

Organe oder Gewebe, die zur *eigenen* Heilbehandlung bestimmt sind, unterliegen nicht dem Handelsverbot. Zwar enthalten die Gesetzgebungsmaterialien keine nähere Begründung für diese Beschränkung; es wird jedoch angenommen, dass in diesen Fällen die für den Organ- und Gewebehandel typischen Schutzgüter nicht betroffen seien.<sup>96</sup> Zutreffend ist insoweit, dass bei autologen Transplantationen keine Vermittlung des zu verwendenden Gewebes erfolgt.

*bb) Arzneimittel*

Der Verbotsumfang des § 17 Abs. 1 S. 1 TPG wird in § 17 Abs. 1 S. 2 TPG weiter eingeschränkt. Vom Handelsverbot nicht erfasst werden Arzneimittel, die aus oder unter Verwendung von Organen oder Geweben hergestellt sind und dem Arzneimittelgesetz (AMG) unterliegen. Dazu zählen beispielsweise Präparate aus harter Hirnhaut, aus Augenhornhaut, aus Faszien oder Knochen.<sup>97</sup> Zusätzliches Erfordernis für die Ausnahme vom Handelsverbot ist, dass das Arzneimittel den Vorschriften über die Zulassung nach § 21 AMG (auch in Verbindung mit § 37 AMG) oder der Registrierung nach § 38 bzw. § 39a AMG unterliegt, durch Rechtsverordnung nach § 36 AMG von der Zulassung bzw. nach § 39 Abs. 3 AMG von der Registrierung freigestellt ist oder dass es sich um Wirkstoffe im Sinne des § 4 Abs. 19 AMG handelt, die aus oder unter Verwendung von Zellen hergestellt werden. Die Ausnahme für Arzneimittel wird in der Gesetzesbegründung nicht erläutert. Es wird lediglich konstatiert, dass mit der Ausnahme dem Umstand Rechnung getragen werde, dass bestimmte menschliche Gewebe als zugelassene Arzneimittel nach dem Arzneimittelgesetz in Verkehr gebracht und entgeltlich abgegeben werden dürfen.<sup>98</sup> Aus welchem Grund menschliche Gewebe als zugelassene Arzneimittel entgeltlich abgegeben werden dürfen, wenn - vermeintlich - die Menschenwürde ein Handelsverbot für Organe und Gewebe gebieten soll, wird in der

<sup>96</sup> *Küngele*, in: *Nomos – TPG*, § 17 Rn. 1.

<sup>97</sup> Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (TPG), BT-Drs. 13/4355, S. 30.

<sup>98</sup> Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (TPG), a.a.O.

Gesetzesbegründung nicht thematisiert. Auch wenn der Grund für die Ausnahme darin liegen mag, dass bei einem Handelsverbot die Versorgung der Bevölkerung mit entsprechenden Arzneimitteln nicht mehr möglich sein würde, lässt sich der Widerspruch zur These der Menschenwürdewidrigkeit einer Entgeltzahlung für Organe, Organteile oder Gewebe nicht auflösen.<sup>99</sup>

Grundsätzlich werden nur die fertigen Arzneimittel vom Handelsverbot ausgenommen, nicht auch die Körpersubstanzen, die zur Herstellung von Arzneimitteln verwendet werden. Eine Ausnahme gilt für Gewebe, die zur Herstellung von Arzneimitteln für neuartige Therapien im Sinne des § 4 Abs. 9 AMG bestimmt sind, § 1a Nr. 1 TPG. Diese sind bereits vom Organbegriff und daher auch vom Handelsverbot ausgenommen. Arzneimittel für neuartige Therapien sind Gentherapeutika, somatische Zelltherapeutika oder biotechnologisch bearbeitete Gewebeprodukte nach Art. 2 Abs. 1 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 1394/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Arzneimittel für neuartige Therapien und zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG und der Verordnung (EG) Nr. 726/2004.<sup>100</sup> Körpersubstanzen, die zur Herstellung von anderen Arzneimitteln bestimmt sind, werden hingegen vom Handelsverbot erfasst. Ein sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung ist nicht ersichtlich. Auch diese Ausnahme ist unvereinbar mit der These des Gesetzgebers, dass der Schutz der Menschenwürde das Handelsverbot für Organe und Gewebe gebiete. Denn für den vermeintlichen Bezug zur Menschenwürde kann es keinen Unterschied machen, ob die Körpersubstanzen zur Herstellung von Arzneimitteln für neuartige Therapien verwendet werden oder für andere Arzneimittel.

#### *cc) Maßnahmen im Rahmen der Heilbehandlung*

Gemäß § 17 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TPG gilt das Handelsverbot nicht für die Gewährung oder Annahme eines angemessenen Entgelts für Maßnahmen, die zur Erreichung des Ziels der Heilbehandlung geboten sind. Insoweit handelt es sich insbesondere um Maßnahmen der Entnahme, der Konservierung, der weiteren Aufbereitung, der Maßnahmen zum Infektionsschutz, die Aufbewahrung und die Beförderung der Organe.

<sup>99</sup> vgl. *König*, MedR 2005, 22, 23.

<sup>100</sup> ABl. EU Nr. L 324 vom 10.12.2007, S. 121.

Darüber hinaus gilt das Handelsverbot gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 TPG nicht für Blut und Zellbestandteile.

#### *2. Ergebnis*

Das Organhandelsverbot verbietet sowohl die Eigen- als auch die Fremdkommerzialisierung von Körpersubstanzen, die zur Heilbehandlung eines anderen Menschen bestimmt sind. Nur die entgeltliche Abgabe von Körpersubstanzen zu Heilbehandlungszwecken anderer Menschen ist verboten, während die Abgabe von Körpersubstanzen zu anderen Zwecken (z. B. zur Forschung) vom Transplantationsgesetz nicht erfasst wird. Erfüllen die Körpersubstanzen die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 S. 2 TPG, unterliegen sie nicht dem Handelsverbot. Eine Fremdkommerzialisierung der Körpersubstanzen als Arzneimittel ist möglich, während die Eigenkommerzialisierung der Körpersubstanzen, die zur Arzneimittelherstellung verwendet werden sollen, unzulässig ist. Eine Ausnahme besteht nur für Gewebe, die zur Herstellung von Arzneimitteln für neuartige Therapien verwendet werden sollen. Diese Ausnahmen vom Handelsverbot stehen im Widerspruch zur in der Gesetzesbegründung aufgestellten These, dass Schutz der Menschenwürde das Organhandelsverbot gebieten würde.

## **II. Das Unentgeltlichkeitsgebot für Blutspenden in § 10 TFG**

Der Umgang mit Blut und Blutbestandteilen ist vom Anwendungsbereich des Transplantationsgesetzes ausgenommen. Wenn eine Entnahme von Blut und Blutbestandteilen zur Übertragung auf andere Menschen erfolgt, hat sie eine gesonderte gesetzliche Regelung im Transfusionsgesetz (TFG) erfahren. Erfasst werden Entnahmen von Blut oder Blutbestandteilen, die entweder bereits ein Wirkstoff oder ein Arzneimittel sind oder zur Herstellung von Wirkstoffen, Arzneimitteln oder anderen Produkten zur Anwendung bei Menschen bestimmt sind, § 2 Nr. 1 TFG. Entnahmen zu anderen Zwecken, z. B. zu diagnostischen Zwecken<sup>101</sup> oder Zwecken der Forschung oder Ausbildung, werden durch dieses Gesetz nicht geregelt. § 10 TFG besagt, dass die Blutspende unentgeltlich erfolgen „soll“, eine Aufwandsentschädigung aber gewährt werden kann.

<sup>101</sup> *Deutsch/Bender/Eckstein et al.*, Transfusionsrecht, Rn. 75.

### 1. Verbotcharakter der Norm

Fraglich ist, ob es sich bei § 10 TFG um ein Verbot im Sinne des § 134 BGB handelt. Teilweise wird – ohne nähere Begründung – die Ansicht vertreten, dass sich aus § 10 TFG ein Verbot der Gewährung einer finanziellen Gegenleistung für eine Blutspende ergebe.<sup>102</sup>

Gegen eine solche Auslegung als Verbotsnorm spricht zunächst der Wortlaut der Norm. Teilweise wird aus der Wahl der Verwendung von „soll“ im Gegensatz zu „muss“ oder „hat“ gefolgert, dass jedenfalls in Ausnahmefällen die Bezahlung des Spenders möglich sein muss.<sup>103</sup> Darüber hinaus kennzeichnet die Verwendung der Formulierung „soll nicht“ in der Regel bloße Ordnungsvorschriften, deren Verletzung die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts nicht berührt.<sup>104</sup> Für diese Auslegung spricht auch der ausdrücklich formulierte Gesetzeszweck.<sup>105</sup> Denn Zweck des Transfusionsgesetzes ist gemäß § 1 Abs. 1 TFG 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 auf der Basis der freiwilligen und unentgeltlichen Blutspende zu fördern. Die Förderung auf Basis der Unentgeltlichkeit wird in der Gesetzesbegründung auf in erster Linie auf Sicherheitserwägungen zurückgeführt. Es sollen keine unerwünschten Spendewilligen durch einen finanziellen Anreiz angelockt werden.<sup>106</sup> Denn es sei zu befürchten, dass ungeeignete Spendewillige aufgrund des finanziellen Anreizes die Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe leugnen würden.<sup>107</sup> Eine zwingende Nichtigkeit von entgeltlichen Verträgen folgt daraus nicht. Dem steht auch nicht entgegen, dass in der Gesetzesbegründung erwähnt wird, dass sich der menschliche Körper und seine Bestandteile nicht als Handelsobjekte eignen würden. Im Unterschied zu dem kurz zuvor erlassenen Transplantationsgesetz wird das Gebot der Unentgeltlichkeit nicht strafrechtlich sanktioniert. Gegen eine Auslegung als striktes Entgeltverbot spricht zudem, dass der Gesetzgeber in § 10 TFG die Zahlung einer

<sup>102</sup> Lippert, in: Lippert/Fliegel, TFG, § 10 Rn. 1ff.

<sup>103</sup> Deutsch/Bender/Eckstein et al., Transfusionsrecht, Rn. 296.

<sup>104</sup> Palandt/Heinrichs, BGB, § 134 Rn. 6a.

<sup>105</sup> Halász, Das Recht auf bio-materielle Selbstbestimmung, S. 115.

<sup>106</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Transfusionswesens (TFG), BT-Drs. 13/9594, S. 20.

<sup>107</sup> Deutsch/Bender/Eckstein et al., a.a.O.

pauschalierten Aufwandsentschädigung erlaubt. Aufwandsentschädigungen werden in der Praxis vorwiegend von kommerziellen Blutspendediensten gezahlt, so dass die Spende bei Zahlung einer Aufwandsentschädigung häufig als „kommerzielle Blutspende“ bezeichnet wird. Die Aufwandsentschädigung sollte nach der Gesetzesbegründung ca. 50,00 DM betragen und orientierte sich an dem Votum des Arbeitskreises „Blut“ des Bundesministeriums für Gesundheit.<sup>108</sup> Damit war die zulässige Aufwandsentschädigung höher als die damalige Vergütung der kommerziellen Plasmapherese in den USA (15,00 \$ - 18,00 \$).<sup>109</sup> Auch heutzutage liegt die Aufwandsentschädigung weiterhin zwischen 20,00 € - 25,00 €. Für die Plasma- und Thrombozytenspende wird eine Aufwandsentschädigung zwischen 25,00 € und 40,00 € gezahlt. Da die Aufwandsentschädigung pauschal gezahlt wird, ohne dass Aufwendungen erfolgt sein müssen, ist ein Unterschied zu einem moderaten Entgelt nicht ersichtlich.<sup>110</sup> Im Ergebnis stellt die gezahlte Aufwandsentschädigung eine begrenzte Entgeltzahlung dar.<sup>111</sup> Auch aus dem Begriff der Aufwandsentschädigung folgt keine bestimmte Obergrenze. Es zeigt sich vielmehr, dass das eigentliche Ziel die Beibehaltung eines niedrigen Entgeltes zwecks Gewährleistung einer ausreichenden Versorgung mit Blutspenden durch ein entsprechendes Spendenaufkommen ist. Denn die Erwägung im Gesetzgebungsverfahren, bei häufigen Spenden eine Reduzierung der Einzelbeträge vorzunehmen, um zu verhindern, dass die Aufwandsentschädigung den Charakter eines Entgeltes annehmen würde, wurde nicht umgesetzt.<sup>112</sup> Spender eines kommerziellen Blutspendedienstes spenden nach eigenen Angaben des Unternehmens durchschnittlich zweimal im Jahr Blut und 11- bis 15-mal Blutplasma<sup>113</sup>. Da die Blutplasmaspende bis zu 40-mal im Jahr durchgeführt werden kann, kann die insgesamt gezahlte Aufwandsentschädigung eine nicht unerhebliche Summe erreichen. Dass die gezahlte pauschalierte Aufwandsentschädigung für die Spender auch von ausschlaggebender Bedeutung ist, hat eine Umfrage ergeben, nach der mit dem

<sup>108</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Transfusionswesens (TFG), BT-Drs. 13/9594, S. 20.

<sup>109</sup> Eastlund, Transfusion 1998, 874, zitiert nach: Marckmann, in: Tanpitzi (Hrsg.), Die Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, S. 69.

<sup>110</sup> Deutsch/Bender/Eckstein et al., Transfusionsrecht, Rn. 310.

<sup>111</sup> Vgl. Deutsch/Bender/Eckstein et al., a.a.O., Rn. 312.

<sup>112</sup> Deutsch/Bender/Eckstein et al., a.a.O., Rn. 313.

<sup>113</sup> Haema AG, Standpunkt der Haema zum Thema Aufwandsentschädigung.

Wegfall der Aufwandsentschädigung 86,1 % der Spender nicht einverstanden wären und 77 % von weiteren Spenden Abstand nehmen würden.<sup>114</sup>

## 2. Ergebnis

Da sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck des § 10 TFG ergibt, dass ein Rechtsgeschäft über den Verkauf von entnommenem Blut nichtig sein soll, kann diese Norm nicht als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB qualifiziert werden.<sup>115</sup> Zwischen der Zahlung einer pauschalen Aufwandsentschädigung und der Zahlung eines geringen Entgelts besteht kein Unterschied. Die Überlassung von Blut und Blutbestandteilen kann daher grundsätzlich gegen ein Entgelt erfolgen. Zulässig ist insoweit sowohl die Erstkommerzialisierung als Eigen- oder Fremdkommerzialisierung und die Folgekommerzialisierung.

### III. Der entgeltliche Umgang mit embryonalen Stammzellen

Entgeltliche Aspekte im Umgang mit embryonalen Stammzellen sind im Embryonenschutzgesetz (ESchG) und dem Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (StZG) geregelt.

Sowohl die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an, als auch jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle, die sich bei Vorliegen der dafür erforderlichen weiteren Voraussetzungen zu teilen und zu einem Individuum zu entwickeln vermag, stellen einen Embryo im Sinne des Embryonenschutzgesetzes dar, § 8 Abs. 1 ESchG. Gemäß § 2 Abs. 1 ESchG dürfen extrakorporal erzeugt oder vor Abschluss der Einnistung entnommene menschliche Embryonen nicht veräußert oder erworben werden.

Das Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (StZG) verbietet

---

<sup>114</sup> Befragung von 1157 Vollblutspendern im Jahre 1994 durch *Zeiler/Kretschmer*, Infusionstherapie und Transfusionsmedizin 1995, 19, 21f. zitiert nach: *Deutsch/Bender/Eckstein et al*, Transfusionsrecht, Rn. 315.

<sup>115</sup> Vgl. *Deutsch/Bender/Eckstein et al*, a.a.O., Rn. 296; *Schreiber*, Das Transfusionsgesetz vom 1. Juli 1998, S. 208.

grundsätzlich die Einfuhr und Verwendung von embryonalen Stammzellen, § 4 Abs. 1 StZG. Abweichend davon können zu Forschungszwecken die Einfuhr und die Verwendung zugelassen werden, wenn die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 StZG erfüllt sind. Gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 1 lit. c StZG dürfen Stammzellen nicht eingeführt werden, wenn für die Überlassung der Embryonen zur Stammzellgewinnung ein Entgelt oder sonstiger geldwerter Vorteil gewährt oder versprochen wurde. Das Gesetz enthält jedoch keine Aussage darüber, ob für die Überlassung der embryonalen Stammzellen ein Entgelt gezahlt werden darf, wenn im Übrigen die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 StZG erfüllt sind. In der Praxis erfolgt die Überlassung der im Ausland gewonnenen Stammzellen jedenfalls nicht unentgeltlich, sondern im Rahmen eines entgeltlichen Vertrages. Zwar wird vertreten, dass sich aus den „tragenden Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung“ im Sinne des § 4 Abs. 3 StZG ergebe, dass auch die aus dem Embryo gewonnenen embryonalen Stammzellen nur gegen eine Aufwandsentschädigung abgegeben werden dürfen.<sup>116</sup> Die „tragenden Grundsätze“, die eine Beschränkung auf eine Abgabe nur gegen eine Aufwandsentschädigung gebieten sollen, werden allerdings weder benannt noch sind sie offensichtlich.

Festzuhalten ist daher, dass für menschliche Zellen, die als Embryo qualifiziert werden, gemäß § 2 Abs. 1 ESchG ein Veräußerungs- und Erwerbsverbot besteht, welches ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB darstellt, da sich das Verbot an alle Beteiligten des Rechtsgeschäftes richtet und das Rechtsgeschäft als solches unterbunden werden soll. Die entgeltliche Überlassung von embryonalen Stammzellen ist - soweit die anderweitigen Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 StZG erfüllt sind - nicht verboten.

### IV. Vorgaben in der Kosmetikverordnung

Die Verwendung von Zellen, Geweben sowie Erzeugnissen menschlichen Ursprungs ist bei dem gewerbsmäßigen Herstellen oder Behandeln von Kosmetika seit 1997 aufgrund der Ziffer 416 der Anlage 1 zu § 1 der Kosmetikverordnung untersagt.<sup>117</sup> Das Verbot erfolgte aufgrund der Vorgaben in der Europäischen Richtlinie zur Angleichung der Rechtsvorschriften der

---

<sup>116</sup> *Brewe*, Embryonenschutz und Stammzellgesetz, S. 189f.

<sup>117</sup> BGBl. I 1997, 2417 – 2422.

Mitgliedstaaten über kosmetische Mittel.<sup>118</sup> Vor dem Verbot wurde bei der Herstellung von Kosmetika unter anderem menschliche Plazenta verwendet. Begründet wurde das Verbot mit der Gefahr der Übertragung von Krankheiten, insbesondere mit dem Übertragungsrisiko der Creutzfeldt-Jakob-Krankheit, spongiformer Enzephalopathien sowie bestimmter Viruserkrankungen.<sup>119</sup> Die Verwendung dieser Stoffe als Hilfsstoffe, sofern sie aus dem kosmetischen Mittel vollständig oder soweit entfernt werden, dass sie darin nur als technisch unvermeidbare und technologisch unwirksame Reste in gesundheitlich unbedenklichen Anteilen enthalten sind, ist jedoch gemäß § 1 Kosmetikverordnung weiterhin zulässig.

Das Verbot aus der Kosmetikverordnung richtet sich nicht gegen die entgeltliche Übertragung von Rechten an Körpersubstanzen, sondern gegen die Verwendung menschlicher Substanzen in Kosmetika zum Schutz der Anwendergesundheit. Ein Entgeltlichkeitsverbot ist daher aus der Kosmetikverordnung nicht zu folgern.

## V. Zusammenfassung

Ein Verbot im Sinne des § 134 BGB für die entgeltliche Übertragung von Rechten an Körpersubstanzen existiert nur im Umfang des Organhandelsverbotes des § 17 TPG. Entgeltzahlungen für die Abgabe von Blut und Blutplasma verstoßen nicht gegen ein gesetzliches Verbot. Der Wirksamkeit entgeltlicher Rechtsgeschäfte steht § 134 BGB nicht entgegen. Für menschliche Zellen, die als Embryo qualifiziert werden, besteht gemäß § 2 Abs. 1 ESchG ein Veräußerungs- und Erwerbsverbot, nicht jedoch für embryonale Stammzellen, wenn die Verwendung im Übrigen zulässig ist.

## B. Die Vereinbarkeit mit den guten Sitten

Als weitere Schranke der Vertragsfreiheit existiert neben den Verbotsgesetzen des § 134 BGB auch ein Verstoß gegen die guten Sitten, der gemäß § 138 BGB zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt. Zu prüfen ist daher, ob entgeltliche Rechtsgeschäfte über menschliche Körpersubstanzen gegen die guten Sitten im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB verstoßen.

<sup>118</sup> Änderung der Richtlinie 76/768/EWG des Rates vom 27.07.1976 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über kosmetische Mittel („Kosmetikrichtlinie“) durch die Richtlinie 95/34/EG der Kommission vom 10.07.1995, ABl. EG Nr. L 167 vom 18.07.1995, S. 19.

<sup>119</sup> 7. Erwägung der Präambel der Richtlinie 95/34/EG der Kommission vom 10.07.1995, ABl. EG Nr. L 167 vom 18.07.1995, S. 19.

Zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit der Veräußerung menschlicher Körpersubstanzen gibt es eine Vielzahl unterschiedlicher Ansichten.<sup>120</sup> Zutreffend hat *Carstens*<sup>121</sup> darauf hingewiesen, dass in diesem Zusammenhang häufig nicht versucht wird, unter den Begriff der Sittenwidrigkeit des § 138 Abs. 1 BGB zu subsumieren, sondern vielmehr die rechtspolitische Zweckmäßigkeit eines Verbotes erörtert wird. Auch *Sasse*<sup>122</sup> kritisiert zu Recht, dass sich die Mehrzahl der Stellungnahmen nicht mit der Definition der Sittenwidrigkeit des § 138 Abs. 1 BGB auseinandersetzt, sondern allenfalls pauschal auf die in der Norm enthaltenen Wertentscheidungen verweist. Hierbei kann leicht übersehen werden, dass § 138 Abs. 1 BGB nicht verlangt, dass ein Rechtsgeschäft sittlich gut oder mit herrschenden rechtspolitischen Vorstellungen in Übereinstimmung sein muss. Erforderlich für die Nichtigkeitsfolge ist vielmehr ein Verstoß gegen die guten Sitten.

## I. Die Generalklausel der Sittenwidrigkeit

Bei § 138 Abs. 1 BGB handelt es sich um eine Generalklausel mit einem Anwendungsbereich, der über eine bloße Definition des Rechtsbegriffs der guten Sitten nicht erfasst werden kann. Die Entscheidung, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten festgestellt werden kann, ist vielmehr im Rahmen einer umfassenden Abwägung zu treffen. Neben dem Begriffsinhalt der guten Sitten sind daher die maßgeblichen Bewertungskriterien für einen Verstoß gegen die guten Sitten zu bestimmen.

## II. Begriffsinhalt der guten Sitten

Sowohl in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen<sup>123</sup> als auch in Teilen der Literatur<sup>124</sup> wird für den Inhalt der guten Sitten des § 138 Abs. 1 BGB

<sup>120</sup> Vgl. *Carstens*, Das Recht der Organtransplantation, S. 69ff.; *Müller*, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, 104ff.; *Maier*, Der Verkauf von Körperorganen, S. 16ff.; *Sasse*, Zivil- und strafrechtliche Aspekte der Veräußerung von Organen Verstorbener und Lebender, S. 81ff, jeweils m.w.N.

<sup>121</sup> *Carstens*, Das Recht der Organtransplantation, S. 71.

<sup>122</sup> *Sasse*, Zivil- und strafrechtliche Aspekte der Veräußerung von Organen Verstorbener und Lebender, S. 79.

<sup>123</sup> Statt vieler *BGH*, Urt. v. 19. 7. 2004 - II ZR 217/03, NJW 2004, 2268, 2670 unter Bezug auf die stRspr seit *RGZ* 48, 114, 124.

<sup>124</sup> Vgl. *Sack*, NJW 1985, 761.

formelhaft auf das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ Bezug genommen.

Es erscheint zweifelhaft, ob dieses Begriffsverständnis, welches vom Reichsgericht<sup>125</sup> in vorkonstitutioneller Zeit im Jahre 1901 unter Rückgriff auf die Gesetzgebungsmaterialien zu § 826 BGB<sup>126</sup> entwickelt wurde, noch mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Grundgesetzes, namentlich mit dem Rechtsstaatsprinzip<sup>127</sup> und den Grundrechten der beteiligten Parteien vereinbar ist. Das Reichsgericht sprach damals vom „herrschenden Volksbewusstsein“. Nach der gebräuchlichen Umschreibung der guten Sitten würde eine unbestimmte Befindlichkeit normative Bedeutung erlangen. Wenn in dem Anstandsgefühl die Beschreibung einer verbreiteten moralischen Anschauung im Sinne einer normativen Ordnung gesehen werden könnte, würde das Recht seine Sanktionen für die Verletzung einer anderen normativen Ordnung zur Verfügung stellen. Damit würde der Unterschied zwischen den verschiedenen Sollensordnungen, dem staatlichen Recht und verbreiteten moralischen Anschauungen, eingeengt. Doch nicht nur rechtstheoretische Erwägungen stehen dieser Ansicht entgegen. Es widerspräche der freiheitswahrenden Funktion der betroffenen Grundrechte, wenn verbreitete Moralauffassungen dazu führen könnten, dass ein grundrechtlich geschütztes Verhalten eingeschränkt wird. Beeinträchtigt wird hier die Privatautonomie in Form der Vertragsfreiheit, die über § 138 Abs. 1 BGB beschränkt wird. Zwar unterliegt der grundrechtliche Schutz der Vertragsfreiheit der Schranke des Sittengesetzes. Denn die Vertragsfreiheit wird nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG verortet.<sup>128</sup> Die Gleichsetzung des Sittengesetzes mit überlieferten Moralvorstellungen oder einer weit verbreiteten Sozialmoral ist angesichts des schnellen Wandels moralischer Anschauungen mit der freiheitlichen Konzeption des Grundrechtsschutzes des

<sup>125</sup> RGZ 48, 114, 124 spricht vom „herrschenden Volksbewusstsein“.

<sup>126</sup> *Magdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, S. 406.

<sup>127</sup> für eine Vereinbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip: *Armbrüster*, in: Münch-Komm-BGB, 6. Aufl., § 138 Rn. 11.

<sup>128</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 16.05.1961 - 2 BvF 1/60, BVerfGE 12, 341, 347 - Spinnweber-Zusatzsteuer; Beschl. v. 19.10.1983 - 2 BvR 298/81, BVerfGE 65, 196, 210 - betriebliche Unterstützungskasse, Beschl. v. 04.06.1985 - 1 BvL 12/84, BVerfGE 70, 115, 123; Beschl. v. 23.04.1986 - 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 261, 270 - Barabgeltung für Hausbrandkohle; Beschl. v. 19.10.1993 - 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214 - Bürgschaftsvertrag; Beschl. v. 06.12.2005 - 1 BvR 1905/02, BVerfGE 115, 51 - sittenwidrige Bürgschaft.

Grundgesetzes nicht vereinbar.<sup>129</sup> Die Schranke des Sittengesetzes in Art. 2 Abs. 1 GG dient lediglich dazu, die allgemeine Handlungsfreiheit verfassungsunmittelbar durch Verweis auf Minima des gesitteten menschlichen Umgangs zu begrenzen.<sup>130</sup> Bei der Konkretisierung dieser Maßstäbe ist die weltanschauliche Offenheit und Neutralität des Grundgesetzes zu berücksichtigen. Eine Gleichsetzung mit den ethischen Vorstellungen einer bestimmten Weltanschauung, Religion oder Kirche kommt daher nicht in Betracht.<sup>131</sup> Für den ethischen Mindeststandard verbleibt insoweit nur die Orientierung an der Menschenwürde und der verfassungsmäßigen Rechtsordnung.<sup>132</sup> Im Ergebnis hat daher das Sittengesetz neben der verfassungsmäßigen Ordnung keine eigenständige Bedeutung.<sup>133</sup> Nicht anderes kann somit für den Begriffsinhalt der guten Sitten in § 138 Abs. 1 BGB gelten. Auch hier ist allein die Orientierung an der verfassungsmäßigen Rechtsordnung maßgeblich. Wenn das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ für § 138 Abs. 1 BGB maßgeblich wäre und auf diese Weise außerrechtliche, moralische Anschauungen von den Gerichten durchgesetzt würden, stünde dies im Widerspruch zur Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz aus Art. 20 Abs. 3 GG. Diese Bindung darf nicht durch einen dynamischen Verweis auf außerrechtliche, moralische Anschauungen ausgehebelt werden.

Zudem folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip das Gebot der Rechtssicherheit. Das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ in Form einer herrschenden Rechts- und Sozialmoral lässt sich empirisch nicht feststellen, so dass die Maßstäbe für die rechtliche Entscheidung weder voraussehbar noch nachprüfbar wären. Um dem Gebot der Vorhersehbarkeit staatlichen Strafens zu genügen, erachtet der Bundesgerichtshof in Strafsachen den Begriff der guten Sitten in § 228 StGB auf seinen rechtlichen Kern beschränkt, ohne dass für die Bestimmung auf außerrechtliche, ethisch-moralische Kategorien zurückgegriffen werden könnte.<sup>134</sup> Da auch im Zivilrecht das Gebot der Rechtssicherheit zu berücksichtigen ist, kann bei § 138 Abs. 1 BGB im Grundsatz nichts

<sup>129</sup> *Sachs/Mursniak*, GG, Art. 2 Rn. 94 m.w.N.; *Kunig*, in: *v. Münch/Kunig*, GG, Art. 2 Rn. 27.

<sup>130</sup> *Sachs/Mursniak*, a.a.O. m.w.N.

<sup>131</sup> *Sachs/Mursniak*, a.a.O., Rn. 97 m.w.N.

<sup>132</sup> *Sachs/Mursniak*, a.a.O., Rn. 98 m.w.N.

<sup>133</sup> *Sachs/Mursniak*, a.a.O., Rn. 95 m.w.N.

<sup>134</sup> Vgl. *BGH*, Urt. v. 26.05.2004 – 2 StR 505/03, Rn. 16 – zitiert nach juris; Urt. v. 20.11.2008 – 4 StR 328/08, NJW 2008, 1155.

anderes gelten. Auch hier ist der Begriff der guten Sitten auf seinen rechtlichen Kern zu beschränken, ohne dass auf außerrechtliche, ethisch-moralische Kategorien zurückgegriffen werden kann.

Zur inhaltlichen Präzisierung des § 138 Abs. 1 BGB kann auch die Bezugnahme auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden wenig beitragen. Dies konzedieren sogar Vertreter der Ansicht, die für die Definition der guten Sitten auf das Anstandsgefühl zurückgreifen.<sup>135</sup> Nicht zu Unrecht wird diese Definition deshalb als Leerformel bezeichnet.<sup>136</sup>

Auch diejenigen, die den guten Sitten einen sozialetischen Inhalt (Verhaltensgebote der herrschenden Rechts- und Sozialmoral) und einen rechtsethischen Inhalt (Werte und Prinzipien der Rechtsordnung) zusprechen, ziehen die sozialetischen Maßstäbe nur insoweit heran, als sie in Übereinstimmung mit den Grundprinzipien der Rechtsordnung stehen.<sup>137</sup> Fehlt es an einer solchen Übereinstimmung, hat die gesetzlich verkörperte Wertordnung der Verfassung Vorrang vor einer ihr widersprechenden außerrechtlichen Moralanschauung.<sup>138</sup>

Nach allgemeiner Meinung muss daher bei der Ausfüllung des Begriffs der guten Sitten auf die der Rechtsordnung immanenten, rechtsethischen Werte und Prinzipien Bezug genommen werden.<sup>139</sup> Maßgeblich ist das im Grundgesetz verkörperte Wertsystem, das über § 138 Abs. 1 BGB in das Privatrecht einwirkt.<sup>140</sup> Der Verstoß gegen die guten Sitten markiert daher die äußerste Grenze dessen, was die Rechtsordnung noch zulässt, ohne sich in einen Widerspruch zu den ihr innewohnenden rechtsethischen Werte und

---

<sup>135</sup> *Palandt/Heinrichs*, BGB, § 138 Rn. 2; *Armbrüster*, in: Münch-Komm-BGB, 6. Aufl., § 138 Rn. 15; *Staudinger/Sack/Fischinger*, BGB, § 138 Rn. 18.

<sup>136</sup> *Heldrich*, AcP 1986, 74, 94.

<sup>137</sup> *Wendtland*, in: BeckOK-BGB, § 138 Rn. 16ff.

<sup>138</sup> *Wendtland*, a.a.O., Rn. 18.

<sup>139</sup> *Palandt/Heinrichs*, BGB, § 138 Rn. 3; *Jauernig/Mansel*, BGB, § 138 Rn. 6f.; *Armbrüster*, in: Münch-Komm-BGB, 6. Aufl., § 138, Rn. 15; *Wendtland*, in: BeckOK-BGB, § 138 Rn. 18; vgl. auch *Sasse*, Zivil- und strafrechtliche Aspekte der Veräußerung von Organen Verstorbener und Lebender, S. 90f.

<sup>140</sup> *Jauernig/Mansel*, BGB, § 138 Rn. 6.; *OLG Hamm*, Beschl. v. 02.12.1985 – 11 W 18/85, NJW 1986, 781 (Zur Sittenwidrigkeit eines „Leihmutter-Vertrages“) unter Bezugnahme auf *BVerfG*, Urt. v. 15.01.1958 - 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257 und *BGH*, Urt. v. 09.02.1978 – III ZR 59/76, BGHZ 70, 313.

Prinzipien zu setzen. Der Umsetzung rechtspolitischer Anliegen, seien sie auch wünschenswert, dient § 138 Abs. 1 BGB nicht.<sup>141</sup>

### III. Anknüpfungspunkte für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit

Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts gemäß § 138 Abs. 1 BGB kann sich sowohl aufgrund seines Inhalts als auch aufgrund seines Gesamtcharakters bzw. aufgrund besonderer, hinzutretender Umstände ergeben.<sup>142</sup> Für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit aufgrund des Gesamtcharakters sind die konkreten Umstände, die zu seiner Vornahme geführt haben, und auch die Motive und Absichten der Beteiligten maßgeblich zu berücksichtigen.<sup>143</sup> Häufig ergibt sich die Sittenwidrigkeit erst aus einem Zusammenwirken von mehreren negativen Faktoren, die in ihrer Summenwirkung das Sittenwidrigkeitsurteil begründen.<sup>144</sup> Verbreitet ist insoweit das Bild des Zusammenspiels beweglicher Elemente,<sup>145</sup> welches in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ausdrücklich übernommen wurde.<sup>146</sup> Ist ein Element besonders ausgeprägt, kann sich bereits allein aus diesem Element die Sittenwidrigkeit ergeben.<sup>147</sup>

Da in dieser Untersuchung eine allgemeingültige Aussage zur Zulässigkeit der entgeltlichen Übertragung von Rechten an Körpersubstanzen getroffen werden soll, ist zunächst zu prüfen, ob allein das Element der Entgeltzahlung bereits eine Sittenwidrigkeit begründet und daher das Rechtsgeschäft aufgrund seines Inhaltes sittenwidrig ist. Kommt diese Prüfung zu einem negativen Ergebnis, können auch bestimmte, typisierbare Umstände des Rechtsgeschäfts der Bewertung unterzogen werden. Zuvor sind die für die Prüfung relevanten Bewertungsmaßstäbe zu konkretisieren.

---

<sup>141</sup> So auch *Carstens*, Das Recht der Organtransplantation, S. 71.

<sup>142</sup> *BGH*, Urt. v. 02.02.2012 - III ZR 60/11, Rn. 20 m.w.N. zitiert nach juris; *Palandt/Heinrichs*, BGB, § 138 Rn. 7.

<sup>143</sup> *BGH*, a.a.O. m.w.N.; *Palandt/Heinrichs*, BGB, § 138 Rn. 8 m.w.N.

<sup>144</sup> *Armbrüster*, in: Münch-Komm-BGB, 6. Aufl., § 138 Rn. 27.

<sup>145</sup> *Armbrüster*, a.a.O., m.w.N.

<sup>146</sup> *BGH*, Urt. v. 02.02.2012 - III ZR 60/11, Rn. 20, zitiert nach juris.

<sup>147</sup> *BGH*, a.a.O.

#### IV. Konkretisierung durch typisierbare Fallgestaltungen

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird der unbestimmte Rechtsbegriff der guten Sitten in § 138 Abs. 1 BGB durch interpretationsleitende Vorgaben der Rechtsprechung für typisierbare Fallgestaltungen konkretisiert.<sup>148</sup> Diese rechtssatzmäßig typisierbaren Fallgruppen sollen nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts der Rechtsanwendung zugrunde gelegt werden.<sup>149</sup> Problematisch an dieser Vorgabe ist, dass - auch unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung - kein allgemein anerkannter Katalog von Fallgruppen existiert.<sup>150</sup> Dennoch ist die Kommentarliteratur bemüht, entsprechende Fallgruppen herauszuarbeiten. Die Abwehr einer missbilligten Kommerzialisierung wird in manchen Kommentierungen als typisierte Fallgestaltung aufgeführt.<sup>151</sup> Diese Fallgruppe sei dadurch gekennzeichnet, dass allein die Zusage eines Entgelts Rechtsgeschäfte sittenwidrig machen könne, wenn die Kommerzialisierung in diesem Lebensbereich missbilligt werde.<sup>152</sup> Fraglich ist, was unter einer Kommerzialisierung im Sinne dieser Fallgruppe zu verstehen ist.

##### 1. Der Kommerzialisierungsbegriff

Der Begriff der Kommerzialisierung nicht als Rechtsbegriff definiert.<sup>153</sup> Im allgemeinen Sprachgebrauch wird das Kommerzialisieren als eine Tätigkeit verstanden, etwas so zu gestalten, dass es geschäftlichen Interessen untergeordnet wird und wirtschaftlichen Gewinn bringt<sup>154</sup> oder dass ideelle Werte zur Erzielung von Gewinn

geschäftlichen Interessen untergeordnet werden.<sup>155</sup> Kommerzialisierung wird teilweise als eine Auslieferung an die Geschäftemacherei unter Verdrängung anderer Interessen gesehen oder als Vorgang, ideelle Werte, die eigentlich nicht in den Bereich der Wirtschaft gehören, ihrem Wesen zuwider in Geld umzurechnen und sie so wirtschaftlichen Interessen zu unterstellen und dem Gewinnstreben dienstbar zu machen.<sup>156</sup> Dieses Verständnis der Kommerzialisierung ist mit einem impliziten Unwerturteil verbunden, so dass demzufolge jede Kommerzialisierung zu missbilligen wäre.

Viele rechtswissenschaftliche Untersuchungen zum Thema der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers verwenden im Gegensatz zum allgemeinen Sprachgebrauch einen weiten und wertneutralen Kommerzialisierungsbegriff.<sup>157</sup> Eine allgemein gültige Definition der Kommerzialisierung findet sich jedoch auch in der Rechtswissenschaft nicht.<sup>158</sup>

In einigen Untersuchungen wird unter der Kommerzialisierung ein Prozess verstanden, der dazu führt, dass menschliche Verhaltensweisen, die bisher nicht von wirtschaftlichen Erwägungen geleitet wurden, nunmehr von einer gewinnorientierten Rationalität gesteuert werden. Auch die Motivation zu einem bestimmten Verhalten werde zunehmend von wirtschaftlichen Erwägungen geleitet.<sup>159</sup> Der Prozess der Kommerzialisierung sei abgeschlossen, wenn das Verhalten fast ausschließlich an den Normen des marktwirtschaftlichen Wirtschaftssystems ausgerichtet wird.<sup>160</sup> Wichtig ist den Begriff der Kommerzialisierung von dem der Kommodifizierung zu unterscheiden. Während der Prozess der Kommerzialisierung die Entstehung marktähnlicher Strukturen für den Austausch von Gütern umfasst, bezeichnet die Kommodifizierung den Prozess,

<sup>148</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005 – 1 BvR 1905/02, Rn. 49, zitiert nach juris = BVerfGE 115, 51 - sittenwidrige Bürgschaftsverträge.

<sup>149</sup> BVerfG, a.a.O., Rn. 45.

<sup>150</sup> Armbrüster, in: Münch-Komm-BGB, 6. Aufl., § 138 Rn. 32.

<sup>151</sup> Armbrüster, a.a.O., Rn. 39; Staudinger/Sack/Fischinger, BGB, § 138 Rn. 627; Jawernig/Mansel, BGB, § 138 Rn. 17 (Kommerzialisierung des Intimbereichs); Dörner, in: Hk-BGB, § 138 Rn. 8 (Kommerzialisierung persönlicher oder sachgebundener Entscheidungen).

<sup>152</sup> Armbrüster, a.a.O., Rn. 127.

<sup>153</sup> Soweit im Rahmen des zivilrechtlichen Schadenersatzes die Kommerzialisierbarkeit bestimmter Güter erörtert wird, hat dies für die Frage der Sittenwidrigkeit einer zu missbilligenden Kommerzialisierung keine Bedeutung.

<sup>154</sup> Pons, Großwörterbuch Deutsch als Fremdsprache, Stichwort: Kommerzialisieren.

<sup>155</sup> Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, Digitales Wörterbuch der Deutschen Sprache, Stichwort: Kommerzialisieren.

<sup>156</sup> vgl. Taupitz, in: Damm/Hart (Hrsg.), Rechtliche Regulierung von Gesundheitsrisiken, S. 52 m.w.N.

<sup>157</sup> Taupitz, a.a.O.; Ehrlich, Gewinnabschöpfung des Patienten bei kommerzieller Nutzung von Körpersubstanzen durch den Arzt?, S. 126, 183; Halász, Das Recht auf bio-materielle Selbstbestimmung, S. 98, 277; Müller, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, S. 23; Zerr, Abgetrennte Körpersubstanzen im Spannungsfeld zwischen Persönlichkeitsrecht und Vermögensrecht, S. 22.

<sup>158</sup> Taupitz, a.a.O.

<sup>159</sup> Vgl. Kettner, in: Kreide/Niederberger (Hrsg.), Staatliche Souveränität und transnationales Recht, S. 145ff.

<sup>160</sup> Kettner, a.a.O.

der zu einer Warenförmigkeit dieser Güter führt.<sup>161</sup> Die Warenförmigkeit von Gütern ist durch zwei grundlegende Eigenschaften gekennzeichnet: durch die Fungibilität und den rein instrumentellen Wert des Gutes.<sup>162</sup> Unter Fungibilität ist die Austauschbarkeit untereinander und gegen Geld zu verstehen. Der rein instrumentelle Wert des Gutes führt dazu, dass nur die funktionalen Eigenschaften des Gutes von Bedeutung sind.<sup>163</sup>

Nach einem anderen Begriffsverständnis liegt eine Kommerzialisierung bereits dann vor, wenn menschliche Körpersubstanzen zum Gegenstand von Rechtsgeschäften gemacht und dadurch in den Wirtschaftskreislauf eingespeist werden.<sup>164</sup> Nach diesem Begriffsverständnis stellt auch die Abgabe von Körpersubstanzen ohne Gegenleistung des Empfängers eine Kommerzialisierung dar.<sup>165</sup> Schon durch den Abschluss von Rechtsgeschäften über Körpersubstanzen würden die - primär dem Menschsein zugeordneten - Körperteile in die Nähe anderer Güter des täglichen Lebens gerückt und wirtschaftlichen Interessen untergeordnet.<sup>166</sup>

Nach einem anderen, ebenfalls weiten Begriffsverständnis wird unter der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers die Verknüpfung der Nutzung des menschlichen Körpers mit finanziellen Interessen verstanden.<sup>167</sup> Ein solches Begriffsverständnis sei für die Diskussion über die Zulässigkeit der Verknüpfung finanzieller Interessen mit menschlichen Körpersubstanzen erforderlich, um die Diskussion nicht von vornherein willkürlich einzuschränken. Eine solche Einschränkung würde erfolgen, wenn von dem weit verbreiteten, missbilligenden Begriff der Kommerzialisierung ausgegangen würde.<sup>168</sup>

Für eine Untersuchung, wann eine Kommerzialisierung zu missbilligen ist, bietet sich daher die zuletzt genannte wertneutrale Definition der Kommerzialisierung an.

---

<sup>161</sup> Braig, in: Pottbast/Herrmann/Müller (Hrsg.), Wem gehört der menschliche Körper? S. 246.

<sup>162</sup> Braig, a.a.O.

<sup>163</sup> Braig, a.a.O.

<sup>164</sup> Müller, a.a.O., S. 23.

<sup>165</sup> Müller, a.a.O., S. 24.

<sup>166</sup> Müller, a.a.O., S. 23.

<sup>167</sup> Taupitz, in: Damm/Hart (Hrsg.), Rechtliche Regulierung von Gesundheitsrisiken, S. 53.

<sup>168</sup> Taupitz, a.a.O.

## 2. Maßstäbe für eine Missbilligung der Kommerzialisierung

Die Fallgruppe der zu missbilligenden Kommerzialisierung wird dahingehend erläutert, dass es Güter und Interessen gebe, die nach ihrem Wesen nicht kommerzialisierbar seien.<sup>169</sup> In diesen Fällen ergebe sich die Sittenwidrigkeit vor allem aus der Verknüpfung der Verpflichtung zu einem Tun oder Unterlassen mit der Bezahlung eines Entgelts. Entgeltliche Verträge über Sachen, die als *res extra commercium* gelten, seien sittenwidrig, sofern sie nicht schon gegen spezielle Gesetze verstießen.<sup>170</sup>

Problematisch ist insoweit, dass sich auch aus dieser Erläuterung keine Maßstäbe ergeben, wann die Kommerzialisierung in einem Lebensbereich zu missbilligen wäre. Der Verweis auf Güter und Interessen, die ihrem Wesen nach nicht kommerzialisierbar sein sollen bzw. als *res extra commercium* gelten, verlagert die Beurteilung lediglich auf eine andere Ebene. Die Bestimmung des Wesens einer Sache ist ein wertender Akt, der eine ontologische Begründung vortäuscht und sich auf diese Weise der Argumentationslast entledigt. Anhand einer Wesensbestimmung kann daher nicht geklärt werden, wann eine zu missbilligende Kommerzialisierung vorliegt. Es bleibt somit offen, wodurch eine zu missbilligende Kommerzialisierung gekennzeichnet ist.

Die Methode der Konkretisierung des § 138 Abs. 1 BGB durch typisierbare Fallgruppen ist daher zur Klärung der Frage der Zulässigkeit des Verkaufes menschlicher Körpersubstanzen nicht geeignet. Die Heranziehung der Fallgruppe der missbilligten Kommerzialisierung führt nicht dazu, dass Beurteilungsmaßstäbe konkretisiert würden. Vielmehr besteht die Gefahr, dass durch vermeintlich ontologische Begründungen zum Wesen einer Sache, die Beurteilungsmaßstäbe verschleiert und einer Diskussion entzogen werden. Es ist daher erforderlich, im Einzelnen die gegen eine Zulässigkeit des Verkaufes von Körpersubstanzen vorgebrachten Argumente darauf zu untersuchen, ob sie geeignet sind, ein Sittenwidrigkeitsurteil zu begründen. Maßgeblich ist insoweit, ob die Argumente an objektivierte Grundentscheidungen der verfassungsmäßigen Ordnung anknüpfen oder ob sie lediglich Anschauungen der Sozialmoral reflektieren. Zudem muss berücksichtigt werden, dass die Unvereinbarkeit mit den guten Sitten die äußerste Grenze dessen

---

<sup>169</sup> Staudinger/Sack/Fischinger, BGB, § 138 Rn. 627.

<sup>170</sup> Staudinger/Sack/Fischinger, a.a.O.

darstellt, was die Rechtsordnung noch zulässt, ohne sich in einen Widerspruch zu den ihr innewohnenden rechtsethischen Werten und Prinzipien zu setzen.<sup>171</sup>

## V. Beurteilung der Vereinbarkeit mit den guten Sitten

Die Frage, ob ein Verkauf von menschlichen Körpersubstanzen als Rechtsgeschäft wegen seines Inhalts gegen die guten Sitten des § 138 Abs. 1 BGB verstößt, ist umstritten.<sup>172</sup> Während der überwiegende Teil der Untersuchungen zu dem Ergebnis gelangt, dass der Verkauf menschlicher Körpersubstanzen grundsätzlich zulässig und nur in Einzelfällen mit den guten Sitten unvereinbar ist,<sup>173</sup> hält eine Gegenansicht die entgeltliche Abgabe menschlichen Körpersubstanzen generell für sittenwidrig<sup>174</sup>.

### 1. Argumente für eine generelle Sittenwidrigkeit

Zunächst werden die Argumente untersucht, die für eine generelle Sittenwidrigkeit jeglichen Verkaufes menschlicher Körpersubstanzen angeführt werden.

#### a) Infragestellung der Subjektqualität des Menschen

Es wird die Befürchtung geäußert, dass durch den Verkauf menschlicher Körpersubstanzen der Mensch zu einem Objekt degradiert und seine Subjektqualität in Frage gestellt werde.<sup>175</sup> Der Mensch würde durch die entgeltliche Abgabe von Körpersubstanzen zum Objekt finanzieller Interessen gemacht.<sup>176</sup>

Zwar begründet die Degradierung des Menschen zu einem Objekt und die Infragestellung seiner Subjektqualität ein Sittenwidrigkeitsurteil wegen des Verstoßes

<sup>171</sup> Siehe S. 38.

<sup>172</sup> Vgl. insbesondere *Carstens*, Das Recht der Organtransplantation, S. 69ff.; *Müller*, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, S. 104ff.; *Maier*, Der Verkauf von Körperorganen, S. 16ff.; *Sasse*, Zivil- und strafrechtliche Aspekte der Veräußerung von Organen Verstorbener und Lebender, S. 81ff.

<sup>173</sup> *Carstens*, Das Recht der Organtransplantation, S. 71; *Müller*, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, 104ff.; *Maier*, Der Verkauf von Körperorganen, S. 28ff.; 56, 66, 75f., 77f.

<sup>174</sup> *Sasse*, Zivil- und strafrechtliche Aspekte der Veräußerung von Organen Verstorbener und Lebender, S. 95ff.

<sup>175</sup> *Sasse*, Zivil- und strafrechtliche Aspekte der Veräußerung von Organen Verstorbener und Lebender, S. 121.

<sup>176</sup> *BVG*, Urt. v. 15.04.1997 – 1 RK 25/95, Rn. 15, zitiert nach *juris* = NJW 1997, 3114.

gegen die Menschenwürde. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass eine solche Degradierung oder Infragestellung der Subjektqualität durch den Verkauf von menschlichen Körpersubstanzen erfolgen würde. Allein aus der entgeltlichen Abgabe von Körpersubstanzen folgt nicht, dass der menschliche Körper als Ware behandelt würde, über die von anderen verfügt werden kann. Eine solche Argumentation fußt auf einer unzulässigen Gleichsetzung des menschlichen Körpers mit menschlichen Körpersubstanzen. Es besteht jedoch ein qualitativer Unterschied zwischen menschlichen Körpersubstanzen und dem menschlichen Körper.

#### aa) Die Rechtsnatur des menschlichen Körpers

Der menschliche Körper ist die gegenständliche Ausformung des Menschen. Der Körper des lebenden Menschen ist nach allgemeiner Ansicht in der Rechtswissenschaft trotz seiner Gegenständlichkeit keine Sache, sondern ein Rechtsgut.<sup>177</sup> Die Ansicht, dass der lebende menschliche Körper eine Sache sei, wird mittlerweile in der deutschen Rechtswissenschaft nicht mehr vertreten.<sup>178</sup> Es zeigt sich bereits in der grundlegenden Unterscheidung zwischen Personen und Sachen, welche die gesamte Rechtsordnung durchzieht, dass der lebende menschliche Körper nicht als Sache angesehen werden kann.<sup>179</sup> In allen Rechtsgebieten existieren unterschiedliche Regelungen für Körperverletzungen und für Sachbeschädigungen. Die Qualifikation des lebenden menschlichen Körpers als Rechtsgut stützt sich auf § 823 Abs. 1 BGB.<sup>180</sup> Dort wird der menschliche Körper, ebenso wie das Leben, die Gesundheit und die Freiheit, als Rechtsgut geschützt. Es handelt sich bei den in § 823 Abs. 1 BGB genannten „Lebensgütern“ nicht um Güter, an denen Besitz in Sinne einer unmittelbaren Sachherrschaft bestehen kann.<sup>181</sup> Ein Gut bezeichnet alles, was dem Menschen in seiner materiellen und geistigen Entwicklung zu dienen geeignet ist und deshalb geschätzt

<sup>177</sup> *Taupitz*, NJW 1995, 745 m.w.N.

<sup>178</sup> Vgl. *Halász*, Das Recht auf bio-materielle Selbstbestimmung, S. 15 mit Nachweisen dieser Auffassung im römischen und germanischen Recht.

<sup>179</sup> *Höfling*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Verfügung über menschliche Embryonen und "humanbiologisches Material", S. 98

<sup>180</sup> *Soergel/Spickhoff*, BGB, § 823 Rn. 29; *Taupitz*, JZ 1992, 1089, 1091.

<sup>181</sup> *Taupitz*, a.a.O.

wird.<sup>182</sup> Erkennt die Rechtsordnung zugunsten des Einzelnen einen Bereich als frei und unverletzlich an, so wird aus dem Gut ein Rechtsgut.<sup>183</sup> Jedes rechtlich geschützte Gut ist zugleich auch ein Rechtsgegenstand. Als Rechtsgegenstand ist der menschlich Körper Bezugsobjekt der Rechte und Pflichten von Rechtssubjekten.<sup>184</sup> Das Rechtsgut ist dem jeweiligen Rechtsgutsträger zugewiesen und mit entsprechenden Bestimmungs- und Abwehrbefugnissen verknüpft.<sup>185</sup>

Menschliche Körpersubstanzen sind hingegen Sachen im Rechtssinne, wenn sie vom menschlichen Körper abgetrennt sind.<sup>186</sup> Auch die am menschlichen Körper bestehenden Rechte unterscheiden sich von denen, die an menschlichen Körpersubstanzen bestehen.

#### *bb) Das Recht am Körper*

Im 19. Jahrhundert wurde die Existenz eines rechtlichen Verhältnisses des Menschen zu seinem Körper teilweise abgelehnt, da der Mensch als Rechtssubjekt untrennbar mit seinem Körper verbunden ist.<sup>187</sup> Da Rechtssubjekt und Rechtsgegenstand nicht voneinander trennbar seien, könne kein Rechtsverhältnis zustande kommen.<sup>188</sup> Die zumindest gedanklich mögliche Trennung zwischen dem Menschen als Rechtssubjekt und dem Rechtsgegenstand des menschlichen Körpers wird mittlerweile nicht mehr in Frage gestellt. Auch wenn die Existenz eines Rechts am Körper nicht mehr in Zweifel gezogen wird, ist die dogmatische Einordnung dieses Rechts umstritten.

#### *(1) Das Recht am Körper als Eigentumsrecht*

Einer früher vertretenen Ansicht nach sollen auf die rechtliche Beziehung zum menschlichen Körper eigentumsrechtliche Vorschriften Anwendung finden.<sup>189</sup> Die eigentumsrechtliche Qualifikation des Rechts am Körper wurde unter anderem mit der im

<sup>182</sup> *Staudinger/Jickeli/Stieper*, BGB, Vor § 90 Rn. 5. Zum strafrechtlichen Rechtsgutbegriff vgl. *Schulte*, Die Rechtsgüter des strafbewehrten Organhandelsverbotes, S. 64 f.

<sup>183</sup> *Staudinger/Jickeli/Stieper*, a.a.O.; *Schünemann*, Die Rechte am menschlichen Körper, S. 18.

<sup>184</sup> *Schünemann*, a.a.O., S. 20.

<sup>185</sup> *Taupitz*, a.a.O.

<sup>186</sup> Siehe S. 7f.

<sup>187</sup> Vgl. Nachweise bei *Schünemann*, Die Rechte am menschlichen Körper, S. 37.

<sup>188</sup> Vgl. *Schünemann*, a.a.O., S. 38.

<sup>189</sup> v. *Vangeron*, Lehrbuch der Pandekten, S. 82f.; *Brunner*, NJW 1953, 1173f.

allgemeinen Sprachgebrauch üblichen Verwendung des Possessivpronomens „mein Körper“ begründet.<sup>190</sup> Dieses Argument hat allerdings keine normative Überzeugungskraft, da auf diese Weise auch Beziehungen zu anderen Menschen wie Kindern oder Ehepartnern eigentumsrechtlich qualifiziert werden könnten.

Als weiteres Argument für die Anwendung eigentumsrechtlicher Vorschriften wurde angeführt, dass ein praktischer Bedarf dafür bestehe, dass eine Leiche von den Erben einem anatomischen Institut übereignet werden könne.<sup>191</sup> Hierfür sei das Bestehen von Eigentum an der Leiche erforderlich. Da aber kein Eigentum an der Leiche entstehen könne, wenn nicht zuvor auch am lebenden menschlichen Körper Eigentum bestünde, müsse zwangsläufig auch für den lebenden Körper ein Eigentumsrecht angenommen werden.<sup>192</sup>

Auch diese Argumentation überzeugt nicht. Denn es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen für die Überlassung einer Leiche an ein anatomisches Institut ein Eigentum an der Leiche erforderlich sein soll. Die Leiche ist – ebenso wie der lebende Mensch nach fast einhelliger Auffassung keine eigentumsfähige Sache.<sup>193</sup> Lediglich wenn die Beziehung zur früheren Person vollständig gelöst ist, wie beispielsweise bei einem Skelett in der Anatomie, kann der Überrest als Sache angesehen werden. Hierfür genügt nicht nur der bloße Zeitablauf.<sup>194</sup> In der Praxis erfolgt die Überlassung durch die Übertragung des Gewahrsams an der Leiche, der grundsätzlich den Totenfürsorgeberechtigten zusteht. Die Totenfürsorgeberechtigten können die entsprechende Verfügung nur in Übereinstimmung mit den Schutzpflichten zugunsten des Verstorbenen und dessen zuvor geäußerten Willen vornehmen. Fehlt es an einem geäußerten Willen, ist der potentielle Wille anhand der zu Lebzeiten vorhandenen Einstellung zu ermitteln.<sup>195</sup>

Zudem spricht gegen die Annahme von Eigentum am lebenden menschlichen Körper, dass dieses Eigentum jedenfalls nicht übertragbar sein dürfte. Denn anderenfalls könnte das Eigentum an dem Körper eines anderen Menschen erlangt werden. Dieses Eigentum an einem fremden Körper würde zu einer umfänglichen Bestimmungsmacht über einen

<sup>190</sup> *Brunner*, NJW 1953, 1173.

<sup>191</sup> *Brunner*, a.a.O.

<sup>192</sup> *Brunner*, a.a.O.

<sup>193</sup> *Taupitz*, Das Recht im Tod, S. 7 m.w.N.

<sup>194</sup> *Taupitz*, a.a.O.

<sup>195</sup> *Taupitz*, a.a.O., S. 8.

anderen Menschen führen.<sup>196</sup> Da sich Person und Körper nicht voneinander trennen lassen, würde ein solches Herrschaftsrecht die Selbstbestimmung und damit auch die Subjektsqualität des betroffenen Menschen negieren. Der Betroffene würde zum bloßen Objekt der Herrschaft eines anderen degradiert, welches als typische Verletzung der Menschenwürde gilt.<sup>197</sup> Würde zur Vermeidung dieser Konsequenz von unübertragbarem Eigentum am lebenden Körper ausgegangen werden, würde es sich nicht mehr um das klassische Sacheigentum im zivilrechtlichen Sinne handeln. Denn die Übertragbarkeit des Eigentumsrechts ist neben der umfassenden Herrschaftsmacht ein typisches Kennzeichen des Eigentums.<sup>198</sup> Zudem bedürfte es dann einer weiteren Erklärung dafür, wie sich das unübertragbare Eigentum am menschlichen Körper in übertragbares Eigentum an der Leiche umwandeln würde. Darüber hinaus spricht auch die fehlende Sachqualität<sup>199</sup> des menschlichen Körpers gegen eine eigentumsrechtliche Qualifizierung. Auch wäre die Anwendung eigentumsrechtlicher Vorschriften auf den menschlichen Körper unvereinbar mit der grundsätzlichen Unterscheidung von Körperverletzungen und Eigentumsverletzungen im Zivil- und Strafrecht.<sup>200</sup> Diese Grundentscheidung, die die gesamte Rechtsordnung durchzieht, kann auch nicht als bloße Zufälligkeit ignoriert werden.<sup>201</sup> Die rechtliche Dogmatik hat sich insoweit an den Grundentscheidungen der existierenden Rechtsordnung zu orientieren.

<sup>196</sup> Schönemann, Die Rechte am menschlichen Körper, S. 34.

<sup>197</sup> Nach der sogenannten „Objektformel“ der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts widerspricht es der Menschenwürde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staate zu machen, BVerfG, Urt. v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187, 228. Auch widerspricht es der Menschenwürde ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektsqualität prinzipiell in Frage stellt, BVerfG, Urt. v. 15.12.1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 2 BvR 308/69, BVerfGE 30, 1, 26 - Abhörurteil; Beschl. v. 17.01.1979 – 1 BvR 241/77, BVerfGE 50, 166, 175. Geprägt wurde diese Formel von Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Rn. 28 unter Rezeption des Kategorischen Imperativs von Kant: „Handle so, dass du die Menschheit in Deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst.“ siehe dazu auch Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 31ff.

<sup>198</sup> Schönemann, Die Rechte am menschlichen Körper, S. 35.

<sup>199</sup> Siehe hierzu S. 44f.

<sup>200</sup> Schönemann, Die Rechte am menschlichen Körper, S. 35.

<sup>201</sup> so aber Schönemann, a.a.O., S. 33.

## (2) Das Recht am Körper als Persönlichkeitsrecht

Bereits für das römische Recht soll gegolten haben, dass niemand der Eigentümer seines Körpers sei.<sup>202</sup> Auch in heutiger Zeit wird das Recht am Körper überwiegend als Persönlichkeitsrecht qualifiziert.<sup>203</sup> Zu diesem Ergebnis gelangen sowohl diejenigen, die die Beziehung zum eigenen Körper ausschließlich persönlichkeitsrechtlich bestimmen,<sup>204</sup> als auch diejenigen, die aus dogmatischen Gründen annehmen, dass am eigenen Körper Eigentum bestehe, aber diese eigentumsrechtliche Ebene von der persönlichkeitsrechtlichen Ebene dergestalt überlagert sei, dass die eigentumsrechtlichen Vorschriften für den lebenden menschlichen Körper nicht zur Anwendung kämen.<sup>205</sup> Verfassungsrechtlich wird das Recht am eigenen Körper im Schnittmengenbereich des Persönlichkeitsschutzes des Art. 2 Abs. 1 GG und des Schutzes der körperlichen Integrität in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verortet.<sup>206</sup>

## (3) Die Unübertragbarkeit des Rechts am Körper

Grundsätzlich sind Persönlichkeitsrechte nicht übertragbar. Dies gilt jedenfalls, soweit unter der Übertragung die Veräußerung des Rechts mit der Folge eines vollständigen und endgültigen Rechtsverlustes verstanden wird.<sup>207</sup> Zwar ist es möglich, anderen Personen Berechtigungen zur kommerziellen Verwertung an Persönlichkeitsrechten, wie beispielsweise dem Recht am eigenen Namen, dem Recht am eigenen Bild, dem Recht an persönlichen Daten oder dem Recht am geschriebenen oder gesprochenen Wort vertraglich einzuräumen. Eine solche gebundene Übertragbarkeit wird aber nur

<sup>202</sup> „Dominus membrorum suorum nemo videtur“ Ulpian D. 9, 2, 13 pr.

<sup>203</sup> Palandt/Heinrichs, BGB, § 90 Rn. 3; Forstel, JZ 1974, 593, 594; Schönemann, Die Rechte am menschlichen Körper, S. 48ff.; Taupitz, JZ 1992, 1089, 1091; weitere Nachweise bei Schröder/Taupitz, Menschliches Blut verwendbar nach Belieben des Arztes?, S. 34.

<sup>204</sup> Forstel, JZ 1974, 593, 594.

<sup>205</sup> Taupitz, JZ 1992, 1089, 1091. Für eine Überlagerung des Eigentumsrechts durch das Persönlichkeitsrecht; Schönemann, Die Rechte am menschlichen Körper, S. 92; Deutsch, VersR 1985, 1002, 1004; ders., NJW 1987, 1971, 1974. Für ein Nebeneinander von Eigentum und Persönlichkeitsrecht: Lanz-Zumstein, Die Rechtsstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts, S. 222 ff. (mit Ausnahme menschlicher Keimzellen); Schröder/Taupitz, Menschliches Blut verwendbar nach Belieben des Arztes? S. 42 ff. m.w.N.

<sup>206</sup> Larenz, in: BK-GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 301.

<sup>207</sup> Forstel, GRUR 1988, 491, 492.

angenommen, wenn bestimmte Aspekte der Person eine Verselbständigung erfahren haben, wie beispielsweise der Verselbständigung in Schriften oder im Bild der Person.<sup>208</sup> Die Rechtsprechung hat diese Art der Übertragung für die kommerzielle Verwendung von Lichtbildern zu Werbezwecken gebilligt.<sup>209</sup> Es können jedoch nur die kommerziellen Anteile der einzelnen Persönlichkeitsrechte in der Form übertragen werden, dass der Erwerber unter Ausschluss des Nutzungsrechts des übertragenden Rechteinhabers zur Nutzung befugt ist.<sup>210</sup> Im Ergebnis ist diese Übertragung weder vollständig noch abschließend. Es wird lediglich ein Teil des Rechtsgehalts abgespalten und vom Inhaber des Mutterrechts auf den Erwerber, der ein Tochterrecht erlangt, weitergegeben.<sup>211</sup>

Wenn die Persönlichkeitsrechte hingegen dem Schutz ideeller Interessen dienen, sind sie unauflöslich an die Person ihres Trägers gebunden und als höchstpersönliche Rechte unverzichtbar und unveräußerlich, also weder übertragbar noch vererblich.<sup>212</sup> Niemand kann sich seines Rechts am eigenen Bild, seines Namensrechts oder eines sonstigen Persönlichkeitsrechts vollständig und abschließend entäußern, da eine solche Entäußerung im Widerspruch zur Garantie der Menschenwürde und zum Recht auf Selbstbestimmung steht.<sup>213</sup> Diese Unverfügbarkeit gilt auch für das Recht am Körper.

#### *cc) Ergebnis*

Zwischen abgetrennten Körpersubstanzen und dem menschlichen Körper bestehen qualitative Unterschiede sowohl hinsichtlich der jeweiligen Rechtsnatur als auch hinsichtlich der jeweils bestehenden Rechte. Der menschliche Körper hat im Gegensatz zu abgetrennten menschlichen Körpersubstanzen keine Sachqualität und kann auch nicht wie diese Gegenstand von Rechtsgeschäften sein.<sup>214</sup> Das Eigentumsrecht an abgetrennten Körpersubstanzen kann vollständig übertragen werden, während eine Übertragung des

<sup>208</sup> *Forke*, a.a.O., S. 493.

<sup>209</sup> *BGH*, Urt. v. 14.10.1986 - VI ZR 10/86, NJW-RR 1987, 231 - Nena, zitiert nach juris; *OLG Hamburg*, Urt. v. 15.09.2009 - 7 U 1/09, zitiert nach juris.

<sup>210</sup> In diesem Fall ist nur der Erwerber befugt, Ansprüche geltend zu machen, die sich aus unrechtmäßigen Eingriffen in das übertragene Recht ergeben.

<sup>211</sup> *Forke*, GRUR 1988, 491, 494.

<sup>212</sup> *BGH*, Urt. v. – 01.12.1999 – I ZR 49/97, BGHZ 143, 214-232 - Marlene Dietrich.

<sup>213</sup> *BGH*, a.a.O.

<sup>214</sup> Siehe S. 15f.

Rechts am menschlichen Körper nicht möglich ist. Es ist daher ausgeschlossen, dass Rechte an einem fremden Körper durch ein entgeltliches Rechtsgeschäft eingeräumt werden können und dadurch die Unverfügbarkeit des Menschen in Zweifel gezogen werden könnte. Verfügt werden kann nur über abgetrennte Körpersubstanzen, die nicht mehr Bestandteil des menschlichen Körpers sind.

#### *b) Der Verkauf des Individuums in Einzelteilen*

Für eine generelle Sittenwidrigkeit des Verkaufes von Körpersubstanzen wird angeführt, dass der Verkauf einzelner Körpersubstanzen einen „Verkauf des Individuums in Einzelteilen“ darstelle, der gegen das Menschenwürdeprinzip verstoße.<sup>215</sup> Diese These beruht auf der unzutreffenden Grundannahme, dass das Individuum und damit der gesamte Körper in Einzelteile gespalten werden könnte. Wenn Körpersubstanzen entnommen werden, stellen diese keine Einzelteile des Individuums dar. Die entnommenen Körpersubstanzen verlieren ihre Bestandteileigenschaft und sind daher auch nicht mehr Teile des Individuums Mensch. Das Individuum verbleibt als ein Ganzes auch nach Abtrennung der Körpersubstanz.

Mit der These des „Verkaufes in Einzelteilen“ verwandt ist die Behauptung, dass der Verkauf einzelner *Merkmale* des Individuums mit der allgemeinen Funktion des menschlichen Körpers als einem Mittel zur Verwirklichung des Personenwertes nicht vereinbar sei.<sup>216</sup> Auch hier ist zu entgegnen, dass der Verkauf abgetrennter Körpersubstanzen kein Verkauf von Merkmalen des Individuums ist. Die Abgabe von Körpersubstanzen, wie beispielsweise von Blut, führt zu keinem Verlust von Merkmalen des Individuums. Zudem hat der Verkauf auch nicht zur Folge, dass der menschliche Körper nicht mehr zur Verwirklichung des Personenwertes zur Verfügung stünde.

<sup>215</sup> *Sasse*, Zivil- und strafrechtliche Aspekte der Veräußerung von Organen Verstorbener und Lebender, S. 95f., 121.

<sup>216</sup> *Tress*, Die Organtransplantation aus zivilrechtlicher Sicht, S. 43 unter Bezugnahme auf die Menschenwürde des Grundgesetzes; *Jansen*, Die Blutspende aus zivilrechtlicher Sicht, S. 53.

c) *Das Verbot der Selbstverstümmelung und das Gebot des Altruismus*

Des Weiteren wird postuliert, dass der Verkauf von Körpersubstanzen gegen das Verbot der Selbstverstümmelung verstoße.<sup>217</sup> Ein allgemeines Verbot der Selbstverstümmelung kennt die deutsche Rechtsordnung jedoch nicht. Die Selbstverstümmelung in § 109 Abs. 1 StGB ist nur als eine Form der Entziehung vom Wehrdienst strafbar und stellt eine Straftat gegen die Landesverteidigung dar. Das strafbare Unrecht ist daher die Entziehung vom Wehrdienst. Ein allgemeines Verbot der Selbstverstümmelung gibt es nur im religiösen Kontext. Nach christlichem Verständnis handelt es sich bei dem menschlichen Körper um ein *anvertrautes Lebensgut*. Das Konzept der anvertrauten Lebensgüter findet sich sowohl in Erklärungen des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland zur Organtransplantation<sup>218</sup> als auch in Aussagen des Katechismus der katholischen Kirche zum menschlichen Leben und dem menschlichen Körper.<sup>219</sup> Über diese nur anvertrauten Lebensgüter kann nach christlicher Auffassung nicht nach eigener Willkür verfügt werden. Es existiere vielmehr eine Verpflichtung zu deren Erhalt. Aufgrund der Verpflichtung zum Erhalt dürfe eine Hingabe von Körpersubstanzen auch nur aus Nächstenliebe und nicht aus finanziellen Motiven geschehen.<sup>220</sup>

Auch in der rechtspolitischen Diskussion wird die Ansicht vertreten, dass der Status, der dem menschlichen Körper und seinen Teilen zugeschrieben werde, demjenigen der *res*

<sup>217</sup> Vgl. *Sasse*, Zivil- und strafrechtliche Aspekte der Veräußerung von Organen Verstorbener und Lebender, S. 74, mit Nachweisen aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis.

<sup>218</sup> *Deutsche Bischofskonferenz*, Organtransplantationen, a.a.O.

<sup>219</sup> *Katechismus der katholischen Kirche*, 3. Teil, 2. Abschnitt, 2. Kapitel, Artikel 5, I. Die Achtung vor dem menschlichen Leben, Ziff. 2280: „Jeder ist vor Gott für sein Leben verantwortlich. Gott hat es ihm geschenkt. Gott ist und bleibt der höchste Herr des Lebens. Wir sind verpflichtet, es dankbar entgegenzunehmen und es zu seiner Ehre und zum Heil unserer Seele zu bewahren. Wir sind nur Verwalter, nicht Eigentümer des Lebens, das Gott uns anvertraut hat. Wir dürfen darüber nicht verfügen.“ Ziff. 2288: „Das Leben und die Gesundheit sind wertvolle, uns von Gott anvertraute Güter. Wir haben für sie auf vernünftige Weise Sorge zu tragen und dabei auch die Bedürfnisse anderer und das Gemeinwohl zu berücksichtigen.“

<sup>220</sup> *Kohlbaas*, NJW 1971, 1872; *Deutsche Bischofskonferenz*, Organtransplantationen, Abschnitt 3.1.3: „Nach christlichem Verständnis ist das Leben und damit der Leib ein Geschenk des Schöpfers, über das der Mensch nicht nach Belieben verfügen kann, das er aber nach sorgfältiger Gewissensprüfung aus Liebe zum Nächsten einsetzen darf. Das schließt eine Entschädigung von Aufwendungen für die Gewebe- und Organspende nicht aus, verbietet aber einen dadurch erstrebten Gewinn.“

*sanctae* nahe komme.<sup>221</sup> Ein Übergriff der Ökonomie auf diesen Bereich werde als Entweihung empfunden.<sup>222</sup>

Diese auf religiösen Anschauungen aufbauenden Argumentationsmuster werden auch in einer rechtswissenschaftlichen Diskussion verwendet, wenn behauptet wird, dass der „Körper und die körperlichen Kräfte dem Menschen vom Schöpfer verliehen worden seien, um diese aktiv zu benutzen und nicht dazu, rein passiv einen schätzbaren Gewinn dafür zu erhalten.“<sup>223</sup> Nach dieser Ansicht ist der Verkauf nicht regenerierbarer Substanzen ein Verkauf der eigenen Gesundheit, womit der Mensch seiner Bestimmung untreu werde und sich sittenwidrig verhalte.<sup>224</sup>

Religiös fundierte Anschauungen sind jedoch nicht geeignet, das Urteil der Sittenwidrigkeit im Sinne § 138 BGB zu begründen. Denn selbst wenn unterstellt würde, dass die christlichen Moralvorstellungen in Bezug auf den menschlichen Körper weit verbreitet und herrschend sind, können Maßstäbe der herrschenden Moral nur herangezogen werden, wenn diese in Übereinstimmung mit den Grundprinzipien der Rechtsordnung stehen.<sup>225</sup> Fehlt es an einer solchen Übereinstimmung, hat die gesetzlich verkörperte Wertordnung Vorrang vor einer außerrechtlichen Moralanschauung.<sup>226</sup> Die Annahme, dass der menschliche Körper nur als Leihgabe zur Erfüllung höherer Ziele überlassen ist, lässt sich nicht mit dem körperbezogenen Selbstbestimmungsrecht des Grundgesetzes vereinbaren. Denn das verfassungsrechtliche Selbstbestimmungsrecht schützt die Entscheidung des Umgangs mit dem Körper nach eigenen Maßstäben. Eine Auferlegung von Beschränkungen dahingehend, dass nur höhere Ziele verfolgt werden dürfen, ist damit nicht vereinbar. Ein vermeintliches Verbot der Selbstverstümmelung oder eine vermeintliche Pflicht zum Erhalt des Körpers können das Urteil der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 BGB nicht begründen.

<sup>221</sup> *van den Daele*, in: *Taupitz* (Hrsg.), Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, S. 128f.

<sup>222</sup> *van den Daele*, a.a.O.

<sup>223</sup> *Schäfer*, Rechtsfragen der Verpflanzung von Körper- und Leichteilen, S. 61.

<sup>224</sup> *Schäfer*, a.a.O.

<sup>225</sup> Vgl. *Wendtland*, in: BeckOK-BGB, § 138 Rn. 16ff.

<sup>226</sup> *Wendtland*, a.a.O., Rn. 18.

#### d) Kultur der Gabe

In der rechtspolitischen Diskussion wird die These vertreten, dass ein Verbot des Verkaufes von menschlichen Körpersubstanzen erforderlich sei, um eine „Kultur der Gabe“ festzuschreiben.<sup>227</sup> Dies werde von einer Mehrheit der Menschen als richtig und gut empfunden, weil es dem intuitiven Urteil der meisten entspreche, dass über vom menschlichen Körper abgetrennte Teile nicht wie über abgelegte Kleider verfügt werden könne. Weil menschlichen Körpersubstanzen ein moralischer Status zugeschrieben werde, sollten sie nicht zum Zwecke des Profits verkauft werden dürfen.<sup>228</sup> Dies sei zwar nicht zum Schutz der Menschenwürde oder wichtiger Gemeinschaftsgüter geboten. Vielmehr sei der richtige Umgang mit dem menschlichen Körper ein Gut, welches um seiner selbst willen zu schützen sei und sei ein Teil des Ethos der Lebensführung.<sup>229</sup>

Auch diese Argumentation kann ein Sittenwidrigkeitsurteil gemäß § 138 BGB nicht begründen. Das „intuitive Urteil der meisten“ als gut und richtig kann lediglich auf eine weit verbreitete Sozialmoral hinweisen. Eine Anknüpfung der „Kultur der Gabe“ an die der Rechtsordnung innewohnenden Werte und Prinzipien ist nicht möglich. Zutreffend wird daher davon ausgegangen, dass zur Umsetzung dieser Vorstellungen der Gesetzgeber gefordert ist<sup>230</sup> und das rechtspolitisch gewünschte Ergebnis nicht über die Generalklausel der guten Sitten des § 138 Abs. 1 BGB durchgesetzt werden kann.

#### e) Die Instrumentalisierung des menschlichen Körpers

Gegen die Zulässigkeit des Verkaufes menschlicher Körpersubstanzen wird zudem eingewandt, dass mit dem Verkauf eine unzulässige Instrumentalisierung des eigenen Körpers verbunden wäre.<sup>231</sup> Im Umgang mit dem Körper drücke sich der Mensch in seiner Würdehaftigkeit aus.<sup>232</sup> Eine unzulässige Instrumentalisierung liege vor, wenn der Körper für Zwecke genutzt werde, die außerhalb seiner selbst liegen. Diese

<sup>227</sup> van den Daele, in: *Taupitz* (Hrsg.), Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, S. 127f.

<sup>228</sup> van den Daele, a.a.O., S. 128.

<sup>229</sup> van den Daele, a.a.O.

<sup>230</sup> van den Daele, a.a.O.

<sup>231</sup> Sasse, Zivil- und strafrechtliche Aspekte der Veräußerung von Organen Verstorbener und Lebender, S. 102 unter Bezug auf *Vitzthum*, ZRP 1987, 33, 36.

<sup>232</sup> Lutz, in: *Pothast/Herrmann/Müller* (Hrsg.), Wem gehört der menschliche Körper?, S. 56.

Argumentation kann auf das aus dem kategorischen Imperativ hergeleitete Instrumentalisierungsverbot in der Philosophie von Immanuel Kant zurückgeführt werden.<sup>233</sup> Eine der verschiedenen von Kant gewählten Formulierungen des kategorischen Imperativs lautet:

„...dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als [auch] in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest.“<sup>234</sup>

Für den Umgang mit anderen Menschen ist diese Vorgabe der Nichtinstrumentalisierung fester Bestandteil des verfassungsrechtlichen Menschenwürdeverständnisses. Denn durch die Rezeption des kategorischen Imperativs von Kant wurde die „Objektformel“ als wichtigster Eingriffstyp in die Menschenwürde entwickelt.<sup>235</sup> Daraus kann jedoch nicht hergeleitet werden, dass im Umgang mit dem eigenen Körper eine Nutzung als Mittel unzulässig wäre. Kant geht von einer Pflicht des Menschen gegen sich selbst aus, die in der Selbsterhaltung liegen soll:<sup>236</sup>

„... so wird erstlich, nach dem Begriffe der notwendigen Pflicht gegen sich selbst, derjenige, der mit Selbstmorde umgeht, sich fragen, ob seine Handlung mit der Idee der Menschheit, als Zweck an sich selbst, zusammen bestehen könne. Wenn er, um einem beschwerlichen Zustande zu entfliehen, sich selbst zerstört, so bedient er sich einer Person, bloß als eines Mittels, zu Erhaltung eines erträglichen Zustandes bis zu Ende des Lebens. Der Mensch aber ist keine Sache, mithin nicht etwas, das bloß als Mittel gebraucht werden kann, sondern muß bei allen seinen Handlungen jederzeit als Zweck an sich selbst betrachtet werden. Also kann ich über den Menschen in meiner Person nichts disponieren, ihn zu verstümmeln, zu verderben, oder zu töten.“<sup>237</sup>

Das Konzept von Pflichten gegenüber dem eigenen Selbst mag in der Ethik begründbar sein, im staatlichen Recht existieren solche selbstbezogenen Pflichten nicht. Eine rechtliche Pflicht, den eigenen Körper nicht als ein Mittel zur Erreichung bestimmter Zwecke zu nutzen, kann daher aus der staatlich zu schützenden Menschenwürde nicht folgen. Die ethischen Pflichten in der Philosophie Kants gehen über das hinaus, was dem Einzelnen von Rechts wegen auferlegt ist. Diese These kann an den folgenden Beispielen bestätigt werden. Das Verschenken eines Zahnes ist nach

<sup>233</sup> Lutz, a.a.O., S. 50, vgl. zudem Sasse, Zivil- und strafrechtliche Aspekte der Veräußerung von Organen Verstorbener und Lebender, S. 98.

<sup>234</sup> Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 60.

<sup>235</sup> *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 31f.

<sup>236</sup> Kant, Die Metaphysik der Sitten, S. 553f.

<sup>237</sup> Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 60.

geltendem Recht weder sittenwidrig noch ein Verstoß gegen die Menschenwürde. Aus dem generellen Instrumentalisierungsverbot folgert Kant konsequent, dass nicht einmal ein Zahn verschenkt werden dürfte.<sup>238</sup>

„... mithin über sich selbst als bloßes Mittel zu disponieren, heißt die Menschheit in seiner Person abwürdigen, der doch der Mensch zur Erhaltung anvertrauet war. Sich eines integrierenden Teils als Organ zu berauben (verstümmeln), z. B. einen Zahn zu verschenken oder zu verkaufen, um ihn in die Kinnlade eines anderen zu pflanzen [...] gehört zum partialen Selbstmorde; aber nicht [...] was zwar ein Teil, aber kein Organ des Körpers ist, z.E. die Haare, sich abnehmen zu lassen, [...]; wiewohl der letztere Fall nicht ganz schuldfrei ist, wenn er zum äußeren Erwerb beabsichtigt ist“<sup>239</sup>

Auch die rechtlich zulässige Organtransplantation ist mit dem Instrumentalisierungsverbot von Kant nicht zu vereinbaren. Es wäre daher ein nicht aufzulösender Wertungswiderspruch, wenn einerseits das Spenden eines paarigen Organs oder des eigenen Blutes für zulässig erachtet würde und andererseits aus einem Instrumentalisierungsverbot für den eigenen Körper eine Sittenwidrigkeit des Verkaufes eigener Körpersubstanzen hergeleitet würde. Denn in beiden Fällen erfolgt eine Verwendung für andere Zwecke, die außerhalb des Selbstzweckes des Körpers liegen. Zutreffend ist zwar, dass der Mensch und sein Körper nicht von anderen instrumentalisiert werden darf, so dass er zu einem Verfügungsobjekt im Wirtschaftskreislauf wird. Allein die Abgabe von einzelnen Körpersubstanzen führt aber noch nicht dazu, dass der Mensch selbst zu einem Verfügungsobjekt im Wirtschaftskreislauf wird. Die Rechte am menschlichen Körper sind nicht übertragbar und damit auch unveräußerlich. Weder über das Recht auf körperliche Unversehrtheit noch über das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht kann rechtsgeschäftlich verfügt werden. Eine entsprechende Verfügungsmacht wird Dritten auch nicht durch die entgeltliche Verpflichtung zur Abgabe von Körpersubstanzen eingeräumt. Denn es ist nicht möglich, sich vor Abtrennung der Körpersubstanz verbindlich zur Einwilligung in die spätere Entnahme zu verpflichten und damit anderen eine Verfügungsmöglichkeit über die Integrität des eigenen Körpers sogar gegen den aktuellen Willen einzuräumen. Zwar wurde diese Möglichkeit in William Shakespeares „Der Kaufmann von Venedig“ und in „Les Misérables“ von Victor Hugo eindrucksvoll dargestellt und ist daher ein

<sup>238</sup> Kant, Die Metaphysik der Sitten, S. 555.

<sup>239</sup> Kant, a.a.O., S. 554.

häufig zitiertes Schreckensszenario. Eine vorab erteilte Einwilligung kann jedoch jederzeit frei mit Wirkung ex nunc widerrufen werden, ohne dass der Widerruf vertraglich eingeschränkt werden könnte oder Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung begründen würde.<sup>240</sup>

Die Einwilligung in die Entnahme von Körpersubstanzen macht den menschlichen Körper daher nicht zu einem Verfügungsobjekt. Die Körpersubstanz ist mit der endgültigen Abtrennung nicht mehr Bestandteil des Körpers. Die Verfügbarkeit einer Körpersubstanz kann nicht mit einer Verfügbarkeit über den Menschen gleichgesetzt werden.

#### f) Die Entwürdigung durch eine Preisfestsetzung

Ebenfalls auf einen Verstoß gegen die Menschenwürde abstellend wird behauptet, dass durch den Verkauf von Körpersubstanzen eine Preisfestsetzung erfolge, die mit einer Entwürdigung und Bewertbarkeit des Menschen einhergehe.<sup>241</sup> Auch diese Argumentation kann auf die Philosophie von Kant zurückgeführt werden:

„Im Reiche der Zwecke hat alles entweder einen *Preis*, oder eine *Würde*. Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes, als *Äquivalent*, gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstattet, das hat eine *Würde*.“<sup>242</sup>

Die These der Entwürdigung durch eine Preisfestsetzung beruht auf einer unzulässigen Gleichsetzung menschlicher Körpersubstanzen mit dem Menschen selbst. Eine Würde kommt nur dem Menschen zu, nicht seinen Körpersubstanzen. Wenn Körpersubstanzen nicht mehr Bestandteil des Körpers sind, haben sie eine andere Rechtsqualität. Sie sind Rechtsobjekte und nicht mehr Bestandteil des Rechtssubjekts. Wenn für Blutspenden ein bestimmter Preis gezahlt wird, führt dies weder dazu, dass das im Blutkreislauf des lebenden Menschen vorhandene Blut zu diesem Preis zu haben wäre, noch dass hieraus ein Preis für den lebenden Menschen errechnet werden könnte. Gegen die Gültigkeit einer solchen Äquivalenzbetrachtung spricht insbesondere, dass anderenfalls auch der Zahlung eines Schmerzensgeldes für die Beeinträchtigung des

<sup>240</sup> Siehe hierzu S. 12.

<sup>241</sup> Vgl. Sasse, Zivil- und strafrechtliche Aspekte der Veräußerung von Organen Verstorbener und Lebender, S. 102 unter Bezug auf *Vitzthum*, ZRP 1987, 33, 36.

<sup>242</sup> Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S.67.

Körpers das Argument der Bewertbarkeit des menschlichen Körpers und des Menschen selbst entgegen gehalten werden könnte, weil durch diese Schadenersatzzahlung ein Äquivalent, beispielsweise anstelle des verlorenen Arms, gesetzt würde.

Teilweise wird vertreten, dass trotz einer generellen Sittenwidrigkeit des Verkaufes von Körpersubstanzen die Abgabe eines Körperteils gegen eine Entschädigung zulässig sei.<sup>243</sup> Anhaltspunkt für die Abgrenzung der Entschädigung gegenüber dem unzulässigen Verkauf sei, ob das Geschäft den Charakter eines Warentausches annehmen würde.<sup>244</sup> Unter welchen Umständen ein solcher Warentauschcharakter und damit eine Kommodifizierung des menschlichen Körpers anzunehmen ist, wird jedoch nicht dargelegt.

Eine Warenförmigkeit des menschlichen Körpers wird jedoch bereits aufgrund der bestehenden rechtlichen Dogmatik verhindert. Die Rechte am menschlichen Körper sind weder übertragbar noch veräußerlich. Auch die Einwilligung in die Entnahme von Körpersubstanzen macht den menschlichen Körper nicht zu einem Verfügungsobjekt für andere. Die Verfügbarkeit einer Körpersubstanz kann nicht mit einer Verfügbarkeit über den lebenden menschlichen Körper gleichgesetzt werden.

#### *g) Der Verkauf der eigenen Gesundheit*

In der Gesetzesbegründung zum Transplantationsgesetz wird die These vertreten, dass zum Schutz der Menschenwürde und der körperlichen Unversehrtheit verhindert werden müsse, dass der Einzelne sich aufgrund von Gewinnaussichten einer gesundheitlichen Gefahr aussetze.<sup>245</sup> Insbesondere sozial Schwächere könnten einem erhöhten Druck ausgesetzt sein, ihre finanzielle Lage dadurch zu verbessern, dass sie Eingriffe in ihren

<sup>243</sup> Sasse, Zivil- und strafrechtliche Aspekte der Veräußerung von Organen Verstorbener und Lebender, S. 121.

<sup>244</sup> Sasse, a.a.O.

<sup>245</sup> Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (TPG), Begründung zu § 16 (Verbot des Organhandels), BT-Drs. 13/4355, S. 29.

Körper vornehmen ließen, die sie ohne den finanziellen Anreiz nicht zulassen würden.<sup>246</sup> Aus diesem Grund sollten „finanzielle Anreize an potentielle Lebendspender, ihre Gesundheit um wirtschaftlicher Vorteile willen zu beeinträchtigen, unterbunden werden. Schutzobjekt [sei] neben der körperlichen Integrität des Lebenden auch die durch Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde [...]“.<sup>247</sup> Denn „die Garantie der Menschenwürde [...] [werde] verletzt, wenn der Mensch bzw. seine sterblichen Reste zum Objekt finanzieller Interessen werden.“<sup>248</sup>

Zwar kann aus der Menschenwürde gefolgert werden, dass der Mensch nicht zum Objekt finanzieller Interessen werden darf. Diese Folgerung kann jedoch – wie bereits dargelegt – nicht auf menschliche Körpersubstanzen übertragen werden. Die Menschenwürde kommt nur dem Menschen zu, nicht aber menschlichen Körpersubstanzen.

Der Schutz der körperlichen Unversehrtheit richtet sich gegen Beeinträchtigungen des Körpers und der Gesundheit. Für diesen Schutz ist es grundsätzlich ohne Bedeutung, aufgrund welcher Motive eine Beeinträchtigung erfolgt. Auch ärztliche Heileingriffe stellen eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit dar, die durch eine – gegebenenfalls aus den Umständen zu folgernde – Einwilligung der Rechtsgutsinhaber gerechtfertigt werden muss. Aus dem verfassungsrechtlichen Schutz der körperlichen Unversehrtheit kann daher nicht abgeleitet werden, dass eine Beeinträchtigung aufgrund eigennütziger finanzieller Motive anders zu beurteilen wäre, als eine Beeinträchtigung aufgrund altruistischer Motive. Dem steht auch nicht entgegen, dass dem Handlungsmotiv bei der Beurteilung, ob eine Körperverletzung nach § 228 StGB trotz erfolgter Einwilligung strafbar ist, Bedeutung zukommt. Denn der Tatzweck kann die

<sup>246</sup> Vgl. Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (TPG), Begründung zu § 16 a.a.O.: „Es solle der Gefahr begegnet werden, dass die gesundheitliche Notlage lebensgefährlich Erkrankter aus eigensüchtigen wirtschaftlichen Motiven in besonders verwerflicher Weise ausgenutzt wird. Mit dem Verbot solle die Ausnutzung gesundheitlicher Notlagen der potentiellen Organempfänger und wirtschaftlicher Notlagen der potentiellen Spender verhindert werden. Gleichzeitig sollen damit auch finanzielle Anreize an potentielle Lebendspender, ihre Gesundheit um wirtschaftlicher Vorteile willen zu beeinträchtigen, unterbunden werden.“

<sup>247</sup> Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (TPG), Begründung zu § 16, a.a.O.

<sup>248</sup> Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (TPG), Begründung zu § 16, a.a.O., S. 15, 19.

Sittenwidrigkeit nicht begründen, sondern nur ausschließen, wie beispielsweise bei lebensgefährlichen ärztlichen Eingriffen, die zum Zwecke der Lebenserhaltung vorgenommen werden.<sup>249</sup> Die bloße Missbilligung des Tatzweckes allein kann nicht zu einer Sittenwidrigkeit der Tat und damit zu einer Strafbarkeit führen.<sup>250</sup> Zudem ist auch bei dem verfolgten Tatzweck die Rechtsgutsbezogenheit maßgeblich. Eine kompensierende Funktion kann dem Tatzweck nur dann zukommen, wenn er auf die Erhaltung des zu schützenden Rechtsguts Leben und Gesundheit zielt. Anderenfalls würde die Bestrafung nicht zum Schutz des Rechtsgutes der körperlichen Unversehrtheit erfolgen, sondern nur zum Schutz von bestimmten Sittlichkeitsvorstellungen. Der Bestrafung zum Schutz bestimmter Sittlichkeitsvorstellungen steht jedoch die erforderliche Rechtsgutsbezogenheit des strafrechtlichen Schutzes entgegen. Altruismus ist, ungeachtet seiner wichtigen Funktion im menschlichen Zusammenleben und seiner sozialen Erwünschtheit, kein Rechtsgut, welches es mit dem Mittel des Strafrechts zu schützen gilt. Für § 228 StGB, der Teil des strafrechtlichen Schutzes der körperlichen Unversehrtheit ist, kann daher nicht von Bedeutung sein, ob die Substanzentnahme altruistischen oder eigennützigen finanziellen Motiven dient.

Es verbleibt die These, dass aufgrund der bestehenden Ungleichheiten finanziell Schwächere eher der Versuchung ausgesetzt werden, ihre finanzielle Lage dadurch zu verbessern, dass sie Eingriffe in ihren Körper zulassen, die sie ohne den finanziellen Anreiz nicht zulassen würden. Es erscheint fraglich, ob mit dieser Annahme eine generelle Sittenwidrigkeit des Verkaufs von menschlichen Körpersubstanzen begründet werden kann.

Zunächst ist zu erinnern, dass eine solche „Versuchung“ nur in jenen Fällen in Betracht kommt, in denen keine folgenschwere gesundheitliche Schädigung eintritt oder mit hoher Wahrscheinlichkeit droht. Denn anderenfalls stünde § 228 StGB einer rechtmäßigen Entnahme entgegen, da nach dieser Norm eine Körpersubstanzentnahme trotz wirksamer Einwilligung strafbar ist, wenn die daraus resultierende Beeinträchtigung in der Schwere mit den in § 226 StGB genannten Folgen vergleichbar ist und die Entnahme

---

<sup>249</sup> Hirsch, in: LK-StGB, § 228 Rn. 9.

<sup>250</sup> Siehe hierzu S. 38.

nicht durch den damit verfolgten Zweck zur Erhaltung des geschützten Rechtsguts Leben und Gesundheit kompensiert wird.<sup>251</sup>

Es verbleiben daher nur Fälle, in denen Gefahren einer leichten bis mittleren Gesundheitsschädigung drohen können.

Es ist zwar zutreffend, dass ein finanzieller Anreiz dazu führt, dass eine Entscheidung getroffen wird, die vermutlich ohne den finanziellen Anreiz anders getroffen worden wäre. Denn die Schaffung von finanziellen Anreizen dient dazu, die Entscheidung in eine beabsichtigte Richtung zu beeinflussen.

Gegen eine solche Beeinflussung kann eingewandt werden, dass sie entweder auf formeller Ebene die Freiwilligkeit der Entscheidung beeinträchtigt oder inhaltlich einen Anreiz zu einem Verhalten setzt, welches unerwünscht ist.

Grundsätzlich führt das in Aussicht stellen eines finanziellen Gewinns nicht zu einer Einschränkung der Freiwilligkeit. Finanzielle Anreize sind ein Mittel zur Motivation, aber kein Zwang zu einer bestimmten Entscheidung. Eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit kann nicht durch den finanziellen Anreiz, sondern nur durch die finanzielle Bedürftigkeit entstehen. Grundsätzlich dürfte bei der sozialen Mindestsicherung, die der Staat aufgrund des verfassungsrechtlichen Sozialstaatsgebotes zu gewährleisten hat, keine finanzielle Bedürftigkeit entstehen. Trotz sozialstaatlicher Sicherung kommt es nicht selten zu finanziellen Notlagen oder auch zu einer dauerhaften finanziellen Bedürftigkeit von Einzelnen. Fraglich ist jedoch, ob diese Ausnahmesituationen die generelle Sittenwidrigkeit einer Entgeltzahlung begründen können. Denn die Ausnutzung wirtschaftlicher Notlagen von potentiellen Spendern entspricht strukturell dem Wuchertatbestand und wäre dementsprechend zu erfassen.<sup>252</sup> Wenn nur eine Ausnutzung wirtschaftlicher Notlagen verhindert werden soll, kann nicht das Geschäft als solches generell und unabhängig vom Bestehen solcher Notlagen als sittenwidrig angesehen werden.<sup>253</sup>

---

<sup>251</sup> Siehe hierzu S. 15.

<sup>252</sup> Schrotb, JZ 1997, 1149, 1150.

<sup>253</sup> Schrotb, a.a.O.

Teilweise wird vertreten, dass bei einer unentgeltlichen Substanzspende ein stärkeres Indiz für die Freiwilligkeit der Entscheidung bestehe.<sup>254</sup> Dies erscheint jedoch fraglich. Denn die Zahlung eines Entgeltes kann auch ein autonomiefördernder Faktor sein.<sup>255</sup> Im Falle der Lebendspende muss nach § 8 Abs. 3 TPG eine Ethikkommission die Freiwilligkeit der Spendeentscheidung feststellen. Aufgrund der Beschränkung der Möglichkeit der Lebendspende auf den Verwandtenkreis obliegt der Kommission herauszufinden, ob innerhalb der Familie unzulässiger Druck ausgeübt wird. Die Analyse des familiären Beziehungsgeflechts wird selten in der Art möglich sein, dass ausgeschlossen werden kann, dass sozialer oder moralischer Druck die Entscheidung bestimmt.<sup>256</sup> Selbst wenn ohne diesen Druck aufgrund der engen persönlichen Verbindung eine moralische Verpflichtung zur Hilfeleistung angenommen wird, wäre bei einer rein finanziellen Motivation eine nüchterne Abwägung hinsichtlich der Risiken für die eigene Gesundheit wahrscheinlicher.<sup>257</sup> Es kann daher nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass finanzielle Anreize einer Freiwilligkeit der Entscheidung zur Substanzspende entgegenstehen.

Wenn die Freiwilligkeit nicht beeinträchtigt wird, kommt eine generelle Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts nur dann in Frage, wenn durch das Entgelt ein Anreiz zu einem Verhalten gesetzt würde, welches inhaltlich unerwünscht ist und deshalb bereits das Verleiten zu diesem Verhalten als sittenwidrig angesehen werden kann. Wenn hingegen die Tätigkeit zulässig ist, dann kann auch das Setzen eines finanziellen Anreizes dazu nicht sittenwidrig sein. Da keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Abgabe von Körpersubstanzen generell unterhalb der Schwelle des § 228 StGB als sittenwidrig einzustufen ist, ist auch nicht ersichtlich, warum das Setzen eines finanziellen Anreizes hierzu sittenwidrig sein sollte. Das gesundheitliche Risiko ändert sich durch den finanziellen Anreiz nicht.

In der Diskussion über die Unzulässigkeit eines Entgeltes für die Abgabe von Körpersubstanzen wird zu Recht darauf hingewiesen, dass auch viele Tätigkeiten

---

<sup>254</sup> Vgl. insoweit die Nachweise aus der anglo-amerikanischen Rechtsliteratur bei Reich, Organspendeverträge, S. 191.

<sup>255</sup> Breyer/van den Daele/Engelhard et al./van den Daele/Engelhard et al., Organmangel, S. 130f.

<sup>256</sup> Breyer/van den Daele/Engelhard et al./van den Daele/Engelhard et al., a.a.O.

<sup>257</sup> Breyer/van den Daele/Engelhard et al./van den Daele/Engelhard et al., a.a.O.; ähnlich auch Kliemt, in: Taupitz (Hrsg.), Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, S. 97f.

existieren, die zulässigerweise mit der Absicht der Gewinnerzielung vorgenommen werden und die mit Gefahren für die Gesundheit verbunden sind.<sup>258</sup> Insoweit handelt es sich nicht nur um Berufe, bei denen die Gefahrenabwehr im Zentrum steht und die Gefahren für die eigene Gesundheit ein unvermeidbarer Bestandteil der Tätigkeit sind. Bereichen. Auch die Tätigkeit als Berufsboxer oder Stuntman ist mit nicht unerheblichen gesundheitlichen Gefahren verbunden, wobei diese Risiken nicht notwendig zum Schutz anderer bzw. für gemeinnützige Zwecke eingegangen werden müssten.

Gegen diese Argumentation wird eingewandt, dass der Verkauf der Arbeitskraft nur eine begrenzte Zeit des Tages einnehme und die Person danach ‚sich selbst‘ gehöre, oder sie sich auch für die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses entscheiden könne; demgegenüber sei der Verkauf eines nicht regenerierbaren Organs ein singulärer, irreversibler Akt mit einer notwendigen invasiven Verletzung des Körpers, die nicht lediglich eine in Kauf genommene mittelbare Folge sei.<sup>259</sup> Diese Gegenargumentation kann jedoch nicht überzeugen.

Zunächst ist es für die mit der gewinnorientierten Tätigkeit verbundenen Gesundheitsgefahren irrelevant, wie viel Tageszeit die Tätigkeit in Anspruch nimmt. Dass die Arbeitskraft daher nur für eine begrenzte Zeit eingesetzt wird, hat daher keine Relevanz. Soweit auf die Möglichkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses abgestellt wird, ist darauf zu verweisen, dass auch die Einwilligung jederzeit bis zum vollzogenen Eingriff frei widerruflich ist. Zudem geht es auch bei der Entnahme von Körpersubstanzen lediglich um Sachverhalte, bei denen die Gesundheitsschäden unbeabsichtigte Folgeschäden der Substanzentnahme sind. Denn Substanzentnahmen, die von vornherein erhebliche gesundheitliche Schäden zur Folge haben, sind ohnehin nach § 228 StGB unzulässig. Selbst im Bereich der Organtransplantationen kommt die Entnahme von paarig vorhandenen, nicht regenerierbaren Organen (z. B. im Rahmen der Nierenspende) oder Teilen von nicht regenerierbaren Organen (z. B. Teilen der Leber) nur dann in Betracht, wenn aufgrund medizinischer Erkenntnisse hierdurch keine dauerhafte gesundheitliche Beeinträchtigung wahrscheinlich ist. Es verbleiben daher nur Fälle, bei denen die erhebliche gesundheitliche Beeinträchtigung nicht voraussehbar war.

---

<sup>258</sup> Vgl. Taupitz, in: ders. (Hrsg.), Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, S. 5; ebenso die Nachweise aus der anglo-amerikanischen Rechtsliteratur bei Reich, Organspendeverträge, S. 130.

<sup>259</sup> Schneider, Nicht-Kommerzialisierung des Organtransfers als Gebot einer Global Public Policy, S. 111.

Die eingangs genannte Argumentation betrifft auch nicht eine direkte Vergleichbarkeit der gefahrgeneigten Tätigkeit mit der Abtrennung einer nicht regenerierbaren Körpersubstanz, sondern die allgemeine Fragestellung, ob es zulässig ist, sich aus gewinnorientierten Motiven einer Gesundheitsgefahr auszusetzen.

Zwar mag bei den genannten beruflichen Tätigkeiten neben der Aussicht auf finanziellen Gewinn auch der damit verbundene Ruhm oder der mit der Tätigkeit verbundene Nervenkitzel oder sogar das Erfolgsgefühl, die Herausforderung gemeistert zu haben, den Anreiz darstellen. Aus der Zulässigkeit gewinnorientierter Tätigkeiten, die mit erheblichen gesundheitlichen Gefahren verbunden sind, folgt jedoch, dass sich aus den Prinzipien der Rechtsordnung nicht ableiten lässt, dass der Einzelne sich nicht aufgrund einer Gewinnaussicht einer gesundheitlichen Gefahr aussetzen dürfe. Die Verfolgung finanzieller Gewinninteressen ist vielmehr ein von der Rechtsordnung generell akzeptiertes Motiv. Dies ergibt sich bereits aus der Existenz des Grundrechts auf Berufsfreiheit und des Grundrechts auf wirtschaftliche Betätigung. Da Berufe gewählt werden können, deren Ausübung mit teilweise auch erheblichen Gesundheitsgefahren verbunden sind, kann der Umstand, dass gesundheitliche Gefahren aufgrund finanzieller Motive eingegangen werden, nicht per se als unzulässig eingestuft werden. Das Recht auf Selbstbestimmung ermöglicht es, ein finanzielles Motiv zur Grundlage einer Entscheidung zu machen, da die Auswahl der Motive in den Kernbereich der Selbstbestimmung fällt. Dies gilt insbesondere, da § 228 StGB eine Grenze bei außerordentlichen Gesundheitsgefahren darstellt.

Angesichts des besonderen Wertes mancher Körpersubstanzen aufgrund ihrer vielseitigen Verwendungsmöglichkeiten könnte sogar argumentiert werden, dass eine finanzielle Beteiligung des Spenders an diesem Wert geboten wäre. Dies gilt insbesondere, da die Weiterverarbeitung der Körpersubstanzen, beispielsweise durch die Blutspendedienste oder die pharmazeutische Industrie zu hohen finanziellen Gewinnen führt. Denn es ist übliche und akzeptierte Praxis, dass aus menschlichen Körpersubstanzen auch verkäufliche Arzneimittel hergestellt werden. Diese Arzneimittel sind vom Anwendungsbereich des Organhandelsverbotes des Transplantationsgesetzes ausdrücklich ausgenommen.<sup>260</sup> Auch die Bereitstellung von menschlichen Geweben für

<sup>260</sup> Voraussetzung ist, dass sie den Anforderungen des § 17 Abs. 1 Nr. 2 TPG entsprechen.

die Forschung durch Biobanken<sup>261</sup> muss weder unentgeltlich erfolgen, noch müssen Biobanken gemeinnützig organisiert sein.<sup>262</sup> Entsprechende Entgeltzahlungen lassen sich mit Dienstleistungen zur Lagerung, Konservierung und Transport begründen, ohne dass insoweit eine konkrete Höhe vorgeschrieben ist. Die eigenen „Kosten“ können beliebig angesetzt werden. Auch die Forschung mit Körpersubstanzen erfolgt überwiegend mit dem Ziel, die Ergebnisse wirtschaftlich zu verwerten. Selbst die aus Blutspenden gewonnen Blutprodukte werden überwiegend mit Gewinn weiterverkauft.<sup>263</sup> Denn das Unentgeltlichkeitsgebot des § 10 TFG gilt im Gegensatz zum Verbot des Handeltreibens im TPG nur gegenüber dem Spender; der Weiterverkauf der Blutkonserven<sup>264</sup> wird nicht davon betroffen. Der „Wirtschaftszweig“ des Blut- und Plasmaspendewesens bleibt unangetastet.<sup>265</sup> Blutprodukte, z. B. Blutkonserven, sind Arzneimittel, die wie jedes andere Arzneimittel gehandelt werden und mit denen Gewinne erwirtschaftet werden.<sup>266</sup>

Angesichts dieser zulässigen Gewinnerzielungsmöglichkeiten stellt sich die Frage, warum es dem Substanzträger verwehrt sein soll, mit der Abgabe seiner Substanzen eigene finanzielle Interessen zu verfolgen. Es ist nicht ohne weiteres einsichtig, dass der Substanzspender, als einziger nicht von den Verwendungsmöglichkeiten seiner Körpersubstanzen profitiert.<sup>267</sup> Eine Verletzung des Menschenwürdeanspruchs kann nicht darin erkannt werden, wenn derjenige Geld erhält, dessen Körpersubstanzen aufgrund ihrer besonderen Beschaffenheit zur Entwicklung von Therapien und

<sup>261</sup> Als Biobanken werden Sammlungen von Proben menschlicher Körpersubstanzen, die mit personenbezogenen Informationen über die Spender verknüpft sind, bezeichnet, vgl. *Deutscher Ethikrat*, Biobanken für die Forschung, S. 24.

<sup>262</sup> Vgl. *European Group on Ethics in Sciences and New Technologies*, Opinion Nr. 11 v. 21.07.1998, Ethical Aspects of Human Tissue Banking, S. 6. Als Beispiele für erwerbswirtschaftlich tätige Biobanken, von denen Forscher gegen Entgelt menschliche Körpersubstanzen erwerben können: <http://www.indivumed.com> oder <http://www.promocell.com/de/homepage.htm> (Stand jeweils 05.03.2015).

<sup>263</sup> *Schröder/Taupitz*, Menschliches Blut verwendbar nach Belieben des Arztes?, S. 10f. m. w. N.

<sup>264</sup> Der Preis beträgt ca. 80,00 – 90,00 € pro Vollblutkonserve.

<sup>265</sup> *Deutsch/Bender/Eckstein et al.*, Transfusionsrecht, S. 114 Rn. 302.

<sup>266</sup> Das Deutsche Rote Kreuz erwirtschaftet mit seinem Blutspendedienst einen Gewinn, der in die Finanzierung der weiteren, verlustträchtigen Tätigkeiten der gemeinnützigen Organisation einfließt, *Bartz/Stoll/Winkelsdorf*, Spende oder Ware?. Neben den Blutspendediensten des Deutschen Roten Kreuzes und den staatlich-kommunalen Blutspendediensten sind auch gewinnorientierte Unternehmen als Blutspendedienste tätig.

<sup>267</sup> vgl. *König*, MedR 2005, 22, 24.

Medikamenten beigetragen haben. Die Menschenwürde gebietet keine rein uneigennützig oder gemeinnützig Abgabe von Körpersubstanzen. Daher ist eine finanzielle Beteiligung des Substanzspenders unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die pharmazeutische Industrie mit ihrem Produkt Gewinne erwirtschaftet und die Patienten von verbesserten Arzneimitteln und Medizinprodukten profitieren, gerechtfertigt. Die Forderung einer Beteiligung des Substanzspenders in Form eines sogenannten *benefit sharing* wird grundsätzlich als legitim angesehen.<sup>268</sup> Gegen eine solche Gewinnbeteiligung wird lediglich eingewandt, dass es in der Regel nicht möglich sei, den Beitrag einzelner Spender am Ergebnis der Forschung und den daraus erzielten Gewinnen zu bestimmen.<sup>269</sup> Dieser Einwand greift jedoch nur, wenn es darum geht, den jeweiligen Beitrag der Substanzspende quantitativ für Schadenersatz- bzw. Bereicherungsansprüche zu bemessen. Über die Bemessung des Wertes der Substanzspende für das Ergebnis der Forschung und die daraus erzielten Gewinne können sich die Beteiligten auch vorab vertraglich einigen. Jedenfalls verstößt es nicht gegen die Menschenwürde, den Substanzspender finanziell an den (zukünftigen) Gewinnen zu beteiligen.

Die Zulässigkeit des Verkaufs eigener Körpersubstanzen ermöglicht einen selbstbestimmten Umgang mit den eigenen Körpersubstanzen, welcher auch nach ideellen Maßstäben erfolgen kann. Dass diese Erwägung nicht nur in der Theorie existiert, zeigt ein Beispiel aus den USA. Dort verkaufte Ted Slavin, dessen Blut eine unüblich hohe Konzentration von Antikörpern gegen das Hepatitis-B-Virus aufwies, seine Blutspenden für 10 \$ pro Milliliter an kommerziell-orientierte Organisationen während er sie für nichtkommerzielle Forschungszwecke kostenlos abgab.<sup>270</sup>

Ob der Einzelne für seine körperbezogenen Handlungen materielle, religiöse, ethische oder sonstige Gründe wählt, fällt in den Bereich der freien Selbstbestimmung, die ein wichtiger Bestandteil der Menschenwürde ist. Die Auswahl eines bestimmten Handlungsmotives wird durch die Menschenwürde nicht vorgeschrieben. Es zeigt sich daher auch hier, dass es bei der Frage der Zulässigkeit des Verkaufes von Körpersubstanzen um die rechtspolitische Bewertung der möglichen Gefahren und der

<sup>268</sup> *Nationaler Ethikrat*, Biobanken für die Forschung, S. 88; *Spranger*, NJW 2005, 1084, 1089.

<sup>269</sup> *Nationaler Ethikrat*, a.a.O.; *Spranger*, a.a.O.

<sup>270</sup> *Deutsch/Bender/Eckstein et al.*, Transfusionsrecht, Rn. 298.

Zweckmäßigkeit von Entgeltvereinbarungen geht.<sup>271</sup> Diese ist jedoch dem Gesetzgeber innerhalb seines von der Verfassung vorgegebenen Spielraumes vorbehalten.

## b) Ergebnis

Im Ergebnis können die Argumente, die für eine generelle Sittenwidrigkeit des Verkaufes von Körpersubstanzen vorgebracht werden, nicht überzeugen. Daraus folgt, dass der Verkauf menschlicher Körpersubstanzen außerhalb des Anwendungsbereiches des Organhandelsverbotes grundsätzlich zulässig ist. Eine Unvereinbarkeit mit den guten Sitten kommt daher nicht allein aufgrund der finanziellen Gewinnerzielung in Betracht.

### 2. Kriterien für eine Sittenwidrigkeit im Einzelfall

Von einer grundsätzlichen Zulässigkeit des Verkaufes menschlicher Körpersubstanzen gehen mehrere Autoren in der rechtswissenschaftlichen Literatur aus.<sup>272</sup> Auch wenn keine generelle Sittenwidrigkeit des Verkaufes von Körpersubstanzen anzunehmen ist, könnte es Kriterien geben, die für eine Sittenwidrigkeit in bestimmten Sachverhaltskonstellationen sprechen. Nach der Auffassung von *Müller*<sup>273</sup> kommen dafür die folgenden Kriterien in Betracht: die Intensität der Beziehung zur Persönlichkeit des Substanzträgers,<sup>274</sup> die Bedeutung der Substanz für den Gesamtorganismus,<sup>275</sup> die Eingriffsintensität aufgrund der Abtrennung und die Reproduzierbarkeit der Körpersubstanz.<sup>276</sup> Diese Kriterien werden aus den folgenden Überlegungen abgeleitet: *Müller* geht davon aus, dass der Verkauf von Haaren in der Rechtswirklichkeit weit verbreitet sei und bislang nicht als anstößig angesehen worden ist.<sup>277</sup> Gleiches gelte für Fingernägel, Fußnägel sowie für Nierensteine. Der Verkauf von Plazenta durch

<sup>271</sup> *Carstens*, Das Recht der Organtransplantation, S. 72.

<sup>272</sup> *Carstens*, a.a.O., S. 71; *Müller*, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, S. 104ff.; *Maier*, Der Verkauf von Körperorganen, S. 28ff.; 56, 66, 75f., 77f.; Anders jedoch *Sasse*, Zivil- und strafrechtliche Aspekte der Veräußerung von Organen Verstorbener und Lebender, S. 121, der von einer generellen Sittenwidrigkeit ausgeht.

<sup>273</sup> *Müller*, a.a.O., S. 104.

<sup>274</sup> *Müller*, a.a.O., S. 116.

<sup>275</sup> *Müller*, a.a.O.

<sup>276</sup> *Müller*, a.a.O., S. 113.

<sup>277</sup> *Müller*, a.a.O., S. 104.

Krankenhäuser an Unternehmen der Pharmaindustrie bis Anfang der 1980er Jahre sei als zulässig angesehen worden. Maßgeblich hierfür sei, dass es sich jeweils um Abfallprodukte des Menschen gehandelt habe.<sup>278</sup> Auch für Blutspenden seien finanzielle Gegenleistungen langjährige Praxis, ohne dass ersichtlich sei, dass diese Praxis gegen das Rechtsgefühl der billig und gerecht Denkenden verstoßen würde. Maßgeblich sei, dass es sich um eine regenerative Körpersubstanz handle, die ohne dauernde Gesundheitsschädigung entnommen werden könne.<sup>279</sup> Daher könne die Bedeutung der entnommenen Substanz für den Gesamtorganismus ein wichtiges Kriterium für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit im Einzelfall sein.<sup>280</sup> Wenn die Körpersubstanz eine Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Gesamtorganismus sei oder irreparable Schäden mit der Abtrennung verbunden seien, läge die Sittenwidrigkeit des Geschäfts nahe. Erfolge die Trennung auf natürliche Art und Weise wie bei der Ausscheidung von Kot, Urin, Speichel oder Plazenta, könnten diese Substanzen durchaus Gegenstand von Kaufverträgen sein. Auch die Frage der Reproduzierbarkeit der Körpersubstanz habe für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eine erhebliche Bedeutung.<sup>281</sup> Denn der Verkauf dürfe nicht zu schädlichen Gesundheitsfolgen führen, die bei nicht regenerierbaren Körpersubstanzen wahrscheinlicher seien.<sup>282</sup> Hinsichtlich der Gesamtumstände der Veräußerung seien der verfolgte Zweck, die Höhe des Entgelts und die Verwendung durch den Käufer beachtlich.<sup>283</sup> Ähnlich äußert sich *Carstens*,<sup>284</sup> nach dessen Ansicht die Gegebenheiten des Einzelfalles, die Schwere des Opfers, Art und Zeitpunkt der Forderung und die finanzielle Lage beider Seiten maßgeblich sein sollen.<sup>285</sup>

Es erscheint jedoch fraglich, ob diese Kriterien tatsächlich auf eine Sittenwidrigkeit im Einzelfall hindeuten können. Die genannten Kriterien lassen sich in zwei Kategorien zusammenfassen: Kriterien, die an die Verbindung zur Persönlichkeit des Spenders

---

<sup>278</sup> *Müller*, a.a.O., S. 105.

<sup>279</sup> *Müller*, a.a.O.

<sup>280</sup> *Müller*, a.a.O., S. 116.

<sup>281</sup> *Müller*, a.a.O., S. 113.

<sup>282</sup> *Müller*, a.a.O.

<sup>283</sup> *Müller*, a.a.O., S. 116f.

<sup>284</sup> *Carstens*, Das Recht der Organtransplantation, S. 69.

<sup>285</sup> *Carstens*, a.a.O., S. 70.

anknüpfen und Kriterien, die sich an der Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit orientieren.

#### a) Die Verbindung zur Persönlichkeit des Spenders

Die Verbindung der Körpersubstanz zur Persönlichkeit des Spenders ist nach der hier vertretenen Ansicht als Kriterium für eine Sittenwidrigkeit des Verkaufes nicht geeignet. Als Beispiel für Körpersubstanzen mit einer besonders engen Verbindung zur Persönlichkeit werden die menschlichen Keimzellen genannt. Diese Einordnung erscheint jedoch zweifelhaft. Zwar weisen menschliche Keimzellen eine besondere Entwicklungspotenz gegenüber somatischen Zellen auf. Bei ihnen besteht jedoch keine engere Verbindung zur Persönlichkeit des Spenders. Denn Keimzellen weisen nur einen haploiden Chromosomensatz auf, während in den somatischen Zellen die gesamte genetische Information des Spenders vorhanden ist. Im Hinblick auf die individuelle Persönlichkeit könnte daher eine engere Verbindung bei den somatischen Zellen angenommen werden, weil sie die gesamte einzigartige genetische Information des Spenders tragen. Im Ergebnis haben daher alle Körpersubstanzen eine gleichermaßen enge Verbindung zur Persönlichkeit des Spenders.

Wenn andererseits darauf abgestellt wird, dass sich aufgrund des Potentials der Keimzellen besondere Verwendungsmöglichkeiten ergeben, die sich ihrerseits intensiv auf das Persönlichkeitsrecht des Spenders auswirken können, wäre die Art der Verwendung der Körpersubstanz maßgebliches Kriterium. Die Art der Verwendung ist jedoch von der Frage der Entgeltlichkeit unabhängig. Es ist daher nicht denkbar, dass bei demselben Verwendungszweck die unentgeltliche Übertragung zulässig sein soll, nicht aber die entgeltliche. Ist die Art der Verwendung zulässig, kann es auf die Entgeltlichkeit nicht mehr ankommen. Auch die Art der Verwendung der Körpersubstanz ist somit kein geeignetes Kriterium für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit der Entgeltzahlung.<sup>286</sup>

---

<sup>286</sup> So aber *Müller*, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, S. 116f.

### b) Die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit durch die Entnahme

Die weiteren Kriterien - die Bedeutung der Substanz für den Gesamtorganismus,<sup>287</sup> die Reproduzierbarkeit der Körpersubstanz, die Eingriffsintensität aufgrund der Abtrennung<sup>288</sup> und die Schwere des Opfers<sup>289</sup> - können dahingehend zusammengefasst werden, dass eine Sittenwidrigkeit in erster Linie von der Gefahr für die körperliche Unversehrtheit durch die Entnahme abhängen soll. In diese Richtung geht auch die Forderung, dass es durch den Verkauf von Körpersubstanzen nicht zu einem „Ausverkauf der Gesundheit“ kommen dürfe.<sup>290</sup> Daher gelten auch hier die gleichen Erwägungen, die bereits hinsichtlich des Einwandes des Verkaufes der eigenen Gesundheit erörtert wurden.<sup>291</sup> Zwar mag das Maß der möglichen Gesundheitsgefahr die Zulässigkeit der Entnahme beeinflussen. Doch auch dieses Argument gilt unterschiedslos sowohl für den Verkauf als auch die unentgeltliche Abgabe von Körpersubstanzen. Es kann daher nicht angenommen werden, dass bei gleichen Gesundheitsgefahren die unentgeltliche Spende zulässig wäre, nicht aber der Verkauf. Es handelt sich daher nicht um Kriterien, die den Verkauf von Körpersubstanzen im Einzelfall sittenwidrig erscheinen lassen können. Vielmehr sprechen diese Kriterien gegen eine Entnahme der Körpersubstanz in jedem Fall, auch bei Unentgeltlichkeit.

### c) Ergebnis

Typisierbare Kriterien als Parameter der Entscheidungsfindung für eine Sittenwidrigkeit des Verkaufes von Körpersubstanzen im Einzelfall lassen sich somit nicht ermitteln. Sämtliche Kriterien beruhen auf Bedenken gegen die Abgabe von Körpersubstanzen, die unterschiedslos sowohl bei einem Verkauf als auch bei der unentgeltlichen Abgabe von Körpersubstanzen relevant wären. Wenn jedoch bereits Bedenken gegen die unentgeltliche Abgabe von Körpersubstanzen bestehen, stellen diese

<sup>287</sup> Müller, a.a.O.

<sup>288</sup> Müller, a.a.O., S. 113.

<sup>289</sup> Carstens, Das Recht der Organtransplantation, S. 70.

<sup>290</sup> Müller, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, S. 113; Schäfer, Rechtsfragen der Verpflanzung von Körper- und Leichteilen, S. 61; Schönemann, Die Rechte am menschlichen Körper, S. 197.

<sup>291</sup> Siehe S. 57.

Bedenken kein Argument gegen einen Verkauf im Gegensatz zur unentgeltlichen Abgabe der Körpersubstanz dar.

## VI. Zwischenergebnis zur Vereinbarkeit mit den guten Sitten

Der Verkauf menschlicher Körpersubstanzen stellt sich nach der bisherigen Prüfung nicht als sittenwidrig dar. Die Entgeltlichkeit an sich führt nicht zu einer Unvereinbarkeit mit den guten Sitten. Lediglich aufgrund besonderer Umstände kommt eine Sittenwidrigkeit im Einzelfall in Betracht, ohne dass es insoweit typisierbare Kriterien der Sittenwidrigkeit gäbe. Die Vereinbarkeit mit den guten Sitten steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass sich keine gegenteilige Rechtsauffassung auf internationaler Ebene manifestiert hat. Eine Sittenwidrigkeit könnte sich dann aus einem Verstoß gegen den *ordre public international* ergeben.<sup>292</sup> Bereits in der Begründung des Gesetzentwurfes zum Transplantationsgesetz wurde ein supranationaler Konsens in Bezug auf das Verbot des Organhandels angenommen. Bevor Gewinnerzielungsverbote auf der Ebene des Völker- und Europarechts im Hinblick auf eine international manifestierte Rechtsauffassung untersucht werden, soll zunächst noch die Frage der zulässigen Verknüpfung finanzieller Interessen mit der Nutzung des gesamten menschlichen Körpers nach nationalem Recht untersucht werden.

## 2. Abschnitt: Die Nutzung des menschlichen Körpers

Zunächst bedarf es der Klärung, unter welchen Voraussetzungen von einer Nutzung des menschlichen Körpers gesprochen werden kann. Unter der Nutzung des menschlichen Körpers kann sowohl die Nutzung des eigenen Körpers als auch die Nutzung des Körpers eines anderen Menschen verstanden werden. Eine Nutzung des menschlichen Körpers liegt nicht vor, wenn ein Nutzen aufgrund einer gewillkürten Handlung erzielt wird, z.B. bei körperlicher oder geistiger Arbeit. Da jedes bewusste menschliche Verhalten entweder eine Handlung oder eine Duldung bzw. Unterlassung einer Handlung ist, kommen daher für die Nutzung des menschlichen Körpers nur Sachverhalte in Betracht, in denen der Mensch Einwirkungen von außen erduldet. Da hier

<sup>292</sup> Bleckmann, ZaöRV 1974, 112; BGH, Urt. v. 22.06.1972 - II ZR 113/70, BGHZ 59, 83.

Sachverhalte untersucht werden sollen, bei denen die bisherigen Nutzungsmöglichkeiten aufgrund der Fortschritte in den Lebenswissenschaften erweitert werden, liegt eine Nutzung des menschlichen Körpers vor, wenn allein aufgrund der physikalischen und biochemischen Eigenschaften des Körpers ein Nutzen erzielt wird und sich der Betroffene passiv verhält.

### **§ 1 Die Teilnahme an wissenschaftlichen Studien als Nutzung des menschlichen Körpers**

Ausgehend von dieser Prämisse stellt sich die Frage, ob die Teilnahme an medizinischen oder pharmakologischen Studien, insbesondere die Teilnahme an klinischen Prüfungen für Arzneimittel und Medizinprodukte, eine Nutzung des menschlichen Körpers ist, die mit finanziellen Interessen verbunden werden darf.

Hierfür ist zunächst zu klären, ob sich die Teilnahme an den Studien als eine Nutzung des menschlichen Körpers darstellt. Voraussetzung dafür ist, dass bei der Teilnahme an den Studien allein aufgrund der physikalischen und biochemischen Eigenschaften des Körpers ein Nutzen erzielt wird und sich der Betroffene passiv verhält. Wesen, Gegenstand und Ziel der klinischen Prüfungen sind in den jeweiligen Vorschriften definiert. Eine klinische Prüfung nach dem Arzneimittelgesetz (AMG) ist gemäß § 4 Abs. 23 AMG jede am Menschen durchgeführte Untersuchung, die dazu bestimmt ist, klinische oder pharmakologische Wirkungen von Arzneimitteln zu erforschen oder nachzuweisen oder Nebenwirkungen festzustellen oder die Resorption, die Verteilung, den Stoffwechsel oder die Ausscheidung zu untersuchen, mit dem Ziel, sich von der Unbedenklichkeit oder Wirksamkeit der Arzneimittel zu überzeugen. Eine klinische Prüfung nach dem Medizinproduktegesetz (MPG) ist eine geplante, systematische Studie an Versuchspersonen, die vorgenommen wird, um die Sicherheit und/oder Leistungsfähigkeit eines bestimmten Medizinproduktes zu überprüfen.<sup>293</sup> Die Phase-I-Studien dieser klinischen Prüfungen werden an gesunden Probanden durchgeführt. Der Proband soll eine Prüfsubstanz einnehmen oder an sich anwenden lassen und entsprechende Verhaltensvorgaben des Prüfplans einhalten. Diese Verhaltensvorgaben betreffen in erster Linie die Einschränkung oder das Unterlassen bestimmter Aktivitäten

<sup>293</sup> DIN EN ISO 14155 Teil 1: Allgemeine Anforderungen, Abschnitt 3.2 Klinische Prüfung von Medizinprodukten an Menschen.

oder den Konsum bestimmter Lebens- und Genussmittel.<sup>294</sup> Zudem müssen Angaben zum jeweiligen Befinden gemacht werden. Gelegentlich müssen darüber hinaus umfangreiche und teilweise nicht ungefährliche Untersuchungen, wie Bronchioskopien oder Knochenmarksbiopsien erduldet werden.<sup>295</sup>

Gegen eine Einordnung der Probandentätigkeit als Nutzung des menschlichen Körpers könnte daher angeführt werden, dass dem Probanden umfangreiche Verhaltenspflichten obliegen und daher der Schwerpunkt auf einem willensgesteuerten Verhalten liegt, welches eher auf eine dienstleistungsähnliche Tätigkeit hindeutet als auf eine Nutzung allein der physikalischen und biochemischen Eigenschaften des Körpers. Dagegen lässt sich jedoch einwenden, dass es sich bei den genannten Verhaltenspflichten lediglich um die Ausgestaltung typischer Vertragsnebenpflichten handelt. Die Verhaltenspflichten haben überwiegend passiven Charakter und dienen lediglich dazu, die Auswirkungen der Prüfsubstanz auf den menschlichen Körper beobachtbar zu machen und Störfaktoren, die die Ergebnisse verfälschen würden, auszuschließen. Die Hauptleistungspflichten des Probandenvertrages sind hingegen die Aufnahme der Prüfsubstanz an oder in seinen Körper und das Erdulden von Untersuchungen. In einem Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf wird die Leistungspflicht wie folgt beschrieben: „Bei einer klinischen Studie stellt der Proband für die Dauer der Studie seinen Körper für Arzneimittelversuche zur Verfügung und hat erhebliche Details seines Alltags - auch im privaten Zuhause - auf diese Studie einzurichten.“<sup>296</sup> Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum findet sich eine ähnliche Beschreibung: „Der Proband unterwirft sich dem Prüfplan, indem er seinen Körper zur Verfügung stellt.“<sup>297</sup>

Zwar ist die Bezeichnung eines „Zur-Verfügung-Stellens“ eher bildhaft umschreibend und entspricht auch nicht einer klaren Einordnung in rechtliche Kategorien. Zutreffend daran ist jedoch, dass das Ziel der Studie ist, auf den menschlichen Körper einzuwirken, um die physiologischen Auswirkungen der Einwirkung zu beobachten. Durch die

<sup>294</sup> Vgl. *SG Düsseldorf*, Urt. v. 20.11.2007 - S 42 AS 60/07, BeckRS 2008, 50617. In diesem Fall waren bestimmte Aktivitäten wie Saunabaden, Alkoholgenuss und besondere sportliche Belastungen nur eingeschränkt zulässig oder untersagt. Auch der Genuss bestimmter Nahrungsmittel wie Kaffee, Knoblauch oder Zwiebeln war nur eingeschränkt zulässig.

<sup>295</sup> *Ebling/Vogeler*, MedR 2008, 273, 276.

<sup>296</sup> *SG Düsseldorf*, Urt. v. 20.11.2007 - S 42 AS 60/07, BeckRS 2008, 50617.

<sup>297</sup> *Ebling/Vogeler*, MedR 2008, 273, 278.

Teilnahme werden die Beobachtung der körperlichen Reaktionen und gegebenenfalls die Untersuchung von Körperflüssigkeiten wie Blut und Urin des Probanden ermöglicht. Die Aufnahme der Prüfsubstanz ist zudem nicht zwingend eine aktive Handlung; sie kann vielmehr auch ein bloßes Erdulden der Verabreichung (z.B. durch eine Spritze oder durch Auftragen auf der Haut) sein. Die Form der Aufnahme der Prüfsubstanz ist daher von Zufälligkeiten wie der Darreichungsform der Prüfsubstanz abhängig. Der maßgebliche Schwerpunkt liegt daher nicht auf willensgesteuerten Handlungen des Probanden, sondern auf der Untersuchung unwillkürlicher physiologischer Auswirkungen der Prüfsubstanzen oder Behandlungsmethoden auf den menschlichen Körper.

Ausgehend von der Prämisse, dass eine Nutzung des menschlichen Körpers voraussetzt, dass der Nutzen allein aufgrund der physikalischen und biochemischen Eigenschaften des Körpers erzielt wird, stellt die Teilnahme an diesen Studien somit eine Nutzung des menschlichen Körpers dar.

## § 2 Die Zulässigkeit von Probandenvergütungen

Eine Verknüpfung dieser Nutzung des menschlichen Körpers mit finanziellen Interessen könnte aufgrund der üblicherweise gezahlten Probandenvergütung erfolgen. Es ist daher zunächst der Charakter dieser regelmäßig gezahlten Probandenvergütungen zu untersuchen.

### A. Die Probandenvergütung: Aufwandsentschädigung oder Gewinnerzielung?

Für eine Qualifizierung einer Probandenvergütung als bloßer Ausgleich von erlittenen Nachteilen spricht eine Entscheidung des Sozialgerichtes Düsseldorf.<sup>298</sup> Die Entscheidung erging zu der Frage, ob eine für die Teilnahme an einer klinischen Studie gezahlte Aufwandsentschädigung als Einkommen bei der Berechtigung des Leistungsbezuges nach dem SGB II anzurechnen ist. Für die Teilnahme an pharmakologischen Studien erhielt der Proband mindestens 1.580,00 €. Das Sozialgericht entschied, dass dieser Geldbetrag kein Einkommen, sondern eine zweckbestimmte Einnahme im Sinne des § 11 Abs. 3 Nr. 1a) SGB II darstellt. Der Betrag diene insbesondere dem Ausgleich der durch die Teilnahme an der Studie veranlassten

<sup>298</sup> *SG Düsseldorf*, Urt. v. 20.11.2007 - S 42 AS 60/07, BeckRS 2008, 50617.

Fahrtkosten und weiterer, nicht bezifferbarer Mehraufwendungen. Als Aufwendungen wurden vom Gericht die Fahrtkosten<sup>299</sup>, ein möglicherweise erhöhter Nahrungsbedarf wegen Blutverlustes (insgesamt ca. 390,5 Milliliter Blut) und erhöhte Telefonkosten berücksichtigt, ohne letztere im Einzelnen zu beziffern. Der verbleibende Teil der gezahlten Summe, der die durch die Teilnahme an der Studie tatsächlich veranlassten Kosten überstieg, sei ein „pauschaliertes und vorweggenommenes Schmerzensgeld für gesundheitliche Beeinträchtigungen.“<sup>300</sup> Diese Bewertung sei durch eine Gesamtwürdigung der Umstände veranlasst, ohne dass es erforderlich sei, dass der Proband einen Nichtvermögensschaden erlitten habe.<sup>301</sup> Die Qualifikation der Zahlung als pauschaliertes Schmerzensgeld sei aufgrund der mit der Prüfung verbundenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen und Gefahren gerechtfertigt.<sup>302</sup> Denn ein Ausgleich immaterieller Schäden sei mangels Rechtswidrigkeit weder durch die Probandenversicherung noch von Seiten der Prüfinstitution zu erwarten.<sup>303</sup>

Würde diese Bewertung als teilweiser Aufwandsersatz und teilweise pauschaliertes und vorweggenommenes Schmerzensgeld für gesundheitliche Beeinträchtigungen zutreffen, läge in der gezahlten Probandenvergütung keine Gewinnerzielung mit dem menschlichen Körper. Denn sowohl der Aufwandsersatz als auch das Schmerzensgeld dienen nur dem Ausgleich erlittener Nachteile.

Die gegenteilige Ansicht zur Qualifikation der Probandenvergütung findet sich in einer Entscheidung des Finanzgerichts Rheinland-Pfalz, welches die gezahlte Summe als Probandenhonorar und als der Einkommensbesteuerung unterliegenden sonstigen

<sup>299</sup> Der Proband ist insgesamt 13-mal von seinem Wohnort zum Ort der Studie gefahren, insgesamt 624 km. Bei einer Kilometerpauschale von 0,30 Euro (vgl. z. B. § 5 Abs. 2 Nr. 2 JVEG) wäre lediglich ein Betrag von 187,20 Euro für die Fahrtkosten anzusetzen.

<sup>300</sup> *SG Düsseldorf*, Urt. v. 20.11.2007 - S 42 AS 60/07, BeckRS 2008, 50617.

<sup>301</sup> *SG Düsseldorf*, a.a.O.

<sup>302</sup> *SG Düsseldorf*, a.a.O.: „Die getestete Substanz verursacht ausweislich der Probandeninformation etwa bei über 10% der Patienten Kopfschmerzen, Hautrötungen und Hitzegefühle. Bis 1 bis 10% verursacht sie Übelkeit, Übersäuerung des Magens, Benommenheit und Schnupfen. Aufgrund der Teilnahmebedingungen war den Probanden die Einnahme weiterer Arzneimittel - d. h. also auch entgegenwirkenden Mitteln wie Kopfschmerztabletten - untersagt. Bei einem der Testsubstanzen vergleichbaren, bereits zugelassenem Arzneimittel wurden schwerwiegende Nebenwirkungen auf das Herz-Kreislauf-System beobachtet wie Hirnblutung, Herzinfarkt oder plötzlicher Herztod.“

<sup>303</sup> *SG Düsseldorf*, a.a.O.

Einkünften angesehen hat.<sup>304</sup> Der dortige Kläger erhielt aufgrund jeweils unterschiedlicher Vereinbarungen mit einem Institut für klinische Pharmakologie als Proband für verschiedene wissenschaftliche Testreihen Zahlungen in Höhe von insgesamt 8.400,00 DM im Jahr 1988 und 6.275,00 DM im Jahr 1989. Nach Ansicht des Gerichts wurde die Zahlung als echte wirtschaftliche Gegenleistung für die Leistung des Probanden erbracht. Dem entspreche auch die vereinbarte Kürzung des Entgelts für den Fall, dass der Proband sich während der Testreihe nicht vertragskonform verhalten sollte. Nicht steuerbar wäre die Zahlung gewesen, wenn sie gelegentlich einer nicht aus wirtschaftlichen Gründen, sondern aus anderen Motiven erbrachten Leistung erfolgt wäre. Dies sei aber nur dann der Fall, wenn die Leistung unabhängig von der Zahlung des Entgelts ohnehin erbracht werde. Die Teilnahme an der Studie sei hingegen eine Leistung im Sinne des § 22 Nr. 3 EStG a.F. und somit ein Tun, Unterlassen oder Dulden, welches Gegenstand eines entgeltlichen Vertrages sein könnte und um des Entgelts willen erbracht wurde.

Die Beurteilung der Probandenvergütung durch das Finanzgericht erscheint vorzugswürdig, da die Konstruktion eines „pauschalierten und vorweggenommenen Schmerzensgeldes für gesundheitliche Beeinträchtigungen“ mit der zivilrechtlichen Dogmatik des Schmerzensgeldes unvereinbar ist. Ein Anspruch auf Schmerzensgeld setzt immer die Rechtswidrigkeit einer Körperverletzung voraus, die jedoch bei einer wirksam erteilten Einwilligung des Probanden nicht gegeben ist. Daher besteht auch kein Anspruch auf den Ausgleich eventuell erlittener gesundheitlicher Beeinträchtigungen, wenn die Einwilligung wirksam erteilt wurde. Darüber hinaus ist für einen Anspruch auf Schmerzensgeld das Erleiden eines Nichtvermögensschadens notwendige Voraussetzung, während für ein „pauschaliertes und vorweggenommenes Schmerzensgeld“ kein Schaden eingetreten sein muss, sondern vielmehr die bloße Gefährdung ausreicht. Auch kennt das deutsche Recht keine Pauschalierung des Schmerzensgeldes, da die Höhe des Schmerzensgeldes unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles, insbesondere der erlittenen Beeinträchtigung, bestimmt werden muss. Ein für alle Probanden gleich hoher Geldbetrag ohne eine tatsächliche Beeinträchtigung kann keinen Ausgleich erlittener Nachteile darstellen.

<sup>304</sup> FG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 19.03.1996 - 2 K 1960/95, NJW 1997, 1664.

Da die Zahlung in der Regel nur bei beendeter Teilnahme vollständig, bei vorzeitiger Beendigung durch den Probanden nur anteilig gezahlt wird, ist es zutreffend, sie als Gegenleistung für die Teilnahme zu qualifizieren.<sup>305</sup> Der Teil des gezahlten Geldbetrages, der nicht die getätigten Vermögensaufwendungen oder erlittenen Vermögensnachteile abdeckt, stellt einen finanziellen Gewinn aufgrund der Teilnahme dar.

## **B. Die Vereinbarkeit der Probandenvergütung mit den guten Sitten**

Da ein gesetzliches Verbot der Vergütung der Probandentätigkeit nicht existiert, könnte eine Unzulässigkeit lediglich aufgrund einer Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB in Betracht kommen. In den zuvor zitierten Gerichtsentscheidungen, die sich mit der Frage der sozial- und steuerrechtlichen Qualifikation der Probandenvergütung befassten, wurde der Aspekt einer möglichen Sittenwidrigkeit nicht thematisiert.<sup>306</sup> Daraus allein lässt sich jedoch nicht auf eine Vereinbarkeit mit den guten Sitten schließen, da auch Einkünfte zu versteuern sind, die aus sittenwidrigen Verträgen erzielt wurden.

Für eine Sittenwidrigkeit der Probandenvergütung können die gleichen Argumente vorgebracht werden, die gegen die entgeltliche Abgabe von Körpersubstanzen vorgebracht wurden: Die Infragestellung der Subjektqualität des Probanden, die Entwürdigung durch eine Preisfestsetzung und der Verkauf der eigenen Gesundheit.

Die Subjektqualität des Probanden wird jedoch durch die Zahlung nicht in Frage gestellt. Das Ziel der Studie ist, die Auswirkungen des Prüfpräparates auf den menschlichen Körper zu beobachten und zu objektivieren. Die Behandlung des Probanden als Subjekt wird durch die umfassenden Aufklärungspflichten und die jederzeitige Möglichkeit zum Abbruch der Studie gewährleistet. Denn der Wille zur Teilnahme muss über die gesamte Dauer der Studie tatsächlich fortbestehen. Ein vorzeitiger Abbruch ist jederzeit möglich. Durch die Zahlung der Vergütung wird daher nicht die Verfügbarkeit eines fremden menschlichen Körpers ermöglicht.

Da eine warenförmige Verfügbarkeit des menschlichen Körpers durch die Zahlung einer Probandenvergütung nicht erzeugt wird, kann darin auch keine Preisfestsetzung gesehen werden. Ebenso wie durch eine Schmerzensgeldzahlung keine Preisfestsetzung

<sup>305</sup> *Deutsch*, VersR 2005, 1609, 1610; *Ehling/Vogeler*, MedR 2008, 273, 280; FG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 19.03.1996 - 2 K 1960/95, NJW 1997, 1664.

<sup>306</sup> FG Rheinland-Pfalz, a.a.O.; *SG Düsseldorf*, Urt. v. 20.11.2007 - S 42 AS 60/07, BeckRS 2008, 50617.

für den menschlichen Körper erfolgt, stellt auch die gezahlte Probandenvergütung keine solche Preisfestsetzung dar.

Ein Verkauf der eigenen Gesundheit findet hier ebenso wenig statt, wie bei der Ausübung von Berufen, die Gesundheitsgefahren mit sich bringen. Denn den Studien sind erheblicher Forschungsaufwand und entsprechende anderweitige Unbedenklichkeitsprüfungen vorausgegangen, um gesundheitliche Gefahren auszuschließen. Die Studien zielen auch nicht auf die Beeinträchtigung der Gesundheit. Entsprechende Beeinträchtigungen sind wie auch bei gefährlichen Berufen unbeabsichtigte Nebenfolgen, die zwar grundsätzlich als möglich vorausgesehen werden, jedoch aufgrund von Sicherheitsvorkehrungen nach den zur Verfügung stehenden Möglichkeiten in der Regel vermieden werden.

### 3. Abschnitt: Zusammenfassung

Ausgehend von der verfassungsrechtlich geschützten Vertragsfreiheit sind Verträge über die entgeltliche Nutzung von Körpersubstanzen grundsätzlich zulässig. Ein gesetzliches Verbot der entgeltlichen Abgabe von Körpersubstanzen besteht lediglich für den Bereich der Organ- und Gewebetransplantation. Der Umgang mit embryonalen Stammzellen ist unabhängig von einer Entgeltlichkeit nur eingeschränkt zulässig. In allen anderen Bereichen ist die Vereinbarung eines Entgelts für die Abgabe und Nutzung von Körpersubstanzen zulässig, soweit dies nicht im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände gegen die guten Sitten verstößt. Insoweit kommt es maßgeblich auf die konkreten Umstände des jeweiligen Rechtsgeschäftes an, da nicht generell jede Vereinbarung einer Entgeltzahlung sittenwidrig ist. Auch wenn die entgeltliche Abgabe von Körpersubstanzen im Einzelfall sittenwidrig sein kann, existieren keine typisierbaren Kriterien, anhand deren die Sittenwidrigkeit zu bestimmen wäre.

Eine Nutzung des menschlichen Körpers liegt vor, wenn allein aufgrund der physikalischen und biochemischen Eigenschaften des Körpers ein Nutzen erzielt wird und der Körperinhaber sich passiv verhält. Die Teilnahme an wissenschaftlichen Studien als Proband stellt eine solche Nutzung des menschlichen Körpers dar. Die für die Teilnahme gezahlte Probandenvergütung stellt eine Verknüpfung finanzieller Interessen

mit der Nutzung des menschlichen Körpers dar, die nicht verboten ist. Ein generelles Verbot der entgeltlichen Nutzung des menschlichen Körpers existiert daher nicht.

Diese Ergebnisse der Analyse des nationalen Rechts stehen unter dem Vorbehalt, dass sich nicht auf völker- oder europarechtlicher Ebene eine gegenteilige Rechtsauffassung manifestiert hat. Denn Rechtsauffassungen, die sich völker- und europarechtlich manifestiert haben, können grundsätzlich auch als Maßstab der guten Sitten des § 138 BGB in Betracht kommen. Die Sittenwidrigkeit ergibt sich dann aus einem Verstoß gegen den *ordre public international*.<sup>307</sup> Die bisherigen Untersuchungen betrafen die Rechtslage vor Inkrafttreten der Biomedizinkonvention des Europarates und der Europäischen Grundrechtecharta.<sup>308</sup> Es könnte sich seitdem im Völker- und Europarecht eine Rechtsauffassung manifestiert haben, die zu einer generellen Sittenwidrigkeit der entgeltlichen Abgabe von Körpersubstanzen führen könnte. Bereits in der Begründung des Gesetzentwurfes zum Transplantationsgesetz wurde auf einen supranationalen Konsens Bezug genommen. Der Gesetzentwurf erwähnte die EntschlieÙung (78) 29 des Europarates vom 11. Mai 1978, nach der die Überlassung menschlicher Körpersubstanzen zu Transplantationszwecken kostenlos zu erfolgen habe und keinen gewinnbringenden Zwecken dienen dürfe. Auch die EntschlieÙung auf der 44. Versammlung der WHO vom 13. Mai 1991 fordere eine Pönalisierung des Organhandels, da der menschliche Körper nicht zum Gegenstand kommerzieller Transaktionen gemacht werden dürfe. Des Weiteren bezog sich der Gesetzentwurf auf eine EntschlieÙung des Europäischen Parlaments vom 14. September 1993, in der gefordert wurde, den gewinnorientierten Handel mit Transplantaten in der gesamten Europäischen Gemeinschaft durch geeignete Maßnahmen zu verbieten.<sup>309</sup> Zuletzt wies der Gesetzentwurf auf den damaligen Entwurf der Biomedizinkonvention des Europarates hin, der eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten enthalte, den kommerziellen Umgang mit Teilen des menschlichen Körpers mit Sanktionen zu belegen. Einige europäische Staaten,

<sup>307</sup> *Bleckmann*, ZaöRV 1974, 112; *BGH*, Urt. v. 22.06.1972 - II ZR 113/70, BGHZ 59, 83.

<sup>308</sup> Die Untersuchung bei *Maier*, Der Verkauf von Körperorganen, beschränkt sich die Forschung auf den Organverkauf zu Transplantationszwecken, welcher seit 1997 durch das TPG eingehend geregelt ist. Auch bei *Schäfer*, Rechtsfragen der Verpflanzung von Körper- und Leichteilen, geht es vorwiegend um Rechtsfragen, die durch Erlass des TPG geklärt wurden.

<sup>309</sup> Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (TPG), BT-Drs. 13/4355, S. 15.

wie beispielsweise England, Dänemark und Italien, hätten bereits entsprechende Strafvorschriften geschaffen.<sup>310</sup>

Im folgenden Kapitel wird daher das universelle Völkerrecht und das regionale Völkerrecht des Europarates auf Verbote der Verknüpfung finanzieller Interessen mit der Nutzung des menschlichen Körpers und seiner Substanzen untersucht.

### 3. Teil: Völkerrechtliche Gewinnerzielungsverbote

Die Verknüpfung finanzieller Interessen mit der Nutzung des menschlichen Körpers und seiner Teile wird sowohl im universellen als auch im regionalen Völkerrecht des Europarates durch Gewinnerzielungsverbote untersagt. In diesem Teil der Untersuchung werden der Umfang, die Reichweite und die Schutzrichtung der jeweiligen Verbote bestimmt.

#### 1. Abschnitt: Das Europäische Übereinkommen über den Austausch therapeutischer Substanzen menschlichen Ursprungs vom 15. Dezember 1958

Das Übereinkommen des Europarates über den Austausch therapeutischer Substanzen menschlichen Ursprungs (ETS No. 026) vom 15. Dezember 1958 ist die erste völkerrechtliche Vereinbarung, in der die Gewinnerzielung im Zusammenhang mit der Abgabe von Körpersubstanzen thematisiert wird. Die am Übereinkommen beteiligten Staaten vereinbarten, dass mit der Abgabe therapeutischer Substanzen kein Gewinn verbunden sein sollte. Art. 3 des Übereinkommens bestimmt:

“Therapeutische Substanzen menschlichen Ursprungs werden anderen Vertragsparteien unter der ausdrücklichen Bedingung zur Verfügung gestellt, dass damit keinerlei Gewinn verbunden ist, dass sie nur für medizinische Zwecke verwendet und nur an von den beteiligten Regierungen bezeichnete Stellen geliefert werden dürfen.”

Unter „therapeutischen Substanzen menschlichen Ursprungs“ sind gemäß Art. 1 des Übereinkommens das menschliche Blut und seine Derivate zu verstehen. Die Selbstverpflichtung, mit der Abgabe keinen Gewinn zu erzielen, dient den Interessen des jeweiligen Empfängerstaates und gegebenenfalls dadurch auch mittelbar dem Empfänger der Substanzen. Dies ergibt sich aus der an Art. 31 der Wiener Übereinkunft über das Recht der Verträge – (WÜRV)<sup>311</sup> orientierten Auslegung des Übereinkommens. Gemäß der allgemeinen Auslegungsregel in Art. 31 ist ein Abkommen „in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen und ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Ziels und Zwecks“ auszulegen. In den Erwägungen der Präambel des Übereinkommens wird darauf verwiesen, dass die therapeutischen

---

<sup>310</sup> Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (TPG), a.a.O.

---

<sup>311</sup> BGBl. II 1985, 927; Deutscher Beitritt durch Gesetz v. 03.08.1985, BGBl. II 1985, 926.

Substanzen menschlichen Ursprungs ihrer Natur nach von menschlichen Spenden herrühren und somit nur in beschränkten Mengen verfügbar sind. Es sei daher höchst erwünscht, wenn sich die Mitgliedstaaten im Bedarfsfall im Geist europäischer Solidarität bei der Beschaffung dieser therapeutischen Substanzen gegenseitig unterstützen. Der Verzicht auf eine Gewinnerzielung erfolgt in der Absicht, den Erhalt der Substanzen bei einer generell angenommenen Bedürftigkeit des Empfängerstaates nicht von der finanziellen Leistungsfähigkeit abhängig zu machen. Der Bedürftigkeit solle im Geiste europäischer Solidarität begegnet werden. Daher wird zwar eine Kostenerstattung, aber keine Gewinnerzielung als angemessen angesehen. Zweck des Übereinkommens ist, die Versorgung mit den benötigten Körpersubstanzen zu gewährleisten. Hierzu dient die Verpflichtung in Art. 2 des Übereinkommens, „therapeutische Substanzen menschlichen Ursprungs gegen Erstattung der Kosten ihrer Gewinnung, Zubereitung und Beförderung anderen Parteien zu überlassen, die ihrer dringend bedürfen, sofern sie selbst über ausreichende Vorräte für ihren eigenen Bedarf verfügen.“ Diese Verpflichtung zur Abgabe von „Überschüssen“ unterstreicht das Ziel des Übereinkommens zur Gewährleistung der Versorgung mit menschlichen Körpersubstanzen zu therapeutischen Zwecken.

Zu den Modalitäten der Gewinnung der Körpersubstanzen, insbesondere zu der Frage, ob dem Spender der Substanzen ein Entgelt gezahlt werden darf, enthält das Übereinkommen keine Regelungen. Adressat des Gebotes, mit den therapeutischen Substanzen keinen Gewinn zu erzielen, ist daher nicht der Substanzspender selbst, sondern die weitervermittelnden Institutionen der Vertragsstaaten. Anhaltspunkte dafür, dass mit dieser Regelung ein Schutz des Spenders bezweckt werden sollte, finden sich in diesem Übereinkommen nicht.

## **2. Abschnitt: Die „Resolution on Harmonisation of Legislations of Member States to Removal, Grafting and Transplantation of Human Substances“ vom 11. Mai 1978**

Erste Bemühungen einer Harmonisierung der Gesetzgebung in dem Bereich der Organspende führten zu der Resolution (78) 29 des Ministerkomitees des Europarates „Resolution on Harmonisation of Legislations of Member States to Removal, Grafting

and Transplantation of Human Substances“ vom 11. Mai 1978. Die Resolution ist eine Empfehlung an die Regierungen der Mitgliedstaaten, Regelungen zu erlassen, die dem Inhalt der Resolution entsprechen. Inhaltlich betrifft die Resolution gemäß ihres Art. 1 Abs. 1 die Entfernung, Transplantation und andere Nutzungen von Substanzen menschlichen Ursprungs, die zu therapeutischen oder diagnostischen Zwecken zugunsten einer anderen Person als dem Spender und für wissenschaftliche Zwecke entfernt oder gesammelt wurden.<sup>312</sup>

Obwohl die Bemühungen in erster Linie auf die Harmonisierung der Regelungen zur Organspende gerichtet waren, erfasst der Anwendungsbereich nicht nur die Transplantationsmedizin, sondern auch die Entfernung und Sammlung von Körpersubstanzen zu wissenschaftlichen Zwecken. Vom Anwendungsbereich der Resolution ausgenommen sind gemäß Art. 1 Abs. 2 der Resolution die Übertragung von Embryonen, die Entnahme und Übertragung von Hoden und Eierstöcken sowie die Verwendung von Spermata und Eizellen. Unter der Überschrift des zweiten Kapitels über die Entnahme, Übertragung und Transplantation der Substanzen von lebenden Personen bestimmt Art. 9 der Resolution (78) 29:

“No substance may be offered for profit. However loss of earnings and any expenses caused by the removal or preceding examination may be refunded. The donor, or potential donor, must be compensated independently of any possible medical responsibility, for any damage sustained as a result of a removal procedure or preceding examination, under a social security or other insurance scheme.”

Hinsichtlich der Substanzen von Verstorbenen bestimmt Art. 14 der Resolution (78) 29 für die Entnahme, Übertragung und Transplantation:

“Substance must not be offered for any profit.”

Gemeinsam ist beiden Bestimmungen, dass sie das Angebot von Substanzen zur Gewinnerzielung verbieten. Daraus könnte gefolgert werden, dass freiwillige, vermögenswerte Leistungen, die der Substanzempfänger von sich aus bietet, nicht erfasst sind. Andererseits wird für Substanzen von Lebenden klargestellt, dass Entschädigungszahlungen, also Zahlungen für Verdienstaufschlag und durch Entnahme und

<sup>312</sup> Art. 1 Abs. 1: “These rules apply to removals, graftings, transplantations and other use of substances of human origin removed or collected for therapeutic or diagnostic purposes for the benefit of persons other than the donor and for research purposes.”

Transplantation verursachte Kosten, nicht ausgeschlossen sein sollen. Wenn jedoch Zahlungen, die der Empfänger von sich aus erbringt, nicht unter das Verbot fallen würden, wäre diese Klarstellung nicht erforderlich. Dies spricht dafür, dass nicht nur das bloße Angebot vom Verbot erfasst ist. Da die Verpflichtung zu Entschädigungszahlungen als Einschränkung („however“) zu dem Gewinnerzielungsverbot formuliert wurde, sind jedenfalls auch freiwillige Zahlungen an den Substanzspender vom Verbot betroffen. Welchem Schutzzweck das Verbot dient, ist aus den Bestimmungen der Resolution nicht zu entnehmen. Die Resolution hat keine rechtliche Verbindlichkeit. Sie soll eine Anstoßwirkung zur Umsetzung der jeweiligen politischen Inhalte haben. Aus der Resolution selbst kann sich kein rechtlich verbindliches Verbot oder eine völkerrechtliche Verpflichtung zur Umsetzung dieses Verbotes ergeben.

### **3. Abschnitt: Die „Recommendation concerning International Exchange and Transportation of Human Substances“ vom 14. März 1979**

In der „Recommendation concerning International Exchange and Transportation of Human Substances“ vom 14. März 1979 R (79) 5 empfiehlt das Ministerkomitee den Regierungen der Mitgliedstaaten unter Bezugnahme auf die zuvor dargestellte Resolution (78) 29, Regelungen dahingehend zu erlassen, dass der Senderstaat nur eine Bezahlung für die Entnahme oder Gewinnung, Konservierung, Bearbeitung und den Transport der Substanzen verlangen solle. Soweit die Versendung durch eine private Institution erfolgen würde, sei sicherzustellen, dass nur eine Zahlung für entstandene Kosten verlangt werde. Die Forderung, dass keine Gewinne erwirtschaftet würden, bezog sich nicht auf den Substanzspender, sondern nur auf die weitervermittelnden Institutionen oder Personen. In den Erwägungsgründen der Empfehlung wird darauf verwiesen, dass aufgrund des Anstiegs der Anzahl der Transplantationsbehandlungen und des dadurch bedingten erhöhten Bedarfs an Spenderorganen, Spendergeweben und anderen menschlichen Substanzen, die internationale Zusammenarbeit bei der Versorgung mit diesen

Substanzen verbessert werden müsse.<sup>313</sup> Die Empfehlung bezweckt, die Verfügbarkeit der Substanzen zu erleichtern und nicht eine Gewinnerzielung des Substanzspenders auszuschließen. Diese Empfehlung blieb hinter der Resolution aus dem Jahre 1978 zurück. Ein Verbot der Gewinnerzielung wurde nur für den Bereich der Organtransplantation empfohlen und nicht auch für die Entfernung und Sammlung von Körpersubstanzen zu wissenschaftlichen Zwecken.

### **4. Abschnitt: Das Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin des Europarates vom 4. April 1997**

Nach dem Übereinkommen des Europarates über den Austausch therapeutischer Substanzen menschlichen Ursprungs (ETS No. 026) vom 15. Dezember 1958 ist das Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin des Europarates vom 4. April 1997 (Biomedizinkonvention - BMK) das nächste rechtlich verbindliche Dokument des regionalen Völkerrechts des Europarates, welches ein Gewinnerzielungsverbot mit menschlichen Körpersubstanzen enthält. Die Biomedizinkonvention trat am 1. Dezember 1999 in Kraft. Die Biomedizinkonvention wurde bislang von 29 Staaten des Europarates ratifiziert.<sup>314</sup> Deutschland hat die Konvention weder unterzeichnet noch ratifiziert. Dies gilt ebenfalls für andere EU-Staaten wie das Vereinigte Königreich von Großbritannien, Österreich, Belgien und Irland.<sup>315</sup> Das Gewinnerzielungsverbot der Biomedizinkonvention ist dennoch auch aus deutscher Sicht von Bedeutung, da auf dieses Verbot bei der Erarbeitung des Gewinnerzielungsverbotes in Art. 3 Abs. 2 lit. c der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) als Vorläufervorschrift ausdrücklich Bezug genommen wurde. Art. 21 BMK bestimmt, dass der menschliche

---

<sup>313</sup> „Considering that the substantial increase in recent years in the treatment of patients by transplantation or grafting of removed or collected human organs, tissues or other substances and the increasing demand for such organs, tissues and substances, has also increased the need for wider international co-operation in this field; Considering that the increasing demand for human substances, as well as information as to the demand for them and their availability, must be further facilitated by common action of the member states in order to make them available in due time and condition.“

<sup>314</sup> Stand: 05.03.2015.

<sup>315</sup> Die Niederlande, Italien, Luxemburg, Polen und Schweden haben die Konvention zwar 1997 bzw. 1999 unterzeichnet, jedoch nicht ratifiziert.

Körper und seine Teile als solche nicht zur Erzielung eines finanziellen Gewinns verwendet werden dürfen.

## § 1 Materialien zur Auslegung der Biomedizinkonvention

Gemäß Art. 31 Abs. 1 WÜRV ist ein Abkommen in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen und ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Ziels und Zwecks auszulegen. Neben dem gesamtem Vertragswortlaut einschließlich der Präambel und den Anlagen sind auch weitere Übereinkünfte und Urkunden anlässlich des Vertragsschlusses relevant, Art. 31 Abs. 2 WÜRV. Im Rahmen der ergänzenden historischen Auslegung sind die vom Europarat veröffentlichten Materialien zur Entstehung der Konvention heranzuziehen: die verschiedenen Entwürfe der Konvention, die Berichte aus den Arbeitsgruppen und dem Lenkungsausschuss des Europarates für Bioethik (Steering Committee on Bioethics - CDBI), die Debatten des Parlaments und der Erläuternde Bericht des Generalsekretariats (explanatory report). Der Erläuternde Bericht des Generalsekretariats zur Biomedizinkonvention wurde auf der Grundlage eines Entwurfs des Vorsitzenden des Lenkungsausschusses für Bioethik ausgearbeitet. Dieser Erläuternde Bericht stellt zwar keine amtliche Vorgabe zur Auslegung des Übereinkommens dar, er enthält jedoch die wesentlichen Punkte der vorbereitenden Arbeiten.<sup>316</sup> Darüber hinaus finden sich darin Informationen zum besseren Verständnis der Zielsetzung und des Gegenstands des Übereinkommens sowie zum Anwendungsbereich seiner Bestimmungen. Der Bericht berücksichtigt die Erörterungen im Lenkungsausschuss des Europarates für Bioethik sowie Debatten in der Arbeitsgruppe, die mit der Erarbeitung des Textentwurfes der Biomedizinkonvention beauftragt war. Darüber hinaus wurden auch Bemerkungen und Vorschläge der Regierungsdelegationen einbezogen.<sup>317</sup> Das Ministerkomitee hat die Veröffentlichung dieses Erläuternden Berichts am 17. Dezember 1996 genehmigt.<sup>318</sup>

<sup>316</sup> *Generalsekretariat des Europarates*, Erläuternder Bericht, S. 2.

<sup>317</sup> *Generalsekretariat des Europarates*, a.a.O.

<sup>318</sup> *Generalsekretariat des Europarates*, a.a.O.

## § 2 Das Gewinnerzielungsverbot der Konvention

Art. 21 BMK lautet in der nichtamtlichen deutschen Übersetzung:

„Der menschliche Körper und Teile davon dürfen als solche nicht zur Erzielung eines finanziellen Gewinns verwendet werden.“

Rechtsverbindlich sind nur die englische und die französische Fassung:

„The human body and its parts shall not, as such, give rise to financial gain.“

„Le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit.“

### A. Die Adressaten des Gewinnerzielungsverbotes

Fraglich ist, wer Adressat des Gewinnerzielungsverbotes ist. Ausweislich der Beratungen zur Konvention richtet sich das Verbot in erster Linie gegen die Person, von der die Körpersubstanzen gewonnen werden.

Hinsichtlich des Wesens der Umsetzung von Völkerrechtsverträgen in innerstaatliche Verbindlichkeit existieren unterschiedliche Theorien.<sup>319</sup> Es kann jedoch dahinstehen, ob der Vollzugstheorie – das Zustimmungsgesetz enthält einen Vollzugsbefehl, den völkerrechtlichen Vertrag in der innerstaatlichen Rechtsordnung zur Geltung zu bringen – oder der Transformationstheorie – das Zustimmungsgesetz verabschiedet die Vertragsbestimmungen als innerstaatliches Recht – zu folgen ist. Denn jedenfalls ist für die unmittelbare innerstaatliche Anwendbarkeit einer Norm aus einem völkerrechtlichen Vertrag erforderlich, dass die betreffende Vorschrift keiner Umsetzung und Konkretisierung mehr bedarf. Dieser „self-executing“-Charakter ist nur dann gegeben, wenn die Vorschrift hinreichend bestimmt und unbedingte ist.<sup>320</sup> Aus der Konvention ergibt sich aber, dass eine unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschriften aus der Konvention nicht gewollt ist. Nach Art. 1 S. 2 BMK obliegt den Vertragsstaaten, der Konvention mit den notwendigen Maßnahmen Wirksamkeit zu verleihen. Art. 23 BMK verpflichtet die Vertragsparteien zur Gewährleistung eines geeigneten Rechtsschutzes der Rechte und Grundsätze aus diesem Abkommen. Insbesondere die Frage, mit welchen Sanktionen die Bestimmungen und somit insbesondere das Gewinnerzielungsverbot durchgesetzt werden soll, überlässt die Konvention den Vertragsstaaten, Art. 25 BMK.

Eine unmittelbare Anwendbarkeit des Verbotes und eine Bindung Privater an dieses Verbot bestehen daher nicht. Dies gilt auch, wenn Deutschland die Biomedizinkonvention unterzeichnen

<sup>319</sup> *Roban*, in: *v. Münch/Kunig*, GG, zu Art. 59 Rn. 40.

<sup>320</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 05.11.2013 – 2 BvR 1579/11, Rn. 12 m.w.N. zitiert nach juris.

und ratifizieren würde. Nach Erlass eines Zustimmungsgesetzes gemäß Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG, welches für die innerstaatliche Geltung eines völkerrechtlichen Vertrages erforderlich ist.<sup>321</sup> ergäbe sich keine unmittelbare Anwendbarkeit des völkerrechtlichen Verbotes, da das Gewinnerzielungsverbot noch einer Ausgestaltung durch innerstaatliches Recht bedarf, bevor es Wirkung für die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten entfaltet.

## B. Der Tatbestand des Gewinnerzielungsverbotes

Bei den Beratungen zum Konventionstext bestand Einigkeit, dass nicht alle Teile des menschlichen Körpers vom Gewinnerzielungsverbot erfasst werden sollten; Haare, Nägel und ähnliche Teile des Körpers sollten vom Gewinnerzielungsverbot ausgenommen sein.<sup>322</sup> Fraglich ist daher, welche menschlichen Körpersubstanzen vom Gewinnerzielungsverbot der Biomedizinkonvention erfasst sind.

### I. Die Teile des menschlichen Körpers im Sinne des Gewinnerzielungsverbotes

Auch wenn bei den Beratungen weitgehend Einigkeit herrschte, dass nicht sämtliche Teile des menschlichen Körpers erfasst werden sollten, blieb unklar, wie eine Abgrenzung erfolgen soll. In der ersten Sitzung der Arbeitsgruppe für die Erarbeitung des Textentwurfes (CORED) vom 9. bis 12. November 1992 wurde darauf hingewiesen, dass bei einer Geltung des Gewinnerzielungsverbotes für menschliche Gewebe ein bereits existierender Wirtschaftszweig betroffen werde. Es wurde entschieden, die Diskussion über dieses Problem in der nächsten Sitzung fortzusetzen. Im ersten Textentwurf vom 24. bis 27. November 1992 lautete der damalige Art. 14:

„The human body and its parts shall not, as such, give rise to financial gain. No person is entitled to sell his body or its parts. Any agreement concerning the human body or its components shall respect the principle of dignity of the human being.“<sup>323</sup>

Auf der nächsten Sitzung der Arbeitsgruppe zur Erarbeitung des Konventionstextes vom 8. bis 12. März 1993 wurde erwogen, den Vertragsstaaten zu ermöglichen, einen Vorbehalt in Bezug auf menschliches Blut zu erklären. Zudem wurde die Frage

<sup>321</sup> BVerfG, Urt. v. 29.07.1952, - 2 BvE 2/51, BVerfGE 1, 372.

<sup>322</sup> *Steering Committee on Bioethics*, Meeting reports, CORED 8-12/03/93, S. 97.

<sup>323</sup> *Steering Committee on Bioethics*, Draft Convention, S. 8.

aufgeworfen, ob das Gewinnerzielungsverbot für bestimmte Teile des menschlichen Körpers, wie beispielsweise Haare und Nägel, angemessen sei. Die Arbeitsgruppe war der Auffassung, dass für eine Abgrenzung gegenüber Körpersubstanzen, die nicht erfasst sein sollen, maßgeblich sein solle, ob die Teile des menschlichen Körper auf natürlichem Wege abgetrennt werden können.<sup>324</sup> Es blieb jedoch offen, was unter einer natürlichen Abtrennung zu verstehen sein soll.

In der Sitzung des Lenkungsausschusses vom 27. bis 30. April 1993 wurde festgestellt, dass Haare, Nägel und andere ähnliche Teile des Körpers vom Gewinnerzielungsverbot nicht erfasst sein sollten.<sup>325</sup> Hinsichtlich des menschlichen Blutes sollte die Möglichkeit des Vorbehalts weiter diskutiert werden. Ebenso sollte weiter diskutiert werden, ob menschliche Gene einen Teil des menschlichen Körpers im Sinne des Gewinnerzielungsverbotes darstellen.<sup>326</sup> Die Arbeitsgruppe entschied in ihrer Sitzung von 1. bis 3. Juni 1993, dass es nicht erforderlich wäre, den bisherigen Textentwurf zu ändern, um zu gewährleisten, dass Haare, Nägel und ähnliche Teile nicht vom Gewinnerzielungsverbot erfasst würden. Es sei genügend, wenn im Erläuternden Bericht darauf hingewiesen werde, dass sich die Biomedizinkonvention mit der Anwendung der Biologie und Medizin auf den Menschen befasse aus diesem Grunde Haare und Nägel nicht vom Gewinnerzielungsverbot erfasst werden.<sup>327</sup> Zudem wurde die Idee eines ausdrücklichen Vorbehaltes für den Umgang mit menschlichem Blut als nicht wünschenswert verworfen.<sup>328</sup> Diese Entscheidung wurde jedoch nicht begründet.

Nachdem der Text des Gewinnerzielungsverbotes vom Lenkungsausschuss für Bioethik zwischenzeitlich auf dem 10. Treffen vom 5. bis 7. September 1995 einstimmig angenommen wurde,<sup>329</sup> kam erneut die Frage auf, ob auch das menschliche Blut vom Gewinnerzielungsverbot erfasst werden sollte. In der 30. Sitzung der Parlamentarischen Versammlung des Europarates vom 26. September 1996 stellte der Vertreter Polens die Frage, ob Blut als Teil des menschlichen Körpers behandelt werden sollte, da bei einer entsprechenden Interpretation das Gewinnerzielungsverbot der bezahlten Blutspende

<sup>324</sup> *Steering Committee on Bioethics*, Meeting reports, CORED 8-12/03/93, S. 97.

<sup>325</sup> *Steering Committee on Bioethics*, Meeting reports, a.a.O.

<sup>326</sup> *Steering Committee on Bioethics*, a.a.O., CDBI 27-30/04/93, S. 97.

<sup>327</sup> *Steering Committee on Bioethics*, a.a.O., CORED 1-3/06/93, S. 98.

<sup>328</sup> *Steering Committee on Bioethics*, a.a.O.

<sup>329</sup> *Steering Committee on Bioethics*, Draft Convention, S. 113.

entgegenstehen würde, obwohl diese in vielen Ländern praktiziert werde. Vom Wortlaut des Gewinnerzielungsverbotese seien auch die menschliche Muttermilch oder das männliche Spermium als Teil des menschlichen Körpers erfasst.<sup>330</sup> Aus den Materialien ist nicht ersichtlich, ob diese Fragen zur Reichweite des Gewinnerzielungsverbotese im weiteren Verlauf der Sitzung diskutiert wurden. Der Wortlaut des Gewinnerzielungsverbotese wurde jedenfalls nicht geändert. Nur im Erläuternden Bericht des Generalsekretariats ist klargestellt, dass das Gewinnerzielungsverbot keine Anwendung auf solche Gewebe wie Haare und Finger- oder Fußnägel finden soll, die als abgestoßene Gewebe gelten und deren Verkauf unstreitig keinen Verstoß gegen die Menschenwürde darstelle.<sup>331</sup>

Die Materialien zeigen somit, dass den Beteiligten bei der Erarbeitung des Gewinnerzielungsverbotese der Biomedizinkonvention bewusst war, dass der Wortlaut des Gewinnerzielungsverbotese zu weit gefasst ist. Unklar ist jedoch, anhand welcher Kriterien eine einschränkende Auslegung vorzunehmen ist.

## II. Die gebotene teleologische Reduktion des Tatbestandes

Sowohl von der Arbeitsgruppe als auch vom Generalsekretariat wurde die einschränkende Interpretation des Gewinnerzielungsverbotese im Hinblick auf den Anwendungsbereich der Biomedizinkonvention vorgenommen. Aus dem Anwendungsbereich der Konvention ergibt sich, dass in der Gewinnerzielung ein Verstoß gegen die Menschenwürde oder andere Grundrechte bzw. Grundfreiheiten liegen muss. Denn gemäß der Präambel dient die Konvention zur Gewährleistung des Schutzes der Menschenwürde sowie der Grundrechte und Grundfreiheiten der Menschen bei der Anwendung der Biologie und Medizin. Ziel ist es, einen Mindeststandard zu erreichen. Denn gemäß Art. 27 BMK darf die Konvention nicht so ausgelegt werden, als beschränke und beeinträchtige es die Möglichkeiten einer Vertragspartei, im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin einen über diese Konvention hinausgehenden Schutz zu gewährleisten. Der Wortlaut des Gewinnerzielungsverbotese ist daher im

<sup>330</sup> *Steering Committee on Bioethics*, Official reports of debates, S. 28.

<sup>331</sup> *Generalsekretariat des Europarates*, Erläuternder Bericht, Rn. 133.

Hinblick auf diese Zielsetzung und die genannten Schutzzwecke teleologisch zu reduzieren.

Die in den Materialien noch offen gelassene Frage, ob entgeltliche Blutspenden vom Gewinnerzielungsverbot erfasst werden sollen, ist dementsprechend zu verneinen. Aus der Zielsetzung und den Schutzzwecken des Gewinnerzielungsverbotese ergibt sich, dass die bisher praktizierte entgeltliche Blutspende nicht vom Gewinnerzielungsverbot erfasst werden soll. Denn eine Begründung dafür, dass der Verkauf von Blut einen Verstoß gegen die Menschenwürde oder andere Grundrechte und Grundfreiheiten des Menschen darstellen würde, ist nicht ersichtlich. Wie bereits erörtert, liegt im Verkauf einer abgetrennten Körpersubstanz kein Verstoß gegen die Menschenwürde. Der Umgang mit einer Körpersubstanz kann nicht dem Umgang mit dem lebenden Menschen gleichgestellt werden, da die Körpersubstanz mit der endgültigen Abtrennung nicht mehr Bestandteil des Menschen ist. Der abgetrennten Körpersubstanz selbst kommt auch keine Menschenwürde zu, denn Träger der Menschenwürde ist allein der Mensch.

Eine Einstufung der entgeltlichen Blutspende als verbotswürdig kann nur darauf zurückzuführen sein, dass bei der Erstellung des Textentwurfes zum Gewinnerzielungsverbot fehlerhaft von einer zu schützenden „Würde des menschlichen Körpers“ ausgegangen wurde, die einen Verkauf von menschlichem Blut verbieten würde. Anhaltspunkte hierfür bietet der Entwurfstext nach der Sitzung der Arbeitsgruppe vom 1. bis 3. Juni 1993, in dem die Achtung der „Würde des menschlichen Körpers“ geboten wurde:

„The dignity of the human body and its parts shall be respected and [therefore] shall not, as such, give rise to financial gain.“<sup>332</sup>

Eine *Würde des menschlichen Körpers* existiert als Rechtsgut jedoch weder im Völkerrecht noch in nationalen Rechtsordnungen. Dennoch sollte das Gewinnerzielungsverbot unmittelbar aus dieser Würde des menschlichen Körpers hergeleitet werden.<sup>333</sup>

Zu Beginn der Ausarbeitung des Konventionstextes wurde von einem Zusammenhang des Gewinnerzielungsverbotese mit der Menschenwürde ausgegangen.<sup>334</sup> Die

<sup>332</sup> *Steering Committee on Bioethics*, Draft Convention, S. 12.

<sup>333</sup> Der Begründungszusammenhang ergibt sich aus dem Wort „therefore“: „[...] and therefore shall not, as such, give rise to financial gain.“

anschließende Änderung des Textentwurfes deutet darauf hin, dass bei der Diskussion der Reichweite und des Umfangs des Gewinnerzielungsverbot es eher auf religiöse Begründungsansätze zurückgegriffen wurde als auf einer Analyse des Schutzgutes der Menschenwürde. Das Gewinnerzielungsverbot wurde nicht aus der Menschenwürde, sondern aus einem besonderen Status des menschlichen Körpers hergeleitet. Dieser besondere Status des menschlichen Körpers ist dadurch gekennzeichnet, dass er nach christlich-religiösem Verständnis ein *anvertrautes Lebensgut* darstellt. Dieses Konzept der anvertrauten Lebensgüter findet sich in mehreren Thesen des Katechismus der katholischen Kirche zum menschlichen Leben und dem menschlichen Körper.<sup>335</sup> Über diese nur anvertrauten Lebensgüter kann nicht nach eigener Willkür verfügt werden. Es existiert vielmehr eine Verpflichtung zu deren Erhalt. Solche christlich-religiösen Anschauungen von einer Heiligkeit des menschlichen Körpers hatten auch schon in der Diskussion über das französische Gesetz vom 29. Juli 1994 „relative au respect du corps humain“ eine wichtige Rolle gespielt,<sup>336</sup> welches unmittelbar vor den ersten Entwürfen des Gewinnerzielungsverbot es der Biomedizinkonvention erlassen wurde.<sup>337</sup> Dieses Gesetz und die entsprechenden Vorarbeiten sollen maßgeblich die Arbeit am Konventionstext beeinflusst haben.<sup>338</sup>

---

<sup>334</sup> Im ersten Entwurf vom 24.-27. November 1992 lautete der damalige Art. 14: „The human body and its parts shall not, as such, give rise to financial gain. No person is entitled to sell his body or its parts. Any agreement concerning the human body or its components shall respect the principle of dignity of the human being“, *Steering Committee on Bioethics*, Draft Convention, S. 8.

<sup>335</sup> *Katechismus der katholischen Kirche*, 3. Teil, 2. Abschnitt, 2. Kapitel, Artikel 5, I. Die Achtung vor dem menschlichen Leben, Ziff. 2280: „Jeder ist vor Gott für sein Leben verantwortlich. Gott hat es ihm geschenkt. Gott ist und bleibt der höchste Herr des Lebens. Wir sind verpflichtet, es dankbar entgegenzunehmen und es zu seiner Ehre und zum Heil unserer Seele zu bewahren. Wir sind nur Verwalter, nicht Eigentümer des Lebens, das Gott uns anvertraut hat. Wir dürfen darüber nicht verfügen.“ Ziff. 2288: „Das Leben und die Gesundheit sind wertvolle, uns von Gott anvertraute Güter. Wir haben für sie auf vernünftige Weise Sorge zu tragen und dabei auch die Bedürfnisse anderer und das Gemeinwohl zu berücksichtigen.“

<sup>336</sup> *Zerr*, Abgetrennte Körpersubstanzen im Spannungsfeld zwischen Persönlichkeitsrecht und Vermögensrecht, S. 44.

<sup>337</sup> Art. 16.1: "Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial."; Art. 16.5: "Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, ses éléments ou à ses produits, sont nulles." Hinsichtlich der Einzelheiten der französischen Regelungen vgl. *Zerr*, Abgetrennte Körpersubstanzen im Spannungsfeld zwischen Persönlichkeitsrecht und Vermögensrecht, S. 205ff.

<sup>338</sup> *Meyer/Borowsky*, GRC, Art. 3 Rn. 1.

Obwohl die Bezugnahme auf die Würde des menschlichen Körpers nach der Sitzung des Lenkungsausschusses vom 18. bis 22. April 1994 wieder gestrichen wurde,<sup>339</sup> ergeben sich aus den Materialien keine Anhaltspunkte dafür, dass die Streichung darauf zurückzuführen wäre, dass erkannt wurde, dass eine Würde des menschlichen Körpers als Rechtsgut nicht existiert. Vielmehr wurde in der Sitzung des Lenkungsausschusses vom 18. bis 22. April 1994 von einigen Teilnehmern die Ansicht vertreten, dass die Verpflichtung zur Respektierung des menschlichen Körpers einen breiten Anwendungsbereich in der Praxis besäße. Sodann wurde mit 13 zu 9 Stimmen und zwei Enthaltungen die Streichung beschlossen. Die Streichung der Verpflichtung zur Respektierung des menschlichen Körpers erfolgte somit, weil andere Teilnehmer die Bezugnahme auf die Würde des menschlichen Körpers für überflüssig hielten und nicht weil erkannt worden wäre, dass eine diese Würde als Rechtsgut nicht existiert.

Auch wenn es zutrifft, dass die Idee der Unverfügbarkeit des Körpers an religiöse Traditionen des Christentums anknüpft, die den Körper als Leihgabe Gottes betrachtet,<sup>340</sup> können religiöse Vorstellungen keine Legitimation für den Erlass eines rechtlichen Verbotes sein. Die Auslegung des Gewinnerzielungsverbot es der Biomedizinkonvention darf sich nicht an diese Vorstellungen orientieren. Aus dem Anwendungsbereich der Konvention ergibt sich vielmehr, dass die Gewinnerzielung einen Verstoß gegen die Menschenwürde oder andere Grundrechte bzw. Grundfreiheiten darstellen muss.

### C. Das Gewinnerzielungsverbot und die Patentierung von Erfindungen im Bereich der Biotechnologie

Bereits in den Beratungen des Lenkungsausschusses des Europarates für Bioethik wurde die Frage aufgeworfen, ob das Gewinnerzielungsverbot Vorgaben für die Frage der Patentierung von Erfindungen im Bereich der Biotechnologie enthält. In diesem Zusammenhang wurde thematisiert, ob auch die menschlichen Gene als „Teile des menschlichen Körpers“ im Sinne der Vorschrift verstanden werden können.<sup>341</sup> Zu dieser Frage wurden zwei Ansichten vertreten.<sup>342</sup>

---

<sup>339</sup> In den nächsten Folgeentwürfen der Sitzungen vom 27. bis 29. September 1993, der Sitzungen vom 29. November bis 3. Dezember 1993 und der Sitzungen vom 24. bis 27. Januar 1994 verblieb es zunächst bei der Bezugnahme, *Steering Committee on Bioethics*, Draft Convention, S. 20, 28, 36.

<sup>340</sup> *Lenk/Hoppe*, in: *Taupitz* (Hrsg.), Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, S. 199.

<sup>341</sup> *Steering Committee on Bioethics*, Meeting reports, CDBI 5-7/09/95, S. 97.

<sup>342</sup> *Steering Committee on Bioethics*, a.a.O.

Einer Ansicht zufolge sei auch das menschliche Genom und einzelne Gene als Teile des menschlichen Körpers vom Gewinnerzielungsverbot umfasst und die Patentierbarkeit von menschlichen Genen als solchen ausgeschlossen. Nach anderer Ansicht sei das menschliche Genom nicht erfasst, da unter Teilen des menschlichen Körpers nur körperlich-gegenständliche Teile zu verstehen seien und nicht deren genetische Repräsentation. Eine Entscheidung für die eine oder die andere Ansicht hat die Arbeitsgruppe in dieser Frage nicht getroffen. Es wurde lediglich festgestellt, dass dieses Problem zu komplex sei und weiterer Überlegung bedürfe.<sup>343</sup>

Im Erläuternden Bericht des Generalsekretariats wurde die Ansicht vertreten, dass das Gewinnerzielungsverbot nicht die Frage der Patentierbarkeit von Erfindungen im Bereich der Biotechnologie betreffen würde.<sup>344</sup> Zur Begründung verwies das Generalsekretariat auf den damaligen Entwurf der Biopatrichtlinie der Europäischen Union und den darin enthaltenen Grundsatz, demzufolge der menschliche Körper und seine Teile in ihrem natürlichen Zustand nicht als patentierbare Erfindungen angesehen würden.<sup>345</sup>

Gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 Patentgesetz (PatG) und Art. 3 Abs. 1 der Biopatrichtlinie der Europäischen Union (BioPatRL)<sup>346</sup> können Patente auch für Erfindungen erteilt werden, die biologisches Material betreffen. Biologisches Material ist Material, das genetische Informationen enthält und sich selbst reproduzieren oder in einem biologischen System reproduziert werden kann, § 2 a Abs. 3 Nr. 1 PatG und § 2 Abs. 1 lit. a BioPatRL. Die Patentierung einer Erfindung biologisches Material betreffend ist auch dann möglich, wenn das biologische Material in der Natur schon vorhanden war, vorausgesetzt, das Material wird mit Hilfe eines technischen Verfahrens aus seiner natürlichen Umgebung isoliert oder hergestellt, § 1 Abs. 2 S. 2 PatG und Art. 3 Abs. 2 BioPatRL. Ausdrücklich ausgenommen von der Möglichkeit, eine patentierbare Erfindung zu sein, wird der menschliche Körper in den einzelnen Phasen seiner Entstehung und Entwicklung, einschließlich der Keimzellen, § 1a Abs. 1 PatG und Art. 5 Abs. 1 BioPatRL. Allerdings können ein isolierter Bestandteil des menschlichen Körpers oder ein auf andere Weise durch ein technisches Verfahren gewonnener Bestandteil eine patentierbare Erfindung sein, § 1a Abs. 2 PatG und Art. 5 Abs. 2 BioPatRL. Es erscheint daher möglich, dass eine Gewinnerzielung mit einem isolierten Bestandteil des menschlichen Körpers erfolgt. Da Gene Abschnitte der gegenständlich vorhandenen DNA sind, sind sie auch Bestandteil menschlicher Zellen und damit

<sup>343</sup> *Steering Committee on Bioethics*, a.a.O., S. 99.

<sup>344</sup> *Generalsekretariat des Europarates*, Erläuternder Bericht, S. 40, Rn. 134.

<sup>345</sup> *Generalsekretariat des Europarates*, a.a.O.

<sup>346</sup> Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen (BioPatRL), ABl. EG Nr. L 213 v. 30.07.1998, S. 13–21.

auch gegenständlicher Bestandteil des menschlichen Körpers. Die Gene sind daher auch körperlich-gegenständlicher Teil des menschlichen Körpers und keine bloßen Repräsentationen menschlicher Körperteile. Überzeugende Argumente dafür, dass Gene nicht Bestandteile des menschlichen Körpers sein sollen, sind nicht ersichtlich. Auch wenn die menschlichen Gene „in ihrem natürlichen Zustand“ nicht als patentierbare Erfindung gelten, sind dennoch Patente auf Grundlage menschlicher Substanzen möglich.<sup>347</sup> Maßgeblich ist jedoch, ob die Gewinnerzielung mit den entsprechenden Abschnitten der DNA und daher mit Zellbestandteilen oder den Informationen über diese Zellbestandteile erfolgt. Denn Informationen über Teile des menschlichen Körpers sind nicht mit den gegenständlichen Teilen gleichzusetzen. Erfolgt die Gewinnerzielung lediglich mit den gewonnenen Informationen, liegt jedenfalls kein Verstoß gegen das Gewinnerzielungsverbot vor. Maßgeblich ist insoweit, dass in diesen Fällen keine Nutzung des menschlichen Körpers erfolgt, sondern nur der in dem biologischen Material verkörperten Informationen. Auf die weiteren sich zu diesem Problemkreis stellenden Fragen der Unterscheidung zwischen einer Erfindung und einer bloßen Entdeckung, sowie die Grenzen des Patentschutzes und dessen, was nicht patentierbar sein soll, kann hier nicht eingegangen werden, da die hierzu erforderliche, eingehende Untersuchung den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.<sup>348</sup> Bei der Erarbeitung des Gewinnerzielungsverbotes ist die Analyse der Probleme der Patentierung biologischer Erfindungen ausgespart worden. Es ist daher entsprechend den Erläuterungen des Generalsekretariats davon auszugehen, dass das Gewinnerzielungsverbot der Biomedizinkonvention nicht für Fragen der Patentierbarkeit von Erfindungen im Bereich der Biotechnologie anwendbar sein soll.

### § 3 Zusammenfassung

Durch das Gewinnerzielungsverbot werden allein die Vertragsstaaten verpflichtet, die Achtung des Verbotes im nationalen Recht zu gewährleisten. Das Gewinnerzielungsverbot ist seinem Wortlaut nach zu weit gefasst. Schon bei den Beratungen des Textentwurfes war klar, dass nicht jede menschliche Körpersubstanz vom Gewinnerzielungsverbot erfasst sein sollte. Das Gewinnerzielungsverbot wurde

<sup>347</sup> Vgl. den Fall John Moore bei *Taupitz*, VersR 1991, 369. Ergänzend hierzu ist anzumerken, dass aufgrund der fehlenden Einwilligung des Patienten der Einwand des Verstoßes gegen die Guten Sitten gegen eine Patentanmeldung durchgreifen könnte, vgl. *Ohly*, in: FS Reimar König, S. 417.

<sup>348</sup> Vgl. weiterführend zu diesen Fragen die Untersuchungen bei *Appel*, Der menschliche Körper im Patentrecht, *Adam*, GRURInt 1998, 391; *Calame*, Öffentliche Ordnung und gute Sitten als Schranken der Patentierbarkeit gentechnologischer Erfindungen; *Frahm/Gebauer*, EuR 2002, 78; *Kreffl*, Patente auf human-genomische Erfindungen; *Barton*, Der "Ordre public" als Grenze der Biopatentierung.

fälschlicherweise aus einer religiös begründeten Würde des menschlichen Körpers hergeleitet. Es ist aus den Materialien nicht ersichtlich, dass der erforderliche Zusammenhang zwischen dem Gewinnerzielungsverbot und dem Menschenwürdeschutz hergestellt worden wäre. Das Gewinnerzielungsverbot ist mit der Maßgabe auszulegen, dass es dem Schutz der Menschenwürde oder anderer Grundrechte bzw. Grundfreiheiten dienen soll. Im Rahmen der gebotenen teleologischen Reduktion des Anwendungsbereiches ist jeweils festzustellen, dass die konkrete Art der Gewinnerzielung mit menschlichen Körpersubstanzen einen Verstoß gegen die Menschenwürde oder andere Grundrechte bzw. Grundfreiheiten darstellt. Daher folgt aus dem Gewinnerzielungsverbot der Biomedizinkonvention kein Verbot der kommerziellen Blutspende. Fragen im Zusammenhang mit der Patentierung von Erfindungen im Bereich der Biotechnologie werden vom Gewinnerzielungsverbot der Biomedizinkonvention nicht erfasst.

### **5. Abschnitt: Das Zusatzprotokoll zur Biomedizinkonvention bezüglich der Transplantation von Organen und Geweben menschlichen Ursprungs**

In den Zusatzprotokollen zur Biomedizinkonvention wurden einzelne Themen geregelt, die einer ausführlicheren Behandlung bedurften. Das Zusatzprotokoll über die Transplantation von Organen und Geweben menschlichen Ursprungs zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin (ZP-Transplantation) vom 24. Januar 2002<sup>349</sup> enthält Regelungen für die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen, einschließlich hämatopoetischer Stammzellen menschlichen Ursprungs zu therapeutischen Zwecken. Das Übereinkommen findet keine Anwendung auf Fortpflanzungsorgane und –gewebe, auf embryonale oder fetale Organe und Gewebe oder auf Blut und Blutbestandteile.<sup>350</sup> Art. 21 ZP Transplantation bestimmt:

(1) Der menschliche Körper und Teile davon dürfen als solche nicht zur Erzielung eines finanziellen Gewinns oder vergleichbaren Vorteils verwendet werden. Die vorstehende Bestimmung verbietet solche Zahlungen nicht, die keinen finanziellen Gewinn oder vergleichbaren Vorteil darstellen, insbesondere

- die Entschädigung lebender Spender für Verdienstausschlag und für sonstige berechnigte Ausgaben, die durch die Entnahme oder die damit verbundenen medizinischen Untersuchungen verursacht wurden;
  - die Zahlung einer berechnigten Vergütung für rechtmäßige medizinische oder damit verbundene technische Leistungen, die im Rahmen der Transplantation erbracht wurden;
  - die Entschädigung im Falle eines in ungerechtfertigter Weise erlittenen Schadens infolge der Entnahme von Organen und Gewebe bei lebenden Spendern.
- (2) Werbung hinsichtlich des Bedarfs an Organen oder Geweben oder deren Verfügbarkeit, um einen finanziellen Gewinn oder vergleichbaren Vorteil anzubieten oder zu erlangen, ist verboten.

Das Zusatzprotokoll enthält gegenüber dem Rahmenübereinkommen der Biomedizinkonvention detaillierte und ergänzende Regelungen. Grundsätzlich gilt auch hier die Kritik hinsichtlich des Geltungsgrundes des Gewinnerzielungsverbotes. Aufgrund der Beschränkung des Anwendungsbereiches auf die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen und des in Deutschland geltenden Verbotes der entgeltlichen Organspende ergibt sich aus diesem Zusatzprotokoll keine Regelung, die über das in Deutschland bestehende Organhandelsverbot hinausgeht.

### **6. Abschnitt: Empfehlungen des Europarates nach Inkrafttreten der Biomedizinkonvention**

Nach Inkrafttreten der Biomedizinkonvention verabschiedete die Parlamentarische Versammlung des Ministerrates des Europarates eine Empfehlung „Trafficking in organs in Europe“ Rec 1611 (2003). Unter Nr. 11 der Empfehlung wird das Verbot, den menschlichen Körper und seine Teile zur Erzielung eines Gewinns zu nutzen, zum gesicherten Besitzstand (acquis) des Rechts des Europarates erklärt. In einer weiteren Empfehlung „Recommendation on organ trafficking“ Rec (2004) 7 des Ministerkomitees des Europarates wird unter Bezugnahme auf das Verbot der Biomedizinkonvention gefordert, durch gesetzliche Maßnahmen jede Kommerzialisierung der Organspende zu verhindern. Kompensationszahlungen und die Kosten für die Transplantation selbst sollen nicht vom Verbot erfasst werden. Der Anwendungsbereich umfasst nach Art. 2 Abs.1 der Empfehlung alle Gewebe, einzelne Zellen sowie hämatopoetische Stammzellen, nicht jedoch Blut und Blutbestandteile. In Art. 3 der Empfehlung wird

<sup>349</sup> ETS 186.

<sup>350</sup> Vgl. Art. 2 ZP Transplantation.

gefordert, rechtliche Regelungen zu erlassen, die eine Kommerzialisierung des menschlichen Körpers und seiner Teile entsprechend den Regelungen der Biomedizinkonvention verhindern.<sup>351</sup> Diese Empfehlungen zeigen, dass das Gewinnerzielungsverbot als gesicherter Bestandteil des Rechts des Europarates angesehen wird.

## 7. Abschnitt: Weitere völkerrechtliche Erklärungen zu Gewinnerzielungsverboten

Außer der Biomedizinkonvention und den Empfehlungen und Resolutionen des Europarates existieren weitere völkerrechtliche Erklärungen, die ein Gewinnerzielungsverbot formulieren. Als völkerrechtliches "Soft Law" sind sie zwar rechtlich nicht verbindlich, stellen aber eine – zumindest politische – Selbstbindung der jeweiligen Institutionen dar und können als Festschreibung eines internationalen politischen Konsenses zur Entstehung von völkerrechtlichem Gewohnheitsrecht beitragen.

Diese Dokumente befassen sich fast ausschließlich mit dem Verbot eines Organ- und Gewebehandels zu Transplantationszwecken. Im Folgenden wird daher nur kurz auf die Erklärungen des Weltärztebundes (WMA) und der Weltgesundheitsorganisation (WHO) eingegangen. Auch im Rahmen des Rechts der Europäischen Union finden sich rechtlich nicht verbindliche Entschlüsse des Europaparlaments, wie beispielsweise die Entschlüsse des Europäischen Parlaments zum Verbot des Handels mit Transplantaten vom 14.09.1993<sup>352</sup> und zur Verhütung und Bekämpfung des Handels mit menschlichen Organen und Geweben vom 23.10.1993<sup>353</sup> und zum Handel mit menschlichen Eizellen vom 10.03.2005.<sup>354</sup> Aufgrund einer zeitlich späteren, umfassenden

<sup>351</sup> Art. 3: "Approving a legal framework which strictly forbids any kind of commercialisation of the human body and its parts consistent with the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine (ETS No. 164)."

<sup>352</sup> ABl. EG Nr. C 268/26.

<sup>353</sup> ABl. EG Nr. C 82 E/580.

<sup>354</sup> Protokoll P6\_TA-PROV(2005)0074.

Regelung des Gewinnerzielungsverbotes in der Grundrechtecharta der Europäischen Union wird auf diese Entschlüsse nicht näher eingegangen.<sup>355</sup>

## § 1 Dokumente des Weltärztebundes

Im „Statement on Live Organ Trade“ der 37. Versammlung des Weltärztebundes von 1985 wird der Kauf und Verkauf von menschlichen Organen für die Transplantation verurteilt. Als Beweggrund wird angegeben, dass sich ein gewinnträchtiger Handel mit Nieren von Lebendspendern aus unterentwickelten Ländern in die Vereinigten Staaten und Europa entwickelt habe. Die Versammlung forderte die Regierungen aller Länder auf, effektive Schritte zu unternehmen, um den kommerziellen Gebrauch von menschlichen Organen zu verhindern.

Nach Nr. 23 des „Statement on Human Organ and Tissue Donation and Transplantation“ der 52. Versammlung des Weltärztebundes 2000<sup>356</sup> in der revidierten Fassung von Oktober 2006 können finanzielle Anreize zur Lebendspende einen Zwang ausübenden Charakter haben und sollten daher verboten sein.<sup>357</sup> Eine nähere Begründung für diese Auffassung existiert jedoch nicht.

Im „Statement on Human Tissue for Transplantation“ der 58. Generalversammlung des Weltärztebundes 2007 wird in Nr. 4 empfohlen, finanzielle Anreize, wie unmittelbare Zahlungen für die Gewebespende zu Transplantationszwecken, ebenso abzulehnen wie Zahlungen für die Organspende zu Transplantationszwecken. Weitere Schritte wie die Entnahme, die Durchführung von Tests, die Bearbeitung, Konservierung, Bevorratung und Zuteilung von Gewebetransplantaten sollten ebenfalls nicht kommerzialisiert

<sup>355</sup> Auf weitere Stellungnahmen der European Group on Ethics in Sciences and New Technologies (EGE) der EU-Kommission soll ebenfalls nicht eingegangen werden, da deren praktische Bedeutung im Vergleich zu den rechtlichen Instrumenten auf der Ebene des Europarechts gering ist.

<sup>356</sup> No. 23: In the case of living donors, special efforts should be made to ensure that the choice about donation is free of coercion. Financial incentives for providing or obtaining organs for transplantation can be coercive and should be prohibited. [...].

<sup>357</sup> Diese Fassung revidiert das ursprünglich weiter gehende "Statement on Live Organ Trade" der 37. Versammlung des Weltärztebundes von 1985.

werden.<sup>358</sup> In Nr. 6 wird gefordert, dass die Lebendspende neben engen familiären Beziehungen auch den Ausschluss von möglicherweise einen Zwang ausübenden materiellen Interessen voraussetze.<sup>359</sup>

## § 2 Weltgesundheitsorganisation

In der Resolution WHA 40.13 der Weltgesundheitsorganisation von 1987 wird die Ansicht vertreten, dass der Handel mit menschlichen Organen zur Gewinnerzielung mit den fundamentalen Werten der Menschheit unvereinbar ist und gegen die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte sowie den Geist der Charta der Weltgesundheitsorganisation verstoße. 1991 wurden die „Guiding Principles on Organ Transplantation“ der Weltgesundheitsorganisation aufgestellt.<sup>360</sup> Nach Leitlinie 5 können der menschliche Körper und seine Teile nicht Gegenstand von kommerziellen Transaktionen sein. Zahlungen, die nicht Kompensationszahlungen sind, müssen verboten sein.<sup>361</sup> Zudem fordert Leitlinie 6 ein Werbeverbot für die entgeltliche Organspende.<sup>362</sup> Auch die Annahme von Geldzahlungen, die eine gerechtfertigte Entlohnung für Dienstleistungen übersteigen, muss verboten sein.<sup>363</sup> Der Empfang von Organen dürfe nicht von der finanziellen Leistungsfähigkeit abhängig gemacht werden.<sup>364</sup>

---

<sup>358</sup> Financial incentives such as direct payments for donating tissue for transplantation are to be rejected – in the same way that they are in connection with organ transplants. All other steps, such as the procurement, testing, processing, conservation, storage and allocation of tissue transplants, should likewise not be commercialised.

<sup>359</sup> Living directed donation requires both: a) proof of direct personal ties between donor and recipient (e.g. blood relations, spouses), and b) exclusion of potentially coercive material interests.

<sup>360</sup> WHA44/1991/REC/1, Annex 6, verabschiedet auf der 44. Versammlung der Weltgesundheitsorganisation 1991 in Resolution WHA 44.25.

<sup>361</sup> The human body and its parts cannot be the subject of commercial transactions. Accordingly, giving or receiving payment (including any other compensation or reward) for organs should be prohibited (Guiding Principle 5).

<sup>362</sup> Advertising the need for the availability of organs, with a view to offering or seeking payment, should be prohibited (Guiding Principle 6).

<sup>363</sup> It should be prohibited for any person or facility involved in organ transplantation procedures to receive any payment that exceeds a justifiable fee for the services rendered (Guiding Principle 8).

<sup>364</sup> In the light of the principles of distributive justice and equity, donated organs should be made available to patients on the basis of medical need and not on the basis on financial or other considerations (Guiding Principle 9).

Am 22. Mai 2004 wurde die Resolution WHA 57.18 von der 57. Versammlung der Weltgesundheitsorganisation verabschiedet. Darin werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, Maßnahmen zu ergreifen, um die ärmsten und verletzlichsten Gruppen vor einem Transplantations-Tourismus und dem Verkauf von Geweben und Organen zu schützen und dem Problem des internationalen Organ- und Gewebehandels Aufmerksamkeit zu widmen.<sup>365</sup>

## 8. Abschnitt: Zusammenfassung

Im Europäischen Übereinkommen des Europarates über den Austausch therapeutischer Substanzen menschlichen Ursprungs (ETS No. 026) vom 15. Dezember 1958 wurde erstmals eine Verpflichtung, mit Blut und dessen Derivaten keine Gewinne zu erzielen, völkerrechtlich verbindlich vereinbart. Das Verbot gilt nicht gegenüber dem Substanzspender, sondern richtet sich an die jeweiligen weitervermittelnden Institutionen. Zweck des Verbotes ist, die Verfügbarkeit der Substanzen sicherzustellen und die Verfügbarkeit nicht von der finanziellen Leistungsfähigkeit abhängig zu machen. Das Verbot dient daher dem Schutz des Empfängerstaates und nicht einem vermeintlichen Schutz des Spenders.

Die Resolution (78) 29 des Ministerkomitees des Europarates „Resolution on Harmonisation of Legislations of Member States to Removal, Grafting and Transplantation of Human Substances“ vom 11. Mai 1978 betrifft neben der Transplantationsmedizin auch die Entfernung und Sammlung von Körpersubstanzen zu wissenschaftlichen Zwecken. Die Resolution zielt auf ein Verbot des Anbietens der Körpersubstanzen zu Gewinnerzielungszwecken. Der Schutzzweck eines solchen Verbotes bleibt unklar. Da erstmals Zahlungen an den Substanzspender erfasst werden, kann diese Resolution als Beginn der völkerrechtlichen Entwicklung eines Gewinnerzielungsverbotes gegenüber dem Substanzspender betrachtet werden. Die Resolution hat als völkerrechtliches "Soft Law" nur politische Anstoßwirkung und entfaltet keine rechtliche Verbindlichkeit.

---

<sup>365</sup> Ziffer 1. 5: to take measures to protect the poorest and vulnerable groups from “transplant tourism” and the sale of tissues and organs, including attention to the wider problem of international trafficking in human tissues and organs.

Die Empfehlung R (79) 5 „Recommendation concerning International Exchange and Transportation of Human Substances“ vom 14. März 1979 und die Abschlusserklärung der 3. Konferenz der Gesundheitsminister des Europarates vom 16.-17. November 1987 zielen darauf, die Verfügbarkeit der menschlichen Körpersubstanzen zu erleichtern. Die Forderung, dass keine Gewinne erwirtschaftet werden sollen, bezieht sich nicht auf den Substanzspender, sondern nur auf die weitervermittelnden Stellen. Sowohl die Empfehlung als auch die Abschlusserklärung haben keine rechtliche Verbindlichkeit.

In den Erklärungen der WMA und der WHO kommt zum Ausdruck, dass mit dem Verbot finanzieller Anreize für die Organspende der Schutz des Spenders vor Ausbeutung bezweckt wird. Auch diese Erklärungen haben keine rechtliche Verbindlichkeit.

Das Gewinnerzielungsverbot der Biomedizinkonvention basiert auf der Vorstellung, dass es eine „Würde des menschlichen Körpers“ zu schützen gilt. Es ist jedoch mit der Maßgabe zu interpretieren, dass es den Schutz der Menschenwürde und der Grundrechte und Grundfreiheiten gewährleisten soll. Der zu weit gefasste Wortlaut ist daher teleologisch zu reduzieren. Die bloße Qualifikation als menschliche Körpersubstanz genügt nicht, um vom Gewinnerzielungsverbot der Biomedizinkonvention erfasst zu sein. Es ist darüber hinaus erforderlich, im konkreten Einzelfall zu begründen, warum die Gewinnerzielung mit dieser Körpersubstanz einen Verstoß gegen die Menschenwürde oder andere Grundrechte darstellt. Die bezahlte Blutspende wird zwar vom Wortlaut des Verbotes erfasst; mangels eines Verstoßes gegen die Menschenwürde ist sie jedoch nicht untersagt. Hinsichtlich der Patentierung im Bereich der Biotechnologie trifft das Gewinnerzielungsverbot keine Aussage. Das Gewinnerzielungsverbot der Biomedizinkonvention wird zum gesicherten Besitzstand (acquis) des Rechts des Europarates gezählt.

## 4. Teil: Das Gewinnerzielungsverbot der Europäischen Grundrechtecharta

In Art. 3 Abs. 2 lit. c der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) ist ein rechtlich verbindliches Verbot der Gewinnerzielung mit dem menschlichen Körper formuliert. Es lautet in Anlehnung an den Text der Biomedizinkonvention des Europarates:

„Im Rahmen der Medizin und der Biologie muss insbesondere Folgendes beachtet werden: [...]

c) das Verbot, den menschlichen Körper und Teile davon als solche zur Erzielung von Gewinnen zu nutzen [...]“<sup>366</sup>

### 1. Abschnitt: Vorgaben zur Auslegung des Gewinnerzielungsverbotes

Allgemeine Regelungen zur Auslegung und Tragweite der Grundrechtecharta enthält Art. 52 GRC. Gemäß Art. 52 Abs. 7 GRC sind die Erläuterungen, die als Anleitung für die Auslegung der Charta verfasst wurden, gebührend zu berücksichtigen. Auch in der Präambel der Charta heißt es:

„Diese Charta bekräftigt unter Achtung der Zuständigkeiten und Aufgaben der Union und des Subsidiaritätsprinzips die Rechte, die sich vor allem aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen und den gemeinsamen internationalen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, aus der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, aus den von der Union und dem Europarat beschlossenen Sozialchartas sowie aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergeben. In diesem Zusammenhang erfolgt die Auslegung der Charta durch die Gerichte der Union und der Mitgliedstaaten unter gebührender Berücksichtigung der Erläuterungen, die unter der Leitung des Präsidiums des Konvents zur Ausarbeitung der Charta formuliert und unter der Verantwortung des Präsidiums des Europäischen Konvents aktualisiert wurden.“

Daher sind die Erläuterungen des Präsidiums bei der Interpretation des Gewinnerzielungsverbotes von besonderer Bedeutung.

---

<sup>366</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union, geänderte Fassung vom 12. Dezember 2007, ABl. EU Nr. C 303 v. 14.12.2007, S. 1.

## § 1 Deklaratorische Rechtswirkung der Charta

Maßgeblich für die Auslegung des Gewinnerzielungsverbot der Grundrechtecharta ist, ob der Charta lediglich deklaratorische oder auch konstitutive Wirkung zukommt. Wenn die Grundrechtecharta nur eine deklaratorische Kodifikation des bestehenden Rechts darstellt, muss das Gewinnerzielungsverbot bereits vor dem Inkrafttreten der Charta zum Bestand der Gemeinschaftsgrundrechte<sup>367</sup> der Europäischen Union gehört haben oder sich zumindest aus diesem Bestand ableiten lassen. Die Auslegung des Gewinnerzielungsverbotes müsste daher unter maßgeblicher Berücksichtigung des bisherigen Rechtszustandes erfolgen. Wenn die Charta hingegen konstitutive Wirkungen hat, ist der vorangegangene Bestand der Grundrechte für den Geltungsgrund und damit die Auslegung des Gewinnerzielungsverbotes nicht maßgeblich, da neues Recht gesetzt wurde und nicht bloß der bisherige Bestand sichtbar gemacht wurde.

Für eine deklaratorische Wirkung der Charta sprechen sowohl die Präambel der Charta als auch ihre Entstehungsgeschichte. Gemäß ihrer Präambel *bekräftigt* die Charta die in ihr aufgeführten Rechte. Dieser Wortlaut spricht für einen deklaratorischen Charakter der Charta und nicht für eine Neubegründung von Rechten.<sup>368</sup> Auch die Entstehungsgeschichte der Charta spricht für eine lediglich deklaratorische Wirkung. Die Grundrechte der Europäischen Union, die zunächst durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) als Gemeinschaftsgrundrechte entwickelt wurden, sollten auf Beschluss des Europäischen Rates von Köln<sup>369</sup> in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union zusammengefasst und verdeutlicht werden.<sup>370</sup> Das Mandat für die Erstellung der Charta bezog sich nur auf die Zusammenfassung und Sichtbarmachung des bisherigen Besitzstandes an Grundrechten. Auch die Forderung des Europäischen Parlaments in der

<sup>367</sup> Obwohl nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon die Gemeinschaftsgrundrechte überwiegend als Unionsgrundrechte bezeichnet werden, wird hier die ursprüngliche Bezeichnung beibehalten, um den für die Untersuchung bedeutsamen Unterschied zwischen den durch die Rechtsprechung des EuGH entwickelten Gemeinschaftsgrundrechten und den in der Grundrechtecharta erwähnten Grundrechten kenntlich zu machen.

<sup>368</sup> *Szyszkalla/Rengeling*, Grundrechte in der Europäischen Union, Rn. 35

<sup>369</sup> Beschl. v. 04.06.1999, EuGRZ 1999, 364f.

<sup>370</sup> Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates vom 3./4. Juni 1999, Rn. 44, KOM 2000 (559) endg., Rn. 7.

Entschließung vom 16. März 2000,<sup>371</sup> dass der Inhalt der Charta über rein deklaratorische Rechtswirkungen hinausgehen solle, zeigt, dass das ursprüngliche Mandat nach allgemeiner Ansicht nur eine deklaratorische Kodifikation umfasste.<sup>372</sup>

Bis zum Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon stellte die Charta keine Rechtsquelle, sondern nur eine Rechtserkenntnisquelle dar.<sup>373</sup> Sie hatte keine rechtliche Verbindlichkeit. Mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon zum 1. Dezember 2009 erhielt die Charta rechtliche Verbindlichkeit gemäß Art. 6 EUV. Nach Art. 6 Abs. 1 EUV hat die Charta nunmehr den Rang von europäischem Primärrecht, da die Gleichrangigkeit mit den Verträgen angeordnet wird.<sup>374</sup> Trotz der damit angeordneten rechtlichen Verbindlichkeit hat die Charta keinen konstitutiven Charakter erhalten. Denn aus dem Protokoll Nr. 30 zum Lissabonner Vertrag<sup>375</sup> ergibt sich, dass die Charta nur deklaratorischen Charakter haben soll. Die 6. Erwägung des Protokolls Nr. 30 zum Lissabonner Vertrag über die

<sup>371</sup> Dokument CHARTE 4199/00 CONTRIB 80 v. 05.04.2000, S. 4 ff.

<sup>372</sup> Diese Entschließung des Europäischen Parlaments enthielt die "Erwägung, dass durch Entwicklungen wie z. B. in der Biotechnik oder in der Informationstechnologie neue Grundrechtskonflikte entstehen können und dass ein europäischer Grundrechtskonsens ein wichtiger Beitrag zur globalen Lösung des Problems ist". Zugleich wollte das Europäische Parlament seine endgültige Zustimmung zur Charta davon abhängig machen, dass die Charta "einen innovativen Charakter erhält, indem sie den Menschen in der Europäischen Union auch gegenüber neuen Grundrechtsbedrohungen, wie etwa im Bereich der Informations- und Biotechnologien, Rechtsschutz einräumt."

<sup>373</sup> Dazu ausführlich *Szyszkalla/Rengeling*, Grundrechte in der Europäischen Union, Rn. 202, 222ff.

<sup>374</sup> Besonderheiten gelten insoweit für Großbritannien und Polen - und nach künftigen Beitrittsverhandlungen für die Aufnahme neuer Länder in die EU auch für Tschechien - aufgrund des Protokolls Nr. 30 zum Lissabonner Vertrag über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich, ABl. EU Nr. C 115 v. 09.05.2008, S. 313f. Durch dieses Protokoll wird gemäß Art. 1 Abs. 1 die Justiziabilität der durch die Charta bekräftigten Grundrechte, Freiheiten und Grundsätze in Bezug auf die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die Verwaltungspraxis oder -maßnahmen Polens oder des Vereinigten Königreichs vor dem Gerichtshof der Europäischen Union und den Gerichten Polens und des Vereinigten Königreichs ausgeschlossen. In Art. 1 Abs. 2 des Protokolls wird klargestellt, dass mit Titel IV der Charta keine für Polen oder das Vereinigte Königreich geltenden einklagbaren Rechte geschaffen werden.

<sup>375</sup> Protokoll Nr. 30 zum Lissabonner Vertrag über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich, ABl. EU Nr. C 115 v. 09.05.2008, S. 313f.

Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich<sup>376</sup> lautet:

„In der Erwägung, dass die Charta die in der Union anerkannten Rechte, Freiheiten und Grundsätze bekräftigt und diese Rechte besser sichtbar macht, aber keine neuen Rechte oder Grundsätze schafft.“

Zwar soll die Charta nunmehr gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV den Rang von europäischem Primärrecht haben, da die Gleichrangigkeit mit den Verträgen angeordnet wird. Aus dem deklaratorischen Charakter folgt aber, dass das Gewinnerzielungsverbot des Art. 3 Abs. 2 GRC nicht darüber hinausgehen darf, was bereits vor Erlass der Charta zum Bestand der Gemeinschaftsgrundrechte gehört hat oder zumindest aus diesem Bestand ableitbar war.

Die Grundrechte der Europäischen Union wurden zunächst in der Rechtsprechung des EuGH als Gemeinschaftsgrundrechte entwickelt und entfalteten Geltung als Teil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts.<sup>377</sup> Als Rechtserkenntnisquellen für die Gemeinschaftsgrundrechte dienen nach der Rechtsprechung des EuGH sowohl die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten als auch die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind.<sup>378</sup>

Eine dem Gewinnerzielungsverbot entsprechende Vorläufernorm findet sich weder im Recht der Europäischen Union, noch in den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten. Vorbild für das Gewinnerzielungsverbot war hingegen die Bestimmung des Art. 21 der Biomedizinkonvention des Europarates.<sup>379</sup>

<sup>376</sup> ABl. EU Nr. C 115 v. 09.05.2008, S. 313f.

<sup>377</sup> st. Rspr. vgl. statt vieler *EuGH*, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rn. 13 – Nold.

<sup>378</sup> *EuGH*, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rn. 13 - Nold; Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, Rn. 15 - Hauer; verb. Rs. 97/87, 98/87, 99/87, Slg. 1989, 3165, Rn. 10 - Dow Chemical Ibérica; Rs. 222/84, Slg. 1986, 1651, Rn. 18 – Johnston; Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925, Rn. 41 – ERT. Obwohl Art. 6 Abs. 2 EUV (der frühere Art. F Abs. 2 EUV-Maastricht) neben den gemeinsamen Verfassungstraditionen nur die Europäische Menschenrechtskonvention erwähnt, sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass damit eine Einschränkung der bisherigen Rechtsprechung erfolgen sollte. Entsprechend hat der EuGH auch daran festgehalten, auch andere völkerrechtliche Verträge zum Schutz der Menschenrechte als Rechtserkenntnisquelle zu berücksichtigen. Siehe dazu *EuGH*, Rs. C-299/95, Slg. 1997, I-2629, Rn. 14 - Kremzow, Rs. C-36/02 Slg. 2004, I-9609, Rn. 33 - Omega; *EuG*, Rs. T-348/94, II-01875, Rn. 55 - Enso Espanola/Kommission.

<sup>379</sup> Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin - Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin (SEV-Nr. 164) .

## § 2 Die Biomedizinkonvention als Erkenntnisquelle der Gemeinschaftsgrundrechte?

Der Biomedizinkonvention ist die Europäische Union jedoch nicht beigetreten. Fraglich ist daher, ob die Biomedizinkonvention dennoch eine Erkenntnisquelle für die Unionsgrundrechte darstellen kann. Voraussetzung hierfür wäre, dass es sich bei der Biomedizinkonvention um einen völkerrechtlichen Vertrag zum Schutz der Menschenrechte handelt, an dessen Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder dem sie beigetreten sind. Diese Voraussetzung folgt aus der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes der Union.<sup>380</sup> Diese Voraussetzungen liegen bei der Biomedizinkonvention jedoch nicht vor. Zwar ist die Biomedizinkonvention ein völkerrechtlicher Vertrag zum Schutz der Menschenrechte;<sup>381</sup> sie wurde jedoch nicht von allen Mitgliedstaaten der EU ratifiziert. Deutschland hat die Konvention weder unterzeichnet noch ratifiziert. Dies gilt ebenfalls für andere EU-Staaten wie Österreich, Belgien, Irland, Malta und das Vereinigte Königreich von Großbritannien. Italien, Luxemburg, Polen und Schweden haben die Konvention zwar 1997 bzw. 1999 unterzeichnet, jedoch nicht ratifiziert.

Zwar hat sich der EuGH in einem Fall bei der Anerkennung allgemeiner Rechtsgrundsätze auf Normen eines Zusatzprotokolls zur EMRK bezogen, obwohl dieses Protokoll nicht von allen Mitgliedsstaaten ratifiziert worden war.<sup>382</sup> Aus diesem Einzelfall lässt sich aber nicht folgern, dass der EuGH das Erfordernis der Ratifizierung durch alle Mitgliedsstaaten aufgeben wollte. Denn auch nach dieser Entscheidung hat der EuGH weiterhin an dem Erfordernis der Beteiligung bzw. des Beitritts aller Mitgliedstaaten festgehalten.<sup>383</sup>

<sup>380</sup> Vgl. st. Rspr. des *EuGH*, Rs. 374/87, Slg. 1989, 3283, Rn. 31 – Orkem (ausdrückliche Bezugnahme auf den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966); *EuGH*, Rs. 149/77, Slg. 1978, 1365, Rn. 28 - Defrenne II (Bezugnahme auf die Konvention der International Labour Organisation).

<sup>381</sup> Dies ergibt sich bereits aus dem vollständigen Titel: Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin (SEV-Nr. 164).

<sup>382</sup> Das ne-bis-in-idem-Gebot wurde als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts unter Bezugnahme auf Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK gewonnen, obwohl dieses Protokoll noch nicht von allen Mitgliedsstaaten ratifiziert worden war: *EuGH*, Rs. C-239/99, Slg. 2002, I-8375 Rn. 59 - Limburgse Vinyl Maatschappij; v. *Dannwitz*; in: *Tettinger/Stern*, GRC, Art. 52 Rn. 22.

<sup>383</sup> Vgl. *EuGH*, Rs. C-36/02 Slg. 2004, I-9609, Rn. 33 – Omega.

Dennoch wurde sich bei der Beratung im Konvent und in den Erläuterungen des Präsidiums für die Geltung des Gewinnerzielungsverbot ausdrücklich auf Art. 21 der Biomedizinkonvention berufen:

„Die Grundsätze des Artikels 3 der Charta sind bereits in dem im Rahmen des Europarates angenommenen Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin (STE 164 und Zusatzprotokoll STE 168 [Zusatzprotokoll über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen]) enthalten. Die Charta will von diesen Bestimmungen nicht abweichen [...]“<sup>384</sup>

Darauf, dass die Biomedizinkonvention mangels Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten nicht als Erkenntnisquelle für die Gemeinschaftsgrundrechte dienen kann, wurde schon auf der Konventsitzung am 24./25. Februar 2000 vom niederländischen Abgeordneten Jurgens hingewiesen. Seinem Einwand wurde entgegnet, dass manche Staaten einen höheren Standard als in der Biomedizinkonvention gewünscht und bereits im eigenen Land realisiert hätten.<sup>385</sup> Dieser Einwand ist jedoch im Hinblick auf das Gewinnerzielungsverbot unzutreffend. Denn in Deutschland gibt es weder ein allgemeines Gewinnerzielungsverbot, noch hat Deutschland die Biomedizinkonvention ratifiziert.

Das Gewinnerzielungsverbot der Biomedizinkonvention des Europarates kann daher nicht als Bestandteil des Rechts der Europäischen Union angesehen werden. Die Biomedizinkonvention wurde weder von der Europäischen Union noch von sämtlichen Mitgliedstaaten ratifiziert. Das Gewinnerzielungsverbot stellt auch keinen Mindeststandard der Mitgliedstaaten der Europäischen Union dar. Das Gewinnerzielungsverbot hätte daher nicht in Art. 3 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta aufgenommen werden dürfen. Aufgrund des rein deklaratorischen Charakters der Charta führt auch die rechtsirrig Aufnahme nicht dazu, dass dem Gewinnerzielungsverbot nachträglich rechtliche Verbindlichkeit zukommt. Daran ändert auch die Anordnung der rechtlichen Verbindlichkeit der Charta gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV im Rang von europäischem Primärrecht nichts.

<sup>384</sup> Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. EU Nr. C 303 v. 14.12.2007, S. 17; Das Gewinnerzielungsverbot des Artikels 22 und das Organhandelsverbot in Art. 23 des späteren (2002) Zusatzprotokolls zur BMK über die Transplantation von Organen und Geweben menschlichen Ursprungs konnten damals noch nicht einbezogen werden.

<sup>385</sup> Meyer/Borowsky, GRC, Art. 3 Rn. 19.

Dennoch wird die Wirksamkeit von Art. 3 Abs. 2 lit. c GRC nicht angezweifelt.<sup>386</sup> Hintergrund dürfte die Ansicht sein, dass das Gewinnerzielungsverbot der Charta den Schutz der Menschenwürde und der körperlichen Unversehrtheit konkretisiere<sup>387</sup> oder sich zumindest daraus ableiten lasse.<sup>388</sup> Im Folgenden soll überprüft werden, ob diese These haltbar ist.

### § 3 Das Gewinnerzielungsverbot als Konkretisierung bestehender Grundrechte?

Aus Sicht des historischen Normgebers bestand ein enger Zusammenhang des Gewinnerzielungsverbot mit dem Schutz der Menschenwürde und dem Recht auf körperliche Unversehrtheit. Dies kommt bereits durch die systematische Stellung des Gewinnerzielungsverbot zum Ausdruck. Art. 1 bis 5 GRC stehen unter der Titelüberschrift „Würde des Menschen“.<sup>389</sup> Die amtliche Überschrift für Art. 3 GRC lautet „Recht auf Unversehrtheit“.

#### A. Das Gewinnerzielungsverbot als Konkretisierung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit?

Für die Beantwortung der Frage, ob das Gewinnerzielungsverbot sich als Konkretisierung des europäischen Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit darstellt, muss zunächst der Regelungsgehalt dieses Gemeinschaftsgrundrechts festgestellt werden.

#### I. Das Gemeinschaftsgrundrecht auf körperliche Unversehrtheit

Das Recht auf körperliche Unversehrtheit war bereits vor Inkrafttreten der Charta anerkannt und zählte zum Bestand der Unionsgrundrechte.<sup>390</sup> Eine konkrete Formulierung des Rechts und seiner Grenzen existierte jedoch vor Erlass der Charta nicht. Zwar formuliert die Biomedizinkonvention des Europarates ein Recht auf

<sup>386</sup> Vgl. Meyer/Borowsky, a.a.O.; Höfling, in: Tettinger/Stern, GRC, Art. 3.

<sup>387</sup> Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, S. 386f.

<sup>388</sup> Callies, EuZW 2001, 261, 263; Szejekalla/Rengeling, Grundrechte in der Europäischen Union, Rn. 214.

<sup>389</sup> Die weiteren Titel der Charta lauten: „Freiheiten“, „Gleichheit“, „Solidarität“, „Bürgerrechte“, „Justizielle Rechte“, „Allgemeine Bestimmungen über die Auslegung und Anwendung der Charta“.

<sup>390</sup> Vgl. Szejekalla/Rengeling, Grundrechte in der Europäischen Union, S. 393ff. a.A. insoweit wohl Meyer/Borowsky, GRC, Art. 3 Rn. 1, der die Schrankenregelung des Art. 52 Abs. 1 anwenden will, da das Recht auf Unversehrtheit weder dem Unionsrecht noch der EMRK entlehnt sei.

körperliche Unversehrtheit. Die Biomedizinvention kann jedoch - wie bereits dargelegt – nicht als Rechtsquelle für den Bestand der Unionsgrundrechte herangezogen werden.

In der Europäischen Menschenrechtskonvention des Europarates (EMRK) findet sich keine ausdrückliche Garantie der körperlichen Unversehrtheit.<sup>391</sup> Der Schutz der körperlichen Unversehrtheit wird in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte des Europarates (EuGHMR) unter Berufung auf die Gewährleistungsinhalte der Art. 2 (Recht auf Leben), Art. 3 (Verbot der Folter) und Art. 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) EMRK gewährt.<sup>392</sup> Die Rechtsprechung des EuGHMR zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit folgt jedoch keiner klaren dogmatischen Konzeption. Die Argumentation in den Urteilsgründen hängt vielmehr davon ab, welche Garantien der EMRK in zulässiger Weise gerügt wurden und in welchem Zusammenhang die eingreifende Maßnahme steht.<sup>393</sup>

In der Rechtsprechung des EuGH finden sich Ausführungen zum Recht auf körperliche Unversehrtheit im Rahmen der Rechtfertigung von Eingriffen in die Warenverkehrsfreiheit zum Schutz der öffentlichen Gesundheit<sup>394</sup> sowie in Urteilen zum Ersatz von Schäden Bediensteter der Union.<sup>395</sup> Allerdings finden sich in diesen Urteilen keine Ausführungen zum konkreten Inhalt und Umfang des Rechts auf körperliche Unversehrtheit. Lediglich aus der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Biopatentrichtlinie<sup>396</sup> lassen sich Anhaltspunkte für den Inhalt und Umfang des Rechts auf körperliche Unversehrtheit herleiten. Das Recht auf Unversehrtheit der Person umfasse „im Bereich der Medizin und der Biologie die unbeeinflusste Zustimmung des Spenders und des Empfängers in voller Kenntnis der Sachlage“.<sup>397</sup> Der EuGH stellte in diesem Urteil fest, dass die Regelungen der Biopatentrichtlinie nicht das Recht auf körperliche Unversehrtheit betreffen, da sich der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht

<sup>391</sup> so auch *Meyer/Borowsky*, GRC, Art. 3 Rn. 3.

<sup>392</sup> *Szyszkalla/Rengeling*, Grundrechte in der Europäischen Union, Rn. 608.

<sup>393</sup> *Szyszkalla/Rengeling*, a.a.O.

<sup>394</sup> *Szyszkalla/Rengeling*, a.a.O., Rn. 606f.

<sup>395</sup> Vgl. *Meyer/Borowsky*, GRC, Art. 3 Rn. 5 unter Bezugnahme auf *EuGH*, Rs. C-257/98 P, Slg. 1999, I-5251 - Luccioni.

<sup>396</sup> *EuGH*, Rs. C-377/98, Slg. 2001, I-7079, Rn. 69ff – NL/EP-Rat - BiopatentRL.

<sup>397</sup> *EuGH*, a.a.O. Rn. 78.

auf Vorgänge vor oder nach der Erteilung des Patents bezöge. Die Erteilung eines Patents „berühre rechtliche Einschränkungen oder Verbote nicht, die für die Entwicklung patentierbarer Erzeugnisse oder die Verwertung patentierter Erzeugnisse gelten.“<sup>398</sup> Daher seien auch nicht Normen berührt, zu denen „das Recht des Menschen gehört, durch Zustimmung in voller Kenntnis der Sachlage über sich selbst zu verfügen.“<sup>399</sup>

Aus dieser Entscheidung kann gefolgert werden, dass das Recht auf körperliche Unversehrtheit auf Ebene der Europäischen Union ein körperbezogenes Selbstbestimmungsrecht einschließt. Dieses Recht ermöglicht dem Einzelnen, durch Zustimmung in voller Kenntnis der Sachlage über sich selbst „zu verfügen“.

## II. Eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit durch die Gewinnerzielung?

Das Gewinnerzielungsverbot des Art. 3 Abs. 2 lit. c GRC kann nur dann dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit dienen, wenn durch die Gewinnerzielung zumindest die ernstzunehmende Möglichkeit einer Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit droht. Der Wortlaut des Gewinnerzielungsverbotens verlangt eine solche Gefahr für die körperliche Unversehrtheit jedoch nicht. Nach dem Wortlaut werden sogar Körpersubstanzen erfasst, deren Entnahme und Weiterverwendung ohne Gesundheitsgefahren erfolgen kann. Dabei handelt es sich um Körpersubstanzen, die auf natürliche Weise ausgeschieden werden (Schweiß, Urin, Plazenta bei der Geburt) oder die schmerz- und gefahrlos abgetrennt werden können (Haare, Fingernägel, Speichel etc.). Soweit das Gewinnerzielungsverbot somit eine Konkretisierung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit sein soll, dürften die auf diesem Wege gewonnenen Körpersubstanzen nicht erfasst sein.

Eine Gefahr für die körperliche Unversehrtheit besteht aber auch dann nicht, wenn die Körpersubstanzen bereits aus anderen Gründen vom Körper getrennt wurden, z. B. bei so genannten Operationsabfällen. Diese Substanzen haben jedoch für die Forschung erhebliche Bedeutung. Auch diese Körpersubstanzen werden vom Wortlaut des Gewinnerzielungsverbotens erfasst, obwohl eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit ausgeschlossen ist.

<sup>398</sup> *EuGH*, a.a.O. Rn. 79.

<sup>399</sup> *EuGH*, a.a.O. Rn. 80.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass die körperliche Unversehrtheit auch im Recht der Europäischen Union nicht unabhängig vom Willen des Rechtsgutsinhabers geschützt ist. Denn ausweislich der Entscheidung des EuGH zur Biopatentrichtlinie<sup>400</sup> schließt das Recht auf körperliche Unversehrtheit ein körperbezogenes Selbstbestimmungsrecht ein, welches dem Einzelnen das Recht gibt, durch Zustimmung in voller Kenntnis der Sachlage über sich selbst zu verfügen.

Das Gewinnerzielungsverbot verbietet jedoch auch dann den Verkauf von Körpersubstanzen, wenn der Substanzspender in voller Kenntnis der Sachlage eingewilligt hat. Unklar bleibt, aus welchem Grund es für den Schutz der körperlichen Unversehrtheit einen Unterschied machen soll, ob die Entnahme im Hinblick auf ein Entgelt erfolgt oder aus anderen Motiven. Durch das Anbieten einer Vergütung wird auch die Freiwilligkeit der Entscheidung nicht beeinträchtigt.<sup>401</sup> Die Geltung des Gewinnerzielungsverbot zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit lässt sich daher nicht nachvollziehbar begründen. Vielmehr handelt es sich insoweit um eine Beschränkung des Rechts, durch Zustimmung in voller Kenntnis der Sachlage über sich selbst zu verfügen, welches dem Recht auf körperliche Unversehrtheit zuzuordnen ist.

## **B. Das Gewinnerzielungsverbot als Konkretisierung des Schutzes der Menschenwürde?**

Fraglich ist, ob das Gewinnerzielungsverbot eine Konkretisierung des Schutzes der Menschenwürde darstellt. Hierfür ist zunächst zu klären, was unter der Menschenwürde im Recht der Europäischen Union zu verstehen ist. Die Achtung der Menschenwürde ist ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts.<sup>402</sup> Der Begriff der Menschenwürde und die Struktur ihres Schutzes sind bislang auf europäischer Ebene ohne nähere Konkretisierung geblieben.<sup>403</sup> Was die Menschenwürde inhaltlich ist, wann sie verletzt ist, wogegen sie schützt und wen sie in welcher Weise bindet, ist noch nicht geklärt.<sup>404</sup>

<sup>400</sup> *EuGH*, a.a.O.

<sup>401</sup> Siehe S. 59f.

<sup>402</sup> *EuGH*, Rs. C-377/98, Slg. 2001, I-7079, Rn. 70 – NL/EP-Rat - BiopatentRL; Rs. C-36/02, Slg. 2004, I 9609 Rn. 35 – Omega.

<sup>403</sup> Vgl. *Meyer/Borowsky*, GRC, Art. 1 Rn. 35; *Höfling*, in: *Stern/Tettinger* (Hrsg.), Die Europäische Grundrechte-Charta im wertenden Verfassungsvergleich, S. 154.

<sup>404</sup> *Höfling*, a.a.O.; *Meyer/Borowsky*, a.a.O.

Ausgangspunkt ist, dass es sich bei der Menschenwürde um eine konzeptionelle Idee handelt, die sich nicht in eine subsumtionsfähige Definition bringen lässt.<sup>405</sup> Der Inhalt der Menschenwürde muss daher argumentativ-wertend auf den Einzelfall bezogen bestimmt werden.<sup>406</sup> Entscheidungen des EuGH zur Menschenwürde sind selten. In seiner Entscheidung zur Biopatentrichtlinie hat sich der EuGH zum Schutz der Menschenwürde in Bezug auf den möglichen kommerziellen Umgang mit dem menschlichen Körper geäußert.<sup>407</sup> Er stellte fest, dass die Bestimmungen der angegriffenen Richtlinie so gefasst seien, „dass der menschliche Körper tatsächlich unverfügbar und unveräußerlich bleibt und somit die Menschenwürde gewahrt wird.“<sup>408</sup> Somit sind die Unverfügbarkeit und die Unveräußerlichkeit des menschlichen Körpers nach dem Begriffsverständnis des EuGH Bestandteile der Menschenwürde.

Die Unverfügbarkeit schließt jedoch nicht das Recht des Menschen aus, durch Zustimmung in voller Kenntnis der Sachlage über sich selbst zu verfügen. Der EuGH anerkennt in der gleichen Entscheidung das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht, als Recht des Menschen, durch Zustimmung in voller Kenntnis der Sachlage über sich selbst zu verfügen.<sup>409</sup> Daraus folgt, dass sich die Unverfügbarkeit des menschlichen Körpers nur gegen Verfügungen anderer über den fremden menschlichen Körper und nicht gegen die eigenen Verfügungen über den eigenen Körper im Rahmen eines körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts richtet. Zwar war nicht das Verhältnis zwischen dem Schutz der Menschenwürde und dem körperbezogenen Selbstbestimmungsrecht Gegenstand der Entscheidung. Dennoch deutet die Entscheidung darauf hin, dass der EuGH das Recht des Menschen, durch Zustimmung in voller Kenntnis der Sachlage über sich selbst zu verfügen, wohl nicht als einen Gegensatz zum Schutz, dass der menschliche Körper tatsächlich unverfügbar und unveräußerlich bleibt,<sup>410</sup> auffassen würde.

Das Gewinnerzielungsverbot stellt somit nur dann Konkretisierung des europäischen Menschenwürdeschutzes dar, wenn aufgrund der Gewinnerzielung die tatsächliche Unverfügbarkeit und Unveräußerlichkeit des menschlichen Körpers in Frage gestellt wird.

<sup>405</sup> *Höfling*, a.a.O., S. 156.

<sup>406</sup> *Höfling*, a.a.O.

<sup>407</sup> *EuGH*, Rs. C-377/98, Slg. 2001, I-7079, Rn. 77 – NL/EP-Rat - BiopatentRL.

<sup>408</sup> *EuGH*, a.a.O.

<sup>409</sup> *EuGH*, a.a.O., Rn. 80.

<sup>410</sup> *EuGH*, a.a.O., Rn. 77.

Daher ist nicht jede Gewinnerzielung einen Verstoß gegen das Gewinnerzielungsverbot. Es muss vielmehr unter wertender Betrachtung festgestellt werden, ob durch die Gewinnerzielung die tatsächliche Unverfügbarkeit und Unveräußerlichkeit des menschlichen Körpers in Frage gestellt wird.

#### § 4 Zusammenfassung

Bei der Auslegung und Interpretation des Gewinnerzielungsverbot ist zu beachten, dass der Grundrechtecharta nur deklaratorische Wirkung zukommt. Das Gewinnerzielungsverbot muss sich als Konkretisierung bestehender Gemeinschaftsgrundrechte darstellen, weil Art. 21 der Biomedizinkonvention als Vorläufernorm des Gewinnerzielungsverbot nicht zum Bestand der Gemeinschaftsgrundrechte zählt. Das Gewinnerzielungsverbot darf daher nicht darüber hinausgehen, was der Schutz dieser Gemeinschaftsgrundrechte gebietet.

Eine unmittelbare Herleitung des Gewinnerzielungsverbot aus dem Recht auf körperliche Unversehrtheit lässt sich nicht begründen. Das Gewinnerzielungsverbot ist von seinem Wortlaut zu weit gefasst und muss teleologisch reduziert werden. Es ist so auszulegen, dass nur Konstellationen erfasst werden, in denen der Menschenwürdeschutz eine Gewinnerzielung verbietet. Bei der jeweiligen Auslegung ist zu beachten, dass die Gewinnerzielung einen Menschenwürdeverstoß auch unter Berücksichtigung des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts darstellen muss.

## 2. Abschnitt: Der Tatbestand des Gewinnerzielungsverbot

Das Gewinnerzielungsverbot in Art. 3 Abs. 2 lit. c GRC lautet:

Im Rahmen der Medizin und der Biologie muss insbesondere Folgendes beachtet werden:[...]  
c) das Verbot, den menschlichen Körper und Teile davon als solche zur Erzielung von Gewinnen zu nutzen, [...].

### § 1 Die Nutzung von Teilen des menschlichen Körpers zur Gewinnerzielung

Fraglich ist, ob unter „Teile des menschlichen Körpers“ nur Bestandteile oder auch abgetrennte Körpersubstanzen zu verstehen sind. Das Gewinnerzielungsverbot darf

aufgrund des deklaratorischen Charakters der Charta inhaltlich nicht mehr verbieten, als der Schutz der Menschenwürde gebietet. Da menschlichen Körpersubstanzen keine Menschenwürde zukommt, können sie nur vom Gewinnerzielungsverbot erfasst sein, solange sie Bestandteil des menschlichen Körpers sind. Nach ihrer endgültigen Trennung können sie unproblematisch Gegenstand von entgeltlichen Rechtsgeschäften wie beispielsweise eines Verkaufes sein, da der Verkauf die Menschenwürde nicht betreffen könnte.

Diese einschränkende Interpretation steht im Einklang mit der in Deutschland geltenden Rechtslage, da in Deutschland Körpersubstanzen erst nach ihrer endgültigen Trennung vom Körper Sachqualität erlangen und erst dann Gegenstand von Rechtsgeschäften sein können. Wird der Kaufvertrag vor Abtrennung der Substanz geschlossen, ist dieser nicht bindend bzw. nicht durchsetzbar; dem Körperinhaber verbleibt bis zum Zeitpunkt der Entnahme die freie Entscheidung, ob er in die Entnahme einwilligt. Eine vorab erteilte Einwilligung ist jederzeit und ohne finanzielle Folgen widerruflich.

Würde durch den Verkauf von Körpersubstanzen eine unwiderrufliche Berechtigung zur Entnahme der Substanz geschaffen, läge darin ein klarer Verstoß gegen die Menschenwürde. Denn in diesem Fall würde einem anderen eine Verfügungsmöglichkeit über den eigenen Körper eingeräumt. Dies gilt selbst dann, wenn die unwiderrufliche Abtrennungsbefugnis Haare oder Fingernägeln beträfe, die zu diesem Zeitpunkt noch Bestandteile des menschlichen Körpers sind. Die Voraussetzung der Bestandteilseigenschaft der menschlichen Körpersubstanz entspricht damit der Vorgabe, dass das Gewinnerzielungsverbot nur als Konkretisierung des Schutzes der Menschenwürde Rechtswirkungen entfalten kann.

Zwar erfasst dann das Gewinnerzielungsverbot nicht den gesamten Bereich, der durch das Organhandelsverbot abgedeckt ist, da sich das Organhandelsverbot auch auf bereits entnommene Organe und Gewebe erstreckt. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Organhandelsverbot nicht zwingend aus dem Schutz der Menschenwürde abzuleiten ist. Das Organhandelsverbot beruht auf einer konstitutiven Entscheidung des Gesetzgebers, der es zur Vorbeugung und Abwehr ernstzunehmender Gefahren vorgesehen hat, die durch einen unkontrollierten internationalen Handel von Organen drohen würden. Es existieren für diese Gefahren auch alternative Lösungsvorschläge, ohne dass diese

Alternativen von vornherein mit der Menschenwürde unvereinbar wären, weil sie nicht an dem umfassenden Organhandelsverbot festhalten.<sup>411</sup>

Da das Organhandelsverbot in seinem gesamten Umfang nicht allein aus dem erforderlichen Schutz der Menschenwürde abzuleiten ist, kann es umfassender sein als ein Gewinnerzielungsverbot, welches unmittelbar aus dem gebotenen Schutz der Menschenwürde hergeleitet werden muss, weil es an einem konstitutiven Akt eines Normgebers fehlt. Zudem geht das nationale Organhandelsverbot in jedem Falle über das Gewinnerzielungsverbot der Charta hinaus, da für das Handelstreiben jede eigennützige, auf Umsatz gerichtete Handlung ausreichen soll, ohne dass ein konkreter finanzieller Gewinn erzielt werden müsste.

## **§ 2 Die Zahlung von Probandenhonoraren und das Gewinnerzielungsverbot**

Fraglich ist, ob das Gewinnerzielungsverbot auch der Zahlung von Probandenvergütungen entgegenstehen würde.

Der Wortlaut erfasst die Zahlung von Probandenvergütungen, da es sich bei den Probandenvergütungen nicht um bloße Aufwandsentschädigungen, sondern um eine Gewinnerzielung mit dem menschlichen Körper handelt. Es kann jedoch nicht festgestellt werden, dass die Zahlung von Probandenvergütungen einen Verstoß gegen die Menschenwürde darstellt. Es ist sozial erwünscht und für die Entwicklung neuer Medikamente unabdingbar, dass gesunde Menschen an den erforderlichen Studien teilnehmen. Maßgeblich für die Zulässigkeit der Studie und damit die Möglichkeit der Teilnahme ist die Vertretbarkeit des gesundheitlichen Risikos, welches eingegangen wird. Auf dieses Risiko hat das Anbieten einer Probandenvergütung keinen Einfluss. Diese Rechtsauffassung steht im Einklang mit den einschlägigen europarechtlichen Regelungen in diesem Bereich. Der europäische Gesetzgeber hat in Art. 6 Abs. 3 j) der Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung der guten klinischen Praxis bei klinischen Prüfungen mit Humanarzneimitteln 2001/20/EG<sup>412</sup> implizit vorausgesetzt, dass eine Vergütung für Prüfungsteilnehmer gezahlt werden darf. Denn nach dieser Norm sind die Beträge und

<sup>411</sup> Vgl. hierzu die Vorschläge in Breyer/van den Daele/Engelhard et al., Organmangel, S. 125ff.

<sup>412</sup> ABl. EG Nr. L 121 v. 01.05.2001, S. 34.

die Modalitäten für eine Vergütung oder Entschädigung für Prüfungsteilnehmer von der Ethik-Kommission bei der Ausarbeitung ihrer Stellungnahme zu berücksichtigen. Soweit die Richtlinie den Begriff „Entschädigung“ verwendet, kann damit kein Ausgleich für einen erlittenen Schaden gemeint sein. Denn vor der Genehmigung einer klinischen Studie kann kein Schaden entstanden sein, für den ein Proband entschädigt werden könnte. Bei der „Entschädigung“ handelt es sich daher um die den Probanden versprochene finanzielle Vergütung für die Teilnahme.

Als diese Richtlinie erlassen wurde, war die Grundrechtecharta in ihrer ursprünglichen Version im Dezember 2000<sup>413</sup> zwar noch nicht rechtlich verbindlich. Dennoch sah das europäische Parlament in seiner Geschäftsordnung bereits eine obligatorische Prüfung von Gesetzgebungsentwürfen anhand der Normen der Charta vor.<sup>414</sup> Offensichtlich wurde die Praxis der Probandenvergütung auch unter Berücksichtigung des Gewinnerzielungsverbot nicht als problematisch angesehen.

Auch in der Verordnung über die Anwendung der Guten Klinischen Praxis bei der Durchführung von klinischen Prüfungen mit Arzneimitteln zur Anwendung am Menschen vom 9. August 2004 (GCP-V),<sup>415</sup> geändert durch die Verordnung vom 15. März 2006,<sup>416</sup> wird von einer Zulässigkeit der Zahlungen an die Prüfungsteilnehmer ausgegangen. Diese Verordnung sieht in § 7 Abs. 3 Ziff. 14 vor, dass für die Genehmigung einer klinischen Studie die getroffenen Vereinbarungen hinsichtlich der Entschädigung der betroffenen Personen vorzulegen sind. Zwar spricht der Verordnungsgeber auch hier wieder von einer *Entschädigung*. Dass mit der Entschädigung nicht die Vereinbarung der obligatorischen Probandenversicherung, die eine Entschädigung für den Schadensfall gewährleistet, gemeint sein kann, ergibt sich bereits daraus, dass der Nachweis dieser Versicherung gesondert in § 7 Abs. 3 Ziff. 14 GPC-V verlangt wird. Unter Entschädigung sind vielmehr die auf einer Vereinbarung beruhenden Zahlungen an die Probanden zu verstehen, welche gemäß § 3 Abs. 2a GCP-V als „betroffene Personen“ bezeichnet werden.

<sup>413</sup> ABl. EG Nr. C 364 v. 18.12.2000, S. 1.

<sup>414</sup> Art. 58 a.F. der Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments; nunmehr sieht Art. 38 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments eine Beachtung der Charta vor.

<sup>415</sup> BGBl. I, S. 2081.

<sup>416</sup> BGBl. I, S. 542.

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass die Zahlung von Probandenvergütungen zwar vom Wortlaut des Gewinnerzielungsverbot erfasst wird, die Zahlung aber mangels Menschenwürdewidrigkeit keinen Verstoß darstellt.

### § 3 Die Beschränkung auf die Bereiche der Biologie und Medizin

Im Konvent wurde die Aufnahme des Gewinnerzielungsverbot in die Grundrechtecharta damit begründet, dass den Gefährdungen, die durch Fortschritte in Medizin und Biologie hervorgerufen werden, mit wesentlichen Grundsätzen und Geboten begegnet werden sollte.<sup>417</sup> Das Gewinnerzielungsverbot des Art. 3 Abs. 2 lit. c GRC gilt nach seinem Wortlaut auch nur für die Bereiche der Biologie und der Medizin. Diese im Hinblick auf den sachlichen Anwendungsbereich der Grundrechtecharta unverständliche Beschränkung ist dem Umstand geschuldet, dass das Gewinnerzielungsverbot aus Art. 21 der Biomedizinkonvention des Europarates entlehnt wurde, einem völkerrechtlichen Vertrag zum Schutz der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin. Die Beschränkung ist daher nur nachvollziehbar, wenn das Gewinnerzielungsverbot direkt aus der Biomedizinkonvention abgeleitet wird. Die Biomedizinkonvention ist jedoch wie dargelegt keine Rechtskenntnisquelle der Gemeinschaftsgrundrechte. Wenn das Gewinnerzielungsverbot aus dem Schutz der Menschenwürde hergeleitet wird, besteht kein sachlicher Grund für eine Beschränkung des Gewinnerzielungsverbot auf die Bereiche der Biologie und Medizin. Kritisiert wurde diese Beschränkung auf die Bereiche der Medizin und der Biologie bereits auf der 5. Sitzung des Konvents am 20./21. März 2000 von Kommissar Vitorino und den Regierungsvertretern Rodotà (IT) und Braibant (F), unterstützt von Rack (A) und Berès (F). Es wurde deshalb eine Ausweitung des Anwendungsbereiches gefordert.<sup>418</sup> Eine solche Ausweitung ist jedoch nicht erfolgt. Einer extensiven Auslegung der Norm dahingehend, dass das Verbot nur „insbesondere“ in den Bereichen Biologie und Medizin gilt und es auch in anderen Bereichen anwendbar ist, steht daher entgegen, dass eine solche Ausweitung bereits im Rahmen der

<sup>417</sup> Meyer/Borowsky, GRC, Art. 3 Rn. 15.

<sup>418</sup> Meyer/Borowsky, a.a.O., Rn. 22.

Entstehungsgeschichte der Norm diskutiert wurde und die Beschränkung im Normtext dennoch aufrecht erhalten wurde.

Somit stellt sich die Frage, welche Sachverhalte den Bereichen der Medizin und der Biologie zuzuordnen sind. Nahe liegend ist zunächst, den Blick auf den Regelungsbereich der Biomedizinkonvention zu richten. Die Biomedizinkonvention enthält Regelungen für die wissenschaftliche Forschung am Menschen (Kapitel V), die Humanmedizin unter Einschluss der Transplantationsmedizin (Kapitel VI), gentechnologische Verfahren im Humanbereich und auf die Fortpflanzungsmedizin beim Menschen (Kapitel IV). Der Regelungsgegenstand der einzelnen Normen greift aber weit über die Bereiche der Biologie und Medizin hinaus, wie beispielsweise das in Art. 11 BMK enthaltene allgemeine Diskriminierungsverbot wegen des genetischen Erbes einer Person. Daher lässt sich auch unter Berücksichtigung des Anwendungsbereiches der Biomedizinkonvention nicht klar definieren, welche Sachverhalte den Bereichen der Medizin und der Biologie zuzuordnen sind.

Die Beschränkung des Gewinnerzielungsverbot auf die Bereiche der Medizin und Biologie ist daher zum einen problematisch, weil eine klare Definition des Anwendungsbereiches nicht möglich ist. Darüber hinaus ist im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz nicht ersichtlich, warum die Gewinnerzielung nur in den Bereichen der Biologie und der Medizin verwerflich sein soll, nicht jedoch auch in anderen Bereichen. Insbesondere im Hinblick auf die ebenfalls durch die Grundrechtecharta gewährleistete Wissenschaftsfreiheit ist die Geltung eines Verbot nur für die Bereiche der Medizin und Biologie eine nicht zu rechtfertigende Diskriminierung.

### § 4 Zusammenfassung

Da menschlichen Körpersubstanzen keine Menschenwürde zukommt, können sie nur vom Gewinnerzielungsverbot erfasst sein, solange sie Bestandteil des menschlichen Körpers sind. Das Gewinnerzielungsverbot ist enger als das deutsche Organhandelsverbot. Dies folgt aus der Begrenzung des Anwendungsbereiches des Gewinnerzielungsverbot auf Menschenwürdeverstöße. Das Organhandelsverbot beruht auf einer konstitutiven Entscheidung des Gesetzgebers und geht über das hinaus, was zum Schutz der Menschenwürde erforderlich ist. Die Zahlung von

Probandenvergütungen wird zwar vom Wortlaut des Gewinnerzielungsverbot erfasst, sie stellt aber mangels Menschenwürdewidrigkeit keinen Verstoß dar. Von einer Rechtmäßigkeit dieser Zahlungen wird implizit in den Richtlinien und Verordnungen der Europäischen Union zu klinischen Prüfungen ausgegangen. Die Beschränkung des Verbotes auf die Bereiche der Biologie und der Medizin führt einerseits zu einem unklaren Anwendungsbereich und stellt andererseits eine nicht zu rechtfertigende Diskriminierung dar.

### 3. Abschnitt: Die Adressaten des Gewinnerzielungsverbot

Als Verpflichtungsadressaten des Gewinnerzielungsverbot kommen sowohl staatliche Stellen als auch Private in Betracht.

#### § 1 Die Union und die Mitgliedstaaten

Die Charta bindet gemäß Art. 51 Abs. 1 GRC die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union sowie die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union. Diese Bindung weicht von der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zur Bindungswirkung der Gemeinschaftsgrundrechte gegenüber den Mitgliedstaaten ab. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH sind die Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte gebunden, wenn sie gemeinschaftsrechtliche Regelungen durchführen<sup>419</sup> oder die Grundfreiheiten einschränken.<sup>420</sup> Art. 51 Abs. 1 GRC bestimmt hingegen, dass die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union an die Chartagrundrechte gebunden sind. Eine Bindung bei der Einschränkung der Grundfreiheiten sieht Art. 51 Abs. 1 GRC nicht vor.

<sup>419</sup> *EuGH*, Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609, Rn. 19 – Wachauf; Rs. C-2/92, Slg. 1994, I-955, Rn. 16 – Bostock; Rs. C-292/97, Slg. 2000, I-2737, Rn. 37 – Karlsson.

<sup>420</sup> *EuGH*, C-260/89, Slg. 1991, I-2925, Rn. 42 – ERT; Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Rn. 5 – Familiapress; Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 74 – Schmidberger; Rs. C-36/02, Slg. 2004, I 9609, Rn. 35 – Omega.

#### § 2 Die Bindung Privater an das Gewinnerzielungsverbot

Fraglich ist, ob das Gewinnerzielungsverbot auch Privatpersonen unmittelbar verpflichtet. In den Beratungen im Konvent zur Erstellung der Charta wurde das Thema der Wirkung der Chartagrundrechte im Privatrechtsverkehr und damit auch Fragen der unmittelbaren Drittwirkung nicht diskutiert.<sup>421</sup>

Für eine Bindung Privater an das Gewinnerzielungsverbot könnte zunächst sprechen, dass in erster Linie nichtstaatliche Akteure an den Aktivitäten beteiligt sind, die auf eine Gewinnerzielung ausgerichtet sind, wie beispielsweise am Verkauf von Körpersubstanzen.<sup>422</sup> Das Argument, dass die in der Charta enthaltenen Verbote auf eine Entfaltung ihrer Wirkung unter Privaten ausgelegt seien, wird teilweise auch für eine Drittwirkung der Chartagrundrechte angeführt.<sup>423</sup> Doch selbst wenn das Gewinnerzielungsverbot im Ergebnis auf eine Wirkung unter Privaten gerichtet sein sollte, folgt daraus nicht, dass das Gewinnerzielungsverbot nichtstaatliche Akteure unmittelbar bindet. Eine unmittelbare Anwendbarkeit könnte sich nur dann ergeben, wenn sie im Text der Charta angeordnet wird oder eine horizontale Wirkung von Gemeinschaftsgrundrechten zu bejahen wäre.

#### A. Keine ausdrückliche Anordnung der Verpflichtung nichtstaatlicher Akteure

Absatz 6 der Präambel bestimmt:

“Die Ausübung dieser Rechte ist mit Verantwortung und mit Pflichten sowohl gegenüber den Mitmenschen als auch gegenüber der menschlichen Gemeinschaft und den künftigen Generationen verbunden.“

Diese Pflichten gegenüber Mitmenschen und der menschlichen Gemeinschaft betreffen lediglich die Grenzen der zulässigen Rechtsausübung. Es handelt sich dabei nicht um so genannte „Grundpflichten“ gegenüber anderen Privaten.<sup>424</sup> Art. 51 Abs. 1 GRC bestimmt, dass die Bestimmungen der Charta die Stellen der Union und die Mitgliedstaaten unter bestimmten

<sup>421</sup> *Meyer/Borowsky*, GRC, Art. 3 Rn. 31.

<sup>422</sup> Vgl. *Dujmovits*, RdM 2001, 72, 80.

<sup>423</sup> *Mahlmann*, ZEuS 2000, S. 419, 438 Fn. 99.

<sup>424</sup> Vgl. *Szczekalla/Rengeling*, Grundrechte in der Europäischen Union, Rn. 40.

Bedingungen binden. Für eine Verpflichtung nichtstaatlicher Akteure finden sich weder in Art. 51 GRC noch in Art. 3 Abs. 2 GRC Anhaltspunkte.

## B. Keine horizontale Wirkung von Gemeinschaftsgrundrechten

Ob die Gemeinschaftsgrundrechte als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts auch für die Beziehung zwischen Privaten bindende Wirkung haben, wurde bislang durch den EuGH noch nicht entschieden.<sup>425</sup> Die Frage nach der unmittelbaren Bindung Privater an das Primärrecht stellte sich für die Rechtsprechung bislang nur im Zusammenhang mit der Anwendung der Grundfreiheiten des Europarechts. Hierzu ergingen Entscheidungen des EuGH, die eine horizontale Wirkung der Grundfreiheiten nahe legen.<sup>426</sup> Ob für die Möglichkeit der unmittelbaren Bindung Privater an die Grundrechte die Grundsätze aus der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten herangezogen werden können,<sup>427</sup> soll im Folgenden untersucht werden.

Zunächst ist insoweit zu berücksichtigen, dass der EuGH keine generelle horizontale Geltung aller Grundfreiheiten festgestellt hat. Für die Warenverkehrsfreiheit des Art. 28 EGV a.F. wurde entschieden, dass sie nur auf staatliche Maßnahmen Anwendung findet, nicht aber auf solche nicht-staatlicher Akteure.<sup>428</sup> Teilweise wurde die Frage der horizontalen Bindung auch dadurch umgangen, dass auf die Verpflichtung der Mitgliedstaaten abgestellt wurde, tatsächliche Beeinträchtigungen von Handlungen, die in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fallen, durch Private zu unterbinden.<sup>429</sup>

Die Entscheidungen, die eine horizontale Wirkung der Grundfreiheiten nahe legen,<sup>430</sup> betreffen überwiegend die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Dienstleistungsfreiheit. In diesen Fällen wurden Regelungen von nicht-staatlichen Vereinigungen im Rahmen ihrer Satzungsbefugnisse erlassen, die Tätigkeiten im Gewährleistungsbereich der genannten

<sup>425</sup> *Szycykalla/Rengeling*, a.a.O., Rn. 331, 402.

<sup>426</sup> Vgl. die Nachweise bei *Szycykalla/Rengeling*, a.a.O., Rn. 403.

<sup>427</sup> *Szycykalla/Rengeling*, a.a.O., Rn. 403ff.

<sup>428</sup> *EuGH*, Urt. v. 01.10.1987, Rs. C-311/85, Slg. 1987, 3801, Rn. 30 - Vlaamse Reisbureaus.

<sup>429</sup> *EuGH*, Urt. v. 09.12.1997, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959 - Kommission/Frankreich.

<sup>430</sup> *EuGH*, Urt. v. 12.12.1974, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405, Rn. 17f, 32f. - Walrave u. Koch; Urt. v. 14.07.1976, Rs. 13/76, Slg. 1976, 1333, Rn. 17f. - Donà; Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 83f. - Bosman; Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rn. 29ff. - Agonese; Urt. v. 19.02.2002, Rs. C-309/99, Slg. 2002, I-1577 - Wouters u.a. /Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten.

Grundfreiheiten betrafen. In der Entscheidung *Walrave und Koch* wurden diskriminierende Regelungen eines privatrechtlich organisierten Radsportverbandes an der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit gemessen.<sup>431</sup> Im Fall *Bosman* waren die Regelungen eines Fußballverbandes Maßnahmen, die die Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit beeinträchtigen konnten.<sup>432</sup> In der Rechtssache *Agonese* wurde eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten durch eine einzelne diskriminierende Maßnahmen eines Arbeitgebers angenommen.<sup>433</sup>

Es handelte sich bei den entschiedenen Fällen um relativ gleichartige Sachverhaltskonstellationen, so dass eine Übertragbarkeit auf die generelle Wirkung von Grundfreiheiten fern liegt. Doch selbst wenn eine horizontale Wirkung von Grundfreiheiten angenommen würde, spräche gegen eine Übertragbarkeit dieser Wirkung auf die Gemeinschaftsgrundrechte, dass die Begründung für die horizontale Wirkung auf der besonderen Funktion der Grundfreiheiten für die Schaffung eines Binnenmarktes beruht, die bei den Gemeinschaftsgrundrechten nicht gegeben ist.<sup>434</sup> Die den Entscheidungen zugrunde liegende Ratio bestand darin, dass das Ziel der jeweiligen Grundfreiheiten - die Beseitigung von Hindernissen zwischen den Mitgliedsstaaten - nicht erreicht würde, wenn nicht-staatliche Akteure die Beseitigung der staatlichen Beschränkungen durch die Errichtung von anderen Hindernissen wirkungslos machen könnten.<sup>435</sup> Diese Ratio lässt sich jedoch nicht auf den Bereich der Grundrechte übertragen. Die Grundfreiheiten sind primär Mittel zur Verwirklichung des Binnenmarktes<sup>436</sup> und zielen - anders als die Grundrechte - nicht auf den Schutz der individuellen Interessen des Einzelnen gegenüber dem Staat und Dritten. Die subjektiv-rechtlichen Wirkungen wurden den Grundfreiheiten in erster Linie deshalb zugesprochen, weil der EuGH in der Möglichkeit des Einzelnen, sich vor nationalen Gerichten

<sup>431</sup> *EuGH*, Urt. v. 12.12.1974, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405, Rn. 17f, 32f. - Walrave u. Koch.

<sup>432</sup> *EuGH*, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 83f. - Bosman.

<sup>433</sup> *EuGH*, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rn. 38f. - Agonese.

<sup>434</sup> Auch wenn die Europäische Union mehr ist als eine bloße Wirtschaftsgemeinschaft ist, muss bei der Analyse der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten berücksichtigt werden, dass der EuGH die Grundfreiheiten richtigerweise unter Berücksichtigung ihrer Verankerung im Vertrag über die Europäische (Wirtschafts-)Gemeinschaft in erster Linie rein funktional im Hinblick auf die Verwirklichung des Europäischen Binnenmarktes bzw. des Gemeinsamen Marktes ausgelegt hat.

<sup>435</sup> Vgl. *Szycykalla/Rengeling*, Grundrechte in der Europäischen Union, Rn. 403.

<sup>436</sup> Art. 26 Abs. 2 AEUV.

unmittelbar auf die Grundfreiheiten berufen zu können, ein Mittel zur effektiven Durchsetzung der Grundfreiheiten erkannt hat. Die Verpflichtung nicht-staatlicher Akteure bezüglich der Grundfreiheiten beruht auf der gleichen Idee wie die Schaffung einer subjektiv-rechtlichen Berechtigung des Einzelnen aus den Grundfreiheiten: der möglichst effektiven Umsetzung des Europäischen Vertragsrechtes zur Schaffung des Binnenmarktes. Die Gemeinschaftsgrundrechte haben hingegen eine ähnliche Funktion wie die nationalstaatlichen Grundrechte. Sie dienen dem Individualschutz und nicht der Verwirklichung des Binnenmarktes.

Mangels vergleichbarer Funktion ist daher eine Übertragbarkeit der Rechtsprechung des EuGH zur horizontalen Wirkung der Grundfreiheiten auf die in der Grundrechtecharta kodifizierten Gemeinschaftsgrundrechte abzulehnen.

### **C. Keine Regelungskompetenz in den Bereichen Forschung und Gesundheitswesen**

Darüber hinaus kann gegen eine Bindung Privater an das Gewinnerzielungsverbot angeführt werden, dass keine Kompetenz der Europäischen Union für ein unmittelbar geltendes Gewinnerzielungsverbot besteht. Denn die Europäische Union besitzt keine entsprechende Regelungskompetenz in den Bereichen Forschung und Gesundheitswesen, die jedoch erforderlich wäre, um ein unmittelbar geltendes Gewinnerzielungsverbot im Bereich der „Medizin und Biologie“ zu erlassen.<sup>437</sup> Eine Kompetenz zum Erlass eines solchen Gewinnerzielungsverbot liegt auch nicht implizit in Art. 3 Abs. 2 GRC. Zwar handelt es sich bei der Charta um Primärrecht, welches grundsätzlich auch Kompetenzen der Union begründen kann. Art. 51 Abs. 2 GRC bestimmt jedoch ausdrücklich, dass die Charta weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union begründet oder die festgelegten Zuständigkeiten oder Aufgaben verändert. Dies wird auch durch die Präambel bestätigt. Der fünfte Absatz der Präambel besagt, dass die Rechte, Freiheiten und Grundsätze der Charta „unter Achtung der Zuständigkeiten und Aufgaben der Union und des Subsidiaritätsprinzips“ bekräftigt werden. Zwar existierten für die Verwirklichung der Aufgaben der Europäischen Gemeinschaft Kompetenzen im Bereich

<sup>437</sup> Meyer/Borowsky, GRC, Art. 3 Rn. 31; Dujmovits, RdM 2001, 72, 80.

der Forschung<sup>438</sup> und die subsidiäre Vertragsabrundungskompetenz<sup>439</sup> des ehemaligen Art. 308 EGV.<sup>440</sup> Die Kompetenzen im Bereich der Forschung ermöglichten jedoch nicht den Erlass von rechtlichen Verboten. Es bestand lediglich die Möglichkeit der Förderung der Forschung durch Maßnahmen im Sinne der ehemaligen Art. 164 ff. EGV, beispielsweise durch gemeinsame Rahmen- und Einzelforschungsprogramme. Die subsidiäre Vertragsabrundungskompetenz des ehemaligen Art. 308 EGV war auf ein notwendiges Tätigwerden zur Verwirklichung der Ziele des gemeinsamen Marktes beschränkt und hätte den Erlass eines generellen Gewinnerzielungsverbot nicht ermöglicht. Allenfalls wenn eine enge Beziehung zum Binnenmarkt bestanden hätte, wie beispielsweise für die Zulassung und den Handel mit Arzneimitteln und Medizinprodukten, wäre eine Regelungskompetenz in Betracht gekommen, die jedoch nur einen Teil des Anwendungsbereiches der Grundrechtecharta erfasst hätte. An dieser Kompetenzverteilung hat auch der Vertrag von Lissabon nichts geändert. Gemäß Art. 4 Abs. 4 AEUV erstreckt sich die Zuständigkeit der Union in den Bereichen Forschung, technologische Entwicklung und Raumfahrt darauf, Maßnahmen zu treffen, insbesondere Programme zu erstellen und durchzuführen, ohne dass die Ausübung dieser Zuständigkeit die Mitgliedstaaten hindert, ihre Zuständigkeit auszuüben. Das Ziel der Stärkung der wissenschaftlichen und technologischen Grundlagen findet sich jetzt in Art. 179 Abs. 1 AEUV und die hierzu möglichen Maßnahmen benennen die Artt. 180 - 190 AEUV. Die Vertragsabrundungskompetenz befindet sich nun in Art. 352 AEUV ohne dass sie eine inhaltliche Änderung erfahren hätte.

Die fehlende Regelungskompetenz der Europäischen Union spricht daher gegen eine Bindung Privater an das Gewinnerzielungsverbot der Grundrechtecharta.

<sup>438</sup> Die Förderung der Forschung und technologischen Entwicklung war gemäß ex-Art. 3 Abs. 1 lit. N EGV eine Aufgabe der Gemeinschaft. In ex-Art. 163 Abs. 1 EGV (jetzt Art. 179 Abs. 1 AEUV) war als Ziel der Gemeinschaft definiert, die wissenschaftlichen und technologischen Grundlagen der Industrie der Gemeinschaft zu stärken, die Entwicklung ihrer internationalen Wettbewerbsfähigkeit zu fördern und alle Forschungsmaßnahmen zu unterstützen, die aufgrund anderer Kapitel des EGV für erforderlich gehalten wurden.

<sup>439</sup> Dabei handelte es sich um eine subsidiäre Kompetenz zum Tätigwerden der Gemeinschaft zur Verwirklichung ihrer Ziele aus ex-Artt. 2 und 3 EGV im Rahmen des gemeinsamen Marktes, soweit die Kompetenz nicht andernorts vorgesehen war.

<sup>440</sup> Heselhaus, in: Heselhaus/Nowak/Baldus (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 3 Rn. 11 m.w.N.

## D. Ergebnis

Das Gewinnerzielungsverbot entfaltet keine unmittelbaren Wirkungen für Privatrechtsbeziehungen. Gegen eine Bindung Privater an das Gewinnerzielungsverbot spricht, dass für eine solche Bindung keine Anhaltspunkte im Text der Grundrechtecharta vorhanden sind, die Rechtsprechung zur horizontalen Wirkung von Grundfreiheiten auf die Gemeinschaftsgrundrechte nicht übertragbar ist und die Europäische Union keine Regelungskompetenz in den Bereichen der Forschung und der Gesundheitsfürsorge hat.

### 4. Abschnitt: Die unmittelbare Anwendbarkeit des Gewinnerzielungsverbotes

Hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereiches des Gewinnerzielungsverbotes stellt sich ebenfalls die Frage, ob sich Private auf das Gewinnerzielungsverbot der Charta gegenüber staatlichen Akteuren berufen können. Dies betrifft die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit des Gewinnerzielungsverbotes. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH<sup>441</sup> setzt die unmittelbare Anwendbarkeit von Normen des Primärrechts voraus, dass diese hinreichend klar und eindeutig sind und sie darüber hinaus nicht durch einen Vorbehalt unions- oder mitgliedstaatlicher Regelung eingeschränkt werden.<sup>442</sup>

Ein entsprechender Vorbehalt könnte sich unter Berücksichtigung der Regelung des Art. 52 Abs. 5 GRC ergeben, wenn das Gewinnerzielungsverbot einen Grundsatz der Charta darstellt. Denn gemäß Art. 52 Abs. 5 GRC erfordern Bestimmungen, in denen Grundsätze festgelegt sind, weitere Umsetzungsakte im Ausübung der jeweiligen Zuständigkeiten. Die Grundsätze selbst können vor Gericht nur bei der Auslegung der Umsetzungsakte und bei Entscheidungen über deren Rechtmäßigkeit herangezogen werden. Fraglich ist daher, ob das Gewinnerzielungsverbot als ein Grundsatz oder ein Recht im Sinne des Art. 52 Abs. 5 GRC zu qualifizieren ist.

<sup>441</sup> ständige Rechtsprechung seit *EuGH*, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1/24ff. - van Gend & Loos.

<sup>442</sup> *Ladenburger*, in: *Tettinger/Stern*, GRC, Art. 51 Rn. 8.

## § 1 Die Rechtsnatur des Gewinnerzielungsverbotes

Die Charta gibt nicht vor, ob eine Bestimmung als Recht, als Grundsatz oder in einer anderen Weise zu qualifizieren ist. Obwohl bereits im Konvent darauf hingewiesen wurde, dass die unterbliebene Zuordnung in der Charta zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen wird,<sup>443</sup> wurde entschieden, dass die Zuordnung durch die Rechtsprechung erfolgen soll.<sup>444</sup> Ursprünglich bezog sich die Einteilung in Grundsätze und Rechte nur auf die sozialen Gewährleistungen der Charta und war das Ergebnis eines politischen Kompromisses in der Auseinandersetzung über die sozialen Grundrechte der Charta.<sup>445</sup> Wie sich aus Art. 51 GRC ergibt, ist die Einteilung in Rechte und Grundsätze jedoch nicht auf die sozialen Gewährleistungen beschränkt, sondern erfasst die gesamte Charta.<sup>446</sup>

Die rechtliche Einordnung des Gewinnerzielungsverbotes ist umstritten. Einer Ansicht zufolge ist das Gewinnerzielungsverbot ein subjektives Recht der Grundrechtecharta.<sup>447</sup> Als Begründung wird angeführt, dass das Gewinnerzielungsverbot eine Ausprägung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit und der Menschenwürde sei.<sup>448</sup> Einer anderen Ansicht nach ist das Gewinnerzielungsverbot als Grundsatz im Sinne des Art. 52 Abs. 5 GRC zu qualifizieren.<sup>449</sup>

Aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich nicht eindeutig, ob das Gewinnerzielungsverbot als Grundsatz der Charta anzusehen ist. Unter Berücksichtigung

<sup>443</sup> *Ladenburger*, a.a.O., Art. 52 Rn. 9.

<sup>444</sup> *Sekretariat des Europäischen Konvents*, Bericht des Vorsitzenden der Gruppe II - Einbeziehung der Charta/Beitritt zur EMRK, Dokument CONV 354/02 v. 22.10.2002, S. 8: „Mit der vorgeschlagenen Klausel [Art. 51 Abs. 5] bestätigt die Gruppe darüber hinaus die vom vorherigen Konvent eingeschlagene Linie, den Charakter ("Recht" oder "Grundsatz") einzelner Charta-Artikel so klar wie möglich in der Formulierung der jeweiligen Artikel zum Ausdruck zu bringen, und es unter Beachtung der wertvollen Leitlinien in den „Erläuterungen des Präsidiums“, die um die Erläuterungen dieser Arbeitsgruppe ergänzt werden, der künftigen Rechtsprechung zu überlassen, die genaue Zuordnung der Artikel zu den beiden Kategorien vorzunehmen“.

<sup>445</sup> Vgl. dazu ausführlich *Ladenburger*, in: *Tettinger/Stern*, GRC, Art. 52 Rn. 7.

<sup>446</sup> Eine solche Unterscheidung speziell zum Sozialtitel der Charta stieß auf politischen Widerstand, da darin eine Schwächung sozialer Rechte und ein Verstoß gegen die Unteilbarkeit klassischer und sozialer Rechte gesehen wurde, *Ladenburger*, a.a.O., Art. 52 Rn. 8.

<sup>447</sup> *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 369.

<sup>448</sup> *Bühler*, a.a.O.

<sup>449</sup> *Borowsky*, in: Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Art. 3 Rn. 40.

von Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRC finden sich Anhaltspunkte im Wortlaut, die dafür sprechen, dass es sich bei Art. 3 Abs. 2 GRC um ein Recht handelt. Denn gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRC werden Rechte geachtet (to respect /respecter qc.) während Grundsätze eingehalten werden müssen (to observe/ observer qc.).<sup>450</sup> Art. 3 Abs. 2 GRC besagt, dass im Rahmen der Medizin und der Biologie „insbesondere Folgendes beachtet“ werden muss (must be respected/doivent être respectés).<sup>451</sup>

Diese Schlussfolgerung setzt voraus, dass der Text der Charta im Hinblick auf die Unterscheidung von Rechten und Grundsätzen sorgfältig formuliert wurde. Im Abschlussbericht des Vorsitzenden der Arbeitsgruppe II des Verfassungskonvents wird mitgeteilt, dass man sich bemüht habe, die Zuordnung einzelner Artikel der Charta so klar wie möglich in der Formulierung der jeweiligen Artikel zum Ausdruck zu bringen.<sup>452</sup> Die Wortwahl „achten/to respect/respecter qc.“ findet sich in Art. 1<sup>453</sup>, Art. 7<sup>454</sup>, Art. 11 Abs. 2<sup>455</sup>, Art. 13 S. 2<sup>456</sup>, Art. 14 Abs. 3<sup>457</sup>, Art. 22<sup>458</sup>, Art. 25<sup>459</sup>, Art. 26<sup>460</sup>,

---

<sup>450</sup> Art. 51 Abs. 1 S. 2 GRC: They shall therefore *respect the rights, observe the principles* and promote the application thereof in accordance with their respective powers and respecting the limits of the powers of the Union as conferred on it in the Treaties. / En conséquence, ils *respectent les droits, observent les principes* et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traits.

<sup>451</sup> Art. 3 Abs. 2 GRC: In the fields of medicine and biology, the following must be respected in particular. / Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés.

<sup>452</sup> *Sekretariat des Europäischen Konvents*, Bericht des Vorsitzenden der Gruppe II - Einbeziehung der Charta/Beitritt zur EMRK, Dokument CONV 354/02 v. 22.10.2002, S. 8.

<sup>453</sup> Art. 1 GRC: Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie ist zu achten und zu schützen.“ „Human dignity is inviolable. It must be respected. / La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée.

<sup>454</sup> Art. 7: Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation. / Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications. / Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications.

<sup>455</sup> Art. 11 Abs. 2 GRC: Die Freiheit der Medien und ihre Pluralität werden geachtet. / The freedom and pluralism of the media shall be respected. / La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés.

<sup>456</sup> Art. 13 S. 2 GRC: Die akademische Freiheit wird geachtet. / Academic freedom shall be respected. / La liberté académique est respectée.

Art. 34 Abs. 1 und 3<sup>461</sup>, Art. 36<sup>462</sup> und Art. 48 Abs. 2 GRC. Bei diesen Bestimmungen ist

---

<sup>457</sup> Art. 14 Abs. 3 GRC: Die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten unter Achtung der demokratischen Grundsätze sowie das das Recht der Eltern, die Erziehung und den Unterricht ihrer Kinder entsprechend ihren eigenen religiösen, weltanschaulichen und erzieherischen Überzeugungen sicherzustellen, werden nach den einzelstaatlichen Gesetzen geachtet [...]. / The freedom to found educational establishments with due respect for democratic principles and the right of parents to ensure the education and teaching of their children in conformity with their religious, philosophical and pedagogical convictions shall be respected. / La liberté de créer des établissements d'enseignement dans le respect des principes démocratiques, ainsi que le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques, sont respectés selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.

<sup>458</sup> Art. 22 GRC: Die Union achtet die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen. / The Union shall respect cultural, religious and linguistic diversity. / L'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique.

<sup>459</sup> Art. 25 GRC Die Union anerkennt und achtet das Recht älterer Menschen auf ein würdiges und unabhängiges Leben und auf Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben. / The Union recognises and respects the rights of the elderly to lead a life of dignity and independence and to participate in social and cultural life. / L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle.

<sup>460</sup> Art. 26 GRC: Die Union anerkennt und achtet den Anspruch von Menschen mit Behinderung auf Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer Eigenständigkeit, ihrer sozialen und beruflichen Eingliederung und ihrer Teilnahme am Leben der Gemeinschaft. / The Union recognises and respects the right of persons with disabilities to benefit from measures designed to ensure their independence, social and occupational integration and participation in the life of the community. / L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté.

<sup>461</sup> Art. 34 Abs. 1 GRC: Die Union anerkennt und achtet das Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und den sozialen Diensten [...]. / The Union recognises and respects the entitlement to social security benefits and social services [...]. / L'Union reconnaît et respecte le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux [...].

Art. 34 Abs. 3 GRC: Um die soziale Ausgrenzung und die Armut zu bekämpfen, anerkennt und achtet die Union das Recht auf eine soziale Unterstützung und eine Unterstützung für die Wohnung, die allen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, ein menschenwürdiges Dasein sicherstellen sollen, nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. / In order to combat social exclusion and poverty, the Union recognises and respects the right to social and housing assistance so as to ensure a decent existence for all those who lack sufficient resources, in accordance with the rules laid down by Union law and national laws and practices. / Afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, selon les règles établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales.

jedoch nicht immer eindeutig, ob sie als Rechte zu qualifizieren sind. Insbesondere zu Art. 34 GRC wird in den Erläuterungen des Präsidiums festgestellt, dass in einigen Fällen ein Artikel der Charta sowohl Elemente eines Rechts als auch eines Grundsatzes enthalten könne.<sup>463</sup> Als Beispiele werden Art. 23 GRC, Art. 33 GRC und Art. 34 GRC. genannt. Allein aus der Verwendung von „achten/to respect/respecter qc.“ lässt sich daher nicht die Qualifizierung des Gewinnerzielungsverbot als Recht herleiten.

Die Begründung, das Gewinnerzielungsverbot stelle ein subjektives Recht dar, weil das Verbot eine Ausprägung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit und der Menschenwürde sei,<sup>464</sup> ist nicht überzeugend. Denn auch wenn das Gewinnerzielungsverbot aus diesen Grundrechten abzuleiten ist, ergibt sich daraus noch nicht, dass es sich bei dem Gewinnerzielungsverbot um ein subjektives Recht handelt. Gegen eine Qualifizierung als ein Recht spricht, dass es bereits an dem Forderungsgehalt eines Rechtes fehlt. Der durch das Gewinnerzielungsverbot vermeintlich Geschützte wird durch das Verbot nicht berechtigt, sondern verpflichtet.

Während die früheren Entwurfsfassungen des Art. 3 Abs. 2 GRC bestimmten, dass „die folgenden Grundsätze“ einzuhalten seien<sup>465</sup> befindet sich das Wort „Grundsätze“ seit dem Dokument CHARTE 4470/1/00 REV 1 CONVENT 47 vom 21. September 2000 nicht mehr im Text des Art. 3 Abs. 2 GRC. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass mit

---

<sup>462</sup> Art. 36 GRC: Die Union anerkennt und achtet den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit den Verträgen geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern. / The Union recognises and respects access to services of general economic interest as provided for in national laws and practices, in accordance with the Treaties, in order to promote the social and territorial cohesion of the Union. / L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément aux traités, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union.

<sup>463</sup> Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. EU Nr. C 303 v. 14.12.2007, S. 17, 35.

<sup>464</sup> *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, S. 369.

<sup>465</sup> Die früheren Fassungen lauteten:

„In der Medizin und Biologie müssen *folgende Grundsätze* beachtet werden...“, CHARTE 4123/1/00 REV 1 CONVENT 5 v. 15.02.2000;

„Im Rahmen der Medizin und der Biologie müssen *insbesondere folgende Grundsätze* eingehalten werden...“, CHARTE 4149/00 CONVENT 13 v. 08.03.2000 und CHARTE 4360/00 CONVENT 37 v. 14.06.2000;

„Im Rahmen der Medizin und der Biologie müssen (*insbesondere*) *folgende Grundsätze* eingehalten werden...“, Dokument SN 2598/00 v. 27.04.2000, zitiert jeweils nach *Meyer/Borowsky*, GRC, Art. 3 Rn. 18, 20, 23.

der Streichung des Wortes „Grundsätze“ die ursprüngliche Einordnung als Grundsatz aufgegeben werden sollte. In den Erläuterungen des Präsidiums werden die Ge- und Verbote des Art. 3 Abs. 2 GRC als Grundsätze bezeichnet.<sup>466</sup> Die Erläuterungen des Präsidiums sind gemäß Art. 52 Abs. 7 GRC und Absatz 5 der Präambel bei der Auslegung besonders zu berücksichtigen. Dies wird durch den Verweis in Art. 6 Abs. 1 S. 3 EUV auf die allgemeinen Bestimmungen des Titels VII und damit auch auf Art. 52 Abs. 7 GRC<sup>467</sup> bekräftigt.

Problematisch an einer Qualifizierung als Grundsatz ist allerdings, dass die Europäischen Union keine Kompetenz besitzt, das Gewinnerzielungsverbot im Umfang des Art. 3 Abs. 2 GRC durch Rechtsakte umzusetzen. Der Europäischen Union fehlt die Regelungskompetenz in den Bereichen Forschung und Gesundheitswesen, also in zwei Regelungsbereichen, die wohl hauptsächlich die in der Norm genannten Bereiche „Medizin und Biologie“ abdecken. Die Grundrechtecharta enthält auch keine Kompetenz zur Umsetzung des Gewinnerzielungsverbot, da Art. 51 Abs. 2 GRC ausdrücklich bestimmt, dass die Charta weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union begründet oder die festgelegten Zuständigkeiten oder Aufgaben verändert. Auch Art. 6 Abs. 1 S. 1 EUV bekräftigt, dass durch die Bestimmungen der Charta die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union in keiner Weise erweitert werden.

## § 2 Ergebnis

Das Gewinnerzielungsverbot ist als ein Grundsatz der Charta und nicht als ein Recht zu qualifizieren. Es bedarf daher als Grundsatz weiterer Umsetzungsakte. Da das Gewinnerzielungsverbot somit nicht vorbehaltlos ist, ist es nicht unmittelbar anwendbar. Zu beachten ist das Gewinnerzielungsverbot hingegen bei der Auslegung des bestehenden Europarechtes und seiner Umsetzungsakte sowie bei Entscheidungen über deren Rechtmäßigkeit.

---

<sup>466</sup> Erläuterungen des Präsidiums des Konvents zu Art. 3: „Die Grundsätze des Artikels 3 der Charta sind bereits in dem im Rahmen des Europarates angenommenen Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin enthalten. Die Charta will von diesen Bestimmungen nicht abweichen [...]“, ABl. EU Nr. C 303 v. 14.12.2007, S. 18.

<sup>467</sup> Dieser Absatz wurde auf Drängen der britischen Regierung im Juni 2004 nachträglich eingefügt, vgl. dazu ausführlich *Ladenburger*, in: *Tettinger/Stern*, GRC, Art. 52 Rn. 14f.

## 5. Abschnitt: Zusammenfassung

Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union hat nur deklaratorischen und keinen konstitutiven Rechtscharakter. Neues Recht wird durch sie nicht gesetzt. Der Wortlaut des Gewinnerzielungsverbotes der Grundrechtecharta ist zu weit gefasst, da ein entsprechendes Verbot vor der Ausarbeitung der Charta im Recht der Europäischen Union nicht existierte. Erforderlich ist eine teleologische Reduktion dahingehend, dass im Einzelfall zu begründen ist, aufgrund welcher Umstände ein Verstoß gegen die Menschenwürde in Betracht kommt. Menschliche Körpersubstanzen können vom Gewinnerzielungsverbot nur solange erfasst werden, wie sie Bestandteile des menschlichen Körpers sind, da ihnen selbst keine Menschenwürde zukommt. Zwar wird vom Wortlaut des Gewinnerzielungsverbotes auch die Vergütung für die Teilnahme an klinischen Studien und Versuchen erfasst. Diese Praxis ist jedoch kein Verstoß gegen die Menschenwürde. Vielmehr wird die Zahlung einer Vergütung in Sekundärrechtsakten als zulässig vorausgesetzt.

Verpflichtungsadressaten des Gewinnerzielungsverbotes sind die Europäische Union und die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Europäischen Union. Das Gewinnerzielungsverbot entfaltet keine unmittelbaren Wirkungen für Privatrechtsbeziehungen. Eine unmittelbare Anwendbarkeit besteht nicht. Es handelt sich bei dem Gewinnerzielungsverbot um einen Grundsatz der Charta, der weiterer Ausgestaltung bedarf. Zu beachten ist das Gewinnerzielungsverbot bei der Auslegung des bestehenden Europarechtes und seiner Umsetzungsakte sowie bei Entscheidungen über deren Rechtmäßigkeit. Da jedoch im Einzelfall ein Menschenwürdeverstoß zu begründen ist, kann dem Gewinnerzielungsverbot insoweit allenfalls eine Art Merkpostenfunktion für die vorzunehmende Prüfung zukommen. Die Beschränkung des Gewinnerzielungsverbotes der Grundrechtecharta auf die Bereiche der Medizin und Biologie ist willkürlich, im Hinblick auf die Wissenschaftsfreiheit nicht zu rechtfertigen und der fehlerhaften Annahme geschuldet, dass das Gewinnerzielungsverbot der Biomedizinkonvention auch Bestandteil des Rechts der Europäischen Union sei.

## 5. Teil: Bedeutung der Gewinnerzielungsverbote im Völker- und Europarecht für die Sittenwidrigkeit nach deutschem Recht

Eine Sittenwidrigkeit des Verkaufes von Körpersubstanzen und der Zahlung von Probandenvergütungen könnte sich aus einem Verstoß gegen den *ordre public international* ergeben, wenn sich eine entsprechende Rechtsauffassung international manifestiert hat.<sup>468</sup>

Im Übereinkommen des Europarates über den Austausch therapeutischer Substanzen menschlichen Ursprungs vom 15. Dezember 1958 und in der Empfehlung R (79) 5 „Recommendation concerning International Exchange and Transportation of Human Substances“ vom 14. März 1979 gelten Unentgeltlichkeitsgebote im Bereich der Blutspende nicht für den Spender, sondern nur für die Abgabe zwischen Staaten zur Gewährleistung der Versorgung mit Spenderblut. Daraus kann nicht hergeleitet werden, dass jede Entgeltzahlung für Körpersubstanzen oder für die Teilnahme an wissenschaftlichen Studien als unzulässig einzustufen wäre.

Zwar existiert im Bereich des Transplantationswesens ein starker Konsens, dass der Organhandel verboten sein soll. Dies ergibt sich unter Berücksichtigung der Entschließung (78) 29 des Europarates vom 11. Mai 1978, der Resolution WHA 40.13 der WHO von 1987, der „Guiding Principles on Organ Transplantation“ der WHO vom 13. Mai 1991, des „Statement on Live Organ Trade“ der 37. World Medical Assembly“ von 1985, des „Statement on Human Organ and Tissue Donation and Transplantation“ der 52. World Medical Assembly (WMA) 2000, des „Statement on Human Tissue for Transplantation“ der 58. General Assembly der WMA 2007, des Zusatzprotokolls über die Transplantation von Organen und Geweben menschlichen Ursprungs zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin (ZP-Transplantation) vom 24. Januar 2002, der Empfehlungen der Parlamentarische Versammlung des Ministerrates des Europarates „Trafficking in organs in Europe“ Rec 1611 (2003) und der „Recommendation on organ trafficking“ Rec (2004) 7. Eine generelle Sittenwidrigkeit entgeltlicher Verträge über Körpersubstanzen außerhalb des Transplantationswesens lässt sich hieraus jedoch nicht herleiten. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass sich die Frage der

---

<sup>468</sup> Bleckmann, ZaöRV 1974, 112; BGH, Urt. v. 22.06.1972, II ZR 113/70, BGHZ 59, 83.

Vereinbarkeit mit den guten Sitten nur außerhalb des Anwendungsbereiches des Transplantationsgesetzes stellt.

Nur die Resolution (78) 29 des Ministerkomitees des Europarates „Resolution on Harmonisation of Legislations of Member States to Removal, Grafting and Transplantation of Human Substances“ vom 11. Mai 1978 betraf neben der Transplantationsmedizin auch die Entfernung und Sammlung von Körpersubstanzen zu wissenschaftlichen Zwecken. Erstmals wurden auch Zahlungen an den Substanzspender erfasst. Das Anbieten der Körpersubstanzen zu Gewinnerzielungszwecken sollte verboten werden. Im Anschluss an diese Resolution wurden jedoch keine weiteren Schritte auf internationaler Ebene unternommen, ein rechtlich verbindliches Gewinnerzielungsverbot zu erlassen, welches auch die Entfernung und Sammlung von Körpersubstanzen zu wissenschaftlichen Zwecken erfasst. Daher kann in der Resolution des Ministerrates noch keine international manifestierte Rechtsauffassung eines umfassenden Gewinnerzielungsverbot erblickt werden.

Demgegenüber könnten die umfassenden Gewinnerzielungsverbote der Biomedizinkonvention und der Grundrechtecharta der Europäischen Union dafür sprechen, dass sich im Völker- und Europarecht eine Rechtsauffassung manifestiert hat, die eine entgeltliche Abgabe von Körpersubstanzen und die Zahlung einer Probandenvergütung als unzulässig ansieht. Doch so umfassend, wie es ihr Wortlaut nahe legt, sind die Gewinnerzielungsverbote nicht. Bei beiden Gewinnerzielungsverboten ist eine teleologische Reduktion dahingehend erforderlich, dass die Gewinnerzielung einen Verstoß gegen die Menschenwürde darstellen muss.<sup>469</sup> Beide Gewinnerzielungsverbote gehen nicht über das hinaus, was ohnehin zum Schutz der Menschenwürde als sittenwidrig einzustufen wäre. Menschliche Körpersubstanzen können daher nur solange vom Gewinnerzielungsverbot erfasst sein, solange sie Bestandteile des menschlichen Körpers sind. Im Ergebnis verbleibt es daher trotz des umfassenden Wortlautes der Gewinnerzielungsverbote bei der Zulässigkeit des Verkaufes von menschlichen Körpersubstanzen außerhalb des Anwendungsbereiches des Organhandelsverbotes und bei der Zulässigkeit der Zahlung von Probandenvergütungen.

---

<sup>469</sup> Siehe S. 89f., 113.

## **6. Teil: Der verfassungsrechtliche Rahmen eines nationalen Gewinnerzielungsverbotes**

In diesem Kapitel wird der Frage nachgegangen, ob ein umfassendes Gewinnerzielungsverbot mit dem menschlichen Körper und seinen Teilen verfassungsrechtlich zulässig ist. Untersucht wird ein Verbot de lege ferenda, welches sowohl die entgeltliche Abgabe von Körpersubstanzen als auch die Zahlung einer Vergütung für die Probandentätigkeit erfassen würde. Es soll bestimmt werden, in welche grundrechtlich geschützten Positionen ein umfassendes Gewinnerzielungsverbot eingreifen würde und welche Aspekte bei einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbotes zu beachten wären.

### **1. Abschnitt: Das Verbot der entgeltlichen Abgabe menschlicher Körpersubstanzen**

Ein Verbot der entgeltlichen Abgabe menschlicher Körpersubstanzen könnte sowohl Rechtspositionen des Substanzspenders als auch Rechtspositionen von potentiellen Substanzempfängern betreffen.

#### **§ 1 Rechtspositionen des Substanzspenders**

Als betroffene Rechtspositionen des Substanzspenders kommen die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG, die Berufsfreiheit des Art. 12 GG oder das Grundrecht auf wirtschaftliche Betätigungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht.

#### **A. Die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG**

Ein Verbot der entgeltlichen Abgabe menschlicher Körpersubstanzen greift in die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG des Substanzspenders ein, wenn der Verkauf eigener Körpersubstanzen in den Schutzbereich der Eigentumsgewährleistung fällt.

### 1. Der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG

Der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG ist normgeprägt, da der Schutzgegenstand der Gewährleistung - das Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinne - durch rechtliche Regelungen erst geschaffen werden muss und nicht an außerrechtliche Kategorien angeknüpft werden kann. Der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff ist umfassender als der engere Eigentumsbegriff des Zivilrechts. Der Schutzbereich des Art. 14 GG erfasst über das zivilrechtliche Sacheigentum hinaus grundsätzlich alle vermögenswerten Rechte, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass er die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf.<sup>470</sup>

### 2. Die Rechte an Körpersubstanzen als vermögenswerte Rechte

Fraglich ist, ob die Rechte an Körpersubstanzen ein vermögenswertes Recht im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG darstellen. Nach überwiegender Auffassung in der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung wird eine endgültig vom Körper getrennte Körpersubstanz zu einer Sache, mit der Folge, dass sich das Recht am Körper in Sacheigentum an der Körpersubstanz umwandelt.<sup>471</sup> Demzufolge handelt es sich bei dem Recht an menschlichen Körpersubstanzen um Sacheigentum im Sinne des § 903 BGB und somit um ein vermögenswertes Recht im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG.

Doch auch wenn der hier abgelehnten Ansicht gefolgt wird, dass die Rechte an abgetrennten Körpersubstanzen allein dem Persönlichkeitsrecht zuzuordnen wären, könnte der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG durch das Gewinnerzielungsverbot betroffen sein. Denn zu den vermögenswerten Rechten des Art. 14 Abs. 1 GG können auch die vermögensrechtlichen Bestandteile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zählen.<sup>472</sup> Es kann daher dahinstehen, ob die Rechte an abgetrennten Körpersubstanzen eigentumsrechtlicher oder persönlichkeitsrechtlicher Natur sind. Da erst das

<sup>470</sup> st. Rspr. vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 26.05.1993, 1 BvR 208/93, BVerfGE 89, 1, Rn. 20, zitiert nach juris – Mietwohnung als Eigentum; Beschl. v. 09.01.1991, 1 BvR 929/89, BVerfGE 83, 201, 208, Rn. 36, zitiert nach juris – Vorkaufsrecht; jeweils m.w.N.

<sup>471</sup> Vgl. *BGH*, Urt. v. 09.11.1993, VI ZR 62/93, NJW 1994, 127, Rn. 10, 13, m.w.N., zitiert nach juris.

<sup>472</sup> Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 05.03.2009, 1 BvR 127/09; Urt. v. 01.12.1999 – I ZR 49/97 – Marlene Dietrich zu den vermögenswerten Bestandteilen des Rechts am eigenen Bild und des Namensrechts.

Gewinnerzielungsverbot zu einem Ausschluss der kommerziellen Verwertbarkeit der Körpersubstanz führt, kommt als Prüfungsmaßstab grundsätzlich Art. 14 Abs. 1 GG in Betracht.

### 3. Abgrenzung der Eigentumsgarantie zur Berufsfreiheit

Der Schutzbereich der Eigentumsfreiheit ist jedoch dann nicht eröffnet, wenn durch ein generelles Gewinnerzielungsverbot kein Aspekt des Sacheigentums betroffen wird, sondern lediglich die Erwerbsmöglichkeiten im Sinne der Berufsfreiheit oder Aspekte der allgemeinen Erwerbsfreiheit<sup>473</sup> geregelt werden. Für die insoweit erforderliche Abgrenzung zur Berufsfreiheit werden unterschiedliche Kriterien herangezogen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schützt Art. 14 Abs. 1 GG anknüpfend an das Eigentumsobjekt das „Erworbene“, während der Erwerbsvorgang von Art. 12 Abs. 1 GG geschützt wird.<sup>474</sup> Zum Erworbenen zählt auch die rechtliche Befugnis, Sachen zum Verkauf anzubieten, während die tatsächliche Absatzmöglichkeit der Erwerbstätigkeit und damit Art. 12 Abs. 1 GG zuzurechnen ist.<sup>475</sup> Entsprechend den Vorgaben der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung würde daher die rechtliche Befugnis zum Verkauf eigener Körpersubstanzen in den Schutzbereich der Eigentumsfreiheit fallen.

Teilweise wird in der Literatur eine andere Abgrenzung der Veräußerungs- und Übertragungsfreiheit des Art. 14 Abs. 1 GG zur Berufsfreiheit vorgenommen.<sup>476</sup> Der Eigentumsfreiheit wird der Abschluss obligatorischer oder dinglicher Verträge über die Veräußerung, Nutzung oder Belastung von Eigentumsgegenständen durch den Eigentümer zugeordnet.<sup>477</sup> Maßgeblich sei, dass die privatnützige Verfügung über eine Eigentumsposition beschränkt wird.<sup>478</sup> Denn gerade die Elemente der Privatnützigkeit

<sup>473</sup> Die Erwerbsfreiheit wird überwiegend der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG zugeordnet, sofern der Erwerb nicht der Berufsfreiheit unterfällt; vgl. *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 14 Rn. 223f.; *Depenbeuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 14 Rn. 101.

<sup>474</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 25.05.1993 – 1 BvR 345/83, BVerfGE 88, 366, 377 – Tierzuchtgesetz II; Urt. v. 16.02.2000 – 1 BvR 420/97, NJW 2000, 857, 859.

<sup>475</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 26.02.2002 – 1 BvR 558/91, 1428/91, BVerfGE 105, 252, 278 – Glykol.

<sup>476</sup> *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 14 Rn. 223f.

<sup>477</sup> *Papier*, a.a.O., Rn. 229, *Depenbeuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 14 Rn. 101.

<sup>478</sup> *Depenbeuer*, a.a.O., Rn. 99 m.w.N.

und der Verfügungsbefugnis kennzeichnen den rechtlichen Gehalt des Eigentums an einer Sache.<sup>479</sup> Vermarktungsverbote greifen demzufolge in den Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG ein.<sup>480</sup> Auch nach dieser Ansicht fällt die rechtliche Befugnis zum Verkauf eigener Körpersubstanzen in den Schutzbereich der Eigentumsfreiheit.

Für den Substanzspender ist daher auch in Abgrenzung zur Berufsfreiheit der Schutzbereich der Eigentumsfreiheit eröffnet, so dass sich ein generelles Gewinnerzielungsverbot für abgetrennte Körpersubstanzen an den Anforderungen des Art. 14 GG messen lassen muss.

#### 4. Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung?

Hinsichtlich einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ist danach zu unterscheiden, ob der Eingriff in die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Eigentumsrechts in Form einer Enteignung oder durch Inhalts- und Schrankenbestimmungen erfolgt. Eine Enteignung ist nur unter strengen formellen und materiellen Voraussetzungen und in Verbindung mit einer gesetzlich bestimmten Entschädigung zulässig, während für die Rechtfertigung von Inhalts- und Schrankenbestimmungen keine vergleichbaren Anforderungen bestehen.<sup>481</sup> Eine Enteignung ist der vollständige oder teilweise Entzug konkreter vermögenswerter Rechtspositionen durch gezielten hoheitlichen Rechtsakt zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben.<sup>482</sup> In dem Verbot des Verkaufes von menschlichen Körpersubstanzen liegt kein Entzug einer konkreten Rechtsposition zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Die Befugnis zum Verkauf stellt keine verselbständigte Eigentumsposition dar, die entzogen würde. Auch würde ein Verbot keine öffentlichen Aufgaben erfüllen. Ein generelles Gewinnerzielungsverbot würde daher einen Eingriff in die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG in Form einer Inhalts- und Schrankenbestimmung darstellen.

<sup>479</sup> st. Rspr. vgl. nur *BVerfG*, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, BVerfGE 134, 242-357, Rn. 167 m.w.N. zitiert nach juris.

<sup>480</sup> Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 08.12.1988 – 3 C 6/87, BVerwGE 81, 49 zum landwirtschaftlichen Vermarktungsverbot § 6 Abs. 4 Milch-Garantiemengen VO.

<sup>481</sup> *Epping*, Grundrechte, Rn. 469.

<sup>482</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 15.07.1981 – 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300, 330ff. - Nassauskiesung; statt vieler *Epping*, a.a.O.

Die Rechtsprechung unterscheidet nicht zwischen Inhalts- und Schrankenbestimmungen. Beide seien dadurch gekennzeichnet, dass sie die Rechte und Pflichten des Eigentümers abstrakt-generell bestimmen.<sup>483</sup> Ein umfassendes Gewinnerzielungsverbot würde durch den Ausschluss der wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeit abstrakt und generell die Befugnisse des Eigentümers von Körpersubstanzen regeln. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird teilweise zwischen Inhaltsbestimmungen und Schrankenbestimmungen differenziert.<sup>484</sup> Unter einer Inhaltsbestimmung ist die abstrakt-generelle und zukunftsgerichtete Festlegung von Rechten und Pflichten des verfassungsrechtlichen Eigentums zu verstehen.<sup>485</sup> Eine Schrankenbestimmung setzt eine Eigentumsposition voraus und beschränkt sie nachträglich durch Handlungs-, Duldungs- und Unterlassungspflichten zwecks eines Interessenausgleiches.<sup>486</sup>

Von einem allgemeinen Gewinnerzielungsverbot wird generell jeder Eigentümer von Körpersubstanzen betroffen. Durch das Verbot der Gewinnerzielung wird abstrakt bestimmt, dass jede gewinnträchtige Übertragung von existierenden Körpersubstanzen in Zukunft unzulässig wäre. Ein generelles Gewinnerzielungsverbot knüpft an eine bereits vorhandene Eigentumsposition in Form des zivilrechtlichen Eigentums an. Ein generelles Gewinnerzielungsverbot erfüllt daher die Voraussetzungen einer Schrankenbestimmung. Entsteht das Eigentum an den Körpersubstanzen hingegen nach Erlass des Verbotes würde es sich um eine Inhaltsbestimmung handeln.

## B. Ergebnis

Ein umfassendes Gewinnerzielungsverbot muss als Eingriff in das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentumsrecht des Substanzspenders in Form einer Inhalts- und Schrankenbestimmung gerechtfertigt werden. Zwar greift ein generelles Gewinnerzielungsverbot auch in das Grundrecht auf wirtschaftliche Betätigungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ein, da der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit auch die

<sup>483</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 25.03.1998 – 1 BvR 1084/92, Rn. 5, zitiert nach juris; st. Rspr. seit *BVerfG*, Beschl. v. 12.06.1979 – 1 BvL 19/76, BVerfGE 52, 1, 27ff. – Kleingarten.

<sup>484</sup> statt vieler *Epping*, a.a.O., Rn. 463.

<sup>485</sup> *Epping* a.a.O.; *BVerfG*, Beschl. v. 12.03.1986 – 1 BvL 81/79, BVerfGE 72, 66, 76 unter C I 2a.

<sup>486</sup> *Sachs/Wendt*, in: GG, Art. 14 Rn. 55.

persönliche Entfaltung auf wirtschaftlichem Gebiet erfasst.<sup>487</sup> Insofern sind jedoch die Gewährleistungen der Eigentums- und der Berufsfreiheit spezieller.<sup>488</sup>

## § 2 Rechtspositionen von Dritten

Durch ein generelles Gewinnerzielungsverbot mit menschlichen Körpersubstanzen könnten auch grundrechtlich geschützte Rechtspositionen von Dritten betroffen werden, da auch der An- und Weiterverkauf fremder Körpersubstanzen durch das Gewinnerzielungsverbot untersagt wird. Wenn an fremden Körpersubstanzen bereits vor Erlass des Gewinnerzielungsverbotes Eigentum erworben wurde, gelten die vorangegangenen Ausführungen zur Eigentumsfreiheit beim Verkauf eigener Körpersubstanzen entsprechend. Das Verbot stellt dann einen Eingriff in die Eigentumsfreiheit des Art. 14 Abs. 1 GG in Form einer Schrankenbestimmung dar. Fraglich ist jedoch, was hinsichtlich eines Erwerbs von Körpersubstanzen nach Erlass des Verbotes gilt. Unter Berücksichtigung der vorangegangenen Ausführungen zur Abgrenzung zwischen der Eigentumsgarantie und der Berufsfreiheit wäre dann der Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet.

### A. Die Berufsfreiheit des Art. 12 GG

Das Verbot eines entgeltlichen Erwerbs von Körpersubstanzen könnte einen Eingriff in die Berufsfreiheit des An- und Weiterverkäufers darstellen. Betroffen wären in erster Linie Betreiber von Gewebe- und Zellsammlungen (Biobanken).

### I. Schutzbereich der Berufsfreiheit

Unter einem Beruf im Sinne des Art. 12 GG ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jede Tätigkeit zu verstehen, die auf gewisse Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.<sup>489</sup> Zwar werden einige Biobanken nicht hauptberuflich betrieben, sondern werden lediglich im Rahmen der

<sup>487</sup> Lorenz, in: BK-GG, Art. 2 Rn. 218.

<sup>488</sup> Lorenz, a.a.O.

<sup>489</sup> BVerfG, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 397 - Apothekenurteil; Beschl. v. 18.06.1980 - 1 BvR 697/77, BVerfGE 54, 301, 313 - Buchführungsprivileg.

Tätigkeit in Heilberufen oder als Forscher für die jeweilige Institution angelegt. Dennoch fällt diese Tätigkeit in den Schutzbereich der Berufsfreiheit, da nicht erforderlich ist, dass die Schaffung oder Erhaltung der Lebensgrundlage allein durch die fragliche Tätigkeit gewährleistet ist.<sup>490</sup>

## II. Eingriffsqualität des Gewinnerzielungsverbotes

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit setzt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts voraus, dass die staatliche Maßnahme, die die Berufsausübung betrifft, eine subjektiv oder objektiv berufsregelnde Tendenz aufweist.<sup>491</sup> Eine berufsregelnde Tendenz ist zu bejahen, wenn die Maßnahme auf die Berufsregelung zielt oder sich bei berufsneutraler Zielsetzung unmittelbar auf die berufliche Tätigkeit auswirkt oder in ihren mittelbaren Auswirkungen von einigem Gewicht ist.<sup>492</sup> Auswirkungen von einigem Gewicht sind jedenfalls bei den Biobankbetreibern zu bejahen, die auf den Ankauf von Körpersubstanzen vom Substanzspender angewiesen sind. Da eine berufsregelnde Tendenz im Sinne der Rechtsprechung gegeben ist, kann auch dahinstehen, ob eine solche berufsregelnde Tendenz als zusätzliches Kriterium erforderlich ist.<sup>493</sup> Ein generelles Gewinnerzielungsverbot stellt daher jedenfalls eine Berufsausübungsregelung der Berufsfreiheit des Art. 12 GG dar.

### B. Die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

Da ein generelles Gewinnerzielungsverbot auch den Ankauf von Körpersubstanzen zu Forschungszwecken verbietet, könnte es in die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG eingreifen. Denn aufgrund eines Gewinnerzielungsverbotes dürfen die Forscher keine finanziellen Anreize für Substanzspenden setzen. Da jedoch anzunehmen ist, dass durch einen finanziellen Anreiz die Spendebereitschaft und damit die Verfügbarkeit von Körpersubstanzen erhöht werden, schränkt das Gewinnerzielungsverbot die Möglichkeiten zur Erlangung von Körpersubstanzen zu

<sup>490</sup> Schmidt, in: ErfK, Art. 12 Rn. 6.

<sup>491</sup> Statt vieler BVerfG, Beschl. v. 12.06.1990 - 1 BvR 355/86, BVerfGE 82, 209, 223f.

<sup>492</sup> Nolte/Tams, JuS 2006, 31, 33.

<sup>493</sup> Vgl. zur Gegenansicht Nolte/Tams, a.a.O., S. 34f. m.w.N.

Forschungszwecken ein. Fraglich ist daher, ob die Möglichkeit zur Erlangung von Körpersubstanzen zu Forschungszwecken in den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit fällt.

### I. Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit

Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet das einheitliche Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, welches die Freiheit von Forschung und Lehre einschließt. Als Wissenschaft wird jede Tätigkeit verstanden, die nach Inhalt und Form als ernsthafter Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist.<sup>494</sup> Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gewährt jedem, der in Wissenschaft, Forschung und Lehre tätig ist, ein Grundrecht auf freie wissenschaftliche Betätigung.<sup>495</sup> Den Kernbereich wissenschaftlicher Betätigung stellen die auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen bei der Suche nach Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe dar.<sup>496</sup> Als Abwehrrecht schützt das Grundrecht die wissenschaftliche Betätigung gegen staatliche Eingriffe und gewährt dem einzelnen Wissenschaftler einen vorbehaltlos geschützten Freiraum.<sup>497</sup>

Fraglich ist, ob die Forschungsfreiheit nur die forschende Tätigkeit als solche oder auch die weiteren Umstände erfasst, die die Durchführung der Forschungstätigkeit betreffen.

Einer engen Auffassung zufolge umfasst die Wissenschaftsfreiheit nur die Freiheit der Fragestellung und der Methodenwahl, nicht aber Experimente, Vorarbeiten und die Bereitstellung der benötigten Arbeitsmittel.<sup>498</sup> Nach dieser Auffassung ist die Möglichkeit der Beschaffung der Forschungsgegenstände von der Wissenschaftsfreiheit nicht geschützt.

Einer anderen Auffassung zufolge ist der Umfang der Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit so zu verstehen, dass darunter auch vorbereitende und begleitende

---

<sup>494</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.1994, 1 BvR 434/87, BVerfGE 90, 1, 12, Rn. 41, zitiert nach juris.

<sup>495</sup> Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 16.01.1963 – 1 BvR 316/60, BVerfGE 15, 256, 263f.; Beschl. v. 03.03.1993– 1 BvR 557/88, 1 BvR 1551/88, BVerfGE 88, 129, 136.

<sup>496</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 28.10.2008, 1 BvR 462/06, BVerfGE 122, 89, Rn. 40 m.w.N., zitiert nach juris.

<sup>497</sup> *BVerfG*, a.a.O.

<sup>498</sup> Vgl. *Köttgen*, in: *Neumann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte, S. 296f.; ähnlich *Böckenförde*, *Der Staat* 2003, S. 165, 183f, dieser jedoch mit der Einschränkung, für den Fall, dass sich die Beschränkung nicht auf die Wahl der Fragestellung auswirkt, was hier jedoch der Fall wäre.

Tätigkeiten sowie Gegenstände fallen, die in einem unmittelbar objektiv-funktionellen Handlungszusammenhang mit der Wissenschaft stehen und auch subjektiv wissenschaftlichen Zwecken dienen.<sup>499</sup> Nach dieser Ansicht gewährleistet die Wissenschaftsfreiheit auch die bestehenden Möglichkeiten zur Erlangung von Körpersubstanzen als Forschungsgegenstände.

Der letztgenannten Ansicht ist zuzustimmen. Die Methodenwahl ist unstrittig der Kern der Wissenschaftsfreiheit. Ohne die Möglichkeit der Erlangung des Forschungsgegenstandes würde jedoch die Anwendung experimenteller wissenschaftlicher Methoden ausgeschlossen. Deshalb muss auch die Beschaffung der Forschungsgegenstände von der Wissenschaftsfreiheit umfasst sein. Ein generelles Gewinnerzielungsverbot für abgetrennte Körpersubstanzen berührt daher den Schutzbereich der Forschungsfreiheit.

### II. Eingriffsqualität des Gewinnerzielungsverbotes

Fraglich ist, ob ein generelles Gewinnerzielungsverbot auch einen Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit darstellt. Ein Grundrechtseingriff liegt nach dem engeren klassischen Eingriffsbegriff bereits dann vor, wenn die staatliche Maßnahme das grundrechtlich geschützte Verhalten final erschwert oder unmöglich macht.<sup>500</sup> Zwar begründet die Wissenschaftsfreiheit kein Leistungsrecht in Form eines subjektiven Anspruchs des Wissenschaftlers gegen den Staat auf Bereitstellung des Forschungsgegenstandes. Wenn aber staatliche Bestimmungen die privatrechtlichen Möglichkeiten zur rechtmäßigen Erlangung erschweren, beeinträchtigen diese Bestimmungen Möglichkeiten der Forschung, die ohne gesetzlichen Eingriff bestehen würden. Ein generelles Gewinnerzielungsverbot stellt sich daher als staatlicher Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit dar. Eine Finalität der Beeinträchtigung der Forschungsfreiheit ist auch dann anzunehmen, wenn das Gewinnerzielungsverbot - in Anlehnung an das Gewinnerzielungsverbot der Grundrechtecharta - nur für die Bereiche der Medizin und Biologie gelten würde. Denn in einer solchen Bereichsbeschränkung liegt eine spezielle

---

<sup>499</sup> Vgl. *Fehling*, in: BK-GG, Art. 5 Rn. 68 m.w.N.

<sup>500</sup> *Epping*, Grundrechte, Rn. 392.

Diskriminierung der wissenschaftlichen Tätigkeit gegenüber anderen Bereichen, die sich nicht unter den Begriff der Biologie und Medizin fassen lassen.

### § 3 Zusammenfassung

Wenn durch ein generelles Gewinnerzielungsverbot der Verkauf von Körpersubstanzen gegen ein Entgelt untersagt wird, liegt darin ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit der Eigentümer von eigenen und fremden Körpersubstanzen, in die Berufsfreiheit von Biobankbetreibern und in die Forschungsfreiheit von denjenigen, die an und mit Körpersubstanzen forschen.

## 2. Abschnitt: Das Verbot der Probandenvergütung

Im Folgenden wird untersucht, in welche Grundrechte eingegriffen würde, wenn die Probandenvergütung für die Teilnahme an wissenschaftlichen Studien als Gewinnerzielung mit dem menschlichen Körper untersagt würde. Insoweit ist zu beachten, dass hier – anders als in der vorangegangenen Prüfung – das Recht am Körper und nicht die Rechte an Körpersubstanzen maßgeblich sind.

### § 1 Rechtspositionen des Probanden

Ein Verbot der Vergütung für die Teilnahme an solchen Studien könnte in das Recht auf körperbezogene Selbstbestimmung, die Eigentumsgarantie, die Berufsfreiheit und das Grundrecht auf wirtschaftliche Betätigungsfreiheit eingreifen.

#### A. Das Recht auf körperbezogene Selbstbestimmung

In einem generellen Vergütungsverbot könnte ein Eingriff in das verfassungsrechtlich gewährleistete körperbezogene Selbstbestimmungsrecht liegen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verankert und ermöglicht dem Einzelnen, Eingriffe anderer in seinen Körper und seine Gesundheit zu verweigern oder

auch zuzulassen.<sup>501</sup> In der Literatur wird das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht differenzierter gesehen und auch eine Abgrenzung zum Recht auf körperliche Unversehrtheit vorgenommen. Nach den in der Literatur vertretenen Ansichten wird das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht aus dem Recht auf körperliche Unversehrtheit des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG,<sup>502</sup> dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG und auch aus der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG abgeleitet.<sup>503</sup>

Inhaltlich gewährleistet das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht die Verfügungsmacht über den eigenen Körper, während der Schutz gegen körperliche Beeinträchtigungen durch das Recht auf körperliche Unversehrtheit gewährleistet wird.<sup>504</sup>

Nach allgemeiner Meinung folgt aus dem körperbezogenen Selbstbestimmungsrecht insbesondere, dass es nicht erforderlich ist, dass eine Entscheidung, beispielsweise bezüglich der Vornahme eines medizinischen Eingriffs, „vernünftig“ erscheint.<sup>505</sup> Dies gilt selbst dann, wenn diese Entscheidung zu einer unmittelbar lebensbedrohlichen Situation führt.<sup>506</sup> Denn Selbstbestimmung bedeutet das freie Handeln nach selbstgewählten Motiven und Grundsätzen. Die Selbstbestimmung ist auf eine Selbstverwirklichung des Einzelnen angelegt. Das Recht auf Selbstbestimmung ist als Freiheitsrecht gewährleistet.<sup>507</sup> Wenn dem Einzelnen ein Bereich der freien Selbstbestimmung zugestanden wird, wird diese Selbstbestimmung beeinträchtigt, wenn seine Handlungen hinterfragt, einem Rechtfertigungszwang unterworfen oder auf Vernünftigkeit überprüft werden. Wenn verboten wird, das Motiv der Gewinnerzielung zur Grundlage der

<sup>501</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 25.07.1979 – 2 BvR 878/74, *BVerfGE* 52, 131, 171ff. (damals noch in der abweichenden Meinung der Richter Hirsch, Niebler, Steinberger, während die Mehrheit das Selbstbestimmungsrecht in Art 2 Abs. 1 GG verankerte, S. 168); Beschl. v. 22.09.1993 – 2 BvR 1732/93, Beschl. v. 22.09.1993 – 2 BvR 1732/93, *BVerfGE* 89, 120, 130.

<sup>502</sup> *Laufs/Uhlenbruck/Genzel*, Handbuch des Arztrechts, § 68 Rn. 1.

<sup>503</sup> *Taupitz/Weber-Hassemer*, in: FS Adolf Laufs, S. 1109 m.w.N.

<sup>504</sup> *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, S. 226f; *Forkel*, JZ 1974, 593, 594.

<sup>505</sup> *BGH*, Urt. v. 07.02.1984 – VI ZR 174/82, *BGHZ* 90, 103, 105, Rn. 17, zitiert nach juris; *Taupitz*, in: *Brugger* (Hrsg.), Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie, S. 87 m.w.N. aus Rechtsprechung und Literatur.

<sup>506</sup> *Taupitz/Weber-Hassemer*, in: FS Adolf Laufs, S. 1110; *Laufs/Uhlenbruck/Genzel*, Handbuch des Arztrechts, § 62 Rn. 3.

<sup>507</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 25.07.1979 – 2 BvR 878/74, *BVerfGE* 52, 131, 174; Beschl. v. 22.09.1993 – 2 BvR 1732/93, Beschl. v. 22.09.1993 – 2 BvR 1732/93, *BVerfGE* 89, 120, 130.

Entscheidung über den Umgang mit dem eigenen Körper zu machen, stellt dies somit einen verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht dar.

### B. Die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG

Das Verbot der Zahlung einer Probandenvergütung könnte zudem in die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes aus Art. 14 Abs. 1 GG eingreifen. Voraussetzung dafür ist, dass die Möglichkeit einer Vergütung für die Teilnahme an Studien als Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG qualifiziert werden könnte.

Der Schutzbereich des Art. 14 GG erfasst grundsätzlich alle vermögenswerten Rechte, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass er die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf.<sup>508</sup> Fraglich ist daher, ob die Aussicht auf Gewinnerzielung ein vermögenswertes Recht im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG darstellt. Der Schutzbereich der Eigentumsfreiheit wird in sachlich-thematischer Abgrenzung zum Schutzbereich der Berufsfreiheit bestimmt, wenn die staatliche Maßnahme eine wirtschaftliche Tätigkeit betrifft.<sup>509</sup> Der Schutzbereich der Eigentumsfreiheit ist nach den Vorgaben der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht eröffnet, wenn durch die staatliche Maßnahme lediglich die Erwerbsmöglichkeiten im Sinne der Berufsfreiheit oder Aspekte der allgemeinen Erwerbsfreiheit<sup>510</sup> geregelt werden. Hier sind mit der Möglichkeit des Erhaltes einer Vergütung für die Teilnahme an wissenschaftlichen Studien lediglich die Erwerbsmöglichkeiten betroffen, so dass ein Verbot nach den Vorgaben der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung nicht in den Schutzbereich der Eigentumsfreiheit fällt.

Auch wenn die Abgrenzung der Veräußerungs- und Übertragungsfreiheit des Art. 14 Abs. 1 GG zur Berufsfreiheit so vorgenommen wird, dass der Abschluss

<sup>508</sup> St. Rspr. vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 26.05.1993, 1 BvR 208/93, BVerfGE 89, 1, Rn. 20 m.w.N., zitiert nach juris – Mietwohnung als Eigentum; Beschl. v. 09.01.1991, 1 BvR 929/89, BVerfGE 83, 201, 208, Rn. 36 m.w.N., zitiert nach juris - Vorkaufsrecht.

<sup>509</sup> Siehe S. 136.

<sup>510</sup> Die Erwerbsfreiheit wird überwiegend der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG zugeordnet, sofern der Erwerb nicht der Berufsfreiheit unterfällt; vgl. *Papier*, in: *Maunz/Diirig*, GG, Art. 14 Rn. 223f.; *Depenbeuer*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 14 Rn. 101.

obligatorischer oder dinglicher Verträge über die Veräußerung, Nutzung oder Belastung von Eigentumsgegenständen durch den Eigentümer der Eigentumsfreiheit zugeordnet wird,<sup>511</sup> führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Da der menschliche Körper, der bei der Teilnahme an wissenschaftlichen Studien genutzt wird, kein Eigentumsgegenstand ist, wäre auch nach der Abgrenzung in der rechtswissenschaftlichen Literatur der Schutzbereich der Eigentumsfreiheit nicht einschlägig.

### C. Die Berufsfreiheit des Art. 12 GG

Die Tätigkeit als Proband könnte jedoch in den Schutzbereich der Berufsfreiheit fallen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist unter einem Beruf im Sinne des Art. 12 GG jede Tätigkeit zu verstehen, die auf gewisse Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.<sup>512</sup> An das Merkmal der Dauerhaftigkeit sind sehr geringe Anforderungen zu stellen, so dass auch Aushilfs- und Erprobungstätigkeiten in den Schutzbereich einbezogen sind.<sup>513</sup> Zudem ist es nicht erforderlich, dass die Schaffung oder Erhaltung der Lebensgrundlage durch die Tätigkeit gewährleistet ist.<sup>514</sup> Daher könnte schon bei einer mehrfach wiederholten Teilnahme an Studien das Merkmal der Dauerhaftigkeit erfüllt sein.

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit setzt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zudem voraus, dass die staatliche Maßnahme, die die Berufsausübung betrifft, eine subjektiv oder objektiv berufsregelnde Tendenz aufweist.<sup>515</sup> Diese berufsregelnde Tendenz ist zu bejahen, wenn die Maßnahme auf die Berufsregelung zielt oder sich bei berufsneutraler Zielsetzung unmittelbar auf die berufliche Tätigkeit auswirkt oder in ihren mittelbaren Auswirkungen von einigem Gewicht ist.<sup>516</sup> In der Literatur wird ein Eingriff teilweise auch ohne Vorliegen des zusätzlichen Kriteriums der berufsregelnden Tendenz angenommen.<sup>517</sup> Da jedoch ein

<sup>511</sup> *Papier*, a.a.O., Rn. 229, *Depenbeuer*, a.a.O.

<sup>512</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 08.06.2010 – 1 BvR 2011/07, 1 BvR 2959/07 – BVerfGE 126, 112-158, Rn. 85 m.w.N., zitiert nach juris.

<sup>513</sup> *Schmidt*, in: *ErfK*, Art. 12 Rn. 6.

<sup>514</sup> *Schmidt*, a.a.O.

<sup>515</sup> Vgl. statt vieler *BVerfG*, Beschl. v. 12.06.1990 – 1 BvR 355/86, BVerfGE 82, 209, 223f.

<sup>516</sup> *Nolte/Tams*, JuS 2006, 31, 33.

<sup>517</sup> Vgl. insoweit die Darstellung bei *Nolte/Tams*, a.a.O., S. 34f.

Verbot der Vergütung der Probandentätigkeit darauf zielt, dass diese Tätigkeit nicht als Erwerbsmöglichkeit dienen soll, handelt es sich bei dem Verbot ohnehin um eine Maßnahme mit berufsregelnder Tendenz, so dass in jedem Falle ein Eingriff in die Berufsfreiheit vorliegt.

#### **D. Das Grundrecht auf wirtschaftliche Betätigungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG**

Wenn im Einzelfall mangels einer Dauerhaftigkeit der Probandentätigkeit die Berufsfreiheit nicht einschlägig sein sollte, könnte das Vergütungsverbot einen Eingriff in das Grundrecht auf wirtschaftliche Betätigungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG darstellen. Denn der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit umfasst auch die Entfaltung auf wirtschaftlichem Gebiet. Der Schutz tritt jedoch in der Regel hinter die spezielleren Grundrechte der Eigentumsfreiheit und der Berufsfreiheit zurück.<sup>518</sup> Sind diese speziellen Grundrechte nicht einschlägig, kommt der Schutz durch das Grundrecht auf wirtschaftliche Betätigungsfreiheit als ein Aspekt der allgemeinen Handlungsfreiheit in Betracht.

#### **§ 2 Rechtspositionen von Dritten: Die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 3 GG**

Durch ein Verbot der Zahlung von Probandenvergütungen könnten auch Rechtspositionen von Dritten in Form der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG betroffen sein.

#### **A. Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit**

Fraglich ist, ob die Bezahlung von Probanden in den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit fällt. Maßgeblich ist, ob die Forschungsfreiheit nur die forschende Tätigkeit als solche oder auch die weiteren Umstände erfasst, die die Durchführung der Forschungstätigkeit betreffen. Nach zutreffender Ansicht<sup>519</sup> umfasst der Schutzbereich der Forschungsfreiheit auch vorbereitende und begleitende Tätigkeiten sowie solche

<sup>518</sup> Lorenz, in: BK-GG, Art. 2 Rn. 218.

<sup>519</sup> Siehe S. 141f.

Gegenstände, die in einem unmittelbar objektiv-funktionellen Handlungszusammenhang mit der Wissenschaft stehen und auch subjektiv wissenschaftlichen Zwecken dienen, wie beispielsweise Experimente, Vorarbeiten und die Bereitstellung der benötigten Arbeitsmittel.<sup>520</sup> Denn die Methodenwahl ist unstreitig der Kern der Wissenschaftsfreiheit. Ohne die Möglichkeit der Durchführung von wissenschaftlichen Studien an Probanden würde die Anwendung experimenteller wissenschaftlicher Methoden ausgeschlossen. Deshalb muss auch die Möglichkeit, Probanden für die Durchführung der Forschung zu gewinnen, von der Wissenschaftsfreiheit umfasst sein. Das Gewinnerzielungsverbot berührt daher den Schutzbereich der Forschungsfreiheit.

#### **B. Eingriffsqualität des Gewinnerzielungsverbotes**

Ein Vergütungsverbot könnte einen staatlichen Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit darstellen. Ein Eingriff liegt jedenfalls dann vor, wenn die staatliche Maßnahme das grundrechtlich geschützte Verhalten final erschwert oder unmöglich macht.

Das Verbot der Bezahlung wirkt sich unmittelbar auf die Möglichkeit der Durchführung von Forschungstätigkeiten aus. Die bisher gegebene Möglichkeit, Probanden Vergütungen zu zahlen, die über den bloßen Nachteilsausgleich hinausgehen, wird ausgeschlossen. Es erscheint zweifelhaft, ob sich ohne eine Vergütung Probanden für die gesetzlich erforderlichen und sinnvollen, aber teilweise mit auch nicht unerheblichen gesundheitlichen Risiken<sup>521</sup> verbundenen klinischen Prüfungen finden lassen. Der bloße Ausgleich von finanziellen Nachteilen wird hierfür nicht genügen. Die Möglichkeiten zur Durchführung von Studien und Prüfungen am Menschen werden durch ein Verbot der Vergütung erheblich erschwert. Wenn staatliche Bestimmungen die privatrechtlichen Möglichkeiten zur Gewinnung von Teilnehmern an wissenschaftlichen

<sup>520</sup> Vgl. Febling, in: BK-GG, Art. 5 Rn. 68 m.w.N.

<sup>521</sup> Mediale Aufmerksamkeit erregte im Jahr 2006 ein Vorfall bei der Testung des Medikaments TGN 1412 in Großbritannien, in deren Zusammenhang bei mehreren Probanden erhebliche gesundheitliche Probleme aufgetreten sein sollen und ein Proband sogar lebensbedrohlich erkrankt sein soll. Der Proband habe mehrfach erbrochen, erlitt Krämpfe und Spasmen, es seien Organe ausgefallen und die künstliche Beatmung notwendig geworden, Zacharakis, Der Proband der Studie TGN 1412, Der Stern, Online-Ausgabe v. 29.11.2006. In Reaktion auf diesen Vorfall verabschiedete der Ausschuss für Humanarzneimittel (CHMP) der Europäischen Arzneimittelagentur am 19. Juli 2007 neue Leitlinien zur Risikoidentifizierung und -minimierung bei der Erstanwendung neuer Arzneimittel am Menschen, die seit dem 1. September 2007 bindend sind.

Studien erschweren, beeinträchtigen diese Bestimmungen die ohne den gesetzlichen Eingriff bestehenden Möglichkeiten der Forschung. Ein Vergütungsverbot für die Probandentätigkeit stellt daher einen Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit dar.

### § 3 Zusammenfassung

Durch ein Verbot der Probandenvergütung wird gegenüber dem Probanden in das Recht auf körperbezogene Selbstbestimmung und das Grundrecht auf Berufsfreiheit oder bei einem geringen Umfang der Probandentätigkeit in das Grundrecht auf wirtschaftliche Betätigungsfreiheit eingegriffen. Gegenüber den die Studien durchführenden Dritten wird in die Forschungsfreiheit eingegriffen.

### 3. Abschnitt: Aspekte einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung

Da ein umfassendes Gewinnerzielungsverbot in mehrere grundrechtlich geschützte Rechtspositionen eingreift, werden im folgenden Teil mögliche Argumente für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung untersucht. Eingriffe in die Eigentumsgarantie, das Grundrecht der Berufsfreiheit, der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit und der Wissenschaftsfreiheit sind nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung erlaubt, die den Anforderungen der Verfassung an grundrechtsbeschränkende Gesetze genügt. Die Anforderungen an eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung sind bei den verschiedenen Grundrechten unterschiedlich ausgeprägt. Besonderheiten gelten bei der vorbehaltlos gewährten Wissenschaftsfreiheit. Bei vorbehaltlos gewährten Grundrechten kommt allein kollidierendes Verfassungsrecht zur Rechtfertigung in Betracht. Dies ist sowohl hinsichtlich des Gesetzeszweckes des eingreifenden Gesetzes als auch hinsichtlich der Beschränkung der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zu berücksichtigen, da der Gesetzgeber nur die von der Verfassung durch das kollidierende Verfassungsrecht vorgegebenen Grenzen nachzeichnen kann. Bei der Rechtfertigung von Inhalts- und Schrankenbestimmungen ist sowohl die Eigenart des vermögenswerten Gutes zu berücksichtigen als auch die Frage, ob die Einschränkung um der Sozialbindung willens erfolgt. Wenn das Eigentum die persönliche Freiheit des Einzelnen im vermögensrechtlichen Bereich sichert, genießt es einen besonders ausgeprägten Schutz. Dagegen ist die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers um so größer, je stärker der soziale

Bezug des Eigentumsobjekts ist.<sup>522</sup> Bei dem Verbot der Veräußerung, welches ein elementarer Bestandteil der Eigentumsfreiheit ist, käme daher nur ein eingeschränkter Gestaltungsspielraum in Betracht; ein sozialer Bezug oder eine sozialen Funktion besteht bei menschlichen Körpersubstanzen nicht. Auch bei der Berufsfreiheit ist zu beachten, dass je nach Eingriffsintensität höhere Anforderungen an die Rechtfertigung gestellt werden.<sup>523</sup> An eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines Eingriffs in das Recht auf körperbezogene Selbstbestimmung und die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit sind keine besonders erhöhten Anforderungen zu stellen. Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe müsste ein umfassendes Gewinnerzielungsverbot geeignet und erforderlich sein, um ein legitimes Ziel zu verfolgen und auch unter Abwägung der betroffenen Rechts- und Schutzgüter angemessen sein.

### § 1 Legitimer Gesetzeszweck

Erforderlich ist zunächst, dass ein umfassendes Gewinnerzielungsverbot legitime Gesetzeszwecke verfolgt. Als legitimer Zweck eines Gesetzes kommen hinsichtlich des Rechts auf körperbezogene Selbstbestimmung und der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit sämtliche vernünftigen Gemeinwohlerwägungen in Betracht.<sup>524</sup> Hinsichtlich der Berufsfreiheit der Probanden wäre die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut notwendig, da es die Tätigkeit des Probanden als Beruf nicht geben soll und ein solches Verbot einer objektiven Zulassungsschranke im Sinne der Stufentheorie des Bundesverfassungsgerichts<sup>525</sup> gleichkommt. Für eine Rechtfertigung des Eingriffs in die Forschungsfreiheit wäre der Schutz kollidierenden Verfassungsrechtes erforderlich.

In der Gesetzesbegründung zum Organhandelsverbot des Transplantationsgesetzes wurde die These aufgestellt, dass sozial Schwächere einem erhöhten Druck ausgesetzt

<sup>522</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 14.07.1999 – 1 BvR 995/95, 1 BvR 2288/95, 1 BvR 2711/95, *BVerfGE* 101, 54, Rn. .

<sup>523</sup> *BVerfG*, Ent. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, *BVerfGE* 7, 377-444, Rn. 73ff. zitiert nach *juris* - Apothekenurteil

<sup>524</sup> Statt vieler *BVerfG*, Beschl. v. 11.08.1999 – 1 BvR 2181/98, *NJW* 1999, 3399, 3402.

<sup>525</sup> *BVerfG*, Ent. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, a.a.O. Rn. 79 - Apothekenurteil.

sein könnten, ihre finanzielle Lage dadurch zu verbessern, indem sie Eingriffe in ihrem Körper vornehmen lassen, die sie ohne den finanziellen Anreiz nicht zulassen würden, und dadurch Beeinträchtigungen ihrer Gesundheit erleiden.<sup>526</sup> Im Hinblick auf das Gewinnerzielungsverbot der Grundrechtecharta<sup>527</sup> und der Gesetzesbegründung des Organhandelsverbotes<sup>528</sup> könnte geltend gemacht werden, dass ein generelles Gewinnerzielungsverbot dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit und der Menschenwürde dienen soll. Bei dem Schutz dieser Güter würde es sich um den Schutz kollidierenden Verfassungsrechts handeln. Da es hier nur um die Frage der Verfolgung eines legitimen Zieles des Verbotes geht, nicht jedoch um die Eignung der Zielerreichung, würde die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Verbotes nicht an diesem Kriterium scheitern. Um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen, müsste darüber hinaus ein generelles Gewinnerzielungsverbot zudem zur Erreichung dieser Ziele geeignet, erforderlich und unter Abwägung der betroffenen Rechts- und Schutzgüter angemessen sein.

## § 2 Eignung und Erforderlichkeit des Verbotes

Bezüglich der Eignung zur Zielerreichung ist zu berücksichtigen, dass dem Gesetzgeber sowohl ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Existenz von Gefahren, deren Bekämpfung die beabsichtigte Gesetzgebung dienen soll, als auch ein Gestaltungsspielraum bei der Auswahl der Mittel zukommt.<sup>529</sup> Dieser Beurteilungsspielraum kann von Verfassungs wegen je nach der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter nur in begrenztem Umfang überprüft werden.<sup>530</sup>

---

<sup>526</sup> Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (TPG), Begründung zu § 16 (Verbot des Organhandels), BT-Drs. 13/4355, S. 29.

<sup>527</sup> vgl. hierzu bereits S. 108.

<sup>528</sup> Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (TPG), a.a.O.

<sup>529</sup> Statt vieler *BVerfGE*, Beschl. v. 11.08.1999 – 1 BvR 2181/98, NJW 1999, 3399, 3402; Beschl. v. 26.03.2007 - 1 BvR 2228/02, zitiert nach juris.

<sup>530</sup> *BVerfGE*, Beschl. v. 29.10.1987 - 2 BvR 624, 1080, 2029/83, BVerfGE 77, 170, 215; Beschl. v. 09.04.1993, 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92, BVerfGE 90, 145.

Hinsichtlich der vom Gesetzgeber anzustellenden Erwägungen müsste daher gewährleistet sein, dass sich diese im Rahmen dieser Einschätzungsprärogative bewegen.<sup>531</sup> Wenn der Schutz der Menschenwürde reklamiert wird, dürfte aufgrund des herausragenden Wertes der Menschenwürde und der körperlichen Unversehrtheit grundsätzlich ein eher weiter Beurteilungsspielraum anzunehmen sein. Dennoch erscheint fraglich, ob diesem Erfordernis genügt werden kann. Zu prüfen ist daher, ob das Gewinnerzielungsverbot dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit und der Menschenwürde dienen kann.

## § 3 Die Schutzgüter des Gewinnerzielungsverbotes

Da es zur Rechtfertigung des Eingriffs in die vorbehaltlos gewährleistete Forschungsfreiheit dem Schutz kollidierenden Verfassungsrechts bedarf, kommen außer dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit und der Menschenwürde keine anderen Rechtfertigungsgründe in Betracht, insbesondere keine religiös-moralische Anschauungen.<sup>532</sup>

### A. Die körperliche Unversehrtheit als Schutzgut

Das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit wäre nur dann Schutzgut eines umfassenden Gewinnerzielungsverbotes, wenn durch die Gewinnerzielung in jedem Fall die ernstzunehmende Möglichkeit einer Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit bestehen würde. Dies ist ausgeschlossen bei Körpersubstanzen, die auf natürliche Weise ausgeschieden werden (Schweiß, Urin, Plazenta bei der Geburt) oder die schmerz- und gefahrlos abgetrennt werden können (Haare, Fingernägel, Speichel etc.). Eine Gefahr für die körperliche Unversehrtheit besteht auch dann nicht, wenn entsprechende Körpersubstanzen bereits aus anderen Gründen vom Körper getrennt wurden, z. B. bei so genannten Operationsabfällen, die für die Forschung erhebliche Bedeutung haben

---

<sup>531</sup> Kritisch zur Handhabung der Einschätzungsprärogative durch das BVerfG vgl. *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, S. 160.

<sup>532</sup> vgl. S. 51ff. zu den Thesen, dass der Verkauf von Körpersubstanzen gegen das Verbot der Selbstverstümmelung verstoße, eine Abgabe nur aus Nächstenliebe und nicht aus finanziellen Motiven erfolgen dürfe und eine "Kultur der Gabe" als Ethos der Lebensführung und dem richtigen Umgang mit dem menschlichen Körper durch den Gesetzgeber festzuschreiben und zu schützen sei.

können. Es verbleibt somit allein eine Gewinnerzielung mit Substanzen, die durch einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit gewonnen werden können. Hier ist jedoch zu beachten, dass der Eingriff mit dem Willen des Körperinhabers erfolgt und der Schutz gegen den Willen des Berechtigten erfolgen soll. Fraglich ist daher, ob ein solcher Schutz vom Schutz der körperlichen Unversehrtheit gedeckt wäre.

### I. Der Schutz vor eigenverantwortlichen Selbstgefährdungen

Ein umfassendes Gewinnerzielungsverbot zielt darauf zu verhindern, dass sich der Einzelne aus Gründen der Gewinnerzielung möglichen Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit aussetzt. Fraglich ist, ob ein solches Verbot dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit dient, wenn der Rechtsgutinhaver mit der Entnahme einverstanden ist. Dagegen spricht zunächst, dass das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dem Einzelnen ermöglicht, Eingriffe in seinen Körper und seine Gesundheit zuzulassen.<sup>533</sup> Dem Rechtsgutinhaver ist daher eine Bestimmungsbefugnis bezüglich des Schutzes der körperlichen Unversehrtheit eingeräumt, indem er durch eine freiwillige Einwilligung auf den Schutz verzichten kann. Umstritten ist, in welchem Umfang auf diesen Schutz verzichtet werden kann. Zu klären ist zudem, ob und in welchem Umfang der Gesetzgeber befugt ist, den Einzelnen „vor sich selbst“ zu schützen.

Teilweise wird vertreten, dass ein solcher Schutz zu den legitimen Aufgaben des Gesetzgebers gehöre, da den Grundrechten nicht nur freiheitswahrende Funktion zukomme, sondern auch eine freiheitsbeschränkende Funktion.<sup>534</sup> Eine Berechtigung dieses Schutzes „vor sich selbst“ ergebe sich aus der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes und dem Schutzpflichtcharakter der Grundrechte.<sup>535</sup>

Nach anderer Ansicht ist der Gesetzgeber nicht befugt, dem Einzelnen die Freiheit zu Selbstgefährdungen oder Selbstschädigungen zu nehmen, wenn nicht durch den Gebrauch dieser Freiheit Rechte anderer oder Gemeinschaftsgüter beeinträchtigt

<sup>533</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 25.07.1979 – 2 BvR 878/74, *BVerfGE* 52, 131, 171 ff. (damals noch in der abweichenden Meinung der Richter Hirsch, Niebler, Steinberger, während die Mehrheit das Selbstbestimmungsrecht in Art 2 Abs. 1 GG verankerte, S. 168); Beschl. v. 22.09.1993 – 2 BvR 1732/93, *BVerfGE* 89, 120, 130.

<sup>534</sup> *Singer*, *JZ* 1993, 1133ff.

<sup>535</sup> *Singer*, a.a.O.

werden.<sup>536</sup> Diese Gegenansicht betont die Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte, um dem Einzelnen die Freiheit zu gewährleisten, sein Leben ohne staatliche Bevormundung nach eigenem Gutdünken zu gestalten. Nach dieser Ansicht kann ein Schutz vor Selbstgefährdungen oder Selbstschädigungen nur durch Gemeinwohlerwägungen oder zum Schutz Dritter gerechtfertigt werden.

Für eine Entscheidung dieser Frage soll der Blick auf anerkannte Schutznormen gerichtet werden, die die Durchsetzung des selbstbestimmten Willens hinsichtlich eigener Angelegenheiten zumindest erschwert, wenn damit Gefahren für eigene Rechtsgüter verbunden sind. Maßgeblich ist, unter welchen Voraussetzungen anerkanntermaßen eine Ausnahme von dem Grundsatz der freien Selbstbestimmung zum Schutz „vor sich selbst“ gemacht wird. Es soll festgestellt werden, ob die Ratio der anerkannten Schutznormen auf ein umfassendes Gewinnerzielungsverbot übertragbar ist.

#### 1. Formvorschriften im Privatrecht

Beispiele für Gesetze zum Schutz vor Eigengefährdungen finden sich in einigen Formvorschriften im Privatrecht.<sup>537</sup> Das Erfordernis der notariellen Beurkundung eines Grundstücksgeschäfts dient nach verbreiteter Ansicht in erster Linie dem Schutz „vor sich selbst“, nämlich vor einem unüberlegten Geschäft mit weit reichender Bedeutung und erheblichen Gefahren für das eigene Vermögen.<sup>538</sup> Eine entsprechende Schutzrichtung verfolgt auch das Verbot, sich zur Übertragung des künftigen Vermögens zu verpflichten. Die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit soll in dieser Weise vor ihrer völligen Preisgabe geschützt werden.<sup>539</sup> Auch die Unklagbarkeit des Eheversprechens gemäß § 1297 BGB soll dem Erhalten der höchstpersönlichen Entschließungsfreiheit dienen. Vergleichbares gilt für die umfassenden Verbraucherschutzvorschriften oder das Verbot in § 2302 BGB, die Testierfreiheit durch Vertrag zu beschränken.

<sup>536</sup> *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 162ff.; *v. Münch*, in: FS Hans Peter Ipsen, S. 113ff.; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 219ff.; *Schwabe*, *JZ* 1998, 66ff.

<sup>537</sup> *Singer*, *JZ* 1993, 1133, 1134.

<sup>538</sup> *Singer*, a.a.O. m.w.N.

<sup>539</sup> *Singer*, a.a.O.

Die diesen Vorschriften zugrunde liegende Ratio könnte jedoch nicht auf ein umfassendes Gewinnerzielungsverbot übertragen werden. Denn die genannten Vorschriften verhindern nicht den Vollzug des fraglichen Rechtsgeschäfts, sondern schützen lediglich vor einer Übereilung der Bindung im Vorfeld der tatsächlichen Ausführung des Geschäfts. Die Ausführung von Handlungen, zu denen man sich im Voraus nicht verpflichten kann, wird von den genannten Bestimmungen nicht verhindert oder untersagt. Durch den Vollzug des Grundstücksgeschäfts wird der Formmangel geheilt; nach Ablauf bestimmter Fristen entfallen Widerrufs- oder Rücktrittsmöglichkeiten. Diese Vorschriften schützen daher nicht vor einer bestimmten inhaltlichen Entscheidung, sondern lediglich vor einer zu weit im Vorfeld liegenden Bindung und damit einer Einschränkung der Entscheidungsfreiheit zu einem Zeitpunkt, an dem typischerweise die Reichweite der Entscheidung nicht vorhersehbar erscheint. Die Regelungen dienen daher dem Schutz der Entscheidungsfreiheit, ohne jedoch eine bestimmte inhaltliche Entscheidung vorzuschreiben oder zu verbieten.

Ein umfassendes Gewinnerzielungsverbot soll hingegen nicht vor einer übereilten Entscheidung schützen. Der Schutz der körperlichen Unversehrtheit gegen übereilte Entscheidungen wird bereits durch das Erfordernis des Fortbestehens der Einwilligung zum Zeitpunkt des Eingriffs und der fehlenden Erzwingbarkeit einer vertraglichen Verpflichtung zur Entnahme von Körpersubstanzen gewährleistet. Die Ratio der genannten Schutzvorschriften im Privatrecht ist somit nicht auf das Gewinnerzielungsverbot übertragbar.

## 2. Zweifel an der Freiwilligkeit aufgrund struktureller Unterlegenheit

Als weitere Beispiele für den Schutz des Rechtsgutsinhabers vor der Beeinträchtigung eigener Rechtsgüter durch eigene Entscheidungen kommen bestimmte Fallgruppen im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB in Betracht.<sup>540</sup> Die Nichtigkeit von Willenserklärungen zum eigenen Nachteil wird angenommen bei typisierbaren Störungen des Verhandlungsgleichgewichts, die eine strukturelle Unterlegenheit eines Vertragsteils

<sup>540</sup> Singer, a.a.O.

erkennen lassen, weil die strukturelle Unterlegenheit Zweifel an der Freiwilligkeit der Entscheidung begründen.<sup>541</sup>

Auch diese Ratio lässt sich nicht auf ein umfassendes Gewinnerzielungsverbot übertragen. Die Möglichkeit der Gewinnerzielung mit eigenen Körpersubstanzen begründet keine strukturelle Unterlegenheit des Substanzspenders. Lediglich wenn eine finanzielle Bedürftigkeit in dem Ausmaß bestünde, die mit einer Zwangslage vergleichbar wäre, könnte die Freiwilligkeit der Entscheidung zweifelhaft sein. Bei einer solchen Gefährdungslage wäre ein Verbot mit einem wucherähnlichen Tatbestand erforderlich, nicht jedoch ein generelles Verbot, welches eine solche Zwangslage nicht voraussetzt.<sup>542</sup> Wenn ein generelles Gewinnerzielungsverbot eine entsprechende finanzielle Zwangslage nicht zur Voraussetzung hat, kann ohne das Hinzutreten weiterer Umstände keine strukturelle Unterlegenheit des Körperinhabers angenommen werden, die Zweifel an der Freiwilligkeit der Entscheidung begründen könnte.

## 3. Gurt- und Sturzhelmpflicht

Als weiteres Beispiel für einen Schutz des Rechtsgutsinhabers vor einer Beeinträchtigung eigener Rechtsgüter durch eine eigene Entscheidung könnte die Gurt- und Schutzhelmpflicht im Straßenverkehr dienen.<sup>543</sup> Teilweise wird vertreten, dass die Gurt- und Schutzhelmpflicht auf der psychologisch bedingten Unfähigkeit vieler Verkehrsteilnehmer beruhe, abstrakte, in einer gewissen Selbstüberschätzung für steuerbar gehaltene Gefahren richtig einschätzen zu können.<sup>544</sup> Ob diese Begründung für sich genommen die Gurt- und Schutzhelmpflicht rechtfertigen kann, erscheint fraglich. Zumindest nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts erfolgt Auferlegung der Gurt- und Schutzhelmpflicht nicht nur im Interesse des Betroffenen, sondern jedenfalls auch zum Schutze Dritter oder der Allgemeinheit.<sup>545</sup> Denn in vielen Fällen könne weiterer Schaden für andere abgewendet werden, wenn ein Unfallbeteiligter bei Bewusstsein

<sup>541</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 - 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214, 229ff.

<sup>542</sup> Schroth, JZ 1997, 1149, 1150.

<sup>543</sup> Singer, JZ 1993, 1133, 1140.

<sup>544</sup> Singer, a.a.O.

<sup>545</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.01.1982, 1 BvR 1295/80 u.a., BVerfGE 59, 275, 279; v. Münch, in: FS Hans Peter Ipsen, S. 118f.

bleibe.<sup>546</sup> Zudem könnten für die Pflicht auch Belange der Allgemeinheit angeführt werden, weil die gravierenden Folgen eines Unfalls, bei dem kein Gurt oder Helm getragen wurde, die Sozialversicherungssysteme vergleichsweise stärker belasten.<sup>547</sup> Letztlich bezweckt daher die Gurt- und Helmpflicht im Straßenverkehr nicht allein den Schutz des Verpflichteten vor einer Beeinträchtigung seiner körperlichen Unversehrtheit, sondern auch den Schutz von Dritt- und Gemeinwohlinteressen.

Anders als bei der Gurt- und Helmpflicht zielt ein generelles Gewinnerzielungsverbot nicht auf den Schutz vor unerwünschten erheblichen Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit. Dem Umstand, dass häufig Gefahren nicht richtig vorausgesehen oder abgeschätzt werden, trägt das Erfordernis einer informierten Einwilligung Rechnung. Wenn ein körperlicher Eingriff zur Entnahme von Körpersubstanzen unmittelbar bevorsteht, dürfte dem Rechtsgutsinhaber regelmäßig die mit dem Eingriff verbundene Gefahr bewusst sein. Wenn der Rechtsgutsinhaber die möglichen Gefahren im Gegensatz zum Eingreifenden typischerweise nicht hinreichend überblicken kann, ist nicht nur die bloße Einwilligung, sondern eine informierte Einwilligung erforderlich. Bereits mit diesem Erfordernis wird sichergestellt, dass eine defizitäre Gefahreinschätzung vermieden wird. Diesem Aspekt der Gurt- und Helmpflicht wäre daher bereits durch das Erfordernis der informierten Einwilligung genügt.

Zudem wäre in Analogie zur Gurt- und Helmpflicht erforderlich, dass das Verbot nicht allein dem Schutz des Spenders, sondern darüber hinaus auch anerkanntswerten Dritt- oder Allgemeinwohlinteressen dient. Insoweit bleibt aber unklar, welchen Dritt- oder Allgemeinwohlinteressen ein umfassendes Gewinnerzielungsverbot dienen würde.

#### 4. § 228 StGB

Eine weitere Rechtsnorm, die die körperliche Unversehrtheit gegen den Willen des Rechtsgutsinhabers schützt, findet sich in § 228 StGB. Gemäß § 228 StGB ist eine Gesundheitsschädigung trotz wirksamer Einwilligung rechtswidrig und strafbar, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.

<sup>546</sup> *BVerfG*, a.a.O.

<sup>547</sup> Vgl. Nachweise bei *Singer*, JZ 1993, 1133, 1140.

Der strafrechtliche Schutz entfällt trotz wirksamer Einwilligung in solchen Fällen nicht, in denen die gesundheitliche Beeinträchtigung vergleichbar ist mit dem Verlust des Sehvermögens auf zumindest einem Auge, des Gehörs, des Sprechvermögens, der Fortpflanzungsfähigkeit oder eines wichtigen Gliedes des Körpers, wenn sie zu einer dauernden Entstellung, Siechtum, Lähmung oder geistiger Krankheit oder Behinderung führt und die Entnahme nicht durch einen damit verfolgten Zweck zur Erhaltung des Rechtsguts Leben und Gesundheit kompensiert wird.<sup>548</sup> Für diesen Schutz gegen den Willen des Rechtsgutsinhabers ist allein die Art und das Gewicht des Körperverletzungserfolgs und der Grad der möglichen Lebensgefahr maßgeblich.<sup>549</sup> Ein generelles Gewinnerzielungsverbot ist jedoch vom Grad der möglichen Gesundheitsbeeinträchtigung unabhängig und beruht daher nicht auf der § 228 StGB zugrunde liegenden Ratio.

#### 5. Ergebnis

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Rechtsordnung zwar einen Schutz der körperlichen Unversehrtheit gegen den Willen des Berechtigten kennt, wenn und soweit eine erhebliche Beeinträchtigung der Gesundheit droht oder zumindest auch anerkanntswerte Interessen Dritter oder Gemeinwohlinteressen zu schützen sind. Richtigerweise wird dieser Schutz von dem Umfang der Beeinträchtigung des Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit abhängig gemacht, so dass die Gefahr von schweren gesundheitlichen Beeinträchtigungen vorliegen muss. Dieses Ergebnis lässt sich auch dogmatisch nachvollziehbar begründen. Da die meisten Grundrechte in erster Linie als Freiheitsrechte ausgestaltet sind, schützt das Grundgesetz vorrangig die Selbstbestimmung des Menschen gegen staatliche Eingriffe. Nach allgemeiner Meinung enthält jedes spezielle Grundrecht auch einen Menschenwürdekern. Dieser Menschenwürdekern enthält das, was auch als die Grundlagen der Autonomie bezeichnet werden kann. Die Menschenwürde ist unstreitig der Disposition des Einzelnen entzogen. Über diesen Menschenwürdekern des jeweiligen Grundrechtes kann daher auch nicht in der Art und Weise disponiert werden, dass ein Schutz völlig entfallen würde. Dieser

<sup>548</sup> Siche S. 15.

<sup>549</sup> *BGH*, Urt. v. 26. 5. 2004 – 2 StR 505/03, NJW 2004, 2458, 2458; *Hirsch*, in: FS Hans Welzel, S. 775, 799; *Hirsch*, in: LK-StGB, § 228 Rn. 9; *Fischer*, StGB, § 228 Rn. 9.

Mindestschutz der Selbstbestimmung im Gewährleistungsbereich des Grundrechts ist allen Grundrechten gemeinsam. Über die Grundlagen der Selbstbestimmung soll daher nicht verfügt werden können. Der unverfügbare Schutz der Grundlagen der Selbstbestimmung stellt daher die Legitimation eines paternalistischen Schutz des Rechtsgutinhabers „vor sich selbst“ dar.<sup>550</sup> Demzufolge kann aus dem unverfügbaren Menschenwürdekern der Selbstbestimmung gefolgert werden, dass der Einzelne sich nicht seiner grundlegenden Lebensgüter entäußern soll. Um dem Einzelnen einen Freiraum trotz aller wirtschaftlichen und sozialen Zwänge zu bewahren, sollen nur ganz wenige, die Grundlagen der Autonomie berührende Handlungen zum Schutz des Handelnden rechtlich nicht anerkannt werden. Nur wenn der Schutz der Erhaltung der Grundlagen der Autonomie dient, kann die Beschränkung im Ergebnis freiheitsbewahrend wirken.<sup>551</sup>

## II. Der Schutz der Grundlagen der Selbstbestimmung

Fraglich ist, ob ein umfassendes Gewinnerzielungsverbot dem Schutz der Grundlagen der Selbstbestimmung dienen kann. Die Grundlagen der Autonomie sind nur dann in Gefahr, wenn

1. entweder eine endgültige Entäußerung des rechtlichen Schutzes erfolgt oder
2. die Grundlagen der gesundheitlichen Existenz ernsthaft bedroht werden.

Der erste Fall ist durch die Rechtsordnung bereits ohne ein Gewinnerzielungsverbot ausgeschlossen, da das Recht am Körper und dessen Bestandteil, das Recht auf körperliche Unversehrtheit, nicht übertragbar sind. Die freie Widerruflichkeit der Einwilligung in eine Substanzentnahme kann auch durch einen Kaufvertrag über zu entnehmende Körpersubstanzen nicht eingeschränkt werden. Allein aufgrund einer Verpflichtung zur Einwilligung besteht daher keine Befugnis des Vertragspartners, die Substanz abzutrennen. Die Verpflichtung zur Einwilligung ist weder durchsetzbar, noch kann sie Schadenersatzansprüche begründen.<sup>552</sup>

<sup>550</sup> *Niedermaier*, Körperverletzung mit Einwilligung und die guten Sitten, S. 110; *Singer*, JZ 1993, 1133, 1134f.

<sup>551</sup> Vgl. *Hirsch*, in: FS Hans Welzel, S. 775, 782ff.

<sup>552</sup> Siehe S. 12.

Auch hinsichtlich der zweiten Fallkonstellation würde ein Gewinnerzielungsverbot keinen wirksamen Schutz bieten. Denn für die Schwere der Gesundheitsschädigung macht es keinen Unterschied, ob diese beispielsweise aus altruistischen oder eigennützig finanziellen Motiven erfolgt. Substanzentnahmen mit der Gefahr der schweren Gesundheitsschädigung kommen in der Praxis - wenn überhaupt - nur sehr selten vor.<sup>553</sup> In diesen Fällen wird in der Regel auch § 228 StGB einschlägig sein, nach dem eine Gesundheitsschädigung trotz wirksamer Einwilligung rechtswidrig und strafbar ist, wenn die Tat trotz der Einwilligung aufgrund der Schwere der möglichen Gesundheitsschädigung gegen die guten Sitten verstößt. Praktisch relevant sind demgegenüber Entnahmen im Rahmen einer Heilbehandlung oder Substanzentnahmen, die mit leichten und mittleren Gesundheitsgefahren einhergehen, wie beispielsweise Entnahmen von Blut oder Gewebe in sehr geringen Mengen.

Soweit jedoch nur leichte bis mittlere Gesundheitsgefahren drohen, fehlt es an einer Rechtfertigung, die selbstbestimmte Entscheidung des Einzelnen nicht anzuerkennen. Denn eine Entäußerung grundlegender Lebensgüter und damit eine Gefährdung der Autonomie finden nicht statt. Auch ist nicht ersichtlich, dass durch Zahlung einer Probandenvergütung die Freiwilligkeit der Teilnahme gefährdet würde. Denn ein Ausstieg aus der Studie ist jederzeit möglich. Der Proband hat in diesen Fällen auch Anspruch auf eine anteilige Vergütung.

## III. Ergebnis

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass das Schutzgut der körperlichen Unversehrtheit für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines umfassenden Gewinnerzielungsverbot nicht herangezogen werden kann.

<sup>553</sup> Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn die Entnahme nicht regenerierbarer Substanzen zu einer dauerhaften, schweren Funktionsbeeinträchtigung führt. Als skurriles Beispiel sei auf eine dpa Meldung verwiesen, die den Versuch betraf, per Anzeige ein Auge zu verkaufen, *Göttinger Tageblatt* v. 19.11.1982, S. 3 zitiert nach *Schünemann*, Die Rechte am menschlichen Körper, S. 173, Fn. 3.

## B. Die Menschenwürde als Schutzgut

Aufgrund der Überschneidung mit den ausführlichen Argumentationen bei der Prüfung der Vereinbarkeit mit den guten Sitten,<sup>554</sup> der Auslegung des Gewinnerzielungsverbotens der Biomedizinkonvention<sup>555</sup> und des Gewinnerzielungsverbotens der Grundrechtecharta<sup>556</sup> erfolgt hier nur kurze, zusammenfassende Erörterung.

### I. Der verfassungsrechtliche Schutz der Menschenwürde

Durch Art. 1 Abs. 1 GG ist die Menschenwürde absolut geschützt und keiner Abwägung zugänglich. Es besteht daher keine Möglichkeit der Rechtfertigung eines Eingriffs. Aufgrund dieses absoluten Schutzes ist es auch nicht möglich, den Begriff der Menschenwürde positiv zu definieren. Ein Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG wird daher in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf die Eingriffshandlung festgestellt. Wenn die fragliche Handlung als typische Eingriffshandlung in die Menschenwürde identifiziert werden kann, liegt ein Verstoß gegen die Menschenwürde nahe. Der wichtigste Eingriffstyp wird durch die „Objektformel“ umschrieben.<sup>557</sup> Diese „Objektformel“ findet sich in der ständigen Rechtsprechung in leicht variierenden Formen:<sup>558</sup> es widerspreche der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staate zu machen,<sup>559</sup> der Mensch müsse immer Zweck an sich selbst bleiben<sup>560</sup> und dürfe keiner Behandlung ausgesetzt werden, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt<sup>561</sup>.

---

<sup>554</sup> Siehe S.43ff.

<sup>555</sup> Siehe S. 89ff.

<sup>556</sup> Siehe S.111ff.

<sup>557</sup> Geprägt wurde diese Formel von *Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Art. 1, Rn. 28 durch Rezeption des Kategorischen Imperativs von Kant, *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 31.

<sup>558</sup> Vgl. die Nachweise bei *Geddert-Steinacher*, a.a.O., m.w.N.

<sup>559</sup> St. Rspr. seit *BVerfG*, Urt. v. 17.08.1956 – 1 BvB 2/51, BVerfGE 5, 85, 204.

<sup>560</sup> *BVerfG*, Urt. v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187, 228.

<sup>561</sup> Statt vieler *BVerfG*, Beschl. v. 20.06.2012 – 2 BvR 1048/11, BVerfGE 131, 268, Rn. 70 m.w.N., zitiert nach juris.

## II. Der Verkauf von Körpersubstanzen als Verstoß gegen die Menschenwürde?

Um sich als typisierten Eingriff in die Menschenwürde im Sinne der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung darzustellen, müsste der Mensch durch den Verkauf von Körpersubstanzen zu einem Objekt degradiert und seine Subjektqualität in Frage gestellt werden.

Teilweise wird behauptet, dass allein aus der kommerziellen Verwertung der Körpersubstanz auf die (Miss-)Achtung des Substanzspenders geschlossen werden könne.<sup>562</sup> Dass allein der Umstand, dass für Körpersubstanzen Geld gezahlt wird, einen Verstoß gegen die Menschenwürde darstellt, ist weder argumentativ begründet worden, noch wäre eine solche Begründung offensichtlich. Unzweifelhaft kommt der abgetrennten Körpersubstanz selbst keine Menschenwürde zu, denn Träger der Menschenwürde ist allein der Mensch. Die Körpersubstanz ist mit der endgültigen Abtrennung nicht mehr Bestandteil des Körpers. Der Umgang mit einer Körpersubstanz kann auch nicht dem Umgang mit dem lebenden Menschen gleichgestellt werden. Da den Körpersubstanzen selbst keine Menschenwürde zukommt, kann nur die konkrete Art und Weise ihrer Verwendung durch ihre Rückwirkung auf den Substanzspender menschenwürdevidig sein. Diese Rückwirkung der Verwendung ist jedoch von der Zahlung eines Geldbetrages an den Substanzspender unabhängig. Maßgeblich ist daher, ob die Entscheidung des Körperinhabers, sich zwecks einer Gewinnerzielung gesundheitlichen Gefahren auszusetzen, mit der Menschenwürde unvereinbar ist.

### III. Die Verfolgung von Gewinninteressen als Verstoß gegen die Menschenwürde?

Die Verfolgung finanzieller Gewinninteressen ist ein von der Rechtsordnung akzeptiertes Motiv. Dies folgt bereits aus der Existenz des Grundrechts auf Berufsfreiheit

---

<sup>562</sup> *Hamerl*, in: *Plöchl* (Hrsg.), *Wäre Mensch, Rechtsprobleme der medizinischen und kommerziellen Verwertung von Teilen des menschlichen Körpers*, S. 41, 69: „Durch die kommerzielle Verwertung von Körpermaterial [...] wird das Scham- bzw. Ehrgefühl des Spenders verletzt. Er hat den Eindruck, beinahe selbst als Versuchskaninchen erhalten zu müssen, bzw. muss er mit ansehen, wie sein Körper wie irgendeine x-beliebige Ware verschachert wird. Im vorliegenden Zusammenhang [bezogen auf den Fall Moore] muss sich ein hintergangener Spender derart missbraucht bzw. einer Sache annähernd gleichgestellt fühlen, dass er in seinem Wert als Mensch an sich, also seiner Menschenwürde, verletzt ist.“

und des Grundrechts auf wirtschaftliche Betätigung. Das Recht auf Selbstbestimmung ermöglicht es, dieses Motiv zur Grundlage einer Entscheidung zu machen, da die Auswahl der Motive in den Kernbereich der Selbstbestimmung fällt. Da unstreitig auch Berufe gewählt werden können, deren Ausübung mit teilweise auch erheblichen Gesundheitsgefahren verbunden sind, kann der Umstand, dass gesundheitliche Gefahren aufgrund finanzieller Motive eingegangen werden, nicht per se als menschenwürdig eingestuft werden. Dies gilt insbesondere, da § 228 StGB eine Grenze bei außerordentlichen Gesundheitsgefahren darstellt. Ob der Einzelne für seine körperbezogenen Handlungen materielle, religiöse, ethische oder sonstige Gründe wählt, fällt in den Bereich der freien Selbstbestimmung, die durch die Menschenwürde geschützt wird. Die Auswahl eines bestimmten Handlungsmotives wird durch die Menschenwürde nicht vorgeschrieben.

#### IV. Die Verhinderung der Kommodifizierung des menschlichen Körpers

Eine weitere, häufig vertretene These ist, dass das Gewinnerzielungsverbot eine menschenwürdigkeitswidrige Kommerzialisierung des menschlichen Körpers verhindern solle.<sup>563</sup> Der Mensch dürfe nicht zu einem Verfügungsobjekt im Wirtschaftskreislauf werden. Die Nicht-Kommerzialisierung des Menschen gehe aus der Unverfügbarkeit hervor, welche mit dem Prinzip der Menschenwürde verbunden sei.<sup>564</sup> Es wird daher die Befürchtung geäußert, dass die Möglichkeit der Gewinnerzielung dazu führt, dass der Umgang mit dem Körper ausschließlich durch ein Gewinnstreben geprägt wird und ideelle Werte diesem Gewinnstreben untergeordnet werden. Es stellt sich aber die Frage, ob dieser Gefahr nicht bereits durch die geltende Rechtsordnung ohne ein generelles Gewinnerzielungsverbot begegnet wird.

---

<sup>563</sup> Entwurf eines Gesetzes über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (TPG), Begründung zu § 16 (Verbot des Organhandels), BT-Drs. 13/4355, S. 29; *European Group on Ethics in Sciences and the New Technologies*, Opinion Nr. 3 vom 12.03.1993, Products Derived from Human Blood or Human Plasma, S. 2f.; Opinion Nr. 8 vom 25.09.1996, Ethical Aspects of Patenting Inventions Involving Elements of Human Origin, S. 3; Opinion Nr.11 vom 21.07.1998, Ethical Aspects of Human Tissue Banking, S. 6; Opinion Nr. 15 vom 14.11.2000, Ethical Aspects of Human Stem Cell Research and Use, S. 19; Opinion Nr. 16 vom 07.05.2000, Ethical Aspects of Patenting Inventions Involving Human Stem Cells; S. 16f; vgl. zudem die Nachweise bei *Roth*, Eigentum an Körperteilen, S. 24.

<sup>564</sup> *Mietb*, in: *Taupitz* (Hrsg.), Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, S. 141.

Die Befürchtung, dass sich der Einzelne zum Verfügungsobjekt einer anderen Person macht, wird bereits durch die bestehenden Normen der Rechtsordnung ausgeschlossen. Die Rechte am menschlichen Körper sind nicht übertragbar und damit auch unveräußerlich. Daher besteht in diesem Sinne auch keine Verfügungsbefugnis am menschlichen Körper. Weder über das Recht auf körperliche Unversehrtheit noch über das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht kann rechtsgeschäftlich verfügt werden. Die Rechte können weder übertragen noch aufgehoben, inhaltlich geändert oder belastet werden. Es besteht daher auch ohne ein Gewinnerzielungsverbot keine Gefahr, dass sich der Einzelne seiner Rechte an seinem Körper entäußert.

Auch die Einwilligung in die Entnahme von Körpersubstanzen macht den Menschen zu keinem Verfügungsobjekt. In der Einwilligung liegt lediglich ein Verzicht auf den Schutz der körperlichen Unversehrtheit im Einzelfall, nicht aber ein Verzicht auf das Recht auf körperliche Unversehrtheit. Das Recht am Körper besteht unabhängig von einer Einwilligung in einen Eingriff in den Körper unverändert fort.

Da die Einwilligung zum Zeitpunkt des Eingriffs in den Körper vorliegen muss und eine vertraglich bereits vorab gewährte Einwilligung jederzeit bis zum Eingriff frei widerruflich ist, wird ausgeschlossen, dass ein anderer in die körperliche Unversehrtheit eingreifen kann, ohne dass der Körperinhaber damit einverstanden ist. Dem anderen wird daher keine Bestimmungsmacht eingeräumt. Auch die Möglichkeit, dass ein anderer nach Entnahme über die entnommenen Körpersubstanzen verfügen kann, führt nicht dazu, dass der menschliche Körper verfügbar wird, da von diesen Körpersubstanzen keine Auswirkungen auf den menschlichen Körper ausgehen können.

Es besteht daher nicht die Gefahr, dass aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung die Entnahme von Körpersubstanzen erzwungen werden kann.<sup>565</sup> Eine Zugriffsmöglichkeit auf den Körper eines anderen besteht daher nicht. Eine Verfügbarkeit des menschlichen Körpers ist daher bereits aufgrund anderer Vorschriften ausgeschlossen, ohne dass insoweit der Erlass eines Gewinnerzielungsverbot erforderlich wäre.

---

<sup>565</sup> Siehe S.12.

Auch die Gefahr einer menschenwürdevidrigen Instrumentalisierung des menschlichen Körpers oder einer Entwürdigung durch eine Preisfestsetzung besteht nicht.<sup>566</sup>

## V. Ergebnis

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass auch das Schutzgut der Menschenwürde für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines umfassenden Gewinnerzielungsverbotes nicht herangezogen werden kann.

### 4. Abschnitt: Verfassungsrechtliche Abwägung

Ein generelles Gewinnerzielungsverbot kann verfassungsrechtlich nur gerechtfertigt werden, wenn der Eingriff in die betroffenen Grundrechte unter Abwägung der betroffenen Rechts- und Schutzgüter angemessen ist.

Ein umfassendes Verbot der Gewinnerzielung mit menschlichen Körpersubstanzen greift in einen zentralen Aspekt des Eigentums an Körpersubstanzen ein, da es die Privatnützigkeit in Form der wirtschaftlichen Verwertbarkeit beseitigt. Zudem greift ein umfassendes Gewinnerzielungsverbot in die Forschungsfreiheit ein. Denn es wird sowohl die Beschaffung von menschlichen Körpersubstanzen als Forschungsgegenstand als auch die Durchführung von wissenschaftlichen Studien mit Probanden erheblich erschwert. Da die Wissenschaftsfreiheit vorbehaltlos gewährleistet ist, kommt für eine Rechtfertigung des Eingriffs lediglich kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht. Dass das Gewinnerzielungsverbot dem Schutz kollidierenden Verfassungsrechtes dient, kann nicht festgestellt werden. Denn für die Rechtfertigung des Verbotes kann weder der Schutz der körperlichen Unversehrtheit noch der Schutz der Menschenwürde angeführt werden. Vielmehr streiten für ein umfassendes Gewinnerzielungsverbot ethisch-religiöse Überzeugungen, die verfassungsrechtlich nicht verankert sind. Denn eine Würde des menschlichen Körpers existiert nicht und die Annahme, dass der menschliche Körper nur als Leihgabe zur Erfüllung höherer Ziele überlassen ist, steht im Widerspruch zum körperbezogenen Selbstbestimmungsrecht.

---

<sup>566</sup> Siehe S. 53ff.

Selbst wenn hinsichtlich möglicher Schutzgüter eine andere Ansicht vertreten würde, sind die Auswirkungen eines umfassenden Gewinnerzielungsverbotes zu berücksichtigen. Sowohl der deutsche als auch der europäische Gesetzgeber haben aufgrund des wichtigen Beitrages zur Sicherheit von Arzneimitteln und Medizinprodukten die Durchführung von Phase-I-Studien zwingend angeordnet. Es ist zweifelhaft, ob gesunde Menschen ohne die Zahlung einer Vergütung bereit wären, an diesen Studien teilzunehmen. Wenn die gesetzlichen und die sich aus den Regeln der guten klinischen Praxis ergebenden Vorgaben eingehalten werden, ist die Gefährdung nicht so groß, dass die Teilnahme als sozial unerwünschtes Risiko eingestuft werden könnte. Anderenfalls wäre die Durchführung der Studie ohnehin unzulässig und gemäß §§ 223, 228 StGB strafbar. Soll in jedem Fall verhindert werden, dass sich der Einzelne im Hinblick auf einen finanziellen Anreiz gesundheitlichen Gefahren aussetzt, muss in Kauf genommen werden, dass Phase-I-Studien bei Arzneimitteln und Medizinprodukten nicht mehr durchgeführt werden können - mit entsprechenden gesundheitlichen Risiken für die Patienten. Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Gesundheitsgefahren aufgrund frühzeitigen Erkennens im Rahmen einer durchgehenden Beobachtung während der Studie erheblich geringer sind als die Risiken der Anwendung von Arzneimitteln oder Medizinprodukten, die nicht an gesunden Probanden getestet wurden. Verfassungsrechtlich lässt sich nicht begründen, warum der Proband von seinem Einsatz nicht finanziell profitieren soll, obwohl die pharmazeutische Industrie mit ihrem Produkt Gewinne erwirtschaftet und die Patienten von verbesserten Arzneimitteln und Medizinprodukten profitieren. Einer Ausbeutung der sozial Schwachen ist in erster Linie durch Leistungen des Sozialstaates zu begegnen. Zur Vermeidung der Gefahr, dass sich finanziell Bedürftige übermäßigen Gesundheitsgefahren durch eine dauerhafte Probandentätigkeit aussetzen, bieten sich andere Maßnahmen als ein Gewinnerzielungsverbot an. Da es auch im Interesse der die Studie durchführenden Person oder Institution ist, dass der Proband keine gesundheitliche Schäden erleidet, wird bei der Durchführung von Studien darauf geachtet, dass der Proband nicht zuvor an anderen Studien teilgenommen hat. Dies dient auch der Verlässlichkeit der Studienergebnisse, die durch unkontrollierte Wechselwirkungen mit anderen Substanzen, die von dem Probanden im Rahmen anderer Studien eingenommen wurden, verfälscht werden können. Ein Aufbau entsprechender Teilnahmedatenbanken könnte insoweit einen besseren Schutz gewährleisten als ein

Gewinnerzielungsverbot. Es ist daher nicht ersichtlich, dass die Grundrechtseingriffe durch ein generelles Gewinnerzielungsverbot verfassungsrechtlich zu rechtfertigen wären.

## 7. Teil: Zusammenfassung

1. Hinsichtlich der Ausgangsfrage ist festzustellen, dass es außerhalb des Anwendungsbereichs des Organhandelsverbotes grundsätzlich zulässig ist, finanzielle Interessen mit einer im Übrigen zulässigen Nutzung des menschlichen Körpers und seiner Teile zu verknüpfen. Der Verkauf menschlicher Körpersubstanzen außerhalb des Bereichs der Organ- und Gewebetransplantation ist grundsätzlich zulässig und nicht sittenwidrig. Allein die Entgeltlichkeit der Abgabe kann eine Sittenwidrigkeit nicht begründen. Es ist ebenfalls zulässig, wenn eingelagertes Nabelschnurblut vom Eigentümer nach einer Änderung der ursprünglichen Absicht gegen Entgelt für wissenschaftliche Zwecke zur Verfügung gestellt wird. Gleiches gilt für entnommene Keimzellen, wenn die beabsichtigte Art der Weiterverwendung zulässig ist. Auch die Zahlung von Probandenvergütungen für die Teilnahme an wissenschaftlichen Studien ist zulässig.
2. Diese Ergebnisse gelten auch unter Berücksichtigung der im Völker- und Europarecht existierenden Gewinnerzielungsverbote. Es hat sich keine Rechtsauffassung auf der Ebene des Völker- und Europarechtes manifestiert, die den Verkauf von menschlichen Körpersubstanzen außerhalb des Transplantationswesens generell verbietet. Gleiches gilt für die Zulässigkeit der Zahlung von Probandenvergütungen. Im Einzelnen gilt hierzu Folgendes:
  - a) Das erste Verbot der Gewinnerzielung im Völkerrecht im Übereinkommen des Europarates über den Austausch therapeutischer Substanzen menschlichen Ursprungs dient dazu, die Verfügbarkeit von Blut und anderen zur medizinischen Behandlung benötigten Substanzen zu gewährleisten und deren Erhalt von der Leistungsfähigkeit des Empfängerstaates unabhängig zu machen. Die Forderung, dass keine Gewinne erwirtschaftet werden sollen, bezog sich nicht auf den Substanzspender, sondern nur auf die weitervermittelnden Stellen. Lediglich in der Resolution (78) 29 des Ministerkomitees des Europarates „Resolution on Harmonisation of Legislations of Member States to Removal, Grafting and Transplantation of Human Substances“ vom 11. Mai 1978 wird den Regierungen der

Mitgliedstaaten empfohlen, eine Gewinnerzielung mit menschlichen Körpersubstanzen generell und damit auch gegenüber dem Substanzspender zu verbieten. Das zu erlassende Verbot soll neben der Transplantationsmedizin auch die Entfernung und Sammlung von Körpersubstanzen zu wissenschaftlichen Zwecken erfassen. Die Resolution diene als politischer Anstoß entsprechende Regelungen in den Mitgliedstaaten zu erlassen. Entsprechende rechtsverbindliche Verbote für die Entnahme und Sammlung von Körpersubstanzen zu wissenschaftlichen Zwecken sind in der Folgezeit jedoch weder auf Ebene des Europarates noch in Deutschland erlassen worden. Vielmehr konzentrierten sich die weiteren, auf eine Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Regelungen abzielenden Aktivitäten auf den Bereich der Organtransplantation. Im Bereich des Transplantationswesens hat sich international die Rechtsauffassung manifestiert, dass der Organhandel verboten sein soll. Dies ergibt sich unter Berücksichtigung der Entschließung (78) 29 des Europarates vom 11. Mai 1978, der Resolution WHA 40.13 der WHO von 1987, der „Guiding Principles on Organ Transplantation“ der WHO vom 13. Mai 1991, des „Statement on Live Organ Trade“ der 37. World Medical Assembly“ von 1985, des „Statement on Human Organ and Tissue Donation and Transplantation“ der 52. World Medical Assembly (WMA) 2000, des „Statement on Human Tissue for Transplantation“ der 58. General Assembly der WMA 2007, des Zusatzprotokolls über die Transplantation von Organen und Geweben menschlichen Ursprungs zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin (ZP-Transplantation) vom 24. Januar 2002, der Empfehlungen der Parlamentarische Versammlung des Ministerrates des Europarates „Trafficking in organs in Europe“ Rec 1611 (2003) und der „Recommendation on organ trafficking“ Rec (2004) 7. Für die entgeltliche Abgabe von Körpersubstanzen außerhalb des Transplantationswesens ergeben sich daraus keine Vorgaben.

b) Das Gewinnerzielungsverbot der Biomedizinkonvention basiert auf der Annahme, dass es eine „Würde des menschlichen Körpers“ zu schützen gebe. Es ist jedoch so zu interpretieren, dass es nur den Schutz der Menschenwürde und der Grundrechte und Grundfreiheiten gewährleisten soll. Der zu weit

gefasste Wortlaut des Gewinnerzielungsverbot ist teleologisch zu reduzieren. Die bloße Qualifikation als menschliche Körpersubstanz genügt daher nicht, um vom Gewinnerzielungsverbot der Biomedizinkonvention erfasst zu sein. Es ist darüber hinaus im Einzelfall zu begründen, warum die Gewinnerzielung mit dieser Körpersubstanz einen Verstoß gegen die Menschenwürde oder andere Grundrechte darstellen soll. Die bezahlte Blutspende wird zwar vom Wortlaut des Verbotes erfasst; mangels eines Verstoßes gegen die Menschenwürde ist sie jedoch nicht untersagt. Hinsichtlich der Patentierung im Bereich der Biotechnologie trifft das Gewinnerzielungsverbot keine Aussage. Das Verbot der Biomedizinkonvention entfaltet keine unmittelbare Wirkung gegenüber nichtstaatlichen Akteuren. Das Gewinnerzielungsverbot der Biomedizinkonvention wird zum gesicherten Besitzstand (acquis) des Rechts des Europarates gezählt.

- c) Das Gewinnerzielungsverbot der Biomedizinkonvention des Europarates ist jedoch nicht Bestandteil des Rechts der Europäischen Union. Die Biomedizinkonvention wurde weder von der Europäischen Union noch von sämtlichen Mitgliedstaaten ratifiziert. Das Gewinnerzielungsverbot stellt auch keinen Mindeststandard der Mitgliedstaaten der Europäischen Union dar. Das Gewinnerzielungsverbot hätte daher nicht in die Europäische Grundrechtecharta aufgenommen werden dürfen. Aufgrund des rein deklaratorischen Charakters der Charta führt auch die rechtsirrig Aufnahme nicht dazu, dass dem Gewinnerzielungsverbot nachträglich rechtliche Verbindlichkeit zukommt.
- d) Das Gewinnerzielungsverbot der Grundrechtecharta der Europäischen Union muss sich als Konkretisierung bestehender Gemeinschaftsgrundrechte darstellen und darf daher nicht darüber hinausgehen, was der Schutz dieser Gemeinschaftsgrundrechte gebietet. Eine unmittelbare Herleitung des Gewinnerzielungsverbot aus dem Recht auf körperliche Unversehrtheit lässt sich nicht begründen. Das Gewinnerzielungsverbot ist so auszulegen, dass nur Konstellationen erfasst werden, in denen der Menschenwürdeschutz eine Gewinnerzielung verbietet. Da menschlichen Körpersubstanzen keine Menschenwürde zukommt, können sie nur vom Gewinnerzielungsverbot

erfasst sein, solange sie Bestandteil des menschlichen Körpers sind. Die Zahlung von Probandenvergütungen wird zwar vom Wortlaut des Gewinnerzielungsverbotes erfasst, sie stellt aber mangels Menschenwürdewidrigkeit keinen Verstoß dar. Von einer Zulässigkeit dieser Zahlungen wird im Sekundärrecht der Europäischen Union ausgegangen. Die Beschränkung des Verbotes auf die Bereiche der Biologie und der Medizin führt einerseits zu einem unklaren Anwendungsbereich des Verbotes und stellt andererseits eine nicht zu rechtfertigende Diskriminierung dar. Verpflichtungsadressaten des Gewinnerzielungsverbotes sind nur die Europäische Union und die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Europäischen Union. Das Gewinnerzielungsverbot ist weder unmittelbar anwendbar, noch entfaltet es unmittelbare Rechtswirkungen für Privatrechtsbeziehungen. Das Gewinnerzielungsverbot ist ein Grundsatz der Grundrechtecharta, der mittels weiterer Rechtsakte der Union oder der Mitgliedstaaten umgesetzt werden muss. Es kann vor Gericht nur bei der Auslegung dieser Akte und bei Entscheidungen über deren Rechtmäßigkeit herangezogen werden. Der Europäischen Union fehlen Regelungskompetenzen in den Bereichen Forschung und Gesundheitswesen, um das Gewinnerzielungsverbot für die Bereiche der Medizin und Biologie umzusetzen.

3. Aus dem Gewinnerzielungsverbot der Europäischen Grundrechtecharta folgt kein Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber. Ein Schutz im Umfang des Gewinnerzielungsverbotes der Grundrechtecharta ist auch im deutschen Recht gewährleistet. Die Rechtslage in Deutschland bietet einen hinreichenden Schutz vor einer menschenwürdewidrigen Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, da die Unverfügbarkeit des menschlichen Körpers für Dritte gewährleistet ist.
4. Der Erlass eines nationalen, umfassenden Gewinnerzielungsverbotes, welches den Wortlaut des Gewinnerzielungsverbotes der Grundrechtecharta übernimmt, wäre verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Aufgrund des bestehenden, hinreichenden Schutzes vor einer menschenwürdewidrigen Kommerzialisierung ist bereits die der Erforderlichkeit eines solchen Verbotes fraglich. Ein umfassendes Gewinnerzielungsverbot könnte auch nicht mit einer Pflicht des Staates zum Schutz

der körperlichen Unversehrtheit gerechtfertigt werden. Auch ist nicht jede Gewinnerzielung mit einer Ausbeutung des Körperinhabers verbunden ist. Wenn mit der Gewinnerzielung keine Ausbeutung des Körperinhabers verbunden ist, können die mit dem Verbot verbundenen Eingriffe in verfassungsrechtlich geschützte Positionen nicht gerechtfertigt werden. Ein umfassendes Gewinnerzielungsverbot dient dem Schutz von ethisch-religiösen Vorstellungen von einem bestimmten Umgang mit dem menschlichen Körper. Da das Gewinnerzielungsverbot jedoch in die vorbehaltlos gewährleistete Forschungsfreiheit eingreift, kann dieser Eingriff nur mit kollidierendem Verfassungsrecht gerechtfertigt werden. Ethisch-religiöse Vorstellungen von einem bestimmten Umgang mit dem menschlichen Körper sind jedoch kein kollidierendes Verfassungsrecht. Diese Vorstellungen stehen darüber hinaus auch nicht im Einklang mit dem verfassungsrechtlich verbürgten, körperbezogenen Selbstbestimmungsrecht, wonach es dem Einzelnen überlassen ist, mit dem eigenen Körper nach eigenen Vorstellungen umzugehen. Ein Verbot der Probandenvergütung hat zudem erhebliche negative Auswirkungen auf die Gesundheitsfürsorge der Bevölkerung, da die erforderlichen Studien zur Sicherheit von Arzneimitteln und Medizinprodukten praktisch kaum noch durchgeführt werden könnten.

Neue Verwendungsmöglichkeiten von menschlichen Körpersubstanzen sind nicht nur für den Fortschritt in der Wissenschaft und Medizin von Bedeutung, sondern können sich auch unter wirtschaftlichen Aspekten als wertvoll herausstellen. In diesem Zusammenhang wird vielfach die Forderung erhoben, den menschlichen Körper und seine Teile vor einer Kommerzialisierung zu schützen. Diese Arbeit widmet sich der Diskussion dieser Forderung aus rechtswissenschaftlicher Sicht. Untersucht wird die Zulässigkeit der Verknüpfung finanzieller Interessen mit der Nutzung des menschlichen Körpers und seiner Substanzen sowohl hinsichtlich der entgeltlichen Abgabe von Körpersubstanzen als auch hinsichtlich der Zahlung von Probandenvergütungen bei wissenschaftlichen Studien. Die Schwerpunkte liegen im Zivil- und Verfassungsrecht; erörtert werden zudem Vorgaben des Straf-, Völker- und Europarechts, insbesondere die Biomedizinkonvention des Europarates und die europäische Grundrechtecharta. Im Kern geht es um die Grenzen der Vertragsfreiheit und der körperbezogenen Selbstbestimmung. Es stellt sich die Frage, ob die für ein Kommerzialisierungsverbot vorgebrachten Argumente eine Sittenwidrigkeit entsprechender Rechtsgeschäfte begründen können. Abschließend wird der verfassungsrechtliche Rahmen für ein gesetzliches Gewinnerzielungsverbot dargestellt.